

موسوعة
لِيَتَ اللَّهُ أَعْظَمُ الشِّيخِ
مُحَمَّدٌ أَصْفَرُ الْجَسْنِ

الأنوار الفقهية

الأرض في الفقه

محسنی، محمدآصف. ۱۳۹۸-۱۳۶۴

موسوعة آیةالله‌العظمی الشیخ‌محمدآصف المحسنی: الاتار الفقهیه / النظارة و الاستراف مؤسسه الحفظ و التنظیم و النشر لاتار آیةالله‌العظمی محمدآصف المحسنی^{۱۳۹۹}. قم: مؤسسه بوستان کتاب (مرکز الطباعة و النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی)، ۱۳۶۴ق. = ۱۳۹۹ش.

ج. - (مؤسسه بوستان کتاب؛ ۱۸۷۷) (فقه و حقوق، فقه)

ISBN 978-964-09-2158-6 - ISBN 978-964-09-2167-8 - ISBN 978-964-09-2167-8 (دوره ۶)

فهرست توییسی براساس اطلاعات فیبا.

کتابنامه.

مندرجات: ج. ۹. الأرض في الفقه.....

۱. فقه جعفری - رساله عملیه. ۲. فقه جعفری - قرن ۱۴. ۳. فتاوی شیعه - قرن ۱۴. الف. دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، مؤسسه بوستان کتاب. ب. عنوان.

۲۹۷ / ۳۴۲۲

BP ۱۸۳ / ۹

۱۳۹۹

شماره کتاب‌شناسی ملی: ۶۲۲۵-۱۷

■ موضوع: فقه (فقه و حقوق)

■ گروه مخاطب: - تخصصی (پژوهشگران و استادی حوزه و دانشگاه)

شماره کتاب: چاپ اول: ۱۸۷۷

تخفیف: ۱۰٪ (چاپ اول و پادچاپ) ۷۴۴۷

بوستان کتاب

موسوعة
آية الله العظمى الشيخ محمد أصف المحسنى

الآثار الفقهية

٩. الأرض في الفقه

جامعة
المنوفية
١٣٩٩



موسوعة آية الله العظمى الشيخ محمدآصف المحسنى / ج ٩

الأثار الفقهية: ٩ الأرض في الفقه

- النظارة والإشراف: مؤسسة الحفظ والتنظيم و النشر لأثار آية الله العظمى محمدآصف المحسنى
- ناشر: مؤسسة بولستان كتاب
- المطبعة: مطبعة مؤسسة بولستان كتاب
- الطبعة: الأولى / ١٤٤١ق، ١٣٩٩ش • الكمية: ٥٠٠ • السعر الدورة: ٨٠٠ تومان

جميع الحقوق © محفوظة

printed in the Islamic Republic of Iran

مع جزيل الشكر والتقدير لجميع الـمـلـاهـ الذين ساهموا في إنتاج هذا العمل:

-
- أعضاء لجنة دراسة الإصدارات • أمين لجنة الكتاب، وبالفضل طرقيدار **المفتضه: طاره أحسنى** تصحيح التضييد، المسادات طباطبائي و حسين محمدی
 - ترتيب الصفحات: أحمد مؤمنی **التبيق: جواد عروجي**
 - القصسط التي ترتيب الصفحات: ميدرضاً موسري منش **غير التصميم والفراطية: سعید تحابی** تصصم المقالات: محمود هدایی
 - مديرية الإعداد: حیدرضا تموری **مديرية المطبعة: مجید مهدوی و ویله زیلاده** في قسم المترغابیا، والطباعة والتغليف **مدير الإنتاج: عبدالهادی اشرفی**
 - مسیدار اصراری **رئيس المؤسسة**

الفهرس

١١	تمهيد
١١	وبعد
١٣	مقدمة الكتاب
١٢	الفصل الأول: في بيان جملة من الأحاديث المعتبرة سندًا المتعلقة بالإحياء
١٥	الفصل الثاني: في نقل الروايات المعتبرة سندًا الواردة في الأرضي المفتوحة عنوة
٢٢	تنمية
٢٢	الفصل الثالث: في نقل الروايات المعتبرة سندًا حول أهلية ملكية الكافر بالإحياء
٢٤	الفصل الرابع: في نقل الأحاديث المعتبرة في الأنفال وما يلحق بها
٢٨	الفصل الخامس: في الروايات الواردة في أن الأرض كلها للإمام <small>عليه السلام</small>
٣١	الفصل السادس: تقسيمات الأرض
٣٣	الأرض في الفقه
٣٣	أقسام التصرف
٣٤	الأراضي الموات
٣٩	الأرض المفتوحة عنوة
٤١	بقي في المقام فروع
٥٨	تنمية

٥٨	معظم نتائج البحث إلى هنا
٦٠	بقية أقسام الأراضي
٦٥	الأراضي الخربة
٦٦	تعقب تكميلي بذكر أمور
٦٩	سببية الإحياء للملكية أو الحق
٧٠	بحث معقد وهو انه
٧١	أرض من أسلم عليها أهلها طوعاً
٧١	وفي المقام فروع
٧٢	أرض الصلح
٧٣	الأرض التي انجلى عنها أهلها أو بادروا
٧٥	أرض الأنفال
٧٨	الأراضي المستقة من الأنهر الخمسة
٧٩	كيفية ما يحصل به صدق الإحياء
٨٤	فروع متعلقة بالإحياء
٨٧	مصادر الانتاج
٨٧	شروط الإحياء
٩١	الحرائم
٩٩	التحجير
١٠٣	ستمة
١٠٤	كلام حول نقل الحق
١٠٤	إحياء الأراضي الموقوفة الخربة أو الميتة
١٠٨	تراجم الضرر والسلطنة
١١٢	تراجم الضررين
١١٤	الكلام حول أقسام المثل المعروف

١١٧	قاعدة العدل
١١٨	ما معنى العدل؟
١٢١	فروع
١٢٢	المشتريات بين الناس
١٢٥	بحث تطبيقي
١٢٨	بقيت فروع خمسة
١٣٠	وللطريق فروع أخرى لابد من بيان أحكامها
١٣٤	السلكة المرفوعة
١٣٩	تنمية
١٤٠	المساجد
١٤٢	بقيت في المقام مطالبات مهمة
١٤٧	المشاهد
١٤٩	المدارس والربط
١٥٠	فروع
١٥١	المعادن
١٥٢	تنبيه
١٥٥	بحث توضيحي
١٦٢	بقيت هنا فروع
١٦٦	خمس المعادن
١٦٦	المياه
١٦٦	مقدمة في بيان روایات معتبرة
١٦٨	عود و تدقيق
١٧٤	هنا فروع
١٧٧	سائل

١٨٤	الكلام حول بقية المشتركات
١٨٩	فوائد إلحاقيّة
١٨٩	فائدة أول
١٨٩	فائدة دوم: مناطق پنجگانه دریایی
١٩٠	آب‌های داخلی
١٩٠	آب‌های سرزمینی
١٩٠	مبدأ احتساب دریای سرزمینی
١٩١	عرض دریای سرزمینی
١٩١	منطقة نظارت يا مجاور
١٩١	منطقة انحصاری اقتصادي
١٩٢	توضيح
١٩٢	الفائدة الثالثة، حول الحكم والملك والحق
١٩٨	تنمية
١٩٩	المزارعة
٢٠١	شروط المزارعة
٢٠٢	فائدة
٢٠٣	لا يعتبر الملكية في صحة المزارعة
٢٠٧	استدراك تجيفي حول الغرر
٢٣٤	أقول هنا مباحث
٢٣٩	تعقيب وتفصيل
٢٤٤	أقول: وفي المقام مطالب:
٢٤٨	ويمكن أن يستدل على البطلان بوجوه
٢٥٥	فرع مهم
٢٦١	تنمية حول إقامتهما البيئة

٢٧٩	خاتمة الكتاب
٢٧٩	فوائد و توضيحات
٢٧٩	لا بيع إلا في ملك
٢٨٠	توضيح آخر حول التحجير

تمهيد

بسم الله الرحمن الرحيم

الله أَحْمَدَ اسْتِئْمَامًا لِنَعْمَتِهِ، وَالْحَمْدُ لِفَضْلِهِ. وَإِيَّاهُ أَشْكَرَ اسْتِسْلَامًا لِعَرَّاتِهِ وَالشَّكْرَ طَوْلَهُ، حَمْدًا وَشَكْرًا كَمَا هُوَ أَهْلُهُ. وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى رَسُولِهِ الْأَمِينِ وَأَهْلِهِ الطَّاهِرِينَ لَاسِمًا باقِرِ الْعِلْمِ مُحَمَّدُ بْنُ عَلَيٍّ الَّذِي تَوَفَّى فِي مَثْلِ هَذَا الْيَوْمِ.

وبعد

فقد تعرّضت لبعض أقسام الأرضي وأحكامها حينما كنت أُلقي دروساً من مباحث الجهاد على تلامذتي في الحوزة العلمية بقم^١ ثم سمح لي أن أُولِف كتاباً أوسع فيه ذكر أقسام الأرضي وأحكامها وأن أذكر بحث الإحياء والتحجير والحرائم والمشتركات وكل ما ذكروه في باب إحياء الموات، وهو اسم أحد الكتب الفقهية الرائجة في علم الفقه ثم أُلْحِقَ به كتاب المزارعة لمناسبة قوية لها بالأرض، لعل الله تبارك وتعالى أن يتقبله مني بفضله وكرمه، وأن ينفع به المؤمنين.

فشرعت فيه بإذن الله وتوفيقه، وما كنا لننهي إلَيْهِ لولا أن هدانا الله.

وليعلم القراء إنني لم أُلِفْ هذا الكتاب لأن يعمل به عوام المؤمنين ولا لأن يعتمد

١. ولازال هذه الدروس (الجهاد والرجال) جارية لحد الآن بحمد الله ومتنه.

عليه خواص المؤلفين، ليكون المؤلف القاصر مسؤولاً أمام الله يوم القيمة عن كتابه، بل ألهته لمزيد معرفتي بالأحكام الفقهية فالرجاء من المطالعين أن ينظروا إلى آرائي في هذا الكتاب وفي جميع مؤلفاتي في الفقه والأصول والكلام والرجال والمعارف الإسلامية وغيرها بعنوان مجرد احتمالات علمية لا غير.

اللهم إنا نعوذ بك من الغرور في القول والحسبان ومن التقصير في العمل والنظر
اللهم بك ومنك وإليك ولدك.

قم المشرفة

١٤١٨/١٢/٧ هـ. ق

١٣٧٧/١/١٦ هـ. ش

مقدمة الكتاب

وفيها فصول

الفصل الأول: في بيان جملة من الأحاديث المعتبرة سندًا المتعلقة
بالإحياء^١

١. صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في ذيل حديث: وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحق بها، وهي لهم.^٢
٢. صحيحة الثاني - بناء على ما هو المشهور من صحة طريق الشيخ إلى الحسين بن سعيد - عن أبي جعفر عليهما السلام قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عثروا بها فهم أحق بها.^٣
٣. صحيحة الثالث - بناء على أنَّ محمد بن حمران الواقع في السندي، هو النهدي دون ابن أعين كما جزم به (أي بالأخير) بعض المعلقين على التهذيب - قال سمعت

١. ولمزيد من أطلاع أهل التحقيق تقول إنَّ الأحاديث المتعلقة بالأراضي قد ذكرها صاحب الوسائل في كتاب الجهاد وفي كتاب التجارة (الباب ٢١ و ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، ج ١٧) وفي آخر كتاب الخمس في أبواب الأنفال، وفي كتاب إحياء الموات (ج ٢٥، الطعة الأخيرة).

٢. الوسائل، ج ١٥٦، ص ١٥٦: التهذيب، ج ٧، ص ١٧٥ و الفقيه، ج ٣، ص ٢٤٠ برقم ٣٨٧٩.

٣. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٢.

واعلم أنَّ نسخة الوسائل الموجودة عندي هي ما طبعت حدinya في الثلاثين جزءاً.

- أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحق بها وهي لهم.^١
٤. صحيح زرارة ومحمد بن مسلم وأبي بصير وفضيل وبكير وحرمان وعبدالرحمن بن أبي عبدالله عن الباقر و الصادق عليهما السلام قالا: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: من أحبي أرضاً مواتاً فهي له.^٢
٥. صحيح زرارة عن الباقر عليه السلام قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه: من أحبي مواتاً فهو له.^٣
٦. صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل أحبي أرضاً مواتاً فكرى ؟ فيها نهرأ وبنى بيوتاً وغرس نخلاً وشجرأ؟ فقال: هي له، وله أجر بيتهما وعليه فيها العشر فيما سقت السماء... .^٤
٧. صحيح معاوية بن وهب، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة بأثرة فاستخر جها و (أو) كرى أنهارها وعمرها، فان عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجهما، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض له ولمن عمرها.^٥
- أقول: وفي نسختي من التهذيب: فان كانت أرضاً... وفيها اختلافات طفيفة أخرى.
٨. صحيح أبي بصير الآتي برقم (١٨): إذا عملاها وأحيوها، فهي لهم (أي لأهل الذمة).^٦
٩. صحيح سليمان بن خالد - بناءً على أن النضر الواقع في سنته هو ابن سويد كما هو غير بعيد - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة

١. نفس المصدر.

٢. نفس المصدر.

٣. نفس المصدر.

٤. أي حفر.

٥. الوسائل، ج ٢٥، ص ١٢، رقم ٤.

٦. نفس المصدر، ص ٤١٤.

٧. نفس المصدر، ص ٤١٦.

فيسخر جها^١ ويجري أنها رها ويمررها، ماذا عليه؟ قال: الصدقة.

قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤدِّ إليه حقه.^٢

ورواه الحلبـي في صحيحـة بـأدنـى تـفاوتـ كـما في التـهـذـيبـ.^٣

الفصل الثاني: في نقل الروايات المعتبرة سندًا الواردة في الأراضي المفتوحة عنوة

١٠. صحيح محمد الحلبـي - بناء على صحة طريقـ الشـيخـ إلىـ الحـسـينـ بنـ سـعـيدـ - سـئـلـ أـبـوـ عـبـدـ اللهـ عـثـيـرـ عـنـ السـوـادـ مـاـ مـنـزـلـتـهـ؟ـ فـقـالـ:ـ هـوـ لـجـمـيعـ الـمـسـلـمـينـ،ـ لـمـنـ هـوـ الـيـوـمـ،ـ وـلـمـ يـدـخـلـ فـيـ الإـسـلـامـ بـعـدـ الـيـوـمـ،ـ وـلـمـ لـمـ يـخـلـقـ بـعـدـ فـقـلـتـ:ـ الشـرـاءـ مـنـ الـدـهـاقـينـ؟ـ قـالـ:ـ لـاـ يـصـلـحـ إـلـاـ أـنـ تـشـتـرـيـ مـنـهـ عـلـىـ أـنـ تـصـيـرـهـ لـلـمـسـلـمـينـ،ـ فـإـذـاـ شـاءـ وـلـيـ الـأـمـ أـنـ يـأـخـذـهـاـ أـخـذـهـاـ.ـ قـلـتـ:ـ إـنـ أـخـذـهـاـ مـنـهـ؟ـ قـالـ:ـ يـرـدـ عـلـيـهـ رـأـسـ مـالـهـ،ـ وـلـهـ مـاـ أـكـلـ مـنـ غـلـتـهـ بـمـاـ عـمـلـ.^٤

أقول: السواد - كما عن القاموس - الشخص، المال الكثير، ومن البلدة قراها، ورستاق العراق. وقيل المراد بأراضي أهل السواد، الأراضي المفتوحة عنوة كالعراق وغيره، وقيل السواد، الأرض المفتوحة من الفرس التي فتحت في زمان عمر بن الخطاب، وهي سواد العراق. سميت هذه الأرض سواداً، لأن الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتغافل أشجارها، سموها السواد.

١. أي يصلحـهاـ للـزـرـاعـةـ.

٢. الوسائلـ،ـ جـ ٢٥ـ،ـ صـ ٤١٥ـ.

٣. نفسـ الصـدرـ،ـ صـ ٤١٥ـ وـالتـهـذـيبـ،ـ جـ ٧ـ،ـ صـ ٢٠٢ـ وـفـيهـ:ـ (ـفـلـيرـدـ إـلـيـهـ حـقـهـ)ـ فـالـمـلـتـنـ ثـابـتـ بـسـنـدـيـنـ صـحـيـحـيـنـ وـالـعـجـبـ مـنـ الشـهـيدـ الثـانـيـ بـمـاـ لـهـ مـنـ الـخـبـرـةـ فـيـ الـاسـنـادـ،ـ حـيـثـ حـكـمـ فـيـ شـرـحـ الـلـمعـةـ (ـجـ ٧ـ،ـ صـ ١٤٠ـ)ـ بـأـنـ حـدـيـثـ سـلـيـمـانـ بـنـ خـالـدـ ضـعـيفـ مـقـطـوـعـ السـنـدـ،ـ وـلـانـلـعـمـ لـهـاـ الـاشـتـهـاـ وـجـهـاـ وـإـنـ صـارـ سـبـباـ لـاشـتـهـاـ صـاحـبـ الـجـوـاهـرـ أـيـضاـ حـيـثـ قـالـ:ـ وـيـخـرـ سـلـيـمـانـ بـنـ خـالـدـ الـمـنـجـبـ بـمـاـ سـمـعـتـ (ـجـ ٢٢ـ،ـ صـ ٣٨ـ)ـ وـكـلـ الـقـولـيـنـ ضـعـيفـ.ـ وـالـأـمـرـ بـادـاءـ الـحـقـ أـوـ يـعـلـمـ عـلـىـ النـدـبـ لـأـجلـ صـحـيـحـ مـعـاوـيـهـ بـنـ وـهـبـ الـمـقـتـمـ بـرـقـ (ـ٧ـ).ـ

٤. التـهـذـيبـ،ـ جـ ٧ـ،ـ صـ ١٤٧ـ وـالـوـسـائـلـ،ـ جـ ١٧ـ،ـ صـ ٣٢٩ـ وـتـؤـكـدـ مـضـمـونـهـ جـمـلـةـ مـنـ الـرـوـاـيـاتـ الـمـذـكـورـةـ فـيـ الـبـابـ (ـ٢١ـ)ـ مـنـ أـبـوـابـ عـقـدـ الـبـيعـ وـشـرـوـطـهـ فـيـ الـجـزـءـ (ـ١٧ـ)ـ مـنـ الـوـسـائـلـ.

وفي مجمع البحرين: سواد الكوفة نخيلها وأشجارها، ومثله سواد العراق يسمى بذلك لخضرة أشجاره وزرعه. وحَدَّ طولاً من حدية الموصل إلى عبادان، وعرضًا من العذيب إلى حلوان وهو الذي فتح على عهد عمر، وهو أطول من العراق بخمسة وثلاثين فرسخاً. كما نقلًا من المغرب. وسواد خير وبياضها، أرضها ونخلها، وقال أيضًا: العبادان بلد على بحر فارس بقرب البصرة شرقاً.

أقول: وعلى كل، الظاهر من كلام الراوي - بحكم التبادر - هو سواد العراق.
ثم الحديث يدل على أمور:

أولها: إنَّ أرض العراق رغم فتحها بغير إذن الإمام عليه السلام محكمة بالمفتوحة عنوة، فلا يعتبر اذنه في ذلك. ومرسلة الوراق الدالة على اعتبار إذنه عليه السلام^١، محمولة على الغنيمة المنقوله أو ظاهرة فيها، على أنها لا رسالها غير قابلة للاستدلال بها. كما أن صحيح معاوية بن وهب أيضًا قاصر عن إثبات إذنه عليه السلام من جهة احتمال اختصاصه بالمنقوله ومن جهة إهمال حكم المقاتلة بدون إذنه عليه السلام فيه، فلاحظه^٢ فالظهور الاعتماد على هذه الرواية في عدم اعتبار إذنه عليه السلام في استحقاق الغانمين وفي دخول الأرض في المفتوحة عنوة.

ثانيها: إنَّ الأرض المفتوحة عنوة ملك لجميع المسلمين والأمة الإسلامية إلى يوم القيمة، وقد أدعى عليه الإجماع.

ثالثها: عدم صحة اشتراها، ويلحق به بطلان كل معاملة ناقلة لها حسب القاعدة الأولية في المال المشترك، لاسيما بمثل هذا الاشتراك. نعم يصبح اشتراء حق أولوية المستولي عليها - كما يأتي - بأن يؤدي خراجها إلى الحاكم ليصرفها علىصالح المسلمين، وعليها يحمل صحة البيع في سائر الروايات، وحيث أنَّ المنقول في بيع هذه الأراضي حق الأولوية دون الملكية فجاز لولي الأمر أخذ الأرض من المشتري برد رأس ماله إليه.

١. الوسائل، ج ٩، ص ٥٢٩.
٢. نفس المصدر، ص ٥٢٤.

وفي صحة وقف هذه الأراضي لاسيما للمسجد إشكال حتى للحاكم الشرعي، ولابد من الاختصار على التصرفات المستفادة من النصوص أو السيرة والله العالم.

١١. صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر - بناء على صحة طريق الشيخ إلى

أحمد بن محمد بن عيسى - قال: ذكرت لأبي الحسن الرضا عليه السلام الخراج وما سار به أهل بيته؟ فقال: العشر ونصف العشر على من أسلم طوعاً، تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها، وما لم يعمر منها أخذه الوالي فقبله ممن يعمره، وكان للMuslimين، وليس فيما كان أقل من خمسة أو ساق شيء وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه بخير، قبل أرضها ونخلها، والناس يقولون لاتصلح قبلة الأرض والتخلف إذا كان البياض أكثر من السوداد وقد قبل رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه بخير وعليهم في حصتهم العشر ونصف العشر.^١

وفي رواية أخرى عنه عليه السلام التي لم نقل لها لضعفها سندأ بعلي بن أحمد بن اشيم قال هو وصفوان: ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته. فقال من أسلم. وفيها: وعلى المتقibilين سوى قبلة الأرض العشر ونصف العشر في حصتهم.

أقول: سأل الرواية عن الأرض الخراجية الظاهرة في المفتوحة عنوة،^٢ لكن الإمام عليه السلام بين حكم القسمين من الأرض: أملاك من أسلم عليها طوعاً والمفتوحة عنوة.

وحكم القسم الأول إبقاء ملكية الأرض لمن أسلم طوعاً، وأنه لا شيء عليه سوى الزكاة كسائر المسلمين. وأخذ أرضه التي لا يعمرها ويتركها معطلة - لعذر أو لغير عذر، تملكها بالإحياء أو بالعقد أو بالميراث أو بغيره - فيقبلها الوالي ممن يعمرها،

١. الوسائل، ج ١٥، ص ١٥٨.

٢. يمكن أن يريد السائل بالخارج أرض الجزية. يقول صاحب الجوهر في مبحث من كتابه: ضرورة كون أرض الجزية من الخارج فإنها أيضاً تبقى بأرض الخارج وإن كانت ملكاً لأربابها (ج ٢٢ ص ٣٥٠). وقال أيضاً: يمكن إرادة أرض الجزية من الخارج أو غير ذلك من مطلق النقل ولو بالصلاح من الشراء فيه (ص ٣٥١).

وتنقطع صلتها منه وتدخل في ملكية المسلمين فتلحق بالمفتوحة عنوة، وفيه احتمالان آخران:

الأول: أن أجراً هذه الأرض تصرف في صالح المسلمين ومعونة فقراءهم.

والثاني: أنها لمن يعمرها من المسلمين بناء على أن التقبيل يعني البيع وشبهه.^١

وعلى كل الحكم - أي أخذ الأرض من الذي لا يعمرها وتقبيلها للمعمر - لا يختص بمورده (الكافر الذي أسلم) بل يجري في مطلق مالك الأرض، إذ لا يحتمل حسب فهم العرف مسبوقة إسلامه بالكفر في مثل هذا الحكم.

وأما ذيل الرواية فيبيّن أحکاماً للمفتوحة عنوة:

فمنها: تفويض أمرها وتديرها إلى الإمام عليه السلام، فيقبلها حسب حالات المكان والزمان.

ومنها: أن موات الأرض المفتوحة عنوة كعامرتها فهي ملك للمسلمين إذا أريد بالبياض، الموات، ويحتمل إرادة ما هو مهيئة للانتفاع بالزرع فلا يكون البياض مواتاً على قول جمع كما يأتي.

ومنها: تعلق الزكاة على المتقبلين، وليس الحديث ظاهراً في نفي الأجرا والطسق، وإنما لم يصرح بها واكتفى بملزومها وهو التقبيل.

نعم المتقبلون في خير، هم اليهود ويبعد تكليفهم بالزكاة وإن كان الكفار عندنا مكلفين بالفروع خلافاً لصاحب الحدائق وسيدنا الاستاذ الخوئي^٢ وغيرهما له تفصيل يمكن إرادة المسلمين من المتقبلين بعد طرد اليهود فلا لاحظ أو ان هذه الجملة الأخيرة (وعليهم في حصتهم) من قول الإمام وكونها ناظرة إلى مطلق المتقبلين المسلمين ومطلق الأراضي المفتوحة عنوة، من دون نظر إلى يهود خير، والله أعلم.

١. في مجمع البحرين: القبالة بالفتح، الكفالة. وقبالة الأرض أن يتقبلها الإنسان فيقبلها الإمام أي يعطيها إياه مزارعة أو مساقاة وذلك في أرض الموات وأرض الصلح. أقول: ولا يأس بشمولها للإجارة أيضاً.

٢. للسيد الأستاذ تفصيل، فهم عنده غير مكلفين بالفروع التي لم تكن في شريعتهم. وقد أجبنا عن دلائل السيد الأستاذ وصاحب الحادي في الجزء الثاني من صراط الحق. فالكافار مكلفون بالفروع الشرعية.

ومنها: صحة قبالة الأرض وإن كان يياضها أكثر من سوادها خلافاً لتوهم الجهال.

١٢. صحيح ابن الحجاج – بناء على أنَّ محمد بن أبي حمزة هو ابن النمالي، كما هو غير بعيد – قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما اختلف فيه ابن أبي ليلي وابن شبرمة في السواد وأرضه. فقلت إنَّ ابن أبي ليلي قال: إنَّهم أسلموا أحراز وما في أيديهم من أرضهم لهم، وأما ابن شبرمة فزعم أنَّهم عبيد وإنَّ أرضهم التي بأيديهم ليست لهم؟ فقال في الأرض ما قال ابن شبرمة. وقال في الرجال ما قال ابن أبي ليلي، إنَّهم إذا أسلموا فهم أحراز، ومع هذا كلام لم أحفظه.^١

أقول: إذا حمل نفي ملكية أرضهم على ما لا يعمرونها حمل المطلق على المقيد ارتفع التنافي بينه وبين سابقه ولا بد من هذا الحمل.

لكن متن الرواية – رغم صحة سندتها – غير قابل للاعتماد لاحتمال أنَّ ما سقط منها بنسيان الراوي كما صرَّح به، قرائن مخالفة لظاهره.

١٣. صحيح حريز عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليهما السلام وعن الساباطي وعن زرارة عن أبي عبد الله عليهما السلام عن شراء أرض الدهاقين^٢ من أرض الجزية؟ فقال: إنَّه إذا كان ذلك، انتزعت منك أو تؤدي عنها ما عليها من الخراج، قال عمار: ثم أقبل على فقال: اشتراها فإنَّ لك من الحق ما هو أكثر من ذلك.^٣

أقول: لا ينبغي الشك في إرادة المفتوحة عنوة من أرض الجزية، وإنَّ المراد بالجزية الخراج كما يظهر من آخره. والانتزاع إنما من قبل الدولة فإنَّ الدهاقين يمكنهم عدم أداء الخراج للحكومة لغير واحد من الجهات، وإنما أنت فلا تقدر عليه، بل يمكن أن تأخذ الحكومة منك الجزية الثابتة عليها قبل اشتراكك، فإذا لم تدفعها انتزعوا الأرض منك ويدهب ثمنها هدرأ. وهذا تبيه إرشادي من الإمام لأصحابه. ثم المراد بالاشتراء، اشتراء حق الأولوية كما تقدَّم ويأتي مفصلاً، وأما ذيل الرواية

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٦.

٢. في مجمع البحرين: الدهقان بتثليت الأول والضم أشهر ثلاثة: رئيس القوم ومقدم أصحاب الزراعة.

٣. الوسائل، ج ١٧، ص ٣٦٨.

فيحمل على إرادة حق الانتفاع من الأرض ولو بأجرة لزيادة احتياج مثل عمار إليها، أو ان الشيعة أحق من غيرهم بالاستفادة منها. أو ان غيرهم غير مستحقين للانتفاع ولو باداء الخراج لكنه احتمال ضعيف.^١

١٤. صحيح محمد بن مسلم قال: سأله عن شراء أرضهم؟ فقال: لا يأس أن تشتريها ف تكون إذا كان ذلك، بمنزلتهم تؤدي فيها كما يؤدون فيها.^٢

١٥. صحیحة الثانی عن أبي جعفر^{عليه السلام} قال: سأله عن شراء أرض أهل الذمة؟ فقال: لا يأس بها، ف تكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي عنها كما يؤدون.^٣
أقول: الظاهر وحدة الروايتين وإنما نقلت بسندین. ثم الظاهر ورودهما في المفتوحة عنوة.

وأما حمل الأرض على أراضيهم المملوكة لأهل الذمة المتعلقة للجزية حسب عقد الذمة فهو بعيد أو باطل، فإن المسلم وإن اشترى من الذي أرضاً لا يؤخذ منه الجزية وهي على البائع الذي دون المشتري المسلم فلا يلاحظ.

١٦. صحيح محمد بن مسلم المروي عن الكافي عن أبي جعفر^{عليه السلام} قال: سأله عن سيرة الإمام في الأرض التي فتحت بعد رسول الله^{صلوات الله عليه وسلم} فقال: إنَّ أمير المؤمنين^{عليه السلام} قد سار في أهل العراق سيرة فهم (فهي - ظ) إمام لسائر الأرضين، وقال: إنَّ أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية، وإنَّ الجزية عطاء المهاجرين، والصدقة لأهلهما الذين ستم الله في كتابه، فليس لهم من الجزية شيء، ثم قال^{عليه السلام}: ما أوسع العدل ثم قال: إنَّ الناس يستغفون إذا عدل بينهم وتتنزل السماء رزقها وتتنزل الأرض برకاتها.^٤
ورواه الشيخ عن الكليني: ويقول محشى الوسائل: ولم نعثر عليه في الكافي والتهذيب.

١. وللمجلسي توجيه آخر في مرآة العقول لكنه خلاف الظاهر.

٢. التهذيب، ج ٧، ص ١٧٥ والوسائل، ج ١٧، ص ٣٦٩ و ٣٧٠.

٣. الوسائل، ج ١٧، ص ٣٧٠.

٤. نفس المصدر، ج ١٥، ص ١٥٣ و ١٥٤.

أقول: رواه الشيخ عن محمد بن علي بن محبوب بسند صحيح في تهذيبه، ج ٤، ص ١١٨ وروى ذيله (إنَّ أَرْضَ الْجَزِيَّةِ...). ابن أبي يعفور الصادق عليه السلام كما في الكافي وسنته ضعيف.

وفي تقرير دروس سيدنا الأستاذ الخوئي:^١ ظاهره (أي صدر الحديث) أنَّ الأرضي المفتوحة بعد رسول الله صلوات الله عليه وسلم حكمها حكم أرض العراق وأنَّها ملك المسلمين. وقرب منه ما في كتاب الأرضي.

والحق أنَّ صدر الحديث مجمل لا يستفاد منه شيء، وسبب الإجمال إما فقد القرائن الحالية الموجودة بين الإمام والراوي أو عدم تحفظه على كلام الإمام وإخلاله بالألفاظ زيادة ونقضة، وهو بلاء عام في كثير من الروايات. وعلى كل لم افز على كيفية سيرة الإمام بسند معتبر في أهل العراق.

١٧. موثق إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشتري (اكترى) – جهاد الوسائل والتهذيب، ج ٧، ص ١٧٧ المطبوعة من قبل مكتبة الصدوق – أرضاً من أرض أهل الذمة من الخارج وأهلها كارهون، واتَّما يقبلها من السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز؟ فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضاروا؛ وإن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها.

قال: وسألته عن رجل اشتري أرضاً من أرض الخارج فبني بها أو لم يبن، غير أنَّ انساً من أهل الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أجرة البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم، فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.^٢

أقول: لفظ اكترى أنساب بالقبالة، ويدل الحديث (أولاً) على عدم جواز فسخ المعاملة مع أهل الذمة من دون مجوز، ولا ينفذ تصرف الجائز فيه أيضاً و(ثانياً) على صحة الفسخ إذا عجز المتقبل عن تعمير الأرض وتتجديده وإدامته وعن دفع الخارج،

١. مصباح الفقاهة، ج ١، ص ٥٤٧ وقد تبع في ذلك الشيخ الأنصاري في مكاسبه، ج ١، ص ٢٣٢. طبعة إسماعيليان، عام ١٣٧٤ بقلم.

٢. الوسائل، ج ١٧، ص ٣٧٠ و ٣٧١.

ينفذ تصرف الجائز فيه، لكنه لا لولايته العامة، بل لمجرد تسهيل الأمر على المسلمين أو على الناس أو على خصوص الشيعة. والجائز لا ولایة له على شيء وتصرفاته في الأمور باطلة محرمة.

وأما قوله عليه السلام: إلأ أن يضاروا فيشكّل فهمه ولا يعود حمله على جهة أخلاقية مندوبة، فلاحظ. كما ان المشارطة لا دخل لها باستحقاق المتقبل لأصل الأجرة من النازلين مسلمين أو كافرين ولعله إنما قيدها لنفي الغرر. ثم ان هذا الحديث ليس له ظهور قوي في المفتوحة عنوة بل يحتمل وروده في أرض أهل الذمة المضروبة عليها الخارج والله أعلم.

تنقية

قال الشيخ الأنصاري في آخر مكاسبه المحرمة: ثم اعلم ان ظاهر الأخبار تملّك المسلمين لجميع أرض العراق المستى بأرض السواد من غير تقدير بالعامر فينزل على أن كلها كانت عامرة حال الفتح.

أقول: التنزيل المذكور لا دليل عليه وما ذكره في وجهه غير واضح. نعم عرفت فيما من أن المفتوحة عنوة سواء كانت عامرة أو بائرة فهي ملك لجميع المسلمين.

الفصل الثالث: في نقل الروايات المعتبرة سندًا حول أهلية ملكية الكافر بالإحياء

١٨. صحيح أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمة؟ فقال: لا يأس بأن يشتريها (يشتري) منهم إذا عملوها وأحيوها فهي لهم. وقد كان رسول الله عليه السلام حين ظهر على خير - وفيها اليهود - خارجهم على أن يترك (على أمر وترك) الأرض في أيديهم يعملونها ويعمرونها.^١

^١. التهذيب، ج.٧، ص.١٤٨؛ الفقيه، ج.٣، ص.٢٤٠ برقم ٣٨٧٩ والوسائل، ج.١٥، ص.١٥٦ وج.٢٥، ص.٤١٢.

أقول: يأتي توضيحي في الحديث اللاحق فانهما دالان على مراد واحد.

١٩. صحيح محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض اليهود والنصارى فقال: ليس به بأس، قد ظهر رسول الله ص على أهل خير فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعلمونها (يعلمون بها) ويعمرونها. فلا أرى بها بأساً لو اتّك اشتريت منها شيئاً، وأيتها قوم أحياوا شيئاً من الأرض وعلموها فهم أحق بها وهي لهم.^١

أقول: ظاهر الصحيح أن السؤال ناظر إلى أهلية أهل الكتاب للملكية، فأجاب الإمام بالإثبات وذيل الرواية كالنص على ملكيتهم للأرض بالإحياء لاسيما إذا صاح انه لا يبيع إلا في ملك. وذهب جمـع إلى عدم أهليتـهم للتمـلك بالإحياء كأنـه اجـتهـاد في مقابل النـص.

٢٠. موثقة إسحاق بن عمار عن عبد صالح (في نسختي من التهذيب، ج ٦، ص ١٨٣: العبد الصالـح) عليه السلام قال: قلت له: رجل من أهل نجران يكون له أرض ثم يسلم، أيض عليه؟ ما صالحـهم عليه النبي ص أو ما على المسلمين؟ قال: عليه ما على المسلمين، انـهم لو أسلـموا لم يصالـحـهم النبي ص.^٢

٢١. صحيح محمد بن مسلم قال: سأله عن الشراء من أرض اليهود والنصراني، قال: ليس به بأس.^٣

أقول: مقتضـى ترك الاستفصال ان الكافـر - بنـاء على مساـواة الكـتابـي وغـيرـهـ في مثل هـذهـ الأـحكـام - يـملـكـ بالإـحـيـاءـ قـبـلـ نـزـولـ آـيـةـ الـأـنـفـالـ وـبـعـدـ وـبـالـشـرـاءـ وـغـيرـهـ من

وقال بعض معلقـيـ الفـقيـهـ: فـخـارـجـهـمـ أـيـ ضـرـبـ الـخـرـاجـ عـلـيـهـمـ وـقـاطـنـهـمـ، وـالـاستـشـهـادـ مـنـ بـابـ مـفـهـومـ الـمـوـافـقـةـ، فـإـذـاـ كـانـ بـعـدـ أـرـاضـيـ خـيـرـ جـائزـ فـمـاـ كـانـ مـلـكـاـ لـهـمـ جـازـ بـالـطـرـيقـ الـأـوـلـيـ. أـقـولـ: وـيـضـعـفـ بـعـدـ دـلـالـةـ الـمـخـارـجـةـ عـلـىـ الـمـبـانـعـ، وـلـعـلـ وجـهـ الـاسـتـشـهـادـ تـوقـفـ الـمـخـارـجـةـ عـلـىـ الـمـلـكـةـ وـكـشـفـهـ عـنـهـ إـذـ لـمـ يـكـنـواـ مـالـكـينـ لـمـ يـخـارـجـهـمـ وـيـرـفـعـ بـدـهـ الـعـدـوـانـيـةـ عـنـ الـأـرـضـ فـلـاحـظـ. وـعـلـىـ كـلـ أـرـاضـيـ خـيـرـ بـعـدـ الـفـتـحـ مـنـ الـمـفـتوـحةـ عـنـهـ.

١. الوسائل، ج ١٥، ص ١٥٦.

٢. نفس المصدر، ج ٢٥، ص ٤١٦.

٣. نفس المصدر، ج ١٧، ص ٣٦٩.

النواقل، بل الحديث نص على أهلية الكافر للملك، بناء على أنه لا يبع إلا في ملك حتى بالإحياء حسب إطلاقه.

الفصل الرابع: في نقل الأحاديث المعتبرة في الأنفال وما يلحق بها

٢٢. صحيح حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجد عليه بخيل ولا ركاب. أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، وكل أرض خربة وبطون الأودية^١ فهو لرسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه وهو للإمام يضعه حيث يشاء.^٢

أقول: في الحديث مطالب:

أولها: أن قوله عليه السلام ما لم يوجد عليه. إشارة إلى قوله تعالى: «وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَحْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسْلِطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ».^٣

وفي تفسير مجمع البيان: أي فما أوجفتم عليه خيلاً وإبلًا، والمعنى لم تسيراوا إليها على خيل ولا إبل وإنما كانت ناحية من (نواحي) المدينة مشيتكم إليها مشياً، والركاب الإبل التي تحمل القوم.

وفي مجمع البحرين: الإيجاف وهو السير الشديد. والمعنى: فما أوجفتم على تحصيله وتفغيمه خيلاً ولا ركاباً، وإنما مشيتكم إليه على أرجلكم فلم تحصلوا أموالهم بالغلبة والقتال ولكن الله سلط رسle عليهم وحوله (خولهم - ظ) أموالهم.

أقول: ملاحظة الروايات الكثيرة - مع ضعف أسنادها - الواردة حول الأنفال ربما توجب وثوق الفقيه بأن قوله تعالى: «فَمَا أَوْجَحْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ» كناية عن عدم القتال دون قلة المسافة، وقرب ساحة القتال إلى مكان المقاتلين فلا يلاحظ الباب الأول

١. الوادي - كما في المنجد - منفرج بين جبال أو آكام يكون منفذًا للسيل، وقال أيضًا في حرف الباء: تبطن واستبطن الشيء: دخل بطنه ومنه: تبطن الوادي. وفي مجمع البحرين تفسير البطن بمنخفض الأرض.

٢. الوسائل، ج ٩، ص ٥٢٣، أقال الخمس.

٣. الحشر (٥٩): ٦

من أبواب الأنفال من الوسائل (أرقام ١، ٤، ٧، ٨ - ١٢ و ١٧) ان كان حديثاً عن الإمام عليه السلام (١٩ و ٢٠) وغيرها لاحظ تفسير العياشي أيضاً.

ثانيها: ظاهر الحديث ان الأمور الخمسة من أفراد الأنفال وبينهم تباعين، ولكن ما يصالح عليه نوع من القسم الأول وكذا الثالث، بل لعله عطف تفسير للثاني، إذ من الطبيعي عدم إعطاء أحد أو قوم أرضهم إلى غيرهم بلا وجه ضغطة، ومعها يصبح الإعطاء مصالحة، فلاحظ.

وأما الرابع والخامس فهل هما من أقسام الأول أو قسيمه؟ فعلى الأول إذا أخذنا بالسيف والتها، فهما من المفتوحة عنوة. وعلى الثاني يتعارض الحديث، الأحاديث الواردة في المفتوحة عنوة على نحو العموم من وجه. ويمكن ترجيح الأول عليها وإلا لغى عنوان الخربة وبطن الوادي المأخوذتين في هذا الحديث فافهمه جيداً.

والالأظهر هو الاحتمال الأول وكون الخربة وبطن الوادي من أقسام الأنفال لا من أقسام ما لم يوجد عليه. تأمل.

ثالثها: أنَّ الكلمة (أو) كأنها من تعبير الراوي وعدم تحفظه على كلام الإمام وليس على ما ينبغي.

وإليك متن آخر من مرسلة حماد: والأنفال كل أرض خربة قد باد أهلها وكل أرض لم يوجد عليها بخيل ولا ركاب ولكن صالحوا صلحاً واعطوا بأيديهم على غير قتال وله رؤوس الجبال وبطون الأودية والآجام وكل أرض ميتة لا رب لها ولها صوابي الملوك.^١

وهذا المتن أوضح من متن صحيح حفص ولا إشكال فيه وإن كان سنته مرسلاً غير حجّة.

رابعها: أنَّ الصلح مع الكفار قد يقع على كون أرضهم لهم وقد يقع على أنها للدولة الإسلامية، فهي من الأنفال. وما في الحديث محمول على القسم الأخير. ولا يصح

١. الوسائل، ج ٩، ص ١١٧ و تمام المرسلة في الكافي، ج ١، ص ٥٣٩ - ٥٤٣

الصلح على صيرورتها لل المسلمين، لأجل هذا الحديث فإنه يدل - بظاهره - على اختصاص ما يصالح عليه بالإمام. فما في كلام بعض المعاصرين من صحة الصلح على أرض الكفار يجعلها لجميع المسلمين غير صحيح.

خامسها: أن الإنفال ملك الدولة الإسلامية دون شخص الرسول والإمام وإنما لانتقلت الأنفال بعد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى ابنته الصديقة الطاهرة عَلَيْهَا السَّلَامُ، لا إلى أمير المؤمنين وأوصيائه عَلَيْهِمُ السَّلَامُ.

سادسها: استظره صاحب الجوهر من هذا الصحيح أن كل ما لم يوجد عليه بخيل ولا ركاب من الأنفال لا خصوص الأرض منه، كما هو ظاهر المصنف (المحقق الأول) وغيره من الأصحاب.^١

سابعها: لا يبعد دعوى الاطمئنان بصدور متن الحديث - في الجملة - من الإمام عَلَيْهِ السَّلَامُ لكترة ما يوافقه من ضعاف الروايات.

ثامنها: الحديث يدل على أن الأرض كلها ليست للإمام وإنما لم يخص الموارد الخمسة منها به عَلَيْهِ السَّلَامُ.

٢٣. صحيح الكتاني عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ: نحن قوم فرض الله طاعتنا، لنا الأنفال، ولنا صفو المال.^٢

٢٤. صحيح داود بن فرقد، قال: قال أبو عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ: قطائع الملك للإمام وليس للناس فيها شيء.^٣

وفي مجمع البحرين: الانقطاع: إعطاء الإمام قطعة من الأرض وغيرها. ويكون تمليكاً وغير تملك. والقطائع اسم لما لا ينقل من المال كالقرى والأراضي. ومنه: قطائع الملك كلها للإمام. انتهى.

١. ج ١٦، ص ١١٧.

٢. الوسائل، ج ٩، ص ٥٣٥.

٣. نفس المصدر، ص ٥٢٥ و ٥٢٦ و يؤيده خبر محمد بن القاسم بن الفضيل وفي سنته بحث لاحظ حاشية ص ٣٣٣ وما بعدها (ج ١٧ من الوسائل).

أقول: إقطاع الكافر والجائز باطل لا أثر له، فإن فتحت القطعة المذكورة عنوة فعلى القاعدة، تعد ملكاً لل المسلمين، وكذا إذا وقع الصلح على أنها للدولة الإسلامية وإن وقعت بأيدي المسلمين من دون الإيجاف بخييل ولا ركاب عليها فهي للإمام، لكن هذه الرواية تجعلها للإمام مطلقاً فيتعارض ما ورد في المفتوحة عنوة بنحو العوم من وجه وورد الاجتماع القطعة المفتوحة عنوة ولا يبعد تقديم الأول تحفظاً على العنوان المذكور.

واعلم أنّ في صحة طريق الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال وعدمها بحثاً طويلاً عيناً، ذكرناه في البحث الرابع والأربعون من كتابنا (بحوث في علم الرجال) والأرجح أنها لاتخلو عن إشكال، ولذا لم نعتمد على الروايات المروية بهذا الطريق، وإن قلنا بصحبة السند المذكور أصبح بعض الروايات الواردة في الأنفال (ص ٥٢٦ و ٥٢٧، ج ٩ من الوسائل) معدودة في الروايات المعتبرة.

كما أن التفسير المنسوب إلى القمي رحمه الله لم تثبت نسبته إليه كما ذكرنا بحثنا في الكتاب المتقدم ولو ثبتت لصار بعض أحاديثها الواردة في الأنفال حجة معتبرة.^١
 ٢٥. صحيح ابن البخاري عن الصادق عليه السلام قال: إن جبرئيل كری برجله خمسة أنهار ولسان الماء يتبعه: الفرات ودجلة ونيل مصر ومهران^٢ ونهر بلخ. فما سقت أو سقى منها فللإمام، والبحر المطيف بالدنيا.^٣

أقول: في كون هذه الملكية ملكية اعتبارية فقهية أو ملكية معنوية وجهاً، ولا يبعد جعل قوله (فما سقت أو سقى منها فللإمام) قرينة على إرادة الثاني كما ان

١. الوسائل، ج ٩، ص ٥٣١.

٢. وفي رواية غير معتبرة (الكافري، ج ١، ص ٤٠٩): إن الله تبارك وتعالى بعث جبرئيل عليه السلام وأمره أن يخرج بالهـامـةـ نـعـانـيـةـ أـنـهـاـ فـيـ الـأـرـضـ: مـنـهـاـ سـيـحـانـ وـجـيـحانـ وـهـوـ نـهـرـ بـلـخـ وـالـخـشـوـعـ وـهـوـ نـهـرـ الشـاشـ وـمـهـرـانـ وـهـوـ نـهـرـ الـهـنـدـ وـنـيلـ مـصـرـ وـدـجـلـةـ وـفـرـاتـ فـمـاـ سـقـىـ أـوـ سـقـتـ فـهـوـ لـنـاـ وـمـاـ كـانـ لـنـاـ فـهـوـ لـشـيـعـتـاـ....

٣. الوسائل، ج ٩، ص ٥٣٠. وأما بحر المطيف بالدنيا فعلمle غير قابل للتصديق إن أريد بالدنيا ما سوى الله وإن أريد بها الأرض والسماء الدنيا فكذلك وإن أريد بها الأرض فلا بحر مطيف بها وإن أريد بها بعض الأرض ليriad بالبحر بعض الأبحار الكبيرة المسئى بالآفينوسية فله وجه معنـىـنـ. وـعـلـىـ كـلـ فـهـمـهـ خـارـجـ عـنـ ذـهـنـاـ.

الاختصار على خمسة أنهار يدل على الإرادة الأولى فإنَّ الملكية المعنوية ثابتة على جميع المياه والأشياء كما يأتي.

الفصل الخامس: في الروايات الواردة في أنَّ الأرض كُلُّها للإمام عليه السلام

١. صحيح هشام بن سالم عن أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام: وجدنا في كتاب علي عليه السلام أنَّ الأرض الله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين. أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن المتندون والأرض كُلُّها لنا...^١

أقول: رغم تعبير جمع الباحثين عن هذا الخبر بالصحيح أنه ضعيف، فإنَّ أبا خالد الكابلي - وهو كنكر أو وردان - على خلاف في وحدة الاسمين وتعدهما - لم يوثق، وكأنَّ جملة من العلماء يتساهلوون في الأسناد فإذا وصف أحدهم رواية بالصحة يجري الآخرون منهم على أثره من دون مراجعة علم الرجال. وعلى كل لانعتمد نحن على الرواية الضعفاء والمجهولين ولا على الاجماعات المنقولة التي لا تفيد لنا ظنناً ضعيفاً في إثبات الأحكام الشرعية.

٢. المرسلة المضمرة الضعيفة: الدنيا وما فيها الله تبارك و تعالى ولرسوله ولنا...^٢

أقول: يحمل على كرة الأرض أو أخص منها لقرينة في ذيلها فلاحظ تمامها.

٣. صحيح ابن محبوب عن عمر بن يزيد... فقال (الصادق عليه السلام): أو مالنا من الأرض أو ما أخرج الله منها إلا الخمس يا أبا سيار؟ ان الأرض كُلُّها لنا فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا.^٣

٤. رواية محمد بن الريان عن العسكري عليه السلام: ... إنَّ الدنيا وما عليها لرسول الله عليه السلام.^٤

١. الكافي، ج ١، ص ٤٠٧.

٢. نفس المصدر.

٣. نفس المصدر، ص ٤٠٨ و ٤٠٩.

٤. نفس المصدر، ص ٤٠٩.

٥. عن جابر عن البارقي رض خلق الله آدم وأقطعه الدنيا قطيعة، فما كان لآدم رض
فلرسول الله صل وما كان لرسول الله فهو لأنّة من آل محمد صل.^١

أقول: أولاً هذه الروايات التي نقلها ثقة الإسلام الكليني في الكافي في باب أن الأرض كلها للإمام رض ضعيفة سندًا لا حجية فيها، ووجه ضعف ما سوى الثالثة ظاهر، وأما هي فإنَّ عمر بن يزيد ثلاثة أشخاص:

١. عمر بن محمد بن يزيد أبو الأسود بياع السابري الكوفي مدحه النجاشي بقوله: ثقة جليل.

وقد يناسب إلى جده فيقال عمر بن يزيد كما يظهر ذلك من الصدوق والكتبي وفهرست الشيخ، وقد وثقه هو أيضًا فيه وفي رجاله وذكر النجاشي والشيخ كتابه.

٢. عمر بن يزيد البصري، لم يذكره الرجاليون الأقدمون كما يلوح من معجم رجال الحديث ولكنه وقع في أسناد بعض روايات التهذيب وروى عن الصادق عليه السلام وروى عنه يونس بن يعقوب.

٣. عمر بن يزيد بن ذبيان الصيقلي الكوفي وهو من أصحاب الصادق عليه السلام كما أن الأول من أصحاب الصادق والكاظم عليهم السلام. وذكر النجاشي كتابه.

وسيتمنا الأستاذ الخوئي - قدس الله نفسه - قد أصرَّ على انصراف الاسم (عمر بن يزيد) إلى الأول لكونه هو المشهور، وقال: إنَّ الشيخ روى عنه في التهذيب والاستبصار كثيراً، والمراد به عمر بن يزيد الذي ذكره في الفهرست ووثقه، وقال: له كتاب وقد قلنا أنه بياع السابري فهو المعروف الذي عبر عنه بعمر بن يزيد، بلا تقييد بشيء وأما عمر بن يزيد بن ذبيان الصيقلي فلم يذكر الشيخ له كتاباً فأنه لم يره، فلا يصح أن يعبر عنه بعمر بن يزيد ويريد به ابن ذبيان بلا قرينة.^٢

ما أفاده وإن كان مظنوناً - بالظن الضعيف - لكنه لا يوجب الوثوق والاطمئنان.

١. نفس المصدر . ص ٤٠٩

٢. معجم رجال الحديث، ج ١٤، ص ٦٢ و ٦١، الطبعة الخامسة.

وتفصيل البحث في محله. فيشتراك الاسم بين الصيقل المجهول وبياع السابري النقمة وكلاهما كوفي فيسقط ما روى هذا الاسم عن الصادق عليهما السلام عن درجة الاعتبار. وأما ما رواه عن الكاظم عليهما السلام فهو معتبر لعدم الاشتراك هنالك، نعم لو دار الأمر بين النقمة الكوفي والمجهول البصري في ما يروى عن الصادق عليهما السلام لا يبعد القول بانصراف الاسم إلى النقمة كما لا يخفى.

وعلى كل نحن لم نذكر هنا ما وقع في سنته عمر بن يزيد من الروايات المتعلقة بالإحياء وغيره لمحدور اشتراكه كما عرفت. ثم أنَّ المتبادر ربما يجد روايات أخرى تدلُّ على الملكية المذكورة كالمروري عن تفسير النعmani بسند غير معتبر عن أمير المؤمنين عليهما السلام في حديث طويل: فكانت الأرض بأسرها لأدْمَ عليهما السلام. ثم للمصطفين الذين اصطفاهم الله وعصمهم فكانوا هم الخلفاء في الأرض...^١

وثانياً: أنَّ الملكية على أقسام ثلاثة:

الملكية التكوينية كملكية العلة لملوحتها والخالق لمخلوقه المحتاج إليه حدوثاً وبقاء. «ولله مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ» ويلحق بها الملكية المعنوية كملكية النبي عليهما السلام والإمام عليهما السلام للأرض باعتبار أنهم وسائط الفيض وساسة العباد وإليهم أمر تدبير الناس وإدارة البلاد.

الملكية المقولية العرضية المبحوث عنها في الحكمة.

الملكية الاعتبارية العقلائية الفقهية.

واعلم أنه لابد من حمل الملكية الواردة في هذه الروايات ونظائرها على الملكية المعنوية دون الملكية الفقهية المبحوث عنها في المقام، لقرائن كثيرة في نفس تلك الروايات كما تظهر لمن راجعها وتأملها ولما دلَّ من الآيات والروايات على ملكية الناس على بعض الأراضي وغيرها من الأشياء والأموال، إذ لا يمكن اجتماع مالكين – بالملكية الاعتبارية – على ملك واحد قطعاً. وللروايات الواردة في الأنفال فإنها

أمور معدودة فلو كانت الأرض بتمامها للأئمة ^{عليهم السلام} لم يكن وجه لذكر خصوص الأرض الخربة وبطون الأودية وقطاعات الملوك ونحوها، كما مر.

الفصل السادس: تقسيمات الأرض

قد ترتفي تقسيمات الأرض إلى عشرين قسماً، وإليك بيانها وبيان أحكامها على المختار على نحو الإشارة وسيوافيك التفصيل إن شاء الله تعالى:

١. الموات الأصلي، فهي من المباحات على الأظهر.

٢. العامرة الأصلية، وهي أيضاً من المباحات.

٣. الموات بالعرض، فهي لمن عمرها مطلقاً، سواء كانت عمارتها السابقة طبيعية أو بشرية، ملكها المالك الأول بالاحياء أو بالناقل كان لها مالك معين أو غير معين، على الأرجح، نعم المفتوحة عنوة إذا ماتت، بقي حكمها أي كونها للمسلمين قاطبة، ولا يبعد أن يقال بأن أرض الخربة التي هي من الأنفال، أيضاً بقى على حكمها وإن زالت الآثار والرسوم وماتت كلية.

٤. العامرة بالعرض، فهي أيضاً لمعترها مسلماً كان أو كافراً في دار الإسلام أو في دار الكفر.

ثم الكافر إن أسلم عليها فهي له إن قام بتعميرها، وإن لم يسلم فهو مالك أرضاها وأموالها ما لم تؤخذ عنه بالقهر، وإن أخذت عنه بالقهر والمقاتلة فالأرض ملك لجميع المسلمين وهي المسماة بالمفتوحة عنوة. وإن أخذت صلحاً على أنها للمسلمين فهو بحكم المفتوحة عنوة، على قول الشيخ الأنصاري في مکاسبه،^١ والأظهر - على ما مر - عدم صحة الصلح المذكور، بل تنتقل إلى الإمام ^{عليه السلام} وملكية الدولة، وإن أخذت صلحاً على أنها للدولة فهي من الأنفال وإن وقع الصلح على أنها لهم يحكم ببقاء ملكيتهم عليها.

١. في بحث توقف الأرض الخاجية على أمور ثلاثة، ج ١، ص ٢٢٩ (انتشارات إسماعيليان)، التنبية الثامن. قال: كونها مفتوحة عنوة أو صلحاً على أن يكون الأرض لل المسلمين، إذ ما عداهما من الأرضين لا خراج عليها.

وإن انجلى أهلها عنها فإن تركوها خربة فهي من الأنفال وكذا إن أعطوها لل المسلمين وإن وهبها لهم فهي لل المسلمين وأمرها بنظر الحاكم، وإن ماتوا عليها مع وارث فهي له وإن ماتوا من غير وارث فهي للإمام عليه السلام.
ثم إن المفتوحة عنوة إن بقيت آثار العمارة عليها، فمتصرفها أحق بها وإن زالت فلا حق له ولو لي الأمر أن يدفعها إلى من يقوم بعمارتها وأداء خراجها.

الأرض في الفقه

أقسام التصرف

وإذ انتهى كلامنا في المقدمة فاعلم أنّ الفقير لحدّ الآن لم يترجم كتاباً ولم يشرح متنًا ولم يعلق على كتاب، ولا أول مرةً أجعل مقاصد كتابي هذا شرحاً أو تعليقة على كتاب إحياء الموات من شرائع الإسلام للمحقق الحلي - رضوان الله عليه - ^١ مستعيناً ومستخيراً ومستعصمًا بالله الحنان دائم الفضل على البرية، وهو حسبينا ونعم الوكيل.

قال عليه السلام: (والنظر في أطراف أربعة: الأولى في الأرضين، وهي إما عامرة وإما موات، فالعامر ملك لمالكه، لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه).

أقول: ليست للموات - بضم الميم أو فتحها - حقيقة شرعية ولا مصطلح خاص فالمرجع في فهم معناه هو العرف.

واعلم أنّ الأشياء بلحاظ جواز التصرف فيها وعدمه على أنحاء:

فمنها: بعنوان إنّها مجرّد مال وجنس وشيء فهذا يجوز التصرف فيه لكل أحد على الأقوى ما لم يثبت المنع عنه، فإنّا لانقول بأصلالة الحظر.

ومنها: بعنوان إنّها ملك مالك ومال الغير، فهذا لا يجوز التصرف فيه من دون إذن مالكه أو رضاه عقلأً وشرعاً^٢.

١. لكنني لا أعتقد بترتيب المتن، بل ربما أقدم ما أخره المحقق وأؤخر ما قدمه، فليكن هذا ببال القراء.

٢. لاحظ كتابنا حدود الشريعة، ج ١، مادة الأكل و ٢، مادة الاستعمال.

ومنها: بعنوان إنّها مال لكافر حربي، فهذا لا يأس بالتصريف فيه.
 ومنها: بعنوان إنّها ملك مؤمن أو مسلم أو ذي أو مستأمين فهذا يحرم التصرف فيه. ومنع الماتن عن جواز التصرف ناظر إلى النحو الثاني، ولا إشكال فيه. بل لا حاجة إلى إحراز ملكية المال لأحد فإنّ مجرد اليد أمارة على الملكية. وعلى كل، مراد الماتن من العامرة هي العامرة بالعرض. وأمّا العامرة طبيعية فقد تكون متعلقة لحق الغير في الجملة وقد لا تكون كذلك بل تعد مباحة كما يأتي تفصيله.

الأراضي الموات

قال: (أمّا الموات فهو الذي لا ينتفع به لعطلته، إنّما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستئjamه أو غير ذلك من موانع الانتفاع).

أقول: أو لعدم إرادة الإحياء ولو لعدم المرید هناك وإن لم يكن مانع منه. ودعوى كون مثل هذه الأرض عامرة غير ميتة، فإنّها جاهزة للانتفاع بها أمر مشكل جدّاً، والعرف أصدق شاهد على خلافها، وإن رضي بها جمع كثير على ما يأتي والله أعلم. ثم المنقول عن جمع إنّه لا مدخل لبقاء رسوم العمارة وآثار الأنهر في الموات: ولا تمنع تلك الآثار عن الإحياء وقياسها على التججير المقارن لقصد الإحياء بلا فارق، فإنّ الأولى تجتمع الموات عرفاً، والثانية توجب الحق عرفاً فإنّها شروع في الإحياء الموجب للملكية.

قلت: الموات أعمّ من بقاء الرسوم والآثار وعدمه، كما قالوا، لكن الفرض الأول يسمى عرفاً بالخربة وبينها وبين الموات عموم وخصوص، فكل خربة ميتة ولا عكس. هذا من جهة الموضوع؛ وأمّا من جهة الحكم فالخربة من الأفعال لصحيح حفص بن البختري المتقدّم برقم (٢٢) وأمّا الميتة غير الخربة أي غير المسبوقة بالعمران فهي من المباحثات الأصلية على الأرجح وإن كان كل منها يملك بالإحياء على ما يأتي.

أمّا الأرض المستأجنة فليست بموات دائماً، بل هي عامرة طبيعية، وهي من

المباحثات الأصلية. وإنما هي ميّة بالنسبة إلى حالة الزرع والعمارة. ويمكن أن نعف الأرض الموات بأنّها غير معدة للانتفاع منهاً ومسكناً وزراعة واستعمالاً لما فيها إنما عدم المقتضى وإنما لوجود المانع وأما لعدم الشرط. وفي منهاج الصالحين: المراد بالموات الأرض المتروكة التي لا ينتفع بها، إنما لعدم المقتضى لإحيائها، وإنما لوجود المانع عنه كقطع الماء عنها، أو استيلاء المياه أو الرمل أو الأحجار أو السبخ عليها أو نحو ذلك.

وهذا أحسن من تعريف المتن وهو مختار جماعة.
وبالجملة المدار هو الصدق اللغوي والعرفي إذ لا حقيقة شرعية للموات ولا عبرة بالأقوال والشهرة.

قال: « فهو للإمام عليه السلام لا يملكه أحد وإن أحياه ما لم يأذن له الإمام عليه السلام وإن ذنه شرط فمتي أذن ملكه المحبي له إذا كان مسلماً ولا يملكه الكافر، ولو قيل يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسناً».

أقول: في المقام مطالب:
أولها: ادعى الإجماع في كلام جمع من الفقهاء دلالة النصوص التي يمكن تواترها على أنّ الأرض الموات للإمام عليه السلام.
لكنّ الإجماع المذكور غير حجة، فإنّا لانطمئن منه برضى المعصوم أو بكشفه عن دليل معتبر لو وصل إلينا لكن قابلاً للاعتماد، وأتنا النصوص فلم أجدها فيها خبراً معتبراً دل عليه، فضلاً عن تواترها!

والمعدود من الأنفال على ما تقدم هو أرض الصلح وكل أرض خربة وبطون الأودية وقطائع الملوك. واحتمال ترافق الموات والخربة مرجوح أو من نوع فإنّ الخراب بمعنى الهدم والتدمير. وقيل: إنّ الخربة بكسر الخاء هيئه الخارب وبفتحها موضع الخراب. وفي مرسلة حمّاد: كل أرض خربة، وكل أرض ميّة.^١ وهي تدل على عدم ترافقهما.

فالموات - سواء بالأصل^١ أو بالعارض - إن لم تصدق عليه الخبرة، من المباحثات عندي وما دل على عَدْ كل أرض لا رب لها من الأطفال غير حجّة^٢ لأن مصدره تفسير القمي وهو غير واثق بحسب معتبر على أن مدونة مجهول. والموات لم يرد حتى في الروايات الضعيفة سندًا سوى روايتين منها فلا تحكم بكونه من الأطفال والله أعلم.

ثانية: ادعى جماعة الإجماع على اعتبار إذن الإمام^٣ في الإحياء وإلا فلا يكون موجباً للتملك. واستدل له أيضاً بحرمة التصرف في مال الغير عقلاً وشرعًا. وقيل به في زمان الحضور دون زمان الغيبة^٤ وقيل بعدم اعتباره مطلقاً وهو الأظهر بعد كون الموات من المباحثات قال الله تعالى: «وَالْأَرْضُ وَصَمَّهَا لِلأنَّام».

على أن رسول الله^ﷺ قد أذن بالإحياء لكل أحد وأنه يوجب الملكية، فما هو الملزم للاستيدان من الإمام ثانياً. ولا يبعد أن إذنه^ﷺ شرعاً لا مالكي كما يؤيده خبر السكوني الضعيف سندًا بالتوفلي فقيه: عنه^ﷺ من غرس شجرًا... وأحياناً أرضاً ميتة، فهي له قضاءً من الله ورسوله.^٥ بل تقدم ثبوت إذن الباقر والصادق^{عليهم السلام}، فلا ثمرة للبحث. وأما ما يقال من نظارة النصوص المتقدمة إلى مجرد تشريع سببية الإحياء للحق أو الملك فحسب ولا تدل على إباحة الإحياء والإذن فيه^٦ فهو ضعيف أو عجيب، فإن المفهوم منها حسب المتفاهم العرفي الدلالـة على الأمرين معاً: جواز الإحياء وسببيته للملكية، ولا ينبغي الإشكال فيه.

نعم، لا شك في ولادة الحاكم الإسلامي - حتى في عصر الغيبة - على الموات

١. في منهاج الصالحين للسيد الأستاذ الخوئي^{عليه السلام}، ج ٢، ص ٢٠٧: الموات بالأصل هو ما لم يعلم بعرض الحياة عليه أو علم عدمه كأكثر البراري والمفاوز والبواطي وسفوح الجبال.

أقول: عمر الأرض وحتى عمر الإنسان قد يتتجاوز عن ملايين السنين حسب العلوم الحديثة ومعه لا يمكن ادعاء العلم بعدم عروض الحياة عليها.

٢. الوسائل، ج ٩، ص ٥٣١ و ٥٣٢.

٣. جامع المقاصد، ج ٧، ص ١٠.

٤. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٣.

٥. كتاب الأراضي، ص ١١٥ و ١١٦.

بالتدبير والتقييد ودفع الهرج والمرج والفووضى والاحتكار، فلو نهى عن إحياء نفذ حكمه وإن ألزم الناس بالاستيدان منه ومن الحكومة لزم، وهذا أمر آخر.

ثالثها: قال المحقق الكركي في جامع المقاصد:^١ والذي يفهم من الأخبار وكلام الأصحاب، العدم – أي عدم أهلية للشريك بالإحياء فلا يرخصه الإمام له – .

وقال العلامة في القواعد: فيملكه إن كان مسلماً بالإحياء وإلا فلا.

وعلى كل ذهب المحقق الثاني في جامع المقاصد تبعاً للشهيد إلى أن الكافر إنما لا يملك في زمان الحضور دون زمان الغيبة.^٢

واستدلوا عليه بالإجماع المنقول الذي لاعتبره حجة ولاسيما مع مخالفة المحقق الأول وغيره له. وبرواية أبي خالد الكابلي المجهول.

والحق أن هذا القول نوع اجتهاد في مقابل النص المتقدم في المقدمة برقم (١٨) – (١٩) – (٢١) فلا فرق في المحيي بين كونه مسلماً أو كافراً في سببية الإحياء للشريك، ويؤكد ذلك قول صاحب الجوهر^٣: لظهور النص والفتوى في كونه (أي الإحياء) سبباً شرعياً لحصول الملك...^٤

وأما حديثاً الحلبي اللذين هما ظاهراً خبر واحد اختلف الفاظهما بالنقل بالمعنى – وهو بلاء عام – فهما أولاً: في النهي عن إدخال العلوج في القبالة، وهو غير كونه أهلاً للشريك بالإحياء. وثانياً: يمكن حملهما على الكراهة.^٥

ففي صحيح التهذيب عن الحلبي عن أبي عبدالله ع عليهما السلام أنه قال في القبالة: إن يأتى الرجل الأرض الخربة فيتقبلها من أهلها^٦ ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة فان ذلك لا يحل...^٧

١. جامع المقاصد، ج.٧، ص.١٠.

٢. نفس المصدر، ص.١١.

٣. ج.٢١، ص.٦٦٢.

٤. لاحظ أبواب المزارعة من الوسائل، ج.١٩، ص.٤٧ و ٦٠.

٥. هذه الفقرة محتاجة إلى توجيهه فإن الأرض الخربة – كما مر – للإمام بنبيه.

٦. الوسائل، ج.١٧، ص.٢٩٥ وفي طريق الشيخ إلى الحسين بن سعيد – كما فيه – عندي كلام.

أقول: هكذا في الوسائل لكنه غير مطابق لما في التهذيب. وإليك نصه: إن يأتني الرجل الأرض الخربة فيتقبلها من أهلها عشرين سنة: فإن كانت عامرة فيها علوج فلا يحل لها قبلتها إلا أن يتقبل أرضها فيستأجرها من أهلها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة فإنه لا يحل. ومن الرجل يأتي الأرض الخربة، الحديث بطوله ج ٧، ص ٢٠١ و ٢٠٢.

وفي صحيح الكافي الذي هو أقوى سندًا من سابقه عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: لا بأس بقبالة الأرض من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فيعترها ويؤدي ما خرج عليها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة لأنّه لا يحل^١، على أنه في المفتوحة عنوة دون الموات بقرينة قوله: (ما خرج عليها).

والخلاصة أنّ الأرض الميتة من المباحثات يجوز إحيائها لكل أحد من المؤمن والمسلم والكافر فيملكتها به وسيأتي بيان كيفية الإحياء وشروطه. نعم، للحاكم الشرعي الولاية عليها حفظاً للنظم والعدل. وأمّا الموات من الأرض المفتوحة عنوة فسيأتي أنها ملك لجميع المسلمين وليس من المباحثات ولا من الأنفال على الأرجح.

(مسألة): عرفت أنّ الخربة من الأنفال وانّ الموات الأصلي من المباحثات الأصلية على الأرجح خلافاً للمشهور المدعى عليه الإجماع من أنها للإمام عليه السلام.

والسؤال المتوجه في المقام أنّ الخربة إذا زالت آثار عمارتها السابقة بتمامها وصارت ميتة غير خربة فهل هي تبقى على ملكية الإمام عليه السلام وتعدّ من الأنفال، أو تدخل في المباحثات الأصلية وتخرج من الأنفال بتبدل الموضوع؟ فيه وجهان، ولا ثمرة للبحث ظاهراً، لجواز إحيائها الموجب لتملكها على كلتا الصورتين، وإن كان يمكن الذهاب إلى الوجه الأول للاستصحاب، ويمكن أن نذهب إلى الوجه الثاني

١. العلوج والاعلاج - كالحمل والاحمال - جمع العلوج - بالكسر ثم السكون - الرجل الضخم من كثاف العجم

وبعضهم يطلقه على الكافر مطلقاً (مجمع البحرين).

٢. الكافي، ج ٥ ص ٢٦٩.

وإلا صارت الأرض كلها أو معظمها للإمام عليه السلام فإنها في طول تاريخها الطويل بحيث ربما يقدر عمرها بمالين السنين قد عمرت ثم خربت ثم عمرت ثم خربت وهكذا مرات كثيرة فتصبح ملك الإمام فلا يقتصر حصر الأنفال بما في صحيح حفص من الموارد القليلة معنى فلاحظ والله سبحانه وتعالى أعلم بحقيقة الحال.

الأرض المفتوحة عنوة

قال: (الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين قاطبة، فلا يملك أحد رقبتها ولا يصح بيعها ولا رهنها ولو ماتت لم يصح إحيائها لأنَّ المالك معروف وهو المسلمين قاطبة).

لم يرد عنوان المفتوحة عنوة في الروايات، فهو اصطلاح فقهي، وعلى كل كونها ملكاً لجميع المسلمين هو المستفاد من الروايات المذكورة في الفصل الثاني من المقدمة فانظروا. وفي الجوهر هنا: الإجماع بقسميه عليه على معنى أنها لمجموعهم لا لكل واحد منهم. لكن في كتاب التجارة (ج ٢٤٧): إجماعاً محكياً إن لم يكن محضأً، فكانه متعدد - نوع تردد - في دعوى الإجماع المحصل.
وكأن الأقوال في المقام ثلاثة:

١. ما عن جماعة من عدم ملكيتها للمسلمين، وأنما يصرف ارتفاعها في مصالحهم.^١

٢. إنها ملك لمجموع المسلمين لا لكل واحد منهم كما سبق عن صاحب الجوهر.
٣. إنها لكل واحد منهم.

واستدل الأولون بأنَّ الأرض لو كانت ملكاً عاماً لهم لترتب آثار على ملكيتها بجواز نقلها عيناً ببيع وهمة وجواز إرتها ونحو ذلك، بحيث أنها لا ترتب عليها فيكشف عن عدم ملكيتها.

١. لاحظ كلامهم المنقول في الجوهر, ج ٢١، ص ١٦٢.

وبأن الأرض لو كانت ملكاً للأمة لم يجز تقبيلها وإجاراتها من أحد المسلمين، لفرض اشتراك الجميع فيها على سبيل الإشاعة، وعدم جواز تصرف أحد المال المستثرك، سواءً أكان تصرفًا اعتبارياً كالعقود أو تصرفًا خارجياً.

واستدل أصحاب القول الثاني بأن القول الثالث له مصاعب لا يمكن قبولها، كجواز نقل كل من آحاد المسلمين حصته بالعقود إلى غيره وانتقالها إلى الورثة بعد موت كل واحد من المسلمين، وعدم وجوب أداء الخراج على المتصرف فإنه يتصرف في حقه وملكه.

واستدل الآخرون للقول الثالث بظهور الروايات المقدمة في الفصل الثاني من المقدمة على قولهم.

أقول: ليس للروايات ظهور قوي في القول الأخير وإن كان لا يخلو بعضها عن ظهور ما فيه، نعم ذيل ما مرت بهم (١٣) له ظهور قوي فيه، وإن كان هو غير مفهوم كما أشرنا هناك في الحاشية. ثم إن الملكية أمر اعتباري في حد نفسها وفي ترتب آثارها كذا وكيفًا فليس تخلف بعضها لدليل، كاشفًا عن عدم الملكية كما في اللوازم العقلية، فالجمع بين الأدلة يقضي بشبه خاص من ملكية مقيدة غير متحركة للمسلمين لتابع ولا تورث ويصح إجاراته من ذي اليد وهكذا. ولا ثمرة مهمة لهذا البحث.

قال الشيخ الأنصاري رحمه الله: في أول البحث عن شرائط العوضين من مكاسبه: إن الأرض المفتوحة عنوة غير مملوكة لمالكها على نحو سائر الأموال، بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض وإن قل ولذا لا يورث، بل ولا من قبيل الوقف الخاص على معيتين لعدم تملّكهم للمنفعة مشاعًّا، ولا كالوقف على غير معينين كالعلماء والمؤمنين ولا من قبيل تملك الفقراء للزكاة والسداد للخمس، بمعنى كونهم مصارف له، لعدم تملّكهم لمنافعها بالقبض، لأنّ مصرفه منحصر في صالح المسلمين، فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دلّ عليه الدليل، ومعناها صرف حاصل الملك في صالح المالك.

بقى في المقام فروع

الأمر الأول: مقتضى القاعدة وجوب أداء الخراج على المتقبلين وصرفه وصرف ما يحصل من الأراضي المفتوحة بتوسيط عمل الدولة الإسلامية في بعضها، في صالح المسلمين العامة الدينية والدنيوية، ويجب على الدولة الإسلامية استعمال الأرضي وتعميرها مباشرة وتسبيباً بالقبالة.

لكن قال صاحب الجوهر في كتاب الجهاد: إن مقتضى السيرة بين الأعوام والعلماء عدم وجوب صرف ما يتلقى حصوله من حاصلها في يد أحد من الشيعة من جائز أو غيره في زمان، في المصالح العامة، بل له التصرف فيه بمصالحة الخاصة، بل قد يقال بحصول الإذن منهم في ذلك للشيعة من غير حاجة إلى رجوع إلى نائب الغيبة، وإن كان الأحوط، إن لم يكن الأقوى استئذانه.
والظاهر أن له الإذن مجاناً مع حاجة المستأذن، كما أن الظاهر حل تناوله من الجائز بشراء أو إتهاب أو غيرهما.

وقال في محل آخر مازجاً كلامه بكلام ماتته: وكذا لا إشكال ولا خلاف في أنه يصرف الإمام^{عليه السلام} حال بسط اليد حاصلها في المصالح العامة، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى بعض النصوص.^٢

وهل تجب مراعاة ذلك لمن يحصل منها في يده في زمن الغيبة ولو بإذن نائبهما وجهان، أحوطهما ذلك وأقواهما العدم لظاهر نصوص الإباحة وللسيرة المستمرة فيسائر الأعصار والأمصار بين العلماء والأعوام، بل قد تمكّن جملة من علمائنا كالمرتضى والرضي والعلامة وغيرهم من جملة منها ولم يحك عن أحد منهم التزام الصرف في نحو ذلك، بل لعل المعلوم خلافه من المعاملة غيرها من الأموال.^٣

١. ج ٢١، ص ١٦٣.

٢. الباب الرابع من أبواب الأنفال من الوسائل.

٣. نفس المصدر، ج ٢١، ص ١٦٦.

أقول: أمّا القول بحصول الإذن منهم للشيعة فهو غير ثابت، فلاحظ روايات التحليل وغيرها، وأمّا حل تناوله من الجائز شراء أو إتهاب فهو صحيح (لاحظ ما من برقم ١٤ و ١٧ في المقدمة) ولاحظ صحة الإتهاب في كلام سيدنا الأستاذ الحوئي ^{رحمه الله}^١.

وأمّا السيرة فلها احتمالات كعدم المبالغة والجهل - حكماً أو موضوعاً - والغفلة، ودفع الخراج من بعض المتدينين إلى العلماء ولا دليل على نفيه، وعدم التزام العلماء المتمكنين بصرف الخراج في مصالح المسلمين العامة أيضاً له احتمالات. ونوصوص الإباحة مختصة بحقوقهم ^{عليهم السلام} ولا تشتمل حقوق المسلمين كما في المقام.

بل في صحيح محمد بن مسلم عن الباقي ^{رحمه الله} - كما مرّ برقم (١٦): إنَّ أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية وإنَّما الجزية عطاء المهاجرين.

والجملة الأخيرة في هذا الحديث تحمل على أنَّ عطاء المهاجرين من أحد مصاديق المصالح العامة في تلك الأزمنة على أنَّ الحكمة أو العلة من اعتبار هذا النحو من الملكية في المفتوحة عنوة هي تقوية الاقتصاد العام للمسلمين ولا يعقل بطalanها بعد زمان الحضور (٢٦٠ هـ) فالصحيح بقاء الخراج أو المقاسمة إلى يوم القيمة.

وإن تعجب فعجب من قول الكركي ^{رحمه الله} حيث ذهب إلى تولي الحاكم الجائز للخراج والمقاسمة في زمان الغيبة وقال بعد جواز جدهما ولا منعهما والتصرف فيهما إلا بإذنه باتفاق الأصحاب وزاد: ولو لم يكن لأحد عليها يد لأحد فقضية كلام الأصحاب توقف جواز التصرف فيها على إذنه...^٢

أقول: يحرم على الجائز تولي أمور المسلمين جزئية كانت أو كلية ويحرم على المكلفين الرجوع إليه في حال الاختيار، في غير ما أذن لهم من الشرع، ولا يجوز دفع

١. مصباح الفقاهة، ج ١، ص ٥٣٥ وغيرها.

٢. الجواهر، ج ٢١، ص ١٦٤.

المقاسمة والخارج إليه، بل يجب دفعهما إلى نائب الغيبة، ومع عدم يصرفهمما هو في مصالح المسلمين، نعم لو أخذهما الجائز بالقوة براء ذمة المتصرف في الأرض، فففي صحيح عيسى بطريق الشيخ - دون الكليني - عن أبي عبدالله عليه السلام في الزكاة قال: ما أخذوا منكم بنوأمية (بنوفلان - ص) فاحتسبوا به، ولا تطعوه شيئاً ما استطعتم فإن المال لا يبقى على هذا ان تركيه مرتين.^١

وقال صاحب الجوهر: لم نعرف للأصحاب كلاماً في توقف حلهما على اذن الجائز مع عدم كون الأرض بيده مما يمكن دعوى الضرورة على عدم ولائته له عليه. وحاصل البحث بقاء وجوب أداء الخارج والمقاسمة وعدم جواز دفعهما إلى الحاكم الجائز مع القدرة ولزوم أدائهم إلى نائب الغيبة. ومع عدمه أو عدم التمكن منه يصرفهمما المتصرف في الأرض في المصالح العامة للمسلمين.

وقال صاحب الجوهر: وأما حال الغيبة ونحوها، فلا خلاف معتمد به، بل ولا إشكال في جريان حكم يده^٢ بالنسبة إلى براءة ذمة من عليه الخارج وحل المال بالمقاسمة وإلى جواز الأخذ بشراء ونحوه على ما كان منها في يد الجائز المتسلط للغيبة. وأما في غيره، فالمرجع إلى نائب الغيبة كما صرّح به جماعة.^٣

أقول: والأحوط مراجعة المتصرف إلى الحاكم الشرعي في تعين مقدار الخارج وفي دفع الزائد عما يأخذه الجائز إذا كان أقل مما وضعه الحاكم. الأمر الثاني: لا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة باعتبارها ملكاً عاماً للمسلمين قاطبة وفي مثله لا يجوز التصرف لأحد من الشركاء، فلابد من استيدان الحاكم الشرعي في غيبة الإمام التقبل منه، إذ لا شك في ثبوت ولادة النبي ص والإمام عليه السلام عليها وقد دلت بعض النصوص السابقة في المقدمة عليها. ومع عدم إمكان الوصول إليهما لابد من مراجعة الحاكم الشرعي.

.١. الوسائل، ج ٩، ص ٢٥٢ ولاحظ مصباح الفقاہة، ج ١، ص ٥٣٣ أيضاً.

.٢. أي يد الإمام ظاهراً.

.٣. ج ٢١، ص ١٦٣.

وإذا أذن الحكم له بتقبيل إيجاره أو مزارعه أو مقاسمة أو نحوها، فلابد أن تكون صرفاته حسب ما تعاقدا عليه أولاً ولم تخالف مقتضي الملكية في المفتوحة عنوة ثانية.

وأما احتمال ان الأئمة عليهم السلام أذنوا للشيعة أن يتصرفوا فيها مع أداء الخراج فهو ضعيف.^١

ويمكن أن يقال بأن الموات المفتوح عنوة سواء أكان بالأصل أو الحادث بعد عمران الأرض لا يحتاج إلى إذن خاص لإحيائه لقوله ص: من أحى أرضاً مواتاً فهي له كما مر في الفصل الأول من مقدمة الكتاب.

ولقوله ص في صحيح مسلم: وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك.

أقول: المفتوحة عنوة - سواء كانت عامرة أو مواتاً - ملك للمسلمين كما ستعرفه ولا فرق في الموات بين كونه حال الفتح أو بعده ولا يزول ملك المسلمين عنها ولا تخرج عن أحکامها فلابد من صرف ما ورد في جواز إحياء الموات إلى غير المفتوحة عنوة. وأما رواية مسمع فهي ضعيفة سنداً لاشتراك عمر بن يزيد الواقع في سندتها كما سبق ذكره.

وأما ما دل على أن من ترك أرضه حتى خربت فيبطل حقه عليها فهو منصف عن المفتوحة عنوة بل وكذا ما دل على أن من أتى أرضاً خربة فاستخرجها وعمرها فهي له. لكنه لا يخلو عن إشكال وإن قال الماتن بقول مطلق: ولو ماتت لم يصح إحياؤها. وأما تعليله: لأن المالك لها معروف، فهو غير تمام عندنا كما يأتي في بحث إحياء الموات إن شاء الله.

واعلم إن التصرف إنما اعتباري كبيع الأرض المفتوحة عنوة وهبتها وإيرانها ووقفها وغير ذلك، مما يبطل ملكيتها للمسلمين قاطبة. أو كاجارتها ومزارعتها ومساقاتها وإعطائهما لعامل آخر بعوض من جهة الآثار أو من جهة حق الأولوية.

^١ لاحظ *الجوهر*, ج ٢٢, ص ٣٥٢-٢٦٣، *الإراضي*, ص ٢٦١-٢٦٣.

وأما خارجي كجعله مزرعة أو مخزناً أو مسكتاً أو بستانًا أو فندقاً أو سوقاً أو ملعباً أو مدرسة أو حسنية أو مسجداً أو شارعاً عاماً أو غير ذلك.

والمستفاد من بعض الأحاديث المتقدمة جواز الاشتراء من الدهاقين والتقبيل من الوالي ومن الجائز (لاحظ ما مر في المقدمة من النصوص برقم ١٠ - ١٥) والظاهر جواز تقبيل المتقبل من الإمام أو الحاكم، لغيره بالإجارة والمزارعة والمسافة وبيع حق أولويته له.

وأما التصرف الاعتباري الناقل للملكية فهو باطل لعدم حق الذي يد بـل ولـلـحاـكـم الشرعي اـيـضاً عـلـى ذـلـكـ، فـلـايـصـحـ وـقـفـهـاـ وـلـاـ جـعـلـهـاـ مـسـجـدـاـ. وأما سائر التصرفات الخارجية فهي موكولة إلى نظر ولـيـ المـسـلـمـينـ وـتـوـافـقـهـ معـ المـتـقـبـلـينـ حـسـبـ الـظـرـوفـ الـمـخـلـفـةـ.

وفي الأخير إليك كلام الشيخ الأنصاري (طاب ثراه):

أـمـاـ فـيـ زـمـانـ الـحـضـورـ وـالـتـمـكـنـ مـنـ الـاستـدـانـ فـلـاـ يـنـبـغـيـ الإـشـكـالـ فـيـ تـوـقـفـ التـصـرـفـ عـلـىـ إـذـنـ الـإـمـامـ. وـأـمـاـ فـيـ زـمـانـ الـغـيـبةـ فـفـيـ دـعـمـ جـواـزـ التـصـرـفـ إـلـاـ فـيـماـ أـعـطـاهـ السـلـطـانـ الـذـيـ حلـ قـبـولـ الـخـرـاجـ وـالـمـقـاسـمـ مـنـهـ.

أـوـ جـواـزـهـ مـطـلـقاـ نـظـرـاـ إـلـىـ عـمـومـ تـحـلـيلـ مـطـلـقـ الـأـرـضـ لـلـشـيـعـةـ.

أـوـ دـعـمـ جـواـزـهـ إـلـاـ بـإـذـنـ الـحـاـكـمـ الـذـيـ هـوـ نـائـبـ الـإـمـامـ.

أـوـ التـفـصـيلـ بـيـنـ مـنـ يـسـتـحـقـ أـجـرـهـ هـذـهـ الـأـرـضـ، فـيـجـوزـ لـهـ التـصـرـفـ فـيـهاـ.

أـوـ بـيـنـ مـاـ عـرـضـ لـهـ الـمـوـاتـ مـنـ الـأـرـضـ الـمـحـيـاةـ حـالـ الـفـتـحـ وـبـيـنـ الـبـاقـيـةـ عـلـىـ عـمـارـتـهـاـ مـنـ حـيـنـ الـفـتـحـ فـيـجـوزـ إـحـيـاءـ الـأـوـلـ لـعـمـومـ أـدـلـةـ الـإـحـيـاءـ وـخـصـوـصـ روـاـيـةـ سـلـيـمانـ بـنـ خـالـدـ وـنـوـحـهـ وـجـوـهـ. أـوـقـفـهـاـ بـالـقـوـاعـدـ الـاحـتـمـالـ الـثـالـثـ ثـمـ الـرـابـعـ ثـمـ الـخـامـسـ.

أـقـولـ: عـرـفـ الـرـاجـعـ مـنـ هـذـهـ الـأـقـوـالـ عـنـدـنـاـ.

الـأـمـرـ الـثـالـثـ: نـسـبـ إـلـىـ الشـهـورـ بـيـنـ الـمـتأـخـرـينـ جـواـزـ بـيـنـ الـمـفـتوـحةـ عـنـوـةـ، تـبعـاـ

لآثار المتصرف فيها، بل عن حواشى الشهيد^١: إذا بيعت تبعاً لآثار يجوز أن تكون مجهولة، والأولى أنها جزء مبيع فلا بد من العلم بها أيضاً.^١

أقول: ما اختاره الشهيد ضعيف جداً حتى إذا فرضنا أن الأرض المبعة تساوي حق البائع في ذلك العصر إن قسمت على المسلمين، فإنَّ هذه الأرض حبست على جميع المسلمين إلى يوم القيمة فلا يجوز بيعها وإتلافها عليهم.

وأما قول جماعة من المتأخرین بل المنسوب إلى مشهورهم فهو مبهم إلى حدٍ ما، فإنَّ أرادوا من بيعها تبعاً لآثارها، بأنَّها تنتقل إلى ملكية المشتري ما دامت الآثار موجودة فإذا زالت رجعت ملكيتها إلى عموم المسلمين، ففيه أنه لا دليل على صحة هذا القول المخالف للقاعدة والاستناد إلى السيرة غلط فإنَّها لا تثبت الملكية، على أنَّ إحراب استمرارها إلى زمان المعصوم^{عليه السلام} ممنوع.

والآقوى عدم صحة بيعه لا تبعاً لآثارها ولا جزءاً للمبيع. بل المستفاد من صحيح الحلبي المتقدم برقم (١٠) هو وقوع الشراء والبيع على حق الأولوية إطلاق البيع والشراء على هذا النقل والانتقال مجاز أو نلتزم بالاستثناء. وإن لم تعتبرها - كما هو الأظهر - فهو بيع حقيقي.

وعلى كل، يكون هذا الصحيح قرينة مبنية لجميع النصوص المشتملة على صحة الشراء والاشتراء وقد تقدمت في المقدمة.

ثم وقفت على كلام الشيخ الأنباري^٢ في مكاسبه^٣: نعم يكون للمشتري على وجه كان للبائع أعني مجرد الأولوية وعدم جواز المزاحمة إذا كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام وبإجازته ولو لعموم الشيعة كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي بناء على عموم ولايته لأمور المسلمين. وقال أيضاً^٤: فما ذكروه من حصول الملك تبعاً لآثار مما لا دليل عليه ان أرادوا

١. لاحظ *الجواهر*، ج ٢٢، ص ٣٤٩.

٢. ص ١٦٢ طبعة تبريز بمطبعة اطلاعات سنة ١٣٧٥ هـ ق.

٣. أول صفحة ١٦٣.

الانتقال. نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص ما دام شيء من تلك الآثار موجوداً.
أقول: وكلامه ^{ذلك} متيقن فلا تظنّ بنا الانفراد في المختار المخالف لقول هؤلاء
الجماعة بل لعله هو مختار صاحب [الجوهر أيضاً].^١

ثم إنَّ هذا الحق كما يصح نقله إلى الغير بعوض أو بدون عوض (أي بهة مثلاً)
كذا يصح نقله إلى الورثة، ويعنِّ من تصرُّف الآخرين سوى الحاكم الشرعي، فإذا
أراد الأرض أخذها برد رأس ماله الذي أداه إلى المتصرِّف السابق وبطل حقه، كما
صرح به في صحيح الحلبي المتقدَّم (الرقم العاشر).
نعم إذا لم يعمل فيها أبداً كما إذا كانت الأرض محياة فيصيغ للإمام أخذها بما أكل
من غلتها من دون رد رأس ماله، وأما إذا عمل فيها فله أكل غلتها بعمله فيها كما
صرح في آخر الصحيح المذكور.

الأمر الرابع: الأمور المنفصلة من الأرض المذكورة كأوراق الأشجار والأخشاب
والأئمار والسقوف المنهارة والطين والجص والحجارة، إن كانت موجودة قبل
الفتح فهي للغانمين فإنَّها منقوله والمتيقن من ملكية المسلمين قاطبة هو نفس
الأرض.

وإن كانت حادثة بعد الفتح فهي تبعاً للأرض ملك للمسلمين، ويحمل كونها
بمنزلة المباحثات. واستدل عليه الشيخ الأنصاري رحمه الله باستمرار السيرة خلفاً عن سلف
على بيع الأمور المعمولة من تربة العراق من الأجر والكونز والأواني وما عمل
من التربة الحسينية. ويقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.^٢

الأمر الخامس: المفتوحة عنوة إنما فتحت في حياة الرسول صلوات الله عليه وآله وسلامه للأرض
خير ومكة أو في عهد أمير المؤمنين عليه السلام فلا إشكال في كونها ملكاً للجميع، وأما إذا
فتحت في عهد الخلفاء كالعراق والشام مثلاً، فقد يقال إنَّها ملك الإمام أي ملك الدولة
الإسلامية وليس ملك الأمة، لما دل على أنَّ ما لم يفتح بإذن الإمام فهو من الأنفال.

١. ج. ٢٢، أول صفحة ٣٥٠.

٢. المكاسب، ج. ١، ص. ١٦٣.

وفي الجوهر: بل يمكن دعوى القطع باعتبار إذن الإمام عليه السلام في ذلك من غير فرق بين الأرض وغيرها.^١

أقول: أولاً: إنَّ ما استدلَّ على ذلك من الخبرين غير حجَّةٍ فإنَّ ما يتمَّ دلالته على المنع مرسلةٌ وما صحَّ سنته تقتصر دلالته على المراد. على أنَّ صحيحَ الحلبِي المقدمة برقم (١٠) في المقدمة يدلُّ بوضوحٍ على أنَّ السواد ملكَ المسلمين، مع أنها فتحت في عهد الخلفاء من دون إذن الإمام فهذا الصحيح نعم الدليل على عدم اعتبار إذنه عليه السلام في صيرورة المفتوحة عنوة ملكاً لعلوم المسلمين. ولا فرق في ذلك بين ما فسَّرنا السواد بالأرض العامرة حين الفتح كما ذكره بعض المعاصرين^٢ أو فسَّرناه بأرض العراق كما هو الأظهر وإن كان الحديث على الوجه الأوَّل أقوى شهادة فلاحظ.

الأمر السادس: الأرض المفتوحة عنوة قد يكون عمرانها قبل نزول آية الأنفال (بعد غزوة بدر) فهذه لا شك ولا إشكال في كونها ملكاً لعلوم المسلمين حسب دلالة الروايات المقدمة في مقدمة الكتاب. وقد يكون عمرانها بعد نزول آية الأنفال وتشريع حكمها، فقد يقال إنَّها لأجل مواثيقها صارت من الأنفال وإحيائها من قبل الكافر من دون استئذان النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه أو الإمام عليه السلام لا أثر له فهي ملك الدولة دون الأمة. لكن عرفت أولاً إذن رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه في الإحياء وتملكه به لكل أحد مسلماً كان أو كافراً، بل تقدَّمت دلالة الروايات على خصوص ملكية الكافر بالإحياء فالقول بعدمها من الاجتهاد في مقابل النص.

وثانياً: إنَّ الموات من المباحات وليس من الأنفال كما تقدَّم. فلا بد من تخصيص الكلام بالأرض الخربة فإنَّها من الأنفال، ثم الحق أنَّ ما أخذ بالسيف ملك عام المسلمين سواء كانت عامرة أو ميتة. فلا فرق في كون العامرة المفتوحة عنوة ملكاً

.١ ج ٢١، ص ١٦٠.

.٢ الأراضي، ص ٢٠٩ وقيد حين الفتح في مفهوم السواد باطل جزاً.

وعلى كل أقول في حق مؤلف الأرضي ما قاله ابن مالك في حق ابن معط:

هو بسبق حائز تفضيل
مستوجب ثنائي الجميلة
لي وله في درجات الآخرة
والله يقضي بهيات وافرة

للمسلمين بين تقدم عمرانها على نزول آية الأنفال وتأخره عنه وبين ما إذا شك في ذلك عندنا.

الأمر السابع: أن من بيده الأرض المفتوحة عنوة لا يخلو من أن تسلطه عليها إنما بإذن من الحاكم الشرعي مع عمل فيها أو بدونه. وأما بدون اذنه.

وعلى الثاني إنما أن تقول باعتبار إذنه شرعاً، أو لانتقال به، وعلى الثاني إنما عمل فيها عملاً وأحدث فيها زراعة أو بناء أو غيره للانتفاع بها كما في الميالة والخربة أو لزيادة الانتفاع كما في الحياة - طبيعياً أو بشرياً - أم لم يحدث فيها حدثاً وعملاً، وإنما ينتفع بها فقط كما في الأرض المحياة، أو تركها ميالة بحالها بلا انتفاع منها. فهذه خمس صور.

لا شك أنَّ ذا اليد كغيره من المسلمين له حق مالكي مشترك على هذه الأرض بجميع صورها، وإنما كلامنا هنا في حصول حق خاص وأولوية لذى اليد في هذه الصور وعدمه، والحق هو التفصيل فيكون هو أحق من غيره في بعض هذه الصور دون بعضها، وإليك الصور التي له حق عليها:

١. التسلط عليها بإذن الحاكم أو الشراء من الجائز مع عمل أو انتفاع بها.
٢. التسلط عليها بدون إذن الحاكم، بناءً على عدم اعتباره على القول بثبوت إذن عام من الإمام بشهادة مع عمل أو انتفاع بها.

لابنفي الإشكال في ثبوت أولوية ذى اليد في هاتين الصورتين مع العمل وجواز بيع هذه الأولوية ونقلها إلى المشتري وفي جواز انتقالها إلى الورثة بعد موته وعدم جواز مزاحمته على الغير.

وأما إذا ينتفع بها من دون عمل فالظاهر ثبوت حق له بمقدار لا يجوز مزاحمته على الغير وعدم طرده منها، وهل يجوز نقل هذا الحق ببيع وغيره من التوافق فيه وجهان وكذا الكلام في إرثه. مقتضى الأصل، الثاني.

وفي غير هاتين الصورتين لا يحدث لذى اليد حق فيجوز للغير التسلط عليه في إطار محدد له شرعاً، والله العالم.

الأمر الثامن: عمارة الأرض المفتوحة عنوة إما بشرية وإما طبيعية. لا إشكال ولا خلاف في جريان حكم المفتوحة عنوة على الأول، وأما الثاني فمن جماعة دخوله في الأنفال لقوله^١: «كل أرض لا رب لها فهي للإمام».

أقول: لا ينبغي الشك في إطلاق بعض الروايات الواردة في الموضوع^٢ بالنسبة إليه فهو أيضاً من المفتوحة عنوة المملوكة لجميع المسلمين، وأما قوله (كل أرض لا رب لها...) فهو غير ثابت بدليل معتبر، فإنه ورد في خبر إسحاق بن عمار المروي في التفسير المنسوب إلى القمي^٣ وفي مرسلة العياشي عن أبي بصير^٤ لكن الثاني لإرساله غير حجة والأول وإن كان صحيحاً أو موثقاً سندًا، لكن مدون تفسير القمي مجهول، على أن نسخة التفسير لم تصل بطريق معتبر إلى المجلسي والحرّان^٥ كما ذكرناه في كتابنا بحوث في علم الرجال. فأحاديث هذا الكتاب كلها غير معتبرة، ويفيد ضعف الخبر ما في مرسلة حماد: فلابد من التقييد على خلاف الأصل الأوليسائل بعدم التقييد في أمثال المقام فافهم جيداً. وعليه فالخبر المذكور يصبح أجنبياً عن المقام.

والعمدة أنَّ الأنفال بجميع مصاديقها مخصوصة بعدم القتال عليها كما مرَّ فلا يصلح عَدَ العامة الطبيعية، بل الموات المأخوذة بالسيف من الأنفال بوجهه، بل هما من المفتوحة عنوة.

الأمر التاسع: المتيقن من الأرضي المفتوحة عنوة خير ومكة، بل العراق، بناء على أنَّ المراد بالسود في صحيح الحلبـي (برقم ١٠) هو أرض العراق كما هو غير بعيد، بل وكذا الشام، بناء على عدم اعتبار إذن الإمام في القتال أي في ملكية الغانمين في الغنيمة وفي ملكية المسلمين للأرض المأخوذة من الكفار، وكل أرض ثبت - بعد الاطمئنان دون الظن - ولو من التواريخ والروايات الضعيفة، لكن تعين

١. لاحظها في الفصل الثاني من المقدمة.

٢. الوسائل، ج ٩، ص ٥٣١ و ٥٣٢.

٣. نفس المصدر، ص ٥٣٢.

مقدار المأخوذة عنوة من الكفار في مثل زماننا لاسيما في مثل العراق والشام مشكل جدًا وعلى المشهور من اختصاصها بالعامرة فقط، أشكل فيصبح هذا البحث قليلفائدة جدًا. وعند الشك في أرض تجري أصالة عدم فتحها عنوة وعلى المشهور إذا علمنا بفتحها عنوة تجري أصالة عدم عمرانها حين الفتح فلا حظر.

الأمر العاشر: قال الماتن: «ولو ماتت لم يصح إحياءها لأن المالك لها معلوم وهو المسلمين قاطبة».

أقول: إنما لا يصح إحياء المفتوحة عنوة إذا ترتبت عليه الملكية الخاصة للمحيي، فإن هذه الميزة ليست من الأنفال أو المباحات، بل هي ملك للمسلمين عامة ولو شك فيها فالمرجع استصحاب ملكيthem، ولا يبعد انصراف ما دل على أن إحياء الموات سبب للملكية عن المقام، بل عن الموات الأصلي المأخوذ عنوة فإنه أيضًا ملك المسلمين على الأظهر، وسوف نتعرض له.

وبالجملة من المطمئن به بالنظر إلى روايات المفتوحة عنوة أنها لا تخرج عن ملك المسلمين أصلًا. ويؤكدده ادعاء صاحب الجواهر القطع على عدم كونها من الأنفال.^١

نعم للحاكم الشرعي إحيائها، بل لا يبعد وجوبه عليه فإنه من شؤون ولايته العامة، بل يجوز لكل مسلم إحيائها ودفع خراجها إلى ولی الأمر بلا إذن منه على قول والأظهر لزوم الاستيدان منه، وعليه فيتنشأ من إحيائه حق له عليها فيكون أولى بها من غيره لا يجوز مزاحمته ولا طرده وله بيع هذا الحق ونقله بكل معاملة ناقلة وإذا مات ورثته.

الأمر الحادي عشر: قال الماتن: «وما كان منها مواتاً (موات خ ل) وقت الفتح فهو للإمام عليه السلام» واستدل له بالإجماع مستفيضاً أو متواتراً^٢ وبالنصوص المستفيضة الواردة

١. ج ١٦، ص ١١٨.

٢. قال في الجواهير، ج ٢٨، ص ١٨: بلا خلاف أجده بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن محكيه مستفيضاً أو متواتراً. وفي جهاده ج ٢١، ص ١٦٩: بل الإجماع بقسميه عليه، فانظر إلى اختلاف كلامه في دعوى الإجماع المحصل شدة وضعفاً.

في أبواب الأنفال من كتاب الخمس، ولا فرق حسب إطلاق النصوص، كونها في دار الإسلام ودار الكفر.

فإذن تكون الموات من الأراضي ملكاً للإمام قبل الفتح فلا تدخل في الغنيمة ثم في ملك المسلمين. كما إذا كانت الغنيمة شيئاً مغصوباً في يد الكفار فإنها لا تدخل بالفتح في ملك أحد، بل هو باقٍ على ملك مالكه.

وليس لمتهم أن يتوجه أنه على هذا لا يبقى للمفتوجة عنوة المملوكة للأمة الإسلامية موضوع، فإن كل عامرة تنتهي إلى الموات لا محالة، والموات لله (جل جلاله) ولرسوله ﷺ وللإمام عطية ولا أثر لإحياء الكافر مطلقاً ولا لإحياء المسلم من دون إذن النبي أو الإمام عطية.

فإنه لا يتم هذا التوهّم إذا كان الإحياء قبل نزول آية الأنفال وتشريع ملكيتها لله ولرسول ﷺ فمن أحياها حينئذٍ من مؤمن أو كافر فهي له لبناء العقلاء على اعتبار الملكية بالإحياء ولم يثبت ردع الشارع عنه. بل ثبت إمضائه ولو في الجملة. فالعامرة إذا ملكها الكافر وأخذها المسلمون عنوة دخلت في ملك المسلمين لا محالة.

فإن قلت: ملكية الله للأرض - ولمطلق الكائنات - توكونية ناشئة من إيجاده إليها حدوثاً وبقاءً ولا يحتاج هو سبحانه وتعالى إلى ملكية اعتبارية مبحوث عنها في الفقه، وليس بوسع أي معتبر يعتبرها له تعالى. فلتكن ملكية النبي ﷺ أيضاً ملكية معنوية لوحدة السياق «قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ». وإن شئت فقل: إن حرف اللام الداللة على الملكية استعملت في مدخلها وهو اسم الجاللة في الملكية التكوينية، فلتكن المعطوف أيضاً كذلك. بل لابد من ذلك، وإلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في أكثر من معنى على القول بدلالة حرف اللام في حق الله سبحانه على الملكية التكوينية وفي حق الرسول ﷺ على الملكية الاعتبارية الفقهية وهو كما حقّقه جمع منهم صاحب الكفاية رحمه الله محال وليس المحذور مجرد وحدة السياق.

قلت: لا مانع من ثبوت الملكية الاعتبارية لله تعالى الذي له ملك السماوات والأرض توكونياً إذا كان المعتبر لها هو نفسه لمصلحة هو أعلم بها مثناً كما في آية

خمس الغنائم، فحرف اللام استعمل في الملكية الاعتبارية^١ والعدمة في هذا الجواب هي أحاديث الأنفال الدالة على الملكية الاعتبارية للرسول والإمام، ولو لاها لكان السؤال مملاً لا جواب قوي له.

وأما الاستشهاد بملكيته تعالى الاعتبارية لسدس خمس الغنائم، فيه أنه لولا ذهاب مشهور علمائنا إلى الملكية الاعتبارية لقلنا إن ملكيته تعالى هناك أيضاً تكوينية وأما ملكية الرسول ﷺ وشركاه الأربعه فهي اعتبارية فقهية فإن حرف اللام في آية الخمس بخلافها في آية الأنفال قد تكررت «فَلَمْ يَلِدْهُ خَمْسَةٌ وَلِرَسُولٍ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ» و «مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقَرْبَىٰ فَلِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ».

وأما الموات التي تعمّر بعد نزول الآية المتقدمة فيقول عنها صاحب *الجوهر*^٢: أنه لا يعتبر فيما للأمام من الموات بقاوة على صفة الموت، للأصل وظاهر الصحيح الكابلي^٣ فلو اتفق حينئذٍ أحياها كان للأمام أيضاً من غير فرق بين المسلمين والكافر إلا مع إذهنه. وإطلاق الأصحاب والأخبار ملكية عامر الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين يراد به ما أحياه الكفار من الموات بعد (قبل ظ) أن جعل الله الأنفال لنبيه ﷺ وإلا فهو له أيضاً وإن كان معهوراً وقت الفتح. نعم المدار على الموات من حين نزول آية الأنفال لا قبلها وكان معهوراً حينها.^٤

أقول: عرفت سابقاً أن رسول الله ﷺ أذن لجيمع الناس في إحياء الموت المترتب عليه الملكية وهو بإطلاقه يشمل حال الحضور وحال الغيبة ويشمل الكافر والمسلم فلا معنى للرجوع إلى الأصل وخبر الكابلي غير العتير سندًا. فإطلاق كلام الأصحاب والأخبار لا مقيد له، وما في *الجوهر*: إن مقتضى هذه الأحاديث حصول

١. وعلى فرض إرادة الملكية التكوينية في حق الله وإرادة الملكية الاعتبارية في حق الرسول لا يلزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى فإنها يمكن أن تستعمل في التقدير العام وهو مطلق الملكية أو الاختصاص. على أن استعمال اللفظ في أكثر من معنى جائز غير ممتنع كما حفظناه في أصول الفقه.

٢. تقدّم أن الكابلي مجهول فحيثه غير معتبر خلافاً لجمع من الباحثين الذين يعلون في توصيف الإسناد بعضهم على بعض من دون مراجعة علم الرجال ومن دون تحقيق في الإسناد وبحث عن حال الرواية.

٣. *الجوهر*, ج ٦, ص ١١٨.

الاذن حال الظهور ضرورة صدورها من النبي ﷺ إلا أن الأصحاب خصوها بحال الغيبة.^١ فهو منوع فإن العبرة بظواهر النصوص دون نظر جمع من الأصحاب. على أن أرض الموات خاضعة لتدبير الإمام دون ملكيته وملكية الدولة بل هي من المباحثات كما مر.

ثم أقول: والأظهر أن موات المفتوحة عنوة ملك للمسلمين وغير داخل في الأنفال والإجماع المنقول وإن تكرر ذكره في كلماتهم فهو لا يفيد الاطمئنان برضى المقصوم عليه أو الدليل المعتبر، ولم نجد في الروايات المعتبرة - كما تقدّمت في المقدمة - ما يدل على ملكية الإمام عليه للموات ولا عبرة بضعف الاسناد، والانجبار بفتوى المشهور الأقدمين منوع صغرى وكبرى كما حققنا في كتابنا (بحوث في علم الرجال).

ويدل على مختارنا إطلاق قوله عليه: «وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام...» فإنه يشمل العامرة والموات. وإن أريد بالبياض المذكور في هذا الحديث، الموات فالحديث نص في المراد. وكون الموات غير متعلق لملك الكافر ولا حقه، لا يوجب انصراف الإطلاق السابق عنها فلا حظ.

ويمكن أن نستدل عليه بوجه آخر وهو أن موات المفتوحة عنوة إنما من الأنفال وملك الإمام وإنما ملك جميع المسلمين ولا قول ثالثه فيه.

لا يصح الأول، لما مر في الفصل الرابع من فصول المقدمة حول الحديث (٢٢) من أن الأنفال مقيدة بقيود مفقود في المقام وهو عدم المقاتلة، أي هي ما لم يوجد عليه بخيل ولا ركاب، والمفروض أن موات الأرض المفتوحة أخذت قهراً وعنوة وبالقوة، فتكون ملكاً لجميع المسلمين فتأمل.

لكن يرد عليه أن هنا احتمالاً ثالثاً وهو كونها من المباحثات كما كانت كذلك قبل فتحها عنوة والقول بعدم الفصل فضلاً عن عدم القول بالفصل لاعتماد عليه فإنه غير حجّة شرعية.

واعلم إن موات الأرض إنما من المباحات الأصلية، كما هو الأظهر بعد الفتح عنوة تدخل في ملكية المسلمين لقوله عليهما السلام: ما أخذ بالسيف... .

وإنما لم يكن منها ولكن كان فتحها عنوة قبل نزول آية الأنفال فحكمها حكم الصورة الأولى لإطلاق الحديث المذكور. وإن كان بعد نزول الآية وتشريع ملكية الإمام، فإن قلنا باختصاص ملكية الإمام بموات دار الإسلام أو بمطلق موات الأرضين لكن بشرط حصولها بغير القتال أو القوة^١ فحكمها أيضاً كسابقتها.

وإن قلنا: بأنَّ مطلق الموات في الكرة الأرضية مال الإمام عليهما السلام بلا شرط، فيمكن أن يقال: بأن فتحها عنوة لا يؤثر في بقائهما على ملكية الإمام^٢ كسائر الأموال المغصوبة عند الكفار فإن أخذها منهم لا يدخلها في الغنمة، بل ترد إلى مالكيها. ويمكن أن نقول بوقوع التعارض بين أدلة الأنفال وأدلة المفتوحة عنوة، فإنَّ بينهما عموماً من وجه، ومادة الاجتماع، موات المفتوحة عنوة. فإن رجحنا الأولى فهي ملك الدولة وإن رجحنا الثانية فهي ملك الأمة.

ولترجح الأولى وجوه:

١. ما قاله صاحب الجوهر من معلومية رجحان تخصيص الثانية ولو للإجماع بقسميه.^٣

٢. ما في كتاب الأرضي لصديقنا الفياض (طال عمره) من الاستدلال بمحنة سماعة قال: سأله عن الأنفال فقال: «كل أرض خربة أو شيء يكون للملوك، فهو خالص للإمام وليس للناس فيها سهم». ^٤ فإنهما بعمومها (كل أرض خربة) يقدم على إطلاق قوله عليهما السلام: ما أخذ بالسيف.^٥ كما حقق في أصول الفقه.

١. لاحظ ما ذكرنا حول هذا المطلب في ذيل الحديث (١٠) في مقدمة الكتاب.

٢. بل يمكن أن نقول بأنَّ عامة الكفار بعد نزول آية الأنفال أيضاً من الإمام فإنهم عثروا أرض الغير بلا إذنه. نعم، إذا عثروا قبل نزول الآية أو بعد إذن رسول الله عليهما السلام كما مر بملكونها ف تكون بعد الفتح ملكاً للمسلمين.

٣. ج ٢١، ص ١٦٩.

٤. الوسائل، ج ٩، ص ٥٢٦.

٥. الأرضي، ص ١٩٣ و ١٩٤.

أقول: أما الوجه الأول ففيه أنه لا علم لنا بالرجحان المذكور ولا نرى في نقل الإجماع حجية.

وأما الوجه الثاني ففيه أنَّ الرواية ضعيفة بعتمان بن عيسى الواقفي كما ذكرنا بحثه في كتابنا (بحوث في علم الرجال)، فليست بموقعة. على أنَّ المذكور فيها الأرض الخربة، ونحن نقول بملكيتها للإمام عليه السلام لأجل صحيح حفص السابق برقم (٢٢) ولكن الخربة غير الموات فإنَّها مسبوقة بالعمارة لا محالة والموات أعم.

وحيث لا مرجع لأحدهما على الآخر يتسلطان معاً ولا بد من الرجوع إلى عام إن وجد، وإلا يرجع إلى استصحاب ملكية الإمام لها قبل الفتح.

وقد يقال بوجود عام فوقي بعد تساقطهما بالتعارض وهو قوله عليه السلام: كل أرض لا رب لها فهي للإمام بعد ضم الاستصحاب الموضوعي أي استصحاب عدم وجود رب لها،^١ ولو قطعنا النظر عن هذا العام فيرجع إلى عام آخر وهو ان الأرض كلها للإمام عليه السلام.^٢

أقول: أما العام الأول فقد ورد في مرسلة حماد عن العبد الصالح عليه السلام: والأفال وكل أرض ميتة لا رب لها.^٣ وفي موثق إسحاق بن عمار: وكل أرض لا رب لها^٤ وفي مرسلة العياشي عن أبي بصير عن الباقي عليه السلام: وكل أرض لا رب لها.^٥

١. وقال صاحب كتاب الأرضي طال عمره وتوفيقه (ص: ٢٠٠): إنَّ هذا الكلام (كل أرض لا رب لها) لا يعارض نصوص مالكية الأرض للمسلمين، لأنَّ هذه النصوص بحد نفسها حاكمة عليه، باعتبار أنها تخرج الأرض عن كونها ميتة لا رب لها وتجعل المسلمين ربًا لها.

أقول: فيه نظر إذ إنَّ أريد من العام المذكور أن كل أرض لم يوجد ولا يوجد لها مالك في الماضي والمستقبل فهي للإمام. فلا يوجد للعام المذكور مصدق إذ كل قطعة من الأرض من حين خلق الإنسان قبل ملايين السنين أو مليارات السنوات قد وجد لها ربًا أو سيوجد لها ربًا، وإنْ أريد أن كل أرض لا رب لها حين نزول آية الأنفال فهي للنبي صلوات الله عليه وآله وسالم أو الإمام بعده عليه السلام فقد صار الإمام ربًا لجميع الأرضي ولا يعقل ربوية المسلمين لها ببطلان اجتماع مالكين مستقلين على شيء واحد. وحال الأرض حال كل مال مغصوب أخذه المسلمين من الكفار. نعم، إن دل دليل على زوال ملك الإمام بالفتح صح ما ذكره.

٢. الأرضي، ص ١٩٥.

٣. الوسائل، ج ٩، ص ٥٢٤.

٤. نفس المصدر، ص ٥٣١ و ٥٣٢.

٥. نفس المصدر، ص ٥٣٣.

لكن الأول والثالث غير حجتين لإرسالهما والثاني ضعيف لضعف مصدره وهو تفسير القمي كما أشرنا إليه فيما نقدم. نعم، من يطمئن بالحكم لأجل هذه الروايات الثلاث الضعيفة، فله الإفتاء بها.

وأما العام الثاني فقد سبق جوابه في الفصل الخامس من المقدمة، فالمرجع هو الاستصحاب المشار إليه لعدم وجود عام أو مطلق فوق المتعارضين المذكورين. بقى الكلام في حديثين مرويدين في كتاب الجهاد:

أولهما: صحيح الحلبي المروي في الكافي عن الصادق عليه السلام قال: سأله عن رجل لقيه العدو وأصاب منه مالاً أو متاعاً، ثم إن المسلمين أصابوا ذلك، كيف يصنع بمداع الرجل؟ فقال: إذا كانوا أصابوه قبل أن يحوزوا^١ متاع الرجل رد عليه، وإن كانوا أصابوه بعدما حازوه فهو فيهم المسلمين، فهو أحق بالشفاعة.^٢

ثانيهما: حديث هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال: سأله رجل عن الترك يغرون على المسلمين فياخذون أولادهم فيسرقون منهم أيرد عليهم؟ قال: نعم، والمسلم أخو المسلم، والمسلم أحق بما له أينما وجده.^٣

أقول: يمكن حمل إطلاق الثاني على الأول، على أن صحته موقوفة على أن منصورة الواقع في سنته هو ابن حازم الثقة كما ربما يظهر من سيدنا الأستاذ في معجم رجال الحديث ولكننا لم نطمئن به.

والمقام – وهو موات المفتوحة عنوة – على تقدير كونها للإمام قبل الفتح داخل في الفرض الأول من صحيح الحلبي غالباً، إلا أن يقال إنه ناظر إلى المنقول فقط ولا يشمل الفرض والله العالم. وأما أنظار الفقهاء حول الحديثين وسائر ما ورد في هذا الموضوع بسند ضعيف فهي مذكورة في كتاب الجهاد من الكتب الفقهية فلاحظها إن شئت، والله الموفق.

١. أي يحوز العدو.

٢. الوسائل، ج ٩، ص ٩٨.

٣. نفس المصدر.

تممة

كل ما ذكرنا حول الأرض المفتوحة عنوة من الأحكام إنما هو من جهة فقه أهل البيت عليه السلام، وأما من جهة فقه أهل السنة، فأنظارهم فيها مختلفة، غير أنَّ المتذبذب في أحاديثهم يرى صحة نظر الإمامية فلاحظ ما كتبه الشهيد السيد الصدر عليه السلام في كتابه (اقتصادنا)، ج ٢، ص ٤٠٢ - ٤٠٨.

معظم نتائج البحث إلى هنا

١. لا يعتبر إذن النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه والإمام عليه السلام في إحياء الموات.
٢. قد أذن رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه إذنًا عاماً لجميع الناس وكذا الإمامان الباقي والصادق عليه السلام في إحياء الموات.
٣. غير بعيد أن إذنهم شرعي غير مالكي.
٤. إذنهم شامل للكافرين فهم يملكون بالإحياء حتى في زمان الحضور خلافاً لجمع.
٥. العammerة طبيعياً أيضاً من المباحات فيجوز الانتفاع منها بلا إذن.
٦. هل إذنهم المشار إليه يشمل الخربة التي هي من الأنفال؟ أقول: يشملها ما تقدم برقم (٧) و (٩) بصراحة.
٧. للإمام حق الولاية على المباحات والمفتوحة عنوة، وقد ثبت الإذن في الأول للعلوم فلا بد للانتفاع والتصرف في الثاني من إذن الإمام أو نائب الغيبة.
٨. موات المفتوحة كعامرتها ملك لجميع المسلمين، ملكية مقيدة غير متحركة.
٩. يجب أداء الخراج على من يتصرف في المفتوحة عنوة على الأرجح في زمان الغيبة.
١٠. إذا ماتت عammerة المفتوحة عنوة فهي باقية على ملك المسلمين ولا يملكه المحيي وإن يحدث له حقًا عليها إذا أحياه بإذن ولي الأمر.

١١. لا ولایة للجائز على شيء من الأمور وتصرّفه محرام وباطل، إلا فيما دلّ الدليل على جواز الأخذ منه تسهيلاً على الشيعة.
١٢. لا يجوز نقل المفتوحة عنوة بناقل ولو تبعاً للآثار، وإنما يجوز نقل حق الأولوية للمتصرّف بعوض وغير عوض إلى غيره ويرثه الورثة.
١٣. لا يعتبر إذن الإمام عليه السلام في ملكية الغنيمة للغان ولجميع المسلمين للأراضي المفتوحة عنوة على الأظهر.

١٤. الموات من المباحثات الأصلية لا من الأنفال، سواء كانت الموات أصلية أو عرضية إن لم تصدق عليها خربة وإلا فهي للإمام عليه السلام إن لم تؤخذ عنوة من الكفار فتكون ملكاً للمسلمين فلا حظ وتأمل.

بقي في المقام سؤال وهو أنَّ الأرض بما للإنسان المتصرّف فيها المعمر لها في طول ملايين السنين من عمره هل بقيت حصة منها لم تزرع ولم تنْ ثم خربت ثم عمرت ثم خربت؟ فتكون الأرض كلها خربة تخضع لملكية الإمام، وإن بقيت منها بقية فهي تعمّر وتخرّب وتعمّر في طول عمر الإنسان في المستقبل ولعله يبلغ ملايين أو مليارات السنين، وعليه فيمكن أن نجعل هذا من أحد محتملات قوله تعالى: «أَنَّ الْأَرْضَ يَرِئُهَا عَبْدَى الصَّالِحُونَ».

أقول: ويمكن أن نجيب عنه أولاً بأن مفهوم الخربة غير مفهوم الموات فالأخلي ما يبقى فيها بعض آثار الحياة والثانية ما لم يبق فيه شيء من الآثار بنظر العرف، والعرف أقوى شاهد على ذلك فترى أنهم لا يطلقون الخربة على البراري الكبيرة والمفاوز «فَاعْصَمْصَفَّا لَا تَرَى فِيهَا عِوْجَانَا وَلَا أَمْتَانَا» وإنما يطلقون على أرض فيها بعض آثار البيوت والبناء وأثار الزراعة مثلاً. فكل أرض معمرة إذا خربت وانجلت عنها أهلها وبادروا فهي للإمام، وإذا زالت الآثار الباقية بمرور الزمن وبفعل من العوامل الطبيعية أو البشرية فلم تصدق عليها الخراب عرفاً فهي ميتة تزول عنها ملكية الإمام عليه السلام بانتفاء موضوعها ف تكون من المباحثات الأصلية على وجه وقد تقدّم بحثه.^٤

٤. لاحظ ص ٤١ في هذا الكتاب قبل بحث المفتوحة عنوة.

وثانياً: بأن نفس أحاديث الأنفال تدل على عدم ملكية الإمام للجميع الأرض وإن لم يقتصر فيها على ملكية بعض الأقسام من الأرضي، مثل ما أخذ بالصلاح أو ما أعطاه الكافر بطيب نفسه وبطون الأودية وقطائع الملوك وكل أرض خربة كما تقدمت أحاديثها في الفصل الرابع.

وثالثاً: بأن المستفاد من جميع أحاديث الأنفال - ضعافها وعتبرتها - أن الخربة بعنوان كونها من الأنفال ملك للإمام لا بعنوان نفسها كما ربما يشعر به (أي بالشأن) صحيح حفص المتقدم برقم (٢٢) في المقدمة فلاحظ، وبناء عليه لا دليل أن كل خربة للإمام بل الخربة الداخلية في عنوان الأنفال المقيدة بما لم يوجد عليه بخيل وركاب، له ^{عليه} فتأمل فيه فإنه يليق بالتدبر العميق، والله الموفق.

بقية أقسام الأرضي

قال الماتن ^{رحمه الله}: (وكذا - أي للإمام - كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم).
مقتضى اطلاق هذه الكلية أن جميع الأرضي المعمورة في أرجاء الكرة التي هي في يد الكفار في دار الكفر ودار الاسلام وكذا أمواتها كلها للإمام ^{عليه} وإنما يستثنى ما في يد المسلمين من الأرضي فهي لهم.

ثم الكلية من حيث التاريخ مجملة ولم يبيتوا وقت جريان ملك المسلم، فهو من زمان النبي أو من زمان أي إمام أو من زمان غيبةولي العصر ^{عليه} حتى يكون بعده الأرضي الواقعة في يد المسلمين للإمام ^{عليه} أو هو متند إلى آخر الدار فيكون كل أرض للإمام ^{عليه} إلا ما وقع في ملك مسلم بناقل أو إحياء أو قهر.

وعلى كل، يقول صاحب الجوهر: بلا خلاف أجده فيه. وعن تذكرة العلامة وهو معاصر الماتن، الإجماع عليه، لكن العلامة في محكى تحريره وغيره رجع عن إطلاقها وفرضها في موات أرض الإسلام!! فعلى إجماعه السلام!
أقول: وحيث أن هذه الكلية لاتستفاد من الأدلة الشرعية فلتكن باطلة، ولو لا إني

رأيتها بعين رأسي في كتبهم لقطعت بكتابها على فقهائنا، وعلى كل، عفت أن الأنفال هي ملك الإمام عليه السلام لا غيرها.

وقال الماتن: (وكل أرض جرى عليها ملك مسلم فهي له ولورته بعده). هذا إذا كانت الأرض غير ميتة وغير خربة لا شك فيه، بل لوضوح أمره لم يكن محتاجاً إلى تبييه. لكن مراد الماتن أعمّ منها ومن الميتة كما يفهم من عبارته الآتية.

قال: (إن لم يكن لها مالك معروف فهي للإمام عليه السلام ولا يجوز إحياءها إلا بإذنه). ولو بادر مبادر فأحيتها من دون إذنه عليه السلام لم تملك. وإن كان الإمام عليه السلام غائبًا كان المحيي أحقّ بها ما دام قائماً بعمارتها، فلو تركها فبادرت آثارها فأحيتها غيره ملكها، ومع ظهور الإمام عليه السلام يكون له رفع يده عنها).

أقول: أما كونها للإمام عليه السلام فدليله بعد إجماع السائر والذكر وجماع المقاصد، أنها من الخربة التي تشملها الأنفال على ما سبق ولذا لا تكون من مجهول المالك كما في سائر الأشياء سوى الأرض، كما أنه لو مات المالك ولم يكن له وارث حي كان ماله للإمام عليه السلام أرضاً كانت أو غيرها.

وأما عدم تملك المحيي لها إذا كان إحيائها من دون إذن الإمام عليه السلام فهو ظاهر لأنَّه أحبى ملك الغير. نعم، إذا كانت الأرض حيةً وجهل مالكها كانت من مجهول المالك. وخلاصة نظر الماتن عليه السلام في المقام حسب ظهور عباراته وإطلاقها: إنَّ أرض الخربة أو الميتة مُلْك مالكها ولا تخرج بالخراب والموات من ملكيتها. وأما إذا مات أو جهل فهي للإمام في زمان الحضور ولمن أحيتها في زمان الفسحة لا بنحو الملك بل بنحو حق الأولوية، ولا فرق في هذا الحق بين كون ملك المالك الأول بالإحياء أو بالاشتراء وغيره من النواقل. ثم إنَّ ترك المحيي إحيائها بعد مدة فأحيتها شخص آخر ملكها بالإحياء، لكن لا ملكية دائمة بل لو ظهر الإمام عليه السلام جاز له رفع يده هذا المالك عن الأرض المذكورة.

ويمكن أن يريد بالأحقية الملكية بقرينة قوله (ملكها) كما أنه يجوز أن يريد بالملك، الحق بقرينة قوله (أحق بها) ولابد من ذلك وإلا لا معنى لإفادة الإحياء حقاً

مرة، وملكاً مرة أخرى. وفي *الجوهر*: بل عن التذكرة التصريح بالأحقيّة وأنه لا يملكها. ومقتضاه عدم جواز التصرف فيها ببيع ونحوه مما يمكن القطع بخلافه ولو من السيرة القطعية فضلاً عن النص والفتوى.^١ وأيضاً كيف يملكها المحيي الثاني مع وجود المحيي الأول وكونه معروفاً وقد حكم أولاً ببقاءها على ملك مالكها المعروف، إلا أن يقال إن المحيي الأول لا يملكها وإنما يحدث له حقاً عليها، وفيه ما عرفته.

والأظهر أن التفصيل بين زمان الحضور والقديمة لا دليل عليه فهو ضعيف أيضاً. ثم إن الأرض إن خربت تركت مالكها وعدم قيامه بعمرانها، فإن مالكها بالإحياء فقد ذهب جمع إلى بقاءها على ملكه أو ملك ورثته، بل قيل إنه لم يعرف الخلاف في ذلك قبل العلامة في التذكرة. وعن جمع، بل قيل إنَّ المشهور بين الأصحاب تملكها بالإحياء، فهي للمحيي الثاني.^٢

وإن ملوكها بالشراء والعطيّة وغيرهما من التوافق فعل الشهيد الثاني: لم يزل ملكه عنها إجماعاً على ما نقله في التذكرة عن جميع أهل العلم.

أقول: الإجماع المذكور مع كونه منقولاً غير حجّة، ليس من العلامة، بل من أحد علماء أهل السنة فكان الشهيد اشتبه في فهم عبارة التذكرة كما اعترف به في *الجوهر* أيضاً.^٣

وفيها أيضاً: المسلم من الإجماع المذكور إذا ملكه بغير الإحياء كالشراء من الإمام عليه السلام مثلاً إما إذا كان أصل الملك بالإحياء ثم باعه من آخر أو ورثه منه آخر فالظاهر جريان البحث في بقاء الملك لمن هو على نحو الملك بالإحياء، إلا أنه يسهل الخطب ببقاء الملك للمحيي الأول وإن ماتت الأرض كما ستعرف.^٤

وحق القول أن المستفاد من الروايات أنَّ المالك إذا ترك الأرض حتى خربت جاز

١. ح. ٢٨، ص. ٢٨.

٢. *الجوهر*، ج. ٣٨، ص. ٢١.

٣. نفس المصدر، ص. ٢٠.

٤. نفس المصدر، ص. ٢١.

لغيره إحياءها مطلقاً سواء اشتراها من الإمام عليه السلام أو من غيره أو انتقلت إليه بأي ناقل أو ملكها بالإحياء، وهذا من خواص الأرض التي لها أثر رئيسي في اقتصاد الناس وكان فقهانا لم يدركوا أهمية هذا الموضوع فراعوا جانب الملكية الخاصة الشخصية عليه فلم يتلزموا بالنصوص المعتبرة الواردة في المقام الدالة على جواز إحياء المطلق الأرض الخربة فضلاً عن الأرض الميتة. وقد أسلفناها في مقدمة الكتاب في الفصلين الأولين منها، ونحن نشير إليها تكراراً هنا لأهمية الموضوع.

١. صحيح معاوية بن وهب المتقدم برقم (٧) عن الصادق عليه السلام: أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعترها، فإن كانت أرض (أرضاً) لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرتها ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله ولمن عمرها.
٢. صحيح سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل برأته الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: الصدقة. فترى الإمام عليه السلام حكم جازماً بأن عليه الصدقة ولم يعترض على إحيائها ولم يسئل عن مالكها.

ثم قال الراوي: قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤدِّ إليه حقه^١ وقد تقدم برقم (٩). والظاهر من الحق هو أجراة الأرض دون نفس الأرض، وفي الجوهر يمكن بل قيل: إنَّ الظاهر إرادة نفس الأرض من حقها منها^٢ لكن صاحب الجوهر

١. الوسائل، ج ٤، ص ٢٥، تصدِّي صاحب الجوهر عليه السلام للمناقشة فيه فحكم بإجمال ذيله فقال: أنه مجمل أو كالجمل. أقول: الحديث ظاهر في أنَّ المراد بن عترها هو المعنى دون المالك الأول المطالب ثم إنَّ نسبة الحديث إلى معاوية بن عمار من طبيان قلمه الشريف أو قلم النسخ فاته لمعاوية بن وهب. ومال بعض

المعاصرين إلى حمل الحديث على فرض إعراض المالك الأول عن الأرض لمكان قوله: فتاب عنها، لكنه غير ظاهر، والمتعتقق في جواب الإمام عليه السلام يعلم أنَّ العدة في الحكم هو الغراب والتعمير.

٢. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٥. أقول: هكذا في التهذيب، ج ٧، ص ١٤٨ و ١٤٩. ورواوه الحلباني أيضاً في ضمن حديث طويل وفيه: فليؤدِّ إليه حقه (التهذيب، ج ٧، ص ٢٠٢، ح ٨٨٨). وهذه الجملة أكثر إشعاراً برد العين من جملة فليؤدِّ. وعلى الجملة الظاهر حكاية سليمان والحلبي عن واقعة واحدة (كلام الإمام) ولا يعلم أنها صدر

من الإمام عليه السلام.

٣. ج ٣٨، ص ٢٥.

أعلم منا بأنَّ الإمكان لابنافي الظهور الذي عليه مدار الحجية والاستنباط، ولو عملنا بما يمكن ويحتمل لبطل الاستنباط والفقه. وعلى كل الأحسن حمل الأمر بأداء الحق على الاستعجاب بقرينة حديث معاوية.

٣. صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر - على المشهور ظاهراً - المتقدَّم برقم (١١) في المقدمة.

ذكرت لأبي الحسن الخراج على من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر فيما عمر منها. وما لم يعمر منها أخذه الوالي فقبله ممن يعمر وكان للMuslimين.

وقد شرحنا الحديث في المقدمة. والرواية ظاهرة في إلغاء علاقة المالك بأرضه إذا لم يعمرها فإنَّ أراد ^{بذلك} من قوله (للMuslimين) الذين يحيونها فهو يطابق ما تقدَّم والمناسب حمله على هذا المعنى جمعاً لا أنها ملك لجميع المسلمين كالمفتوحة عنوة فإنه بعيد جداً ولعله لم يقل به أحد، نعم ظاهر قوله (قبله) هو عدم تملك المتقبل لرقبة الأرض إلا أن يحمل على البيع أو يقال إنه يدل على تخير الإمام بين إبقاء الملكية للدولة متى ما أريد وبين تملكه للمحيي كما دلَّ عليه الحديثان السابقان.

٤. صحيح عبدالله بن سنان عن الصادق ^{عليه السلام} في رجل أحى أرضاً مواتاً فكرى فيها نهرأً وبني بيوتاً وغرس نخلاً وشجرأ؟ فقال: هي له، وله أجر بيوتها واطلاقه يشمل الموات بالأصلالة وبالعرض ولصورة فقدان المالك وحضوره.

وعلى هذا فيصبح الاستدلال بكل ما دلَّ على جواز إحياء الموات وتملكها بالإحياء كما ذكرناه في الفصل الأول من المقدمة ولا حاجة إلى تكرار تلك الأحاديث.

على أنَّ ملك الأرض بالإحياء - حسب تلك الروايات فالمتيقن أنَّ الإحياء جهة تقديرها لتملكها وكونه جهة تعليمة غير ثابتة فإذا زالت آثار الإحياء فخربت أو ماتت لا دليل على بقاء ملكيتها على الأرض فلابدَ له قبل أن تصل أرضه ذلى حد الخراب أن يحييها أو ينقلها إلى غيره بعوض أو بدون عوض، ولا يجوز له منع الغير

مع استمرار إهماله لكن هذا الوجه إلى هذا الحد إن تم لا يدل على جواز إحيائها لغيره وتملكها بالإحياء.

نعم، بالنظر إلى الروايات المستدل بها هنا يصح أن نقول أن الأرض بمجرد خرابها فضلاً عن موتها تخرج عن ملكية مالكها، لا أنها تزول بعد شروع المحبي في إحيائها لأنَّ لازم هذا الاحتمال أنَّ الشارع أجاز للمحبي التصرف في مال الغير ولو في مدة قليلة جداً فإنَّ هذا وإن لم يكن بمحال عقلاً ولا بحال مسلم شرعاً، لكن ارتكاز المتشرعة على خلافه، وهذا الارتكاز يهدينا إلى زوال ملكية المالك قبل الإحياء وأنه يقع في المباحثات ومعه لا يصل النوبة إلى استصحاب بقاء ملكية المالك، فتأمل.

والمتحصل مما تقدم جواز إحياء أرض الخربة فضلاً عن الميتة وإن كان مالكها حاضراً وملكتها بالبيع والهبة أو الإرث ونحوها فضلاً عمَّا إذا ملكها بالإحياء. والأحوط في إحياء أرض الخربة ومعرفة صاحبها أداء أجرة الأرض إلى صاحبها المذكور،^١ وهذا الاحتياط في الأرض الميتة إذا عرف صاحبها أو في الخربة التي يجهل مالكها غير لازم.

والأحوط في الأرض الخربة أو الميتة المعلوم مالكها مراجعة الحاكم الشرعي فيخير المالك بين التعمير وإذن الغير لإحيائها فإن قبل أحد الأميرين فهو وإن امتنع أجاز للمحبي وبطل حق المالك، وعند تعدد الحاكم يخبره المحبي فإذا امتنع، أحياه وبطل تعلقه بها وهذا الاحتياط لأجل مخالفة المشهور للمختار والله سبحانه أعلم.

الأراضي الخربة

إذا خصص المالك أرضاً مواتاً من المباحثات أو كانت أرضه عامرة فخررت أو

١. وهل أداء الأجرة في كل سنة أو من حين الشروع في الإحياء إلى تمامه فقط، فإن المحبي لا يملك الأرض الخربة أو الميتة بمجرد التعمير وشروع الإحياء بل يحصل له حق الأولوية، فعليه أداء حق مالكها السابق لزروماً أو استحباباً – على ما قلنا – إلى حين ثبوت ملكية المحبي على الأرض – وهو حين إتمام الإحياء وكماله – وبعد ذلك لا معنى لدفع الأجرة حتى استحباباً لأن يقال: إنَّ هذا خلاف ظاهر صحيح سليمان وقد تقدم حسن حمل الأمر بأداء الأمر بالأجرة على الندب جمعاً.

ماتت فخصصها لتعليق دوابه أو بيع حشيشه أو سائر أمواله ولغيرهما من الانتفاعات لا يجوز للغير مزاحمة المالك وإحياء الأرض، بلا إشكال. ولكن الكلام في أنه هل يبقى ملكه عليها أو يزيل ملکه ويحدث له حقاً عليها مادام ينتفع بها أو يفصل بين القسم الأول فيقال بالحق عليها وبين القسم الثاني فيقال ببقاء ملكه عليها أو يفصل بين القسم الثاني فيثبت الحق إن كان الانتفاع بعد تحقق الخراب أو الموات ويبقى الملك إن كان قبل تتحققه؟ وجوه لعل أظهرها الاحتمال الأخير.

تعقيب تكميلي بذكر أمور

١. أورد بعضهم على الاستدلال بالأحاديث الدالة على تملك الأرض التي تركها صاحبها حتى خربت بإحيائها، بأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية التي لا شبهة في بطلانه عند معظم المتأخرین.

وذلك أنّ موضوع هذه الأحاديث، الأرض الموات أو الخربة التي لا مالك لها بالفعل، إذ لو كان لها مالك كذلك لم يجز إحيائها ولم يكن له أثر بالإضافة إلى ملكية الأرض، ولابد من هذا التقييد لقبح التصرف في مال الغير عقلاً وحرمته شرعاً. وحيث لا دليل على كون الخربة أو الميّة غير مملوكة لمالكيها السابقين فلا يصح التمسك بتلك النصوص على جواز إحيائها.^١

أقول: بل يمكن أن نقول إنّ استصحاب بقاء ملكيتها لمالكها الأول يخرج الأرض عن موضوع الأحاديث المذكورة، لكن الإيراد المذكور سواء تمّ بالنسبة إلى الأحاديث العامة الواردة في جواز إحياء الموات كما تقدّم في أول المقدمة، أو لم يتمّ لا مورد له بالنسبة إلى صحيحي سليمان بن خالد وصحيحة معاوية بن وهب وصحيحة أحمد البزنطي المتقدّمة فإنّها تدلّ على الغاء ملكية المالك الأول، وهو ظاهر جداً. وقد استظهرنا غير بعيد أن ملكية المالك الأول تزول بمجرد الخراب فراجعه، فتفيد اطلاق الروايات بما ذكره هذا القائل خطأً جداً.

١. لاحظ تفصيل هذا الإيراد - تفصيلاً مملاً - في كتاب الأراضي، ص ٣٨.

٢. وقيل أيضاً إنَّه لا يصح إثبات ملكية الأرض للمحبِّي بصحيحة معاوِيَة المقدمة فإنَّ ظهورها معارض بصحيحة سليمان بن خالد، فإنَّها نص لمكان قوله عليه السلام (فليؤدِّ إليه حقه - فليرد إليه حقه) في بقاء رقبة الأرض في ملكية مالكها الأوَّل، وحيث أنَّ النص يتقدَّم على الظاهر، فلا بدَّ من رفع اليَد عن ظهور صحيح معاوِيَة في حدوث الملكية للثاني وحملها على حدوث حق الأوَّلية فحينئذٍ لا منافاة بين الصَّحِيحَيْن.^١ أقول: بل يحمل الأمر بالأداء أو رد الحق على الاستحباب بقرينة صحيحة معاوِيَة فإنَّها ظاهرة ظهوراً قوياً في بطلان ملكية المالك الأوَّل بعد الإحياء وتعمير المُعمر (إنَّ الأرض لله ولمن يعمرها) وليس حق الله سوى ملكيته - وإن كانت تكوينية غير مقولية ولا اعتبارية فقهية - ولا يعقل حمل ملكية الله على حق الأوَّلية فليكن الأمر كذلك في حق المُعمر، وأنَّه ملكية اعتبارية، لوحدة السياق.

على أنَّ بناء العقلاء المؤكَّد بالروايات الكثيرة المقدمة في الفصل الأوَّل من مقدمة الكتاب، يدل على أنَّ الإحياء سبب للملكية دون حق الأوَّلية.

٣. نتيجة البحث أنَّ الأرض الخربة أو الموات تملك بالإحياء، سواء كانت بلا رب أو لها ربٌ خاصٌ معلوم، تركها لعذرٍ أو لغير عذرٍ وملكتها بالإحياء أو بسائر النواقل وإن كان الأحوط في فرض استناد ترك التعمير إلى عامل غير اختياري استرضاه كما أنَّ الأحوط في فرض معرفة مالك الخربة دفع أجرة الأرض له، كما أشرنا إليه فيما قبل، والله عالم بأفعاله وأحكامه.

فأرجح الأقوال في المسألة ما ذكرنا وأما مختار المحقق الحلي عليه السلام فيبعد أن يكون هو ما يتراَى من عبارة المتن فإنَّه بعيدٌ. وذهب جمُعٌ - ولعلَّه المشهور - إلى بقاء ملكية الأرض الخربة لصاحبها وعدم جواز إحيائها مطلقاً؛ منهم صاحب الجوهر كما تقدَّم كلامه^٢، وفصل جمع بين ما ملكه المالك بالإحياء فيجوز إحياؤها إذا تركها حتى خربت أو ماتت، وما ملكه بالشراء والإتهاب والإرث وغيرها فلا يجوز إحياؤها للغير مطلقاً.

.٥٣ الأراضي، ص

.٢٨ ج ٢٨، ص

وقيل: إنَّ علاقَةَ المَالِكِ لا تُنْقَطِعُ عَنِ الْأَرْضِ بِطَرْوِ الْخَرَابِ، وَإِنَّمَا تُنْقَطِعُ بَعْدَ قِيَامِ الْغَيْرِ بِإِحْيَائِهَا.^١

٤. إِحْيَاءُ الْأَرْضِيِّ الْخَرَابِ وَالْمَوْاتِ لَا يُحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ فِي زَمَانِ الْحُضُورِ وَالْغَيْبَةِ بَعْدَ إِذْنِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْإِمَامِينَ الْبَاقِرِ وَالصَّادِقِ وَلَا يَبْعُدُ كُونُ إِذْنِهِ حَكْمًا شَرِيعًا لَا إِذْنًا مَالِكِيًّا كَمَا سَبَقَ، فَإِنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنْ تِلْكَ الرِّوَايَاتِ لَيْسَ هُوَ سَبَبَيْهِ إِلَحْيَاءِ لِلْتَّمْلِكِ فَقْطَ كَمَا زَعَمَهُ بَعْضُ الْمُعَاصِرِينَ، بَلْ وَجْوَازُ إِلَحْيَاءِ لَكُلِّ أَحَدٍ أَيْضًا حَسْبَ الْمُتَفَاهِمِ الْعَرْفِيِّ وَإِنْ كَانَ كَافِرًا لِلْإِلْطَاقِ.

٥. مُقْتَضِيُّ الْقَاعِدَةِ أَنَّ مِنْ أَحْيَى أَرْضَ الْإِمَامِ - وَكَذَا غَيْرِهِ - مِنْ دُونِ إِذْنِهِ لَمْ يَمْلِكُهَا.

٦. إِذَا نَهَىُ الْإِمَامُ عَنِ إِحْيَاءِ أَرْضِ مِيتَةٍ أَوْ خَرَابٍ، لَا يَجُوزُ إِحْياؤُهَا وَلَا يَمْلِكُهَا أَنْ أَحْيَاهَا فَإِنَّهُ وَلِيَ الْأَمْرِ، بَلْ هَذَا الْحَقُّ ثَابِتٌ لِنَائِبِ الْغَيْبَةِ أَيْضًا.

٧. لَا يَعْتَبَرُ قَصْدُ التَّمْلِكِ بِإِلَحْيَاءِ فِي حُصُولِ الْمَلِكِ، بَلْ يَحْصُلُ الْمَلِكُ بِمَجْرِدِ الْإِلَحْيَاءِ لِإِلْطَاقِ الْأَحَادِيثِ الدَّالَّةِ عَلَى سَبَبَيِّ الْإِلَحْيَاءِ لِلْمَلِكِ، وَتَرَبَّبُ الْمُسْتَبِّ على سَبَبِهِ قَهْرِيُّ سَوَاءِ صَدْرِ الْإِلَحْيَاءِ بِقَصْدِ التَّمْلِكِ أَمْ لَا وَسَوَاءِ صَدْرِ مُبَاشِرَةِ وَعِنْ الْفَاعِلِ نَفْسَهُ أَوْ عَنْ وَكِيلِهِ وَأَجِيرِهِ، وَأَمَّا إِنْ قَصْدُ دُمُّ التَّمْلِكِ، فَفِي اِنْصَارَ النَّصُوصِ عَنْهُ وَعَدْمِهِ وَجْهَانَ.

إِنَّمَا أَحْيَى أَحَدُ أَرْضَأْ بِقَصْدِ تَمْلِكٍ غَيْرِهِ تَبَرِّعًا فَهُلْ هُوَ يَمْلِكُهَا مَعَ دُمُّ قَصْدِهِ ذَلِكَ بَلْ مَعَ قَصْدِ دُمُّهُ، أَوْ يَمْلِكُهَا الْمُتَبَرِّعُ؟ أَمَّا الثَّانِي فَهُوَ مشْكُلٌ أَوْ مَمْنُوعٌ لِدُمُّ ما يَوْجِبُ مَلِكَهُ سُوَى قَصْدِ الْمُتَبَرِّعِ وَهُوَ لَا يَكْفِيُ وَلَا يَوْجِبُهُ. وَلَا أَقْلَ من الشُّكُّ فِي مُثْلِ هَذِهِ السَّبَبَيْهِ وَالْأُصْلِ عَدْمِهَا.

وَأَمَّا الْأُولُّ وَهُوَ مُلْكِيَّةُ الْمُتَبَرِّعِ فَمَعَ دُمُّ الْقَصْدِ لِنَفْسِهِ، لَا إِشْكَالٌ فِيهِ كَمَا سَبَقَ وَمَعَ قَصْدِ دُمُّهُ فِيهِ وَجْهَانُ. بَلْ قَدْ يَمْنَعُ التَّوْكِيلُ وَالْإِيجَارُ أَيْضًا وَإِنْ إِلَحْيَاءُ الْأَجِيرِ

لا يوجب ملكية الموكل والمؤجر، فإنّ نسبة فعل الوكيل والأجير إنما يصحّ إلى الموكل والمؤجر إذا كان متعلق الوكالة والإجارة من الأمور الاعتبارية، كالعقود والإيقاعات، دون الأمور التكوينية، فإنه لا معنى لنسبة أكل أحد أو شربه أو نومه أو ضحكه أو بكائه إلى غيره ولا تصحّ أبداً وكل فعل، قائم بفاعله فقط، قياماً حلولياً أو صدوريأً أو إيجاديأً أو ذاتياً على ما قررناه في بحث المستنقعات من علم الأصول ولا ينتمي إلى غيره بوجه إلا إلى مفعوله في الأفعال المتعددة قياماً وقوعياً، وهذا فليكن واضحأً، ولا شك أنّ الإحياء عمل خارجي لا أنه أمر اعتباري فلا ينتمي إلى الموكل والمؤجر.

واعلم إنّ بحثنا هذا ليس بحثاً فلسفياً وعقلياً، بل ببحث عن نظر العرف وهو وسيع الزاوية جداً، وعليه فالعرف يرى الأفعال التكوينية على قسمين، قسم ضيق الانتساب لاتصحّ نسبته إلى غير فاعله كما أشرنا إلى بعض أفرادها، وقسم واسع الانتساب يصحّ عندهم نسبته إلى غير فاعلة لجهة من الجهات كإجارة ووكالة وإنذن فإذا أحرزنا ذلك في مورد صحت الوكالة والإجارة من دون دليل خاص على جوازه بعد عمومات الإجارة والوكالة مثلاً.

نعم ربما دلّ الدليل الشرعي على التفصيل والتفرق في جيز الصلاة وكالة عن الميت دون الحي وهكذا غيرها من العبادات وربما يجيز عن الحي أيضاً كما في الحج في الجملة وكما في المندوبات، وهذه أمور تعبدية يختصر على مواردها حسب دلالة الدليل، وعلى كل لا ينبغي التردد في صحة نسبة الإحياء الزرع والبناء والقبض والإعطاء والتوهين والاحترام - بمصاديقها التكوينية في الجملة - والحيازة وأمثالها إلى الأمر والآذن والموكل والمؤجر. فيصح الإحياء مباشرة وتسبباً كما قلنا أولاً.

سببية الإحياء للملكية أو الحق

مدلول الروايات الكثيرة المقدمة في الفصل الأول من المقدمة تحكيمًا لبناء العقلاء أنّ الإحياء يفيد الملكية كما هو المشهور على ما قيل.

وذهب جمٌ من الفقهاء إلى الثاني واستدل له صديقنا المعاصر - طال عمره - بعد اختياره بعْدَ من الروايات.

منها خبر الكابلي^١ لكنه ضعيف سندًا ودلالةً وقد سبقت الإشارة إلى جهالة الكابلي.

ومنها صحيح سليمان فيه: «فليؤد - إليه حقه» وهو يدل علىبقاء ملكية المالك وإنما لم يبق له حق ولا يجتمع اجتماع المالكين على ملك واحد، فالمحي له حق الأولوية.

أقول: مرجواه بحمل الأمر بالاداء أو الردة على التدب جمعاً بينه وبين غيره. ومنها خبر عمر بن يزيد وفيه: من أحى أرضاً من المؤمنين فهي له، وعليه طسقها يؤديها إلى الإمام^{عليه السلام}.

لكن سبق أن عمر بن يزيد مشترك بين الثقة والمجهول. فلاتصلح هذه الروايات لحمل الملكية في تلك الروايات على الحق. ثم قال المعاصر المذكور بعد كلام طويل: تسقطان معًا من جهة المعارضة فيرجع إلى الأصل وهو استصحاب عدم حصول الملك بالإحياء.^٢

لكن المرجع بعد فرض التساقط هو بناء العرف الممضى عند الشرع على سببية الإحياء للملك فلاتصل النوبة إلى الاستصحاب فإنه دليل حيث لا دليل، فتأمل.

بحث معقد وهو انه

ما هو الفرق بين الملك والحق؟ مع أن كلاً منها اعتبار وضعی، ولسيّدنا الأستاذ الفقيه الحكيم - قدس الله نفسه الزكية - تحقيق رشيق وتفصيل طويل نذكره بطوله في آخر الكتاب إن شاء الله.^٣

١. الوسائل، كتاب أحياء الموات الباب الثالث.

٢. الأراضي، ص ١١٣.

٣. مستمسك العروة الورق، ج ١٤، ص ٥٥٤-٥٥٧.

أرض من أسلم عليها أهلها طوعاً

من أسلم طوعاً تركت أرضه له، كما في صحيح البزنطي على المشهور^١ المتقدّم برقم (١١) في مقدمة هذا الكتاب، ففيه: علي من أسلم طوعاً، تركت أرضه في يده فيما عمر منها، وما لم يعمر منها أخذه الوالي قبله متن يعمره وكان للمسلمين.

وفي المقام فروع

١. لا فرق في الحكم ببقاء الأرض العارمة على ملكية من أسلم طوعاً بين تعميرها قبل تشريع الأنفال ونزول حكمها، وبعده، لبناء العقلاط على ملكية الأرض بالإحياء على الأول، وكون الموات من المباحثات التي يملكها المحيي بذلك البناء الممضى شرعاً، من دون فرق بين كونه مسلماً أو كافراً كما عرفته سابقاً على الثاني. وعلى القول المشهور من كون الموات للإمام^{عليه السلام} كانت الأرض الميتة التي أحياها بعد نزول الأنفال ملكاً له، حتى وإن فرض الإحياء قبل إذن رسول الله<ص> في الإحياء المسبب للملكية، فإنه سبق بنحو القضية الحقيقة التي تشمل ما قبلها أيضاً بعد ظهور كلامه في الجواز الشرعي دون الإذن الملكي.

وأما إذا كانت أرض من أسلم طوعاً عامرة طبيعياً فله حق الانتفاع بها ولا يفرق في ذلك بين إسلامه و عدمه ولا بين المسلم والكافر، وان جاز للمسلمين أخذها بالقهر في حال كفر المنتفع بها. وهي من المباحثات كما عرفته فيما مضى. وأما أرض الموات حال إسلامه فهي لا تنسب إليه ولا معنى للبحث عنها، فإن

١. إنما قلنا على المشهور لأن الشيخ رواه بسنده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن أبي نصر البزنطي سند الشيخ إلى حفيد عيسى في مشيخة التهذيب ضعيف ولا يقوى بصححة سنده إليه في الفهرست وللكلام ذيل طويل وعميق ذكرناه في كتابنا بحوث في علم الرجال (الطبعة الثالثة) وأنا دفاع سيدنا الأستاذ الخوئي عن هذا الإيراد في معجمه وقد تبعه صديقنا العلامة الفياض في كتابه للأراضي، ص. ٢٩٠، فهو لا يرجع إلى محصل فانظر كتابنا ذاك.

الموات سواء كانت من المباحات كما هو الأظهر أو من الأنفال كما هو المشهور، لاتتنسب إلا إلى محييها أو محجرها، ولا فرق فيه بين المسلم والكافر، كل ذلك واضح. فما ذكره صديقنا مؤلف الأرضي في هذا الباب كلها ضعيف.

٢. إذا ترك الذي أسلم طوعاً تعير أرضه كلاماً أو بعضاً أخذها الوالي وقتلها ممن يعمرها. وتقديم أنَّ هذا الحكم عام وجار في مطلق الأرض غير المعمورة سواء كانت من كافر أو مسلم أبداً عن جد أو أسلم جديداً، لعدم احتمال الفرق في مثل هذا الحكم بين الثاني والثالث جزماً.

٣. لا يدلُّ الحديث - حديث البزنطي - على تملُّك المحيي لهذه الأرض، بل الإمام يقبلها ممن يعمرها، إلا أن يقال بأنَّ مقتضى الأحاديث المتقدمة في الفصل الأول من المقدمة تدل على أنه يملكها فلا منافاة بين الحديث وتلك الأخبار والمراد بقوله - وكان للMuslimين - هو هذا المعنى، أي كل مسلم أحياها فهي له. لا أنه بحكم المفتوحة عنوة وإن شئت فقل إنَّ الإمام مخير بين إعطائهما لمن يحييها وبين حفظها للدولة وتقبيلها ممن يتقبلها.

٤. مقتضى إطلاق الحديث عدم مسبيقة تقبيل الإمام بتخيير صاحب الأرض بين التعير ونقلها إلى الغير بعوض أو غير عوض وإجباره على أحد الأمور. فيكون هنا الإطلاق قرينة على أنَّ الاحتياط التي ذكرناه سابقاً^١ غير لازم، فافهم وتأمل.

٥. الكافر يملك أرضه وأمواله كما يملكها المسلمين ولا فرق بينهم وبينه سوى جواز أخذ أرض الكافر الحربي وأمواله قهراً وحيلة للMuslimين، فإذا مات الكافر ورث ما تركه ورثته، وإن لم يكن له ورثة فما له للإمام فإنه وارث من لا وارث له. ولا فرق في ذلك بين المسلم والكافر.

أرض الصلح

الكافر ان قاوموا مقاومة مسلحة فقهروا وأخذت أراضيهم، فهي من المفتوحة عنوة

١. في ص ٦٥ من هذا الكتاب.

ونقدم تفصيلها وبيان حكمها، وإن أسلموا طوعاً ترك لهم أرضهم إذا قاموا بتعميرها وأما إذا لم يقاتلوا ولم يسلموا ولكن صالحوا المسلمين فربما يقع الصلح على بقاء ملكيتهم على أراضيهم حسب اقتضاء الظروف الموجدة وربما يقع على نقلها إلى المسلمين، وربما يعطى الكفار أراضيهم من دون صلح لجهة من الجهات النافعة لهم، للMuslimين وإن لم يكن ذلك عن طيب نفسم بل لرفع ضغط عليهم، ففي هاتين الصورتين تخضع الأرض لملكية الدولة ودخولها في الأنفال التي هي لله والرسول وللإمام بعد الرسول ﷺ وتخضع لملكية الدولة ولن تكون داخلة في حكم المفتوحة عنوة ولا يجوز لولي المسلمين أن يصالح الكفار على أن تكون أرضهم للMuslimين ولو فعل ذلك سهواً أو عمداً لا أثر لصلحه هذا وذلك لصحيح حفص المتقدم في الفصل الرابع من مقدمة الكتاب.

وهكذا في جميع ما يعَدُّ من الأنفال فإنها للإمام ﷺ كقطائع الملوك وبطون الأودية وكل أرض خربة كل ذلك واضح لا يقبل النقاش.

فما في كتاب الأراضي تبعاً للجوهر^١: وأما إذا نص في بنود الصلح على استسلام الدولة للأرض أو الأمة فحينئذٍ تصبح الأرض خاضعة لمبده ملكية الإمام ﷺ أو المسلمين. فكانه صدر منه غفلة عن صحيح حفص المشار إليه. ثم إن الأرضي المذكورة بعد أن خضعت لملكية الدولة إنما أن تؤخذ منهم وإنما أن تبقى بأيديهم بطريق أو غير طريق، كل ذلك يتبع الوضع الراهن في ذلك الوقت بنظر الحاكم الإسلامي.

الأرض التي انجلت عنها أهلها أو بادوا

الأرض التي انجلت عنها أهلها فإن كانت ميّة غير معمرة ولا مزروعة، فهي من الأنفال على المشهور، ومن المباحثات على المختار، لضعف الأحاديث الدالة على

قول المشهور، إلا أن يطمئن أحد بتصور بعضها عن الإمام عليه السلام فاطمئنانه حجة عقلائية له، خلافاً للسيد الأستاذ الحكيم حيث ناقش في حججته وقد أجبنا عن نقاشه في كتابنا (بحوث في علم الرجال). نعم، العلم حجة عقلية والاطمئنان حجة عقلائية. وإن كانت عامة طبيعياً فهي أيضاً من المباحث الأصلية فيجوز للكل أحد إحياء الأول والانتفاع بالثاني.

إن كانت عامة بشرياً وقت الانجلاء فإن كان الانجلاء عن اعراض فحكمها حكم سابقتها في كونها من المباحثات لكل أحد على الأظهر، وإن لم يكن عن اعراض، بل لموانع قهريّة، فإن كانوا كافرين حربين جاز تملّكها لكل أحد من المسلمين سواء كان أهلها معروفين أو مجهولين، وإن بقيت حتى خربت فهي للإمام عليه السلام وإن بقيت حتى صارت من الموات فهل هي من المباحثات أو من الأنفال؟ فيه وجهان، وقد مرّ بحثه، وعلى صورتين يجوز إحيائهما وتملّكها.

إن كانوا مسلمين فإن عرموا فلا يجوز لأحد التصرف فيها ما دامت عامة وإن لا ينتفعون بها، فإن تمادت بها الأيام حتى خربت فهي من الأنفال ومحكمة بحكمها فيجوز لكل أحد أحياوها وتملّكها ولو كان كافراً وإن طال الزمان حتى صارت ميتة فيها الوجهان المتقدمان.

وأما إن هلك أهلها عنها ولا وارث لهم، فهي مع عمارتها للإمام عليه السلام وداخلة في الأنفال لعدة من الأحاديث المذكورة في كتاب الميراث.^١

ويمكن أن يستشكل في تطبيق هذه الأحاديث على الميت الكافر، فإن المستفاد من بعض الصحاح ان استملك مال من لا وارث له كأنه في مقابل تحمل دين الميت ونفقة عياله من قبل الدولة. وهذا الضمان الدولي مفقود بالنسبة إلى مطلق الكافر ولا أقل من فقده بالنسبة إلى الكافر الحربي، فإذا انتفى الضمان المذكور انتفى الاستلاك أيضاً.

ففي صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من مات وترك ديننا فعليه دينه وإلينا عياله ومن مات وترك مالاً فلورثته، ومن مات وليس له موالي فماله من الأنفال.^١
وفي صحيح ابن رئاب وعمار بن أبي العوص قال: سألت أبا جعفر عليه السلام ... وما كان ولاه لرسول الله صلوات الله عليه فإن ولاته للإمام وجنايته على الإمام وميراثه له.^٢
لكن لا ظهور قوي للحديثين وغيرهما في الملازمة المذكورة والله أعلم.

أرض الأنفال

الثابت من الروايات الواردة في الأنفال بعد حذف ضعافها سندًا هو صحيح حفص وصحيح ابن فرقان، وقد ذكرناهما في الفصل الرابع من المقدمة، لكن صحيح ابن فرقان لم يذكر فيه الأنفال ولا دليل آخر يعتبر دل على كون القطائع من الأنفال، وإليك متنه: قطائع الملوك كلها للإمام، وليس للناس فيها شيء. والظاهر انصراف الكلام إلى ما بعد أخذها من الكفار مثلاً وأما قبله فهي باقية على حكمها الأول، ويبعد كل البعد أن يكون مجرد إقطاع كافر أرضاً لأحد موجباً لانتقال ملكيتها إلى الإمام عليه السلام ولا أظن بفقهه يتلزم به. فإذا أخرجت من أيدي الأعداء ووُقعت تحت سيطرة المسلمين فهي للإمام عليه السلام.
ثم إن النسبة بين هذا وما دل على أن ما أخذ بالسيف فهو من المفتوحة عنوة عموم من وجهه ومادة الاجتماع قطائع الملوك المأخوذة بالسيف.

مقتضى إطلاق هذا الحديث أنها للإمام عليه السلام ومقتضى إطلاق الثاني أنه من المفتوحة عنوة، ولا يبعد ترجيح إطلاق الأول على إطلاق الثاني، تحفظاً على عنوان القطائع المختصة بالإمام المؤكّد اختصاصها بقوله عليه السلام: وليس للناس فيها شيء. فلو قدمنا إطلاق الثاني عليه لم يبق لهذا العنوان أثر وخصوصية فالقطعان - سواء أخذت بالقهر وبالقوة أو بالصلح والحيلة - للإمام عليه السلام.

١. ص ٢٤٨، ج ٢٦ من الوسائل.

٢. نفس المصدر.

٣. وعلى فرض التساقط يرجع إلى قوله تعالى: **وَاعْلَمُوا أَنَّنَا غَيْبُنَا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ فَكُونُ الْمُقَاتَلِينَ**. لكن الظاهر أنه لا قائل بملكية الأرض للمقاتلين.

وهل المراد بالملوك هم الملوك الكفار أم مطلق الملوك الجائزين الظالمين الفاسقين ورؤوساء الجماهير الذين يدعون الإسلام ولا يعتقدون به بل يحكمون بضد ما أنزل الله على رسوله ويسعون في الأرض فساداً وهم أضرب من إبليس بدين الله عباده كحكام عصرنا المسلمين وببلادهم. لا بعد اختيار الشق الثاني اعتماداً على إطلاق اللفظ. والله العالم.

وعلى الثاني لا إشكال في الحكم إذا كان أصل القطائع من المباحثات أو من الأنفال، وأما إذا كانت من المفتوحة عنوة أو مغصوبة من المسلمين فهي على حكمها الأول ولا تدخل في ملك الإمام عليه السلام للانصراف.

وأما صحيح حفص فهو الحديث الصحيح الوارد في بيان مصاديق الأنفال كما سبق وهي:

١. أرض الصلح.
٢. أرض الإعطاء بالأيدي.
٣. كل أرض خربة.
٤. بطون الأودية.

فهذه الأراضي إن أخذت بالسيف فليست من الأنفال، بل من المفتوحة عنوة، والأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، وإن لم تؤخذ أصلاً كانت على حكمها الأول.

إن شئت فقل: إنما تدخل هذه الأقسام الأربع في الأنفال وملك الإمام أو الدولة إذا كانت في بلاد الإسلام دون بلاد الكفر، أو فقل: إذا خضعت تحت سيطرة المسلمين ولم يستول عليها الكفار. وهذا في القسمين الأولين ظاهر. وأما في الأخيرين فلو حدة السياق وللمستفاد من مجموع الروايات غير المعتبرة ولكونها من مصاديق الأنفال التي قيدت بما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، فلا ينبغي التردد فيه. فما يظهر من كلام صاحب الجوهر - على ما نقلناه سابقاً - من شمولها لما في دار الإسلام ودار الكفر غير قوي والله أعلم.

وإليك جملة أخرى من عبارة //الجو/هر: لكن الإنفاق أنه مع ذلك كله لا يخلو من إشكال، من حيث ظهور كلمات أكثر الأصحاب في اختصاص الأنفال بالموات وما كان عليه يد الكفار، ثم استولى عليه من دون أن يوجف عليه بخيل ولا ركاب. وأما غير الموات الذي لم يكن لأحد يد عليه وعنه ما نحن فيه (سيف البحار) فلا دلالة في كلامهم على اندراجه في الأنفال، بل ظاهره العدم فيكون من المباحثات الأصلية حينئذ. فتأمل جيداً فإن المسألة غير محررة في كلام الأصحاب.^١

ثم يقع الكلام في حكم هذه الأربعة بزيادة القطائع ومال من لا وارث له، وأنه هل يجوز التصرف في هذه الستة أم لا؟ وعلى الأول، لمن؟

أما الأرض الخربة فقد أذن الإمام الصادق عليه السلام (كما مر برقم ٧ و ٩ في مقدمة الكتاب) بإحيائها لكل أحد بلا عوض فالكلام فعلًا، في الأمور الخمسة الباقية.

يقول صاحب //الجو/هر رحمه الله بعد نقل الأقوال والأحاديث في المقام: وكيف كان فسبر هذه الأخبار المعتبرة الكثيرة التي كادت تكون متواترة المشتملة على التعليل العجيب والسر الغريب يُشرف الفقيه على القطع بأبابتهم عليهم السلام شيعتهم زمن الغيبة، بل والحضور الذي هو كالغيبة في قصور اليد وعدم بسطها سائر حقوقهم عليهم السلام في الأنفال.

ولا ملزم كلمات العلماء الكثيرة التي يطول بها المقام لأجله، فمن شاء الوقوف عليها فليراجع //الجو/هر.^٢

ويقول سيدنا الأستاذ الحكيم في حاشية له في آخر بحث الأنفال في مستمسك العروة (ج. ٩، ص. ٦٠٦): وإن كان الظاهر أنَّ السيرة الارتراكازية والعملية على جريان أحكام الإذن حتى للمخالفين فضلاً عن الموالين، فلا يجوز اغتصاب الأرض الموات إذا عمرها المخالف، ولا اغتصاب المعادن التي استخرجها المخالف ولا اغتصاب الأخشاب التي اقتطعها المخالف من الأجسام، وهكذا الحكم في جميع الأنفال ولا يجوز عند المؤمنين (هكذا) أخذها قهراً بدعوى أنها ملك الإمام عليه السلام وأنه غير مأذون منه عليه السلام في تملكها.

١. خمس //الجو/هر، ج. ٩، ص. ١٢٠.

٢. ج. ٩، ص. ١٣٤ - ١٤٥.

فالمخالف والمؤلف سواء في أحكام الإذن والإباحة. ولا مجال للتشكيك في ذلك.
انتهى كلامه رفع مقامه.

يقول الفقير: إنه لم يحصل القطع لي كما حصل لصاحب *الجوهر* ولم أجد خبراً معتبراً سندأ وظاهراً دلالة على إباحة الأطفال للشيعة وتملיקها لهم فلابد على نحو الاحتياط في الأمور الخمسة إذا ابتلع بعضها أو بكلها المتدينون من الرجوع إلى الحاكم الشرعي والعمل بنظره، وحيث أن أكثر مصاديق الأطفال خارج عن محل ابتلاء المؤمنين لا نرى ملزماً لإطالة الكلام فيه.

وأما التمسك بالسيرة لنفي لزوم الاحتياط المذكور فيه غموض وإشكال وإثباتها على وجه مفيد في غاية الإشكال ولا اعتماد على السيرة الارتکازية. والله الهادي.

الأراضي المستقة من الأنهر الخمسة

قال الصادق عليه السلام في صحيح حفص بن البختري: إن جبرئيل كری برجله خمسة أنهار، ولسان الماء يتبعه: الفرات ودجلة ونيل مصر ومهران^١ ونهر بلخ.
فما سقت أو سقى منها فلإمام عليه السلام والبحر المطيف بالدنيا (للإمام - كاخ).^٢
وعن الصدوق عليه السلام تفسير البحر المطيف بآفسيكون وقيل انه آب سكون والمراد به بحر الخزر، وعن معجم ياقوت: آفسيكون مدينة على ساحل طبرستان.
والحق أن يقال: إن البحر المطيف بالدنيا مجھول، فإن أريد بالدنيا ما يقابل الآخرة، فتصور البحر المذكور خارج عن فهمنا، وإن أريد بها ما سوى الله، فيصيير تصوّره أبعد وإن أريد بها كرة الأرض، فلا بحر يحيط بها كما هو المشهور اليوم. فلابد من ردة علمه إلى من صدر عنه.

ثم إن المراد بكلمة «ما» الموصولة، مما سقت إما الأرض وإما النبات من الأشجار والزروع وغيرهما وإما الأرض والنبات معاً.

١. قيل: إنه نهر في الهند. أقول اسم مهران مشهور في الباكستان اليوم.

٢. جامع الأحاديث، ج ١٠، ص ١٢٥.

ولا بعد في هذا النحو من الملكية فأنها أمر اعتباري يعتبرها المعتبر بأي نحو أراد، لكن لم أر من التزم بها. فالأحسن حملها على الملكية المعنوية. وعلى كل: الرواية لا تدل على ملكية الإمام للأنهار المذكورة.

كيفية ما يحصل به صدق الإحياء

قال: (والمرجع فيه إلى العرف لعدم التنصيص شرعاً ولغة، وقد عرف أنه إذا قصد سكنى أرض فأحاط ولو بخش أو قصب أو سقف مما يمكن سكانه يسمى إحياء).).

أقول: أما أنّ الحاكم في صدق الإحياء والتعمير الواردین في الأحادیث المعتبرة المتقدمة في مقدمة الكتاب الدالة على سببیتهما للتملک، هو العرف فلا تله لا حقيقة شرعية للفظي الإحياء والتعمير، بل ولم تحددهما اللغة أيضاً، فهما كغيرهما من المفاهيم تابعان للصدق العرفي، وقيل: إنه خلاف فيه، وينبغي أن يكون كذلك.

وأما صحة التعريف المذكور في المتن ففي مثل زماننا في بعض البلاد الراقية لا تخلو عن خفاء فالأنسب أن يضاف إليه قيد الزمان والمكان، ففي مثل المفاوز والبراري يصحّ التعريف المذكور حتى في عصرنا، وأما في قرب البلاد الراقية ففي صدق الإحياء عليه تردد. وتطور الزمان وتبدل الحالات وإن لم يدخلان تغييراً في المفاهيم لكنهما تغيران مصاديقها فتختلف انتظامها عليها سعةً وضيقاً.

إذا تقرر ذلك، فلابد من ذكر أمرين هما بمنزلة أصلين في كيفية الإحياء وفهم حقيقته:

(الأول): من شرع في أرض ميتة ببنائها داراً فأحاط عليها وجعل لها باباً، ثم أهملها، فهل مثله إحياء أو تحجير؟

يمكن اختيار الشق الثاني لعدم صدق الدار عليها، والإحاطة كانت شروعاً بالإحياء ولكنها ليست بتمامه وكماله. ويمكن اختيار الشق الأول فإنها تصلح حظيرة للحيوانات ومخزناً للأموال والسيارات ونحو ذلك، وكذا لو قصد بناء حظيرة أو كراج

للسيارات فبنها بجص وزين جدرانها وجعل عليها بيوتاً، فهل الباني يملكها وإن كان مثل هذا البناء لا يليق بالحيوانات أو السيارات، بل هو مسكن للإنسان؟ قيل: نعم يملكها فإنه إذا بناها للفن ملكها بمجرد الحائط ثم جاز له أن يبنيها داراً. واعتراض عليه في الجوهر بأنه مناف لصدق الإحياء عرفاً على متخذ الأرض داراً وملكه لها لو اتخذها حظيرة، للصدق العرفي باعتبار أن إحياء كل شيء بحسب حاله لا يتضمن صدقه مع عدم قصدها، وإن جاز العدول عن القصد في الأول واتخاذها داراً، كما يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط واتخاذها حظيرة، فاته يملكها بذلك، لصدق الإحياء عليها عرفاً...^١

أقول: إيراد الجوهر عندي ضعيف، فإن القصد لا عبرة به في أمثال المقام، فيصدق الإحياء إذا بلغ حد الانتفاع به لجهة من الجهات، سواء عدل المحي عن قصده الأول أم لم يعدل عنه، لصدق الإحياء على العمل في قوله عليه: من أحى أرضاً ميتة فهي له. فكما لا يعتبر عند هذا المعارض وغيره قصد التملك في الإحياء المفيد للملكية، لا يعتبر فيه أيضاً قصد بناء مخصوص، وأوضح من المثالين المذكورين ما إذا قصد الباني أصل الإحياء دون قصد عنوان خاص، كفایة إخراج الأرض عن العطلة إلى الانتفاع.

(الثاني): هل الإحياء عند العرف هو جعل الأرض داراً مثلاً بالفعل ولو ببناء معظم أجزاءه التي معها تصلح مسكنًا، وجعل الأرض مزرعة بحرث وسقي أو بستانًا بغرس أشجار وبالجملة أن يكون بناء شيء كامل بحيث لو نقص شيئاً منه لكان العمل تحجيراً، لا إحياء.

أو هو جعل الأرض مهيأة للزرع والغرس برفع المواتع عنها وإيجاد أوصاف فيها، كما عن جمع منهم الماتن عليه حيث قال: (ولا يشترط حراثتها أو زراعتها لأن ذلك انتفاع كالسكنى)^٢ لكن في عد الحراثة انتفاعاً كالسكنى نظر أو منع.

١. ج ٣٨، ص ٦٦.

٢. نفس المصدر، ص ٧٠.

يقول الشهيد الثاني رحمه الله في شرح *اللمعة*: والأقوى الاكتفاء بكل واحد من الأمور السابقة (أي عض الشجر وقطع المياه الغالية والتحجير) مع سوق الماء حيث يفتقر إليه، وإنما اكتفى بأحدتها خاصة. هذا إذا لم يكن المانع الأولان (أي الشجر والمياه الغالية) أو أحدهما موجوداً وإنما لم يكتف بالباقي (أي التحجير وسوق الماء أو اعتياد الغيث) فلو كان الشجر مستولياً عليها والماء كذلك لم يكف الحائط وكذا أحدهما وكذا لو كان الشجر، لم يكف دفع الماء وبالعكس لدلالة العرف على ذلك كله. أم

الحرث والزرع فغير شرط فيه قطعاً لأنَّه انتفاع بالمحبي كالسكنى لمحيي الدار.^١

والذى يصلح شاهداً للمقام هو صحيح معاوية بن وهب قال: سمعت أبا عبد الله رحمه الله يقول: أيما رجل أتى خربة بأئرة فاستخرجها و(أو) كرى أنهارها وعمرها فإنَّ عليه فيها الصدقة، فإنَّ الأرض لهم ولمن عمرها. (انظره برقم ٧ في المقدمة).^٢

فإنْ جعلنا قوله رحمه الله وعمرها عطف بيان لما قبله فهو دليل على الوجه الثاني وإن فسَّرناه بالحرث وبذر الحبوب والسدقي، فهو دليل على الوجه الأول ويناسبه تفريع الصدقة عليه أكثر ما يناسب الوجه الثاني. وإذا فرضنا ذهاب المشهور إلى الوجه الثاني كفى به دليلاً، فإنَّهم من كملاء العرف؛ فتأمل.

ثم وقفت بعد ذلك على كلام لسيِّدنا الأُستاذ الخوئي رحمه الله قال: لا بد في صدق إحياء الموات من العمل فيه إلى حد يصدق عليه أحد العناوين العامرة كالدار والبستان والمزرعة والحظيرة والثئر والقناة والنهر وما شاكل ذلك. ولذلك يختلف ما اعتبره في الإحياء باختلاف العمارة، فما اعتبر في إحياء البستان والمزرعة ونحوهما غير معتبر في إحياء الدار وما يشاكلها، وعليه فحصول الملك تابع لصدق أحد هذه العناوين

ويدور مداره وجوداً وعدماً، وعند الشك في حصوله يحکم بعدمه.^٣

أقول: يمكن أن يستدل له بصحيح عبد الله بن سنان المتقدم برقم (٦) وبصحيح

١. ج. ٧، ح. ١٦٨.

٢. وفي *المنجد*: استخرجت الأرض - بصيغة المجهول - أصلحت للزراعة.

٣. منهاج الصالحين، ج. ٢، ح. ٢١٧، ص. ٢١٧.

سلیمان المتقدم برقم (٩) في أول الكتاب. لكنهما إنما يدلان على تحقق الإحياء بما فيهما ولا شك فيه، ولا يدلان على اشتراط صدقه به بحيث لو لا بلوغ العمل إلى ذلك الحد لم يصدق الإحياء عليه.

أقول: ما أفاده الأستاذ^٣ في البناءيات كالدار والمخزن مثلاً صحيح لعدم صدق الإحياء على من بنى حائطاً في جانب من الأرض، بل هو تحجير وشروع في الإحياء وهذا هو المطابق للاعتبار العقلائي مضافاً إلى فهمه من النصوص عرفاً. وأما في الأرض الزراعية فما أرسله جمع من الفقهاء إرسال المسلمات أو أدعوا القطع على عدم اعتبار الحرش والزرع في الإحياء ففيه خفاء وإشكال فالإحياء (أي آباد نودن في الفارسية) يشكل صدقه على ما ذكروه، وإذا ثبت أنه مذهب مشهور فقهائنا لا يبعد قبوله لأنهم من أهل العرف وأفاضلهم فهماً وتطبيقاً. وإنما من الاقتصر على نظر سيدنا الأستاذ الخوئي^٤ ولو من باب الأخذ بالقدر المتيقن. والله سبحانه أعلم بأحكامه.

قال: (ولو قصد الزراعة كفى في تملكها التحجير بمرز أو مسنّة^١ وسوق الماء إليها بسباقية أو ما شابها).

أقول: ظاهر العبارة أن التحجير المذكور يفيد ملكية الأرض، وهو كما ترى وإن كان هو مذهب جماعة في الجملة كما يأتي عن المسالك، وسيأتي أن التحجير عند المصطف أيضاً يفيد أولوية، ولعل مراده تملك تصرفها لارقبتها. أو ان المراد بالتحجير هناك ليس معناه المقابل للإحياء كما هو الظاهر (٢).

ثم نقل في جامع المقاصد (ج ٧، ص ٧٤ الطبعة الأخيرة) عن التذكرة في ضمن ما يعتبر في الأحياء:

جمع التراب حواليه ليفصل المحيا عن غيره. وقال: اعتبر هذا جمیع الأصحاب، وقال: وفي معناه نصب قصب وحجر وشوك وشیبه.

١. وفي المنجد: المرز جمع التراب حول ما يريد إحيائه والمسنّة نوعه وربما كانت أزيد تراباً منه (٢) والظاهر عطف كلمة: وسوق الماء، على كلمة التحجير، في كلامه، فلا إشكال في العبارة.

أقول: وهذا عجيب من هؤلاء العلماء لأنه ينافي ولا ينفي الشك في عدم اعتبارهما - المرز والمسناة - في معظم الأعصار السابقة أو كلها، فان التمييز يحصل بانتهاء قابلية الانتفاع ولا يحتاج إليهما قطعاً، فلا نعتبرهما وإن اعتبرهما جميع الأصحاب ولم يثبت.

ثم إن مجرد سوق الماء عند الحاجة لا يكفي لصدق إحياء المزرعة والبساتن مطلقاً، فإذا كانت الأرض غير مسطحة بحيث لا يتيسر إيصال الماء إلى جميعها حتى بالآلات المتطرفة الحديثة، فلا بد من طمّ الحفر وإزالة الارتفاع من المرتفع كما ذكره العلامة. وإيراد //جوهر^١ عليه تبعاً لجامع المقاصد^٢ بأنه لم يجد من يعتبره واه، لا يلتفت إليه، بل ربما يحتاج إلى تلixin ترابها وجمع أحجارها المانعة عن الزراعة، وكذا غيرهما حسب اختلاف التطورات العلمية في الزراعة. والمناسب ترك هذه المباحث وإيكال الأمر إلى العرف.

قال: (ولو غرس أرضاً فنبت فيها الغرس وساق إليها الماء تحقق الإحياء، وكذا لو كانت مستاجمة^٣ فغض شجرها وأصلاحها. وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة وهيتها للعمارة، فإن العادة قاضية بتسمية ذلك كله إحياء، لأنَّه أخرجها بذلك إلى الانتفاع الذي هو ضد الموت).

لابأس بالمثال الأول وكذا الثاني على مذاق جماعة، وعليهما يحمل المثال الثالث حتى لا يحتاج بعد قطع المياه الغالبة إلى شيء آخر في تهيئتها للعمارة، لكن الأظهر في الثالث على ما مر عدم تتحقق الإحياء بذلك عرفاً. فإن للانتفاع مراتب لا يلزمها الإحياء دائماً، بل هو يلازم أو يلزم أو يستلزم بعضها عرفاً.

قال: (ومن فقهائنا الآن من يسمى التحجير إحياء). بل عن المسالك: إنه قد وافق الجماعة على أنَّ الأرض إذا كانت غير مستاجمة ولا مشتملة على مانع ولا مفترقة

١. ج. ٣٨، ص. ٦٩.

٢. ج. ٧، ص. ٧٥.

٣. قيل: من استأجرم أي تحول إلى أجم. والأجم: الأرض ذات الأشجار الكثيرة المختلفة (جنيجل) والأرض ذات القصب الكبير (نيزار) والأرض المسبيعة بأن تكون مأوى السباع.

إلى السقي بالماء المجلب، يكفي تمييز المحييا عن غيره بتراب ونحوه في تحقق الإحياء، وهذا أضعف من أفراد التجير.

أقول: الظاهر من الأحاديث الواردة في الإحياء حصول الملك بتمام الإحياء دون الشروع فيه وقد يمكن أن يكون التجير إحياء بالدقة العقلية ولكنه ليس كذلك بنظر العرف دلالة الروايات.

نعم، ربما يعَد عمل إحياءً في حد نفسه عرفاً وإن كان تحجيراً لما هو المقصود كما إذا حفر بثراً للمسكن أو المزرعة فأنه أحياء للبشر وتججير للمزرعة والمسكن. وعلى كل، كلام هذا الفقيه باطلاقه كما ذكره المصتف (بعيد) بل ضعيف جداً لا يمكن إعتماده بدليل.

فروع متعلقة بالإحياء

١. نصف الخيمة مثلاً لالانتفاع، بأرض ميتة بل وخربة يحدث حق الأولوية وإن لم يعَد إحياء ولا تحجيراً.

٢. لو فرضنا أرضاً قريبة إلى الماء ولم تكن محتاجة إلى شيء آخر للزراعة وللبناه سوى حفر نهر قصير كالметр والمترین، فهل هذا الحفر إحياء لها عرفاً على القول الأول من القولين المتقدّمين في الفرع الثاني من هذا البحث أم لا؟ الظاهر عدم صدق الإحياء، بل في أرض محياة جاز الانتفاع به لكل أحد بحفر نهر آخر من مكان آخر من هذه الأرض والانتفاع بها قبل الشخص الأول حتى إذا جعلها داراً أو مزرعة فيملكتها كما هو معنى القول الثاني من القولين المذكورين، فتدبر.

٣. يقول السيد الأستاذ الخوئي (رفع مقامه) الإعراض عن الملك لا يوجب زوال الملكية، نعم إذا سبق إليه من يملكه، ملكه، وإلا فهو يبقى على ملك مالكه، فإذا مات فهو لوارثه، ولا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه أو اعراضه عنه. فالإعراض يحدث جواز التصرف في المعرض عنه للمتصرف، فإذا تصرف فيه ملكه.

أقول: هو بعيد من أذهان العرف، والإعراض عندهم يزيل الملكية عن المعرض

عنه، فيصبح شيئاً مباحاً، ومع هذه السيرة العقلائية التي لم يردع الشارع عنها، لا مجال لاستصحاب بقاء ملكية المالك الأول، على أن الاستصحاب على رأيه الشريف لا يجري في مطلق الشبهات الحكمية.

وأما صحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام من أصاب مالاً أو بغيره في فلات من الأرض قد كلّت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحياها من الكلال ومن الموت، فهي له، ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح.^١ ورواه الشيخ أيضاً في تهذيبه وفي نسخة منه على ما قبل: ونسبيها لما لم تتبعه.

فهي أجنبية عن المقام برواية نسخة من التهذيب إلا إذا فسرنا النسيان بالترك، فتوافق نسخة الكافي، وهي موافقة لكلا النظرين ولا تنافي قول الأستاذ كما زعمه مؤلف كتاب الأرضي، بل هي لا تدل على تملك المعرض عنه بمجرد الأخذ، بل بالإحياء من الكلال والموت. ولعل تعليق الملكية على الإحياء لأجل تقييد الحكم به، بل لبيان بقاء وجود الحيوان المذكور وعدم تلفه قبل الإحياء فلا حظر.

إلا أن يقال إن قوله عليه السلام: إنما هي مثل الشيء المباح. يدل أو يشعر بسقوط ملكية المعرض عن عنه، فلا حظر.

وفي صحيح حماد عن الصادق عليه السلام قال: لا بأس بلقطة العصى والشظاظة^٢ والوتد والجبل والعقال وأشباهه، قال: وقال أبو جعفر عليه السلام: ليس لها طالب.^٣

وهو يدل على جواز أخذ الشيء بعد إعراض مالكه عنه ولو لأجل فقدانه وسقوطه عن رحله وتملكه بمجرد أخذه، فافهم. نعم، قوله عليه السلام: ليس لها طالب. ربما يشعر على خلاف قول السيد الأستاذ^٤، فتأمل. والاحتياط لا يترك.

٤. ويقول السيد الأستاذ المتقدم أيضاً: من سبق من المؤمنين إلى أرض ذات

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٥٨.

٢. هو عود صغير يدخل في عروة الخرج وبشدّ عليه كما قبل.

٣. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٥٦.

أشجار وقابلة للانتفاع بها ملكها، ولا يتحقق السبق إليها إلا بالاستيلاء عليها وصيروتها تحت سلطانه وخروجهما من إمكان استيلاء غيره عليها.^١

أقول: لا دليل على أنَّ الحيازة والسيطرة والاستيلاء على الأراضي من دون عمل فيها يوجب للشخص حقَّ الأولوية فضلاً عن ملكية. وهكذا الحمى واقطاع الجائز.

فمن استولى على أرض عامرة طبيعية فله الانتفاع بها من مائتها وكلاهَا ونباتها وأشجارها بالأكل والاحتطاب والرعي وغير ذلك، ضرورة جواز الاستفادة من المباحات، ولا يجوز طرد المنتفع ومزاحمته في انتفاعه. وأمَّا حقَّ الأولوية للمنتفع بنحو لا يجوز الانتفاع لغيره ولو معنِّه منه، فغير ثابت. فلكل من أراد الانتفاع بها، جاز له ذلك وليس للمتقدم طرد المتأخر ولا العكس.

فما أفاده السيد الأستاذ^٢ وتبعه بعض تلاميذه الفضلاء غير صحيح.

وربما قيل بدلالة أخبار: من حاز ملك، وباستقرار سيرة العقلاء على إفادة الحيازة للملكية، وكلاهما ممنوع، فإنَّ الأخبار المزبورة لم نظر بها، والسيرَّة إنما جرت على صحة الملك بحيازة المنقولات كحيازة الأحجار والأخشاب والمياه وغيرها فإنَّ حيازتها موقوفة على العمل لا محالة. وأمَّا في الأرضين فالظاهر ان عدمها ثابتة.

نعم، إذا عمل في العامرة عملاً لمزيد الانتفاع فإنَّ صدق عليه الإحياء يملِّكه بمقدار عمله وإن صدق التحجير ثبت له حقَّ الأولوية، فمجدد الاستيلاء لا يفيد شيئاً.

٥. كما يملك المحيي الأرض الخربة، بالإحياء كذا يملك موادها وأجزائها الباقيَة من الأخشاب والأحجار والآجر وما شاكل ذلك، لا لأجل الحيازة وقصد الملك الجائز بأخذها كما أفاده السيد الأستاذ - أعلى الله مقامه - فإنه يتمَّ في المباحات الأصلية دون مال من لا وارث له أو جهل مالكه، كما في المقام، بل لفحوى جملة من الصاحِّين المتقدمة في مقدمة الكتاب الداللة على إذن الإمام^{عليه السلام} لتملك الأرضي الخربة بالإحياء، فان المفهوم منها جواز تملك المواد أيضاً وإلا لكان اللازم على الإمام بيان حكمها، فانظرها.

١. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢١٤.

مصادر الانتاج

١. الأرض: وهي أهم ثروات الطبيعة، التي لا يكاد الإنسان يستطيع بدونها أن يمارس أي لون من ألوان الانتاج.
٢. المواد الأولية التي تحويها الطبقة اليابسة من الأرض، كالفحم والكبريت والبترول والذهب والحديد ومختلف أنواع المعادن.
٣. المياه الطبيعية التي هي شرط رئيسي في الحياة المادية للإنسان والحيوان والنبات.
٤. محتويات البحر والأنهار كاللثالي والمرجان وحيواناتها وبقية ما فيها.
٥. الحيوانات البرية والجوية وصوفها وشعرها وجلودها ولحومها مثلًا.
٦. النباتات الطبيعية.
٧. الذخائر الطبيعية في الكرات السامية «وَسَحَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ...» ولعل الإنسان يصل إلى أكثرها في مستقبله القريب أو البعيد.
٨. القوة الكائنة المنبثة في أرجاء الكون التي عرف الإنسان بعضها وسوف يكتشف مقداراً آخر منها. وذلك كقوة اندثار الشلالات من الماء التي يمكن تحويلها إلى سیال كهربائي ينتقل بواسطة الأسلام إلى أي نقطة.

شروط الإحياء

تقدّم عدم اعتبار قصد التملّك في الإحياء خلافاً لمن اشترطه في إفادته للملك وإليك بقية الشروط تبعاً لترتيب الشرائع:

قال: (ويشترط في التملّك بالإحياء شروط خمسة: الأولى أن لا يكون عليها يد لمسلم) سواءً أكانت مفيدة للملك أو الحق، لعدم جواز التصرف فيه.

وتفصيله: أنّ الأرض التي هي بيد المسلم إنما عامرة، فيزيد الثاني إحيائها بأكثر مما هي عليه، أو خربة أو ميّة لا تتنفس بها، أو تتنفس بها لحفظ السيارات أو الطائرات

أو غيرهما من الأموال. لا يجوز التصرف في الصورة الأولى والثالثة، بإحياء وغير إحياء، حتى إذا كانت اليد مشكوكه الصحة بل وكانت يد ذمئ أو مستأن، فإن اليد ما لم ينكشف فسادها محترمة، بل هي في الفرض الأول دالة على الملكية وفي الثاني على الحق وأولوية الانتفاع.

وأما الصورة الثالثة فإن كان ذو اليد بصدق إعمارها وإحيائها فلا يبعد عدم جواز مزاحمتها، وإن كان غير قاصل له، فقد سبق سقوط حقه مطلقاً، فيجوز لغيره إحيائها على الأرجح والله أعلم.

قال: (الثاني أن لا يكون حريراً عامراً، كالطريق والشراب^١ وحرير البئر والعين). الحرير مما يتوقف عليه الانتفاع أو كمال الانتفاع بالعامرة فلصاحب العامرة أو أصحابها حق عليه، بعد لا يجوز مزاحمتهم بإحياء وغير إحياء، واستدل على هذا الشرط بالإجماع وبقاعدة لا ضرر وببعض الروايات الضعيفة سندأ. وعلى كل لا خلاف في المسألة، نعم من الحرائم ما لا يضر إحياءه بصاحب الملك فلا بأس بإحيائه كما في حرير البئر أو القناة بالنسبة إلى احداث قناه أخرى مثلاً، وإنما لا يجوز إحداث ما يضر بمائها ولا مانع من إحيائه بزرع أو بناء كما لا يخفى. وسيأتي البحث عن الحرائم على خلاف ترتيب المتن فيما بعد إن شاء الله تعالى.

قال: (الثالث أن لا يسمّ الشرع مشرعاً للعبادة كعرفة ومنى والمشعر، فإنّ الشرع دل على اختصاصها موطننا للعبادة، فالتعريض لتملكها تفويت لتلك المصلحة). أقول: بل مع قصد عدم التملك لا يجوز فيها فعل ما يمنع الناس عن الوقوف والسكنون فيها في الموسم. وأما الأفعال غير المنافية لها في غير الموسم فهي جائزة والسيرأ أيضاً جارية عليها بلا نكير.

قال: (وأما لو عمر فيها ما لا يضر ولا يؤدي إلى ضيقها عما يحتاج إليه المتبعدون كاليسير لم انفع منه).

١. الشراب بكسر الأول له معان. والمراد به هنا مورد الماء.

إن سلمنا هذا الذي ذكره الماتن وقبله بعض المعاصرين، بحسب الكبرى لانسلمه بحسب الصغرى اليوم يوم بناء الجمرة وبناء المسعى طبقتين يوم لزوم بناء منى والمشعر وعرفة طبقات، ويوم التكلم عن لزوم بناء المطاف طبقتين. ويفعل الله ما يشاء في المستقبل، فما في المتن إنما هو من قصر نظر المؤلف إلى عصره كما صدر مثله عن مثله في بعض المسائل أخرى. وفي الجوهر ردًا على كبرى المتن: بل كاد يكون كالمنافي للضوري.

أقول: الأحسن ترك هذه المباحث المضيعة للوقت، وذكر بعض الفروع النافعة للمتدينين هنا:

فمنها: أنه يجوز بناء منى والمشعر وعرفة عشر طبقات مثلاً، والمعيار حاجة الحاج وإذتها وما يقال من أنَّ منى لا يبني. لا أساس له. بل لا يبعد جواز جعل المطاف طبقتين عند الضرورة لصدق الطواف بالبيت؛ وأما صحة الطواف من الطبقة العالية المحيطة بالمسجد الحرام ففيها نوع تردد، بل الأرجح بطلانه من السطح الأعلى مما يقرب الشوارع وخارج المسجد لعدم صدق الطواف بالبيت حتى مع الازدحام والاتصال فلاحظ.

ومنها: أن المطوفين حينما ينصبون خيامهم على أرض عرفة ومنى لسكنى الحاج يحدث لهم حق أولوية ولا يجوز لغيرهم مزاحمتهم في محل خيامهم المنصوبة.

وهل يجوز لبعض الحاجين الوقوف فيما يعده حريماً لهذه الخيام؟ فيه تفصيل، فإن كان مزاحماً للحجاج الساكنيين في تلك الخيام فمشكل أو منوع، وإلا فلا إشكال في جوازه، وإن منعه صاحب الخيام.

ومنها: أنه يجوز الانتفاع تحت الخيام إذا لم يزاحم انتفاع الحاجين المتعلقين بصاحب الخيام وإن لم يدفع أجراً للمطوف، فإن الحق الحاصل له إنما هو بالنسبة إلى بقاء خيامه لا بالنسبة إلى الأرض التي لا تدخل في ملكية أحد، والمحرم هو التصرف في أموال الناس دون الانتفاع بظلها مثلاً فإنه غير منع فلاحظ وتأمل.

ومنها: انه يجوز تعمير المراحيض في المشاعر بمقدار حاجة الحجاج وكذا وإنها إحداث مخازن المياه والكهرباء وتخصيص أماكن للأطباء وموظفي الأمن والخدم وإن لم يكونوا محظيين بامتحان الحج، كل ذلك للضرورة واحتياج الحجاج بها. لكن لو ضاق أرض عرفة ومنى بالحجاج، فمع الإمكانيات وجب تهيئة أماكن هؤلاء الأصناف وغيرها ممتنع لم ذكرهم تحت الأرض أو في طبقة عالية من سطح الأرض. ومنها: انه لا يجوز للتجار والبائعين تصرف أماكنة في فرض ضيق الأرض على الواقفين في منى وعرفة والمشعر لبيع الأجناس للحجاج إذا لم يحتاج الحجاج إلى اشتراء الأغذية والمواد الضرورية منهم.

ومنها: انه لا يجوز للدولة القائمة على الأراضي المقدسة تخصيص ساحة كبيرة من أرض عرفة ومنى والمشعر لجماعة قليلة من الحجاج لأجل أنهم ضيوف الدولة، بل لا بد من تحديدها بقدر الاحتياج إليها لثلاثة تضيق الأرض على سائر الحجاج. ومنها: انه لا يُ Abbas بغرس الأشجار في عرفة كما فعلوه منذ سنوات وكذا في منى، بل هو أمر حسن لاستراحة الحجاج لكن جوازه مشروط بعدم استلزماته ضيق الأرض عليهم.

قال: (الرابع أن لا يكون مما أقطعه أمم الأصل، ولو كان مواتاً خالياً من تحجير، فإنه يفيد اختصاصاً مانعاً من المزاحمة، فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالإحياء). أقول: لأن الإمام أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ولأنه مدبر الناس والبلاد، ومن أولى الأمر الذين يجب إطاعته.

وعن المبسوط نفى الخلاف فيه بين المسلمين وليس لأحد تقضيه. لكن لا بد من ملاحظة كيفية اقطاع وحدودها في الامتداد الزماني، حسب دلالة النص. وعلى كل أن ذكر هذا الشرط لغو، فإنه مجرد فرض لا واقع له، وكأنه دخل في فقهنا من فقه أهل السنة، إذ لم يثبت عندنا اقطاع عن النبي الأكرم ﷺ والأئمة عليهم السلام لأحد، ولو ثبت لكان خارجاً عن محل الابتلاء.

قال: (الخامس ان لا يسبق إليه سابق بالتحجير، فإن التحجير يفيد أولوية لا ملكاً

للرقبة، وإن ملك به التصرف، حتى لو تهجم عليه من يروم الإحياء كان له منعه، ولو
قاھرہ فأحياء لم يملك).

ما ذكره تام والدليل على إفاده التجحير للأولوية، هو بناء العقلاء الممضى شرعاً.
أقول: هذا التفصيل في شروط الإحياء من زيادة الكلام، واللازم أن نقول فيها: إنه
يشترط في الإحياء أن لا تكون الأرض متعلقة لملك الغير وحقّه وإن كان هذا الحق
بإيجاب الشارع الانتفاع بها لصنف خاص كالمساعر، وهذا المقدار لو ضوحي يكفي
لبيان شروط الإحياء.

الحرائم

قال العلامة في التذكرة: لأنعلم خلافاً بين علماء الأمصار أنَّ كل ما يتعلّق بمصالح
العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته^١ وملقى ترابه وألاته أو
لمصالح القرية كقناتها ومرعى ماشيتها ومحظتها ومسيل مياهها لا يصح لأحد
إحياءها.

فللبلدة حريم كبير وللقرية حريم صغير وللبئر والعين والقناة والطريق والشوارع
والدار والحائط حرائم. وقولوا: إنما يثبت لكل واحد مما ذكر حريم إذا ابتكر في
الموات. أما ما يعمل في الأماكن المعمورة فلا، بلا خلاف. وفي الجواهر: ولعله لقاعدة
تسلط الناس على أموالهم وغيرها، ولأنّها متعارضة باعتبار عدم أولوية أحدهما على
آخر به، ولذا كان المشاهد في البلدان عدم الحريم لأحدهم...^٢

أقول: والخلاصة أنَّ حريم كل شيء مقدار ما يتوقف عليه الانتفاع به ولا يجوز
لأحد أن يزاحم صاحبه فيه.

ثم لبعض ما مر حريم ثان كالبئر والعين والقناة ونحوها بالنسبة إلى حفر بئر أو
عين أو قناة أخرى، لثلا تضرر الثانية بالأولى وتقلل مائها.

١. القمامنة: الكناسة.

٢. ج ٣٨، ص ٤٩.

إذا عرفت هذا فهنا فروع:

(الفرع الأول): حرير العامر هل يملكه المحيي أو يتعلق به حقه فقط؟ فيه اختلاف، اختار الأول جماعة منهم صاحب الجوهر في بعض كلماته. وذهب الآخرون إلى الثاني.^١

واستدل للقول الأول في الجوهر ب الصحيح أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَلَى الظَّاهِرِ: سأَلَ الرَّضَا^ع عَنِ الرَّجُلِ تَكُونُ لَهُ الْضَّعِيفَةُ وَيَكُونُ لَهَا حَدُودٌ، تَبْلُغُ حَدُودَهَا عَشْرِينَ مِيلًا^٢ وَأَقْلَى وَأَكْثَرَ يَأْتِيهِ الرَّجُلُ فَيَقُولُ لَهُ أَعْطِنِي مِنْ مَرَاعِي ضَيْعَتْكَ وَأَعْطِيْكَ كَذَا وَكَذَا دَرَهْمًا، إِذَا كَانَتِ الْضَّعِيفَةُ لَهُ فَلَا بَأْسَ.^٣

وفي الوسائل: محمد بن عبد الله مكان أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ. وفي التهذيب - كما في معجم رجال الحديث: محمد بن أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ.

وبرواية إدريس بن زيد عن أبي الحسن^{عليه السلام}: قال: سأله وقلت: جعلت فذاك، إنَّ لَنَا ضياعاً ولها حدود ولنا الدواب وفيها المراعي وللرجل متن غنم وإبل، ويحتاج إلى تلك المراعي لإبله وغنميه، أيحل له أن يحمي المراعي ل حاجته إليها؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمي ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه. قال: وقلت له: الرجل يبيع المراعي؟ فقال: إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس.^٤

ووصفه بال صحيح في الجواهر كالخبر السابق والحق ان كلهم ضعيف بجهالة ابن عبد الله وابن إدريس بن زيد فهما ان تما دلالة، مؤيدان لا حجتان. وأما من حيث الدلالة فأولهما لا يدلّ ان المراعي من الحرير وليس جزء للضياع، واحتمال كونها منها يسقط الاستدلال به.

وأما الثاني فيصبح الاستدلال بفقرتين منه: الأولى: قوله: فله أن يحمي ويصير ذلك

١. نفس المصدر، ص ٣٥ و ٣٦.

٢. في مجمع البحرين: العيل مسافة مقدرة بـ مد البصر أو بأربعة آلف ذراع، بناء على أن الفرسخ اثنتا عشر ألف ذراع، وكل ثلاثة أميال فرسخ.

٣. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٢٢.

٤. نفس المصدر، ج ١٧، ص ٣٧١ و ٣٧٢.

إلى ما يحتاج إليه. على تردد ما والثانية: ذيله الدال على صحة بيعه بناء على أنه لا يبع إلا في ملك. لكن الفقرة الأولى دلالتها غير واضحة، والثاني وإن كان مشهوراً لكن إعتماده بالدليل مشكل أو من نوع، وقد أشرنا إلى هذا المطلب في بيع المفتوحة عنوة.

وастدل للقول بملكية الحرير ثالثاً بأنه مكان استحقه المحيي بالإحياء فيملك كالمحيا.

ورابعاً: بأنَّ معنى الملك موجود فيه، لدخوله مع المعمور في بيعه، وليس لغيره إحياءه، ولا التصرف فيه بغير إذن المحيي، ولأنَّ الشفعة تثبت في الدار بالشركة في الطريق المشترك المصحح في النصوص المزبورة ببيعها.^١

وخامساً: بإمكان دعوى كونه محيا باعتبار أنَّ إحياء كل شيء بحسب حاله. وسادساً: يمنع توقف الملك على الإحياء، بل يكفي فيه التبعية للمحيي، فإنَّ عرصة الدار تملك بينما الدار دونها، وتظهر الشمرة في بيعها منفردة.^٢

والأظهر المتيقن هو القول الثاني من ثبوت الحق على الحرير دون ملكية، والوجوه المذكورة تلقيقات ضعيفة يطول بنا المقام إذا نشرع في تفصيل ضعف كل واحد. وأما ما ذكره صاحب الجوهر من الشمرة بين القولين فهو يتم إذا سلمنا بطلاق البيع في غير الملك ولم نقل بجواز بيع الحق كما قال سيِّدنا الأُسْتاذ الخوئي عليه السلام وبعض آخر وهو الأظهر.

نعم بينهما ثمرة أخرى، وهي جواز التصرفات غير المنافي للعامرة فإنَّ المتيقن على القول بحق الأولوية عدم جواز التصرفات المانعة من انتفاع صاحب العامرة بحريمها لا مطلقاً، بل يمكن جريان السيرة على التصرفات الغير المنافية له، وأما على القول بملكه فلا يجوز مطلق تصرفات الأجانب فيه إلا بإذن مالكه. والله العالم بأحكامه وأفعاله وأستغفر الله من كل تقصير وسامحة في فهم شريعته وله الحمد.

١. لاحظ كتاب شفعة الوسائل، الباب ٤.

٢. العوامر، ج ٣٨، ص ٣٦ و ٣٧.

(الفرع الثاني) هل الحرير بمعناه الثاني مخصوص بالموات أو يعم الأملال أيضاً؟ لابد أولاً من نقل الروايات المعتبرة سندًا الواردة في موضوع الحرائم:

١. صحيح حماد قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: حرير البئر العادية أربعون ذراعاً حولها.^١

٢. صحيح محمد بن الحسين قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل كانت له قناته في قرية فأراد رجل أن يحفر قناته أخرى إلى قرية له، كم يكون بينهما في البعد حتى لا يضر بالآخر في الأرض إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام على حسب أن لا يضر إداتها في الأخرى إن شاء الله. قال: وكتب إليه عليه السلام: رجل كانت له رحى على نهر قرية والقرية لرجل فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى، أله ذلك أم لا؟ فوقع عليه السلام يتقي الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن.^٢

٣. موثق البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا تناحر قوم في طريق، فقال بعضهم سبع أذرع وقال بعضهم أربع أذرع؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام: لا، بل خمس أذرع.^٣

أقول: وعن الشهيد الثاني حول الحديث الأول: نسبة البئر إلى العادية، إشارة إلى إحداث الموات لأن ما كان في زمن عاد وما شابه فهو موات غالباً، وخص عاداً بالذكر لأنها في الزمن الأول كان لها آثار في الأرض فنسب إليها كل قديم.

وهل هذا الحد (أربعون ذراعاً) حد لحريرها بالنسبة إلى حفر بئر ثانية، أو إلى ما يحتاج الانتفاع بها إليه، أو بالنسبة إلى كليهما؟ فيه وجوه وكلمة (حولها) تناسب الوجه الثاني. وهل يمكن التعدي عن البئر العادية إلى كل بئر؟ فيه وجهان.

وأما الحديث الثاني فمضمونه أصل، فإنّ الراوي كأنه سلم الكبرى وسائل الإمام

.١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٢٥.

.٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٣. أقول: حكمه عليه السلام في جواب السؤال الثاني يناسب العمل على الاستجواب أولاً لعدم الاستفتال بين كون نصب الرحى كان بإذن المالك أم لا، وثانياً قوله: «ويعمل في ذلك بالمعروف» وثالثاً ذكر أخيه المؤمن.

.٣. الوسائل، ج ١٨، ص ٤٥٥.

عن الصغرى ولكن الإمام عليه السلام بين الكبرى واكتفى بها. فيفهم أن الملاك في حريم القناة بالنسبة إلى قناة أخرى هو الضرر ولا عبرة بالمساحة، وحيث أنه لا فرق بين القناة والبئر والعين جزماً تجري الكبرى المذكورة فيما وغیرهما أيضاً.

وأما الثالث فهو ناظر إلى فرض الشاح أولاً، لا مطلقاً، وثانياً محمول على طريق خاص في ذاك الزمان، لا على مطلق الطريق في تلك الأزمنة، لأنّ طريق القوافل لابد من أن يكون أوسع وأعرض، ويحتمل أنه في الطريق المملوك في الرقاد، ونحو ذلك. إذا تقرر ذلك فنقول: العمدة أول الحديث الثاني فإنه مطلق يشمل الموات والأملاك بإطلاقه. وللبحث صلة تمر بكم فيما بعد إن شاء الله.

(الفرع الثالث) إن القرى في البلاد النامية المتقدمة فضلاً عن المدائن لا تحتاج غالباً إلى حريم فان كل شيء أعد في داخلها، وفي البلاد المتأخرة تختلف الحرامات باختلاف الحاجات ولا ضابط واحد لها. والأمر بالنسبة إلى المستقبل في تطور. فلا بد من لفت النظر إلى هذا الأمر المهم.

قال: (وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه في الأرض المباحة خمس أذرع. وقيل: سبع أذرع فالثاني يتبع هذا المقدار).

أقول: الظاهر نظارة المتن إلى الحديث الثاني في الفرع السابق وإلى بعض الأخبار الضعيفة سندًا فالمراد بكلمة (حد الطريق) عرضه. لكن يفهم من ذيل المتن (فالثاني يتبعاً...) أنها بمعنى الحريم فالعبارة مغلقة أو مغلوطة لا أدرى هي من الماتن عليه السلام أو أخذها من غيره، والعلامة أخذها من الماتن فذكرها في القواعد واعتراض عليها في الجامع المقاصد (ج ٧، ص ٢٢ طبعة عام ١٤١٠ هـ) بما عرفت، وهذا عجيب من هؤلاء الأعلام، فلاحظ المظلولات.

وعلى كل العبارة بكلام معنيتها مخدوشة لا دليل عليها إنما عرض الطريق فلا حد له، بل ربما يلزم أن يكون ماؤه أو مائتين ذراعاً لكثره السيارات والوسائل القليلة، ولا يدرى ماذا يحدث في القرن الآتي فضلاً عن القرون البعيدة. وقد تقدّمت الإشارة إليه. وأما حريم الطريق فهو تابع لمقدار حاجة الطريق.

قال: (وحريم الشرب بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافتيه. ولو كان النهر في ملك الغير فادعى الحرير قضي له به مع يمينه، لأنَّه يدعى ما يشهد به الظاهر).
أقول: المراد بالشرب (بكسر الشين) هنا النهر والقناة والعين فحريمه بمقدار مطرح ترابه والعبور على جانبيه ان احتاج إليهما أو على جانب واحد وترميم بعض جوانبه إذا انهدم.

وأما وجه تقديم قول مدعى حرير النهر على قول المالك فلموافقة قوله مع الظاهر فيكون مالك الأرض مدعياً وهذا منكرأ. وتردد الماتن فيه بقوله (وفيه تردد) ويظهر من صاحب الجوهر الميل إلى تقديم قول مالك الأرض.

والحق أنَّ مجرد مطابقة قول أحد المتنازعين لظاهر الحال أو الأصل، لا يجعله منكراً تكفيه يمينه وتعريف المدعى بمن يخالف قوله الظاهر أو الأصل غير ثابت شرعاً، فلابد من الرجوع في فهم معنى هاتين الكلمتين - المدعى والمنكر - إلى العرف الحاكم بأنَّ كل من ادعى شيئاً يحتاج إلى الإثبات فهو مدع ومقابله منكر، وعلى هذا فكل من صاحب النهر والأرض أنْ ادعى ما حول النهر بعنوان الحرير أو ملكه فهو مدع وان ادعاه معاً فيدخل الفرض في باب التداعي،^١ وإن

١. قال صاحب العروبة: وإن اتفق الزوج وولي الزوجة على أنهما عيتا معيناً وتنازعا في أنها فاطمة أو خديجة، فمع عدم اليقنة المرجع التحالف.

قال سيدنا الأستاذ الحكم: أنَّ كون المقام من باب التداعي لا من باب المدعى والمنكر، مبني على أنَّ المعيار في حصول التداعي والمدعى والمنكر مصب الدعوى، فإنَّ دعوى الزوج إن العقد كان على فاطمة مثلاً خلاف الأصل، فيكون بذلك مدعياً، وكذا دعوى الولي إن العقد كان على خديجة مثلاً.

أما إذا كان المعيار هو الغرض المقصود من الدعوى، فقد يكون كل واحد منها مدعياً، لأنَّ كأن لكل واحد منها غرض يقصد تحصيله، فالزوج يدعى أنها فاطمة بقصد تمكينه من استمتاعه بها، والولي يدعى أنها خديجة بطلب الإنفاق عليها، فيكون كل واحد منها مدعياً ومنكراً لما يدعى به الآخر.

وأما إذا كان الغرض لأحدهما دون الآخر، كما إذا كانت فاطمة غائبة لا يمكن الاستمتاع بها، فالدعى يكون هو الولي لا غير، وكذلك إذا كانت خديجة ناشزاً أو غائبة على نحو لا تستحق نفقة فالدعى يكون هو الزوج لا غير، فالتداعي يتوقف على أن يكون الغرض من الدعوى من كل منها المطالبة بحق المستمسك، ج ١٤، ص ٣٩٧.

أقول: وفي مقامنا لا يختلف الحال على المعيارين كما لا يخفى، ولا يبعد ترجيح المعيار الأول (مصب الدعوى)

كانت الحصة المتداعي عليها يد أحدهما يكون منكراً والآخر والله أعلم.
قال: (وحرير بئر المعطن^١ أربعون ذراعاً وبئر الناضج^٢ سبعون...) ذراعاً من كل جانب فلا يجوز لأحد إحياء المقدار المزبور بحفر بئر أخرى أو غيره كزرع أو شجر أو نحوهما. ضرورة اشتراك الجميع في الضرر على ذي البئر المزبورة، بلا خلاف معتبر به أجد عندنا في التقدير المزبور، كما في الجواهر.

أقول: يدل على الحكم بعض الروايات الضعيفة سندًا المتعارضة بروايات أخرى ضعيفة سندًا.^٣ فلا عبرة بها كما لا عبرة بالفتاوی. فلابد في تحديد الحرير أولاً من تحديد ما يحتاج الانتفاع بهما إليه، وثانياً من تحديد ما يضر بهما ان حفرت بئر أخرى في جنبيها حتى يتبيّن مقدار الحرير بحكم العرف الحاكم بأولوية مالكهما، كما هو كذلك في جميع الحرائم وثبتت حق الأولوية عليها. وهذا هو ما اختار الشهيد الثاني وتبعه عليه في المفاصيح كما قيل، ولا مدخل عنه.

قال: (والعين ألف ذراع في الأرض الرخوة وفي الصلبة خمسة ذراع).
وعن الخلاف إجماع الفرقة وأخبارهم عليه. والحق أنه لا دليل عليه. فالأقوى ما عرفته في سبقتها.

قال: (وحرير الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه وآلاته، وقيل للدار مقدار مطرح ترابها ومصبّ مائها وسلوك الدخول والخروج) ومطرح قيامتها ورمادها وتلجمها ان احتجت، بلا خلاف في حرير الحائط وعلى المشهور في حرير الدار كما قيل ولا بأس به بنظر العرف الحاكم في باب الحرائم.

على الثاني (الغرض المقصود من الدعوى) حسب إطلاق الروايات المتضمنة لهذين اللفظين وما يشتق من مادة الدعوى والإدعاء والإنكار، فلا حظ وتدبر.

لكن قال سيدنا الحكيم عليه السلام في محل آخر: أن ظاهر الأصحاب هنا وفي جميع الموارد أن الدار في تشخيص المدعى والمنكر، الفرض المقصود، كما اعترف به جامع المفاسد والجواهر والمصنف. (مستمسك العروة الورقى، ج ١٢، ص ١٣٧).

١. بكسر الطاء التي يستقى منها لثرب الإبل.

٢. وهي البئر الذي يستقى عليها للزرع وغيره كما قيل.

٣. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٢٥ - ٤٢٧.

وإذا عرفت حدود الحريم بما ذكرناه يسهل عليك الحكم بحد حريم المطار والكراج والمعامل الكبيرة وغيرها مما هو موجود في عصرنا وسيحدث بعد زماننا، بل تجري نفس هذا الضابط في كرة القمر وسائر الكرات في النظام الشمسي ان قدر الإنسان يوماً على الاستقرار فيها وليس بعيد.

بقيت فروع أخرى تتعلق بالجرائم:

١. قال: (فرع: لو أحبي أرضاً وغرس في جانبها غرساً تبرز أغصانه إلى المباح أو تسري عروقها إليها لم يكن لغيره إحياءه ولو حاول الإحياء كان للغارس منعه) ولو قبل سريان العروق وبروز الأغصان فإن الاستبعاد كاف بلا خلاف موجود بين من تعرض له كما قيل لأنَّه من الحريم التابع للملك الذي في مثله إلى العرف. لكن يمكن الخدش في الأول بجواز الإحياء بما لا ينافي الأغصان وبعدم جواز صرفها عما أحياه، وفي الثاني بأنَّه لا مانع من إحيائه بنحو لا تضر بالعروق فتأمل.

٢. قال في *الجوهر*: وكذلك لو باع البستان واستثنى شجرة، فإنَّه يتبع مدى أغصانها في الهواء والمدخل والمخرج وغيرها من الحقوق التي تتبع الإطلاق المزبور. نعم، ظاهر المصنف وغيره ثبوت الحريم المزبور للغرس. أما لو أعدَ الأرض لها وهيأها لذلك أو غرس جملة منها، فهل يكفي ذلك في ثبوت الحريم للغرس الذي بعدَ لم يergus أو يبقى على أصل الموات؟ وجهان أولهما لا يخلو من قوة، والله العالم.^١

٣. الأرضي المنسوبة إلى طوائف العرب أو العجم أو غيرهما ل المجاورة لها لبيوتهم ومساكنهم من دون تملكتهم لها بالإحياء ولا يتحقق حقّهم من جهة كونها حرائم لهم، باقية على إياحتها الأصلية، فلا يجوز لهم منع غيرهم من الانتفاع بها، ولا يجوز أخذ الأجرة منَّ ينتفع بها وإذا قسموها فيما بينهم لرفع التشتاجر والنزاع تكون القسمة باطلة فيجوز لكل من المتقاسمين التصرف فيما يختص بالآخر بحسب القسمة، وكذا لغيرهم، والوجه في هذه المسألة واضح.

٤. قال الماتن رحمه الله: (وكل ذلك إنما يثبت له حريم إذا ابتكر في الموات، وأما ما يعمل في الأملاك المعمورة فلا) ولعله لا خلاف فيه، فإنَّ بناء شيءٍ في محل لا يوجب إغاء مالكية الآخر على ملكه لتكون أرضاً لحريم صاحب البناء. وفي فرض تقارن إحياء الشخصين يستند عدم الحريم إلى بطلان الترجيح بلا مرجع.

هذا كله في الحرائم بالمعنى الأول، وأما بالمعنى الثاني كما في العيون والقوافل فلا فرق بين الأملاك والأموات ولا يجوز للثاني حفر عين تضرَّ بماء العين الأولى مثلاً، ولو في ملكه الذي ملكه قبل ملك من ملك العين بحفرها، لحرمة الإضرار بالغير، وقد دلت صحيحة محمد بن الحسين المتقدمة عليها كما ذكرناه سابقاً وسيأتي أيضاً ما يمكن استثنائه.

٥. هل يجوز لأهل قرية إذن غيرهم باحياء بعض الحريم أو كله بعوض أو بغير عوض؟ فيه وجهان من أنَّ الحق لا يدعوهם فلهم الإذن، ومن أنَّ الحريم، للقرينة، وأهلها أعم من الحاضرين وليس لهم إتلاف حق المعدومين. فلاحظ. وبؤيد الوجه الأول ذيل خبر إدريس بن زيد المتقدمة في أول هذا البحث، لكن لا يخلو التأييد عن إشكال.

٦. إذا وجد في حريم القرية مثلاً، معدن فهو لمن يستخرجه، سواء كان من أهلها أو من غيرها، نعم لا يجوز للأجنبى مزاحمة أهل القرية فيما يتعلق بالحريم. هذا على المختار من تعلق حق الأولوية بالحريم. وأما على القول بكونه ملكاً لأهل القرية مثلاً فالمعدن قد يكون ملكاً لأهل القرية إذا كان في باطن قريب، وقد لا يكون ملكاً لهم، كما إذا كان في عمق من الأرض، وسيأتي توضيحه إن شاء الله في المعادن.

التحجير

١. قال سيدنا الأَسْتَاذُ الْخَوَئِي رحمه الله: ويتحقق التحجير بكل ما يدل على إرادة الإحياء كوضع الأحجار في أطراف الأرض أو حفر أساس أو حفر بئر من آثار القناة الدارسة

الخربة، فإنه تحجير بالإضافة إلى بقية آثار القناة، بل هو تحجير بالإضافة إلى الأرضي الموات التي تسقى بمائها بعد جريانه، فلا يجوز لغيره إحياؤها.^١

أقول: إن أراد أن التحجير لا يلزم أن يكون شروعاً في الإحياء دائماً، بل هو أمر دال وعلامة على إرادة الاحياء، كما ربما يدلّ عليه المثل بوضع الأحجار في أطراف الأرض، فلا دليل على كونه بهذا المعنى مفيداً للأولوية عند العرف بالنسبة إلى ما يريد إحيائه من الأرض، وإن كان وضع الأحجار يفيد جقاً على موضعها خاصة. وبقية ما أفادها تامة لا غبار عليها.

قال الماتن رحمه الله: (والتحجير هو أن ينصب عليها المرroz أو يحوطها بحائط) وعن القواعد زيادة: أو يحفر ساقية أو ادارة تراب حول الأرض أو أحجار.

أقول: والأظهر في معنى التحجير أن يعد شروعاً وابداء في إحياء ما قصده المحبي على أحد الوجهين المتقددين في ص ٩٦ - ٩٩ من مختار سيدنا الأستاذ ومختار جماعة. فربما تعد إحاطة الحائط على أرض بمجزدتها إحياء تاماً إذا صدق عليه مخزناً لأمتعته وأمواله وسياراته ومواسيمه، وربما يشكل صدق التحجير عليها إذا كان المقصود الزراعة ولم يكن حفظها بحاجة إلى حائط أو مرroz لقلة المارة وعدم الداعي إلى سرقتها ونهبها عادة. نعم لا شك في كون الإحاطة شروعاً في بناء الدار ومفيداً لحق الأولوية على الأرض المقصود بنائها داراً أو فندقاً أو معلمأً أو نحو ذلك، بل ربما لا يكون المرroz شروعاً في الزرع وربما كان حفر أساس شروعاً لإحياء الدار أو عمورة ذات طبقات، بل ربما يكون مجرد إجراء الماء على الأرض لسهولة حفرها في بعض البلاد غير النامية تحجيراً.

فالأحسن ترك الأمثلة المتغيرة بتغير العرف واختلاف الآلات وغير ذلك والاقتصار على حصر التحجير - المفيد للأولوية عند العرف - بأن يكون شروعاً في الاحياء.

٢. هل المدار في تحقق الإحياء على قصد الفاعل أو صدق العنوان العامر؟ فإذا

١. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢١٥.

٢. والتحجير المفيد للأولوية هو الشروع في الاحياء.

أحاط بقصد الدار، ثم انصرف عنها لعلة من العلل، فهل هو تحجير للدار يفيد الأولوية حتى تبطل بعد انصرافه عن الإحياء أو هو إحياء تام فإنه مخزن ومحفظ للسيارات أو الأمتنة التجارية أو حظيرة للحيوانات ونحو ذلك:

أما مع الانتفاع بها بالفعل كما إذا جعل فيها أشياء للحفظ، فالظاهر عدم الإشكال في تحقق الإحياء المترتب عليه الملكية، ومع عدمه فلا يبعد أن يقال أيضاً بالوجه الثاني لأن القصد لا عبرة به في أمثال المقام فإذا صدق على ما بناه عنوان عامر شمله قوله عليه السلام: من أحى مواتاً فهو له. فلاحظ وتدبر والله أعلم.

٣. قال: (إِنَّ التَّحْجِيرَ يَفِيدُ أُولَوِيَّةً لَا مُلْكًا لِلرَّقْبَةِ، وَإِنْ مُلِكَ بِهِ التَّصْرِيفُ، حَتَّى لَوْ تَهْجُمَ عَلَيْهِ مِنْ يَرُومُ الْإِحْيَاءِ كَانَ لَهُ مِنْهُ، وَلَوْ قَاهِرَهُ فَأَحْيَاهُ لَمْ يَمْلِكْ).

أقول: أما أنه لا يفيد الملك، فلأن ظاهر الروايات المتقدمة توقف الملكية على الإحياء المحقق التام وهو لا يشمل التحجير والشرع في الإحياء. وأما أنه يفيد الأولوية فلبنة العقلاء على ذلك فإنهما يرون من يشرع في الإحياء أحق من غيره فيه ولا يجوزون مزاحمته فضلاً عن منعه وطرده، وهذا البناء لم يرد عنده الشرع، بل لا يبعد استفادته ذلك من مجموع النصوص الواردة في الإحياء. وأما عدم ملكية القاهرة بإحياءاته، فإن المفيد للملكية ليس مطلقاً لحق مستحق وملك مالك، وهذا ظاهر لا يحتاج إلى إطالة البحث فيه. وعلى كل إذا لم يعد التحجير شرعاً في الإحياء لا يفيد حق الأولوية بالنسبة إلى الأرض المقصودة بالإحياء على الأظهر.

٤. قال: (وَلَوْ اقْتَصَرَ فِي التَّحْجِيرِ وَأَهْمَلَ الْعَمَارَةَ أَجْبَرَهُ الْإِمَامُ عَلَى أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ، إِمَّا إِلَيْهِ وَإِمَّا التَّخْلِيَّةِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَلَوْ امْتَنَعَ أَخْرَجَهَا السُّلْطَانُ مِنْ يَدِهِ ثُلَّا يَعْطُلُهَا).

أقول: قال المحقق الثاني عليه السلام: هذا إذا بقيت آثار التحجير، فإن زالت آثاره بطلت الأولوية وعادت الأرض مواتاً.^١

١. جامع العناوين، ج. ٧، ص. ٢٩.

أقول: ربما بقيت الآثار سنين عديدة وفي بقاء حق الأولوية إلى هذا الحد منع لكن كلام المحقق الثاني غير ناظر إلى هذا فلا إشكال عليه.

وقال سيدينا الأستاذ الخوئي رحمه الله بعد اختيار ما في المتن على نحو الاحتياط: نعم، إذا أبدى عذراً مقبولاً يمهد بمقدار زوال عذرها، فإذا اشتغل بعده بالتعمير ونحوه، فهو وإن أبطل حقه وجاز لغيره إحياءه. وإذا لم يكن الحكم موجوداً فالظاهر سقوط حق المحجر إذا أهمل بمقدار يعاد عرفاً تعطيلها.^١

وقال صاحب الجوهر بعد ذكر المتن المذكور: بلا خلاف أجده بين من تعرّض له معللين له بقبح تعطيل العمارة التي هي منفعة الإسلام. وقال أيضاً: نعم، إن ذكر عذراً في التأخير كإصلاح آلاته وأمهله الإمام بمقدار ما يزول معه العذر...^٢

أقول: إذا فرضنا أن التحجير بعنوان كونه شرعاً في الإحياء يفيد الأولوية فيصح أن يقال إنه إذا أهمل العمارة واقتصر على التحجير بحيث لم يصدق عليه إحياء لهدف جديد قصده، يبطل حقه، لانتفاء الموضوع بلا تدخل من الحكم الشرعي واجباره على أحد الأمرين وبلا فرق بين كون إهماله عن عدم أو لعذر.

نعم، لا دليل على تحديد الموالاة والاستمرار في الإحياء من حيث الزمان، فهو موكول إلى نظر العرف. وأما لو منعه ظالم مدة فوت صدق الإحياء عليه ففي بقاء حقه وجهان وكذا إذا انمحت آثار التحجير لا للفصل والتأخير في العمل، بل لقاصر كالعاصف وفيضان الماء والخسف ونحوها. وقاعدة العدل – الآية – تؤيد أو ترجح الوجه الأول، نعم إذا طال منع الظالم جاز لثالث إحياءه، والله العالم.

٥. إذا لم يتمكّن المحجر من الإحياء من أول الأمر، لا يفيد تحجيره أولوية له، وكذا إن اعتقاد قدرته عليه ثم بان له خلافه، كما عرفت وجهه في الفرع السابق وغيره. وكذا لو حجر زائداً على ما يقدر على إحيائه، فلا أثر لتجحيره بالنسبة إلى الزائد، ولا يصح له نقلها بناقل شرعي.

١. لاحظ منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢١٦.

٢. الجوهر، ج ٣، ص ٥٩.

٦. يصح التحجير بالنيابة والإيجار، ولا يشترط المباشرة فيه، وفي صحته بالتبزيع إشكال وقد مر التفصيل في باب الإحياء ولا فرق بين البابين من هذه الجهة فإن التحجير جزء من الإحياء.

٧. إذا حجر ثم ترك الإحياء يبقى حقه بالنسبة إلى الأرض التي عليها آثاره وإنما قلنا ببطلان حقه بالنسبة إلى الأرض التي أراد إحيائها. بل ربما يملكه كما إذا حفر بئراً لإحياء قناة أو أرض للزراعة مثلاً فإن انتصافه عن الزراعة لا يبطل ملكه للبئر فإنه إحياءها على الأرجح.

٨. في رواية يونس عن العبد الصالح عليه السلام قال: قال إن الأرض الله تعالى جعلها وفقاً (رزقاً) على عباده فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متواتلة لغير ما علّة أخذت (أخرجت) من يده ودفعت إلى غيره، ومن ترك مطالبة حق له عشر سنين فلا حق له.^١ وجعلها في الجوهر مناسبة للمقام (أي متن الشرائع المتقدم في الفرع الرابع هنا) وإن كانت غير منطبقة على تمام المقصود، ومقتضاها الاتزان من يد المحجر من دون دفع شيء له عن حق تحجيري الذي لا ريب في جواز نقله بالصلح ونحوه، اللهم إلا أن يكون إجماع على ما ذكروه.^٢

أقول: الرواية ضعيفة سندًا غير سليمة متناً، وحق المحجر يزول بإهمال الإحياء بحكم العرف كما سبق دون مضي ثلاثة سنين، والله العالم.

تتمة

العناوين المتعلقة بالأرضي ستة: التحجير، الإحياء، الإهمال والإماتة والتخريب، الإقطاع، الحمى، والاستيلاء والسيطرة والحيازة. والأول يفيد الأولوية والثاني الملكية والثالث الغاء الملكية والأولوية، والثلاثة الأخيرة لا أثر لها أبداً، وأتنا إقطاع النبي عليه السلام فهو مشروع لكنه لم يثبت وقوعه. وأتنا حيازة المباحثات المنقوله فهي تفيد ملكيتها.

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٣٤.

٢. الجوهر، ج ٣٨، ص ٦٠.

كلام حول نقل الحق

قال سيدنا الأستاذ الخوئي - رفع مقامه - في منهاجه: لا بأس بنقل ما تعلق حق التحجير به بما هو كذلك بيع أو غيره، فما هو غير قابل للنقل هو نفس الحق، حيث أنه حكم شرعي غير قابل للانتفال. وأثنا متعلقه فلا مانع من نقله.

أقول: الملك والحق كلاهما اعتبار شرعي فلا يفرق الحال فيما، والمهم أنه هل يشترط الملك في صحة البيع أم لا؟ فإن قيل إنه لا بيع إلا في ملك، لا يصح بيع حق الأولوية وإلا فلا مانع منه.

ويمكن أن يستدل على الثاني بالروايات الدالة على صحة بيع الأراضي المفتوحة عنوة واحتراها، بعدما استظهرنا منها أن المراد منها بيع حق الأولوية فيها. على أتنبي لم أجد دليلاً يدل على القول المذكور واعتبار كون المبيع مملوكاً.

ثم لا يبعد أن يقال بصحة المعاوضة عليه وإن قيل باشتراط الملك في صحة البيع وذلك استناداً إلى قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ». وقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» ودعوى انصراف العقود إلى العقود المعمولة الرائجة في الكتب الفقهية متها لا دليل عليه، لأن المطلقات كما لا يصح تقييدها بالأفراد النادرة، كذا لا يصح دعوى انصرافها عنها. وكذا إذا فرضنا أنه لا هبة إلا في ملك جاز الاعراض عن المحجر بعوض أو بغير عوض حتى يحييه آخر.

إحياء الأراضي الموقوفة الخربة أو الميتة

الأراضي الموقوفة التي طرأ عليها الموتان والخراب على أقسام:

١. ما لا يعلم كيفية وقفها أصلاً وانها وقف خاص أو عام أو انها وقف على الجهات أو على أقوام.
٢. ما علم أنها وقف على أقوام ولم يبق منهم أثر أو على طائفة لم يعرف منهم سوى الاسم خاصة.

٣. ما علم أنها وقف على جهة من الجهات ولكن تلك الجهة غير معلومة أنها مسجد أو مدرسة أو مشهد أو مقبرة أو غير ذلك.
٤. ما علم أنها وقف على أشخاص ولكنهم غير معلومين بأشخاصهم وأعيانهم كما إذا علم أن مالكها وقفها على ذريته مع العلم بوجودهم فعلاً.
٥. ما علم أنها وقف على جهة معينة أو أشخاص معلومين بأعيانهم.
٦. ما علم إجمالاً بأنَّ مالكها قد وقفها ولكن لا يدرى أنَّه وقفها على جهة كمدرسته المعينة أو أنه أوقفها على ذريته المعلومين بأعيانهم ولم يكن طريق شرعي لآثارها وقفها على أحد الأمراء.

وقبل بيان أحكام هذه الأقسام ونظائرها نذكر مطلبين:

(المطلب الأول) ما استظرفه صاحب *الجوهر* الله من تحقق بطلان الوقف فيما لو خرب على وجه تنحصر منفعته المعتمدة بها منه في إتلافه كالحصیر والجذع ونحوهما مما لا منفعة معتمدة بها فيه إلا بإحراقه مثلاً، وكالحيوان بعد ذبحه مثلاً، وغير ذلك.

قال: وجه البطلان حينئذٍ فقدان شرط الصحة في الابتداء المراعي في الاستدامة بحسب الظاهر، وهو كون العين ينتفع بها مع بقائها، كما أنه قد يقال بالبطلان أيضاً في انعدام الوقف فيما لو وقف بستانًا مثلاً ملاحظًا في عنوان وقفه البستانية، فخررت حتى خرجت عن قابلية ذلك، فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلًا لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً، لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء نفس العرصة على الوقف باعتبار أنها جزء الموقوف وهي باقية، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيها، يدفعه أنَّ العرصة كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانًا لا مطلقاً، فهي حينئذٍ جزء عنوان الموقوف الذي قد فرض فواته، ولو فرض إرادة وقفها لتكون بستانًا أو غيرها لم يكن إشكال في بقاء وقفها لعدم ذهاب عنوان الوقف، لكنه خلاف الفرض وكذلك لو وقف نخلة للانتفاع بشرتها فانكسرت، فإنه وإن أمكن الانتفاع بالجذع بتسقيف ونحوه، لكنه ليس من عنوان الوقف.^١

١. *الجوهر*, ج ٢٢, ص ٣٥٨ - ٣٥٩ ولا يلاحظ نظر الشيخ الأنصاري؛ وغيره حول هذين القولين في آخر هذا الكتاب ص ٣٥٥.

(المطلب الثاني) كل مال إذا جهل مالكه فهو مجهول المالك وله حكمه، وكل مال مات عنه مالكه ولا وارث له فهو للإمام عليه السلام. ويستثنى من هاتين الكلمتين الأراضي الميتة، فإنها لمن أحياها وهي من المباحث الأصلية وإن كان لها مالك بالاشتراء أو الميراث أو الإحياء أو بغير ذلك على أرجح الأقوال، وكذا الأرضي الخربة فإنها للإمام عليه السلام وقد أذن بإحيائها وأنها لمن أحياها. نعم الأرضي العامرة المجهول مالكها مادامت عامرة فهي محكومة بحكم مجهول المالك، وتنتقل للإمام من لا وارث له. كل ذلك يعلم مما سبق.

إذا تقرر ذلك فنرجع إلى بيان حكم الأقسام:

ذكر سيّدنا الأَسْتاذُ الْخَوَئِي رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ في القسم الأول والثاني: الظاهر أنه لا إشكال في جواز إحيائهما لكل أحد ويملكهما المحيي، فحالهما من هذه الناحية حال سائر الأرضي الموات.^١

ولعله لوقفها على أقوام بادوا، أو على جهات راجعة إلى تلك الأقوام الذين انقضوا ولم يبقوا. والوجه الثاني أظهر وأوضح حكمًا. وعلى كل حكمه مطابق لقواعد كما عرفت من المطلب الثاني الأنف الذكر.

وأما القسم الثالث فقال الأَسْتاذُ: فالمشهور جواز إحيائه، ولكنه لا يخلو من إشكال، فالأحوط لمن يقوم بإحيائه وعمارته بزرع أو نحوه أن يراجع الحاكم الشرعي أو وكيله ويدفع أجرة مثله إليه أو يصرفها في وجوه البر. وله أن يشتريه منه أو يستأجره بأجرة معينة، وكذلك الحال في القسم الرابع.

أقول: أما القسم الرابع فهو ملحق بالقسمين الأولين، فكل من أحيا الأرض المذكورة فهي له، حتى إذا كان الورثة حاضرين لكن أهملوا عمارة الأرض وقد تقدم وجهه.

وأما القسم الثالث فإن علم أن الجهة المذكورة على تردد في مصداقها من كونه مسجداً أو مدرسة أو غيرها راجعة إلى قوم انفروا، أو احتمل ذلك فهو أيضاً يلحق

١. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢٠٩ وليعلم أن الموات من المباحث الأصلية، والخربة من الأنفال كما تقدم.

بما سبق من جواز إحيائه لكل أحد، وإن علم أنها عامة لجميع المسلمين فإن قلنا بتعذر عنوان الوقف مطلقاً أو في بعض الصور فحالها حال سوابقها أيضاً، وإن لم نقل به فلا يجوز إحياء الأرض المذكورة للغير على الاحتياط اللازم، إذ لا يبعد انصراف ما دل على جواز إحياء الموات أو الخربة وتملكها عن هذه الصورة.

وأما القسم الخامس فقد أفاد ^{كتابه} أنه يجب على من أحياه وعمره أجرة مثله ويصرفها في الجهة المعينة إذا كان الوقف عليها ويدفعها إلى الموقوف عليهم المعينين إذا كان الوقف عليهم ويجب أن يكون التصرف بإجازة المتأول أو الموقوف عليهم.

أقول: إذا كان الوقف على الأشخاص فحال المقام حال القسم الرابع على الأرجح في الوقف المنقطع، وإذا كان على الجهة فحاله حال القسم الثالث. وفي فرض الشك بين الجهة والموقوف عليهم لا يجوز للغير إحيائهما على الأحوط لزوماً.

ومما ذكرنا في القسم الخامس يعلم حكم القسم السادس أيضاً وإن قال السيد الأستاذ المتقدم بوجوب أجرة مثله على المحيي ووجوب صرفها في الجهة المعينة بإجازة من الذرية، كما أنه يجب عليه أن يستأذن في تصرفه فيه منهم ومن المتأول لتلك الجهة إن كان، وإلا فمن الحاكم الشرعي أو وكيله، وإذا لم يجز الذرية الصرف في تلك الجهة فينتهي الأمر إلى القرعة في تعين الموقوف عليه.

أقول: عرفت أن حق الموقوف عليهم يسقط بترك الإحياء وإماتة الأرض، فلا مانع من قبلهم في الوقف المنقطع، فلاينتهي الأمر إلى القرعة، ومع فرض تسليمها وإصابتها بأسمائهم دون الجهة، جاز لغيرهم إحياء الأرض الميتة لما مر. نعم يشكل في الوقف المؤبد، فلا يجوز للغير إحيائهما، ولو على الاحتياط اللازم.

ثم وقفت بعد ذلك على كلام الإمام الخميني رحمه الله وإليك عباراته: ولو كانت الأرض موقوفة وطرأ عليها الموتان والخراب، فإن كانت من الموقوفات القديمة الدارسة التي لم يعلم كيفية وقفها وأنها خاص أو عام أو وقف على الجهات ولم يعلم من الاستفادة والشهرة غير كونها وقنا على أقوام ماضين لم يبق منهم اسم ولا رسم أو قبيلة لم يعرف منهم إلا الاسم، فالظاهر أنها من الأنفال فيجوز إحياؤها، كما إذا كان الموات

المسبوقة بالملك على هذا الحال، وإن علم أنها وقف على الجهات ولم تتعين، بأن علم أنها وقف إما على مسجد أو مشهد أو مقبرة أو مدرسة أو غيرها ولم يعلمهما بعينها أو علم أنها وقف على أشخاص لم يعرفهم بأشخاصهم وأعيانهم، كما إذا علم أن مالكها قد وقفها على ذريته ولم يعلم من الواقف ومن الذرية، فالظاهر أن ذلك بحكم الموات المجهول المالك الذي نسب إلى المشهور القول بأنه من الأنفال، وقد مرّ ما فيه من الإشكال، بل القول به هنا أشكال، والأحوط الاستئذان من الحاكم لمن أراد إحياءها وعميرها والانتفاع بها بزرع أو غيره، وإن يصرف أجراً مثلكما في الأول في جو البر، وفي الثاني على الفقراء، بل الأحوط خصوصاً في الأول مراجعة حاكم الشرع.

وأما لو طرأ الموتان على الوقف الذي علم مصروفه أو الموقوف عليهم، فلا ينبغي الإشكال في أنه لو أحياه أحد وعمره وجب عليه صرف منفعته في مصرف المعلوم في الأول ودفعها وإيصالها إلى الموقوف عليهم المعلومين في الثاني، وإن كان المتولي أو الموقوف عليهم تاركين إصلاحه وعميره ومرمته إلى أن آلت إلى الخراب، لكن ليس لأحد الإحياء والتصرف فيه مع وجود المتولي المعلم إلا بإذنه أو الاستئذان من الحاكم مع عدمه في الأول، ومن المتولي أو الموقوف عليهم إن كان خاصاً أو الحاكم إن كان عاماً في الثاني.^١

تزاحم الضرر والسلطة

إذا استلزم تصرف المالك في ملكه ضرر لجارة، فهل هو جائز مطلقاً أو غير جائز مطلقاً أو فيه تفصيل؟ وحيث أن هذا البحث كثير الابتلاء فلابد من طرحه ولو على نحو الاختصار.

قيل: أول من أثار هذا البحث الفقيه السبزواري رحمه الله في كتابه، فإنه عندما نقل عن الأصحاب جواز تصرفات المالك في ملكه مطلقاً، قال:المعروف من مذهب الأصحاب

انَّ ما ذُكِرَ في الحرِيم للبَيْرِ والعيْنِ والحاَنطِ والدارِ مخصوص بما إذا كان الإحياء في الموات، فيختص الحرِيم بالموات، وأمَّا الأملاك فلا يعتبر الحرِيم فيها، لأنَّ الأملاك متعارضة، وكل واحد من المالك مسلط على ماله، له التصرف فيه كيف شاء، قالوا: فله أن يحفر بئراً في ملكه وإنْ كان لجاره بئر قريب منها وان نقص ماء الأولى وان ذلك مكروره. قالوا: حتَّى لو حفر في ملكه بالوعة وفسد بئر الجار لم يمنع عنه ولا ضمان عليه، ومثله مالُو أعد داره المحفوف بالمساكن حماماً أو خاناً أو طاحونة أو حانوت حداد أو قصار، لأنَّ له التصرف في ملكه كيف يشاء.^١

قال: ويشكل هذا الحكم في صورة تضرر الجار تضررًا فاحشاً نظراً إلى ما تضمنته الأخبار المذكورة من نفي الضرر والإضرار وهو الحديث المعتمد به بين الخاصة والعامة.^٢

أقول: فأساس اختلاف الفقهاء في المقام هو القاعدتان المتعارضتان على نحو العلوم من وجه:

الأولى: قاعدة تسلُّط الناس على أموالهم.

الثانية: قاعدة لا ضرر ولا ضرار، وحرمة الإضرار بالغير.

فعن الأولى يقول السيد جواد^ج مؤلف مفتاح الكرامة في حق الحديث المنسوب إلى النبي الأكرم^ص: الناس مسلطون على أموالهم: بأنه (المعمول عليه بين المسلمين) بل هو متواتر وأخبار الإضرار على ضعف بعضها وعدم مكافحتها لهذه الأدلة تحمل على ما إذا كان له غرض له إلَّا الإضرار.^٣

أقول: لا يوجد الحديث في كتبنا الحديبية ولا أتذكرة ذكره في الصحاح الستة مع آني طالعتها مكررًا، وإنما نقله العلامة المجلسي في الجزء الثاني (ص ٢٧٢) من بحاره

١. تأثير الزمان والمكان في استبطاط الفقهاء أمر قهري لا يقبل النقاش، وهذا الفتوى يكشف عن الجو الحاكم آنذاك الوقت من قيادة الملكية الفردية قيادة لا تقبل التحديد ومن عدم البلاهة الكثيرة بسلامة الناس جسماً ونفساً والفلة عن إضرار كثير من المضررات حسب محدودية الطب القديم، لكن اليوم عكس الأمر.

٢. الكفاية، ص ٢٤١ بنقل بعض السادة.

٣. مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٢٢ على نقل بعض السادة.

عن كتاب عوالى الالاكي فهو حديث مرسل غير وارد من طريقنا، وإن ذكره الشيخ فى محاكى خلافه (ج ٣، ص ١٧٦ - ١٧٧)، فادعاء توافرها من مثل هذا السيد الجليل المتبع بعيد، بل عجيب وغريب، وايراده على قاعدة لا ضرر وحرمة الإضرار بالغير عجيب آخر، وحملها على ما ذكره اشتباہ ثالث، كما ان دعوى توافر حديث لا ضرر كما صدرت عن بعض آخر أيضاً منوعة.

نعم لا شك أن بناء العرف العام وسيرة العقلاء على ان كل إنسان مسلط على نفسه وما له ولا يجب عليه استشارة غيره واستمارته، وأنه غير محجور ولا مجبور، له ما أراد ولا يجوز تسخيره ومزاحمته، إلا إذا دل دليلاً شرعياً أو قانوني على منعه. وحيث أن هذا البناء لم يردع من جانب الشرع في غير تكاليفه فهو مما أمضاه، فنحن نعتمد على هذه القاعدة ونعتبرها.

ولكن من الظاهر أن العقلاء كما بنوا نظرياً وعملياً عليه، كذلك بنوا على تحديد تصرفات الناس بما لا يضر الآخرين في الجملة، بل هذا من الفوارق بين المجتمع الإنساني والمجتمع الحيواني.

وعن الثانية يقول صاحب الجوهر^١ بل قد سمعت ما في جامع المقاصد متأملاً هو ظاهر في عدم كون المسألة إجماعية بحيث يكون التفصيل مخالفًا للإجماع، على أن المنساق من العاديين المزبورين تحكيم قاعدة الضرر، كما في جميع ظواهره وإن كان بينهما تعارض العموم من وجه.

أقول: ومنه يسقط ما يقال من أن بين الحديدين - حديث لا ضرر وحديث تسلط الناس - تعارض العموم من وجه، والترجح للثاني بعمل الأصحاب، ولاسيما إذا استلزم من المالك عن التصرف ضرراً عليه أشد من ضرر الجار أو مساوياً أو أقل بحيث لم يتفاحش ضرره معه.

١. الجوهر، ج ٣٨، ص ٥١. ما أفاده متبين كما بين في أصول الفقه ومن هذه العبارة وغيرها يظهر النقائص صاحب الجوهر^٢ إلى قاعدة الحكومة كما عبر عنها في غير مورد من جوهره فما قيل من أنها من مبدعات الشيخ الأنصاري^٣ كانه غفلة عن كلام صاحب الجوهر.

فإنَّ حديث الضرر يقدِّم عليه وإنْ كان بينهما عوماً من وجه، تقدِّم العام على المطلق، فإنَّ الضرار في (لا ضرار) نكرة وقعت في سياق النفي وهو يفيد العموم وأما تقديمه على العمومات فهو إما لأجل الحكومة أو لغيرها على اختلاف بين الأصوليين فقد ذهب الشِّيخ الأنصاري والسيد الأستاذ الخوئي (طاب ثراهما) إلى الأول وصاحب الكفاية وسيدنا الأستاذ الحكيم (طاب ثراهما) إلى الثاني، وتفصيله في محله.

فإلى هنا ثبت أنَّ تصرُّفات المالك في ملكه محدودة بعدم الإضرار بالغير لحرمة الإضرار مطلقاً سواء كان جاراً أو غير جار، كان الإضرار ناشتاً من التصرف في ملكه أولاً.

ويدلُّ عليه مضافاً إلى الآيات القرآنية التي ذكرناها في أواخر الجزء الأول من كتابنا حدود الشريعة (ص ٤٠٤) أحاديث منها صحيح محمد بن الحسن المتقدم في ص ١١٢.

ومنها موقعة زرارة التي في سندها محمد بن خالد البرقي الذي نقل رواياته من باب الاحتياط اللازم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: إنَّ سمرة بن جنده كان له عذر في حائط لرجل من الأنصار، وكان منزل الأنصاري بباب البستان وكان يمرُّ به إلى نخلته ولا يستأذن فكلَّمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة فلما تأبي، جاء الأنصاري إلى رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه فشكَا إليه وخبره الخبر، فأرسل إليه رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه وخبره بقول الأنصاري وما شكا وقال: إن أردت الدخول فاستأذن فأبى، فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله، فأبى أن يبيع، فقال: لك بها عذر يمد لك في الجنة، فأبى أن يقبل! فقال رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها إليه فإنه لا ضرر ولا ضرار.^١

ورواه الصدوق في الفقيه بسنده المعتبر عن عبد الله بن بكير وسنده أقوى من سند الكافي، إذ ليس فيه البرقي المذكور.

تزاهم الضررين

وأما إذا تضرر المالك بترك التصرف وتضرر غيره - كالجار مثلاً - بتصرفه، فمقتضى قوله عليه السلام: لا ضرر، جواز التصرف لأنّ تركه ضرر على المالك ولم يشرع الحكم الضري. ومقتضى قوله عليه السلام: لا ضرار - وسائر ما نهي عن الإضرار بالغير - حرمة التصرف لأنّه إضرار بالغير، فلا يمكن العمل بالحديث لتعارض صدره مع ذيله كما أفاده سيدنا الأستاذ الخوئي عليه السلام.^١

ويقول الشيخ الأنصاري عليه السلام: الأوفق بالقواعد تقدم المالك، لأنّ حجر المالك من التصرف في ماله ضرر يعارض بذلك ضرر الغير، فيرجع إلى عموم قاعدة السلطة ونفي الحرج.^٢

وزاد السيد الأستاذ أنّ حديث لا ضرر، لا يشمل المقام صدراً ولا ذيلاً، لكونه وارداً مورداً الامتنان على الأمة، فلا يشمل مورداً يكون شموله له منافياً للامتنان، ومن المعلوم أنّ حرمة التصرف في الملك بما يضر بالجار مخالفة للامتنان على المالك، والترخيص فيه خلاف الامتنان على الجار.

ثم قال: وبما ذكرنا، يظهر أنه لا يمكن التمسك بحديث لا ضرر فيما إذا كان ترك التصرف موجباً لفوائد المفعة وإن لم يكن ضرراً عليه، لأنّ منع المالك عن الانتفاع بملكه أيضاً مخالف للامتنان، فلابد من الرجوع إلى غير هذا الحديث وإلا فيرجع إلى أصله البراءة.

وقال أيضاً: وبما ذكرنا ظهر الحكم فيما إذا كان التصرف في مال الغير موجباً للضرر على الغير وتركه موجباً للضرر على المتصرف فيجري فيه الكلام السابق من

١. مصباح الأصول، ج ٢، ص ٥٦٦. وقال في منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢١٣ - ٢١٤: والاحتياط في ترك التصرف لا يترك كـما أنّ الأخوط - إن لم يكن أقوى - ضمانه للضرر الوارد على جاره إذا كان مستنداً إليه عرفاً.

٢. لاحظ ما أجاب السيد السيستانـي - طال عمره - عن قاعدة نفي الحرج في المقام في كتابه قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ص ٣٣٥.

عدم جواز الرجوع إلى حديث لا ضرر لكونه وارداً مورد الامتنان، فيرجع إلى عموم أدلة حرمة التصرف في مال الغير كقوله عليه السلام: لا يحل مال أمرىء إلا بطيب نفسه.
وغيره.^١

وأورد السيد السيستاني - طال عمره - على ما أفاد أستاذه السيد الخوئي عليه السلام بوجوه قابلة للنقاش، وحيث أن نقلها وتقدماً يوجبان التطويل أعرضنا عنهما.^٢
بقي الكلام فيما لا يصح التمسك بحديث لا ضرر ولا ضرار، أما لأجل عدم شموله للضررين، لأجل وروده مورد الامتنان، أو لأجل تعارض صدره مع ذيله كما عرفت، فهل المرجع بعد ذلك هو قاعدة السلطنة كما عن الشيخ الأنصاري عليه السلام أو حرمة التصرف في مال الغير، كما عن السيد الأستاذ؟^٣

الأظهر عندي التفصيل، وبه يمكن التوفيق والصالح بين العلمين المذكورين.
وحاصله: صحة نظر الشيخ عليه السلام فيما إذا لم يستلزم تصرف المالك في ماله تصرفه في مال الجار مثلاً كما إذا جعل داره حماماً أو آجرها لحِدَاد مثلاً، نفي مثله لا مسوح للتصرف في مال الناس ليكون محظياً.

وصحة نظر السيد الأستاذ في فرض استلزمته ذلك، كما إذا حفر قناة قللت ماء قناة الجار وجذبته إلى نفسها. ففي مثله لا مجال للرجوع إلى قاعدة السلطنة فإن الماء المنجذب إلى الثانية ملك المالك الأولى ولا يجوز التصرف فيه لمالك الثانية. إلا إذا جرت السيرة على جواز التصرف فيه، كما إذا قلنا بها في الآبار المحفورة في البيوت المتلاصقة في القرى والمدن فلا حظ. والله ولي التوفيق.

واعلم أن هنا أميين نافعين لابد من التوجيه إليهما:

(الأول) أن المرجحات في باب ترجيح أحد الضررين على الآخر أمور:
أولها: التقدم الزمانى كما يظهر من صحيح محمد بن الحسين،^٤ والأظهر عدم كونه

١. مصباح الأصول، ص ٥٦٦-٥٦٧.

٢. لاحظ كتابه قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ص ٣٣٢ إلى آخر الكتاب.

٣. تقدم في ص ٩٤ من هذا الكتاب.

مرجحاً، فإنَّ قوله ^{يشبه} على حسب أن لا يضر أحدهما في الأخرى، لا يدل على ذلك، فإذا اقتضت القناة الأولى في حفظ كمية مائتها، حفر القناة الثانية في مكان يضر بالثانية لايجب العمل بهذا الاقتضاء حسب دلالة الحديث، بل لابد من الجمع بين رفع الضررين بينهما حتى المقدور ولو بالتقسيط عليهم، وهذا هو المستفاد من الحديث بعد الدقة، قال به قائل أم لا.

ثانيها: أكثرية الحرمة في أحدهما، سواء كانا في حق فرد واحد أو في حق اثنين، فلا بد من ترك الأعظم حرمة وارتكاب ما هو أخف حرمة عند التزاحم،^١ وهذا أصل في باب التزاحم.

لا يقال: على هذا يجب ترجيح ضرر الغير على ضرر المتصرف غالباً، لأنَّ إضرار الجار حرام دائماً.

فإنه يقال تقدم أنه في فرض التزاحم لا يبقى ما يدل على حرمة الإضرار. فتدبر فيه، أو نفرض الكلام في ما كان ارتكاب الضرر على المتصرف محراً أيضاً.

ثالثها: أكثرية الضرر في أحد الطرفين فيترك أخف الضرر، لبناء العقلاه عليه ولقاعدة العدل الآتية. وإذا تزاحم التقدم الزمانى - إن سلمناه - مع الآخرين، يقدمان عليه، تقدم الأهم على المهم ولعله ظاهر لا إشكال فيه.

الكلام حول أقسام المثل المعروفة

إذا دخل رأس دابة شخص في قدر شخص آخر ولم يمكن التخلص إلا بكسر القدر أو ذبح الدابة: فهو إما بفعل أحد المالكين وإما بفعل شخص ثالث وإنما بعامل قهري كالريح والزلزلة ونحوهما.

يقول سيِّدنا الأُسْتاذ في الأول بوجوب اتلاف ماله و تخلص مال الآخر مقدمة لردة إلى مالكه لقاعدة اليد، ولا يجوز اتلاف مال الغير ودفع مثله أو قيمته إلى مالكه،

١. ولا إشكال ان ما هو أعظم حرمة أكثر ملاكاً ومناطاً واقوى مفسدة بناء على تبعية الأحكام للمصالح والمفاسد كما هو الحق الصحيح.

لأنه متى أمكن رد العين وجب ردها والانتقال إلى المثل أو القيمة إنما هو بعد تعدد العين. ويقول في الثاني بتخيير الثالث في إتلاف أيهما شاء مع ضمانه لمثله أو قيمته. ونقل في الثالث عن المنسوب إلى المشهور لزوم اختيار أقل الضررين مع ضمانه على مالك الآخر. وقال بعد ردة دليهم: وال الصحيح أن يقال إذا تراضي المالكان، فلا إشكال، وإنما فلابد من رفع ذلك إلى الحاكم، قوله اتلاف أيهما شاء ويفقسم الضرر بينهما بقاعدة العدل والإنصاف عند العقلاه وليس للحاكم إلا اتلاف ما هو أقل قيمة - إن كان - لأن إتلاف ما هو أكثر قيمة سبب لزيادة الضرر على المالكين بلا موجب. انتهى بتغيير وتلخيص^١.

أقول مستعيناً بالله تعالى ومعتمداً به:

أما القسم الأول فقد يكون التفاوت بين المالكين كثيراً كما إذا فرضنا قيمة أحدهما خمسة دراهم والأخر ألف درهم ففي مثله لابد من إتلاف الأقل مطلقاً - ما لم يكن مالك الأكثر معانداً في المشكلة الواقعـة - فإن العقلاه يمنعون بل ربما يضحكون على الحكم بلزوم إتلاف الألف لأجل حفظ الخمسة، وإن كان بفعل مالك الأول، نعم هو ارتكب حراماً ويكون ضامناً لمثل التاليف أو قيمته إن كان قيمياً ولا يرون وجوب رد العين فإنها كالثالثة عندهم في هذه الحالة، ولاسيما في مثل زماننا من وجود المثل التام للعين الثالثة من دون أدنى تفاوت. على أن إتلاف الألف من الإسراف المحرم شرعاً، بمحلاه تركه بضمان المثل أو القيمة وهي خمسة دراهم. وأوضح منه ما إذا كان العبد مكان البقر فإنه يجب كسر القدر على كل حال حفظاً على حياته. مما أفاده سيدنا الأستاذ^{للهم} إنما يتم في غير هاتين الصورتين. وقد صرـح هو باستثناء الصورة الأخيرة.

وأما القسم الثاني فـما ذكره إنما يتم إذا رضـى المالكان بإتلاف أحدهما أو رضـى أحدهما بإتلاف ماله ولو مع العوض وإنـما لا ولـاية للثالث على ذلك متعدـاً كان أو قاصرـاً في القضية. بل إذا كان في إتلاف أحدهما إسرافـاً لا يجوز إتلافـه ولو بإذن

مالكه فإن أذنه باطل حسب محدودية الملكية الفردية في الشريعة بحدود منها عدم الإسراف المحرم.

وأيضاً إذا لم يوجد لأحدهما مثل - وكانا مثليين - لا يجوز له إلا إتلاف ماله مثل، وعلى كل إذا لم يرض كل من المالكين فلا بد للرجوع إلى القاضي حتى يحكم فيه، ولا يبعد رجوع القاضي إلى القرعة، ومع عدم التمكن من الرجوع إليه، يمكن رجوع الثالث والمالكين أيضاً إلى القرعة. ومن المعلوم أنَّ ضمان التالف - مثلاً أو قيمة - إنما هو على الثالث المذكور وهو واضح.
وأما القاسم الثالث ففيه أيضاً صور:

١. قد لا يطلب أحد المالكين تخلص ماله بالفعل، والآخر يطلب، فللأول أن يأخذ بإتلاف ماله ولو مع شرطه ضمانه على الآخر، وإن امتنع عن الإذن فإنَّ أمكن رجوع إلى القاضي فهو وإلا فلا يبعد جواز كسر ماله للآخر مع الضمان.
وإن طلب كلاهما تخلص ماله ولم يترأضايا بوجه التخلص، يرجعان إلى الحاكم وهو يأمر بإتلاف ما هو أقل قيمة ترجيحاً لجانب حرمة الإسراف، أو يقرع لإتلاف أحدهما إن كان ما به التفاوت بين المالين قليلاً.

وأتنا الخسارة الحاصلة من إيقاع الضرر على أحد المالين فيتحملها كل من المالكين على حد سواء في صورة تساوي الضررين، وفي صورة عدم التساوي يتحملها كل واحد بالنسبة كما عن سيدنا الأستاذ الخوئي^١ أو يتحملها من رجع ماله إلى حالته الأولى كما عن المشهور. وقيل يتحملها كل واحد على السواء فإنَّ العبرة بذات المالين لا بمقدار ماليتها.

ويقول بعض الأفضل من تلاميذ سيدنا الأستاذ الخوئي^٢: أنَّ الحالة الطارئة بسبب طبيعي على كل من المالين لما أوجبت نقصاً في مالية كلِّ منهما، إذ ليست قيمة البقرة بعد دخول رأسها في القدر متساوية مع قيمتها بدون ذلك، ولا القدر الذي

١. لاحظ الدراسات، ص ٣٤٧.

فيه رأس البقرة تساوي قيمته لو لم يكن كذلك. وارجاع كل منها إلى حالته الطبيعية غير ممكن، وإرجاع أحدهما إليها يستلزم إيقاع الضرر بالنسبة إلى الآخر والمفروض لزوم إيقاعه على ما هو أقل قيمة.

فحينئذ يكون النقصان الموجب لزوال ماليته أو نقصانه مسبباً عن الحالتين غير الطبيعيتين الطارئتين على كل منها. فلابد من ملاحظة أن الخسارة الحاصلة بأية نسبة معلولة لحصول تلك الحالة في القدر وبأية نسبة معلولة لحصولها في البقرة، وبحكم العقلاء يكون ثلثا الخسارة على صاحب البقرة وثلثها على صاحب القدر على فرض أن التفاوت بين البقرة في حالتها الطبيعية وبين البقرة المذبوحة هو عشرة دنانير. والتفاوت بين القدر على حالة الطبيعي والقدر المكسور خمسة دنانير...^١.

قاعدة العدل

(الثاني) من الأمرين النافعين، هو تأسيس قاعدة فقهية، باسم قاعدة العدل، ويمكن أن ندعها بآيات من الكتاب الكريم:

١. «وَلَا يَنْهِيَنَّكُمْ شَتَانٌ قَوْمٌ عَلَىٰ أَلَا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ».^٢
٢. «وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ».^٣
٣. «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ».^٤
٤. «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ».^٥
٥. «فَإِنْ فَاءَتْ فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَفْسِطُوا».^٦

١. قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ص ٣٢٤ – ٣٢٥.

٢. المائدة (٥): ٨.

٣. الأنعام (٦): ١٥٢.

٤. التحل (١٦): ٩٠.

٥. النساء (٤): ٥٨.

٦. الحجرات (٤٩): ٩.

٦. «وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ».^١

والمستفاد من هذه الآيات الكريمة أنه لابد من المراجعة إلى قاعدة العدل في الحقوق بل في مطلق الروابط الاجتماعية وعدم المجاز عن حدود العدل. وعلى هذا فيمكن أن يستخرج أهل الاستنباط من هذه القاعدة فروعات كثيرة في المعاملات والعلاقات الاجتماعية والسياسة والاقتصادية والثقافية، في ما لا نص فيه، سواء في الفتوى أو في الحكم والقضاء، بلا خوف من إهمالها لحد الآن في الكتب الفقهية. فإن الحق أحق أن يتبع.

ما معنى العدل؟

في المنجد: عدل عدلاً السهم: قومه، وعدل فلاناً بفلان: سوى بينهما، وفلاناً وزنه. وعدل وعدالة وعُدُولة ومعدلة ومعدلة: انصف....

وفي مجمع البحرين: والعدل لغة هو التسوية بين الشيئين. والعدل القصد في الأمور. والعدل: خلاف الجور. والعدل: خلاف الجور. والعدل: الفدية. والعدل المثل. أقول: ليس العدل بمعنى التسوية في الكمية مطلقاً جزماً، بل بمعنى التسوية في مراعاة الحقوق، وحيثئذٍ يصبح مفهوم العدل الذي هو من المفاهيم الظاهرة الدائرة في السنة جميع الناس المقبول عند جميع طوائف الأنام في مشارق الأرض وغاربها من المجملات أو المشكلات، فإنّ معنى الحق مختلف فيه، من مذهب إلى مذهب ومن دين إلى دين ومن متدين إلى ملحد ومن ملحد إلى ملحد، ولكن أمة اصطلاح ونظر خاص فيه فترى الشيوعيين يرون أشياء من الحق بينها لا يراها الرأسماليون حقاً. وما هو حق عند الرأسماليين من الظلم الفاحش عند الشيوعيين، كما أنّ الشيوعيين يرون بعض الأمور حقاً يعتقده الرأسماليين ظلماً وخلافاً للكرامة الإنسانية.

وحيثئذٍ فلا بدّ من تقييد الحق بكونه حقاً حسب الارتكاز الإسلامي، وليس التشخيص بعد بواضح وسهل، فربما يتوقف الإنسان في كون شيء هل هو حق عند

الشرع أو لا كما في حق طبع الكتاب الذي يعده عرف الغرب وعرف جمع من المسلمين حقاً، فهل هو صحيح أم لا؟ بل اختلف فيه المتخصصون للفتوى فاعترض بعض المعاصرین بكونه حقاً للمؤلف ولا يجوز لغيره طبع كتابه ثانياً من دون إذنه، بينما يرى الآخرون بطلانه، وربما يشك في مقدار الحق وإن كان أصله متسالماً فيه كما في الهواء والجو، فإلى أين يملأه الساكنون في الأرض ومن أين يعد مباحثاً عاماً يجوز العبور منه بلا مانع وللسؤال أثر كبير اليوم كجواز أخذ الأجرة من الطائرات العابرة من جو سائر البلاد، وربما يصبح البحث في المستقبل القريب أو البعيد أكثر ثمرة وأكبر نزاعاً. وهكذا فهل للفقية الحكم بمفهوم العدل حسب زمانه؟ ثم إنَّ بعض الأصوليين والفقهاء ذكروا قاعدة العدل والإنصاف، لكن لم يستدلوا عليها بالأيات القرآنية، بل بسيرة العقلاة وبعض الروايات كما يظهر من بعض المسائل المتعلقة بالعلم الإجمالي تبعاً للشيخ الأنصاري في أوائل رسائله.

وقد تقدم عن سيدنا الأستاذ الخوئي^١ تطبيق القاعدة على بعض فروعات المثل المعروفة ثم أيدتها برواية الفقيه والشيخ عن السكوني عن الصادق عن أبيه (عن على^٢) في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها؟ قال: يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقسم الآخر (الدينار الباقي) بينهما نصفين^٣ قال^٤: فإنه لا يستقيم إلا على ما ذكرناه من قاعدة العدل والإنصاف.

أقول: أولاً سند الرواية ضعيف بالتوفلي على الأقوى. وثانياً متنه أيضاً لا ينطبق على قاعدة العدل كما نبهه غير واحد عليه، فإنَّ مقتضى العدل عند العقلاء إعطاء صاحب الدينارين ديناراً وتلث دينار، واعطاء صاحب الدينار تلثي الدينار. فالرواية ان تمت سندأ تشتمل على حكم تعبدى غير موافق لقاعدة العدل. ثم رجع الأستاذ^٥ عنه وقال بعد سنين: (إنَّ القاعدة في نفسها غير تامة، إذ لم يثبت بناء ولا سيرة من العقلاء على ذلك حتى تكون مضادة لدى الشارع)!!^٦

١. الوسائل، كتاب الصلح، ج ١٨، ص ٤٥٢.

٢. لاحظ الدراسات، ص ٣٤٧.

٣. لاحظ مستند المروءة، كتاب الخامس، ص ١٤٧.

ثم يأتي دور السيد الشهيد الصدر عليه السلام حول القاعدة فيقول ردًا على أستاذه السيد الخوئي عليه السلام أن حجية قاعدة العدل والإنصاف إما أن يقصد بها حجيتها في مورد الخاصة وفصل النزاع كاليمين،^١ وإما في حد نفسها وفي مقام ترتيب الآثار، كالأصول العملية وغيرها فإنها حجة في نفسها وغير حجة في مورد النزاع.

ثم أورد بأن السيرة العقلائية لا تكون ملائكة لفصل الخصومة بعد ورود العموم الرادعين غير البيعة والأيمان وهو قوله عليه السلام: إنما أقضى بينكم بالبيات والأيمان.^٢ نعم، يخص الحصر المذكور بحجية الإقرار والقرعة في مورد فصل الخصومة ورفع النزاع وبقي غيرهما في مفهوم الحصر الدال على عدم الحجية.^٣

أقول: ردع السيرة بهذا الحصر ربما لا يسلم من النقاش لاحتمال سوقه لنفي قضاة عليه السلام مستنداً إلى الوحي وعلم النبوة، فلا ينفي حجية غير البيعة واليمين ولذا كان جواز الحكم بالعلم هو المعروف المدعى عليه الإجماع والمخالف نادر والله أعلم.

ثم إن عليه السلام استدلّ على حجيته قاعدة العدل والإنصاف في مورد فصل الخصومة بالروايات الواردة في موارد فرض مدعين أقام كل منهما البيعة، وتعارضت البيتان ولم يكن هناك مرجح لإحدى البيتين على الأخرى فحكم الإمام عليه السلام بالتنصيف،^٤ وظاهر الحكم أنه صدر بعنوان إنشاء فصل الخصومة فيكون جعلاً للحجية لهذه القاعدة في مورد الدعوى.

نعم، مقتضى الجمود على اللّفظ اختصاص القاعدة بصورة تعارض البيتين لكن مقتضى الفهم العرفي أن فرض تعارض البيتين استطراد إلى جعل الحجية لقاعدة

١. فإنه حجة في مقام الخصومة فقط ولو أن إنساناً أقسم لنا على مطلب ما، لا يكون يمينه حجة لنا في مقام ترتيب آثار الواقع.

٢. في صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إنما أقضى بينكم بالبيات والأيمان وبعسككم ألا ينفعك (فيل أي أفطن بمحاجته) من بعض. فاما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً، فإما قطعت له به قطعة من النار. الوسائل، ج ٢٧، ص ٢٣٢ نقلاً عن الكافي والتهذيب.

٣. تقلياه بتلخيص وتغيير من ٢٦٤ و ٢٦٥ من جواهر الأصول.

٤. الوسائل، ج ٢٧، ص ٢٥.

العدل والإنصاف ولا يفهم العرف أنَّ للتعارض دخلاً في جعلها، بل يفهم أنَّ التعارض له دخل في القاعدة المذكورة من جهة أنه بحكم عدم البيتة فهي في طول حجية البيتة.^١ انتهى.

أقول: الظاهر أنَّ قاعدة العدل تشمل غير موارد فصل الخصومة لإطلاق الآيات المتقدمة، فإذا اشتبه الودعي في أنَّ هذا المال لزيد أو لعمرو لا يجب عليه الاحتياط بدفع المال إلى أحدهما ومتنه من ملكه إلى ثانيهما من جهة قاعدة الاستعمال، بل إذا قبلنا القاعدة نرجع إليها ونحكم بلزم التنصيف لهما ولا شيء أزيد على الودعي.

فروع

١. قال السيد الأستاذ بعد حكمه بعد حكمه عدم جواز تصرف المالك في ملكه إذا استلزم ضرراً على جاره: نعم، لا مانع من تعلية البناء وإن كانت مانعة عن الاستفادة من الشمس والهواء.^٢

أقول: وفي تحرير *الوسائلة*: وكذا لا مانع من تعلية وإن كان مانعاً من الشمس والقمر والهواء. لاحظ كلامه بطوله.^٣

أقول: لم أقلهم وجه الفرق بينها وبين سائر التصرفات المضرة بالجار، إلا أنَّ يتمسك بالسيرة ولا يخلو اتصالها بزمان الأئمة عليهم السلام عن إشكال، فلاحظ.

٢. لو أذن المالك في وضع خشب جاره على حائطه، جاز له الرجوع قبل البناء عليه، وكذا بعد البناء إذا لم يضر الرفع وإلا فالظاهر عدم جوازه لحرمة الإضرار، نعم إذا كان هناك قرينة على عدم دوام الوضع أو على رجوع المالك في المستقبل فلا مانع من الرجوع، ومع عدم القرينة ولزوم الضرر الفاحش على المالك لا يبعد جواز الرفع مع الضمان لقاعدة العدل.

١. نقلاه بتلخيص واختصار وتغيير من ص ٢٦٦ من *جوامِر الأصول* لبعض تلاميذ السيد الصدر رحمه الله.

٢. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢١٣ مطبعة مهر - قم.

٣. تحرير *الوسائلة*، ج ٢، ص ١٨٠.

٣. يجوز للجار عطف أغصان شجر جاره عن ملكه إذا تدلّت عليه لقاعدة السلطنة، وإذا تعرّى عطفها بإذن المالك فإن امتنع أجبره الحاكم دفعاً للنصرف المحرم. ولا يبعد جريان الحكم في فرض كون الضرر من ظلّها أو سقوط أوراقها في أرض الجار فلا حظ وتأمل.
٤. لو تداعيا جداراً لا يد لأحدّهما عليه فهو للحالف منهما مع نكول الآخر، ولو حلفاً أو نكلاً فهو لهما، ولو اتصل ببناء أحدّهما دون الآخر أو كان له عليه طرح فهو له مع اليمين، بناء على كفاية هذا المقدار للحكم بأنه ذو اليد عرفاً.
٥. إذا اختلف مالك العلو ومالك السفل كان القول قول مالك السفل في جدران البيت وقول مالك العلو في السقف وجدران الغرفة والدرجة. وأمّا المخزن تحت الدرجة فلا يبعد كونه لمالك الاسفل. وطريق العلو في الصحن بينهما والباقي للأسفل. والملاك في تقديم قول مالك السفل أو العلو في الفروض المذكورة هو كونه صاحب يد فيكون مقابلة مدعياً وفي المقام بحث.
٦. راكب الدابة أولى بها من قابض لجامها ومالك الأسفل أولى بالغرفة المفتوح بابها إلى الجار من الجار مع التنازع واليمين وعدم البيته. والملاك في الأولوية هو ما تقدم في الفرع السابق.

المشتّركات بين الناس

وهي مضافاً إلى ما ذكره الماتن (الطرق والمساجد والوقوف المطلقة كالمدارس والمساكن، والمعادن والماء): كموات الأرضين وعامتها طبيعياً والحيوانات غير المملوكة في البر وتحت الأرض والبحر والهواء، والجبال والتلوج والمياه الجامدة في القطب، بل مطلقتها في غير المياه المملوكة والغازات^١ وجوف الكرة الأرضية في الجملة، والربط^٢ والخانات والمقابر والرياح والهواء والجو والفضاء،^١ وكالمشاهد

١. إن لم تدخل في المعادن عرفاً.

٢. جمع الرباط على وزن الكتب والكتاب، وهي مساكن الغرباء والفقراء.

المشرفة مثل عرفة ومنى والمشعر ومثل حرائم النبي الأكرم صلوات الله عليه وآياته والأئمة صلوات الله عليهم والأئمّة صلوات الله عليهم والأولياء والشهداء والصالحين والذرية الطيبة، والساحات المتعلقة بمزاراتهم. وكالمساحات المعدّة من قبل الحكومات وغيرها للنزهة واللعبة - ككرة القدم ونحوها - وكذا دورات المياه والمراحيض وأماكن الوضوء، بل كالمكتبات العامة والمستشفيات وغيرها مما بناها الحكومات أو الجهات الخيرة لجميع الناس، وكالكرات السامة - سواء في النظام الشمسي أو خارجه، بل سواء في مجرتنا أو خارجها - التي ينزلها الإنسان في المستقبل القريب أو البعيد.^٢ كل ذلك من المشتركات سواء كانت من المباحثات الأصلية أم ليست منها كالوقوف المطلقة.

إذا تقرر ذلك فنحن نتعرض لما ذكره الماتن أولاً ونتعرض لغير ما ذكره الفقهاء أو الماتن في أثناء شرح المتن وبعده، تعريضاً إجمالياً مستعيناً بالله سبحانه وتعالى.

قال: (وأما الطرق ففائدتها الاستطراف، والناس فيها شرع، فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلا ما لا يفوته به من فعة الاستطراف كالجلوس غير المضر بالمارأة). هذا أحد الوجهين في المقام واستدلوا له بالسيرة. والوجه الثاني جواز الارتفاع بالطرق بالاستطراف وغيره كوضع الإحمال ووقف الدواب - فضلاً عن وقوف الشخص نفسه - فيتجه حينئذ عدم تسلط المستطرق على ما كان كذلك لاشراك الجميع في الارتفاع.

هنا ووجه ثالث وسط وهو جواز الاستطراف والوقوف والجلوس للاستراحة والبيع

۱. فضا در جایی آغاز می‌گردد که لبه خارجی جو پایان می‌یابد، مرز بین هوا و فضا به طور دقیق روش نیست، ولی معمولاً در ارتفاع بین ۱۵۰ تا ۲۰۰ مایلی سطح زمین قرار دارد. فضا برخلاف قلمرو هوایی در حاکمیت هیچ دولتی نیست، بلکه استفاده از آن برای همه کشورها برای هدف‌های مسالمت‌آمیز آزاد می‌باشد. هر دولتی مسئول اقدامات خود در فضا بوده و باید از آلوده شدن محیط زمین و اجرام فضایی خودداری کند (عده‌یاری، ۱۳۹۰، ۲۶۹).

٢٠. قال الله تعالى: إن استقمتمْ أَن تُنْهَوْنَ مِنْ أَفْطَارِ السَّيَّارَاتِ وَالْأَرْضِ فَأَنْهَوْنَ لَا تُنْهَوْنَ إِلَّا إِسْتَنَانٌ، وقال تعالى: وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ
السَّيَّارَاتِ وَالْأَرْضِ وَتَائِتُ فِيهَا مِنْ دَاهِيَةٍ وَمُؤْغِلَةٍ عَمَّا يَعْلَمُونَ إِذَا نَشَأَ قَدْرِهِ.

وإيقاف الدواب والسيارات وسائر النوائل وغير ذلك، إلا ما كان مضرًا بالمارأة، فلایجوز، ولو أضرَ بهم كان صاحبه ضامنًا، لصحيح الحلبى الذى رواه المشائخ الثلاثة عن أبي عبدالله^{رضي الله عنه} قال: سأله عن الشيء يوضع على الطريق فتمنَ الدابة فتفرق بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضرُ بطريق المسلمين فصاحب ضامن لما يصيبه.^١

بل يمكن أن يراد بصحيح الكنانى أيضًا ذلك، فقال أبو عبدالله^{رضي الله عنه} فيه: من أضرَ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن.^٢

وهذا هو الأظهر، فإنَ الوجه الثاني خلاف حكمة تأسيس الطرق التي غايتها العمدة الاستطراق، فلا يكون في عرض سائر التصرفات المانعة عن المرور، ولو فرقت نفسك محبيًاً لطريق أو واقفًاً له ومسيلًاً، ترى الاستطراق أهم الغايات التي لا ترضى بتزاحم سائر الغايات والمنافع له.

ثم إنَ السيرة دليل لي لا إطلاق لها، والمتيقَن منها هو الوجه الثالث دون الأول، ولا يخفى الفرق بينهما لظهور التمرة عند الشك، فإنَ الأصل على الوجه الأول حرمة الانتفاع بغير الاستطراق، إلا إذا أحرز عدم كونه مضرًا. وعلى الثاني جوازه إلا أحرز ضرره بالمارأة، فلایجوز.

وكان ما اختاره صاحب *الجوهر*^{رضي الله عنه} وجه رابع، حيث نفى الفرق بين الاستطراق وجميع ما يعرض للمستطرق من المرافق التي يحتاجها في استطراقه من جلوس ووقوف ونحوهما. وجعل منه ما يحتاج إليه من كانت بباب داره إلى الطريق من إدخال الإحمال والدواب ونحوها، باعتبار أنَ ذلك كلَّه من توابع استطراقه أما إذا لم يكن كذلك، بل كان مرتفقاً لا من حيث الاستطراق كالجلوس للبيع ونحوه، فلاريـب في تقدم حق الاستطراق عليه عند التعارض والله العالم.^٣

.١. الوسائل، ج ٢٩، ص ٢٤٣.

.٢. نفس المصدر، ص ٢٤١.

.٣. *الجوهر*، ج ٣٨، ص ٧٨.

لكن سيأتي كلامه في فروعات بحث الطريق أنه يذهب إلى ما اخترناه ظاهراً،^١ إن كان للطريق مالك أو واقف معروف وجعل للطريق شروطاً، يلزم اتباعها وكذا إذا جعلها الحاكم الشرعي أو الدولة الإسلامية.

بحث تطبيقي

قيل: إن الفقهاء بنوا ضمان الواقف على الماشي فيما إذا تعذر بواقف غير مصر بالمارة وماتا. وقالوا إن دم الماشي هدر، لأنَّه باشر تلف نفسه بلا تفريط من الواقف، مستندين إلى ما ذكر من ن الوقوف من موضوعات الطريق، لأن الماشي قد يحتاج إلى الوقوف، ومقتضى ذلك أن الوقوف في الطريق من موضوعاته أيضاً.

وقيل أيضاً: إنهم قالوا فيما إذا تعذر الماشي بالقاعد غير المضر بالمارة، ان ضمان الماشي على القاعد، لأنَّه بجلوسه مفرط، لوضع الطريق للمشي، وقالوا: إنه لو تلف القاعد أو شيء منه، كان الضمان على العاشر أو أنه هدر.

أقول: الضمان مستند إلى موجباته من المباشرة والتسبب أو تزاحم الموجبات بلا قصد القتل كما فصل في كتاب الديات، ولا يرتبط بالمقام كل الارتباط. أتَى المسألة الأولى فإنَّ كان الماشي قصد قتل الواقف أو كانت الصدمة يتربَّ عليها الموت عادة فهو يوجب قصاص الماشي إنْ بقي حيَا، ولا فرق في ذلك بين كون الوقوف من موضوعات الطريق أم لا، كان جائزًا أو لا، كما إذا وقف في طريق ضيق لا يسُوغ الوقوف فيه.

وأما إذا لم يقصد القتل ولم تكن الصدمة متنًا توجبه، ولكن الماشي قصد الصدم، فاتفق موت الواقف فديته في مال الماشي الصادم، لاستناد موته إليه، بلا فرق أيضاً بين كون الوقوف من موضوعات الطريق وأنَّه في عرض الاستطراف أو في طوله، بل ولا بين كون وقوفه جائزًا أو غير جائز لضيق الطريق، وإذا مات الصادم فدمه هدر، لاستناده إلى فعل نفسه، فلا يضمن أحد دمه.

١. لاحظ كلامه في ص ٨١ ج ٢٨.

وكذا إذا لم يكن الماشي الصادم قاصداً للصدم، وكان الواقف واقفاً في ملكه أو في مكان وسيع من طريق المسلمين مثلاً، لاستناد موتهما إلى فعل الماشي.
وأما إذا كان الواقف واقفاً في مكان لا يسوغ له الوقوف كما إذا وقف في طريق المسلمين وكان ضيقاً فصدمه الماشي من غير قصد للصدم فمات، كان ضمانه على المصدوم لاستناد موت الماشي إلى الواقف، بل لو مات الواقف كان دمه هدراً ولا يضمنه الماشي.

ويمكن أن يستدل على ضمان الواقف لصدم الماشي في هذا الفرض - مضافاً إلى كونه مطابقاً للقاعدة - بصحيحة الحلبية المتقدمة عن قريب (ص ١٥٢) ولا يبعد أن يقال إن العمدة في ضمان الواقف - في الفرض الأخير - هو استناد موت الماشي إلى الواقف بتغريبه بوقوفه في الطريق الضيق، فكان السبب أقوى من المباشر، وإن كان الوقوف جائزأً له غير محروم.

ومنه يندرج دفع ما عسى أن يقال بأننا لاتقبل أن الماشي لم يتلف الواقف مباشرة ولا تسبباً، فإن التلف وقع بفعل الماشي وإتلافه، ووقف الواقف من مرافق المشي فلا يستعقب ضماناً.

وجه الدفع: أن عدم المباشرة والتسبب - إن سلمناه - لا ينافي الضمان بالشرط، فالواقف بتغريبه في وقوفه في الطريق أوجد شرطاً للضمان كوضع شيء في الطريق فيعثر به إنسان كما يدل عليه صحيح الحلبية المتقدم.

كل ذلك لا عن قصد للقتل ولا ان الصدم مما يقتل غالباً، وإنما كان دم القاصد هدراً وعليه ضمان الآخر نفساً أو دية.

قال: (وإذا قام 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).

أقول: إذا قام من دون نية العود ببطلان حقه ظاهر، لأن حقه الحادث بالجلوس في طريق المسلمين انتهى أ美的ه وعاد الحق إلى الجميع، بل وكذا إذا نوى الرجوع إلى الجلوس فيه لحاجة له، فإن الحق الذي حدث له في الطريق المتعلق بالعموم لم يكن

بحدّ يجوز له دفع غيره إذا تركه مع نية العود إليه، بل القدر المتيقن من الحق ما دام جالساً لا غير.

وإما استصحاب بقاء حقه، ففيه أن أريد جريانه في كلتا الصورتين - نية العود وعدمه - فهو باطل، فإنَّ العرف لا يرون له حقاً مع عدم نية العود جزماً، وأما معها فلأنَّ العرف لا يعتبرون لها في أمثال المقام أثراً. نعم إذا كان ترك المحل إلى قدم أو قدمين لحاجة في ثوان معدودة لا يسقط حقه، فإنَّ العرف لا يرون مثل هذا الترك مخلاً بعنوان الجالس بل بصدق الجلوس.

وأما إذا قام عنه وبقي رحله، فحكم جمع ببقاء حقه، وجمع بعدم بقائه، والأظهر أنَّ الرحل مع عدم نية العود مطلقاً أو في زمان قصير، لا أثر له في بقاء الحق بنظر العرف، وأما مع نية العود بعد حين قصير فيه إشكال ولا يبعد بقاء حقه بنظرهم، ولا أقلَّ من الشك فيه واستصحاب بقائه لا مانع منه.

وأما إذا ألقى رحله للجلوس المتأخر، فالظاهر عدم حدوث حق له به، لأنَّ سبب الحق الجلوس دون الرحل فيه والأصل عدمه.^١

وفي الفرض الأول هل يجوز لف الرحل وجعله في محل؟ قيل: لا، لأنَّه تصرف في مال الغير بغير إذنه. وفيه نظر أو منع لامكان جوازه وصولاً إلى الحق، بل صاحب الرحل متعدِّ في إلقاء رحله في محل لا حق له، ومن هنا - أي كونه متعدياً - يمكن أن يقال بأنَّ تصرف الثاني فيه ولده لا يوجب ضماناً. وقيل بالضمان بناء على حكم العقلاء بأنَّ على اليد ما أخذت حتى تؤديه.^٢

ثم إنَّ النصوص الواردة في المسألة كمرسلة الصدوق عليه السلام عن أمير المؤمنين - سلام

١. وقد كنا مبتدئين به أيام تحصيلنا في التلجم الأشرف حينما تشرفت بحضورة الإمام الشهيد - سلام الله عليه - في كربلا، وكانت محال الصلاة - قرب الحائز - مملوئة بالرجال وكثنا نجتبها. زاعمين أنَّ الرجال المذكورة تحدث لأربابها حقاً!

٢. وهذا من خبر عامي غير ثابت من طريقنا ولائق بانجباره باستدلال المتأخرین به، والعمدة في المقام بناء العقلاء.

الله عليه - سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل....^١ ورواه الكليني بسنده الصحيح عن طلحة بن زيد المجهول عن أبي عبدالله عليه السلام ومرسلة ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام: سوق (القوم - خ) المسلمين كمسجدهم. يعني إذا سبق إلى السوق كان له مثل المسجد^٢ ضعيفة سندأ لا اعتبار بها.

بقيت فروع خمسة

١. صرَح العلامة عليه السلام في محكي التذكرة بأنه لو دفعه أحد عن مكانه أثم وحل له مكنته فيه وصار أحق من غيره به. وفي الجوهر: وبذلك يظهر انه لا يدخل في موضوع الغصب ولا يتربّ عليه ضمان ضرورة عدم كونه من الأموال أو الحقوق المالية.

وفيها أيضاً: ولعل الوجه في أصل المسألة، ان حقيقة الطريق للجالس بالسبق ووضع الرحل ونحو ذلك، ليست كحقيقة التحرير التي تنتقل بالصلح والإرث ونحوهما، بل هي لاتزيد على حرمة الظلم بدفعه عن مكانه وبالتصرف برحله الموضوع في مكان كان يجوز له وضعه فيه.^٣

أقول: إن تم ما ذكره صاحب الجوهر فهو وان شك فيبقاء حق المطرود المدفوع يمكن أن يقال ببقاء حقه بالاستصحاب. فما أفاده العلامة من حل مكث الدافع لا يخلو عن إشكال. نعم إذا ذهب المدفوع ولم يطلب الجلوس فيه، حل لغيره.

٢. إذا جاز الجلوس جاز له التظليل بما لا يضر بالمارأة وبالملائكة المجاورين للطريق، بأي شيء أراد، بل لا بأس ببناء الأرض بالأجر والاسمنت والقير والحجر ونحوها بما لا يضر بالمارأة.

١. الوسائل، ج ١٧، ص ٤٠٥.

٢. نفس المصدر، ص ٤٠٦.

٣. ج ٣٨، ص ٧٩.

٣. إن استبعاد اثنان إلى محل من الطريق على وجه تعلق به حقهما به ولم يمكن الجمع، فالاُظْهَر الرجوع إلى القرعة. ولا فرق بين مسلم وغيره.

٤. يشكل بناء الدكّة والتسييف والمستند في الطريق، لتزاييد المارة بمرور الزمن كما هو محسوس.

وما حفظه صاحب //الجوهر// من اقتضاء الأصل والسيره القطعية جواز سائر وجوه الانتفاع بالمنافع المشتركة إذا لم تعارض أصل المنفعة المقصودة منه الذي أعد لها بإحياء المحيي أو بوقف الواقف أو بتسبيل المسبل أو بغير ذلك، من غير فرق بين ما يدوم أثر التصرف كالبناء ونحوه وبين ما لا يدوم.^١

غير مقنع بعدما عرفت من استثناء المارة بمرور الزمن وتطور الوسائل النقلية، وادعاء المعمرين للملكية فتكثّر المشكلات لمسؤولي البلدية فيما بعد. فلاحظ وتأمل.

على أن إحراز السيرة المدعّاة لم يحرز اتصالها بزمن الأئمة عليهم السلام فلا عبرة بها، والأصل إنما يتم في الطريق الذي صار طریقاً بالاستطراف، أمّا إذا صار طریقاً بإحياء المحيي أو بوقف الواقف مثلاً، ففي جريانه إذا شك في نية صاحبه إشكال.

نعم، يجوز بناء التسييف للمارّة المنتظرین لركوب السيارات والباصات كما اعتيد في البلاد، وكذلك بناء دكّة لشرطة المرور، وبناء كل شيء يحدث في المستقبل لمصلحة المارة.

٥. من الشوارع العادة، ما يقوم بعض الشركات الاستثمارية بإحياء الأرض أو اشتراطها من ملوكها، ثم تبليطها، فيأخذون الأجرة من السيارات الناقلة، للراكبين باشراف من الحكومة، كما رأينا في فرنس أيام جهادنا ضد الماركسيين الأفغانيين والسوفياتيين - عليهم اللعنة وسوء العذاب - .

وحكم هذا الشارع من الجلوس والتظليل والتسييف وبناء المستند وغير ذلك من قوانين المرور تابع لإذن مالكيه فقط.

قال: (ولو جلس للبيع أو الشراء فالوجه المنع إلّا في الموضع المتسعة كالرحاّب نظراً إلى العادة، ولو كان كذلك، فقام ورحله باق فهو أحقّ به، ولو رفعه ناوياً للعود فعاد، قيل كان أحقّ به لثلا يتفرق معاملوه فيستضرّ، وقيل يبطل حقّه، إذ لا سبب للاختصاص، وهو أولى).^١

أقول: تقدّم جواز الجلوس غير المضّر بالمارّة، ولا فرق بين كونه للبيع أو الشراء أو غيره من الأهداف ويجري فيه ما سبق حرفًا بحرف. على أنَّ بعض المحققين ذكر أنه لم يجد قائلًا من الإمامية بالذى نقل الماتن (قيل كان أحقّ به).

قال: (وليس للسلطان أن يقطع ذلك، كما لا يجوز أحياوه ولا تحجيره). ولعله لا خلاف فيه ولا إشكال، فإن مورد هذه الثلاثة الموات دون ما تعلّق به حق المسلمين بل مطلق العابرين.

وللطريق فروع أخرى لابد من بيان أحكامها

١. في موثقة سماعة قال: سأله عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه؟ فقال: أمّا ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان. وأمّا ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك، فهو ضامن لما يسقط منه.^١

أقول: وهذا الضمان يشمل إدارة البلدية إذا حفر الطريق لأي غرض كان ولم يجعل على الحفيرة علامة للحدّر، فوقع فيه عابر أو سيارة أو نحوها. وأمّا إذا حفر في الطريق الذي يملّكه - كما مرّ في الفرع الخامس المتقدّم آنفاً - فهل يضمن ما سقط فيه أم لا؟ فيه وجهان يمكن ترجيح الأول إذا قلنا بانصراف الموثقة عن مثل هذا المملوک فتدبر فيه. بل يمكن أن يستدلّ عليه بإطلاق صحيحي الحلبي والكتاني المتقدّمين أيضاً بناء على أنَّ إضافة الطريق إلى المسلمين فيهما لainفي ملكيته لمالكه.

١. نفس المصدر، ج ٢٩، ص ٢٤١ - ٢٤٢.

٢. في موقعة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سأله عن رجل اشتري داراً فيها زيادة من الطريق؟ قال: إن كان ذلك فيما اشتري فلا بأس.^١
أقول: إن كان إدخال بعض الطريق في الدار ظلماً وغصباً، فلا بد من رد الحديث إلى من صدر عنه، فإنَّ حقَّ الناس لا يملك بالغصب والمعاملة، بل الظاهر بطلان البيع في فرض الجهل بمقدار الطريق المغصوب، وثبوت الخيار للمشتري بتعييض الصفقة في فرض الجهل بالغصب.

نعم، لا بأس بحمل الحديث على فرض عدم تبيين الغصب حملًا لفعل المسلم على الصحيح كاحتمال كون الطريق مرفوعاً وأخذه مالك الدار بإذن أربابه، وعلى الجملة لا يجوز مخالفة القواعد بهذا الخبر المجمل.

٣. لا يجوز التصرف بما هو غير متعارف في الطريق كبناء حائط أو نهر أو مزرعة وغير ذلك.

نعم، لا بأس بغرس الأشجار في جانبي الطريق كما هو المعمول في كثير من البلاد، لمصلحة المارة وكذا حفر بالوعة فيه ليجتمع فيها ماء المطر ونحوه كبناء حائط صغير في وسطه حفظاً للسيارات عن التصادم وكذا نصب علامات للسوق كما اعتيد في أعيادنا، وكذا كل ما يحدث في المستقبل القريب أو بعيد لمصلحة المارة وسهولة إيايهم وذهابهم في الشوارع وكذا يجوز التصرف في فضائه بإخراج روشن أو جناح صغير أو فتح باب أو نصب ميزاب عمودي (لا أفقى) وغير ذلك من التصرفات غير المضرة بالمارة.

٤. يجوز حفر طريق في جوف أرض الطريق لاستطراق المارة واحتصاص فوقه بالسيارات وغيرها من الوسائل أو بالعكس، وكذا يجوز بناء طرق فوق الطرق تسهيلاً لأمر عبور الركاب والمشاة في الموضع المتقطعة.

٥. يجوز تخصيص طرق بالسيارات السريعة دون سيارات الشحن وأمثالها، كما

يجوز تخصيص آخر بالمشاة وبعض السيارات وأمثال ذلك مما يتضمن مصلحة المارة من المشاة والركاب. وللسكة الحديدية حكم خاص بها، وربما يصبح بعض السيارات أيضاً بحاجة إلى طريق خاص بها لكبرها وشدة سرعتها في المستقبل القريب، بل لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً.

٦. ذكر سيدنا الأستاذ الخوئي عليه السلام أنه لا بأس بحفر سرداد تحت الطريق إذا أحكم أساسه وسقفه.

أقول: إذا كان حفره لمصلحة المارة أو لمصلحة الأعم منهم فلا بأس به، وأمّا إذا كان لمصلحة شخص خاص بحيث يملكه بالإحياء، فالحكم بالجواز مبني على أن حق الاستطراف إنما يتعلق بمجرد سطحه الظاهري دون سطحه الباطنة، وهو لا يخلو عن إشكال أو منع، أو مبني على أن مرد حق المارة على الطريق إلى عدم جواز مزاحمتهم في المرور والاستطراف، لا أزيد من ذلك فيمكن لمن تصرّف حفر سرداد تحته، ومنه يظهر جواز تغيير الطريق العام إذا لم يضر بالمارة ولم يوجب مزاحمتهم، لأنّ لهم حقاً متعلقاً بالطريق كحق المحرج بالمحجرة، ولا شك أنّ مراتب الحق مختلفة ضعفاً وقوّة وتعلقاً وسعةً وضيقاً.

ومع الشك نقول إن القدر المتيقن من حق الاستطراف هو الأول دون الثاني، على أنّ أصلّة البراءة أيضاً تكفي لنفي حرمة الحفر، بل يمكن الرجوع إلى قوله تعالى: «وَالْأَرْضُ وَضَعَهَا لِلأَنَامِ»، ولا يقيده ما بعده. نعم، إن شرط مالك الطريق أو واقفه شرطاً يعمل به فتأتى فتاوى والله العالم.

٧. لا حد للطريق سعةً وضيقاً، بل هو بحسب الحاجة وكثرة المارة وقلّتهم واختلاف الوسائل الناقلة، فيمكن أن يكون عرضه متراً واحداً، ويمكن أن يكون مائتاً متراً. وإن شئت فقل أن عرضه كطوله تابع للحاجة، وهذا فليكن واضحاً.

وأمّا ما في موثقة البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا تشاھ قوم في طريق، فقال بعضهم سبع أذرع، وقال بعضهم أربع أذرع، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا، بل خمس أذرع.^١

١. الوسائل، ج ١٨، ص ٤٥٥ آخر كتاب الصلح.

فلا بد من حمله على فرض خاص كجسم النزاع في مورد يكفي هذا الحد، على أنه معارض بما دلّ على أنه سبع أذرع لكن سنته ضعيف بالتوافلي.^١ ومنه يندرج ضعف ما منعه السيد الأستاذ الخوئي (طاب ثراه) من أحياه الموات بمقدار يوجب نقص الطريق عن خمسة أذرع، فإنه حد الطريق المعين من قبل الشرع ولو أحياه لوجب عليه هدمه.

أقول: لا حد معين شرعاً للطريق كما عرفت وما أفاده هو تبعاً لجماعة ضعيف جداً.

٨. إذا انقطعت المارة عن طريق إما لعدم المقتضي أو لوجود المانع زال حكمه، بل ارتفع موضوعه وعنوانه. وعليه فيجوز لكل أحد أحياوه وإن كان موقوفاً أو مسلاً، وقد مر في الأرضي الموقوفة ما يفيد المقام. لكن لو كان الواقف أو المسيل حياً وجوب الاحتياط باسترضائه.

٩. لو أحدث جناحاً على الشارع العام ثم انهدم أو هدمه، فإن كان من قصده تجديده ثانياً، فالظاهر عدم جواز إشغال ذلك الفضاء للجانب المقابل، لقضاء العرف العام ببقاء حقه. ولا أقل من كونه لازماً من باب الاحتياط. وإن لم يكن ذلك من قصده جاز للغير إشغاله.

١٠. هل يجوز تسقيف الشارع العام وبناء البيت على فوقه ولو بتواافق الجارين المتقابلين في جانبي الطريق كما يشاهد في بعض الأزقة، والمفترض أنه لا يزاحم المارة وإحmalهم ودواهم.

أقول: قد يقوم أكثر أرباب الدور مع جيرانهم بذلك فيظلم الطريق فيضر بحال المارة صحة وأمنا للنساء والأطفال فهذا لا مجوز له، وإن لم يضر بالاستطراف. وقد يقوم به بعضهم ولا يضر بحال المارة، وحكمه مبني على ما مرّ من أن حقّهم هو مجرد عدم مزاحمتهم في المرور فقط، أن لهم حقاً بالطريق ولو أضعف من حق التحجير، فعلى الأول يجوز التسقيف، ثم له جواز بناء الغرفة أو الغرفات فوقه، وعلى الثاني لا يجوز.

نعم، إذا كان التسقيف مانعاً من مرور السيارات ونحوها ولو في المستقبل البعيد لابد للبلدية من أخذ السند من المالك بتخريب سقفه وما فوقه عند الاحتياج إليه. والله العالم.

١١. لا يجوز للسوق وأصحاب الوسائل الناقلة إيقافها في الشارع العام بحيث يصعب عبور المارة ومرور السيارات الأخرى وهكذا لغيرهم أن يخلوا بنظم المرور بأي نحو كان ولو بالصلة الواجبة في وقتها المضيق.

١٢. قوانين المرور الموضوعة اليوم من قبل الحكومات إن كان بعضها مغایراً للأحكام الإسلامية فلا يجوز العمل به، ويحرم تطبيقه على الناس ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون والفاسقون.

وإن لم يكن مغایراً للأحكام الإسلامية فان لم يستلزم إهمالها ضرراً لغيره فلا يجب العمل به، وأما إن استلزم من إهماله إتلاف النفوس والأموال واحتلال نظام المرور للمشاة والركاب كما إذا اعتاد الناس على العمل به فيجب مراعاته والعمل به بلا شبهة.

وأقماً حكم به الحاكم الشرعي أو الدولة الإسلامية فيجب العمل به مطلقاً وإن لم يستلزم تركه ضرراً بالمارة وغيرهم لوجب قبول حكم الحاكم الشرعي.

١٣. هل يجوز حفر الطريق المضرّ بالمارة واستطرافهم لأجل مجاري مياه الشرب أو المياه الفاضلة أو الكهرباء أو الهاتف أو الغازات إلى البيوت، فإنّها من حاجات أهل البلد المهمة في هذه الأعصار ولا يوجد لإيصالها إلى البيوت سوى الطرق المذكورة؟

الظاهر جوازه لأنّ غالباً المارة هم أهل البلد المحتاجون إلى تلك الأشياء فيرضون به، بل يجوز وإن لم يرض به جمع لترجيح الأهم على المهم، فلاحظ.

السكة الموفوعة

قسم جمع من الفقهاء الطريق إلى النافذ والشارع العام وقد تقدّمت مسائله

وأحكامه. وإلى غير النافذ، وهو الذي لا يسلك منه إلى طريق آخر أو أرض مباحة، لكونه محاطاً بالدور من جوانبه الثلاثة، وهو المسماة بالسكة المرفوعة والدرية، وقلوا أنه ملك لأرباب الدور التي أبوابها مفتوحة إليه.

ولها أحكام متعددة مذكورة في كلام جماعة، العجب أنها غير معنونة في الشرائع والجواهر واللمعة والروضة والقواعد واياضح الفوائد وجامع المقاصد.

وعلى كل، فنحن نذكر جملة من فروع هذا الطريق:

أولها: استدلّ المحقق القمي رحمه الله في جامع الشتات^١ على ملكية أرباب الدور لهذا الطريق: بأنّ الأصل في الأرض هو الإباحة، واليد ظاهرة في الملك، وثبتت يدهم عليها يقتضي اشتراكهم في الملك على حسبها. وإن تنزلنا من ذلك فلا أقلّ من كون الطريق حريراً، وأظهر الوجهين في الحرير الملكية، لأنّه مدلول تبعي للتملك من باب دلالة الإشارة، فإنّ قولهم عليهم السلام: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، المفيد للملك المستلزم لكون الحرير له يقتضي ملكية الحرير بالتبع. ولو سلمنا كفاية استحقاق الانتفاع في تحقق ذلك فهو لا يستلزم الملك، بل الأولوية، فيكتفي في ما نحن فيه من سقوط حق الغير عنه وعدم جواز التصرف إلا بإذن الأرباب.^٢

وقال قبل ذلك: وقد صرّح جماعة بأنّ الأصل في حرير القرية وأمثالها الملك، وكذلك حكم الدور، والطريق من جملة الحرير المذكور. فالتحقيق أنه ليست المعرفة كالنافذة، بل هي إنما ملك لأربابها أو أنهم أولى وأحق بها.

وقال في محل آخر: وحاصل المقام ان الطرق المنسدة إذا علمت حالها وكيفية وضع أربابها من الاستحقاق والملكية بعنوان الاشتراك في الكل أو البعض وغير ذلك

١. فيل اسمه الأصلي (السؤال والجواب) ثم وضع بعض تلاميذه اسم جامع الشتات عليه بعد أن زاد عليه بعض مؤلفات المحقق القمي.

وعلى كل رأيت النسخة المطبوعة القديمة في مجلد واحد ورأيت النسخة الجديدة في أربعة أجزاء ولاحظت مقداراً من باب الشركة فرأيت الكتاب كثير الأغلاط ومن يلاحظ مقدمة المصحح في أول الطبعة الجديدة يبقى في شك من إصلاحه. فإنه أصلح الأغلاط بنظره في الجملة.

٢. جامع الشتات، ج. ٢، ص ٢٦٤، الطبعة الحديثة.

فهو المتبع، وإن جهل الحال وهو المبحوث عنه، فهناك أرض غير معلومة الحال، والأصل في الأرض الإباحة، ولم يعلم في حقها شيء، إلا أنه بني حولها دور أبوابها في تلك الأرض، وتملك الأرض من مرافق هذه الدور إنما من جهة الاستطراف إليها أو من جهة جريان مياهها إليها من الميازيب وإنما من جهة سائر الحاجات كاجتماع دوابها وحط أتقالها أو غير ذلك.^١

أقول: أصالة الإباحة في الأرض غير مسلمة، فإن الأرض إنما مملوكة للفرد وإنما مملوكة لجميع المسلمين، وإنما متعلقة لحق كالمحجرة، وإنما مباحة بالأصل كالمواطن على الأظهر وإنما من الأنفال، والأخيرتان لا تملكان إلا بالإحياء غير الصادق على الطريق.

كما أن ما ذكره من الأصل في حريم القرية وأمثالها، الملك، أيضاً غير ثابت، بل تقدم ما يعرف منه ضعفه، وكون مثل هذه اليد – أي يد صاحب الدار على الدربيبة – علامة على الملكية غير بين ولا بمبين.

فالالأظهر أن لأرباب الدور حق أولوية على الطريق غير النافذ، والمتيقن منه عدم جواز مزاهمة غيرهم لهم في الاستطراف ومرور الدواب وحمل الأتقال وحطها ومجيء ضيوفهم وزائريهم، لا غير، وإن شئت فقل: لا فرق كثير بين النافذ وغير النافذ.

وإن لم أفرز على مخالف للقول بالملكية سوى المحقق الأردبيلي (رحمه الله تعالى) فإنه منع الملكية وقال: إلا أن يثبت الملكية بوجه شرعي، ولو بادعائهم الملكية مع عدم العلم بفساد الدعوى، ولكن يشترط أن لا يعتمدو في دعواهم ذلك باستمرار الاستطراف، فإن الذي علم من التصرف والاستطراف، استحقاقهم ذلك، لا (مالكيتهم به)...^٢

ثانيها: أن مقتضى القاعدة تعلق حق صاحب الجدار فيه وإن لم يكن له باب إليه،

١. نفس المصدر، ج ٣، ص ٢٦٨.

٢. نفس المصدر، ص ٢٦٠.

فإنَّ الجدار يحتاج في ترميمه ومحل عمله وترابه إلى حريم، والعجب أنَّ أحداً لم يذكره واتفق من رأيت فتاواهم على إنكار حقّه فيه، ولا نوافعهم عليه. لما نقدم في كلام الماتن من إثبات الحريم له.

ثالثها: منع صاحب جامع الشتات بناء عمارة أو مرحاض في الدار لأحد الشركين في الطريق من دون إذن شريكه إذا أوجب كثرة تطرق الأجانب في الطريق.^١

لكته ضعيف ومخالف لبناء العرف والعقلاه، فالراجح جوازه وجواز تطرق الناس إلى بيته.

رابعها: هل يشترك كل أصحاب الدور في جميع الطريق من أوله إلى آخره، كما ذهب إليه سيدنا الأستاذ الخوئي رحمه الله حيث قال: وهو مشترك بينهم من صدره إلى ساقه وحكمه حكم سائر الأموال المشتركة فلا يجوز لكل واحد منهم التصرف فيه بدون إذن الآخرين،^٢ نعم، يجوز لكل منهم فتح باب آخر وسد الباب الأول.^٣

وفي جامع الشتات: ... عن الدروس أنه قوي اشتراك الجميع في الجميع واحتقاره المحقق الارديبيلي، أو لا يشترك كذلك كما قال الإمام الخميني رحمه الله وإليك نصه: لا يبعد في الدرية أن يشارك الداخل للدخول إلى قبالة بابه^٤ مما هو ممرّه مع ما يتعارف من المرافق المحتاج إليها نوعاً، ولا يبعد أن يشارك الداخل إلى منتهى جدار داره وينفرد آلآدخل بما بعده، ومع تعدد الشركاء يشارك الأدخل من الجميع معهم، وينفرد بما يكون طريقه الخاص فيشترك الجميع من أول الدرية إلى الباب الأول أو منتهى الجدار ثم يشترك فيما عادا صاحب الباب الأول، وهكذا تقل الشركاء إلى آخر الزقاق.

١. نفس المصدر، ص ٢٥٩.

٢. هذا بناء على الملكية. وأنا على الحقيقة فالأصح أن يقال: فلا يجوز لكل واحد منهم أن يزاحم الآخرين بتصرفه فيه.

٣. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢٧١.

٤. أي باب الداخل ومررته.

ولا يبعد اختصاص الآخر بالفضلة التي في آخر الزقاق، فيجوز لمن هو أدخل من الجميع أي تصرف شاء فيما ينفرد به، بل وفي الفضلة المذكورة.^١

أقول: الأوفق بالمرتكزات العرفية هو القول الثاني، بل لا وجه لاشتراك الداخل مع من بعده، أفرض طول زقاق خمسين متراً مثلاً، فأي حق لمن بابه في أول الزقاق، في المتر الخمسين عند العرف، نعم في اختصاص الأخيرة بالفضلة من دون تصرف انتفاعي بها نظر. وعلى كل ضعف القول الأول - لاسيما على الاستحقاق دون الملكية - ظاهر جدأ. بل لعلَّ القول الثاني هو المشهور كما يظهر من محكي التذكرة وصدقه المسالك وغيره.^٢

خامسها: الثابت بالسيرة العرفية وبناء العقلاء جواز الجلوس والاستطراف في الدربية والتردد فيها إلى داره بنفسه وأهله ودوابه وسيارته وكل ما يتعلق بشؤونه من دون إذن باقي الشركاء وإن كان فيهم اليتيم والمجنون ومن دون رعاية المساواة معهم، ولا يلتفت إلى من يقول منهم بأني لا أرضي بدخول ضيوف فلان في هذا الطريق، ومن إعتبر إذن الشركاء في مثل التصرفات العادية اليومية فقد بعد عن الحق بعداً.

ولو فرض أنَّ إيقاف صاحب الدار الأولى سيارته في أول الزقاق، يسد ممر سائر السيارات فيه على أربابها فلابد من المذكرة وعلاج المشكلة ومع التشاح يرجعون إلى الحاكم الشرعي.

سادسها: لا يجوز ظاهراً لمن كان حائطاً داره إلى الدربية فتح باب إليها للاستطراف لعدم حق له في ذلك، نعم له فتح ثقبة وشباك إليها وإن استلزم الاستعلام والتتمكن من الإطلاع على ما لا يجوز له، فإنَّ المحرم هو الإطلاع دون فتح الشباك، بل الأظهر جواز فتح باب إليها لا للاستطراف، لأنَّه تصرف في جداره المملوك فقط، نعم لأصحاب الدربية أخذ السند عنه بأنَّ فتح بابه لا يدل على اشتراكه في الزقاق وإن كان له حرير جداره فيه كما أشرنا إليه سابقاً.

١. تحرير الوسيلة، ج ٢، ص ٢١٦.

٢. أ. باب الداخل وممره.

سابعها: قيل لأرباب الدور سد الطريق وتقسيمه بينهم وادخال حصصهم في دورهم. أقول: هذا مسلم إذا لم يذهبوا بحق حرير صاحب الجدار كما ذكرناه. وقيل: لا يجوز لأرباب الدور أن يتصرفوا فيه ولا في فضائه إلا بإذن من يعتبر إذنه. أقول: هذا مسلم في غير التصرفات المعتادة الالزمة وغير الالزمة. وقال الميرزا القمي رحمه الله: لا يجوز إحداث الكنيف والبالوعة ولا إخراج الأجنحة والرواشن^١ والميازيب إلا بإذن جميع أربابها وإن لم يكن مضراً^٢. أقول: كلامه على الملكية في غير الميازيب متين وأما الميازيب فهو من ضروريات الدور ولا بأس بإحداثها لكل أحد من الشركاء رضي به الآخرون أم لا، ولا تنافيه الملكية، فإن أنواعها مختلفة تابعة لاعتبار العرف. وأما على القول بالحق بمعنى عدم جواز مزاحمة الشركاء فيجوز كلها عند عدم المزاحمة. وأما على القول بكونه حق التحجير فهو كالقول بالملكية في النتيجة. فتأمل.

واعلم أن العمارات المتضمنة للدور الكثيرة في طبقات متعددة كما حدثت في عصرنا في البلاد الغربية وبعض البلاد الشرقية لها مراافق وحرائم بالنسبة إلى خارجها وبالنسبة إلى كل طبقة وبالنسبة إلى كل دار، ولعل المحيط بما في الكتاب لا يعجز عن درك أحكامها والله سبحانه هو ولي التوفيق والسداد، وله الحمد على كل حال.

نتمة

وهنا قسم آخر للأزقة وهو من أقسام غير النافذ، لكن لا باب لأحد فيه للاستطراف وغيره، وإنما أمرت البلدية بإحداثه لأجل القمامه والمياه الفاضلة ونحوها، وكان في المحلات الحديثة في بلدنا. وكان والدي - رحمه الله تعالى في البرزخ ويوم الحساب إلى أن يدخل الجنة بفضله - أول من فتح فيه باباً لحاجة له فيه.

١. في مجمع البحرين: الرواشن جمع روشن وهي أن يخرج أحشاياً إلى الدرج وتبني عليها وتجعل لها قوانين من أسفل (ج ٦، ص ٢٠٠، الطبعة الحديثة).

٢. جامع الشتات، ج ٣، ص ٢٥٩.

أقول: إن كانت أرض الزقاق من الحكومة الإسلامية فحكمها تابع لنظرها وإن كانت من الموات فلا بأس بفتح الأبواب والمشي والجلوس وغيرها مما لا يزاحم الآخرين في المنفعة المقصودة وإن كانت ملكاً لأرباب الدور على جانبي الزقاق فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنهم أو رضاهم إلّا بالمقدار المتعارف المنسجم مع المنفعة المقصودة، والله العالم بأحكامه.

المساجد

قال: وأما المسجد فمن سبق إلى مكان منه فهو أحق به مادام جالساً.

أقول: الظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف فيه وهو من الواضحات في الجملة. والقدر المتيقن في معنى الحق عدم مزاحمة آخر للسابق في الانتفاع منه، ويحتمل كونه أولى من غيره وثبوت حقه على المحل حتى استيفاء غرضه منه. ويظهر التمرر بين الوجهين فيما إذا طرده قاهر ثم شرع في الصلاة فيه، فعلى الأول لا تبطل صلاة القاهر وإن أثم، وعلى الثاني تبطل لغصبية المحل، ولا فرق في هذا بين المسجد والطريق والحسينية ونظائرها.

ثم الظاهر عدم الفرق في الأحقيقة بين ما جلس للصلاة أو الدعاء أو قراءة القرآن أو تعليم الأحكام أو تعلمها أو لغرض مباح كالاستراحة والنوم مما جرت السيرة عليه، والمسلمون في المسجد شرع سواء، ويشكّل ثبوت الحق للكافر، وإن قلنا بجواز دخولهم في غير المسجد الحرام من المساجد كما هو الأظهر، فالحق للمسلمين وحدهم.

وأما الجنب والحائض والنفسياء إذا عصوا وجلسوا في المسجد ففي ثبوت حق لهم وجهان أقواهما الثاني إذ بعد وجوب خروجهم منه لا معنى لثبوت حق لهم في المحل.

قال: (فلو قام مفارقاً بطل حقه ولو عاد. وإن قام ناوياً للعود فإن كان رحله باقياً فهو أحق به وإلّا كان مع غيره سواء).
وعن جامع المقاصد أنه المشهور وعن المبسوط نفي الخلاف فيه، كما في

الجواهر. وقال السيد الأستاذ الخوئي عليه السلام في منهاج الصالحين: وأما إذا كان ناويأ للعود، فإن بقي رحله فيه، بقي حقه بلا إشكال، وإن لم يبق ففي بقاء حقه إشكال، فالأخوط مراعاة حقه، ولاسيما إذا كان خروجه لضرورة كتجديد الطهارة أو نحوه.

أقول: الأرجح جريان ما ذكرناه في الطريق هنا بلا فرق، وأنه لا دليل على تأثير نية العود في الأولوية فلا فرق في بطلان حقه بين الإعراض ونية العود أو عدمها، فإذا قام بطل حقه، إلا إذا ترك المحل بنحو خطوة أو خطوتين لأخذ شيء أو إعطائه بحيث يصدق عليه شاغل المحل، فهو أحق به، وأما إذا بقي رحله بفضل قريب فلا يترک الاحتياط فيه. وإن طال الفصل فلا يبعد بطلان حقه، وأما الرجل المتقدم فلا دليل على إيجابه حقاً لصاحبه، بل لو حضرت الصلاة ولم يحضر صاحب الرحل الذي تركه عن قرب عند تكبير الإمام يمكن القول بسقوط حقه وجواز قيام غيره من المأمومين فيه، بل لعله هو الأقرب عند ركوع الإمام.

وأما حكم التصرف في الرحل تكليفاً ووضعاً فقد تقدم بحثه في الطريق.

ويقول صاحب الجواهر عليه السلام بثبوت الضمان للأصالة الضمان مطلقاً لقاعدة اليد وغيرها. ثم قال: بل قد يقال إن سقوط أحقيته لا يقتضي جواز التصرف في ماله بعد أن كان وضعه بحق ولم تنحصر في الموضوع المخصوص.^١

ويقول السيد الأستاذ الخوئي عليه السلام: الظاهر عدم الضمان إذ لا موجب له بعد جواز رفعه للوصول إلى حقه.^٢ أقول: ولا يبعد ترجيحه على سابقه.

وعلى كل لانعرف وجهاً لجزم السيد الأستاذ ببقاء الحق مادام الرحل باقياً، فإنما لم نجد دليلاً يصلح لإثباته على نحو الإطلاق.

قال: (ولو استبق اثنان فتوافيا، فإنَّ أمكن الاجتماع جاز وان تعسراً أقرع بينهما).

لأنَّ الحق لا يعودهما والمحل لا يكفيهما فلا بد من الرجوع إلى القرعة، وهكذا في المشاهد والخانات والربط والطرق والمدارس وغيرها.

١. الجواهر، ج ٣٨، ص ٩١.

٢. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢٢٤.

بقيت في المقام مطالب مهمة

١. تتقىد الصلاة في المسجد على غيرها من أقسام العبادة وغيرها ظاهراً، لأنها المنفعة المقصودة الأصلية من وضع المسجد، فلو تزاحم الصلاة وقراءة القرآن أو الدعاء أو تعليم العلم أو تعلمه أو إلقاء الخطابة والوعظ والاتعاظ، تتقىد الصلاة عليها، بل وإن كانت صلاة إجارة أو تطوع على الأحوط. واعترف صاحب *الجوهر*^{الله} بعد الحكم بتقديم الصلاة على غيرها من العبادات بأنه لم يجده في كلام أحد من الأصحاب، بل ولا غيره من صور التعارض المتصورة في المقام.

وقال السيد الأستاذ في منهاجه: ولا يبعد أن يكون الحكم كذلك، حتى لو كان اختيار المصلي هذا المكان اقتراحًا منه، فلو اختار المصلي مكاناً مشغولاً بغير الصلاة ولو اقتراحًا يشكل مزاحمة بفعل غير الصلاة وإن كان سابقاً عليه. أقول: إن تمامه بدليل مقنع مشكل لاسيما إذا لم يكن للمصلي سبب شرعي أو عقلائي في طلب ترك المحل الذي سبق إليه غير المصلي.

٢. إذا دار الأمر بين صلاة الفريضة والنافلة أو مطلق المستحبة، فإن كان حال إقامة الجماعة ففي تقديم الفريضة على غيرها وجهان أقربهما الأول، وإن لا فلام على تقديمها على غيرها إلا في آخر الوقت حيث يفوت وقت الصلاة فيحتمل تقديمها. والعemma في التقديم في كلام الموردين استكشاف نظر الشرع من ارتکاز المتشّرعة، والله العالم.

٣. إذا تزاحم غير الصلاة كالدعاء وقراءة القرآن والتعليم والتعلم والموعظة والاستراحة والنوم، بعضها بعض، فلا دليل على تقديم بعضها على الآخر. ويمكن أن نتقىد الذكر والدعاء على غيرهما من الأفعال الواجبة والمستحبة سوى الصلاة لقوله تعالى: «وَأَقِيمُوا وُجُوهَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَادْعُوهُ مُخْلِصِينَ لِهِ الدِّينَ».^١

وقوله تعالى: «وَمَنْ أَظَلَّمَ مِنْ مَنْ نَعَمَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ».١

وقوله تعالى: «وَمَسَاجِدُهُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَبِيرًا».٢

وقوله تعالى: «فِي بُيُوتِ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْعُدُوِّ وَالْأَصَالِ».٣

ومحصول الآيات كون الدعاء وذكر اسم الله - بناء على أنهما غير الصلاة وفي غير الصلاة - كالصلاحة من المقاصد الأصلية للمساجد، وإن قلنا بتقديم الصلاة عليهما في فرض التراحم. والله العالم.

٤. في صحيح ابن الحجاج عن جعفر بن إبراهيم عن علي بن الحسين عليه السلام قال: قال رسول الله صلوات الله عليه وسلم: من سمعتموه بنشد الشعر في المساجد فقولوا فض الله فاك، إنما نصبت المساجد للقرآن.^٤

ولولا جهالة جعفر بن إبراهيم لقلنا بتقديم القراءة على غيرها عند التراحم في المسجد سوى الصلاة والذكر والدعاء، بل كان بإمكاننا أن نجعلها في عرض الآخرين.

٥. لا دليل على تقديم الصلاة جماعة على الصلاة منفرداً، فلا تجب على المنفرد تخلية المكان للمأموم بل ولا للإمام فلاحظ، نعم يشكل الأمر في الإمام الراتب، فالأحوط - إن لم يكن الأقوى - ترك مزاحمته في محله المعتمد، وأشكل منه إقامة جماعة أخرى بإمام آخر. وفي بطلان الجمعة الثانية القاهرة وجهان متقدمان. لا يقال: هذا الحكم متهافت مع ما من بطلان حق الماكل في المسجد إذا ترك المحل، فإن الإمام والمأمومين يتربكون المحل وإنما يشغل المسجد الآخرون عند صلاة أخرى قبل مجبيه هؤلاء الأولين.

١. البقرة (٢): ١١٤.

٢. الحج (٢٢): ٤٠.

٣. النور (٢٤): ٣٦.

٤. جامع الأحاديث، ج ٤، ص ٥٧٣.

فإنه يقال الحاكم بالاستحقاق في أمثال هذه الموارد هو العرف الإسلامي كما لا يخفى. وعندهم فرق واضح بين ترك الفرد وترك الجماعة المعتمادة، فتأمل حنى تعرف.

٦. لايجوز المنام في المساجد إذا استلزم منع الناس من الصلاة، كما لايجوز منعهم عن النوم فيها مع عدم المزاحمة للمصلين، بلا فرق بين مسجدي الحرمين وغيرهما.

٧. إذا أراد الناس الطواف في المسجد الحرام والصلاحة فيه أو في مسجد النبي ﷺ أو مسجد آخر لجهة من الجهات، فيمكن أن نقول إنه يجب على المسؤولين فتح بابه ولا يجوز غلقه في الليل فضلاً عن النهار، لأنَّ الطواف والصلاحة والعبادة من حق المسلمين ولا يجوز سُدَّ الناس عنها.

بل يمكن أن نستدل عليه بالأيات الكثيرة الدالة على حرمة صلى المسلمين عن سبيل الله وعن المسجد الحرام بدالاتها على الحرمة حتى إذا كان السادة من المسلمين الذين يسدون أبواب المساجد بعد إقامة صلاة الجمعة وإتمامها خوفاً على أموال المسجد من السرقة والتلف. فأصبحت أبواب المساجد مغلقة سوى ساعات قليلة من الليل والنهار مع رغبة المصلين إلى الصلاة فيها.

وعلى كل حفظ الأموال ميسر من طريق آخر وهو لا يوجب تعطيل المساجد في غالب الأوقات. والسلطة السعودية تغلق أبواب مساجد في غير أيام الحجّ كمسجد الخيف ومسجد النمرة ومسجد المشعر الحرام وباب المزارات مع رغبة المسلمين للدعاء والصلوة والزيارة وهذا غير جائز لها.

وبالجملة مadam المسجد في معرض الصلاة فلا يصح سدّ بابه، ومع عدم هذه المعرضية لا يأس بسدّه لجهة عقلائية، وإن كان في معرض التدريس القراءة ونحوها. ويمكن الحماقة، الذكـر والدعاء بالصلوة كما متـ. ولمـ لأحد فيه وفـ نظائرـه كلامـ.

٨. لا يجوز منع الناس عن الصلاة في المساجد القديمة، بغلق أبوابها بدعوى أنها ذات قدامة تاريخية وقيمة أثرية، فإنّ هذا العنوان لا يجوز منع الناس عن العبادة فيها شرعاً.

- كما لا يجوز سد باب مسجد في غير ساعة إقامة الجمعة بعد أن هناك مسجداً قريباً من هذا المسجد، فإنه تضييق على المسلمين حقوقهم بغير وجه شرعي.
٩. هل يجب على المتولى فتح باب المسجد في آخر الليل إذا أراد بعض المسلمين إقامة صلاة الليل فيه؟ يحتمله لأنَّ المسجد للصلوة ويتحمل العذر للسيرة - إن أحراز اتصالها - ولأنَّ النافلة يقرء في البيت وفيه تأمل لضعف دلالة ما يدل عليه.^١
١٠. إذا استلزمت توسيعة المسجد، أو تحكيمه أو تحسينه حرمان الناس عن الصلاة فيه شهوراً فهل يجوز تخريبه حينئذ لأجل أحد الأمور المذكورة؟ وهذا إشكال أصعب من هذا وهو أنَّ المواد المستعملة في هذا المسجد من الأموال الموقوفة لل المسلمين على هذا المسجد لا يجوز قلعها وإنلقائهما في المزبلة خارج البلد مثلاً وحرمان مالكها من الثواب إلا في فرض الضرورة الملحقة^٢ أو خطير تلف الناس بانهدام المسجد، لا في فرض الجمال والرينة. فتأمل في المقام.
١١. من جلس في مسجد لفعل حرام لا حق له في مجلسه، بل لا يبعد وجوب طرده بمقتضى ارتکاز المتشرعة الكافش عن مذاق الشرع، وأما من جلس فيه لمباح أو مكروه فلا دليل على جواز طرده وسلب حقه.
- لكن في صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنَّ أمير المؤمنين عليه السلام رأى قاصداً في المسجد فضربه بالدرة وطرده.^٣
- أقول: يمكن أن نفتى بمضمونه وتقول بجواز طرد كل من يصرف الناس عن العبادة وقول باستحقاقه للتعزير الخفيف.
- ويمكن أن نقول إنه ليس بحكم ثابت، بل هو موكل إلى نظر الحاكم عند المصلحة وليس لغيره ذلك.
- والرواية المتقدمة في البند الرابع تؤيد الاحتمال الأول، والاحتياط يؤيد الاحتمال الثاني.

١. الوسائل، ج ٥، ص ٢٩٤ وما بعدها.

٢. ومنها ضيق المسجد وكثرة المأمورين، كما في روايات الوسائل، ج ٥، ص ٢٠٦.

٣. الوسائل، ج ٢٨، ص ٣٦٨.

١٢. في صحيح الكناني قال (أبو عبد الله عثيمين): ما تقول فيمن أحدث في المسجد الحرام متعيناً؟ قال: قلت: يضرب ضرباً شديداً، قال: أصبت، فما تقول فيمن أحدث في الكعبة متعيناً؟ قلت: يقتل. قال: أصبت، ألا ترى أنَّ الكعبة أفضل من المسجد...^١.

ويؤكده - في الجملة - بعض الروايات الضعيفة سندًا.

أقول: الظاهر انصراف الحديث إلى الريح دون البدعة، بل هي غير محتملة في قوله عثيمين: فيمن أحدث في الكعبة. نعم، لا يبعد شموله للبول أيضاً، وأمّا الغائب فالحكم يشمله بالأولوية. ثم المحتمل إرادة المعاند من لفظ المتعيناً، ففي رواية سماعة، ولو انَّ رجلاً دخل الكعبة فبال فيها معانداً، أخرج من الكعبة ومن الحرم وضربت عنقه.^٢ لكنَّها ضعيفة سندًا بعنوان بن عيسى على الأظهر.

لكن أو كان إخراج الريح في المسجد الحرام حراماً لكثرت الروايات حوله، لكثرة ابتلاء المسلمين به في الموسم، والحال أنه لم ترد رواية في أحكام الحج ولم يسأل الإمام عنه أحد، والخبر السابق ورد في بحث أفضلية الإيمان على الإسلام، فالتعريض لحكم الحديث ورد استطراداً وعرضًا كما لا يخفى. إلا أن يدعى أنَّ الراوي هو الذي بين الحكم وصدق الإمام، فيمكن أنَّ الحكم كان مشهوراً عند الناس وإن لم ينعكس في الروايات الواثقة إلينا، فتأمل.

وعلى كل لا شك في جواز النوم في المسجد الحرام، ولا شك ان احتمال خروج الريح في النوم لا يحرمه والله العالم بأحكامه.

١٣. هل يتقدّم التعليم الواجب على قراءة القرآن المستحبّة، فلو دار تخلية مكان من المسجد بين المتعلمين والقارئين للمصلين يقدم القراء في الخروج؟ لازرى وجهاً ملزماً له، إلا أن يدعى فهمه من مذاق الشرع.

١٤. لو وقعت المزاحمة بين الطواف والصلاحة في المسجد الحرام لاسيما صلاة

.١. الوسائل، ج ٢٨، ص ٣٦٩.

.٢. نفس المصدر، ص ٣٧٠.

الطواف خلف مقام إبراهيم عليه السلام يمكن أن يقال بتقديم الطواف، لاختصاص الطواف بأطراف البيت. ويمكن أن يقال بتقديم الصلاة عليه لقوله تعالى: «وَاتْخِذُوا مِنْ مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّا»^١. ويمكن أن يقدم فريضة كلّ منها على مندوب الآخر، ولعل الأظهر إرجاع الحكم في ذلك إلى نظر الحاكم الشرعي التابع لظروف الزمان، والعجب أنه لم يوجد في الأحاديث المعتبرة وحتى غير المعتبرة ما يدل على الحكم، مع أن المسألة عامة البلوى حتى في أعياد الأئمة عليهم السلام فضلاً عن مثل أعيادنا التي لا تخص المزاحمة خلف المقام، بل تعم أكثر أماكن المسجد العرام في بعض أيام الموسم، حتى الطبقة الفوقية من المسجد.

١٥. لا يجوز نصب السماعة في المسجد وايصال صوت الإمام أو الواعظ أو القارئ أو غيره إلى أهل المحلة إذا كانوا يتأندون بسماعه، ولا سيما في ساعات النوم من الليل أو من نصف النهار، لحرمة إيذاء المؤمنين بغير ما اكتسبوه، وقد شاع هذا العمل في أكثر البلاد الإيرانية – صانها الله من السوء – ولا بد للدولة من وضع حد له. نعم، لا بأس بإسماع صوت الأذان للناس لجريان السيرة القطعية بين المسلمين على ذلك، بل ولما هو المعلوم من الدين ضرورة.

١٦. لا دليل على حرمة دخول الكفار في المساجد سوى المسجد العرام، لقوله تعالى: «إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ يَجْنُسُونَ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا»^٢. خلافاً لجمع كثير. والتعدي عنه إلى كل مسجد في ذلك قياس محروم بل قياس مع الفارق وهو ظاهر.

المشاهد

قال سيدنا الأستاذ رحمه الله: المشاهد المشرفة كالمساجد في تمام ما ذكر من الأحكام. أقول: لا أظن إن التزامه بإطلاق كلامه، حتى إذا أراد بها مشاهد الأئمة عليهم السلام فقط. وإليك بعض ما به تختلفان وغيره:

١. البقرة (٢): ١٢٥.

٢. التوبة (٩): ٢٨.

١. المقصود الأصلي من المشاهد زيارة صاحب المشهد دون الصلاة بخلاف المساجد، ففي فرض التزاحم بينهما تقدم الزيارة عليها على الأحوط ولا تقدم الصلاة عليها جزماً، ولا فرق في ذلك بين المتوطن والمقيم والمسافر.
٢. إذا عَد النوم أو بعض المشاغل توهيناً لصاحب القبر، يحرم، ويلزم طردہ من المشهد، وهذا غير صادق على المسجد وإن كان هتكه غير جائز.
٣. يحرم مكث الجنب والحائظ والنفساء في المسجد، ولا يحرم في المشاهد على الأظهر عندي بل لا شبهة فيه في مشاهد غير الأئمة عليهم السلام والأصل أنه لا دليل على إلحاقي مشاهد الأئمة بل الأنبياء عليهم السلام بالمساجد في جميع الأحكام. ويؤيد هذه حضور زوجاتهم في بيوتهم ولم يؤمرن بالخروج عند الجنابة، وكذلك بقية النساء الساكنات معهم في البيوت، رحمة الله عليهم جميعاً.
٤. لا طواف في المشاهد، فلا يجوز للذائرين حول المرقد مزاهمة الزائرين.
٥. لا مانع من سد أبواب المشاهد المشرفة بما تعارف في كل زمان.
٦. لا شك في أهمية الصلاة الواجبة في أول وقتها من الزيارة، لكن تلك لاتوجب تقدم المصلي على الزائر في أول الوقت، إذا أصر الزائر على الزيارة وترك الصلاة في أول وقتها. بل يتحمل ذلك حتى إذا كان المصلي، الإمام الراتب للجماعة ومأموريه.
٧. إن حرمة تنحيس المساجد ووجوب تطهيرها في غير فرض الهتك غير ثابتين بدليل معتبر، فضلاً عن ثبوتهما في المشاهد المشرفة.
٨. زيارة أولاد الأئمة - والسلام عليهم - وقراءة القرآن لهم حسنة، وإذا شك في حال صاحب القبر أنه مؤمن أو أنه من أولاد الأئمة عليهم السلام أم لا في فعل ذلك على نحو التعليق وبراء كونه مسحقاً وجملة من المزارات المشهورة اليوم مشكوكه أو معلومة العدم، ومنها قبر علي بن جعفر - رضوان الله عليه - في قم وهو قريب من بيتنا.
٩. ما يفعله بعض غفلة العوام من السجدة عند عتبات الأئمة عليهم السلام تعظيمًا لهم حرام يجب نهيهم عنه، نعم إذا سجدوا الله تعالى شكرًا على توفيقه للزيارة فهو مباح بل حسن. لكن الظاهر من أكثرهم هم الأول.

المدارس والربط

قال: (أما المدارس والربط، فمن سكنى بيته ممن له السكنى) حسب الشرائط الموضوعة من قبل الواقف أو الحاكم الشرعي (فهو أحق به) بمعنى عدم جواز إزعاج أحد له. بلا خلاف يوجد كما قيل (وإن تطاولت المدة ما لم يشترط الواقف أمدأ، فيلزمه الخروج عند انقضائه) بلا فصل وإن لم يؤمر به.

أقول: وكذا إذا كانت هناك قرينة عامة تحدد السكنى بوقت أو صفة، كما إذا صار المسافر ماكناً إلى حد لا يقال له المسافر، فلا يجوز له الوقوف بعده في الرباط والخان. وكما إذا تم غرض المحصل أو ترك تحصيل العلم، فإن المدرسة لاتوقف - بطبع الحال وقصد الواقف - إلا لمن يشتغل بتحصيل العلم بمقدار العادة، فوجوب خروجه منها لا يتوقف على شرط الواقف، وفي حكم المدرسة دار الحفاظ ودار القرآن ودار الأيتام ودار التبليغ، فلا يجوز السكنى إذا ترك الحفظ وقراءة القرآن والتبليغ بمقدار العادة، أو مضى وقت اليتم.

وأما ما في الجوهر: فالموافق لما عليه سيرة الناس وعملهم في جميع الأعصار أن المدرسة والرباط ونحوهما إذا لم يشترط الواقف كيفية خاصة وحالاً مخصوصاً أو لم يعلم حاله كالمسجد في جواز الانتفاع به من أن المنفعة المقصودة للواقف، الملاحظة لا على جهة الشرطية فائدتها الترجح عند المعارضة، لا عدم جواز الانتفاع بغيرها مع عدم المعارضة.^١

فهو من نوع جداً، فإن المنفعة المقصودة كالشرط في ضمن العقد، فالمدرسة توقف عليها، وإن شئت فقل إن المنفعة المقصودة - التشاغل بالدرس أو التدريس - جهة تقيدية، ولعل مراده غير ما ذكرنا.

قال: (ولو اشترط مع السكنى التشاغل بالعلم فاهمل ألزم الخروج).

أقول: عرفت انَّ العبارة غير صحيحة، فإنَّ التشاغل بالعلم شرط في سكنا المدرسة دائماً ذكره الواقف أو لا.

قال: (وله أن يمنع من يساكنه مadam متَّصفاً بما به يستحق السكنا) إذا كانت العادة أو الشرط من الواقف يقتضي انفراد الواحد، وأما لو فرض كون البيت الواحد معداً لجماعة باشتراط الواقف أو باقتضاء العادة - ولو بحسب قابلية الحجرة ووسعتها - لم يجز لأحد منع سائر المستحقين إلا أن يبلغ العدد النصاب - ولو بنظر المتألِّي - فلهم حيئنَّد منع الزائد.

قال: (ولو فارق لعذر) كعلاج مرض أو حبس من قبل سلطة أو سفر لازم شرعاً أو عرفاً (قيل هو أولى عند العود. وفيه تردد ولعل الأقرب سقوط الأولوية).

أقول: إطلاق كلامه في سقوط الأولوية حتى وإن كان زمان المفارقة يوماً وكان رحله باقياً من نوع جداً، بل عن الروضة نسبة بقاء حقه إلى الأكثر.

وعلى كل لا شبهة في سقوط الأولوية عند الإعراض. وأما إذا نوى وأبقى رحله ككتبه وأمتعته، فلا شك في بقاء حقه إذا فارق يوماً أو يومين لأنَّ العرف يراه ساكناً في المدرسة أو الرباط، بل في مثل المدرسة لا يبعد بقاء حقه وإن فارق شهراً أو شهرين لسفر حج أو نزهة مفيدة أو لازمة لجسمه وروحه إذا كان بيت المدرسة بيده ولو بالشركة وفيه متاعه وكتبه. وأما إذا طالت غيبته بحيث لا يصدق عليه عنوان ساكن المدرسة، أو يسافر في أيام الدرس بحيث يعد تاركاً لتحصيل العلم وإن كان سفره أهم من تحصيل العلم أو تدرسيه فلا يبقى له حق.

فروع

- إذا غاب المحصل لعذر يوماً أو يومين ولم يكن في البيت رحله وقلنا ببقاء حقه، فهل يجوز لمستحق آخر الاستفادة من حجرة المدرسة؟ الظاهر ذلك، بناء على أنَّ القدر المتيقن من حقه عدم جواز مزاحمته، وأما إذا قلنا بأنَّه كحق المحجر فلا يجوز لغيره السكنا فيه.

٢. إذا خص الواقف المدرسة بطائفة خاصة أو بتحصيل علم خاص أو بمرتبة خاصة من التحصيل أو إلى مرتبة خاصة، لابد من إتباعه ولا يجوز لغير الواجب لها سكتها.

٣. إذا اعتبر الواقف البيتوة في المدرسة في جميع الليالي أو في بعضها أو شرط صلاة التهجد لا يجوز المخالفة ولو خالف أحد بطل حقه.

٤. اللازم في كل مورد شك في جواز القيام وعدم الرجوع إلى الحاكم الشرعي، والأحسن للحاكم الشرعي أن يجعل تولية جميع المدارس الدينية في كل بلد إلى لجنة صالحة علمًا وعملاً للقيام بها ورعاية أهلها، فإننا رأينا من ناظري المدارس في النجف الأشرف ما لا ينبغي أن يسطر. ثم المناسب تخصيص المدارس بحسب الرفاه بمراتب علم المتعلمين، والله العاصم.

المعادن

في تعريف المعادن (بكسر الدال) أقوال، منها ما استخرج من الأرض مما كانت أصله واحتمل على خصوصية الاتفاع بها، وهو على قسمين ظاهر وباطن. وعن المسالك أنه البقة التي أودعها الله شيئاً من الجوادر المطلوبة. والتعريف الثاني أولى باللفظ. وللكيمياويين كلام آخر في المعادن.

قال: (الظاهرة منها - وهي التي لا يفتقر إلى إظهار كالملح والنفط والقار لاتملك بالإحياء) معدناً، فإنه من تحصيل الحاصل.

وعن العلامة ^{رحمه الله} في التذكرة: إن المراد بالظاهرة ما يبدو جوهرها من غير عمل، وإنما السعي والعمل لتحقيله، إنما سهلاً وإنما متعباً، ولا يفتقر إلى إظهار كالملح والنفط والقار والقطران والموميا والكبريت وأحجار الرحمي والبرمة والكحل والياقوت ومقالع الطين وأشباهها.^١

١. وقال المحقق الكركي في جامع المقاصد (ج ٧، ص ٤٢): النفط والنفط دهن! والكسر أوضح كما في الصاحب: القير والقار واحد، قيرت السفينة: طليتها بالقار، والموميا بضم الميم وسكون الواو دواء نافع ذكره في القاموس.

والمعادن الباطنة هي التي لا تظهر إلا بالعمل ولا يوصل إليها إلا بعد المعالجة والمؤونة عليها.

تبنيه

المستفاد من المتن ومن قواعد العلامة وجامع المقاصد والجوهر وغيرها أن الفرق بين الظاهر والباطن من المعدن وهو أن وجوده لا يحتاج إلى اظهار في الأول، كما يحتاج في الثاني، من المسلمات التي لا اختلاف للفقهاء فيه، ولذا أرسلاه إرسال المسلمين.

لكن قال السيد الصدر^ج: فالمعدن الظاهر في العرف الفقهي، ليس هو ما يbedo من معنى اللفظ لغة، أي الظاهر الذي لا يحتاج إلى حفر ومؤونة في التوصل إليه، بل هو كل معدن تكون طبيعته بارزة، سواء احتاج الإنسان إلى حفر وجهد كبير للوصول إلى آباره وعيونه في أعماق الطبيعة، أو وجده بيسر وسهولة على سطح الأرض.

ومثل له بآبار النفط وقال: فتحن إذا نفذنا إلى آبار النفط، فسوف نجد المعدن بوجهه الحقيقي ولن نحتاج إلى جهد في تحويله إلى نفط، وإن كنا بحاجة إلى جهود كبيرة في الوصول إليها وفي تصفية النفط بعد ذلك.

وأثنا المعادن الباطنة فهي كل معدن احتاج في إبراز خصائصه المعدنية إلى عمل وتطوير كالحديد والذهب فإن مناجمها لا تحتوي على حديد أو ذهب ناجز...^١

ثم استشهد بكلام العلامة^ج في التذكرة. وتبعه عليه صاحب كتاب الأراضي صديقنا المعاصر.

أقول: المعتمد ما عرفت. وظاهر عبارة التذكرة اعتبار الأمرين كما يظهر من قوله: (ما يbedo جوهرها) ومن قوله: (ولا يفتقر إلى اظهار) وقوله (لاتظهر) – أي المعادن أي

→ وهي القانون في الطلب للرئيس ابن سينا: موميای هو في قوة الرزف والغير المخلوطين. وفي حواشی شیخنا الشهید: انه قطرات يتناطر من الصخر. والبرام جمع برمة وهي القدر، ذکرہ في الصحاح، والمراد بها قدر بعمل من حجر مخصوص.

١/ اقتصادنا، ج ٢، ص ٤٣٩ و ٤٤٠.

وجودها كما هو الظاهر من العبارة – إلا بالعمل) قوله (... إلا بعد المعالجة...). لكن عبارته في القواعد قرينة على إرادة ما هو المشهور من عبارته في التذكرة، ومع ذلك لا مشاحة في الاصطلاح، والعمدة هي الأحكام فأبار النفط سواء سميت بالظاهرة أو الباطنة فهي تملك بالحفر إلى نيلها وكشفها وليس حالها حال الملح مثلاً. وعلى كل: هل يجوز إحياء المعدن الظاهر داراً أو عنواناً آخر لain في كونه معدناً؟ فيه إشكال أو منع، فإنه ليس بميت يقبل الإحياء، وبناء الحيطان وبعض البيوت عليه لا يصدق عليه أنه إحياء معدن فلا دليل على ثبوت ملكية الباني على المعدن. وفي الجوواهر في فرض بناء الدار: فيملكه إن لم يكن إجماع على خلافه، ولو لإطلاقهم عدم إحيائها، ولكن لم أجده ذلك محراً في كلامهم.

أقول: الأظهر ما قلناه.

قال: (ولا يختص بها المحجر) فإن التحجير شروع في الإحياء المنفي في المقام. قال: (ومن سبق إليها فله أخذ حاجته، بل ولو ت سابق اثنان فالسابق أولى) فإن السبق يوجب له حقاً في المباحثات الأصلية عرفاً، بلا خلاف ولا إشكال فيه، من دون حاجة إلى التمسك بعموم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم هو أحق به) فإنه ضعيف وغير وارد من طرقنا ظاهراً. وفي الجوواهر: كما أن مرجع قول بعض الأصحاب: أخذ بعنته وحاجته ونحوهما، إلى شيء واحد وهو جواز الأخذ زائداً على الحاجة ما لم تحصل المضاراة.^١

أقول: في صدق الإضرار بالغير الذي لم يثبت له حق الأولوية بعد، لعدم سبقه على المتنفع به، نظر أو منع، نعم يصدق عليه أنه حرم غيره من الاستفادة من المعدن. وعلى كل ينفي للحاكم الشرعي تنظيم أمر الارتفاع منه حسب قانون العدل، بل ربما يجب عليه ذلك حفظاً للأمن وعدم الفساد.

قال: (لو ترافيا وأمكن أن يأخذ كل منها بعنته) دفعة أو تدريجاً برضاهما (فلا بحث وإن أقع بينهما مع التعاسر).

أقول: القرعة بالنسبة إلى تقديم أحدهما مع فرض وفاء المعدن بحاجتها معاً وضيقه عن اجتماعهما في الأخذ حسنة أو متعينة. وإنما في فرض عدو وفائه بها فالوجه ما في المتن (وقيل يقسم، وهو حسن) لاشتراكهما في السبب للاستحقاق المقتصي للتصنيف ولقاعدة العدل. وإن لم يقبل ما في المعدن القسمة لصغره يرجع فيه إلى القرعة، أو إلى تقسيم ثمنه بعد بيعه برضاهما. والله أعلم.

فرع: لو تزاحم اثنان عليه فقهر أحدهما صاحبه، فإن كان المعدن وافياً بفرضها أو أكثر منه، اثم القاهر وملك ما أخذه بلا شبهة. وإن لم يكن وافياً ففي تملكه وعدم وجهاً مبنياً على ما تقدم في بحث المسجد في تفسير الحق من أنه بمعنى عدم جواز مزاهمة الغير لصاحبها، أو ثبوت اختصاص له بالشيء؟ مقتضى الاقتدار على القدر المتيقن هو الأول أن لم يدل دليل على الثاني.

قال: (ومن فقهائنا من يخص المعادن بالإمام عليه السلام فهي عنده من الأنفال...).
تقدم في بحث الأنفال عدم كون المعادن منها، ولا عبرة بضعف الروايات. وقيل:
إن المشهور نقاً وتحصيلاً على أن الناس فيها شرع سواء.
 وبالجملة في المعادن أقوال ثلاثة:

(الأول) أنها من الأنفال كما عن الكليني والمفيد والشيخ والدليمي والقاضي والقمي في تفسيره والسبزواري وظاهر كشف الغطاء، من غير فرق بين ما كان منها في أرضه عليه السلام أو غيرها وبين الظاهرة والباطنة.

(الثاني) أنها من الأنفال إذا كانت في أرضه عليه السلام ومن المباحثات إذا كانت في غير أرضه، ذهب إليه الحلي والعلامة في التحرير والمنتهى والشهيد في الروضة.

(الثالث) أنها مطلقاً من المباحثات كما عن النافع والبيان، وعن الروضة نقله عن جماعة للأصل والسيرية وشعار إطلاق الأخبار الخمس في المعادن، ضرورة أنه لا معنى لوجوبه على الغير وهي ملك الإمام عليه السلام.^١

١. لاحظ الأقوال المذكورة في الجوهر، ج ١٦، ص ١٢٩.

بحث توضيحي

المعادن – ظاهرة كانت أُمّ باطنية – إنما توجد في أرض مملوكة لفرد أو أفراد؛ وإنما في المباحات الأصلية، وإنما في المفتوحة عنوة وإنما في أراضي الأنفال، فهذا أقسام أربعة:

إنما في الأول فالمعدن عند المشهور لمالك الأرض. وفي *الجوهر*: ولا خلاف فيه ظاهراً^١ لكن في كتاب الأراضي إن إحياء أرض إنما يوجب ملكية الأرض فقط دون ما فيها من المعادن التي نسبتها إلى الأرض نسبة المظرو夫 إلى الظرف لا نسبة الشمرة إلى الشجرة.^٢

أقول: لا دليل على أنَّ من ملك الأرض يملكونها إلى آخر كمة الأرض، بل اللازم الاقتصار على القدر المتيقن والباقي من المباحات الأصلية، ولم أرَ من بحث حول هذا الموضوع، وعليه إن كانت المعادن في ملك صاحب الأرض فالظهور ما عليه المشهور فإنَّ العرف بنظره الوسيع يرى المعادن فيها من توابع الأرض ومحكومة بحكمها من الملكية. وهو متبع ما لم يدل دليل خاص على ردعه في بعض الموارد. نعم، إذا تدخلت الدولة الإسلامية في أمر المعادن فهو بحث آخر.

ومنه يظهر الحال في الثاني فمن أحبي أرضاً ظهر فيها معدن في عمق قريب فهو لمحبيها وفي عمق بعيد فهو للجميع. ولا فرق في ذلك بين كون الموات أصلية حتى تكون من المباحات الأصلية أو مسبوقة بالخراب أو كانت أرض صلح حتى تكون على الآخرين من الأنفال: ففي الجميع يجوز إحياء الأرض لإطلاق ما دل من الأحاديث المذكورة في مقدمة الكتاب على الإحياء المسبب للملكية.

إنما في الثالث فمقتضى القاعدة أنَّ معادنه إن كانت قليلة العمق فهي لجميع المسلمين يصرفها الحاكم بعد مؤونتها في مصالحهم العامة بنظره.

.١ ج ٣٨، ص ١١٣ و ١١٤.

.٢ الأراضي، ص ٣٥٣ و ٣٥٤.

لكن في الجوهر: مضافاً إلى السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمسكار في زمن تسلطهم عليهم وغيره على الأخذ منها بلا إذن، حتى ما كان في الموات الذي قد عرفت أنه لهم منها، أو في المفتوحة عنوة التي هي لل المسلمين، فإنه وإن كان ينبغي أن يتبعهما، فيكون ملكاً للإمام عليهم في الأول، وللمسلمين في الثاني لكونه من أجزاء الأرض المفروض كونها ملكاً لهما، بل لو تجدد فيها فكذلك أيضاً، إلا أن السيرة المزبورة العاضدة للشهرة المذكورة ولقوله تعالى: «خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ» ولشدة حاجة الناس إلى بعضها يوجب الخروج عن ذلك.^١

أقول: العمدة هي السيرة دون الشهرة فإنها غير حجة، دون الاستدلال بالأية الكريمة، فإنها لا تتفاني الاختصاص حسب القواعد الفقهية، لكنني في شك من اتصال السيرة بزمن المعصوم عليه السلام في معادن المفتوحة عنوة دون الموات فإن الناس يتصرفون فيها وفي معادنها الظاهرة في كل زمان ومكان.

وبالجملة زمان تسلطهم كان قصيراً جداً، وزمان حضورهم لا أثر له بعد كونهم مقبوضي الأيدي لايالي الناس سوى جمع قليل بنظرهم ورأيهم، ولا يعلم بوجود مورد واحد تصرف مؤمن في معدن ظاهر في المفتوحة عنوة حتى يتحمل رضاهم عليهم بذلك.

فرع: لو حفر الكافر أرضاً فوصل إلى معدن، ثم فتحها المسلمين. فالظاهر أنه للغانمين، سواء قلنا بأنه إحياء كما هو الأرجح أو قلنا بأنه تحجير وخصصنا الإحياء بالاستخراج كما قيل، فإنه على الأول ملك الكافر وعلى الثاني حقه في غنمته الغانمون، دون جميع المسلمين، فإن المتيقّن من المفتوحة عنوة هو الأرض غير المنقوله دون ما ينقل منها وفافقاً لجماعة من الفقهاء. إلا أن يقال بصدق ما أخذ بالسيف^٢ على المعدن المذكور، لكنه إن لتم في غير المكشوف. وأما المكشوف المملوك لمالكه أو المتعلق لحقه فهو من المنقول بالفعل فيملكه الغانمون.

١. ج ٣٨، ص ١٠٨ و ١٠٩.

٢. كما في صحيح أحمد بن محمد وقد مر برقم (١١) في المقدمة.

وأما في الرابع فهو يتبع الأرض، من الأنفال، فهل أذن الآئمة بِهِ للناس أو لشيعتهم في التصرف فيها كما أذنوا بإحياء الأرض وتملكها أم لم يأذن؟ فيه تفصيل.
أما المعادن الظاهرة فلعل أمرها سهل لفحوى ما دل على جواز إحياء الأرض
الخربة التي هي للإمام، فيعلم رضاهما باستثمار معادنها الظاهرة.
وأما المعادن الباطنة التي يستكشف بعد إحياء أرض الإمام فالظاهر كونها للمحبي
إذا كانت مستقرة في عمق غير بعيد، فإن الأرض لله ولمن عمرها.^١
والمعدن تابع لها في الملكية كما تقدم.

ويمكن أن يستدل على حلية معادن الأنفال برواية النصري قال: دخلت على
أبي جعفر ع... إن لنا الخمس في كتاب الله ولنا الأنفال ولنا صفو المال. اللهم إنا قد
أحللنا ذلك لشيعتنا...^٢

الرواية ظاهرة في حلية مطلق الأنفال وقسماً منها، لكن سندها مخدوش من
وجهين، من جهة سند الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال على ما فصلناه في كتابنا
(بحوث في علم الرجال) من كلام طويل صعب. ومن جهة جهالة جعفر بن محمد بن
حكيم على الأظهر.

والحق أنه ليس في أخبار التحليل ما يشمل الأنفال بسند يعتبر خلافاً
لبعضهم، فالصحيح أن يقال أن المعادن المتوجلة في عمق الأرض غير داخلة في
ملك صاحب الأرض إماماً كان أو غيره فهي من المباحات الأصلية يملكتها كل من
أحياها.

قال: (ولو كان إلى جانب الملحمة أرض موات إذا حفر بئراً أو سيق إليها الماء
صار ملحاً صح تملكها بالإحياء) الذي منه حفرها لذلك.

قال الكركي بِهِ في جامع المقاصد في شرح قول العلامة بِهِ الذي يقرب من قول
المائن: الضمير في (صح ملوكها) راجع إلى البئر، ووجهه أن ذلك إحياء، لأن الانتفاع

١. تقدم برقم (٧) في المقدمة.

٢. الوسائل، ج. ٩، ص. ٥٤٩.

بها إنما هو بالعمل وحيثئذٍ ليس لغيره المشاركة فيها لاختصاصه بالملك، أما المملحة فإنّها على حكمها.^١

أقول: سوق العبارة الى تملك المملحة، فإنّها تصير محيّة بحفر البشر وصيروة الملح بعد ذلك تعدّ من الانتفاع على مذهب الماتن واجماع خلافاً لنظر السيد الأستاذ الخوئي عليه السلام كما سبق. نعم لا شك في أنّ حفر البئر إحياء فيملكها الحافر، لكن العبارة غير ناظرة إليه فإنّ من حفر بئراً يملّكها سواء وقعت الملحمة في جانبيها أم لا.

قال: (واختص بها المحجر) الذي شرع في حفرها بلا خلاف ولا إشكال كما قيل.

قال: (وأما المعادن الباطنة التي لا تظهر إلا بالعمل كمعادن الذهب والفضة

والنحاس فهـي تملك بالإحياء).

فإن الإحياء سبب للتملك عرفاً وبسيرة العقلاه بلا شبهة، ويمكن أن يستدل عليه بقوله عليه السلام من أحى موتاً فهو له ^ف فإن الموات في الأرض وغيرها بمعنى عدم تيسير الانتفاع منه فهذا العام غير مخصوص بالأرض، إلا أن يدعى انصرافه إليها والله العالم.

وَفَسَرَ الْأَحْيَا صَاحِبُ الْجَوَاهِرَ بِالْعَمَلِ حَتَّى يَبْلُغُ نَيلَ الْمَعَادِنِ، وَقَالَ: بِلَا خَلْفٍ أَجْدَهُ بَيْنَ مَنْ تَعْرَضَ لَهُ كَالشِّيخِ وَابْنِي الْبَرَاجِ وَإِدْرِيسِ وَالْفَاضِلِ وَالشَّهِيدِيْنِ وَالْكَرْكِيِّ وَغَيْرِهِمْ عَلَى مَا حَكِيَ عَنْ بَعْضِهِمْ...^٣ وَمِنْ هَنَا يَمْلِكُ الْبَئْرُ بِلُوغِ الْمَاءِ الَّذِي فِيهَا، إِذَا هُوَ كَالْجَوَهِرِ الْكَائِنِ فِيهَا، وَبِلَغَهُ بِحْفَرَهَا، وَحِينَئِذٍ فَلَوْ قَهْرَهُ ظَالِمٌ وَأَخْرَجَ مِنْهُ شَيْئاً كَانَ مَلِكًا لِلْمُحْسِنِيْنِ، بِلْ وَلَا أَجْرَةً لِلظَّالِمِ.

أقول: فملكية المعدن تتحقق بأقسام ثلاثة: بمجرد الأخذ والحيازة كما في

٤. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٦

٤١٢، ج ٢٥، ص الوسائل.

٣. وبعض المؤلفين من بناء العقلاء على سبيبة للمعادن وفي غير الأرض - ولو في الجملة - بل أنكر صدق الإحياء على الحفريات وبلغ نيل المواد المعدنية واكتشافها (كتاب الأراضي، ص ٣٧٤). وكلا الأمرين من نوع، على أن تسلیم الثاني فرضا لا يمتنع من تملکها، فإنَّ بناء العقلاء على ملكية المواد المعدنية وغيرها كما في الفوضى لمكتشفيها من دون وساطة منهوم الإحياء، فاقهيم ذلك جيداً.

المعادن الظاهرة، وبتبع ملكية الأرض إذا كان المعدن قليل العمق بحكم العرف. وبلغ نيله وإظهاره بالحفر وهو الإحياء. ولا يخفى عليك أنه قد يعد الذهب من الظاهر إذا فرض احتياجه إلى كشف تراب أو حجر يسير مثلًا كما أنَّ النفط الكبير يستقر في أعماق الأرض ويحتاج إلى عمليات معقدة ومؤونة كبيرة، فهو من المعدن الباطن، فلا عبرة بأمثلة الماتن. وإنما الحكم على الواقع الخارجي.
وقيل: إنَّ المعادن الظاهرة قرباً من سطح الأرض، كالمعادن الظاهرة في الحكم واستشهد بكلام العلامة في التذكرة.^١

أقول: والعمدة في ذلك الصدق العرفي ونظر العلاء فإذا قالوا أنه ظاهر، لخفة العمل فهو وإلا فهو من الباطن.

ثم أنه قد يقال: إنَّ بلوغ الحافر إلى نيل المعدن تحجير وليس بإحياء، إنما الإحياء استخراج المعدن لا غير، كما أنَّ إحياء المعادن الظاهرة أخذها والاستيلاء عليها خارجاً، فالعامل إنما يملك ما استخرج خاصة، دون ما بقي في موضعه الطبيعي واناكتشفه وأظهره فإنَّه يفيد حق الأولوية فقط.^٢

أقول: عرفت صدق الإحياء على الحفر البالغ إلى كشف المعدن، فإنَّ المعدن قبل اظهاره لم يكن ينتفع به وبعده يمكن الانتفاع به عرفاً وهذا معنى الموات والحياة في الأراضي أيضاً عند المشهور، فالاستخراج انتفاع بعد الإحياء كسكنى الدار، بل كالزراعة فإنَّها انتفاع بالأرض المحياة عند المشهور على ما مرَّ وليس دخلة في عنوان الإحياء.

على إنك عرفت في الحاشية عدم اعتبار عنوان الإحياء في تحقق الملكية عرفاً. فلما يضرنا قول السيد الصدر رحمه الله: لأنَّ الإحياء لم يثبت في الشريعة حق خاص على أساسه، إلا في الأرض، والمعدن ليس أرضاً حتى يشمله النص.^٣

١. اقتصادنا، ص ٤٤٢ و ٤٤٣.

٢. الأراضي، ص ٢٥٥.

٣. اقتصادنا، ص ٤٧.

لكن في المقام مشكلة لابد من حلها، فإن لم تتحل فلا مناص من القول بحق الأولوية للحافر الواصل إلى نيل المعدن دون القول بملكيته.

وهي أن الحافر إما يملك جميع المعدن بمجرد اكتشافه وإظهاره بالحفر، وهذا باطل شرعاً وعرفاً كما قيل، وإما يملك مقداراً خاصاً منه، وهذا مما لا دليل عليه بوجه.^١ وإنما يملك المقدار المكتشف منه، لكنه لا ينسجم مع عدم تحديد قيام الحافر الثاني بعملية الاستخراج والإنتاج إلى تلك الحدود المكتشفة من المواد المعدنية وعروقها من قبل الحافر الأول.

وإن شئت فقل: إذا استخرج كل واحد من الحافرين ما أمكنه من حفرته من المعدن، حتى بقيت كمية قليلة جداً، فهي إما ملك الأول فلا يجوز للثاني استخراجهما، وإنما للثاني فلا يجوز للأول استخراجهما، وتعين كل واحد بعينه ترجيح بلا مرجح، وإن قيل باشتراكها فلا يجوز لأحدهما التصرف فيه بدون إذن الآخر، مع أنه لم يقل به أحد، بل لا شبهة في جواز تصرف كلّ منهما فيه.

والنتيجة أنه لابد من رفض القول بالملكية، وأما إذا قلنا بأن الحافر إلى نيل المعدن يحدث له حق الأولوية فقط، بمعنى عدم جواز مزاحمته في الاستخراج من حفرته، ما لم يعرض عنها أو لم تخرب الحفرة حيث يسقط حقه عليها لخرابها. وعلى كل يجوز للآخر استخراج المعدن من حفرة أخرى من دون مشكلة أصلاً. نعم يملكه بعد الاستخراج.^٢

وعليه لابد من رفع اليد عما يدل على الملكية كما أسلفناه. وبعبارة واضحة أن المعادن الباطنة على قسمين: صغير وكبير جداً كآبار النفط ونحوها. أما الأول فلا يبعد أن يقال بملكيته بالاكتشاف بحكم العرف. وأما الثاني فلا يحكم العرف بملكية جميعه

١. قال السيد الصدر^ط: من حفر معدناً حتى كشفه كان أحق به، وملك الكمية التي كشفت عنها الحفرة وما إليها من المواد. (اقتصادنا، ص ٤٦٨).

أقول: إن تم هذا التم في الجوامد، وأما في الماءات كالنفط مثلاً فلا يخلو عن غموض وتردد، فلاحظ.

٢. لاحظ كتاب الأراضي، ص ٣٧٥ و ٣٧٦.

بالاكتشاف، ولا أقل من الشك في حكم العرف واعتباره الملكية المطلقة للحافر، وأصلة البراءة ترفع المنع عن حفر الثاني واستئماره منه من حفرة أخرى.

لا يقال: نعم لكن ما دل على حريم البئر والقناة وحرمة الإضرار لاسيما ما دل على المنع من الإضرار بالقناة دون الشخص، الصادق بمجرد تقليل الماء^١ وإن لم يضر بصاحبه لقلة احتياجه به، كل ذلك يدل على منع استئمار الغير من المعادن المكتشفة كما لا يخفى.

فإنه يقال: إن ذلك كله منصرف عن المعادن الواسعة كآبار النفط ونحوها فلا يصح الاعتماد عليه في فهم أحكام تلك المعادن.

لكن المقام بعد غير خال عن الصعوبة، فإن من يكتشف بئر نفط لا يكتشفه بعمل قليل ومؤونة جزئية بل لا يصل إلى نفط البئر إلا بصرف ملايين من النقود، فإذا جوزنا المنافسة لغيره فأحدثوا ثلاثة حفر مثلاً فصار المستخرجون أربعة يتضэр الأول جزماً، بل يتضэр الكل لكن ضرر غير الأول أو بعضهم برضاهם واختيارهم. ومقتضى حرمة الإضرار بالغير مع المنافسة وعدم جواز الحرف وإن شئت فقل مقتضاها عدم جواز الاستخراج لغير الأول، سواء قلنا بملكه للمعدن أو بتعلق حقه عليه.

إلا أن يقال إن الأول بعد وقوفه على جواز حفر الغير أيضاً يقدّم على صرف ماله برضاه.

وقيل: إن ملكية المعدن التي يظفر بها المكتشف - على هذا الرأي - لا تمتد في أعماق الأرض إلى عروق المادة المعdenية وجذورها، وإنما تشمل المادة التي كشف عنها الحفر، كما أنها لا تمتد أفقياً خارج حدود الحفرة التي أنشأها المكتشف إلا بالقدر الذي يتوقف عليه ممارسته لاستخراج المادة من الحفرة.^٢

١. لاحظ الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٢٥ و ٤٢٨ و ٤٣١.

٢. اقتصادنا، ص ٤٤٥.

قال: (ولو حجرها وهو أن يعمل فيها عملاً لا يبلغ به نيلها^١ كان أحق بها ولم يملکها، ولو أهمل أجر على إتمام العمل أو رفع يده عنها، ولو ذكر عذراً أنظره السلطان بقدر زواله ثم أزمه أحد الأمراء).

أقول: لا شبهة في حق المحجر. وما أفاده في الأنظار مطابق للاحتجاط. وفي جامع المقاصد: ولو اعتذر بكونه فقيراً فطلب الإهمال إلى اليسار، احتمل عدم الإجابة.

أقول: بل هو الأقوى إذا كان العجز من أول الأمر وقد تقدم وجهه في بحث الإحياء.

بقيت هنا فروع

١. لو قال مالك المعدن اعمل ولك نصف الخارج، فإن كان بعنوان الإجارة بطلبت لجهالة الأجرة كما قيل، وإن كان بعنوان الجمالة، ففي صحتها وبطلانها اختلاف.

٢. قال سيدينا الأستاذ^٢: المعادن الباطنة أنها تملك بإحياء الأرض إذا عدّت عرفاً من توابع الأرض وملحقاتها. وأما إذا لم تعد منها كمعدن النفط المحتاجة إلى حفر زائد للوصول إليها أو ما شاكلها، فلا تتبع الأرض ولا تملك بإحيائها.

أقول: عرفت صحة صدر كلامه فيما سبق، وأما إذا لم تعد المعادن من ملحقات الأرض، فلا بدّ في تملّكها من الإحياء كما مر، وهل يجوز لغير مالك الأرض إحيائها من حفرة يحفرها من أرضه إليها؟ لا يبعد الجواز إذا كانت المعادن في عمق عميق لا يعد من توابع الأرض.

وأصل البحث أنّ من ملك أرضاً يقع السؤال في حدود ملكيته عمّا وارتفاعاً، وأنه إلى أين يملّكه من الهواء هل إلى ما أمكن تصوّره من الفضاء؟ أو إلى ما يوجد فيه أتسفر (الجو)؟ أو إلى عشرة كيلومترات؟ أو إلى خمسة عشرة كيلومتر التي هي حدّ معظم السحب والغيوم؟

١. قيل: أن النيل، الطبقة التي تحتوي على المعدن من الأرض. أي أن الفرد لا يسمح له بتملك تلك المعادن ولو حفرها لم يصل إلى آبار النفط. أي إلى الطبقة المعدنية في أعماق الأرض.

وهكذا يقال إلى أين يملك من جوف أرضه، إلى آخر كرة الأرض؟ وهذا غير محتمل إذا قد يكون الأرض^١ المقابلة لأرضه في الطرف الآخر من الكورة ملكاً لفرد آخر، أو إلى نصف كرة الأرض أو إلى مقدار خاص؟ وما هذا المقدار؟ وبأي دليل؟ والإيكال إلى العرف إيكال إلى الجاهل، ولا أندذر في النصوص الشرعية ما يحسم به السؤال والتحير كما اني لم أفط على هذا البحث في كتبنا الفقهية والعلمية.

نعم، لابد من الاكتفاء في ملكية صاحب الأرض على جوها وجوفها على القدر المتيقن لعدم دليل على ملكيته أزيد منه، لكنه أيضاً غير نافع، لأن تحديده في الخارج غير ميسور، إذ يقال هذا القدر المتيقن كم كيلومترات في الجو والجوف؟ ولا جواب مقنع له.

والمسألة مهمة اليوم، وربما تصبح بمرور الزمن وتطور العلوم التجريبية والانفجار السكاني أهم مما هي عليهاليوم بمراتب، فيمكن ضرورة البناء والمنازل في الجو مثلاً، بل ربما يقع التعاسر بين الدول في الفضاء.

ولا فرق في ذلك بين كون الأرض من المباحثات الأصلية أو من الأنفال أو من المفتوحة عنوة أو مملوكة شخصية أو خصوصية.

والذي يمكن أن نقول في حل المشكلة عاجلاً، هو لزوم تشكيل لجنة من الخبراء باشراف من الحاكم الإسلامي في تحديد الملكية المذكورة حسماً للنزاع بين الأفراد والحكومات.

ويمكن أن يقدر جوف الأرض بمقدار مختلفة، ففي بعض بلاد العراق يحكم بملكية جوف الأرض إلى امتداد مياه الآبار في عمق الأرض وإلى ما يصل إلى ما يسمى بسرداب السندي وهو السرداب الثاني بعد السرداب الأول، وفي بلدة قم يحكم بمقدار أقل منه، والله أعلم. وربما ذكر في خاتمة الكتاب بعض ما ذكره في الحقوق العامة العالمية بين الأمم إن ساعدنا الوقت والتوفيق.

١. ولو أرض البحر بإحيائها حسب تطور الصناعات والآلات.

٣. قال العلامة في توعده: ولو أحبي أرضاً ميتة، ظهر فيها معدن ملكه تبعاً ظاهراً
كان أو باطناً بخلاف ما لو كان ظاهراً قبل إحيائها.^١

أما الظاهر فملكه إذا ظهر بعد الإحياء واضح وأما قبله فهو من المباحثات فلا يملك
إلا بالأخذ والحيازة وأما الباطن فإن كان قليل العمق عرفاً فالأمر كما قال، وأما إذا
كان متوجغاً في العمق فلا يملك إلا بإحيائه كما تقدم.

٤. وقال أيضاً فيها: ولو حفر بلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية
أخرى فإذا وصل إلى ذلك العرق لم يكن منعه، لأنّه يملك المكان الذي حفره
وحريمه.^٢

وعله في جامع المقاصد بأنه إنما يختص بما أحياه وحريمه. وفيه: أنه (أي قول
العلامة لأنّه يملك) يصلح تعليلاً لكل من الحكمين أعني عدم جواز منعه من الحفر
 وعدم جواز منعه من العروق إذا منعه.

أقول: ويتجه إلى كلامه ما دل على حرمة الإضرار الشامل للمقام كما أشرنا إليه
سابقاً فتأمل.

وعن التحرير: أنه إذا وصل الأول إلى العرق فهل للثاني الأخذ منه من جهة
أخرى؟ الوجه المنع فإنَّ الأول يملك حرريم المعدن.

وقال الكركي رحمه الله في جامع المقاصد: والظاهر أنه يريد أنَّ أخذ الثاني منع منه إذا
كان موضع الأخذ حريراً للأول وإلا لم يطابق الدليل الدعوى.^٣

أقول: ما استظرفه خلاف ظاهر عبارة التحرير، وإذا أراد العلامة ان الوصول إلى
جانب من العرق يمنحك للحافار الملكية من كل جانب فيتحقق له الحرير أيضاً من كل
جانب، فيطابق الدليل الدعوى.

١. جامع المقاصد، ج. ٧، ص. ٤٩.

٢. نفس المصدر.

٣. نفس المصدر.

وعن دروس الشهيد: ومن ملك معدناً ملك حريمه ومن منتهى عروقه عادة
ومطرح ترابه وطريقه.^١

واستدركه في جامع المقاصد بقوله: ولعله يريد بمنتهى عروقه إذا كانت غير بعيدة،
أما مع البعـد فهو غير ظاهر، لأنـ المعلوم أنـ المعدن إذا طال كثيراً لا يملك جميعـه
بالإـحياء من بعضـ أطرافـه.^٢

أقول: المعدن إما صغير جداً فمن وصل إلى عرقـه يملـكه أجمعـ. وإذا كان طويلاً
وعميقـاً وواسـعاً كثـيراً، فإنـ لم ندعـ العلمـ كما ادعـاهـ المـحققـ الـكرـكيـ فلا أقلـ من عدمـ
الـدـلـيلـ علىـ مـلكـيـتـهـ بـتمـامـهـ بـمـجـرـدـ الإـلـيـاءـ منـ جـهـةـ وـاحـدـةـ والـعـدـمـ هوـ الـعـرـفـ الـحاـكـمـ
بعدـ اختـصـاصـ الـحـافـرـ بـجـمـيعـ الـمـعدـنـ بـمـجـرـدـ الـوصـولـ إـلـىـ عـرـقـهـ، فـالـمـحققـ الـكرـكيـ فيـ
حـصـولـ الـعـلـمـ لـهـ مـصـيبـ.

لا يقالـ: أـصـالـةـ الـبـرـاءـةـ تـكـفـيـ لـجـواـزـ أـخـذـ الـمحـبـيـ منـ الـمـعدـنـ ماـ شـاءـ وإنـ بلـغـ ماـ بلـغـ
بعـدـ نـدـعـ الـعـلـمـ كـمـاـ اـدـعـاهـ الـمـحققـ الـكرـكيـ فـلاـ أـقـلـ منـ عدمـ.

فـإـنـهـ يـقـالـ: نـعـمـ وـلـكـتهاـ تـجـريـ لـلـحـافـرـ الثـانـيـ أـيـضاـ، فـيـجـوزـ الـأـخـذـ لـهـ مـنـ حـفـرةـ أـخـرىـ
بلـغـ ماـ بلـغـ.

وـالـمـهمـ أـنـ الـحـافـرـ إـذـ حـفـرـ مـنـ كـلـ جـانـبـ لـاـ مـنـ جـانـبـ وـاحـدـ، إـلـىـ عـرـقـ الـمـعدـنـ فـهـلـ
يـمـلـكـهـ جـمـيـعـاـ وـاـنـ كـانـ مـالـيـتـهـ تـقـدـرـ بـمـلـيـارـاتـ؟

هـلـ يـحـكـمـ الـعـرـفـ بـمـثـلـ هـذـهـ الـمـلـكـيـةـ وـهـلـ أـنـ حـفـرـ ذـاكـ سـبـبـ للـمـلـكـيـةـ بـنـظـرـ الـعـرـفـ،
أـلـيـسـ الـعـقـلـاءـ فـيـ عـصـرـنـاـ يـرـوـنـ بـطـلـانـ هـذـهـ السـبـبـيـةـ وـهـذـهـ الـمـلـكـيـةـ وـاسـتـشـمـارـ هـذـهـ
الـتـرـوـاتـ الـهـائـلـةـ لـلـأـفـرـادـ؟ـ لـاـ أـقـلـ مـنـ الشـكـ فـيـهـاـ.

وـلـعـلـ القـولـ الفـصـلـ هوـ الرـجـوعـ إـلـىـ حـكـمـ الـحـاكـمـ بـعـدـ الـاستـشـارـةـ مـعـ الـخـبـرـاءـ
الـمـاهـرـينـ –ـ إـذـ عـجـزـ الـمـفـتـيـ عـنـ الـفـتـوىـ –ـ لـيـضـعـ حـذـاـ عـادـلـاـ لـهـذـاـ النـحوـ مـنـ
الـاسـتـثـمـارـاتـ الـفـرـديـةـ عـلـىـ ضـوءـ قـانـونـ الـعـدـلـ.ـ وـالـهـ الـعـالـمـ.

١. والأحسن أن يقال: وما يحتاج إليه المعدن حسب العادة.

٢. ج. ٧، ص. ٤٩.

خمس المعادن

المعادن كلها سواء كانت منطبعة بانفرادها كالذهب والفضة والرصاص النحاس. أو مع غيرها كالزيريق، أو غير منطبعة كالياقوت والزبرجد والفيروزج والعيقق والكحل وغيرها ومائعة كالقير والنفط والكبريت، يجب فيها الخمس بدلالة جملة من الروايات المعterبة عليه، بلا فرق بين كونها ظاهرة أو باطنة.

لكن الظاهر أنه فيها أخذه منها، إذ يبعد جداً وجوب اخراج خمس المعدن بمجرد إظهاره ويمكن أن يستفاد من مجموع الأحاديث الواردة في خمس المعدن عدم ملكية الحافر له قب الاستخراج، إذ لو ملكه لوجب أداء خمسه أيضاً وقد فرضنا أنه مرجوح. وفيه تأمل إذ يمكن أن يكون عدم الوجوب اتفاقاً، على أنه يجري في المعادن الصغيرة وقد رجحنا بحكم العرف ملكية الحافر له. إلا أن يقال بوجوب خمس الجميع في المعدن الصغير ولا مانع منه. والله تعالى أعلم بأحكامه.

المياه

مقدمة في بيان روایات معتبرة

- صحيح الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغنى بعضهم عن شربه أيبيع شربه؟ قال: نعم، إن شاء باعه بورق وإن شاء بكيل حنطة^١ وتقىده روايتنا الكاهلي وعلي بن جعفر.^٢
- موثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلوات الله عليه وسلم عن النطاف والأربعاء. قال: والأربعاء أن يسنى مسنانا فيحمل الماء فيسقى (فيستنقى) به الأرض، ثم يستغنى عنه، فقال: فلا تبعه، ولكن أعره جارك. والنطاف: ان يكون له الشرب فيستغنى فيقول لا تبعه، أعره أخاك أو جارك.^٣

١. المسائل، ج ٢٥، ص ٤١٨.

٢. نفس المصدر. وإنما جعلناهما مؤيدتين لضعف سندهما.

٣. نفس المصدر، ص ٤١٩.

٣. حديث عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله عليهما السلام: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة. فقال: النخل بالتمر، والمزابنة السنبل بالحنظة، والتطاف شرب الماء، ليس لك إذا استغنت عنه أن تبيعه جارك، تدعه له. والأربعاء: المسنة تكون بين القوم فيستغني عنها أصحابها، قال يدعها لجاره ولا يبيعها إياه.^١

أقول: اعتبار الرواية مبني على أن عبد الرحمن هو ابن أبي عبد الله، وان جعفر بن سماعة الواقع في سندتها هو جعفر بن محمد بن سماعة، كما هو غير بعيد.

ثم الظاهر سقوط كلمة المزابنة بعد كلمة المحاقلة في صدر الحديث فإنهما كليهما تعلق بها نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم كما يظهر من بقية أحاديث الباب.

٤. معتبرة غياث بن ابراهيم - بطريق الصدوق - عن أبي عبد الله عن آبائه عن علي عليهما السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في سيل وادي مهزور (ان يحبس الأعلى على الأسفل الماء) للزرع إلى الشراك، والنخل إلى الكعب. ثم يرسل الماء إلى أسفل من ذلك.^٢

ورواه في الكافي بسند معتبر عنه عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في سيل وادي مهزور أن يحبس الأعلى على الأسفل، للنخل إلى الكعبين والزرع إلى الشراكين.^٣

والشراك: سير النعل الذي هو ظاهر القدم كما عن القاموس. وقال الصدوق عليهما السلام: سمعت من أثق به من أهل المدينة أنه وادي مهزور، ومسموعي من شيخنا محمد بن الحسن عليهما السلام أنه قال: وادي مهزور بتقديم الراء غير المعجمة على الزاء المعجمة، وذكر أنها كلمة فارسية، وهو هرز الماء، والماء الهرز بالفارسية الزائد على المقدار الذي يحتاج إليه.

١. التهذيب، ج ٧، ص ١٤٣ برقم ٦٣٥.

٢. الفقيه بعد باب الحوالة، ج ٣، ص ٩٩ من منشورات جامعة المدرسين. واسقط الحر في وسائله، ج ٢٥، ص ٤١٩ ما بين القوسين من متن الرواية.

٣. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٢١.

أقول: أولاً أن رواه الصدوق بتقديم الزاء المتنوطة مطابق لما في الكافي، وثانياً نقل عن فائق الزمخشري من أنه بتقديم الزاء المعجمة: وادي بنى قريظة، وعلى العكس موضع سوق المدينة. وعن القاموس: مهزور: موضع هلك فيه ثمود، فمع هذا التناقض لا يثبت قول ابن الوليد عليه السلام.

٥. في موثقة زرارا في قصة سمرة من جنوب، فقال رسول الله صلوات الله عليه وسلم للأنصاري اذهب فاقلعها وارم بها إليه، فإنه لا ضرر ولا ضرار.^١

٦. وفي الصحيح قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل كانت له قناة في قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى إلى قرية له، كم يكون بينهما في البعد، حتى لا تضر إداحتها بالأخرى في الأرض، إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام: على حسب أن لا تضر إداحتها بالأخرى ان شاء الله.

رجل كانت له رحى على نهر قرية والقرية لرجل فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى، الله ذلك أم لا؟ فوقع عليه السلام ي Quincy الله ويعلم في ذلك بالمعروف ولا يضر (ولا يضار) أخيه المؤمن.^٢

عود و تدقيق

(الأول) التعارض القائم بين الحديث الأول مع تاليه، يمكن دفعه بحمل نهيه عليه السلام فيهما على الحكم المؤقت الصادر منه عليه السلام بعنوان الحاكم ورئيس الدولة وحمل الاول على الحكم الكلّي الأوّلي ولا منافاة بينهما. فلاحظ. أو بحمل النهي على الكراهة جمعاً بينها، دق النظر في الروايات، تعرف صحة هذا الحمل. ثم الإعارة ليست بمعناها المعروف لعدم بقاء العين بعد الانتفاع به، بل المراد به الإعطاء كما يدل عليه الحديث الثالث (تدعه له – يدعها لجاره).

(الثاني) الحديث الخامس يحرم مطلق الاضرار، ولا شبهة ان أخذ مال الغير أو

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٢٨ و ٤٢٩ وفي حاشية الرسائل (في الفقيه: اضرار – هامش المخطوط).

٢. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٣١ و ٤٣٢.

حَقَهُ ظُلْمٌ عَرْفًا وَلَا يَتَوَقَّفُ صَدْقُ الضررِ عَلَى فِرْضِ احْتِيَاجِ مَالِكِهِ أَوْ مَسْتَحْقَهِ إِلَيْهِ.^١
 (الثالث) قد يتوجه أنَّ صدر الحديث السادس يعطي ضابطاً كلياً في باب تزاحم
 الضرين، على أساس التقادم الزمني، فمن حفر قناة لا يجوز للغير حفر قناة أخرى
 تضرَّ بماء القناة المحفورة سابقاً وأولاً وإن أضرَّ الثاني بتركه، سواء كانت مسؤولة الحفر
 الأولى قليلة أو كثيرة. لكننا ذكرنا ما هو الأرجح فيه في بحث تزاحم الضرين.

على أنَّه تقيد الضابطة المذكورة، أولاً بمنع الثاني والمتأخَّر زماناً عَنْها يوجِبُ ضرر
 الأولى إذا عمل في الأرض التي هي من المباحات الأصلية، لا في أرضه المملوكة،
 فإنَّ الحديث ظاهر أو منصرف إلى أنَّ الثاني كان يحفر القناة في أرض غير مملوكة
 إلى قريته. فإنَّ سَلَمْنَا ذلك فلا يشمل الضابطة تصرفات المالك في ملكه وإن تضرَّ
 الجار الذي كان سابقاً في عمله زماناً، بل يتزاحم الضرران.

وثانياً: أنَّ مورِّدَ الحديث هو القناة فالتعدي إلى غيرها يحتاج إلى الاطمئنان بعدم
 الفرق بينها وبينه ولا اطمئنان ولا ظن بعدم الفرق بين القناة والمعدن مثلاً، لاسيما
 مثل آبار النفط، بل المظنون ثبوت الفرق فلا تشتمل الضابطة المعدن وأمثالها.

(الرابع) ذيل الحديث لا بد من تقديره بما إذا كان نصب الرَّحْي على النهر بإذن
 مالك أو لا وبما إذا لم يكن إبقاء مائه في النهر الحاضر مضرَّاً له أكثر من ضرر
 صاحب الرَّحْي بدرجات، وبحيث كان مثل هذا الضرر من أول الأمر كالقرينة المتصلة
 في أنَّه متى حصل، يبطل إذنه لصاحب الرَّحْي في نصبه. نعم، إذا قلنا بأنَّ حكم
 الإمام حَكْمَ غَيْرِ الزَّامِي بـقرينة الكلمة المعروفة الشامل للواجب والمستحبَّ فلا يجب
 العمل به جزماً، وبـقرينة كلِّيتي الأخ والمؤمن، بعد حرمَة الإضرار بمطلق المسلم
 والذمي، فلا يحتاج إلى تقديره بالقيدين المذكورين. فأمر الرواية دائر بين العمل على
 الحكم غير الإلزامي وبين التقدير بما عرفت ولا مرجع لأحدهما على الآخر فلاحظ.
 قال: (وَأَنَّا الْمَاءَ فَمَنْ حَفَرَ بَرَأْ فِي مَلْكِهِ أَوْ مَبَاحَ لِيْمَلِكُهَا فَقَدْ اخْتَصَّ بِهَا كَالْمَحْجُورِ،
 فَإِذَا بَلَغَ الْمَاءَ فَقَدْ مَلَكَ الْمَاءَ وَالْبَرَأَ).

١. وإنْ مَرَّ بِكَ مَا يَنْافِي هَذَا، فَهُوَ مَجْرُدُ احْتِمَالٍ غَيْرِ مُخْتَارٍ.

وهنا مطالب:

١. لا شبهة في أن الماء يقطع النظر عن أسباب ملكيتها، سواءً كانت مكشوفة في وجه الأرض كالبحار والأنهار الكبار كدجلة والفرات والنيل ونظائرها أو الصغار، وكذا العيون المتفجرة من الجبال. أو كامنة في جوف الأرض بحيث لا يصل إليها الإنسان إلا بالحفر والجهد، كمياه الآبار والعيون (تحت الأرض) من الباحثات الأصلية، فتشترك فيها جميع الناس. وقد ادعى الإجماع بقسميه عليه، ويؤيده بعض الروايات الضعيفة سندًا في الجملة. فمن حازه بيد أو إثناء أو بحوض أو بنهر، فهو له من دون فرق بين المسلم والكافر، ولا يجوز لأحد، التصرف فيه من دون إذن مالكه اتفع به ألم لا ما لم يعرض عنه.

وعلى كل لا مجال لأصالة عدم تملك المياه كما ادعاه بعض المؤلفين، فإن الملكية مع الغضّ عن أسبابها من قبيل وجود المعلول مع الغضّ عن علته، وهو معلوم البطلان، على أن ما دفعه به الأصل المذكور أيضًا غير قوي، فإنه ادعى أن المترافق لدى العرف من قوله ^{عليه السلام}: في صحيحي الكابلي ومسمع المتقدمين (والأرض كلها لنا) كون الأرض وما تضمنته من المياه المكتنزة والمكشوفة ملك للإمام ^{عليه السلام}.^١

وذلك لضعف سند الخبرين المذكورين أولاً، ولما من أن المراد بالملكية أن صحت هي الملكية المعنوية غير المنافية لملكية الناس الاعتبارية المبحوث عنها في الفقه، ثانياً. ولا بتلاع هذا القائل - دام توفيقه - بالتناقض بين قوله هذا وما ذكره في المياه المتكثنة في الأرض المملوكة للفرد ثالثاً، فلاحظ كلامه تماماً.

٢. ظاهر عبارة المتن أن حافر البئر لا يحدث له حق الأولوية بالنسبة إلى الماء أصلًا، لا قبل وصول حفره إليه ولا بعده، أما قبله فلأنّ الحق الحادث له يختص بالبئر فقط، وأما بعده فتحدث الملكية للبئر والماء كلّيهما.

وتعزز الشهادة في جواز حفر الثاني للانتفاع بالماء المذكور، وأقى إذا قلنا بأنّ الحفر

يحدث له حق بالنسبة إلى الماء فلا يجوز للثاني استخراج الماء المذكور من حفيرة أخرى.

وعبارة المتن كغيره لاتخلو عن إبهام، فإنها إنما تتم في المباح فقط لا في ملك الحافر، فإنَّ مالك الأرض يملك سطحه الظاهره والباطنه - ولو في الجملة كما مر بحثه - بل يملك مياهه تبعاً، سواء حفرها أو لا، وسواء وصل إلى الماء أو لا، فلا معنى لحق أولويته زائداً على ملكيته.

وعلى كل حال، من حفر بثراً في مباح وبلغ الماء يملكه، فإنه أحياه عرفاً وإحياء كل شيء بنظر العرف بحسبه. وهذا الماء لم يمكن الانتفاع به من دون حفر، وهو معنى موته، وبعد الحفر يمكن الانتفاع به، وهو معنى إحيائه، والبئر عنوان من العناوين العامرة كعنوان الدار والمدرسة والمخزن والمزرعة ونحوها فيملكونها معاً. ويؤكده ما في الجوهر: وأمّا ملك الماء ببلوغه الذي نسبه غير واحد إلى الأصحاب مشرعاً بالإجماع عليه، بل لعله كذلك نظراً إلى السيرة المستمرة.^١ فلا وجه لإنكار صدق الإحياء عليه أو الملكية.

نعم اختلفوا في سبب هذه الملكية، وإليك أقوالهم:

١. يمكن كون الماء من نماء الأرض كثمرة الشجرة ولبن الدابة.
٢. يدلّ عليها فحوى حديث جوز بيع الشرب كما سبق.
٣. انه إحياء للأرض بالسرابية على نحو ما قيل في المعدن.
٤. ان ملك الأرض يقتضي ملك الماء الكامن فيها وإن لم يكن من أجزائها.
٥. ان حفر البئر حيازة لمائتها. أقول: في صدق الحيازة عليه نظر أو منع.
٦. من جهة أنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فيكون له. لكنه: لم يثبت لهذا بخبر معتبر.

أقول: الماء الكائن في الأرض بعمق أمتار يملكونها مالك الأرض بطبع الأرض بنظر

العرف، وحفر البئر في المباح إلى بلوغ نيل الماء من أسباب ملكية الماء حتى وإن لم يصدق عليه الإحياء كما يفهم من اعتبارات العقلاء. ومؤكدة السيرة ومظنة الإجماع كما سبقتا عن الجوهر.

لكن المسألة مع ذلك كله لا تخلو عن إشكال وإيراد، فإنه يجوز للمالك أن يحفر بئراً في ملكه ويستفيد من مياهها وإن علم بأن استخراج الماء منها يقلل الماء الكائن في جوف الأرض المملوكة لجاره ولعله لا خلاف فيه ظاهراً. وبالتعبير الدقيق أني لم أجد من منع هذا الاستخراج، مع ان مقتضى القاعدة حرمته، فإنه إضرار بالناس وتصرف في مالهم، فيفهم من هذا أن الماء المستقر في جوف الأرض غير مملوك لمالك الأرض ما لم يصل إليه بالحفر.

بل قال العلامة بنبيه في قواعده: وإذا حفر بئراً في ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق في ملكه وإن كان يسري الماء إليها.^١
وعلى الكركي رحمه الله بقوله: لأن للجار أن يتصرف في ملكه كيف يشاء، لأن الناس مسلطون على أموالهم.^٢

وهذا يدل على أن ماء البئر ولو بالحفر والإظهار لا يدخل في ملك مالك الأرض، فينحصر الملكية فيما يستخرجه ويحوزه، لكن عرف ضعفه مما قلنا آنفاً. وأما التصرف في مثل هذا الماء للغير فإن ثبت جوازه بالسيرة فهو وإنما فهو من نوع أيضاً. والأول (أي جواز استفادة الجار من بئر من الماء الكامن في جوف الأرض لجاره) يمكن أن نجيب عنه بأنه لا ينافي الملكية، فإن العرف الذي يرى جواز الحفر والاستفادة من مياه البئر وإن قلل ماء الأرض المملوكة للجار. هو الذي يقييد ملكية هذا الجار على مائه بجواز التصرف فيه لجاره إذا حفر في داره وأرضه. وليس هذا بممتنع، فإن الملكية أمر اعتباري عرفي أو شرعي تتقبل الإطلاق والتقييد في ذاتها

١. إيضاح الفوائد في شرح القواعد، ج ٢، ص ٢٤٠.

٢. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٥٧ والعلة الأخيرة رواية نبوية مرسلة نقلها المجلسي في الجزء الثاني من بحاره عن عوالي الآرامي، ج ٢، ص ١٣٨ لكن منه مطابق لاعتبارات العقلانية.

وأحكامها، ولنا موارد يجوز التصرف في ملك الغير وقد ذكرناها مفصلاً في كتابنا حدود الشريعة (ج، مادة الأكل) ومن جميع ما ذكرنا يظهر أنه لابد من تقييد عبارة المتن: (ولم يجز لغيره التخطي إلى، ولو أخذ منه أعاده) بما عرفت.

وذهب مؤلف كتاب الأرضي - أيده الله - بعد إنكار ملكية حافر البئر على مائتها قوله بإفاده حفره حق الأولوية له، إلى أن هذه الأحقيقة تمتد إلى منتهى مادة هذا الماء في أعماق الأرض، ولا يتقدّر امتداد هذا الحق من حيث المسافة إلا بما يضره (؟) وعلى بما أن عروقها قد انفتحت من خلال عمليات الحفر التي أوصلها الحافر بها، فطبعية الحال لا يجوز لآخر أن يقوم بفتح عروقها بحفر حفيرة من طرف آخر وإ يصلحها بها لأنها تضر الأولى.

واستدل على منع الآخر بما ورد في تحديد مقدار المسافة المعتبرة بين الآبار والعيون، فإن المستفاد من مجموع رواياته إنما هو بما لا تضر الثانية بالأولى. وأضاف: وهذا بخلاف المواد المعدنية، فإنها لم تصبح متعلقة لحق الحافر بسبب اكتشافه إليها من خلال عملية الحفر، وانتفاعه من حفيرته لا يمنع انتفاع الآخر من حفيرته.^١

وقال قبل ذلك: بما أنَّ هذا الماء يستمد قوَّته آنَّا فَانًا من مادَّته المكونة في باطن الأرض، فلا محالة يمتد حَقَّه إلى تلك المادة، وبذلك يمتاز عن المعدن، حيث أنَّ المعدن غير واجد لتلك الخصوصية، لوضوح أنَّ ما يحوزه الفرد منها من الكمية لا ترتبط بما ظل في أعماق الأرض من الكميات أصلًا.^٢

أقول: لم يثبت في حريم البئر سوى ما ورد في البئر العادية وهي منصرفة عن الآبار المملوكة في الدور المتتجاوزة، وما ذكره من الفرق بين البئر والمعدن أن تم في حد نفسه يختص بالمعادن الجامدة دون المعادن المائعة كآبار النفط، فتأمل والتفریع في قوله (فلا محالة يمتد حقه..) غير بين ولا بمیین. والله أعلم.

١. الأراضي، ص ٣٩٥ و ٣٩٦

٢. نفس المصدر، ص ٣٩٥

هنا فروع

١. إذا اجتمعت المياه المباحة في محل لا بنية من الحيازة لصاحب فالظاهر أنها لاتدخل في ملكه، لعدم سبب لملكيتها، فلو أخذها شخص آخر ملكها وإن أنها بتصرّفه في أرض الغير. والنتيجة اعتبار نية الحائز في سبيبة الحيازة للملك، وهذا بخلاف الإحياء حيث تقدم عدم اعتبارها في سبيبة الإحياء للملك.
 ٢. الماء إنما في أرض مملوكة لفرد أو لأفراد، أو في أرض الأنفال، أو المفتوحة عنوة أو في المباحث الأصلية، أو في الأرضي الموقوفة.
أما الأول فقد فرغنا منه، وأما الثاني فلا تبعد استفادة إياحته مما دل على جواز إحياء الخربة ومتلكها بالأولوية، وأما أرض الصلح فهي إن كانت خربة فهي بحكم الخربة الباقية من القرون الخالية التي أباحها الإمام شافعية لمن أحياها، وإن كانت عامرة فأمر مياها إلى نائب الغيبة إن لم يكن لها مالك معروف، لكنه فرض نادر ولا واقع له في مثل أعمارنا.
 - وأما الثالث فهو بحكم الأرض كذا ذكره صاحب الجوهر أيضاً فهو لجميع المسلمين فأمره كامر الأرض المذكورة بيد نائب الغيبة، وأما الرابع فهو للجميع من حازه ملكه بحكم العرف، وأما الخامس فهو للموقوف عليهم.
 ٣. هذا كله في المياه المكشوفة فيها، وأما المستقرة تحت الأرض، فإن كانت في عمق قليل فهي تابعة للأرض في الملكية، وإن كانت متوجلة في أعماق بعيدة فهي مباحة للجميع، فإنها لاتدخل في ملك مالك الأرض تبعاً. كل ذلك تقدّمت الإشارة إليه. والله أعلم.
- قال: (ويجوز بيعه كيلاً وزناً) والظاهر أنه لا خلاف فيه، بل يجوز بيعه مشاهدة إذا لم يكن مختلطاً بالماء المتجدد.
- قال: (ولا يجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه لاختلاطه بما يستخلف) لكن لا يبعد جواز بيعه على الدوام لصحيح الأربع المتقدم والإشكال عليه بجهالة المقدار كأنه

من الاجتهداد في مقابل النص، ويجوز بيعه مؤقتاً وبساعة وساعتين وي يوم وأيام. مع إمكان منع تحقق الجهة عرفاً في مثله، فإنَّ العلم المذكور كاف لعدم الدليل على اشتراط أزيد من ذلك. بل لو لا الشهرة لأمكن القول بالجواز في صورة الاختلاط بعد مشاهدته ومعلوميته والإقبض بالتخلية بينه وبينه، وإن اقتضى ذلك اختلاطه بما يتجدد من الماء فان أقصاه حينئذ الشركة المقتضية للصلح بينه وبين البائع، وأولى من ذلك نقله بالصلح أو الهبة أو غير ذلك مما هو أوسع دائرة من البيع كما في *الجواهر*^١ على أنَّ منع الاختلاط بعض الآلات ممكناً.

قال: (ولو حفرها لا للتسلُّك، بل للاتتفاع، فهو أحق بها مدة مقامه عليها، وقيل يجب عليه بذل الفاضل من مائتها عن حاجته، وكذا قيل في ماء العين والنهر. ولو قيل لا يجب كان حسناً، وإذا فارق فمن يسبق إليها فهو أحق بالاتتفاع بها).

أقول: أولاً أنَّ ملكية الأرض بالإحياء لاحتاج إلى قصد الملك، لإطلاق الأحاديث المتقدمة. والظاهر أنَّ ملكية الآبار والعيون وأمثالهما أيضاً كذلك عند العرف، فحافر البشر في مفروض المتن يملكونها. نعم إذا قصد عدم الملكية فالحكم بها محتاج إلى تأمل.^٢ وثانياً: لا دليل على وجوب بذل الفاضل حتى على القول بالأحقيقة، ولعل المراد عدم جواز منع غيره عن الفاضل كما عن الفاضل في *التذكرة*، لكن تشبيه الحق بحق المجرم يتحقق له منع غيره عنه، وليس الحق عند قائله بمعنى عدم جواز مزاهمة الغير له، حتى لا يجوز له منع غيره.

وعن الشيخ الطوسي (*طاب ثراه*) في مبسوطه: كل موضع قلنا فيه بملك البشر فإنه أحق بمالها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه، فإذا فضل بعد ذلك شيء وجب بذلك بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته. أما لسقي زرعه فلا يجب عليه لكنه يستحب...^٣

١. ج ٣٨، ص ١٢٠ و ١٢١.

٢. ولا يبعد عدم تحقق الملكية عند العرف.

٣. *الجواهر*، ج ٣٨، ص ١١٧.

واستدل على ذلك ببعض الأخبار العامية الضعيفة سندًا كخبر ابن عباس: الناس شركاء في ثلات: النار والماء والكلاء، وخبر جابر أنه نَهَى عن بيع فضل الماء، وخبر أبي هريرة: من منع فضل الماء ليمتنع به الكلاء منه الله فضل رحمته. ودلالتها - كما ترى - أعم من قول الشیخ جعفر.

نعم في خبر الفقيه والتهدیب عن أبي الحسن بن القاسم: إن المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء^١ لكنه ضعيف بمحمد بن سنان، ولا يبعد انصرافه إلى المباحة، أو لا بد من حمله عليها.

وأما نهي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الوارد بالسند المعتبر عن بيع بعض أقسام المياه فقد مر إمكان حمله على الكراهة لأجل صحيح الأعرج، فما اختاره الماتن من عدم الوجوب هو الأقوى.

وفي كتاب الأراضي لصديقنا الفياض - دام توفيقه - وجهان آخران لرفع التنافي بين ما دل على جواز بيع الماء وما دل على النهي عنه، لا يخلوان عن نظر. على أن أولهما إن تم لتم في معالجة التنافي بين صحيح الأعرج وخصوص صحيح أبي بصير فقط، ولا يعالج مشكلة التعارض بينه وبين حديث عبدالرحمن البصري بوجهه، وثانيهما متوقف على كون الماء من الأنفال أو من المشتركات العامة، والحال أن الماء المحاذ بالمسنة مملوك. فالأظهر هو الحمل على الكراهة.

وأما المفارقة من البتر المذكور، فإن كانت مفارقة اعراض فقد تقدم أنه مزيل لملك ظاهراً قبل تصرف الغير، وأما بعده فلا شبهة في زوال ملكية المعرض، وكذا يزيل الأعراض حق الأولوية بطريق أولى. وأما المفارقة من غير اعراض فهي لاتسقط الملكية، وفي إسقاطها لحق الأولوية نظر والاستصحاب يقتضي بقائه، والله العالم.

قال: (وأما مياه العيون والآبار) المباحة غير المملوكة (والغيوث فالناس فيها سواء ومن اغتف منها شيئاً ببناء أو حازه في حوضه ومصنوعه فقد ملكه).

أقول: ويلحق بها البحار والأنهار المباحة أيضاً. وسيأتي في الخاتمة ما يقول أهل الحقوق الدولية في المياه الساحلية والمياه الحرة إن شاء الله وعلى كل، فالحيازة بما أنه عمل، سبب مملك للمنقولات عند العرف، دون مجرد الاستيلاء فإنه غير موجب لملك ولا لحق.

مسائل

١. من حفر بئراً عادية - أي قديمة - طمت وذهب مائها فأظهره، يملكه. وكذا إن كانت غير عادية إن لم يكن لها مالك معروف أو كان ثبت إعراضه عنها، وإن لم يثبت إعراضه عنها فجواز حفرها - فضلاً عن تملّكها - ممنوع لأنّه تصرف في ملك الغير، إذ لا دليل على سقوط ملكية من ترك ماله بغير اتفاق منه في غير الأرض على ما سبق. اللهم إلا أن يقال بزوال ملكيتها بعد طمّها وذهب مائها عرفاً.

٢. قال: (ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح، قال الشيخ لا يملكه الحافر، كما إذا جرى السيل إلى أرض مملوكة، بل الحافر أولى بمائه من غيره لأنّ يده عليه).
هذا إذا لم ينبو مالك النهر من حفره حيازة هذا الماء كما إذا كان قصد منه شيئاً آخر أو ماء آخر فاتفاق جريان الماء المذكور فيه، كما يفهم من تشبيهه بجري السيل في الأرض المملوكة. وفي هذا الفرض يشكل ثبوت الحق للحافر، إذ لم يثبت حق وأثر لمثل هذه اليد شرعاً أو عرفاً.

وأنا إذا حفره بقصد قبض الماء المذكور، فلا شك في ملكية الحافر لها، كما إذا نصب شبكة لصيد فوق فيها.

قال: (فإذا كان فيه جماعة، فإن وسعهم أو تراضاً فيه فلا بحث، وإن تعاسروا قسم بينهم على سعة الضياع، ولو قيل يقسم بينهم على قدر انصباتهم من النهر كان حسناً).

أقول: التقسيم بالضياع منقول عن الشيخ الطوسي عليه السلام واستدل له بأن الشركاء لا يملكون الماء بل لهم حق الأولوية عليه لأجل ملكهم وأرضهم، لكن مرتباً لهم

يملكون الماء، على أن الحق لأجل عملهم لا لأجل ملكهم، والحق أنه قول غريب. والمطابق للقاعدة هو التقسيم على حسب العمل المتجسد في النهر لا غير. ثم التقسيم إما بالتناوب والمهابية وإما بالأجزاء والأبعاض. وقال جعفر بن الشافعي قسمة إجبار، فإذا طلبه أحد الشركاء أجبر الممتنع منهم عليها، وأماماً الأول فقلالاً إنه ليس بلازم، فيجوز لكل منهم الرجوع عنه، إلا من استوفى تمام نوبته، فقيل لا يجوز له الرجوع وقيل يجوز، مع الضمان.^١

وأماماً أنه غير لازم فلأجل أنه ليس معاوضة محضة حقيقة^٢، وإنما تصح إذا جعل نصيب كل واحد معلوماً مضبوطاً بالأيام أو بالساعات أو أقل أو أكثر كما ذكره المحقق الكركي رحمه الله.^٣

٢. قال: (إذا استجد جماعة نهرآ في الحفر يصيرون أولى به) وان حفروا كيلومترات، فإن مجرد حفر نهر لا يصدق عليه الإحياء وإن كان عنواناً من العناوين، فليس لهم سوى حق الأولوية للتحجير. إذ لا يصدق عليه العنوان العامر ما لم يجز فيه الماء. وفيه بحث.

قال: (إذا وصلوا منتزع الماء) ومجراء بحيث ان أرادوا إجرائه فيه جرى بعمل يسير (ملوكه) على قول المشهور، منهم الماتن رحمه الله في باب كيفية الإحياء على ما مر، وعلى قول سيدينا الأستاذ الخوئي رحمه الله إنما يملكونه ظاهراً إذا جرى الماء فيه بالفعل. قال: (وكان بينهم على قدر النفقه على عمله) بل العمل المتجسد في النهر وكل معمول آخر.

وما في المتن مبني على ما هو الغالب من مساواة النفقه والعمل في الكمية، وإن فالملكية لا تدور مدار النفقه بل ولا مدار كثرة العمل زماناً، وإنما تدور مدار العمل المتجسد في المعمول الخارجي كما أشرنا إليه، ولا أظن التردد في صحته بأحد.

١. لاحظ كيفية الضمان في جامع المقاصد، ج ٧، ص ٦٧.

٢. ويمكن أن تختار لزومه لإطلاق قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» فإن التقسيم المذكور نوع عقد، ولا ينقول بانصراف العقود في الآية إلى العقود الشائعة والمتعارفة. فتأمل.

٣. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٦٧.

فرع: لو كان لأحد رحى على مثل هذا النهر، فعن النافع أنه لم يجز لصاحب النهر أن يعدل بالماء ويصرفه عنها إلى جهة أخرى إلا برضأ صاحب الرحى كما صرّح به جمع.

أقول: ودليلهم الصحيح المتقدم برقم (٥) في أول هذا البحث (بحث المياه) لكن ذكرنا فيما تقدّم بعض القرائن على حمله على الكراهة، والله العالم.
وفي الجوهر: ولكن فيه مناف لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، ودعوى ترجيحها (قاعدة لا ضرر) عليها واضحة المنع، فلا بد من حمل الصحيح المزبور على صورة وضع الرحى بحث واجب على صاحب النهر مراعاته كما عن ابن إدريس التصريح بتقييده بذلك جمعاً بينه وبين القاعدة المزبورة المعتصدة بعمل الأصحاب على وجه ترجح على قاعدة نفي الضرر والضرار.^١

٤. قال: (إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادي بسقي ما عليه دفعه بدئ بالأول وهو الذي يلي فوهة - أي فمه وأصله - فاطلق اليه للزرع إلى الشراك وللشجر إلى القدم وللنخل إلى الساق. ثم يرسل إلى من دونه، ولا يجب إرساله قبل ذلك. ولو أدى إلى تلف الأخير).

أصل الحكم ممّا لا خلاف فيه ظاهراً، وتدل عليه معتبرة غيات المتقدمة في أول هذا البحث.نعم ليس فيها ذكر القدم للشجرة ولا بأس به أن ثبت احتياج الشجر إلى هذا الحد بشهادة أهل الخبرة اليوم، بل قيل إنه المشهور، كما إن المذكور فيها: للنخل إلى الكعبين. أو: النخل إلى الكعب. ولعله لا مخالفة بين المتن والمعتبرة، بناء على دخول الغاية - الكعب - في المعنى وآخر الكعب أول الساق. وعلى كل العبرة عندنا بالنصوص المعتبرة لا بضعافها ولا بالفتاوي.

٥. وإذا كان في مقابل هذه الأراضي الزراعية والبساتين، أراضي وبساتين أخرى فالمدار في التقديم هو صدق الأعلى والأسفل فيقدم مقابل الأول على ما بجنب الأول وهكذا.

٦. وإذا كانت فوهة الماء في وسط الأرضي الممتدة من جهة الشرق إلى جهة الغرب مثلاً، فإن أمكن تقسيم النهر إلى الجهتين المذكورتين فهو، وإن لا فيراعى الأعلى فالأعلى إلى الجهتين المذكورتين. ومع التساوي يقدم ما خرج بالقرعة.
٧. وقال السيد الأستاذ الخوئي عليه السلام: إذا اجتمع جماعة على ماء مباح من عين أو واد أو نهر أو نحو ذلك كان للجميع حق السقي منه، وليس لأحد منهم شق نهر فوقها ليقبض الماء كله، أو ينقصه عن مقدار احتياج الباقيين.
- أقول: لإطلاق معتبرة غيات ولكونه ظلماً على المستحقين، نعم لهأخذ ما زاد عن حاجة المستحقين.
٨. إذا شهد الخبراء المختصين بعلم الزراعة اليوم عن احتياج الزرع والشجر والنخل حسب طبائعها الفعلية بما يخالف التقدير المذكور في المعتبرة يمكن تقديمها على ما في الحديث، فإن تغير طبائع النبات بمرور ألف سنة أو أزيد بمكان من الإمكان، بل بعض أنواع الفواكه والشجر والزرع حادث، ولا أقل من عدم وجودها في شبه جزيرة العرب.
٩. المعتبرة وردت في خصوص السيل، لكن حيث أنه لا فرق بينه وبين سائر الأفراد المباحة، عتم الفقهاء كلامهم فيه، وهو الأظهر، فلا فرق بين النهر المباح وسيل الوادي والعيون المباحة وغيرها في الجملة. وأما الماء المملوك فتقسيمه تابع لمقارن الملكية ورضا الشركاء وقد تقدم.
١٠. إذا أدى الترتيب المذكور في المتن المصرح به في المعتبرة إلى تلف المتأخر دون العكس، لا يبعد تقديم المتأخر إذا لم يوجب تنقيص الماء على الآخرين، لقاعدة العدل التي تقدمت، خلافاً للماتن وجماعة (رحمهم الله).
١١. استثنى جماعة بل نسب إلى المفهوم من كلام المشهور مورداً آخر من القاعدة المتفقّدة (تقديم الأعلى على الأسفل في السقي) وهو ما إذا سبق بعض الأفراد في الإحياء فيقدم على من تأخر فيه، وإن كان أعلى بالنسبة إلى فوهة النهر. وعلمه في الجوهر بأن السابق في الإحياء قد تعلق حقه بالماء قبل غيره وإن كان في

آخر النهر لعوم من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به. ودعوى أن التعارض بينهما من وجهه، يدفعها أن الرجحان لنقدم الأخير بالشهرة...^١

أقول: عوم من سبق لم يرد بسند صحيح وإن كان مفاده في الجملة مطابق لحكم العرف وسيرة القلاء. وفرض إحياء جميع أراضيهم في زمان واحد، بحيث استحق كل واحد من المحبين الماء في رتبة واحدة وزمان واحد بعيد، بل العادة هو التقادم والتأخر في ذلك. وعليه فاستثناء الفرد الأغلب من إطلاق المعتبرة محل إشكال، وأشكال منه ادعاء انصراف المعتبرة عن سبق في الإحياء فإنه انصراف عن الفرد الأغلب.

والتحقيق أن المعتبرة ظاهرة في تأخر ظهور الماء المباح عن إحياء الأرضي، فإن السيل جرى بعد إحياء الأرضي بالزراعة والغرس. وهذا لا يشمل ما استثناه المشهور عن الحكم. إلا نادراً^٢. والرواية منصرفه عنه جزماً، وهو مطابق للقاعدة ولا مانع عنها هنا في فرض ظهور الماء قبل الإحياءات أو في أثنائها فالتقديم هنا بالأسبقية دون الأقربية. فتأمل.

١٢. يقول السيد الأستاذ^{للله}: وكذا الحال في الأنهر المملوكة المنشقة من الشطوط، فإن كفى الماء للجميع وإلا قدم الأسبق فالأسبق، أي من كان نهره أسبق من شق نهر الآخر وهكذا، إن كان هناك سابق ولاحق وإلا فيقضي الأعلى بمقدار ما يحتاج إليه ثم ما يليه. وهكذا.

١٣. الأرض إنما مستوية سطحاً، فقد عرفت حكمها. وإنما مختلفة على وقوطاً فعن جمع سقي كل حصة على حدته، فإنها لو سقيت جمياً لزاد الماء في المنخفضة عن الحد السابع شرعاً، فيخرج عن المنصوص كما عن كفاية السبزواري. وإنما إن كانت الأرض من أولها إلى آخرها منحدرة بحيث لا يقف الماء فيها كذلك. عن المسالك أنها سقيت بما تقتضيه العادة وسقط الاعتبار الشرعي لعدره، واستحسن السبزواري^{للله}.

١. ج ٣٨، ص ١٣٣.

٢. كما إذا أحى أحد بعد السيل أرضاً قربة إلى الماء من غيره.

١٤. لو كانت أرض واحدة مشتملة على النخل والشجر والزرع، فإن أمكن إحداث دوائر ومسنيات للنخل والشجر فلا إشكال في قسمة الماء فللزرع حقه ولهم حقهما، وقيل باعتبار الغاية لجميع ما فيها، وإن استلزم الزيادة في بعضها، وهكذا قيل في الأرض المنحدرة كلها، ولا يمكن المساعدة عليه لأنَّه مخالف لقاعدة العدل. فافهم.
١٥. لو تساوى مالكان في التحادي عن جانبي النهر فعن جمع القسمة بينهما، فإن تعددت فالقرعة. وفي *الجوهر*: وقد أطلق الأكثر هناك القرعة، وظاهرهم تقديم من خرجم القرعة له فيأخذ تمام حاجته.
- وقال العلامة في *القواعد*: فإن لم يفضل عن أحدهما سقي من أخر جنته القرعة بقدر حقه، ثم يتركه للأخر، وليس له السقي بجميع الماء لمساواة الآخر له في الاستحقاق، والقرعة تفيد التقديم بخلاف الأعلى مع الأسفل.^١
١٦. لو كان على النهر أرجحية متعارضة، فهي كالأملاك في تقديم ما كان منها ما يلي الفوهة إن لم يكن غيرها السابق كما في *الجوهر*.^٢
١٧. قال: (لو أحيا إنسان أرضاً ميتة على مثل هذا الوادي لم يشارك السابقين). لأولئك منهم بإحياء أرضهم الذي به استحقوا الماء كما تقدمت الإشارة إليه، وإن كانت أرضه أقرب إلى فوهة الماء من أراضيهم. نعم إذا كان الماء أكثر من حاجتهم (قسم له مما يفضل عن كفایتهم) إذ لا حق لهم في حرمانه من المباح الذي هو للجميع وإن قال الماتن (وفيه تردد) ولا حفظ تفسيره في المطولات. بل لنا في إطلاق الحكم الأول ببحث.
١٨. لو احتاج هذا النهر إلى حفر مجدد وإصلاح وسد وخرق ونحو ذلك فعليهم رفع الاحتياج حسب استحقاقهم لكمية الماء، ولو امتنع بعضهم يجره الحاكم بالإصلاح أو البيع، كل ذلك لقاعدة العدل وقاعدة لا ضرر، فلاحظ وتدبر. وعن *القواعد* في النهر المملوك أنه يشتراك الكل إلى أن يصلوا إلى الأدنى من أوله

١. إيضاح الفوائد في شرح *القواعد*، ج ٢، ص ٢٤٠.

٢. ج ٣٨، ص ١٣٨.

الذي هو في فم النهر، ثم لا شيء عليه، ويشترك الباقيون إلى أن يصلوا إلى الثاني وهكذا. ويحتمل التshireek. أقول: والأقوى الأول.

١٩. تقدّم اعتبار النية في سببية الحيازة للملك بحسب فهم العرف. ويقول الشهيد رحمه الله في الملمعة: فمن سبق إلى اغتراف شيء منها فهو أولى به، ويملكه مع نية الملك.

فهو لا يعتبر نية الاستحقاق في حصول الحق، ولكنه يعتبر نية الملك في التملك. وقال المحقق الكركي رحمه الله والذي يقتضيه النظر عدم اشتراط النية في تملك المباحات للأصل.^١

٢٠. لو أحرز الماء المباح في ملك الغير غصباً - كالأرض والظرف - فهل الماء للغاصب أو للملك أو ليس لأحدهما، بل هو باق على إياحته؟ فان المحرز الحائز غاصب، والمالك غير قاصل للتملك. الوجه الثاني ضعيف بفقد النية. ويطهر من الشهيد الثاني في الروضة اختيار الوجه الثالث وإن احتمل الأول أيضًا.^٢

٢١. لو خرج الماء السائع من أرض مملوكة، فهل يملكه من أخذه؟ قال في التذكرة: يملكه على القول بأنه غير مملوك بملكه، وعلى الثاني لا يملكه.^٣ أقول: للجاري أن يمنع الماء عن أرضه على القولين، بل يجب على مالك الأرض منعه عن جريه إلى أرض الغير إذا لم يرض به على القول الثاني. وأما على القول الأول فيه وجهان إذا لم يكن خروج الماء بفعل من مالك الأرض.

ثم على القول الثاني الذي قويناه في ما سبق لا يملكه الآخذ إذا كان المالك جاهلاً، وأما إذا كان عالماً بالماء الجاري الخارج ولم يعمل لمنعه، فنفس سكوته وعدم إقدامه إنما يجوز أخذه وتملكه للغير.

٢٢. العمل لحيازة الطير هو الصيد، والعمل لحيازة الخشب هو الاحتطاب، والعمل

١. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٥٦.

٢. تصرح الملمعة، ج ٧، ص ١٨٦ و ١٨٧.

٣. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٧١.

لحيازة اللؤلؤ والمرجان هو الغوص في عمق البحر، والعمل لحيازة الطاقة الكهربائية الكامنة في قوة انحدار الشلالات هو بتحويل هذه القوة إلى سيال كهربائي، فلا بد من العمل في تحقق الملكية، ولا يكفي مجرد السيطرة والاستيلاء. وعن العلامة: أن الصيد لا يملك بتوحله في أرضه ولا بتعشيشه في داره ولا بثوب السمكة إلى سفينته. وقيل: وأما الحيازة فهي تختلف عن الصيد المجرد في أحکامها ولذا نجد أنَّ الفرد إذا ملك طيراً بالحيازة ودخل في حوزته، أصبح من حقه استرجاعه إذا طار وامتنع، فاصطاده آخر، ويجب على من أخذه ردُّه إلى من كان الطير في حوزته، لأنَّ الحق المستند حق مباشر بمعنى أنَّ الحيازة سبب مباشر لتملك الطير، وليس تملك الطير مرتبطة فرصة معينة ليزول بزوالها.^١

لكن الطير الذي شلت حركته نتيجة لاصطياده، إذا استطاع قبل أن يبادر الصياد إلى حيازته، إن يسترجع قواه أو يتغلب على الصدمة ويحلق في الجو من جديد، زال عنه حق الصياد، لأنَّ هذا الحق كان يعتمد على تملك العامل لفرصة التي اتجهها بالصيد وهذه الفرصة تتلاشى بهروب الطائر إلى الجو^٢ فتأمل فيه.

الكلام حول بقية المشتركات

أما الحيوانات فكل من حاز منها شيئاً ملكه، والبحث عن بيعها موكول إلى كتاب المكاسب، ثم إذا دخل حيوان أو جلس في ملك أحد، أو وقع فيه بشدة بحيث يسهل أخذه فهو باق على حالته الأولى، ولا يدخل في ملك مالك الأرض، بل لو جلس طائر على يد أحد جاز لغيره أخذه وتملكه ما لم يقصد ذو اليد تملكه، إلا إذا قلنا بقول الشهيدين من أولوية صاحب اليد به، لكنها محتاجة إلى دليل. نعم إذا وقع في شبكة منصوبة للصيد فهو ملك صاحبها ولا يجوز أخذه لغيره، ويجوز الانتفاع والاكتساب بالحيوان بكل وجه محلل كما هو شائع اليوم.

١. اقتصادنا، ج. ٢، ص. ٤٨٦.

٢. نفس المصدر، ص. ٤٨٥.

وأما الهواء فهي من المشتركات المهمة اليوم. إن حدود ملكية الهواء تتبع ملكية الأرض كجوفها مجهولة ولا شك أن من ملك أرضاً ملك جوفها و هوائها لكن مقدارهما غير معلوم والإيكال إلى العرف إيكال إلى الجاهل والاقتدار على القدر المتيقن وإباحة ما بعده للجميع إنما يحسن في القول والفتوى وأما بحسب الخارج فلا يغنى ولا ينفع شيئاً، فإنه يسئل هل القدر المتيقن هو بمقدار كيلومتر واحد أو خمسة عشرة كيلومتراً وهي الحد النهائي للغيمون كلها أو معظمها أو إلى آخر الجو؟ كل ذلك مجهول والأحسن للحاكم الشرعي بعد المشورة مع أهل الخبرة تعين مقدار لأرباب الأراضي رفعاً للنزاع.

وأما الهواء الذي تستحقه الدولة بنية الشعب وأهل البلاد فهذا يغاير الهواء الخاص بالأفراد تبعاً للأراضي والدور والبنيات الصغيرة كما لا يخفى.

والقانون الدولي اليوم يوجب على كل دولة تعبير طائراتها في أجواء دول أخرى أن تعطيمهم أجرة الاستفادة منها ولعل الغالب طiran الطائرات فوق عشرة كيلومترات من سطح البحر. وهذا لا دليل عليه شرعاً وإذا أجبرت دولة أخرى بدفعها، جاز لها دفعها ويجوز لهاأخذها من طائرات الدولة الأولى تقاصاً وإن كانت دولة مسلمة، وأما إذا كانت الدولة غير إسلامية فيجوز أخذها منها للدولة الإسلامية مطلقاً لأن ثروتها مجهولة المالك، وإذا كانت كافرة فجوازها لا إشكال فيه.

وأما مراعاة قوانين المرور في الهواء فتوجب مراعاتها إذا كان مخالفتها في معرض تصدام الطائرات وتلف الأموال والأنفس، والمتخلف يتحمل الذمة والقصاص حسب اختلاف الموارد. وبالجملة حال قوانين المرور في الجو حالها في وجه الأرض على ما تقدم مختصر القول فيه.

ثم إن الاستيدان لأجل عبور الطائرات في أجواء دولة أخرى مسلمة كانت أو غير مسلمة وإن لم يجب شرعاً فإن الجو بعد ألف متر أو الفي متر من المباحث الأصلية لكنه إذا كانت الطائرة في معرض الاسقاط أو كانت الدولة في معرض عقوبات دولية تضر بالشعب المسلم يجب. وهو واضح.

ثم إن الانتفاع بالهواء إنما يجوز إذا لم يضر الآخرين، فإذا فرضنا بناء كور الطابوق متأخراً عن بناء الدور وكان دخانها المتتصاعد مضراً بأصحاب الدور، فهذا إضرار بالناس وهو غير جائز. بل يمكن أن يجري مثل هذا المنع في السيارات التي يضر دخانها بالناس، وكذا يشكل بناء المطارات في محل تؤدي أصوات الطائرات الناس الساكنين في أطرافها،^١ نعم إذا سبق بناء الكور والمطارات بناء الدور والدكاكين وأمثالهما فلا إشكال.

ويمكن أن نعد الرياح والغيوم أيضاً من المشتركات.
وإليك بعض الأسئلة المتعلقة بهما:

١. هل يجوز دفع سحاب أو ريح من منطقة إلى منطقة أخرى بوسائل علمية توجد اليوم أو غداً؟
٢. هل يجوز جذب أحدهما من منطقة أخرى إلى منطقته للمطار أو لدفع الحرارة؟
٣. هل يجوز حرمان جمع عن ضوء الشمس بسوق الغيوم إلى محلهم. أو بالعكس هل يجوز ابتلاء جمع بضوء الشمس؟
٤. هل يجوز حيازة الأمطار قبل نزولها إلى الهواء القريب من الأرض المملوكة لأرباب الأرض تبعاً لملك الأرض. وهكذا القول في الرياح إن أمكن حيازتها اليوم أو غداً بوسائل علمية؟

لكل ذلك جواز حاضر حسب القواعد الكلية الفقهية وإجماله إمكان القول بالجواز في الجميع في غير فرض الإضرار بمن يحرم إضراره والله العالم.
واما الجبال فإن كانت قابلة للإحياء كما في بعض البلاد فالظاهر انَّ المحبي يملكونها بحكم العرف وإن قلنا بشمول الأرض لما تشملها الروايات الدالة على ملكية الأرض بالإحياء أيضاً، بل يمكن الاستدلال عليها بقوله ﷺ: من أحى مواتاً فهو له، فلاحظ.

١. فإنَّ إيداء المؤمنين كالإضرار بهم حرام كما ذكرنا دليلاً في الجزء الأول من حدود الشريعة في محارماتها.

وإن لم تكن قابلة للإحياء فيجوز الانتفاع بها لكل أحد وكل من سبق إلى سكناها فهو أحق بمسكته وإن عمره فهو يملكه عرفاً ويجوز قلع الأحجار منها، وأما قلع الجبل بتمامه كما وقع في بعض البلاد فان ثبت علمياً ضرره على الناس فلا يجوز وإلا فلا يأس به.

ومن جملة المشتركات الثلوج الواقعة في الأراضي المباحة، بل في الأرض المملوكة لفرد فضلاً عن أرض الأطفال والمفتوحة عنوة، فإن مجرد نزولها في أرض أحد مع عدم حيازة لا يوجب حقاً له، فلو دخل داخل فيها عصياناً أو نسياناً فأخذها، لا يبعد القول بتملكها فلاحظ.^١

بل إذا قصد مالك الأرض ملكية الثلوج بعد وقوعها ففي تملكها بالقصد المجرد تردد إذا لم يعمل عملاً لإحرارها، بل في حدوث حق له عليها بدعوى أنها في يده أيضاً تردد، لأن مثل هذا اليد لانعلم أن يتربّب عند العرف أثر وحق فالمسألة مشكلة، نعم لا شك في حرمة دخول الأرض لأخذ الثلوج من دون إذن مالكها وهو ضروري. ثم إن الناس يلقون الثلوج من سطوح بيوتهم إلى الزقاق في الشتاء فيصعب استطراق الناس لأجلها، فهل هو جائز أم لا؟ بعد عدم الشبهة في جوازه في الdrivatives برضى أربابها. وإن سلمنا حريم الجدار والسطح في الزقاق لمثل إبقاء الثلوج ونحوها، يجوز إلقائهما في الزقاق النافذ بمقدار الحريم عرفاً. وأما الزائد عنه بحيث يتضرر المارة به فلا يخلو عن إشكال، بل منع إن لم تجر سيرة الناس عليه بحيث يكشف عن جوازه العرفي، لاسيما إذا لم يتيسر بقاء الثلوج على السطح بدون الضرر المعنى به لأرباب الدور، فلاحظ وتأمل.

وأما المياه الجامدة غير المملوكة فيفهم حكمها مما سبق، كما أن حكم الغازات يفهم من حكم المعادن.

واما الساحات المتعلقة بمقابر الشهداء والصلحاء والذرية الطيبة، فإن علم بشرائط

١. تقدم في الفرع (٢١) ما يناسب هذا البحث.

وأقيمتها فهو، وإنّا فيقدم الزائرين على غيرهم في الاستراحة والنوم والجلوس. كما أنه يقدم قراءة الزيارة في المراقد على سائر الأعمال، نعم لا بأس بإقامة الجماعة في أوقات الصلاة سواء رضي بها الزائرون أم لا، ويجوز بل يحسن للوعاظ أن يعظوه من مكثرة الصوت عند الاحتياج إليها لكثره المستعين في غير ساعات النوم ولا يجوز رفع الصوت بها إلى حدّ يتآذى الناس منه، وسائر أحكام هذه الأماكن يعلم مما تقدم.

وأما البنيات الخيرية من قبل الخيريين فلا بدّ من مراعاة شروطهم، ولا يجوز التخطي عنها كالأماكن المعدّة لغسل الأموات ودورات المياه وساحات النزهة والمكتبات والمستشفيات وأمثالها وكذا إذا بنيت من قبل الحكومة الإسلامية فإن شروطها لازمة الاتّباع.

وأما الكرات السامية فضـرورة البحث عنها لم يـحن حينها، بل في كونها من المشتركات العامة للإنسان نـظر، فإنّ قوله تعالى: «لَقَدْ لَكُمْ مَا فـي الـأـرـضـ جـيـعـاً»، وقوله تعالى: «إِنَّ جـاعـلـ فـي الـأـرـضـ حـلـيـفـةـ»، وقوله تعالى: «فـانـتـشـرـوا فـي الـأـرـضـ وـابـتـشـوا مـنـ فـضـلـ اللـهـ»، وقوله تعالى: «وـالـأـرـضـ وـضـعـهـ لـلـأـنـامـ» وقوله تعالى: «كـلـوـ مـيـمـاـ فـي الـأـرـضـ حـلـلـأـ طـيـباـ» وأمثال هذه الآيات يختص بكرة الأرض هذه.

وأما بعض الآيات الدالة على أنّ رزق الإنسان في السماء فهي لا تدلّ على إباحة الكرات لنا لاحتمال أنّ المراد: تقديرها في السماء أو ان موصله إلينا هو الله سبحانه وملائكته المذكورون المقهورون بأمره تعالى.

نعم، يمكن أن يستدلّ على كونها من المباحات للإنسان بقوله تعالى: «خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحُقْقِ يُكَوِّرُ اللَّيْلَ عَلَى النَّهَارِ وَيُكَوِّرُ النَّهَارَ عَلَى الَّيْلِ وَسَخَّرَ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ كُلُّ بَيْنِي لِأَجَلٍ مُسَمٍّ»، وقوله تعالى: «وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فـي السـمـاـوـاتـ وـمـاـ فـي الـأـرـضـ جـيـعـاـ مـنـهـ».

فإنّ إطلاقهما يدلّ على جواز انتفاع الناس بها من الأرض وفي نفس الكرات المذكورة.

وهل يجوز أن يبيس الإنسان المتمكن اليوم بعلمه وقدرته، القمر وبعض الكرات

الأخر بسأ فكانت هباءً مبنئاً؟ والجواب: الحرمة إذا ثبت علمياً أنه مضر بالناس في كرفة الأرض، والجواز إذا لم يكن كذلك، إن لم يعلم من مذاق الشرع منعه، وأما التمسك بقوله تعالى: «فَإِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ مَا لَمْ يَنْهَا شَرُعُّهُ» للمنع مطلقاً، فهو ضعيف لما ذكرناه في محله.^۱

فوائد إلحاقيه

فائدة اول

قلمرو یک کشور نه تنها شامل سرزمین و آب‌های سرزمینی آن، بلکه شامل لايهای از هوا که بر فراز قلمرو زمینی و آبی آن قرار دارد، می‌گردد. اين لایه هوايی تا آن جا که اتمسفر (جو) وجود دارد، ادامه می‌یابد و پس از آن منطقه ماوراء جو یا فضا آغاز می‌شود.^۲

مرز بین هوا (جو) و فضا به طور دقیق روشن نیست، ولی معمولاً در ارتفاع ۱۵۰ تا ۲۰۰ مایلی سطح زمین قرار دارد. فضا بر خلاف قلمرو هوايی در حاکمیت هیچ دولتی نیست...^۳

فائدة دوم: مناطق پنجگانه دریایی

از نظر حقوقی، سطح دریاهایا به پنج منطقه مختلف تقسیم شده است که هر یک دارای رژیم حقوق خاصی است. اگر از ساحل به طرف دریا پیش برویم مناطق مذبور به ترتیب عبارت اند از:

۱. آب‌های داخلی؛

۱. لاحظ كتابنا الفقه والمسائل الطبيعية، ص ۱۱۲ وما بعدها.
إلى هنا تم تبييض ما أردنا تقليله في عصر يوم الجمعة ۱۳۷۷/۳/۲۲ هـ في بلدة قم وقد شرعا في تأليفه ۱۳۷۷/۱/۱۶.

۲. حقوق بين الملل عمومي، ص ۲۵۷.

۳. نفس المصدر، ص ۲۶۵.

٢. دریای سرزمینی؛
٣. منطقه مجاوز یا نظارت؛
٤. منطقه انحصاری اقتصادی (EEZ)؛
٥. دریای آزاد.

آب‌های داخلی

آب‌های داخلی نه تنها شامل رودخانه‌ها و دریاچه‌هایی است که در داخل یک کشور محدود می‌باشد بلکه شامل آب‌هایی است که در طرف داخلی خط مبدأ دریای سرزمینی قرار دارد و بنادر، اسکله‌ها، لنگرگاه‌ها و سایر تسهیلات بندري را در بر می‌گیرد (آب‌های ساحلی کاملاً تحت سلطه حکومت کشور است و از کشتی‌ها حق گرفتن اجرت را دارد).

آب‌های سرزمینی

حاکمیت یک دولت، شامل یک کمربند دریایی در ساحل مجاورش می‌باشد، این کمربند آبی یا دریای سرزمینی جزو قلمرو دولت بوده و لذا فضای مافوق آن و نیز بستر و زیر بستر دریای سرزمینی تحت حاکمیت دولت ساحلی قرار دارد. معذک به علت اهمیت دریا از جهت ارتباطات دریایی حاکمیت دولت ساحلی بر آب‌های سرزمینی یک حاکمیت مطلق نیست و دارای محدودیت‌هایی می‌باشد. کشتی می‌تواند از دریای سرزمینی برای ورود به آب‌های داخلی عبور نماید. عبوری که برای دولت ساحلی بی‌ضرر باشد، ماهیگیری نکند و هیچ‌گونه ضرری به مصالح دولت ساحلی نرساند.

مبدأ احتساب دریای سرزمینی

از آنجا که پهناز دریای سرزمینی بر مبنای خط مبدأ تعیین می‌شود مسئله مهم چگونگی ترسیم خط مبدأ است. به طور عادی مبدأ احتساب دریای سرزمینی خط

پست‌ترین جزر است، یعنی خطی که دریا هنگام پایین‌ترین جزر در کنار ساحل به وجود می‌آورد.

عرض دریای سرزمینی

عرض دریای سرزمینی همیشه یک مسئله مورد مناقشه بوده است. قبلاً فاصله بُرد توب و یا فاصله‌ای که با چشم قابل رویت بود، عرض دریای سرزمینی تلقی می‌شد. در کنوانسیون ۱۹۵۸ زنو درباره حقوق دریاهای، عرض دریای سرزمینی و دریای مجاور روی هم تا ۱۲ مایل مجاز شناخته شد، ولی در کنوانسیون ۱۹۸۲ حد آب‌های سرزمینی تا ۱۲ میل گسترش داده شد، از جهت ماهیگیری با توجه به این که برخی از دولت‌ها محدوده ۲۰۰ مایلی برای خود قائل شده‌اند.^۱

منطقه نظارت یا مجاور

دولت‌ها از گذشته مدعی اعمال صلاحیت بر قسمتی از دریای آزاد در مجاورت دریای سرزمینی خود در زمینه امور معینی بوده‌اند. در بند دو ماده ۳۲ کنوانسیون ۸۲ مقرر می‌دارد: منطقه مجاور باید از ۲۴ میل دریایی از خط مبدأ دریای سرزمینی تجاوز نماید.

منطقه انحصاری اقتصادی

کنفرانس سوم حقوق دریاهای با تصویب مفهوم «منطقه انحصاری اقتصادی»، نه تنها صلاحیت انحصاری دولت ساحلی را برای اکتشاف و بهره‌برداری، حفظ و اداره موجودات زنده (ماهی و غیر آن) در منطقه‌ای به عرض ۲۰۰ مایل از خط مبدأ را پذیرفت، بلکه برای دولت ساحلی صلاحیت انحصاری به منظور اکتشاف و

۱. عرض آب‌های ساحلی و داخلی بیان نشده است.

استخراج منابع طبیعی غیر زنده در بستر دریا، زیر بستر و آب‌های ماقوٰ منطقه مزبور قائل شده بعلاوه، این صلاحیت شامل فعالیت‌های دیگر مانند تولید انرژی از آب، جریان‌ها و باد نیز می‌باشد.

همچنین در این منطقه دولت ساحلی دارای صلاحیت محدود در استقرار و استفاده از جزایر مصنوعی و تأسیسات برای تحقیقات علمی و حفظ محیط دریایی می‌باشد.

در عین حال دولت‌ها دیگر دارای حقوق و تکالیفی در این منطقه می‌باشند از جمله آزادی کشتیرانی، پرواز و حق قرار دادن کابل و خطوط لوله در زیر دریا. دولت ساحلی اگر خود قدرت صید مطلوب سالانه را نداشته باشد می‌تواند اجازه صید تا حد مجاز را به دولت‌های دیگر در مقابل دریافت وجه واگذار کند. ولبته که ماورای این حد، دریای آزاد است که همه در آن مشترک‌اند.^۱

توضیح

گفته شده مایل دریایی ۱۸۵۲ متر است.
مایل زمینی انگلیسی ۱۶۰۹ متر است.
مایل عربی ۴۰۰۰ ذراع است.

الفائدة الثالثة، حول الحكم والملك والحق

إليك ما حقّه سيدنا الأستاذ الحكيم (طاب ثراه) في مستمسك العروة الونقى^۲
حول هذا البحث:

الفرق بين الحق والحكم مفهوماً واضح. فإن الحق نوع من الملك يختص بهذا الاسم بحسب الاصطلاح، والحكم لا يكون ملكاً، وكذلك الفرق بينهما أثراً، فإن الحق

۱. به کتاب حقوق بین‌الملل عمومی از ص ۱۶۷ تا ۱۸۸ مراجعه شود.

۲. ج ۱۴، ص ۵۵۳ - ۵۵۷

يسقط بالاسقاط، للقاعدة المقررة بين العقلاء من أن لكل ذي حق إسقاط حقه – كما ادعاه شيخنا الأعظم في مبحث خيار المجلس من مكاسبه – والحكم ليس كذلك، فإنه تابع لرأي الحكم، فإن شاء أبقاءه، وإن شاء أسقطه وألغاه، وليس أمره راجعاً إلى المحكوم له ضرورة.

والفرق بينهما في مقام الإثبات هو أنك تقول: زيد له أكل لحم الضأن وليس له أكل لحم الميتة، وتقول: المغبون له الخيار في الفسخ، وليس للغابن الخيار في الفسخ، فاللام في الأول لام الصلة والتعدية، متعلقة بمحذوف، يعني: زيد يجوز له أكل لحم الضان فالظرف لغو بحسب اصطلاحهم، واللام في الثاني لام الملك، يعني المغبون يملك الخيار فهي متعلقة بمحذوف عام، فالظرف مستقر، يعني المغبون كائن له الخيار كما تقول لزيد مال. هذا هو وجه الفرق بين الحق والحكم.

وأما الفرق بين الحق والملك فهو أن الحق نوع من الملك يختص باصطلاح العرف بالعين القائمة بغيره، أو بالمعنى القائم بغيره، على نحو لا يصح اعتباره إلا في ظرف إضافته إلى المالك، بحيث لو لا إضافته إلى المالك لم يصح اعتباره. ويختص الملك عرفاً بماعداه. وتوضيح ذلك: أنَّ ما يكون مضافاً إلى المالك إنما أن يكون عيناً أو معنى، والعين إنما أن تكون في الخارج - كالفرس الخارجي - أو في الذمة - كالمبيع في السلف كما إذا باعه تمراً أو حنطة إلى أجل، فإنَّ المبيع عين ذمية لا خارجية - أو لا يكون في الخارج ولا في الذمة، لكنه قائم في عين أخرى - كحق الجناية القائم في عين الجاني، وكحق الزكاة القائم بالعين الزكوية على بعض الأقوال، فإنَّ الشاة الزكاة قائمة في الأربعين شاة، وليس جزءاً منها لتكون خارجية، ولا في ذمة المالك إجمالاً متنا تكون ذمية، بل هي قائمة في الأربعين شاة - أو قائم في معنى مثله، كما إذا كان المدين يملك منافع أعيان فاشترط عليه الدائن في عقد بينهما أن يتقل دينه إلى المنافع المملوكة. فإنَّ الدائن يكون له حق استيفاء الدين من المنافع وهو قائم بها.

هذه أقسام العين التي تكون ظرفاً لإضافة الملكية، وهي أربعة. ومثلها أقسام المعنى الذي يكون ظرفاً لإضافة الملكية، فإنَّها أيضاً أربعة:

(الأول) المعنى القائم بالعين الخارجية مع كون اعتباره من لوازم وجود العين مثل منافع المملوکات الخارجية، مثل الدار والفرس.

(والثاني) المعنى القائم بالذمة، مثل ما لو استأجره على خيطة ثوب، فإنَّ الخيطة معنى مملوک للمستأجر، وهو في ذمة الأجير.

(والثالث) المعنى القائم بالعين الخارجية ولا يكون اعتباره من لوازم وجودها مثل استيفاء الدين من العين المرهونة – المعتبر عنه بحق الرهانة – ومنافع الأجير الخاص الحر، فإنَّها متعلقة بعيته لا بذمته.

(الرابع) المعنى القائم بالمعنى، مثل استيفاء الدين من منافع المديون إذا شرط الدائن على المديون ذلك في عقد، فإنَّ الدائن يملك الدين في الذمة ويملك استيفاءه من المنافع.

فهذه أنواع المملوکات من العين والمعنى تختلف في كونها حقاً أو ملكاً باختلاف الموارد، فالقسمان الأوّلان من أقسام العين من الأموال، وليسما من الحقوق، والقسمان الآخران من الحقوق، وكذلك القسمان الأوّلان من المعنى أيضاً من الأموال وليسما من الحقوق، والقسمان الآخران من الحقوق.

كل ذلك بحسب اصطلاح الفقهاء. لا لاختلاف مراتب الملكية، لأنَّ تكون الحقوق مرتبة من الملكية ضعيفة، والملك مرتبة من الملكية قوية – كما ادعاه بعض الأعظم – فإنَّه غير ظاهر، كيف والملك في الجميع على نحو واحد. ولا لاختلاف في السقوط بالاسقاط وعدمه، فيكون الحق ما يسقط بالاسقاط، والملك ما لا يكون كذلك – كما قد يتوهّم – فإنَّ المملوکات في الذمم كلُّها تسقط بالاسقاط، سواء كانت أعياناً – كالديون المعينة – أم معانٍ – كعمل الأجير – مع أنها أملاك قطعاً. بل الفرق ما عرفت من الاختلاف في الموارد لمجرد الاصطلاح.

فإذاً يصح تعريف الحق بأنَّه عين أو معنى قائم في غيره من عين أو معنى، على نحو لا يصح اعتباره إلا في ظرف إضافته إلى مالك. والوجه في اعتبار القيد الأول إخراج الأعيان الخارجية والذميات، أعياناً كانت أو معانٍ، لأنَّها جمِيعاً ليست قائمة

في غيرها. والوجه في اعتبار القيد الثاني إخراج منافع الأعيان الخارجية، فإنَّ اعتبارها تابع لقابلية العين لها فالدار تعتبر منافعها وإن لم تكن مملوكة لمالك، ولأجل ذلك لا تكون من الحقوق ولذا لا تسقط بالإسقاط، فلو قال المستأجر: أسقطت حقِّي، لم تخرج المنافع عن ملكه. والسرّ في ذلك أنَّ السقوط بالإسقاط من لوازمه كون الشيء لا يصح اعتباره إلا بإضافته إلى المالك، ومنافع الأعيان لا يكون المصحح لاعتبارها إضافتها إلى المالك، بل المصحح لاعتبارها قابلية العين للاتفاق بها. كما عرفت.

والمحض من جميع ما ذكرنا أمور:

الأول: أنَّ الاختلاف بين الملك والحق ليس لاختلافها في مراتب الملكية، ولا لاختلافها في السقوط بالإسقاط وعدمه، بل للاختلاف في المورد لمجرد الاصطلاح.

الثاني: أنَّ الحق قد يكون عيناً، مثل حق الجنابة الخطائية المتعلق بالعبد، وحق الزكاة المتعلق بالنصاب على بعض الأقوال، وحق الزكاة المتعلق بالنصاب على بعض الأقوال، وقد يكون معنى، وهو الأكثر كحق الخيار، وحق الأخذ بالشفعه، وحق القصاص، وحق القسم للزوجة وحق الرهانة، وحق الحضانة، وحق الرضاعة... إلى غير ذلك.

الثالث: أنَّ الحق لا يكون قائماً بنفسه، بل قائماً بغيره من عين أو معنى.

الرابع: أنَّ الحق لا يصح اعتباره إلا في حال إضافته إلى المالك، وكذلك الملك في الذمة من أعيان ومعان، فإنه لا يصح اعتبارها إلا في حال إضافتها إلى المالك.

الخامس: أنَّ الولاية ليست من الحقوق لأنَّها لا تسقط بالإسقاط، فتكون من الأحكام.

السادس: أنَّ حق القسم للزوجة وحق الإنفاق عليها ليسا من الحقوق، بل من الأموال، لأنَّها في الذمة، وجميع المملوكتات في الذمة أملاك لا حقوق.

السابع: أنَّ السقوط بالإسقاط من أحكام المملوكتات التي لا يصح اعتبارها إلا في

حال إضافتها إلى المالك، ومنها الزميات من أعيان ومعان ومنافع الحر إذا كان أجيراً خاصاً، فإنها لا تعتبر إلا في حال الإجارة، ومع عدمها لا تعتبر ولا تكون مملوكة لمالك. ومن ذلك تعرف الفرق بين منافع العبد إذا كان أجيراً خاصاً وبين منافع الحر إذا كان كذلك، فإنَّ منافع الأول تسقط باسقاط المستأجر، ومنافع الثاني لا تسقط، وكذلك منافع الدار المستأجرة. فتأمل.

ومما ذكرنا تعرف الوجه في منع كون القبول حقاً للموصى له، فإنه لا يقبل الإسقاط، فيمتنع أن يكون من الحقوق، ويتبعه أن يكون من الأحكام.

أقول: وقال السيد الصدر رحمه الله: ويعني بالحق الخاص درجة من اختصاص الفرد بالمال تختلف عن الدرجة التي تعبّر عنها الملكية في مدلولها التحليلي والتشريعي. فالملكية اختصاص مباشر بالمال. والحق اختصاص ناتج عن اختصاص آخر وتابع له في استمراره.

ومن الناحية التشريعية: تؤدي الملكية إلى إعطاء المالك حق حرمان غيره من الاستفادة بملكته، بينما لا يؤدي الحق الخاص إلى هذه النتيجة، بل يبقى للغير الاستفادة من المال بشكل تنظمه الشريعة.^١

وأما سيدنا الأستاذ الخوئي رحمه الله فله أيضاً كلام في تفسير الملك والحق والحكم نذكر هنا ملخص ما ذكره بعض مقرري درسه:^٢

لا ريب أنَّ الأحكام كلها من قبيل الأمور الاعتبارية، سواء فيها الأحكام الشرعية والعقلائية والوضعية والتکلیفیة والإلزامية والترخیصیة.

فمعنى الوجوب اعتبار الفعل على ذمة المكلف. ومعنى الزوجية اعتبار كل من الزوجين على الآخر. ومعنى الملكية اعتبار إحاطة المالك بالملوك.

فحقيقة الملكية إنما هي السلطة والإحاطة وهي مقوله بالتشكيك على مراتبها الأربع (الملكية الحقيقة التكوينية، كملكية الله للكائنات وملكية النفس لصورها

١. اقتصادنا، ج. ٢، ص. ٣٩٤، الطبعة الرابعة، بيروت عام ١٣٩٣.

٢. مصباح الفقاہة، ج. ٢، ص. ٤٤ - ٥٠، تأليف الشيخ محمد علي التوحیدي رحمه الله.

وملكية الإنسان - مثلاً - لنفسه وأعضائه وأفعاله وذمته، فإنَّ هذه الأمور مملوكة له بالإضافة الذاتية الأولية، الملكية المقولية أي الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر كالهيئة الحاصلة من التعمق والقمص والتتعلُّل - مثلاً - والملكية الاعتبارية.

ولا ريب في أنَّ هذه السلطنة إنما تتعلق بالأعيان الخارجية تارة، وبالأفعال أخرى. فيقال له السلطنة على المملكة وهو سلطان الرعية والناس مسلطون على أموالهم، وزيد مسلط على الخياطة والبنية والتكلم... .

وهذا بخلاف الحق والحكم فإنَّهما لا يتعلُّقان إلَّا بالأفعال، كما يقال إنَّ صاحب الخيار له حق فسخ العقد والمرتهن له حق بيع العين المرهونة واستيفاء حقه من ثمنها إذا امتنع الراهن من أدائه، والزوجة لها حق المطالبة بالمسكن والنفقة والمضاجعة من زوجها، والأولياء لهم حق القيام بأمور المولى عليهم، وحق المؤمن على المؤمن رفع غيبته وقضاء حاجته... وهكذا.

ولا ريب في أنَّ الحكم والحق متهدان حقيقة، لأنَّ قوامهما بالاعتبار الصرف، وتوضيحيه أنَّ المجموعات الشرعية على ستة أقسام:

١. التكليفي الإلزامي.

٢. التكليفي غير الإلزامي.

٣. الوضعي اللزومي الذي يقبل الانفساخ (بالإقالة وال الخيار) كالبيع والإجارة والصلح وغيرها.

٤. الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ كالزواج، فإنه لا ينفسخ إلَّا في موارد خاصة.

٥. الوضعي الترخيصي الذي يقبل الإسقاط كحق الشفعة وحق الخيار.

٦. الوضعي الذي لا يقبل الإسقاط كالجواز في الهبة.

وقوام هذه الأمور وإن اختلَّت بالآثار، إنما هو بالاعتبار، وعليه فلا وجه لتقسيم المجموع الشرعي أو العقلاني إلى الحق والحكم حتى يحتاجان إلى الفارق.

فالجواز واللزوم الوضعيين كالجواز واللزوم التكليفيين وكلها من الأحكام الشرعية وإن اختلفت آثارها فلا فرق بين جواز قتل المشرك الذي يسمى حكماً وكذا سلطةولي الأمر على قتل القاتل الذي يسمى حقاً شرعاً لقبوله الإسقاط، وكذا بين حق الحضانة والأبوة والولاية وأشباهها مما لا يقبل الإسقاط وبين حق الشفعة وحق الخيار القابلين للإسقاط.

نعم، لا مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحاً بطائفة من الأحكام التي تقبل الإسقاط.

تنمية

وإذا شك في أن المجعل الشرعي حق اصطلاحي يقبل الإسقاط أو أنه حكم لا يقبله، فإن كان لدليله عموم أو إطلاق يأخذ به ويثبت به كونه حكماً، وإن لم يكن هناك عموم أو إطلاق بل كان على خلافه نحكم بكونه حقاً.^١ ومع فقدان الإطلاق يرجع إلى استصحاب البقاء فيثبت كونه حكماً وإن لم نقل بالاستصحاب في الأحكام أو لم يوجد بعض شروطه نرجع إلى سائر الأصول، فقد يكون نتيجة ذلك السقوط بالإسقاط فيكون حقاً.

وإذا شككنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحاً أنه يقبل النقل أو لا، فإن الأصل عدم قبوله إيماءً إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذاته فقط، فنبوته لغيره يحتاج إلى دليل.

ودعوى أن الأصل جواز نقله تمسكاً بالعمومات الدالة على صحة العقود ونفوذها باطلة فإن العمومات ناظرة إلى إمضاء المعاملات العرفية أعني بها ما يكون مورداً المعاملة فيها قابلاً للانتقال إلى غيره، ومع الشك في ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكاً بها في الشبهة المصداقية وهو باطل.

١. كما إذا شككنا في بقاء حق القصاص بعد إسقاطه وفرضنا أنه لا إطلاق لقوله تعالى: «وَمَنْ قُيَّلَ مَقْلُومًا فَقَدْ جَعَلَ لَوْلَيْهِ سُلْطَانًا» يرجع إلى أن النصوص الدالة على حرمة قتل المؤمن فيثبت أنه حق لا حكم.

المزارعة

من الراجح بعد الفراغ من المباحث المتقدمة المتعلقة بالأرض، التعرض لمسائل المزارعة وأحكامها لمناسبة قوية بين مباحث الأرض والمزارعة. ومن المناسب أيضاً جعل ما ذكره سيدنا الأستاذ الخوئي - طيب الله تربته - في منهاج الصالحين متناً لهذا البحث.^١

قال قدس الله نفسه: المزارعة هي الاتفاق بين مالك الأرض والزارع على زرع الأرض بحصة من حاصلها.

أقول: وهذا المقدار يكفي لفهم معنى المزارعة ومفهومها الفقهي في الجملة، ولا يحتاج إلى الدقة في تعريفها وقيوده طرداً وعكساً، مع أنَّ التعريف السالم عن النقاش غير سهل في مطلق الأبواب.

وعلى كل عرْفها المحقق في الشرائع بمعاملة على الأرض بحصة من حاصلها. وهذا أخص وذاك أوضح. والأهم صرف الجهد في فهم أحكام المزارعة ومسائلها، والله الهادي.

ثمَّ الظاهر أنه لا خلاف عندنا في مشروعية هذه المعاملة والعمدة في صحتها الأحاديث الواردة فيها كما سنتَّم بك جملة منها. وقبلها أكثر أهل السنة أيضاً، ونقل عن أبي حنيفة والشافعي وبعض آخر منهم، أنَّهم لم يقبلوها إلا في مواضع مخصوصة. أقول: ويدل عليها مضافاً إلى الأحاديث، قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ». فإنه يدل على وجوب الوفاء بكل عقدٍ عرف في سواء أكان رائجاً في صدر الإسلام أم لا، وسواء

١. والغرض من ذلك إبقاء اسم سيدنا الأستاذ الخوئي وسيدنا الأستاذ العكيم - قدس الله سرهما - فإنَّ سيدنا الأستاذ العكيم هو الذي ألف منهاج الصالحين لمقلديه، ولما توفاه الله تعالى أدخل سيدنا الأستاذ الخوئي فتاويه فيه فطبعه. فأحيثت إبقاء اسميهما أداة بعض ما يجب على من حقهما، رضي الله عنهما وأراضاهم عنه.

٢. لما قالوا من أنَّ الجمع المحتلى باللام يفيد العموم والظاهر من اللام حيث لا قرينة على المعهد هو الجنس أو الاستغراق.

أعرفناه اليوم أو يحدث في القرون الآتية، ما لا يكون مخالفًا للقواعد الشرعية، وذلك لأنّ إطلاق الكلام أو عمومه لا ينصرف إلى الأفراد الشائعة بل يشمل الأفراد النادرة والمدعومة أيضًا فكل ما صدق عليه عقد أو تجارة عرفاً فهو نافذ. وهذا باب ينفتح منه ألف باب. فمن قالوا أن المعاملات توقيفية تحتاج إلى نص الشارع عليها بعنوانها لا دليل لهم، بل هي إذنية، تكفيها الإطلاقات.

ومما ذكرنا يندرج لزوم هذا العقد أيضًا، فإنه معنى وجوب الوفاء به على المتعاقدين، فل ينفسخ إلا بالخيار أو التنازل، كما في سائر العقود الالزمة أو بخروج الأرض عن قابلية الانتفاع فيبطل العقد أو يثبت الخيار للعامل على ما يجيء بحثه.

ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين كما في سائر العقود الالزمة أيضًا فيقوم وارثه مقامه، وإذا لم يكن للعامل وارث استأجر من ماله – ولو الحصة المزبورة – على إتمام العمل.

وقيل: إذا شرط المالك على العامل العمل بنفسه، تبطل المزارعة بموته. وأورد عليه في المسالك في فرض موت العامل بعد خروج الشمرة، فإنه يملك، وإن وجب عليه بقية العمل، فخروجهها عن ملكه بالموت بعيد، نعم لو كان موته قبل خروجهما اتجه البطلان.

وجوابه أن الملكية المشتركة للعامل وصاحب الأرض ثابتة من حين بذر الحب في الأرض إلى حين التقسيم عندنا ولا ت وقت بخروج الشمرة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذه الملكية متزلالة لاتفاق البطلان قبل تمام العمل لدليل خاص، فيرجع إلى أجرة المثل.

وقيل: لا يقتضي على الحصة وإن قلنا به في الإجارة على العمل المشروط فيه المباشرة لعدم ظهور مقابلة أجزاء العمل بأجزاء الحصة هنا شرعاً ولا قصدأ، بخلافه في الإجارة وإلا لاتتجه حينئذٍ ملك بعض الحصة ببعض العمل قبل ظهور شيء من الزرع وهو معلوم البطلان.

شروط المزارعة

قال: (ويعتبر في المزارعة أمور: الأول الإيجاب من المالك والقبول من الزارع بكل ما يدل على تسليم الأرض للزراعة وقبول الزارع لها من لفظ، كقول المالك للزارع مثلاً: سلمت إليك الأرض لتزرعها فيقول الزارع قبلت).

أقول: أما اعتبار الإيجاب والقبول فيها، فإنها عقد العقد لا يتم إلا بهما، وأما اعتبار عدم لفظ خاص وصيغة خاصة، فعدم دليل عليه فيكتفي كل لفظ ظاهر في إفادة المراد ولو بضميمة قرينة. وأما إذا لم يكن ظاهر فلا عبرة به عند العرف. واستثنى في //الجوهـرـ من كفاية جميع الألفاظ في تأدية معنى المزارعة ولو على طريق المجاز ما لا يتعارف في تأدية مثله من الخطاب ولو لاستهجان المجاز فيه.

أقول: لكن لو وقع الإيقاض والقبض من دون استناد إلى العقد الباطل وعلى سبيل الوفاء به، بل على سبيل المعاملة المتعاطية كان ذلك مصداقاً للبيع المعاطاتي فلا تغفل.

قال: (أو فعل دال على تسليم الأرض للزارع وقبول الزارع لها من دون كلام. ولا يعتبر فيها العربية والماضوية، كما لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول ولا يعتبر أن يكون الإيجاب من المالك والقبول من الزارع بل يجوز العكس).

أقول: الصور المتصورة في المقام أربع:

أولها: إيقاع الإيجاب والقبول باللفظ وقد تقدم.

ثانيها: إيقاعهما بالفعل وهو ما يسمى بالمعاملة المعاطاتية.

ثالثها: إيقاع الإيجاب باللفظ وإيقاع القبول بالفعل. ففي //العروة: بل يكتفى القبول الفعلي بعد الإيجاب القولي على الأقوى.^١

رابعها: عكس الثالث.

مقتضى القاعدة صحة الكل، فإن معنى العقد والبيع والمزارعة وغيرها هو الالتزام

١. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص ٥٣.

النفسي إذا ظهر بمبرز خارجي قولهً كان هذا المبرز أو فعلًا فيشمله العمومات والإطلاقات. على ما حقق في بحث المعاطاة. نعم في مثل النكاح والطلاق قالوا باعتبار اللفظ فيما لدليل خاص.

فائدة

هل الفرق بين العقد اللغطي وبين المعاطاتي هو اللفظ؟ فإذا وقع باللفظ فهو لفظي، وإذا وقع بالفعل فهو معاطاة؟ الظاهر عدمه، بل هنا نكتة لأبد من التوجّه إليها وهي ما قال سيّدنا الأُستاذ الماتن في تعليقه على مكاسب الشّيخ: ولا يخفى عليك أن الالتزام بهذا الرأي (أي بأنّ المعاطاة تفيد الملكية الازمة فيما إذا كانت القرينة القائمة على تراضي المتعاطيين بالمعاملة المعاطاتية لفظاً). فيما إذا كان مدلول القرينة اللغطية هو التراضي بالمعاملة وأمّا إذا كان مدلولها نفس المعاملة كان ذلك خارجاً عن حدود المعاطاة، بل يصير مصداقاً للبيع اللغطي وتتوقف صحته على عدم اعتبار اللفظ الخاص في إنشاء البيع. ولعل هذا هو غرض المصنف (أي الشّيخ الأنصاري رحمه الله) مما كتبه في الهاشمي (ولكن في عدّ هذا من الأقوال في المعاطاة تأثيل).^١

وهذا كلام مفيد، فكل معاملة أنشئت باللفظ فهي لفظية وكل معاملة استعملت الألفاظ في غير إنشائها وكان الإنشاء بالفعل والمعاطاة فهي معاطاة وغير لفظية. وتفصيل هذا البحث مذكور في الأمر الثاني من بحث معاطاة المكاسب (ص ٩٢). ثم المنقول عن مفتاح الكرامة، أنّ القبول الفعلي ليس بقبول... وإنّ تسمية ما اشتمل على القبول الفعلي، عقداً مسامحة. وتبعه بعض المعلقين على العروة واحتاط لزوماً بعدم الاكتفاء بالقبول الفعلي خلافاً للمتن.

وأورد عليه في المستمسك^٢ بأنه خلاف مرتکزات العرف، فإنه لا فرق عندهم بين القول والفعل في الدلالة على الالتزام النفسي الذي هو قوام العقد.

١. مصباح الفقاہة، ج ٢، ص ٩١.

٢. ج ١٢، ص ٥٣.

وأما عدم اعتبار العربية والماضوية فلعدم دليل عليهم، وهو واضح. وأما عدم اعتبار تقديم الإيجاب على القبول، ففيه نوع خفاء فإن مفهوم القبول متأخر عما يقبل. قال سيدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله: إن القبول العرفي يمكن تعلقه بالمستقبل كتعلقه بالماضي، لكن القبول العقدي لا يتعلق إلا بما هو واقع، فإذا تعلق بما يقع في المستقبل لم يكن قبولاً عقدياً، بل هو قبول عرفي. وعلى هذا يمتنع تقديم القبول على الإيجاب. نعم إذا تقدم كان إعمالاً للسنة، ويكتفى بذلك عن القبول وإن كان خبراً لا إنشاء، لأن قبول متقدم. وكذا يمكن أن يكون إنشاء ممن وظيفته القبول، فيكون إيجاباً ويكون الإنشاء من الآخر قبولاً، كما إذا قال المشتري للبائع: اشتريت منك الفرس بدرهم، فيقول البائع بعثتها بدرهم، فإن ما صدر من المشتري إيجاب وما صدر من البائع قبول، لأن ما صدر من المشتري قبول متقدم وكذلك في المقام.

وأما صحة الإيجاب من العامل والقبول من صاحب الأرض فهي للإطلاق، وقد تقدم عن السيد الحكيم ما يؤيده.^١

لا يعتبر الملكية في صحة المزارعة

ظاهر تعريف الماتن رحمه الله اعتبار ملكية صاحب الأرض لها، كما قال الشهيد الثاني رحمه الله في مسالكه: واعلم أنه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الأرض المملوكة المنتفع بها.. وأنه لاتشرع المزارعة بين المتعاملين إذا لم تكن الأرض ملكاً لأحدهما كما في الأراضي الخراجية.

أقول لا دليل على ذلك بل تكفي ملكية المنفعة وملكية الانتفاع في صحة المزارعة أيضاً للإطلاق، بل يكتفي حق اختصاص عليها كالتحجير وغيره مما يوجب

١. ولاحظ صحيحي الحلبي في الكافي، ج ٥، ص ٢٦٨، ح ٢، وص ٢٦٩، ح ٣ وصححه الثالث له في المصدر، ح ٢٦٧، ح ٣ إذ يمكن أن يستفاد منها ذلك.

الأولوية. وفي العروة: أو كان مالكاً للانتفاع كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره. ولذا تصدى بعضهم لتوجيه كلام المسالك فلا حظ المطلولات والصحيح حمل كلام السيد الأستاذ الماتن على إرادة المثال لا على إرادة خصوص مالك الرقبة كما يظهر من تعليقه على العروة.

وأما ما في الجوهر: وهو أن قضية ما ذكرنا عدم صحة المزارعة على الأرض المستعارة ولو للزراعة على وجه يملك المستعير الحق على المزارع لعدم الملك عيناً ومنفعة وانتفاعاً. فإذا وقعت المزارعة منه حينئذ فهي في الحقيقة للمالك وإن قصد بها نفسه، فهو أيضاً ضعيف لأنَّ العارية تقييد التبرع بالمنفعة، وهذا النحو من الحق – إن لم يكن مالكاً للانتفاع – يكفي لصحة المزارعة جزماً، ولذا ذهب صاحب العروة وجع كثير من محشيها إلى الصحة سوى بعضهم فذكر في وجه المنع تلفيقاً ضعيفاً مخالفًا لفرض.

فإن قيل: العارية عقد جائز فإذا رجع المعير فإن ينفسخ عقد المزارعة فهو مخالف للزورمه كما وإن منع من الرجوع تصبح العارية لازمة مع أنها جائزة. يقول: إن الإيراد لا يخص المقام بل هو جار في عدة من الموارد. وقد أجابوا عنه في محله. فمن قائل بعدم جواز رجوع المعير بعد عقد المزارعة لأنَّ الإذن في إيقاع العقد اللازم على ملكه بمنزلة الإذن في إتلاف ماله. ومن قائل بجواز رجوعه فيستحق أجرة المثل لأرضه على المستعير ومن قائل غير ذلك فلا حظ العروة وتعليقاتها في المقام.

ثم إنَّ صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام شاهد على جواز مزارعة أرض الخراج وهو يكفي للرد على ظاهر ذيل كلام المسالك. قال: سأله عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: لا بأس. إلخ.^١

^١ ج. ٢٧، ص. ٧.

^٢ الكافي، ج. ٥، ص. ٢٦٨.

وأحسن دليل على أنَّ يعقوب بن شعيب المذكور هو حفيد ميثم بن يحيى الذي وثقه النجاشي دون يعقوب بن شعيب المجهول، هو نقل الحديث في الفقيه بتفاوت، وذلك لتصريح الشيخ الصدوق في مشيخة الفقيه بأنه ابن ميثم الأسدية وهو مولى كوفي.

لابد: إنَّ الاختلاف بين الكافي والفقير في نقل الحديث كثير يسقطه عن الحججية؟

إلينا نقول: المتمعق في الحديث يفهم أنَّ يعقوب بن شعيب سأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل متعددة حول الإجارة والمزارعة والمساقاة، ثم نقل بعضها لحماد بن عثمان، وبعضها لصفوان، فنقل الفقير عن الأول ونقل الكليني عن الثاني، فلا تناقض ولا اختلاف بينهما. وأما الاختلاف في بعض الألفاظ في الحديث واحد فهو شائع دائم ولا عجب منه. ثم الحديث وإن لم يذكر فيها المزارعة لكنه يحمل عليها لما في آخره.

على أنَّ من بيده أرض الخراج مالك لعين الأرض الخاجية في الجملة، وأنَّ تختلف كيفية هذه الملكية عن الملكية الفردية على ما تقدم بحثه في الأراضي المفتوحة عنوة، فتأمل.

قال الله: (الثاني أن يكون كل من المالك والزارع بالغاً عاقلاً ومختاراً وان يكون المالك غير المحجور عليه لسفه أو فلس، وكذلك العامل إذا استلزم تصرفًا مالياً). كل ذلك من الشروط العامة في مطلق التصرف ومعنى قوله الأخير أن لا يكون البذر للعامل المحجور ولم يكن صرف المال للزرع عليه. وقيل: إنَّ الأحوط مع ذلك الاستيدان من الغرماء.

قال: (الثالث أن يكون نصيهما من تمام الحال؛ فلو جعل لأحدهما أول الحال ولآخر آخر بطلت المزارعة وكذا الحال لو جعل الكل لأحدهما). والوجه في بطلانه دلالة الروايات بمجموعها عليه. ولذا قيل: إنه مما لا خلاف فيه ولا إشكال. ويقتضيه اطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام على تردد لا تقبل

الأرض بحظة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به، وقال: لا بأس بالزارعة بالثلث والربع والخمس.^١

ولايعد أن ذيله حديث مستقل، وإنما الحلبي جمع بين الحديدين في النقل^٢ فلا يدل الحديث على تبادل القبالة والمزارعة وإن كانت الأولى أعمّ من الثانية، فاقفهم.

قال: (الرابع أن يجعل حصة كل منهما على نحو الإشاعة كالنصف والثلث ونحوهما، فلو قال للزارع ازرع واعطني ما شئت لم تصح المزارعة، وكذا لو عين للملك أو الزارع مقدار معين كعشرة أطنان).

أقول: يدل عليه صحيح الحلبي المتقدم وصحيح يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام^٣ وسألته عن المزارعة؟ فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها، فما أخرج الله (منها) من شيء قسم على الشطر وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم خير حين آتاه فأعطاه إيه على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت.^٤

يدل الحديث على اقتداء المزارعة بطبعها الإشاعة. ثم إن كان الشطر بمعنى الجزء فهو وإن كان بمعنى النصف كما هو الأظهر، فيحمل على المثال، لتصريح الروايات بصحتها على الثلث والربع والخمس أيضاً.

وقال بعض العلماء من أهل العصر: الرابع أن يجعل الكسر مشاعاً في جميع حاصل الأرض على الأحوط وإن كان الأظهر عدم اعتبار ذلك، فلا بأس أن يستتر اختصاص أحدهما بنوع - كالذى يقصد أولاً - والآخر بنوع آخر، فلو قال المالك ازرع ولك النصف الأول من الحاصل أو النصف الحاصل من القطعة الكذائية صحت المزارعة.^٥

١. الكافي، ج. ٥، ص. ٢٦٧ و التهذيب، ج. ٧، ص. ٢٣٥، الرقم ٨٧١، طبعة مكتبة الصدوقي.

٢. لاحظ الوسائل، ج. ١٩، ص. ٤٢، ح. ٧.

٣. الكافي، ج. ٥، ص. ٢٦٨.

٤. منهاج الصالحين، ج. ٢، ص. ١٣٧.

أقول: قوله ^{عليه السلام} في صحيح يعقوب المتقدم آنفًا: فما أخرج الله (منها) من شيء قسم على الشطر ينافي هذا القول.

استدراك تحقيري حول الغرر

وجعل في الشرائع هذا الشرط وسابقه شرطاً واحداً، فقال: الأول أن يكون النماء مشاعاً بينهما تساوياً أو تفاضلاً. وقال في *الجوهر*: بلا خلاف على ما في الرياض، بل في الغنية الإجماع عليه وأنه الحجتة مضافاً إلى قاعدة الاقتصر على المتيقن من النص والفتاوي في عقد المزارعة والمسافة المخالف للأصلية عدم الغرر.

أقول: الإجماع المنقول غير حجة، لاسيما الإجماعات المذكورة في *الغنية* المشهورة بالوهن ولا يحصل لنا منها ظن ضعيف، بل لانعلم مراد مؤلف *الغنية* من الإجماع. فعلماء الشيعة وإن نجوا من العمل بالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة لكن ابتنى جمع منهم بالعمل بالروايات الضعيفة والشهرات المنقوله وبالإجماعات المنقوله^١ حتى بمثل إجماعات *الغنية*. فيما أسفنا على الاستنباط في زمن *الغنية*.

ثم إنّي لا أعلم لأصلية عدم الغرر،^٢ أساساً شرعاً وعرفاً، فإنّ سيرة العقلاء قدّيماً وحديثاً جارية على المعاملات الغررية كالمزارعة والمسافة وبيمه وغير ذلك.

ولم أجده في الشرع نصاً عاماً في النهي عن الغرر سوى ما رواه الصدوق في عيون الأخبار عن الرضا ^{عليه السلام} في حديث: وقد نهى رسول الله ^{صلوات الله عليه وسلم} عن بيع المضرر وعن بيع الغرر.^٣

لكته ضعيف سندأ وضعيف دلالة لأنّ بيع المضرر غير حرام وغير باطل، وإن

١. ولو شئ أحد في الكتب الفقهية الإجماعات المتعارضة المتضاربة والإجماعات التي خالفها مذهبها في محل آخر والإجماعات التي خالفتها المشهور فألف فيها كتاباً لكان له أثر كبير في الاستنباط والفتاوي.

٢. في مجمع *البحرين*، ج. ٣، ص. ٤٢٤؛ وفي الخبر نهى رسول الله عن بيع الغرر: فسر بما يكون له ظاهر بغیر المشترى وباطن مجهول مثل بيع السمك بالماء والطيور في الهواء.. والفار التقطان.

٣. *الوسائل*، ج. ١٧، ص. ٤٤٨.

شئت فقل اضطرار أحد لا يحرم البيع والشراء عليه، وكذا إن أريد بالمضطير المشتري على وجه مرجوح. فووحدة السياق ربما ترجع حمل النهي عن كلا الأمررين على الكراهة، فلاحظ. وثانياً حمل الغرر على المعنى المقصود للفقهاء غير ظاهر، ورابعاً أنه مخصوص بالبيع ولا يشمل سائر المعاملات.

وأما ما استدلّ صاحب *الجوهر* على اعتبار كون المبيع معلوماً بالروايات الخاصة الواردة في البيع^١ فهو لا يخلو عن إشكال وتفصيل الكلام في كتاب البيع. ولئن أفتى أحد - خلافاً للشهرة الفقهية - بصحّ كل معاملة يجهل فيها أحد العوضين في الجملة حيث لا تصير المعاملة سفهية مخالفة لبناء العقلاء ولا تخرج عن تراضي المتعاقدين ولا تسبب اختلاف المتعاقدين وتنازعهما ولا تختلف شيئاً آخر ثبت في الفقه وكانت المعاملة المشتملة على الغرر متعارفة عند الناس، لا أراه مدفوعاً بدليل.

وفي موقعة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله عن الأرض يأخذها الرجل من صاحبها فيعمرها سنتين ويردها إلى صاحبها عامرة، وله ما أكل منها؟ قال: لا بأس.^٢ وفي صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام: وسألته عن الرجل يعطي الأرض (الخربة) ويقول عمرها وهي لك ثلاث سنين (أو أربع) أو خمس سنين أو ما شاء الله؟ قال: لا بأس.^٣

سمّ ما شئت هذه المعاملة العقلائية التي أمضاها الإمام عليه السلام وهي غررية، إذ لا علم لهما بما يحصل.

قال: (الخامس تعين المدة بالأشهر أو السنين أو الفصل بمقدار يمكن حصول الزرع فيه، فلو جعل آخر المدة أدراك الحاصل بعد تعين أولها كفي في الصحة). أقول: ويدلّ عليه صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام القبالة أن تأتي الأرض الخربة

١. *الجوهر*, ج ٢٣، ص ٤١٧.

٢. *الوسائل*, ج ١٩، ص ٥٥ - ٥٦.

٣. نفس المصدر، ص ٤٦.

فتقبّلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فتعمّرها وتوّدّي ما خرج عليها فلا بأس.^١

وفي صحيح آخر له بنفس سند السابق: لا بأس بقبالة الأرض من أهلها عشرين سنة وأقل من ذلك وأكثر فيعتّرها ويؤدي ما خرج عليها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة، لأنّه لا يحل.^٢

والمفهوم منها اعتبار المدة في طبيعة القبالة، نعم الاستدلال بهما على المقام موقف على شمول القبالة للمزارعة. قلت: إطلاقها عليها غير منع لكن في خصوص المقام محل تأمل.

وأثنا الاستدلال بالخبر الضعيف الحاكي عن نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر فقد عرفت ضعفه. وأثنا الاستدلال بمقولة: نهى النبي ﷺ عن الغرر فهو أضعف، لعدم ثبوتها حديثاً وإن نقلها العالمة في محكى تذكرةه ولعله اشتبه في متنها، وقيل: إنّ مضمونها مستفاد من خبر القاسم بن سلام^٣ لكنهما أيضاً ضعيفان سندًا، والاستفادة أيضاً غير واضحة.

وما في المسالك: بأنّ مقتضى العقد اللازم ضبط أجله، وفي الجوهر: بأنّ المزارعة أشبه بالإجارة، وفي المستمسك من التمسك بالإجماع على تعين المدة بحيث لا يؤدي إلى الغرر كلها مما لا يعتمد عليه.

وفي الأخير: لكن الإجماع لا يقتضي لزوم تعين المدة بحيث لا تقبل الزيادة والنقية، بل يكفي التعين في الجملة، ولو بتعيين الزرع والباء به وإن جهل زمان بلوغه، بل ربما يكون تعين المدة موجباً للغرر إذا كان من المحتمل عدم بلوغ الزرع فيها، لأنّ في ذلك تعرضاً لضياع الزرع بناءً، على استحقاق المالك قلعه عند انتهاء المدة أو الخسارة المالية بناء على غير ذلك.

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٦٨.

٢. نفس المصدر، ص ٢٦٩.

٣. الوسائل، البابان ١٠ و ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه (ج ١٧، ص ٣٥٢ و ٣٥٨ الطبعه الأخيرة).

أقول: والأرجح أن تتمسك لاعتبار تعين الأجل بالمدة أو بالعمل أو بشيء آخر يرتفع به الغرر الكلّي والنزاع ببناء العقلاء (وإليه يرجع دعوى الإجماع) فإنهما في معاملاتهما يتزمون بتعيين ما يقع به الاختلاف والنزاع وما به تتفاوت الأغراض والمقداد وبه يمكن تصحيح ما سبق عن المسالك، بل ما من الجوهر أيضاً فيحصل الوفاق بين جميع الأقوال والله أعلم بحقائق الأحكام.

وعن جماعة من الفقهاء التصريح بوجوب كون المدة فيها مما يعلم فيها إدراك الزرع ولو من جهة العادة لأنَّ إدراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة، بل هو ركناً الأعظم حتى أنه ظنَّ من جعل ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المدة في المزارعة وإن إدراك الزرع هو الغاية فيها، واختاره صاحب *العروة* وجماعة من المحسّين.

وفي *الشروع* إذا اشترط مدة معينة بالأيام والشهور (والستين) صحيح، ولو اقتصر على تعين المزروع من غير ذكر المدة، فوجهان: أحدهما يصح لأنَّ لكل زرع أمداً (معتاداً) فيبني على العادة كالفرض. الآخر يبطل، لأنَّه عقد لازم فهو كالإجارة فيشتري ط فيه تعين المدة دفعاً للغرر لأنَّ زرع غير مضبوط، وهو (مع عدم خلاف محقق فيه) أشبه.^١

أقول: ما نقل عن صريح جماعة صحيح لا مناص عنه. وأما جعل الغاية إدراك الحاصل فيه نظر ل الاحتياج إلى أيام أخر للحصاد والاقتطف وما يتوقف عليه تقسيم الحاصل الحالص من غيره فإذا جعلت الغاية آخر الأعمال، يرتفع به الغرر كما يرتفع بتعيين المدة المذكورة.

قال: (السادس: أن تكون الأرض قابلة للزرع ولو بالعلاج والإصلاح، وأما إذا لم تكن كذلك، كما إذا كانت الأرض سبخة لا يمكن الانتفاع بها أو نوعها بطلت المزارعة).

١. *الجوهر*, ج ٢٧، ص ١٥ وما بين القوسين من صاحب *الجوهر*.

أقول: وجه البطلان أنَّ هذه المعاملة حينئذٍ معاملة سفهية بنظر العقلاه ولا يرونها مزارعة، فلاتشملها التوصيف أيضاً، على أنَّ الأحاديث بنفسها وبقطع النظر عن حكم العرف ناظرة إلى فرض رجاء الحاصل ومنصرفة عن فرض عدم إمكان الانتفاع بلا إشكال، سواء كان عدم حصول الحاصل لأجل عدم قابلية في الأرض للزرع أو فقد الماء أو تغير الهواء أو غير ذلك.

ولا فرق في الحكم بين ثبوت العلة من الأول وحدودتها في الآتاء خلافاً للمتحقق بأنه في الشرائع فإنه بعد أن اشترط إمكان الانتفاع بها بأن يكون لها ماء قال: ولو انقطع في أثناء المدة فللزارع الخيار لعدم الانتفاع.

هذا إذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة وعليه أجرة ما سلف ويرجع بما قابل المدة المتخلفة.

وقال أيضاً بعد ذلك بفصل: ولو زارع عليها أو آجرها للزراعة ولا ماء لها مع علم المزارع لم يتخير ومع الجهة له الفسخ.

أقول: الخيار فرع صحة المعاملة ومع بطلانها لما عرفت لا موضوع له، ولذا أول صاحب الجواهر بعض كلامه حتى ينطبق على القواعد.

وإذا فرضنا أرضاً غير قابلة للانتفاع حين العقد ثم تحدّدت القابلية ففي بطلان المعاملة وصحتها وجهان أظهرهما البطلان، إذ لا عقد حين التجدد حتى يحكم بصحته بعد بطلانه في أول الأمر.

وهل العبرة في قابلية الانتفاع بالواقع أو بالاعتقاد؟ فقد لا يمكن الانتفاع واقعاً وهو يزعمان إمكانه وقد يمكن الانتفاع وهو يتخيلان عدمه، والمستفاد من الأحاديث أنه لا عبرة بالعلم والجهل وإنما العبرة بالواقع فتبطل المعاملة في الأول وتصح في الثاني خلافاً لصاحب الجواهر.

قال: (السابع: تعين الزرع إذا كان بينهما اختلاف نظر في ذلك وإنما لم يلزم التعين).

واعلم أنَّ أنواع العزروع بل أصنافها متعددة متفاوتة، والأغراض تختلف فيه

غالباً، فان كان هناك انصراف يوجب التعين أو قرينة تدل على العموم أو الخصوص فهو، وإن لا بد من التعين، تحصيلاً لتراضي الطرفين الذي لولاه لبطل العقد عرفاً فلا يترتب عليه أحکامه ولا يشتمل أحاديثه، بل وحتى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودْ»،^١ فلاحظ.

قال: (الثامن: تعين الأرض وحدودها ومقدارها، فلو لم يعيتها بطلت وكذا إذا لم يعين مقدارها. نعم لو عين كلية موصوفاً على وجه لا غرر فيه، بأن يقول مقدار جريب^٢ من هذه القطعة من الأرض التي لا اختلاف بين أجزائها صحت).
أقول: الوجه في اعتبار هذا الشرط هو الوجه في سابقه كما لا يخفى ومنه يظهر وجه الصحة في ذيل كلامه^٣.

قال: (التاسع: تعين ما عليهما من المصارف كالبذر ونحوه بأن يجعل على أحدهما أو كليهما ويكتفى في ذلك المتعارف الخارجي لانصراف الإطلاق عليه).
أقول: الوجه فيه ما تقدم، بلا خلاف في التقرير. وفي مستمسك العروة: إذ لولا التعين امتنع كل منهما عن أدائه فتفق المعاملة ويفوت الغرض منها ويمكن إجراء هذا الوجه إن تم في سابقيه أيضاً. لا يقال يتدخل الحاكم لفصل النزاع فلا يتعين البطلان. قلت: العقلاء لا يعقدون عقداً يحتاج في إفادة إلى الحاكم ابتداءً فمثله مخالف لبنائهم فلا يشتمل الأدلة.

وعن الجواهر: احتمل لزوم التعين وإن لا يبطل العقد للغرر. وردد سيدنا الأستاذ الحكيم بعدم الدليل على بطلان ما فيه الغرر كلية. وعرفت أنه الأظهر. وعلى كل حال ففي صحيح يعقوب عن الصادق ع قال: وسألته عن المزارعة؟ فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر... .^٤ يستفاد منه أن النفقة على العامل في المزارعة إذا لم يشترط خلافه كما قال به بعضهم.

١. في المستمسك وجه آخر فانظر، ج ١٣، ص ٥٩.

٢. في مجمع البحرين: قدر الجريب من الأرض بستين ذراعاً في سين. وعشر هذا الجريب يسمى قفيزاً وعشراً هذا القفيزاً عشيراً.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٢٦٨.

وأورد عليه في المستمسك بأنه وارد في مقام التحديد الواقعي، فإن عمل بها لزم كونه على العامل دائمًا وإلاً أجمل المراد منها، وحملها على أنها كالأسأل الشرعي - كما ترى - غير ظاهر.^١ وقد سبقه جامع المقاصد في الإيراد فقال: والحديث لا يراد ظاهره قطعاً للإطباق على أن النفقة إذا كانت من صاحب الأرض كانت المزارعة صحيحة، فلا يراد به إلا نوع من المزارعة. وقول الفاضل الشارح (يريد به مؤلف يوضح الفوائد) في جوابه أن المفرد المحلى باللام لا يفيد العموم، لا يجدى نفعاً، لأن ذلك وقع تفسيراً للمزارعة المسئول عنها فوجب أن لا يقع على غيره. ولعله أرشه إلى مقصود الناس غالباً في المزارعة لتعيينه في العقد، ولم يكن ذلك بياناً لحكم إطلاق العقد من غير تعين.^٢

ويدفع الإيراد بأنه إذا انضمت إلى الصحيح المذكور موثقة سماعة - على المشهور - صح قول ذاك البعض: قال سأله عن مزارعة المسلم للمشرك، فيكون من عند المسلم البذر والبقر، ويكون الأرض والماء والخارج والعمل على العلاج؟ قال: لا بأس به.^٣ فإن لم يعد الخارج من النفقة فلا شبهة في أن الماء والعمل منها، فيفهم من مجموعة الحديثين أن النفقة على العامل لولا الاشتراط على خلافه، وهذا معنى الأصل الشرعي، فلاحظ.

ثم إن المستفاد من الموثقة عدم اعتبار حرث المزارع (فتح الراء) ولو بشكل غير مباشر في المزارعة، فقد جعل العمل فيها على مالك الأرض أو أصحابها. ويمكن أن يستدل للأمرتين أيضاً بموثقة أخرى لسماعة، قال: وسأله عن المزارعة، الرجل يبذر في الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر من طعام أو غيره، فإذا تيه رجل فيقول خذ مثي نصف هذا البذر ونصف نفقتك على وشركتني فيه، قال: لا بأس...^٤

١. ج ١٣، ص ١٠٠.

٢. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٣٤.

٣. التهذيب، ج ٧، ص ١٩٤ الرقم ٨٥٨.

٤. نفس المصدر، ص ٢٠٠.

بناءً على أن البادر صاحب الأرض كما هو الأظهر، على ما يأتى، وإن فرضناه عالماً فالرواية أجنبية عن المقام.

و هنا شرطعاشر وهو عدم تقسيم الحاصل على البذر والبقر والأرض. ففي صحيح الحلبى قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً؟ قال: لا ينبغي أن يسمى شيئاً فإنما يحرم الكلام.^١

وفي صحيح سليمان بن خالد قال: سألت أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط عليه للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً؟ قال: لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقراً، فإنما يحرم الكلام.^٢

ويقرب منها صحيحة عبدالله بن سنان لكنها مقطوعة غير معترفة.^٣

ولابعد إراده الإبطال من التحرير، فلا بد من جعل ثلث لصاحب الأرض مثلاً وثلثين للعامل ولو جعلا ثلثاً مثلاً للبقر وثلثاً للبذر مثلاً بطلت المعاملة.

و حمل الفقيه اليزدي رحمه الله في عروته النهي على الكراهة و نقل عن ابن الجنيد و ابن البراج حرمتها و عللها في المستمسك بأن الأخبار المذكورة مهجورة عند الأصحاب.^٤

أقول: هجر الأصحاب غير ثابت فإن من لم يؤلف كثيراً وإعراض المشهور لا أثر له عندنا.

قال: (يجوز للعامل أن يزرع الأرض بنفسه أو بغيره أو بالشراكه مع غيره).
فإن للعامل - بعد العقد - أن يزرعها بأي نحو أراد. لكن تسليم الأرض خارجاً إلى الغير يحتاج إلى إذن المالك أو إحراز رضاه، بل تصرف الغير ودخوله في الأرض أيضاً كذلك. وفي العروة: نعم لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلا بإذنه، وإنما كان ضامناً. وفي الجواهر: نعم ليس له تسليم الأرض إلا بإذن المالك.^٥

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٦٧.

٢. نفس المصدر.

٣. نفس المصدر.

٤. ج ١٣، ص ١٥١.

٥. ج ١، ص ٢٧.

لكن قال سيدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله: يجوز لمن عليه العمل أن يأخذ أجيراً للعمل فإذا جاز أخذ الأجير جاز للأجير التصرف، لأنَّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه. وأيضاً إذا مات العامل قام وارثه مقامه في العمل. وهكذا الحكم في جميع الأمور التي تقبل النيابة عرفاً، فإنَّ الأصل فيها جواز النيابة إلا مع شرط المباشرة.^١ أقول: وفيه نظر ويبحث.

وفي العروة: كما يجوز نقل حصته - أي العامل - إلى الغير سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده، كلَّ ذلك لأنَّ عقد المزارعة من العقود الالزمة الموجبة لنقل منفعة الأرض نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل، فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطة، ولا فرق بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا، إذ لا منافاة بين صحة المذكرات وبين مباشرته العمل إذ لا يلزم في صحة المزارعة مباشرة العمل فيصحَّ أن يشارك غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير. أقول: ذيل كلامه رد على الشرائع وغيره من التفصيل بين صورة اشتراط المباشرة على العامل فلا يجوز له نقل حصته أو مزارعة غيره وبين صورة عدمه فيجوز ذلك وهذا الرد موجه على المفصلين وإن دافع عنهم سيدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله ولعلَّ التزاع بين صاحب العروة والمستمسك لفظي فراجع وتأمل. نعم أورد سيدنا الحكيم رحمه الله على صاحب العروة أنه لم يثبت أنَّ عقد المزارعة اقتضى تملك العامل منفعة الأرض، بل هو من نوع.

وقال الإمام الخميني رحمه الله: ليس مقتضى المزارعة نقل المنفعة إلى العامل، بل مقتضها ثبوت حق الانتفاع بالزرع من الأرض.

وعلى كلِّ أنكر جمع من المعلقين منهم الماتن على العروة صحة النقل قبل ظهور الحاصل وبعده، وأورد عليه بعضهم في صورة النقل بعد ظهور الحاصل أنه لا يصير المنقول إليه طرفاً للمزارعة، وقال: بل الناقل هو العامل للمالك وعليه القيام بأعمال

المزارعة ولو بالتبسيب. ويأتي الكلام حول هذا البحث فيما بعد إن شاء الله تعالى.
وفي مونقة سماعة: قال: وسألته عن المزارعة الرجل يبذر في الأرض البذر مائة جريب أو أقل أو أكثر من طعام أو غيره فيأتيه رجل فيقول: خذ مني نصف هذا البذر، ونصف نفقتك على واشركتني فيه؟ قال: لا بأس، قلت: فإن كان...^١

أقول: إذا كان البادر هو العامل فالحديث ينفع المقام وإطلاقه يدل على عدم اعتبار إذن المالك الأرض وأما إن كان هو المالك فهو أجنبى عن المقام والحق أنه لا شاهد في الحديث على ترجيح الاحتمال الأول على الثاني بل لا يبعد ترجيح العكس كما سبق، فإن المستفاد من الحديث أن الشركة في تمام البذر، وهذه تناسب كون البادر هو المالك، إذ على تقدير كونه عاملاً، الرجل الثاني يشترك في حصته وهي بعض البذر.

قال **البيهقي**: لو أذن شخص لآخر في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بيدهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما. فهل هو من المزارعة المصطلحة أو لا؟ وجهان: الظاهر أنه من المزارعة ويترتب عليه أحکامها وكذلك الحال لو أذن لكل من يتصدى للزرع وإن لم يعين شخصاً معيناً بأن يقول: لكل من زرع أرضي هذه نصف حاصلها أو ثلثها.

أقول: في المقام مطالب ثلاثة:

الأول: هل المزارعة المتداولة تنحصر بالعقد والإنشاء بالقول أو الفعل، أو تحصل به وبالإذن المذكور؟ فيشملها الأحاديث المبيتة لأحكام المزارعة، كما هو ظاهر الماتن وبعض آخرين، منهم صاحب العروة. وإذا فرضنا الإذن ظاهراً في إنشاء المزارعة، فهذا يدخل في القسم الأول، إذ من عدم اعتبار اللفظ في العقد فيصح القبول بالفعل.

وقال سيدنا الأستاذ الحكيم **البيهقي**: إن الإذن في زرع الأرض (وهو فعل خارجي) لشخص إيقاع بحث، لا عقد ولا جزء عقد. انتهى.

وقد تقدم أن المزارعة عقد من العقود الازمة. فالإذن في زرع الأرض لا يكون من المزارعة المصطلحة، ويمكن أن يقال: إن المزارعة المتداولة قد تتحقق بالعقد وقد تتحقق بالإيقاع ومجرد الإذن، ولا امتناع فيه.^١ والإيقاعية منها وإن لم يشملها قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودُ»^٢ لكن تشملها أحاديث المزارعة.^٣

الثاني: إذا قلنا بأن الإذن في زرع الأرض لا يكون من المزارعة المصطلحة، ففي العروة استظهر صحته للعمومات إذ هو نوع من المعاملات العقلائية ولا سلم انحصرها في المعهودات ولا حاجة إلى الدليل الخاص لشروطيتها، بل كل معاملة عقلائية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات.

أقول: ما أفاده في غاية المثانة بحسب الكبri وافقاً لما نسب إلى المتأخرین من أن صحة المعاملات لا توقف على ذكر الشارع بعنوانها وأسمائها، فكل معاملة عرفية إذا لم تخالف قواعد الشرع يشملها أحد العمومات والإطلاقات فهو صحيحة، سواء كانت رائجة في زمان الشرع أو لا، وسواء حدثت لحد الآن أو ستحدث بعد ألف قرن، كانت من العقود أو من الإيقاعات، خلافاً لما نسب إلى أكثر القدماء حيث اختاروا توقيفية المعاملات،^٤ ولا دليل عليها. وإنما الكلام في وجود عموم يدل على صحة كل معاملة عقدية أو إيقاعية، وقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودُ» يخص الأول. ويمكن أن يستدل على صحة المعاملات الإيقاعية بالتجارة عن تراض. لكن كون التجارة أوسع من البيع والشراء لأجل الربح محل نظر. أو بقاعدة السلطة على الأموال - وهي قاعدة عرفية لم يرد عنها الشارع - لكن في الاستدلال بها على المقام نظر. أو بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم. بناء على شمول الشرط للإيقاع. ولعله يكفي لرفع المشكلة.

١. وكون المزارعة من العقود وادعاء الإجماع عليه، يحمل على الغالب مثلاً.

٢. إلا أن يفسر العقد بمعنى المهد كما في الحديث أو بالمهد المشدد كما عن بعض اللغويين.

٣. ك الصحيح الحلبـي عن الصادق عليه السلام قال: لا يأس بالزارـعة بالثلث والرابـع والخامـس، ومنـتهـه صحيحـه الآخر، الوسائل، ج ١٩، ص ٤٢ وموئـلة سـمعـة، ص ٤٧.

٤. لاحظ حاشية ص ٣٦١، ج ٣ من جامـع الشـتـات.

الثالث: الإذن كما يتعلّق بمعين يمكن أن يتعلّق بكلّ واحد من غير خطاب كإذن المالك لكل من يتصدّى للزراعة وربما لا يكون قوله إذناً كما ذكره في المتن تبعاً لصاحب العروة كقوله: كل من زرع أرضاً هذه من المزارعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثته مثلاً. فأقدم أحد على ذلك، وإن كان الإذن منه مستفاداً بالقرينة. وفي العروة: فيكون نظير الجعالة فهو كما قال: كل من بات في خانوي أو داري فعليه في كل ليلة درهم، أو كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقه. أقول: وحيث إنَّ هذه المعاملات الرائجة لم تردع من قبل الشرع فهي مضافة عنده.

فإن قلت: هذه الجملة: كل من بات أو دخل، إيجاب والدخول أو البيوتة قبول عملي له فيشمله «أَوْفُوا بِالْعَهْوَ».

قلت: هو إيقاع فإن عمل العامل وفي مطلق الجعالة لا يكون بقصد القبول للإيجاب، بل بقصد الجري على أثر الإيجاب ولذا قد لا تتحقق الموالاة بين الإيجاب والقبول أو لا يكون مطابقاً له كما إذا كان العمل بقصد عوض آخر أو كان صادراً من غير البالغ أو من المجنون كما تبَه عليه سيدنا الأَسْتَاذ الحكيم رحمه الله.

وقد يورد على صاحب العروة أنَّ المقام ليس نظير الجعالة فإنَّها جعل شيء على نفسه لغيره في مقابل عمل ذلك الغير، وأُجِيب عنه بأنَّ العمل المجعل في مقابلة الحصة هنا تسليم الأرض للزرع من المالك. لكن فيه أنه خارج عن مدلول الكلام.

وقد يقال: إنَّ الإذن في المقام في دخول الدار والحمام من قبيل الإذن بالاستيفاء أو بالإتلاف بعوض معين كما هو متداول بين الناس في كثير من الموارد كما في دخول الحمام وأكل الطعام من الطباخ وشرب الشاي والبيوتة في الفندق والجلوس في المنتزهات. ولا بعد في الإلتزام بتأثير الإذن المذكور مع تقبيل المخالف أو المستوفى في اشتغال ذاته بالمسقى بالإتلاف أو الاستيفاء. فيكون نظير الجعالة في أنَّ الإذن في العمل مع تقبيل جعل مخصوص موجب لاشتغال ذاته بالإذن بما جعل على نفسه، فتأقلم فيه.

قال: (يجوز اشتراط مقدار معين من الحاصل لأحدهما وتقسيمباقي بينهما بنسبة معينة، إذا علمًا ببقاء شيء من الحاصل بعد استثناء ذلك المقدار، كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه أو استثناء مقدار خراج السلطان أو ما يصرف في تعمير الأرض).

أقول: يدل على الآخرين صحيح يعقوب أنه سأله الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخارج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بيتهما؟ قال: لا بأس.^١

إلا أن يناقش فيه بأنه غير ظاهر في المزارعة، فالمعاملة مع الشرط المذكور صحيحة لكن لا بعنوان المزارعة. ويؤيد النقاش قول الراوي بعد ذلك: وسألته عن المزارعة... المشعر بـ سؤاله السابق لم يكن عن المزارعة فتأمل.^٢

بل ذيله الرواية ظاهر في خلاف قول سيدنا الأستاذ الله من جواز الشرط، ففيه: وسألته عن المزارعة؟ فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها فما أخرج الله منها من شيء، قسم على الشطر وكذلك أعطى رسول الله الله أهل خير.

فإنه ظاهر في لزوم تقسيم كل شيء من الحاصل، ولذا حكم بعضهم - ومنهم المحقق القمي في جامع الشتات في كتاب المزارعة - بفساد المعاملة إذا شرط استثناء البذر من الحاصل. والظاهر عدم الفرق بين البذر وغيره كما يأتي اختياره عن المشهور، إلا أن يقال: إن صحيح يعقوب وإن لم يذكر فيه المزارعة، لكنه ظاهر فيها ولا أقل من أنه مطلق يشملها. ثم الحديث لا ينافي ما يجيء من قبل الشرط من التغیر ما لم يمنع عنه مانع سوى طبع المعاملة الأولى.

فما قيل من منافاة هذا الشرط لتشريع المزارعة الذي هو كون النماء مشاعاً بينهما

٤٥، ج ١٩، ص الوسائل.

٢. وجهه أن التأييد إنما يتم إذا فرضنا سؤالات الرواية الأربع المذكورة في الرواية، صادرة في مجلس واحد، لا في مجالس متعددة تم جمعها الرواية عند النقل إلى غيره، لاحظ الحديث بتمامه في الكافي، ج ٥، ص ٢٦٨.

غير قوي، ولذا يجوز جعل النفقة على المالك مع أنها جعلت فيه على العامل فافهم.
وأقرب منها صحيح داؤد بن سرحان وليس فيه ان الفضل بينهما.^١

وقال المحقق جعفر: ولو شرط أحدهما قدرأ من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح، بل قيل: إنـه المشهور واستدل له في الشائع بجواز أن لا تحصل الزيادة فيبقى الآخر بلا شيء. ودفعه الماتن بقوله: إذا علمـا ببقاء شيء من الحاصل. وفي الجواهر يمكن فرضـه فيما يكون الغالب عادة حصولها.^٢

والعمدة في المقام الروايات الدالة على تقسيمـ الحاصل بينـ المالك والزارع فإنـ فهم منها نفيـ الشرط لأـحدهما فلا يجوزـ الشرط وإلاـ فلاـ وحيثـ أنهاـ لا تدلـ علىـ نفيـ الشرطـ لأـحدهماـ منـ غيرـ الحاصلـ فالظاهرـ جوازـهـ والأـحوطـ تركـ الاشتراطـ منـ الحاصلـ لأـحدهماـ؛ بلـ للأـجنبـيـ أيضاـ لإـطلاقـ خـيرـ يـعقوـبـ المـقـدـمـ، وـغـيرـهـ وإنـ كانـ الأـقوـىـ ماـ أـفادـهـ المـاتـنـ^٣ـ لـمـ ذـكـرـناـهـ، فـتأـملـ.

ثمـ إنـ قـرارـ الشـرـطـ غـيرـ المـتـعلـقـ بـالـحاـصـلـ غـيرـ مـشـروـطـ بـسـلامـةـ الـحاـصـلـ وـفـاقـاـ لـجـمـعـ. وأـمـاـ الشـرـطـ مـنـ الـحاـصـلـ فـإـنـ لـمـ يـتـحـقـقـ الـحاـصـلـ أـصـلـاـ فـقـدـ سـقطـ الشـرـطـ بـسـقوـطـ مـوـضـوعـهـ، وـكـذـاـ إـذـ نـقـصـ الـحاـصـلـ حـتـىـ بـقـيـ بـمـقـدـارـ الشـرـطـ، فـإـنـ مـاـ شـرـطـ مـنـ الـحاـصـلـ ظـاهـرـ فـيـ بـقـاءـ شـيـءـ مـنـ الـحاـصـلـ بـعـدـ الشـرـطـ، وـأـمـاـ إـذـ بـقـيـ الـحاـصـلـ النـاقـصـ أـزـيدـ مـنـ الـمـقـدـارـ الـمـشـروـطـ بـمـقـدـارـ قـلـيلـ جـداـ، فـالـظـاهـرـ مـنـ الإـمامـ الخـمـينـيـ^٤ـ فـيـ تـعـلـيقـهـ عـلـىـ الـعـرـوـةـ نـفـوذـ الشـرـطـ فـإـنـ الـقـرـارـ لـمـ يـكـنـ مـشـروـطـاـ بـسـلامـةـ الـحاـصـلـ فـلـاتـلاحـظـ النـسـبةـ. بلـ إـطـلاقـ كـلـامـهـ يـشـمـلـ مـاـ بـقـيـ الـحاـصـلـ بـمـقـدـارـ الـمـشـروـطـ أـيـضاـ. مـعـ آنـهـ لـابـدـ مـنـ بـقـاءـ شـيـءـ حـتـىـ يـكـونـ مـشـاعـاـ بـيـنـهـمـاـ.

وقـالـ المـاتـنـ^٥ـ فـيـ تـعـلـيقـتـهـ عـلـىـ الـعـرـوـةـ آنـهـ لـوـ تـلـفـ نـصـفـ الـحاـصـلـ مـثـلـاـ يـحـسـبـ التـالـفـ عـلـىـ الـمـسـتـشـنـيـ وـالـمـسـتـشـنـيـ مـنـهـ بـالـنـسـبـةـ، وـهـذـاـ لـاـ دـلـيلـ عـلـيـهـ لـمـ مـرـ. وـفـيـ الـمـسـتـمـسـكـ: الـظـاهـرـ آنـهـ لـاـ إـشـكـالـ فـيـ صـحـةـ اـشـتـرـاطـ ذـلـكـ وـاسـتـنـائـهـ، وـالـنـصـوصـ تـدـلـ

١. المسائل، ج ١٩، ص ٥٧.

٢. ج ٢٧، ص ٩.

عليه،^١ ثم ذكر خبر الكرخي المجهول مع ان دلالته على صحة استثناء مقدار البذر محل تأمل وصحيح يعقوب الذي تقدم بحثه.

قال رحمه الله: (إذا عين المالك نوعاً خاصاً من الزرع من حنطة أو شعير أو نحو ذلك تعين ذلك على الزراع. ولكن لو نعدي إلى غيره وزرع نوعاً آخر منه فللمالك الخيار بين الفسخ والإمساء فإن فسخ رجع على العامل بأجرة مثل المنفعة الفائحة للأرض). أقول: أما تعين المعين على الزراع فلوجوب الوفاء بالشرط، وأما الخيار فلتختلف الشرط بزعم الماتن رحمه الله.

وقال في الشريائع: ولو زرع ما هو أضر والحال هذه (أي حال تخلف الشرط) كان لمالكها أجرة المثل إن شاء أو المستوى مع الأرش ولو كان أقلّ ضرراً جاز. أقول: أما تخمير المالك بين أجرة المثل والممستوى فلما عرفت وأما الأرش فلحصول النقص في الأرض كما صرّح العلامة أيضاً^٢، وأما جواز الزرع إذا كان أقلّ ضرراً فيراد به الصحة والنفع دون الجواز التكليفي، لتصريحه بعدم جواز التعدي أولاً، وهو ضعيف جداً فإنّ غرض المالك ليس منحصراً فيما يتعلق بمصلحة الأرض بل المقصد الذاتي له إنّما هو الانتفاع بالزرع ولا شك أنّ الأغراض تختلف في أنواع المزروع كما تبيّنه عليه بعض الفقهاء وخفاء ذلك على مثل المحقق والعلامة عجيب.

والسؤال المهم أنه عند تخلف الزراع عمّا عينه المزارع هل يثبت الخيار كما ذكره صاحبا الشريائع والجواهر وغيرهما أو تبطل المزارعة رأساً كما عن جمع لأنّ الحصة المستورة إنّما وقعت في مقابلة زرع المعين ولم يحصل، والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الإذن فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة، فوجوب أجرة المثل حينئذ أقوى. وأورد عليه في الجواهر: قلت: كأن ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعة بما وقع من التعين ولو على جهة الاشتراط، ولا ريب في فساده على التقدير المزبور، بل

١. ج. ١٣، ص. ٧٣.

٢. الجواهر، ج. ٢٧، ص. ٢٥. والمراد بالأرض هو الأرض بال الأرض ظاهراً.

قد يقال^١ بعدم تشخيصها بذلك مطلقاً، وإن كل ما وقع فيها منه ليس إلا على جهة الشرطية، فإنَّ حقيقة المزارعة ليست إلا زرع الأرض بحصة من حاصلها، كائناً ما كان الحاصل وأئماً يذكر التعيين من الشرائط^٢، لا أنه متوج للزارعة، فليس هو حينئذ إلا ذكر المكان في المضاربة التي قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصته لو تعدى وخرج إلى غير ذلك المكان، إلا أن الشرط لما كان في عقد لازم وقد عرفت في كتاب البيع اقتضاء عدم الوفاء به الخيار ممن له الشرط اتجه له الخيار. ومن هنا يتوجه عدم انفساخ عدم المزارعة حينئذ بتعذر المعين خصوصاً إذا كان شخصاً.^٣

وكان صاحب العروة جمع بين القولين وتبعه سيدنا الأستاذ بقوله في آخر المسألة: (هذا إذا كان على نحو الاشتراط وأئماً إذا كان التعيين على نحو التقييد بطلت المزارعة وحكمه ما تقدم في فرض الفسخ).

والذي نفهم من هذا الكلام أنَّ تعيين الزرع الخاص أن كان بنحو تعدد المطلوب^٤ لم تبطل المزارعة وثبت الخيار للمالك كما أوضحته صاحب الجوهر، وأئماً إذا كان على نحو وحدة المطلوب بطلت المزارعة كما ذهب إليه جمع. لكن في كون الاشتراط من باب تعدد المطلوب إشكالاً قوياً أو رده سيدنا الأستاذ الحكيم في مستمسكه وقال إنَّ مجرد فرض لا خارجية له، ولذا كان بناء الفقهاء (رضوان الله عليهم) على وحدة المطلوب في باب الوكالة والعارية والوديعة والإجراء وغيرها من المفاهيم المقيدة، فلو وكل شخصاً على شراء عبد فاشترى جارية لم

١. العبارة غير واضحة فإنَّ الظاهر أنَّ الضمير في قوله (فساده) يرجع إلى الموصول (بما وقع) فكان الأنسب مكان كلمة (يل)، كلمة (لكن) أو حرف الواو.

٢. والعدة أنَّ العقود تابعة للقصد ولا عبرة بمفهوم المزارعة، نعم لا بأس بأن شرط المكان في المضاربة من باب تعدد المطلوب غالباً كما أفاده، وأئماً في فرض تعذر المعين فنبوت الخيار وعدم البطلان في غير فرض تعيين الشخصي، أول الكلام.

٣. الجوهر، ج ٢٧، ص ٢٥ و ٢٦.

٤. لاحظ الجوهر، ج ٢٣، من ص ٢١٢ إلى ٢٧٥ ولا حظ مكاسب الشيخ الأنصاري ص ٢٨٧ وما بعدها.

يحتمل أحد الصحة من باب تعدد المطلوب. وهذه كقاعدة مطردة في جميع العقود الواردة على المفاهيم الذهنية فإنه لا مجال للقول بكونها بنحو تعدد المطلوب، فيختص تعدد المطلوب بالقيود للموضوعات الخارجية مثل موارد خيار الاشتراط وخيار العيب وخيار الرؤية في البيع أو في الإجازة ونحو ذلك.^١

ثم شرع في إيضاح أن هذه الموارد أيضاً ليس فيها تعدد مطلوب على نحو الحقيقة، بل المراد منه تعدد المطلوب حكماً فراجع كلامه وتأمل فيه جيداً فإن المقام يليق به، رضى الله عنه وأرضاه عنه.

قال: وأما الحاصل فهو للعامل إن كان البذر له، وإن كان للمالك فله المطالبة ببدل أيضاً وعلى تقدير البذل كان الحاصل للعامل أيضاً، وليس له مطالبة المالك بأجرة العمل مطلقاً. هذا إذا علم المالك بذلك بعد بلوغ الحاصل. وأما إذا علم به قبل بلوغه فله المطالبة ببدل المنفعة الفائمة والزام العامل بقطع الزرع أو إلقائه بالأجرة أو مجاناً إن كان البذر له وأما إذا كان للمالك فله المطالبة ببدل المنفعة الفائمة وبدل البذر أيضاً ومع بذله يكون الزرع للعامل).

أقول: إذا ثبت للمالك الخيار بخلاف الشرط ففسخ المعاملة كان له أجرة مثل المنفعة الفائمة. وأما الحاصل فهو تابع للبذر في الملكية، فإن كان البذر للعامل فالحاصل أيضاً له، وإن كان للمالك فله المطالبة ببدل، فإن العامل أتلفه بغير رضا مالكه فهو له ضامن. فإذا دفع بده كان الحاصل له أيضاً ولا حق له في عمله، حتى إذا رضى المالك بالحاصل دون بدل البذر، لإقدام العامل على هتك حرمة عمله فإنه كان عالماً بعدم استحقاق الأجرة شرعاً على عمله كما في العروة.

وأورد عليه بأن العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا يتضمن الإقدام على المجانية وهتك حرمة عمله.

أقول: سواء تم هذا الإيراد أو لم يتم، العامل لا حق له في مطالبة أجرة عمله بعد

١. مستمسك العروة الورقى، ج. ١٣، ص. ٩٠.

عدم أمر المالك به أو إذنه به، بل حتى إذا كان العامل معتقداً أمر المالك والحال أنه لم يأمره، فضلاً عن العمل مع العلم بعدم الإذن ثم إن إزام المالك، العامل بقلع الزرع، الناشئ عن تسلط الناس على أموالهم مقيد بعدم تحقق الإسراف المحرم على وجهه، بل بعدم استلزماته لمخالفة قاعدة العدل على ما تقدّمت الإشارة إليها في بحث نفي الضرر من هذا الكتاب.

تبنيه: إنما يضمن العامل للبذر الذي بذرها من مال المالك بخلاف شرطه، إذا لم يعده المالك للزرع وإنما كان الزارع محسناً وما على المحسنين من سبيل وضمان، وينتتج منه عدم ضمان العامل للأجرة الأرض أيضاً لأنها إنما تستوفى منفعة الأرض لمصلحة المالك كما ذكره سيدنا الأستاذ الحكيم ^{رحمه الله}^١.

ثم إن صاحب العروة ذهب إلى ضمان العامل من جهتين، من جهة بطلان المعاوضة بترك ما عينه المالك فتكون العين مضمونة بضمان القبض بالمعاوضة المقتضى لضمان منافتها بأجرة المثل، ومن جهة أنه زرعها مال لم يأذن به المالك فيكون قد استوفى منفعتها ف تكون أيضاً مضمونة وتبعه عليه بعض المعلقين، لكنه لا يخلو عن إشكال كما ذكره سيدنا الأستاذ في مستمسكه.^٢

قال: (إذا ظهر بطلان المزارعة بعد الزرع، فإن كان البذر للمالك كان الزرع له وللزارع ما صرفه من الأموال وكذا أجراً عمله وأجراً الآلات التي استعملها في الأرض).

أقول: أما كون الزرع لصاحب البذر فلأن الزرع من نماء البذر ونماء الشيء تابع لأصله في الملك. وأما تعلق ما صرفه العامل وأجراً عمله بذمة المالك فمن جهة احترام مال المسلم وعمله ومن بحكم المسلم مع عدم قصد المجانية وأنه لا يحل إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، مضافةً إلى قاعدة نفي الضرر وغير ذلك مما ذكره الشيخ في مكاسبه دليلاً على قاعدة كل

١. نفس المصدر، ص .٩٢

٢. ج .١٣، ص .٩٣

عقد يضمن بصريحه يضمن بفاسده^١ لكن في ما ذكره نظر أو منع، والأظهر أنَّ مدرك القاعدة المذكورة هو الإقدام (أي إقدام القابض على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمي) المنضم إلى الاستيلاء من جهة السيرة العقلائية على الضمان سواء في ذلك التلف والإتلاف.

وقد علل الشيخ الطوسي عليه السلام الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجازة الفاسدتين بدخول القابض على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمي، فإذا لم يسلم له المسمي رجع إلى المثل أو القيمة. وتوضيح هذا البحث لا يليق بالمقام^٢ وأمام جملة: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فلم يثبت كونها حديثاً.

وفي المقام يتحقق الاستيلاء والإقدام من الذي يبذر البذر في الأرض. فإنْ كان هو مالك الأرض والبذر فهو، وإنْ كانت الأرض أو البذر لغيره يضمن له أجرة المثل للأرض أو بدل البذر من القيمة أو المثل، وهكذا الكلام بالنسبة إلى الآلات والعوامل والمياه، فسبب الضمان الاستيلاء والإقدام.

ولعله لأجل ذلك قيد السيد الكلباني في تعليقه على العروة ضمان مالك الأرض لأجرة عمل العامل وعوامله بتصور العمل بأمر المالك ولو بعنوان المطالبة لحقه بتوهم صحة العقد وإلا فلا وجه لضمان الأجرة.

لكن المستفاد من *الجوواهر والرياض*^٣ أنه لا يوجد خلاف بينهم في الضمان وإن لم يصدر عن أمر المالك (وكذا في ضمان العامل لمنفعة الأرض) وعليه سائر معلقو العروة سوى من توقف في الحكم بالضمان كالسيد الخوانساري.

ولا يبعد صحة هذا القول، فإنَّ العقد الواقع بين المتعاقدين يحمل كل منها من قبل صاحبه على الوفاء وهذا المقدار عند العقلاء يكفي لضمان المالك والزارع في هذه المسألة وإن لم يصدر أمر جديد من المالك والعامل بعد صدق استيفاء المنفعة فلاحظ.

.١ لاحظ مکاسب الشیخ الأنصاری، ص ١٠٣.

.٢ ولاحظه في *مصابح الفقاهة* تقریراً لدروس سیدنا الأستاذ العاتی عليه السلام، ج ٢، من ص ٨٧ إلى ٩٨.

.٣ *الجوواهر*، ج ٢٧، ص ٤٧.

وفي العروة: هذا كله مع الجهل، وأتنا مع العلم فليس للعالم منها الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله، لأنّه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله، فكأنّه متبرع به وان كان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان.

وفي الجوهر: ولو لا ذلك (أي عدم الأجرة للعامل في المساقاة مع علمه بالبطلان عند الفقهاء) لأمكن توجّه الإطلاق هنا بأنّه لا ملازمة بين العلم بالبطلان والمجانية بعد فرض كون دفع الأرض والعمل بعنوان تلك المزارعة الباطلة فتبقى حينئذ على قاعدة احترام مال المسلم وعمله^١ وقد قبله غير واحد من معلقى العروة فأوردوه على مؤلفها وان العالم بالبطلان شرعاً الدافع للمال ليس هاتكاً لحرمة ماله وعمله بعدما كانت المعاملات مبنية على الأنوار العرفية.

قال: (وإن كان البذر للزارع فالزرع له وعليه للمالك أجرة الأرض وما صرفه المالك وأجرة أعيانه التي استعملت في ذلك الزرع).
أقول: يعرف وجهه ما ذكر في سابقه.

قال: (ثم ان رضى المالك والزارع ببقاء الزرع في الأرض بالأجرة أو مجاناً فهو وإن لم يرض المالك بذلك جاز له اجبار الزارع على إزالة الزرع وإن لم يدرك الحاصل وتضرر بذلك).

أقول: وجه جواز الإجبار قاعدة السلطنة التي ذكرناها سابقاً، والذي يصلح مانعاً عن جوازه هو حرمة الإسراف وحرمة الإضرار.

أما الإسراف فيمكن أن يدعى أنه منصرف إلى إضاعة مال نفسه فيما لا يصرف العقلاء فيه أموالهم، إلا أن يقال بوجود مناطه في مال الغير أيضاً. نعم ليس هو بدائي في موارد المقام، إذ قد يكون للمالك مصلحة مهمة في إفراغ أرضه من زرع العامل، فلا يتحقق الإسراف بإجباره بقلعه.

أما الإضرار ففي تقدّم قاعدة السلطنة عليه إشكال، بل يمكن القول بتقديم قاعدة لا ضرر على قاعدة السلطنة – وقد مر الكلام حوله في ص ١٣٢-١٤٢.

ودعوى أن الزرع لم يكن بإذن المالك، فإن الإذن الواقع في ضمن عقد المزارعة، قد بطل ببطلان العقد على الفرض، فضرر المالك لا يستند إلى مالك الأرض، قابلة للنقاش فإنها إن تمت تتفى ضمان المالك لاتقدم قاعدة لا ضرر على قاعدة السلطنة؛ إلا أن يقال: إن منع المالك عن إفراغ أرضه أيضاً ضرر له فيقع التزاحم بين الضررين فلا مانع من الرجوع إلى قاعدة السلطنة. ولكن مقتضى قاعدة العدل المتقدمة (ص ١٤٣) إبقاء الزرع في الأرض مع الأجرة جمعاً بين الحقين. ويعود قوله العلامة في تو/اعده: فلو ذكر مدة يظن الإدراك فيها فلم يحصل، فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرض أو التبقة بالأجرة، سواء كان بسبب الزارع كالتغريب بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية وتأخير المياه.^١

أقول: ما أفاده هو الأقرب مع قطع النظر عن فرض الإسراف المحرم، نعم ثبوت الأرض للزارع مع تغريبه بالتأخير مشكل أو من نوع. كما أن في التبقة بالأجرة لابد من رضى العامل بها أيضاً.

قال: (وليس للزارع إجبار المالك على بقاء الزرع في الأرض ولو بأجرة). عرفت أن له إجباره بذلك إذا لم يفرض للمالك منفعة أكثر من أجرة الزرع، ولم تكن الأجرة أكثر من منفعة الزرع.

قال: (كما أنه ليس للمالك إجبار الزارع على إبقاء الزرع في الأرض ولو مجاناً) لكن في فرض استلزم القلع للأسلاف يحرم القلع وينهى الحاكم الشرعي منه، ولو مع أداء الأجرة فضلاً عن تبرع المالك.

بقي في المقام مطالب:

١. إذا استند بطلان المعاملة إلى أحد الطرفين مع جهل الآخر به،^٢ فالمقدار

١. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣١٧.

٢. الصور انتتا عشرة، تحصل من ضرب الثلاث (صورة استناد البطلان إلى المالك أو إلى العامل أو إلىهما معاً) في الأربع (علم المالك وحده، علم العامل وحده، علمهما بالبطلان وجهلهما به) وإذا عدنا لا انفساخ في العقد لأمور قهقرية، يزيد الصور.

الناشئ عن الغرور والإغراء، على الغار، مثلاً إذا غصب أحد أرضاً فزارع عليها فانكشف في الإناء فطلب مالك الأرض أجراً منفعة الأرض من العامل وكانت الأجرة أكثر من الحصة المستأ納ة بدينار مثلاً للعامل الرجوع إلى الغاصب في الدينار، وهكذا في غير أجراً المثل، وكذا في فرض تبيّن البذر غصبياً.

٢. إذا استند البطلان إلى اشتراط عدم الحصة لأحدهما، قيل لا يضمن الآخر فإن هذا كالمتبرع لمنفعة أرضه أو بذرها أو عمله. وهذا القول لا يبعد صحته، ومناقشة الجوهر غير ظاهرة.^١

٣. إذا تبيّن بطلان العقد قبل الشروع في العمل، فلا شيء لأحدهما على الآخر لعدم العمل ولعدم التصرف في الأرض والبذر، وهل يضمن من استند البطلان إليه المنافع الفائتة المترتبة على ترك الآخر الجاهل بالبطلان شغله وصنعته من جهة الغرور؟ والظاهر أنَّ المشهور لم يتزمو بمثل هذا الضمان ولا يخلو عن بحث.

وإن تبيّن بعد الشروع في العمل وقبل الزرع بمعنى الإتيان بالمقدمات من حفر النهر وكري الأرض وشراء الآلات ونحو ذلك، ففي العروة: فكذلك (أي لا شيء لأحدهما على الآخر) نعم لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض أو من جهة كريبيها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع عنها، كان للعامل قيمة ذلك الوصف وإن لم يكن كذلك وكان العمل لغواً فلا شيء له. كما أنَّ الآلات لمن أعطى ثمنها. انتهى.

أقول: استدلَّ على عدم تعلق حق بالإتيان بالمقدمات، بأنَّ المعاملة وقعت على الزرع فالعمل غير الصادق على الزرع لا أمر به من المالك ولا استيفاء منه له. ومناقشة هذا البيان واضحة، فإنَّ المقصود من المزارعة كل عمل يتعلق بالزرع، سواء فيه المقدمة كحفر النهر وحرث الأرض وتهيئة البذر والعوامل ونفس الغرض وهو الحرث والسقي وحفظ ما ينبت. فكل هذه وأمثاله مما لابد من حسابها بالنسبة. وأما استحقاق العامل لقيمة الوصف المذكور فلأنَّها أثر عمله فيملكتها تبعاً لعمله.

وأما الآلات فإن كان اشتراها على الجميع فهو وإن كان على بعض فلا يبعد أن يقال إنها على الجميع إذا لاتباع بشمنها، فإنها ممّا تضمن في العقد الصحيح فكذا في فاسده، إلا أن يقال إنه في المقبول، وفي غيره لا ضمان، لكن تقدّم أن العمل أو صرف المال لأجل الوفاء بالعقد بمنزلة أمر الآخر به فيضمن بالنسبة، ومناط الضمان إنما الاستيلاء على أموال الناس (بالغصب أو العقد الفاسد أو غيره) أو استيفاء المنافع أو الأمر بعمل محترم مع صدوره من المأمور في الخارج، سواء انتفع به الأمر أم لا.^١ فإذا كان أحد الشركاء أو الشريكين مغوراً يصح رجوعه على الغار بمقدار الغرور، فلاحظ وتأمل.

٤. قال في جامع المقاصد: حيث يجب الأرش يقوم الزرع قائماً بالأجرة، لأنّه لا يتحقق شغل الأرض في المدة ولا بعدها مجاناً، بل في المدة بالحصة وبعدها بأجرة المثل. ولا يلحظ في كونه قائماً بالأجرة استحقاقه للقلع بالأرش، لأن ذلك يخل بتدركك فائته، إذ هو بمنزلة العلف حينئذ، وإنما المراد بالأرش تدارك نقصانه عن الحالة التي هو عليها.

ويحتمل أن يلحظ فيه استحقاق القلع بالأرش، لأنّ حالته التي عليها هي هذه فلا يعتبر لماليته وصف مخالف لما هو عليه.^٢

٥. منافع المقبول بالعقد الفاسد على أقسام:

الأول: المنافع المستوفاة التي لا تضمن بالعقد الصحيح كنوم العامل على الأرض أو جلوسه عليها وأمثال هذه التصرفات التي لا يزيد مالكها منه العوض. وهذه غير مضمونة على المستوى كما لا يخفى.

١. أو الغرور فإنه سبب رابع للضمان أو التعهد بالضمان كما فصل في كتاب الضمان أو الإتلاف أو الإضرار كما تقدّم في ص ١٦٠ (من أضرّ بطريق المسلمين...) أو تفريط الأمين (كما في المستمسك، ج ١٣، ص ٨٠) أو المعاوضة (المصدر، ص ٨٣) أو اليد في الجملة أو تقويت المنافع عند صاحب العروة (المصدر، ج ١٣، ص ٨٧) وهذه عشرة كاملة من أسباب الضمان لكن بعضها يتداخل فتأمل.

٢. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٢٠، وقال قبل ذلك (ص ٣١٧): ثم الأرش تفاوت ما بين كونه قائماً بالأجرة ومقلوعاً. ولاحظ العجواز، ج ٢٧، ص ١٨.

الثاني: المنافع المستوفاة التي ليست كذلك فهي مضمونة على المستوفي، فإنَّ من استوفى مال غيره فهو له ضامن ببناء العقلاء، والمنافع أموال. وتدل على الضمان أيضاً قاعدة من أتَلَفَ مال الغير فهو له ضامن بحكم العرف والعقلاء.^١

الثالث: المنافع غير المستوفاة التي تفوت لأجل استيلاء يد القابض على المقبوض بالعقد الفاسد. وهذه أيضاً مضمونة على القابض بضمان اليد أي قاعدة الاستيلاء وقاعدة من أتَلَفَ.

لُكْنَ الظاهر رجوع هذا القسم إلى القسم الخامس.

الرابع: المنافع الفائمة المستبَدَّة إلى المالك، فقيل إنَّها غير مضمونة على القابض، كما إذا كان من طبع المالك الانتفاع من ماله في زمان دون زمان وغضبه الفاسد وتركه على حاليه الأولية فهو لا يضمن إلا منافعه المستوفاة دون منافعه الفائمة بغير استيفاء.

والخلاصة أنَّ المنافع التي لا تكون العين معدَّة لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء كما أفاده سيدنا الأَسْتَاذُ الماتن رحمه الله.^٢

أقول: هذا مسلم إذا فرضنا عدم الأعداد بحسب العرف، وأقاً إذا كان بحسب إرادة شخص المالك ففتواه لا يخلو عن إشكال أو منع.

الخامس: مطلق المنافع الفائمة بغير استيفاء، ففي مکاسب الشیخ الانصاری رحمه الله إنَّ المشهور فيها أيضاً الضمان وقد استظهر في السرائر والتذكرة الإجماع عليه. وقد ذكر الحلبي في آخر باب الإجارة من سرائره الاتفاق على ضمان منافع المغصوب الفائمة، وقال في باب البيع: إنَّ البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرِّي الغصب والضمان.

لكن هذا التنزيل من نوع جزمٍ كما أنَّ ما استدل على المشهور من الروايات الخاصة غير سليمة دلالة أو سندًا أو دلالة.

١. قال سيدنا الأَسْتَاذُ رحمه الله ما ملخصه: إنَّ قاعدة من أتَلَفَ قاعدة كلية متصدية من الموارد الخاصة التي تقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد كالرهن والعارية والمضاربة والإجارة والوديعة وغير ذلك من الموارد المناسبة لها، فإنه قد وردت فيها الأخبار الكثيرة الدالة على أنَّ إتلاف مال الغير موجب للضمان.

أقول: فإنَّ تمَّ ما أفاده فهو وإنَّما يقول إنَّها قاعدة عقلانية لم يردع الشرع عنها وتلك الروايات الواردة في الموارد المشار إليها في كلامه تدعمها. فلا يلاحظ بعض هذه الروايات في ص ١٣١ ج ٣ من مصباح الفقاهة.

٢. مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٣٩.

والعمدة هي قاعدة من أتلف كما استدل بها الفقيه اليزمي في حاشيته على المكاسب وقال: إنَّ حال هذه المنافع حال العين لقاعدة الإتلاف، فإنَّ الاستيلاء على العين ومنع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها ويصدق عليه الإتلاف عرفاً ولذا تحكم بالضمان لها في الغصب. انتهى.

وأورد عليه سيدنا الأستاذ الماتن رحمه الله بمنع صدق التفويت على المنافع الفائمة بغير استيفاء إلا إذا استند الفوت إلى القابض بأن وضع يده على مال الغير وحبسه بحيث لا يمكن مالكه من التصرف فيه، وحيثئذ يكون شأن المقبوض بالعقد الفاسد شأن المقصوب.^١

أقول: فمتى ما صدق استناد تفويتها إلى غير المالك، ضمه. وأما إذا لم يصدق ولم يتحقق الاستيفاء فلا ضمان حتى على مذاق السيد اليزمي رحمه الله ظاهراً. وهذا هو الأظهر كما يفهم من الجوائز أيضاً.^٢

٦. قال صاحب الجوائز: ولو كان البذر منها فالحاصل بينهما على النسبة، وكل منها على الآخر أجرة مثل ما يخصه على نسبة ما للآخر فيه من الحصة، فإذا كان البذر بينهما (على حد سواء) مثلاً رجع المالك بنصف أجرة أرضه والعامل بنصف أجرة عمله وعوامله وآلاته. وعلى هذا القياس باقي الأقسام. ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له، وعليه أجرة مثل الزرع وباقى الأعمال وآلاتهما بلا خلاف في شيء من ذلك أجده كما اعترف به في الرياض. ووجهه ما تقدم غير مرّة وخصوصاً في قاعدة ما يضمن بصححه يضمن بفاسده.^٣

٧. قال المحقق في الشائع: كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب الأرض أجرة المثل.

أقول: إطلاقه غير صحيح جزماً ولا بد من تقييده بما عرفت في المسائل المتقدمة.

١. نفس المصدر، ص ١٤٣.

٢. ج ٤٧، ص ٤٧ وسألي نظر الشيخ الأنصاري حول ذلك في الخاتمة.

٣. نفس المصدر، آخر الصفحة.

قال: (وكذلك الحال فيما إذا انقضت مدة المزارعة الصحيحة ولم يدرك الحاصل).
أقول: لأنَّه أحد مصاديق بطلان المزارعة بعد الزرع كما فرضه الماتن في صدر المسألة فيجري فيه حيئنِ جميع ما ذكرنا في صدرها. وأمَّا إذا لم نقل ببطلان المزارعة وانَّ العمدة في الغاية هو الإدراك دون المدة فهو يخرج عن موضوع البحث في هذه المسألة إذ المعاملة تبقى على صحتها.

وقال المحقق في الشرائع: ولو مضت المدة والزرع باقيٌ كان للمالك إزالته على الأشبه، سواء كان بسبب الزرع كالتفريط أو من قبل الله سبحانه كتأخير المياه أو تغير الأهوية.

أقول: ظاهر هذا الكلام أنَّه لا يستحق المالك أجرة المثل للأرض والآلة، حتى في فرض التفريط، مع أنَّه لا إشكال فيه، ثم إنَّه لم يتعرض لفرض كون البذر للمالك واستحقاق العامل، بل في الجوهر: أمَّا العامل فلا أجرة له على المالك، وإن كان التأخير من الله سبحانه...^١.

قلت: إنْ أراد بإطلاق كلامه فرض كون البذر من المالك، فلا شك في استحقاق العامل أجرة عمله وما استعمله من الآلات والعوامل في فرض عدم التفريط.

وقال العلامة في القواعد: الأقرب أنَّ للمالك الإزالة مع الأرض أو التبقي مع الأجرة، سواء كان بسبب الزراع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى.

أقول: لكن ثبوت الأرض للعامل مع تفريطه لا دليل عليه، كما أنَّ التبقي مع الأجرة موقوفة على رضا العامل جزماً إلَّا أن يلزم المدعي بها لأجل الإسراف.
بقي في المقام أمور:

١. إذا استند عدم بلوغ الحاصل إلى تفريط العامل يمكن أن يقال بعدم جريان قاعدة نفي الضرر فيه.

أولاً: لأجل أن تفريطه يوجب نسبة الضرر إليه لا إلى الحكم الشرعي كي يرتفع بالقاعدة المذكورة.

وأجاب عنه سيدنا الأستاذ الحكيم بأنّ الضرر يحصل بالإزالة التي سوّغها أو أجازها الشارع فيصح ارتفاعه بالقاعدة.

وثانياً: أن تفريطه إقدام منه على الضرر وقاعدة لا ضرر مختصة بغير المقدم، فلاتشمله. وأجاب عنه أيضاً بأن تفريطه قد يكون برجاء بلوغ الزرع مع التفريط أو رضا المالك بإبقاءه أو نحو ذلك من الوجوه التي لا يكون فيها الإقدام على الضرر. فتأتى فيه.

٢. عرفت أنّ الأمر بقلع زرع العامل ضرر للعامل غالباً وقاعدة لا ضرر مقدمة على قاعدة السلطنة كما سبق فلا يجوز للمالك الإزالة إلا مع الأرش، نعم إذا كان منع المالك أيضاً ضررياً يتعارض الضرران، فهل يمكن تقديم ما هو أكثر ضرراً ببناء العلاء؟ له وجه وتدفعه قاعدة العدل في مورد التفاوت الفاحش.

ويقول سيدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله: لا يقدم أقوى الضررين لأنّ المقام من تعارض التطبيقين ونسبة الدليل إليهما نسبة واحدة من دون ترجيح، وليس المقام من التزاحم كي يقدم الأقوى على الأضعف.^١

٣. قال في العروة: نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ - بلا أجرة أو معها - إن مضت المدة قبله، لا يبعد صحته ووجوب الإبقاء عليه.

أقول: وهو لكتابية شرط البلوغ في صحة المعاملة وتحقق تراضي الطرفين على شيء معين عرفاً ولا يلزم تعين المدة الثانية لعدم دليل عليه فما في العجوه وتعليق العروة غير ظاهر، فلاحظ.

٤. في الشرائع والجواهير: لكن إن شرط رب الأرض عوضاً معيناً (أي على تبقيه الزرع) اقتصر في لزومه بعقد الإجارة إلى تعين المدة الزائدة، وأما الصلح فيقوى جوازه وإن لم يعين المدة، كما أنه تلزم به أجرة المثل إن لم يعين العوض الذي قد اتفقا عليه.

١. مستمسك العروة الورقى، ج ١٣، ص ٧٧.

قال: (يصح أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً على ذمته من ذهب أو فضة مضافاً إلى حضته).

كما عن المشهور لعموم ما دل على نفاذ الشرط مع عدم المانع عنه، ويؤيده بعض الروايات غير المعتبر سندًا.^١ وإنما الكلام في صحة اشتراط مقدار من الحاصل على ما مر الكلام فيه.

قال: (المزارعة عقد لازم لا ينفسخ إلا بالتقايل أو الفسخ بختار الشرط أو بختار تخلف بعض الشروط المشترطة فيه، ولا ينفسخ بموت أحدهما فيقوم الوارث مقامه. نعم ينفسخ بموت الزارع إذا قيدت المزارعة ب مباشرته للعمل).

أقول هنا مباحث

١. لا شك في أن المزارعة عقد وأنه لازم، لكن تقدم عن الماتن كفاية الإذن في صحتها والإذن إيقاع صرف وعليه فقد تكون المزارعة عقداً وقد تكون إيقاعاً وغير عقد فلا يتم إطلاق كلام الماتن وكل من أفتى بصحة المزارعة بالإذن.

ولذا قال الفقيه اليزيدي في عروته: أمّا المزارعة المعاطاتية فلاتلزم إلا بعد التصرف، وأمّا الإذنية فيجوز فيها الرجوع دائمًا. وهو في محله في الجملة. نعم الصحيح عند سيدنا الأستاذ الماتن عليه السلام لزوم المعاطاتية كالعقدية من دون احتياج إلى التصرف.

ثم قال صاحب العروة الورقى: لكن إذا كان - أي الرجوع في الإذنية - بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إيقائه إلى حصول الحاصل، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، وفائدة الرجوعأخذ أجراً من الأرض منه، حينئذ، ويكون الحاصل كله للعامل.

أقول: أولاً الرجوع في الإذن السابق إنما يجوز إذا لم يكن للمأذون له ضررًا

وإلا فلا يجوز، كما تقدّمت الإشارة إليه في بحث الضرر. نعم يجوز الرجوع بعد الزرع أو الحرج مع الأرش إذا كان البذر للعامل، كما أشار إليه الماتن أيضاً في تعليقته على العروة الورقى.

وثانياً: إن الأذن في البقاء لم يستفاد من الأذن في إحداث الزرع، كما عبر بقوله: لأن الأذن في الشيء إذن في لوازمه، بل إذن المالك شامل للحدث والبقاء حتى حصول الحاجة فإنه إذن للمزارعة وتقسيم الحاجة مشاعاً لا لمجرد الزرع.

وثالثاً: إن فائدة الرجوع (أخذ أجرة الأرض في قبال جعل الحاجة كلّه للعامل) إنما تتم إذا لم يكن الرجوع أكثر حقاً من حصة المالك بالمزارعة الإذنية، فتأمل فيه.

٢. يصحّ جعل بعض العمل - زرعاً كان أو غيره - على مالك الأرض، كما يأتي، فإذا اشتّرط العامل عليه مباشرته نفذ الشرط فإذا مات انفسخ المزارعة. فليس الحكم خاصاً بموت الزراع، بل يعمّه المالك وجميع الشركاء فلا تغفل. وعلى كل

لسيّدنا الأستاذ الحكيم في المقام دقة في أصل اشتراط المباشرة يحسن مطالعتها.^١

٣. إذا مات العامل قام وارثه مقامه، أو استؤجر من ماله - ولو الحصة المزبورة - على إتمام العمل. وإذا مات صاحب الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه. وربما تنفسخ المزارعة بخروج الأرض عن قابلية الحرج أو الزرع. وعن المسالك: ويشكل لو كان موت العامل بعد خروج الثمرة، لأنّه حينئذ قد تملك الحصة وإن وجّب بقيّة العمل فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد. وأجيب عنه بأن الملك وإن حصل لكنه متزلزل إلى حصول تمام العمل. على أنه يمكن أن يقول بحصول الملكية بعد الزرع، بل بعد الحرج على الأرجح فينبغي لهذا القائل أن يوجه إشكاله إلى خروج الزرع، دون خروج الثمرة.

٤. وأما الفسخ ب الخيار الشرط فلصحة الشروط في جميع العقود الازمة. وأما إيجاب فوت الشرط، الخيار فلاتته من الأحكام العرفية المضادة عند الشارع. أو لأن

١. مستمسك العروة، ج ١٢، ص ٦٧.

لازم اشتراط الشرط، اشتراط الخيار عند فقده كما قيل. وذكر بعض أساتذتنا المحققين أن للخيار سبباً ثالثاً، وهو الغبن، بناء على عموم دليله لجميع المعاوضات المالية، نعم لو كان دليلاً للإجماع اختص بالبيع.^١

قال: (إذا ترك الزارع الأرض بعد عقد المزارعة فلم يزرع حتى انقضت المدة، فإن كانت الأرض في تصرفه وكان تركه بلا عذر ضمن أجرة المثل للمالك، ولا فرق في ضمانه في هذه الصورة بين أن يكون المالك عالماً بالحال وأن يكون غير عالم).

أقول: تقدم ضمان منافع العين غير المستوفاة إذا استند تقويتها إلى من يبيده العين، لقاعدة الإتلاف ولا يؤثر فيه علم المالك بالحال. وأما الحصة المستامة في عقد المزارعة فهي غير معلومة ولا سبيل إلى معرفتها (فافهم) فانحصر الرجوع إلى أجرة المثل، على أنها تتنتفي بعد بطلان المزارعة، إذ الظاهر بقاء صحتها إلى آخر أزمنة إمكان الحرث لتصحيل الحاصل، ثم بطلانها بعده عرفاً بعد إمكان مفعولها ولغوية اعتبارها، فتصبح الأرض والبذور والعوامل - إذا كانت بيد غير مالكها - بحكم العين المغصوبة.^٢

ومن هنا يمكن أن يحسب أجرة المثل من حين البطلان دون وقت تسليم العين. إذ لا ضمان على العامل - مثلاً - إذا ترك الزرع في الزمان الموسّع، وما لا يضمن بصحيحة العقد لا يضمن بفاسدته.

وإذا نقصت الأرض بترك الزرع كما يتفق في بعض الأراضين يلزمها أرشها لاستناد النقص إلى تفريطيه، وفاما للشهيد الثاني في مسائله ولمن تبعه.

وقال فيها: وهل يفرق فيها بين ما إذا ترك العامل الانتفاع اختياراً أو غيره؟ ظاهرهم عدمه ولا يبعد الفرق لعدم التفصير في الثاني خصوصاً في الأرض، ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ولم يحصل منه تفصير يوجب الانتقال إلى ما لا يقتضيه.^٣

١. مستمسك العروة، ج ١٣، ص ٦٦.

٢. لاحظ الجوهر، ج ٢٧، ص ١٩.

٣. وإذا صلح بطلان المزارعة حين عدم إمكان الزرع توصلاً للحاصل، تعرف أن ما ذكره صاحب الجوهر^٤ من إنكار استحقاق المالك لأجرة المثل لولا الإجماع - ضعيف، فلاحظه في ص ٢٠، ج ٢٧ من الجوهر.

أقول: وتبغه سيدنا الأستاذ الماتن.

والحق أنَّ من أتَلَفَ مال الغير فهو له ضامن سواء كان الإنلاف باختياره أو بعذر منه وبغير اختياره، فهذا التفصيل ضعيف والأرجح ما نسبه الشهيد إلى ظاهر الفقهاء من الضمان مطلقاً والسيد الماتن أيضاً لم يذكره في تعليقه على العروة، حيث أفتى بضمان العامل مطلقاً. نعم إذا كان العذر عاماً تفسخ المعاملة، كما تقدَّم، ولا ضمان على أحد.

قال: (وإن لم تكن الأرض تحت يده، بل كانت تحت يد المالك فحينئذ إن كان المالك مطلعاً على ذلك^١ فالظاهر عدم ضمان الزارع، وإن لم يكن مطلعاً فالظاهر ضمانه).^٢

أقول: أمَّا عدم الضمان في فرض الاطلاع فلاَّه لم يفسخ المعاملة بخياره لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلا يستند فوت المنفعة إلى العامل، ومنه يظهر وجه الضمان في فرض عدم اطلاعه. ولا مجال لتطبيق قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسدته في المقام فإنَّها فيما قبضه، لا في مثل المقام. وسيأتي ما يرد على الشق الأول في وجه أضعفية الوجه السادس. فإنَّه وإن سبق على المقبوض لكنه يجري - في الجملة - في المقام أيضاً.

واعلم أنَّ الأرض تارةً يمتنع مالكها من تسليمها، وأخرى يمتنع العامل من تسليمها^١ وثالثة لا يسلِّمها المالك ولا يطالبه العامل غفلة أو مع الالتفات. لا معنى لضمان العامل في الفرض الأول حتى مع عدم اطلاع مالكها على ترك العامل للزرع أصلًا.

وصرَّح في العجوهر أيضاً بعدم استحقاق المالك شيئاً على العامل مع عدم تمكين المالك له من الأرض، بل قد ينساق أنَّ للعامل عليه أجراً المثل حيث أنه فوت عليه المنفعة المستحقة له. وعدم العمل الذي هو المقابل لمنفعة الأرض إنما كان بتقييد

١. أي على ترك العامل للزرع، كما صرَّح في حاشية العروة.

٢. هذا إذا فرضنا بأنَّ التسلُّم لا يتحقق قهراً بالتسليم أي بتحلية المالك بينها وبين العامل.

المالك وتضييعه، فهو حينئذٍ كما لو استأجر على عمل في مدة فبذلك الأجير ولم يستوفه منه المستأجر فتأمل^١ وهذا هو الذي اختاره سيدنا الأستاذ الحكيم وقال: أنَّ هذا الضمان ضمان معاوضة.

أقول: وإن شئت فقل إنَّه مقتضى ما يضمن بصريحه يضمن بفاسده فلا حظ، وبالجملة فإنَّ تمَّ الضمان ففي الفرض الثاني.^٢ فإنَّ إذا قلنا بأنَّ مقتضى العقد لزوم تسليم الأرض على مالكها للعامل، ولزوم مطالبتها على العامل من دون أولوية لأحدهما على الآخر وإنْ كان تسليمها خارجاً يرفع موضوع مطالبة العامل بها. كان من قصر في وظيفته لا حق له على غيره وعليه فلا يضمن العامل لأُجرة المثل في الفرض الأخير أيضاً.

تتبّيه: كل ذلك في فرض أنَّ الزرع على المزارع (بالفتح) وأتنا إذا كان على المالك الأرض وكان البذر على العامل وكذا العوامل من الحيوان أو المكائن الحديثة فسلمها العامل إلى المالك فترك العمل حتى فات وقت الزرع، يتعلق ضمان أُجرة المثل للعامل ولعمل العامل في تهيئه المقدّمات على مالك الأرض على نحو عرفت، في الفرض المتقدّم.

وفي الجواهر: ... فيما لو كان التقصير من صاحب الأرض، بل عدم الضمان فيه أولى لعدم صيرورة منفعة الأرض ملكاً له (أي للعامل) بعد المزارعة حتى تكون يد المالك عليها عارية (عادية ظ) يترتب عليها الضمان. والضرر عليه بفوائ انتفاعه بنفسه مثلاً لا يقتضي الضمان لأنَّ منافع الحر لا تضمن بذلك.^٣

أقول: سيأتي أنَّ مقتضى عقد المزارعة اشتراك الطرفين في منفعة الأرض والعوامل وفي البذر ما بعد الحرج، ولthen سلمنا عدم ضمان المالك بفوائ انتفاع العامل بنفسه، لا شك في ضمانه بما ذكرنا. ثم إذا اشتري البذر من عليه البذر فقدمه إلى من عليه

.١ ج ٢٧، ص ١٩.

.٢ أي فرض انتفاع العامل من تسليمها.

.٣ الجواهر، ج ٢٧، ص ٢٠.

الحرث والزرع فتركه حتى فات وقته فنزل قيمة البذر في السوق ولا يباع بثمنه السابق فهل المقدار الناقص على تارك الزرع أو لا؟ لا أظن بالفقهاء اختيار الضمان في أمثال المقام، ولنا فيه بحث.

تعليق وتفصيل

في أصل المسألة (أي ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة) أقوال ووجوه يجدر بنا أن نتعرض لها مستعيناً بالله تعالى.
أولها: ضمان الزارع أجراً المثل للأرض مطلقاً. اختاره المحقق والعلامة جمع آخرون. بل قيل إنه منسوب إلى ظاهر الأصحاب في كلام غير واحد.
واستدل عليه الشهيد الثاني بأنّ منفعة الأرض صارت مستحقة له، بحيث لا يمكن المالك من استيفائها، وقد فوتها، فيلزم **الأجرة**.
وفيه أنه لا ملازمة بين تفويت ما يستحقة، وضمان **الأجرة** للمالك كما هو واضح، فلاحظ.

واستدل له أيضاً بأن منفعة الأرض صارت مستحقة للزارع بعوض لم يسلمه إلى المالك وهو الزرع فينتقل إلى أجراً المثل بعد تعدره. ورُدّ بأن تعدّ العوض موجب للبطلان ولا دليل على استحقاق أجراً المثل إلا أن يتمسك للضمان بقاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده، فإنّ منفعة الأرض في المزارعة الصحيحة كانت مضمونة باللحصة فلتكون مضمونة في الفاسدة بالأجرة.

وأورد عليه بأن الظاهر من القاعدة اختصاصها بالفاسد من أول الأمر، فلاتشمل ما طرأ عليه الفساد كما في المقام فأن العقد إنما يبطل حينما لا يمكن الزرع لتحصيل الحاصل.^١

أقول: الأظهر أن مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده هو إقدام شخص على أن يكون المال مضموناً عليه بالمستوى، منضتاً إلى القبض والاستيلاء، فإذا لم

١. مستمسك العروة الورقى، ج ١٣، ص ٨٣.

يسلم له المستئ رجع إلى المثل والقيمة للسيرة القطعية العقلائية على ذلك، بلا فرق في ذلك بين التلف والإتلاف.

ولا فرق في هذا بين بطلان العقد من الابتداء أو في الأثناء. وأما تبادر بعض ألفاظ القاعدة إلى العقد الفاسد من الابتداء فلا عبرة به، فإن ألفاظ القاعدة لم ترد في روایة معتبرة، ولا هي معقد الإجماع، بل لم توجد في كلمات الفقهاء قبل العلامة رحمه الله كما قال الشيخ رحمه الله في مكاسبه فالعبرة بالدليل، فمناقشة سيّدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله غير واردة.

وذكر بعض المعلقين على العروة في وجه ضمان أجرة المثل بأنها إنما تكونها أقرب بما فات من مالك الأرض وإنما تكون الأرض مع عدم الزرع مخصوصة تحت يده. أقول: الوجه الأول ليس بدليل. والثاني إنما يتم في زمان فوت الزرع لتحصيل الحصول. على أنه لا يتم فيما إذا كان ترك الزرع لعذر شخصي غير اختياري، إذا كان في رد الأرض إلى مالكها أيضاً غير مقصـر.

ثم إن استدل أيضاً على صحة هذا القول المنسوب إلى ظاهر الأصحاب سيّدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله بأن المزارعة إنما أن تكون عبارة عن بذل الأرض في مقابل العمل أو بذل الأرض في مقابل الحصة من الزرع، كما قد يظهر من الأصحاب، وكيف كانت، فهي معاوضة فإذا بطلت لعدم العمل أو لعدم الحصة كان موضوعها مضموناً بضمان المعاوضة، وهو نوع آخر من الضمان ولا يكون باليد ولا بالإتلاف. فإن المبيع مضمون على المشتري إذا قبضه، فتلف ففسخ البيع، وكذلك الشمن مضمون على البائع إذا قبضه، فتلف ففسخ البيع، وكذلك الحكم في سائر المعاوضات إذا وقع القبض، فإن القبض موجب للضمان عند بطلان المعاوضة، وإن كان قبضاً لما له لا لمال غيره، ومنها المقام فإن الأرض إذا قبضها العامل من المالك ليزرعها فلم يفعل، مضمونة على العامل بعد انفصال المزارعة يتعدد العمل أو بتعدّر الحصة.^١

^١ مستمسك العروة (الوثقى)، ج ١٣، ص ٨٣

أقول: الظاهر أنه بيان آخر عن دليل ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده وأنت إذا دققت نظرك فيه وفيما مر آنفاً من دليل القاعدة لم تجد بينهما كثير فرق. والحمد لله على الوفاق.

ثانيها: ما ستنظره صاحب *الجوهر* ^{رحمه الله} من عدم ضمانه أصلاً وإن كان آثماً. بترك تحصيل الحاصل، قال: بل إن لم يكن إجماع، أمكن القول بعدم وجوب أجرة المثل حتى في صورة التفريط، ضرورة عدم بطلان العقد بذلك، وهو آثماً يقتضي الحصة المعدومة التي ليست بمضمونة في الذمة. ومن الممكن عدم حصولها حتى لو زرع ولم يقصد فالرجوع منها حينئذ إلى أجرة المثل مما لا يرجع إلى قاعدة، ضرورة عدم العدوان في يده حتى يندرج في عموم (على اليد) وعدم صدق إتلاف مال الغير، لأن عقد المزارعة جعله بحكم ماله لا مال الغير. نعم، إنما تجب عليه الاستثناء وتسليم الحصة، وذلك إنما يترتب عليه الإثم (إذا تركه) لا الضمان.^١

أقول: هذا الكلام منه ليس بفتوى، لأجل الإجماع ولم ينسب إلى أحد قوله واحتمالاً، وهو عندي ضعيف لما عرفت من بطلان العقد حين عدم إمكان تحصيل الحاصل بالزرع، والمفروض أن الأرض بيده والضمان يرجع إلى قاعدة كل ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده كما سبق. وإلى قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن. وقوله: لأن عقد المزارعة جعله بحكم ماله لا مال الغير لو سلم فإنما يسلم بمقدار ما جعل له من الحصة وأثماً بالنسبة إلى حصة مالك الأرض فليس بحكم ماله. فالزارع المفرط آثم وضامن.

وربما يقال: إن هذا القول مبني على أن المزارعة ليست إلا تعهداً والتزاماً من الطرفين بلا إيراث حق لأحدهما على الآخر وكون الأرض تحت يد العامل برضاء المالك.

أقول: وهو كما ترى.

ثالثها: التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن أو معذوراً فلا.

عرفت أنه من الشهيد الثاني وتبعد عليه سيدنا الأستاذ (رحمهما الله) وبعض الآخرين وقد ضعفناه بأنّ قاعدة ما يضمن وقاعدة من أتلف تعنان كلتا الصورتين وإنما الفرق بينهما في الإنم فقط. نعم إذا كان العذر عاماً فهو يوجب الانفساخ لكنه غير مراد لهما.

رابعها: ضمان الزارع ما يعادل الحصة المسمّاة (من الثالث أو الرابع أو غيرهما) بحسب التخمين في تلك السنة. وفي العروة: ويمكن القول به، ولعل وجهه أنها أقرب إلى الفائت من المالك أي الحصة المسمّاة. وجوابه أن الحصة المعينة في العقد إنما جعلت للمالك من الحاصل المفروض عدمه وبطلاً العقد بعد تذرع الحاصل فينتفي أثره وهو حق المالك، وإن شئت فقل إن الحصة ليست في الذمة حتى تكون مضمونة.

خامسها: ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الأرض - من نصف أو ثلث - ومن قيمة عمل الزارع. وجعله في العروة: فكأنه اختاره. وأوضحته سيدنا الأستاذ الحكيم في شرحها بأن الحاصل لما كان نتيجة منفعة الأرض وعمل الزارع، فنصفه نتيجة نصفهما وربعه نتيجة رباعهما، فإذا كان للمالك حصة من الحاصل فهو نتيجة ما يملكه من حصة منفعة الأرض وعمل الزارع، فلما فوتهما الزارع على المالك كان ضامناً لهما، لا لأجرة المثل ولللحصة من الزرع.

أقول: لابد أن يراد بمقدار الحصة المسمّاة مقدارها بحسب التخمين كما في القول السابق، ثم إنَّ الحاصل لا يستند إلى منفعة الأرض وعمل الزارع فقط، بل يستند إلى المياه والمواد الكيميائية الحديثة وإلى البذر فلا بد من ضمان العامل بهذه المواد أيضاً بالنسبة إذا جعلت تلك المواد على العامل في العقد. وهل يقول به هذا الفقيه النبيل؟ على أنَّ عمل العامل وجميع الأعمال المملوكة لا تكون مضمونة إذا فاتت، وإنما التي تضمن هي الأموال والمنافع كما أشار إليه سيدنا الأستاذ الحكيم واستشهد عليه بأنَّ مشهور الفقهاء ذهبوا إلى أنَّ الأجير إذا لم ي عمل ما استأجر عليه لم يستحق الأجرة، ولم يفتوا بأنه يستحق الأجرة ويستحق عليه المستأجر قيمة العمل، وكذا إذا شرط العمل في عقد لازم ففات الشرط ولم يكن للمشروط له.

مطالبة المشروط عليه بقيمة العمل عند المشهور وإنما له الفسخ لا غير.
وبالجملة الأعمال إذا كانت في الذمة لا تكون مضمونة بقيمتها عند التعذر والفوات
وإنما يستلزم بطلان العقد أو الخيار،^١ فلا معنى لتضمين حصته من العمل بالقيمة.^٢
والجواب عن أصل القضية أن عمل الزرع وغيره مما ذكر ليس موضوعاً لعقد
المزارعة إذ لا يستفاد من تعريفيها إلا ملكية المالك الأرض على الحصة الخاصة من
الحاصل وحيث أنها انتهت ببطل المزارعة كما مرّ ويسمنها العامل بقاعدة ما يضمن
بصحيحه يضمن بفاسده ولقاعدة الإتلاف كما مرّ.

سادسها: التفصيل بين ما إذا أطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة
لتدرك استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن وبين صورة اطلاعه إلى أن فات وقت الزرع
فيضمن.

تقدّم وجهه فيما سبق من أن عدم فسخه يوجب استناد التفويت إلى نفسه لا إلى
العامل وهذا الوجه لا يجري في فرض جهله فلا مانع من ضمان العامل كما ذكره
المشهور. ووصفه صاحب العروة بأضعف الأقوال والوجوه.

وعليه في المستمسك بأن مجرد ترك الفسخ عند اطلاع المالك على تمرد العامل
عن العمل لا يوجب نسبة تفويت المنفعة إليه، بل هو منسوب إلى العامل لا غير، مع
أنه لا يمكن المالك المنفعة بالفسخ لعدم وجود عامل آخر أو لوجود مانع من
استعماله ومزارعته أو لغير ذلك.
أقول: فتأمل فيه.

سابعاً: ما احتمله سيدنا الحكيم رحمه الله من أن المزارعة مأخوذة من الزرع، فهي
معاملة على الأرض على أن تزرع فيكون عوض بذل الأرض، عمل الزارع.

١. ضمان الأعمال وعدمه إذا كانت في الذمة محل اختلاف بين الأعلام فقد تعرض له صاحب العروة وقبله
صاحب الجوهر وغيرهما فلا حظ مسافة/الجوهر والعروة وما علق عليها سيدنا الأستاذ الحكيم (رحمهم الله)
(مستمسك العروة الورقى، ج ١٣، ص ١٧٦ وما بعدها).

٢. لاحظ مستمسك العروة، ج ١٣، ص ٨٢.

وأما الحصة من الحاصل فهي من قبيل الشرط في المزارعة فيكون صاحب الأرض مالكاً على العامل العمل وهو الزرع، فإذا لم يزرع يكون ضامناً لقيمة العمل المملوك عليه.

وقال الأستاذ المذكور أنه أقرب عرفاً من الوجه الخامس، ثم رده بعدم ضمان الأعمال المملوكة إذا فاتت على ما تقدم.

قال: (يجوز لكل من المالك والزارع أن يخرص الزرع بعد إدراكه بمقدار معين منه بشرط رضا الآخر به، وعليه فيكون الزرع للآخر وله المقدار المعين. ولو تلف الزرع أو بعضه كان عليهما معان).

أقول: وفي المقام مطالب:

١. الخرص، التقدير والتحدي، وفي مجمع البحرين: والخرص الكذب (قتل الخرّاصون) وقال في قوله تعالى: تحرضون (١٤٨/٦) أي تحبسون وتحزرون. وقال: الخرص بالفتح: حرز ما على النخل من الرطب، يقال: كم خرص أرضك، وهو من الخرص: الظن، لأنّ الحزر إنما هو تقدير بظنّ والخرص - بالضم والكسر - الحلقة الصغيرة من الحلي.

٢. يقول صاحب الجوهر^١ بعد نقل النصوص الواردة في الخرص: لا أجد خلافاً بين الأصحاب في العمل بمضمونها في النخل والشمار والزرع.^٢

قلت: لا أجد في الروايات المعتبرة ما يدلّ على مشروعية الخرص في الزرع لاختصاصها بالأتمار والنخل بل لا أتذكر ما ورد في المزارعة سوى مرسلة محمد بن عيسى^٢ عن أبي الحسن^{عليه السلام} ولأنتمد عليها لإرسالها. وما يظهر من العروة من ورود جملة من الأخبار في المزارعة عجيب.

فالحكم بصحة الخرص في الزرع إنما مبني على دعوى الاتفاق كما عن الحدائق

^١ الجوهر، ج ٢٤، ص ١٢٢.

^٢ المسائل، ج ١٨، ص ٢٣٣ وج ١٩، ص ٥.

ولم يذكروا فيه مخالفًا سوى ابن إدريس وفيه إشكال أو منع، وإنما على عدم الفرق بين التخل والثمر وبين الزرع واثباته على عهدة مدعية. ولم أر من تعزز لهذه الجهة، وعلى كل فلابد للحكم بالإلحاق من دليل معتبر.

٣. وإنما اعتبار أدرك الحاصل فعلمه لأجل مرسلة محمد بن عيسى أو لأنّه المتيقن من الروايات، وحيث أن الحكم عن خلاف القاعدة، فالاقتصر عليه حسن أو لازم، وأنما استدلال سيدنا الأستاذ الحكيم على اعتباره بقوله عليه السلام فلما أدركت النمرة بعث عبدالله بن رواحة...^١ في صحيح الحلباني وصحيحة معاوية بن عمّار^٢ وبقوله: فلما بلغ الشّرْأُ أمرَ عبدَ اللهِ فِي صَحِيحِ يَعْقُوبٍ بِدُعْوَى أَنَّ ذِكْرَ الْقِيدِ فِي مَقَامِ الْبَيَانِ يَدْلِلُ عَلَى اعْتَبَارِهِ فِي الْحُكْمِ. فهو ضعيف. نعم نقل عن المسالك المفروغية من اعتباره.

أقول: بل يمكن أن يقال بـإطلاق صحيح محمد بن مسلم^٣ وصحيحة يعقوب بن شعيب^٤ يقوّي الاعتبار المذكور.

٤. وإنما اعتبار كونه بمقدار معين من الحاصل، فلما قيل من أنّه المنساق من النصوص والفتاوي وأنّه المشهور وأنّ الخرس ليس إلا تقدير الحصة المشاعة المبهمة بقدر معين من دون تبديل شيء بشيء، ولا معاوضة بين شيئين.

قال في العروة: والقدر المتيقن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع، فلا يصح الخرس وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل.

وخالف بعض الأفضلاء المعاصرین فأفتقى بعدم الفرق بين كون المقدار المتقبل به من الزرع أو في الذمة.

١. المسائل، ج ١٩، ص ٥.

٢. نفس المصدر، ج ١٨، ص ٢٢٢ و ٢٢٣.

٣. نفس المصدر، ص ٢٢٣.

٤. نفس المصدر، ج ١٩، ص ٥.

٥. نفس المصدر، ج ١٨، ص ٢٣١ و ٢٣٢.

٥. وأما جعل تلف الزرع المخروص عليه عليهم. فهو المشهور بينهم كما في العروة وفي جامع المقاصد: إلا أن اشتراط القبالة بالسلامة ذكره الأصحاب.^١ وفي المستمسك: ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو عن إشكال، ان لم يكن انعقد عليه الإجماع، وأنّ لهم به وإنما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه وتبعد عليه الباقيون معتبرين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم.^٢

وذكر السيد اليزدي في عروته في وجه اعتباره ما نصه: ولعله لأنّ تعين الحصة في المقدار المعين ليس من باب الكلي في المعين، بل هي باقية على إشاعتها، غاية الأمر تعينها في مقدار معين، مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمني بينهما.

أقول: بقاء الحصة بعد الخرس على الاشاعة بعيد جداً، بل يصعب تصوّره ولذا قال في المستمسك: إن ظاهر النص والفتوى كونها من باب الكلي في المعين والقواعد تقتضي كون التلف على غير مالك الكلي.^٣

والظاهر أنّ تشريع الخرس نحو تسهيل للقسمة بين الشركاء شرعاً، وهو قسم من التقسيم يختاره الشركاء أو الشريكان على بقاء سلامة الحاصل بالارتكان جزماً. وقد عبر عنه السيد اليزدي بالشرط الضمني، وهذا هو الصحيح فلا يحتاج قول المشهور إلى تنزيل العوض على الاشاعة، إذ يمكن أن لا يكون كذلك وإن كان كلياً مضمناً في العين بشرط السلامة للدليل كما ذكره في الجوهر أيضاً وإن كان دليلاً غير ما ذكرناه.

٦. وفي العروة: والظاهر أنّ المراد - أي مراد جماعة الفقهاء - من الآفة الأرضية ما كان من غير الإنسان، ولا يبعد لحقوق إتلاف مختلف من الإنسان أيضاً به.

١. ج. ٧، ص. ٣٣٦.

٢. ج. ١٣، ص. ١٣١.

٣. نفس المصدر.

٤. ج. ٢٤، ص. ١٢٥.

أقول: وهو كذلك لارتكاز المتعاملين بشرط السلامة من كل تلف غير اختياري.
خلافاً لجامع المقاصد.^١

وأما إذا كان المقدار المتقبّل منه في الذمة، كما اختاره بعض أفاضل المعاصرين^٢
فالتألف على المتقبل وهذا واضح.

واعلم أن للخرص أحكام كثيرة غير ما ذكرنا ومن أراد التحقيق فيها فليراجع
الجواهر^٣ والعروة الورقى ومستمسكها (ج ١٣) والله الموفق.

قال: (إذا غرقت الأرض قبل القبض أو بعده قبل ظهور الزرع أو قبل إدراكه،
بطلت المزارعة، وإذا غرق بعضها تخير المالك والعامل في الباقي بين الفسخ
والإمساء).^٤

أقول: أما البطلان فوجوهه أن تعدد الغاية من المعاملة يجعلها من معاملات السفة
 عند العقلاء فلاتكون مشمولة للإمساء ولا للأحاديث الواردة في المقام، لأن صرافتها
 عنها، ولا فرق في التعدد المذكور بين الابتداء والاستدامة ولا بين الغرق والخشف
 وفقدان الماء وغيرها من أسباب تعددتها.

وأما إذا تعددت بعد إدراك الحاصل وقبل الاقتطاف والحداد، ففي بطلانها
 وجهان، مما عرفت ومن تحقق الحاصل الذي هو المطلوب من المزارعة وهو الأظهر.
 وأما وجه الخيار في غرق بعضها فلبقاء إمكان حصول الغاية في الجملة فيتدارك
 الضرر بالختار، نعم إذا بقى من الأرض شيء قليل لا يزرع عليه غالباً عند العرف
 بطل المزارعة أيضاً.

قال: (الأقوى عدم جواز عقد المزارعة بين أكثر من اثنين، بأن تكون الأرض من
 واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع. وكذا الحال إذا وقع بين
 جماعة على النحو المذكور).

١. فبناء هذه المعاوضة على الزيادة والتقصان من حيث الخرس فقط.

٢. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ١٤١.

٣. ج ٢٤، ص ١٢١ - ١٢٧.

أقول: وأما وقوع المزارعة من أكثر من اثنين إذا لم يكونوا أركانًا كجامعة من الشركاء على أرض وجماعة من ملوك البذر أو جماعة من ملوك العامل والآلات، فزمارع الأولون مع الآخرين فإنه لا مانع منه، بل يدل عليه بعض الروايات.^١ وفي *الجوهـرـ*: وقصة خبر إنما هو من ذلك لا من محل الفرض الذي لا دليل على جوازه.^٢ ولكنها محتملة الوجهين وليس ما ذكره بمقطوع.

وعلى كل، إن أول من تعرّض لما في المتن على ما أعلم، العـلامـةـ فيـ القـوـاعـدـ حيث قال: وفي صحة كون البذر من ثالث نظر، وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع.^٣

ويمكن أن يستدل على البطلان بوجوه

١. إن المعاملة بتوقيف الشارع، ولم يرد النص بمثل هذا، والأصح عدم الجواز. ذكره في *جامع المقاصد*^٤ ومحكي *المسالك*.
٢. إن العقد يتم باثنين، موجب وهو صاحب الأرض، وقابل، فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه ويحتاج إثباته إلى دليل.^٥

وفي *الجوهـرـ*: فإنه لم يعهد في شيء من العقود كذلك.
 ٣. الروايات المذكور فيها ثلث للبذر وثلث للبقر، والمصرحة بأنـهـ لا ينبغي أن يستـئـ شيئاًـ فإـنـماـ يحرـمـ الكلـامـ كـصـحـيـحـ الحـلـبـيـ وـصـحـيـحـ سـلـيـمانـ بنـ خـالـدـ وـصـحـيـحـ ابنـ سنـانـ لكنـهـ مـقـطـوـعـ وـخـبـرـ أـبـيـ الرـبـيعـ لـكـتـهـ ضـعـيفـ.^٦
 وعلى كل استفاد منها صاحب *الجوهـرـ* عدم جواز تلك المعاملة التي لها أركان

١. لاحظ الباب ١٤ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة في *الوسائل*، ج ١٩.

٢. *الجوهـرـ*، ج ٢٧، ص ٣٤.

٣. *جامع المقاصد*، ج ٧، ص ٣٣٢.

٤. نفس المصدر.

٥. *الجوهـرـ*، ج ٢٧، ص ٣٤ نقلاً عن *المسالك* ظاهراً.

٦. *الوسائل*، ج ١٩، ص ٤٣-٤١.

ثلاثة أو أربعة، وإنّا كائناً في هذه النصوص ساقطاً، إذ لم أر أحداً أفتى بمضمونها سوى ما يحكي عن ابن الجنيد... وعن ابن البراج... ولا ريب في أنّ الأولى حمل هذه النصوص على إرادة عدم جواز توزيع المزارعة وأنّما شرعيتها جعل الحصة على عمل الزرع، بل مقتضى ذلك عدم جواز بعض الصور التي قد سمعت أنها مجمع عليها لتحقق المزارعة بدفع بقرة أو بعضها أو البذر أو بعضه إنّا الإجماع أخرجاً عن ذلك.^١

٤. صدق المزارعة على مثل هذه المعاملة غير ثابت، فلا مجال للتمسك بإطلاق مشروعية المزارعة، وأنّما العمومات – كأوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم – وان تكفي في صحة المعاملة، لكنّها لا تقي لكونها مزارعة تترتب عليه أحکامها. ذكرها سيّدنا الأستاذ الحكيم في مستمسكه ردّاً على صاحب العروة، فإنه جواز عقد المزارعة بين الأزيد من اثنين بأن تكون الأرض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع. بل جواز أن يكون بين أزيد من ذلك لأنّ يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر، وهكذا بالنسبة إلى العمل والعوامل، لصدق المزارعة وشمول الإطلاقات، بل يكفي العمومات العامة... وقال: ودعوى أنّ العقد لابدّ أن يكون بين طرفين موجب وقابل، فلا يجوز تركيّه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركاناً له. مدفوعة بالمنع، فإنه أول الدعوى.

أقول: الوجوه المذكورة قابلة للنقاش، فإنّ الأولى بعد إصلاحه بحمل التوقف على الإذن والإمضاء وإنّا فهو مردود بعدم الدليل عليه على الأظهر كما أشرنا إليه فيما سبق، مدفوع بوجود الإطلاقات والعمومات العامة.

والثاني: بأنّ العقد وإن لا يحتاج إلى أكثر من موجب وقابل ولكن لا يعتبر فيه وحدة الموجب والقابل، فلا مانع من تعدد الموجب والقابل، فإذا كانت المزارعة قائمة بأربعة، كان أحدهم موجباً والباقيون قابلاً.

١. الجوهر، ج ٣٧، ص ٣٤ و ٣٥ لا تقبل هذه الإجماعات وأمثالها بل يجعل المورد تقضى على مختاره من بطلان المزارعة فيه.

والثالث: بحمل الأخبار على الكراهة كما عن مختلف العلامات رحمه الله وعلمه بأنه لا ربا هنا إذ الربا إنما يثبت في البيع.

لكن الروايات تأبى من حملها على الكراهة، والنهي تعبدى وليس لأجل الربا مع أن حرمة الربا ثابتة في غير البيع أيضاً.

وأجاب سيدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله بأنّ الروايات مهجورة بظاهرها عند الأصحاب، فلا مجال للاعتماد عليها مع أنّ موردها الاثنان لا الأكثر، فيحملها على ذلك بلا قرينة غير جائز.

أقول: العمدة هو جوابه الأخير، ونحن لانرى مخالفة جمع من الفقهاء مانعة عن الإلتزام بها. وأما الرابع فالظاهر صدق المزارعة على المعاملة المذكورة عرفاً ولا وجه للتردد فيه.

قال: (لا فرق في صحة عقد المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما معاً. ولكن كل ذلك يحتاج إلى تعيين وجعل في ضمن العقد إلا يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق).

وكذا لا فرق بين أن تكون الأرض مختصة بالمزارع أو مشتركة بينه وبين العامل كما انه لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل فيجوز أن يكون عليهما وكذا الحال فيسائر التصرفات. والضابط أن كل ذلك تابع للجعل في ضمن العقد).

إليك كلام المحقق وصاحب الجوهرة: (إذا كان من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل، صح بلفظ المزارعة، وكذا لو كان من أحدهما الأرض والبذر ومن الآخر العمل. أو كان من أحدهما الأرض والعمل ومن الآخر البذر) وبالجملة جميع الصور المتصورة في هذه الأربعه كلاً أو بعضاً بين المزارع والمزارع جائزة (نظرأ إلى) العموم و (الإطلاقات) بلا خلاف أجده في شيء منها عندنا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه.^١

أقول: الصور المتصورة ربما ترتفق إلى مئات، ولافائدة في ذكرها ولكن إليك الصور المنصوصة في الروايات المعتبرة.

١. من المزارع الأرض ومن الطرف الآخر البقية كما في أحاديث قصة خير (الوسائل، ج ١٩، ص ٤٠ - ٤١) و صحيح سليمان (الوسائل، ج ١٩، ص ٤٢) و صحيح يعقوب (ج ١٩، ص ٤٥).

٢. الأرض ونصف النفقه والبذر من المزارع ونصف النفقه ونصف البذر من الآخر
(موثقة سماعة، ج ١٩، ص ٤٨٤).

ثم الظاهر صحة ما أفاده سيدنا الأستاذ الماتن وصاحب الجواهر والشراح لعدم خصوصية في الصور المنصوصة. وأما لزوم التعيين فلاجل أنه لولاه امتنع كل منها من أدائه فتفق المعاملة ويفوت الفرض منها.

ونختم البحث في الموضوع بذكر حديثين:
أحدهما صحيح يعقوب بن شعيب: وسألته عن المزارعة؟ فقال: النقة منك
والأرض لصاحبها...^٣

والمستفاد منها ولو بمحاجة سائر الروايات المعتبرة أنّ من طبع المزارعة كون النفقة على العامل (لولا الشّرط) فهل يمكن أن نقول به - ولو على نحو الاحتياط اللازم - إذا لم تكن قرينة على خلافه؟ تقدّم الكلام فيه.^٤

ثانيهما موثقة سماعة... سأله عن المزارعة، قلت: الرجل يبذر في الأرض البذر
مائة جريب أو أقل أو أكثر من طعام أو غيره فياطيه رجل فيقول: خذ متى نصف هذا
البذر ونصف نقطتك على واشركتني فيه. قال: لا بأس... .

١. من ملاحظة الأمور السبعة: الماء والأرض والعمل والعامل - أو الآلات - وبعض المواد الصناعية الحديثة والذر وكون الأرض مملوكة أو متعلقة لحق ووقع المعاملة بين الاثنين أو الأربع.

٢. ومناقشة المستمسك ضعيفة لا يلتفت إليها فلاحظ ص ١٠٠ ج ١٣ منه.

٤٥. الوسائل، ج ١٩، ص

^٤. لاحظ المستمسك، ج ١٣، ص ٩٩ و ١٠٠.

^٥ نفس المصدر، ص ٤٨ و التهذيب، ج ٧، ص ٢٠٠.

الأرجح أنَّ الرجل الذي يبذر، هو صاحب الأرض، فإن ذيل الحديث ظاهر في أنَّ الثاني يشترك في جميع البذر، ولو كان عاملاً لكان الثاني شريكاً في بعض البذر - وهو حصة العامل فقط - لا في جميع البذر، وإذا قلنا بانصراف النفقة عن العمل، تكون الموقتة - كموقعة أخرى لسماعة - دالة على عدم اعتبار العمل في حق من يزارعه صاحب الأرض.

ثم إنَّ الموقتة تدلُّ أيضاً على أنَّ الثاني يشترك الأول في ملكية البذر بعد حرثه في هذا المورد، وللكلام تتمة تمرَّ بك إن شاء الله تعالى.

قال: (إذا وجد مانع في الأثناء قبل ظهور الزرع أو قبل بلوغه وإدراكه، كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصيله، أو استولى عليه الماء ولم يكن قطعه، أو وجد مانع لم يكن رفعه، فالظاهر بطلان المزارعة من الأول لكتشه عن عدم قابلية الأرض للزراعة. وعليه فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر، فإن كان البذر للملك فعليه أجرة مثل عمل العامل، وإن كان للعامل فعليه أجراً مثل أرضه).

أقول: يعلم وجهه مما مرَّ في الشرط السادس وفي غيره من المباحث السابقة.

قال: (إذا كانت الأرض التي وقعت المزارعة عليها مغصوبة وكان البذر من العامل بطلت المزارعة بالإضافة إلى المزارع. فإن أجاز المالك عقد المزارعة وقع له، وإنما كان الزرع للزارع وعليه أجرة المثل لمالك الأرض^١ ويرجع فيما خسره إلى المزارع إن كان مغورراً من قبله، وإلا فلا رجوع إليه).

وإذا انكشف الحال قبل بلوغ الزرع وإدراكه كان المالك مخيراً أيضاً بين الإجازة والرد، فإن رد فعله الأمر بالإزالة، أو الرضا ببقائه ولو بأجرة، وعلى الزارع أجرة المثل بالنسبة إلى مامضى ويرجع إلى المزارع بالخسارة مع الغرور كما تقدم).

أقول: أكثر ما أفاده واضح لا يحتاج إلى الاستدلال عليه بعد البحوث المتقدمة، نعم لابد أن نشير إلى بعض المطالب:

١. وكذا عليه مسونة إعادة الأرض على حالها الأول وإن تضررت بتصريفه يجب عليه جبرانه.

١. في فرض عدم الإجازة تتعلق أجرة المثل على ذمة المباشر للزرع ولو كان غير مالك البذر وإن باشره بأمر مالك البذر فإنَّ المباشر أقوى من السبب، والاستيفاء ينسب إليه دون الأمر والضمان على المستوفى لا على الأمر بالاستيفاء، نعم له الرجوع بأجرة عمله على الأمر كما قيل.^١

٢. وأما جواز الأمر بالإزالة فقد من الإشكال فيه إذا كانت الإزالة إسرافاً أو مخالفه لقاعدة العدل.

٣. وأما رجوع المغدور على غاره فهو لقاعدة الغرور التي استدلوا عليها أولاً بالنبوى المشهور: المغدور يرجع على من غرره. وثانياً: بالإجماع في الجملة.^٢ وثالثاً: برواية إسماعيل بن جابر قال: سألت أبي عبد الله ع عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوجني ابنته، فزوجه غيرها فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غير ابنته وأنها أمة.

قال: ترد الوليدة على مواليها (يرد الوليدة على مولاها - خ) والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل وخدعه.^٣

لكن الأول لم يثبت كونه حديثاً، والثاني غير حجة والثالث ضعيف بمحمد بن سنان.

وقد يقال: إنَّ بناء العقلاء والمترسعة على الضمان إذا كان الغار قاصداً للإيهام. وأما إذا لم يكن قاصداً للإيهام وايقاع المغدور في خلاف الواقع ففي البناء على الضمان إشكال، لعدم ثبوت البناء السابق عليه وإن كان ظاهر الأصحاب في بحث الفضولي - فيما لو رجع المالك على المشتري - عموم الحكم لصورة علم الغار وجهله.

أقول: فالعدمة بناء العقلاء في صحة هذه القاعدة، فنعمل بها إذا أحرزنا البناء

١. مستمسك العروة، ج ١٣، ص ١١٧.

٢. نفس المصدر، ج ١٠، ص ١٤٣.

٣. الوسائل، ج ٢١، ص ٢٢٠.

المذكور. والظاهر أن الغار القاصد للإيهام ضامن للمغور ببناء العقلاه وأقما من لم يقصد الإيهام فلم يعلم جريان بناء العقلاه على ضمانه كمن اعتقاد المتعاقف الفلااني أرخص في البلد الفلايني فقال لأحد محبة وشفقة اذهب إليه واشتر ذلك المتعاقف فإنه يربحك في هذا البلد، فذهب هذا الأخير واحتراه وجاء به إلى بلده فلم يربح لاستبهان من الناصح بل خسر، فإن بناء العقلاه على ضمان مثله غير محزن.

٤. وأمّا إذا كان البذر مخصوصاً ففي العروة الزرع لصاحبها وليس عليه أجرة الأرض^١ ولا أجرة العمل، نعم إذا كان التبيّن في الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزالة^٢، هذا إذا لم يكن محل للإجازة كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلي لا المشخص في الخارج^٣ أو نحو ذلك، أو كان ولم يجز وإن كان له محل وأجاز يكون هو الطرف للمزارعة ويأخذ الحصة التي كانت للغاصب. وإذا تبيّن كون العوامل أو سائر المصارف مخصوصة بالمزارعة صحيحة، ولصاحبها أجرة المثل وقيمة الأعian التالفة، وفي بعض الصور يتحمل جريان الفضولية وإمكان الإجازة كما لا يخفى.

وقال في المستمسك: لأن العوامل ليست مقومة للمزارعة بخلاف البذر فإنّ الحاصل الذي هو مورد التحصيص قائم بالبذر. وأفاد في وجه الفضولية: بأن يكون لها طرف ثالث أو رابع فيجيئ له المالك وتكون له الحصة.

وقال سيّدنا الأستاذ الماتن في تعليقه له على العروة عند قول السيد: (يكون هو

١. بل هو على المباشر كالعامل الغاصب وأمّا إذا كان مالك الأرض فهو يرجع على الغار إذا صدق الغرور وهكذا حكم العمل إذا كان على مالك الأرض دون من أعطاء البذر المخصوص. وإذا غصب مالك الأرض، البذر ودفعه إلى العامل فالزرع لمالكه وللعامل أجرة العمل ولا يستحق مالك الأرض أجرة لأرضه، والفرج هنا كثيرة يعرف حكمها ممّا سبق.

٢. هذا مع قطع النظر عن حرمة الإسراف كما مرّت الإشارة إليها في السابق.
٣. إذ عليه لا يكون البذر الشخصي دخيلاً في المزارعة حتى يتسلط صاحبه عليها فلو فرض أن مالكه أجزاء لم تكن إجازته مصححة للمزارعة، بل هي رخصة في تملّكهما لزرعه كل على حسبه مع بطلان المزارعة لفقدان الزرع منها. وإذا كانت المزارعة على المشخص الخارجي وأجازها مالك البذر فيحكم بصحتها إذ يكفي في صحتها كون البذر مباحاً ولو بإجازة متأخرة فتأمل، فإنّ صاحب البذر طرف للمعاملة، فإذا بني على بطلان ذلك لم تتفتّح الإجازة في إثبات الحصة للمجيء، فلا يلاحظ.

الطرف للمزارعة): هذا إذا كان باذل البذر طرفاً للعقد مع العامل أو المالك الأرض أو كليهما وأئماً إذا كان العقد بين المالك والعامل مع اشتراط البذر على الثاني فلا محل للإجازة كما هو ظاهر وبذلك يظهر الحال فيما إذا كانت العوامل أو نحوها مغصوبة، انتهى.

فرع مهم

الظاهر من طبع عقد المزارعة بملاحظة الارتكاز العرفية تعلق ملكية مالك البذر والأرض على البذر ملكية مشتركة بعد الحرت. وملكية البذر على منفعة الأرض كذلك بالنسبة، وكذا إذا فرضنا مالك العوامل والمياه والعامل أركاناً للمزارعة فتكون للكل ملكية مشتركة بالنسبة المعينة من المشاع على البذر بعد حرثه وعلى منفعة الأرض حين الحرت وعلى منفعة الآلات وعلى العمل والماء كذلك حسب ما توافقوا عليه في العقد.

وأئماً قبل حرت البذر وبذرها فلاتحدث ملكية وإنما يجب عليهما أو عليهم الوفاء بالعقد الذي توافقوا عليه. والله أعلم.

وقال سيدنا الأستاذ رحمه الله الماتن في التعليقة: الظاهر أنه لا يملك كل من المالك والعامل على الآخر شيئاً غير إزامه بما التزم من تسليميه الأرض أو العمل وغير ذلك. ومع ذلك فالظاهر أنهما يشتركان من حين خروج الزرع إلا أن يشترطا خلاف ذلك.^١ وقال الإمام الخميني رض: بل مقتضى المزارعة استحقاق كل منهما على الآخر بذل ما جعله عليه. وملكية العامل لمنفعة الأرض زراعية وملكية المالك الانتفاع بعمل العامل كذلك.

أقول: وظاهره بقاء البذر على ملكية المالك الأول. وربما يدل بعض تعاليقه على بعض الفروع الآتية على خلافه.

١. واستظره في المستمسك أيضاً من المسالك أن خروج الزرع هو وقت حدوث الاشتراك بين المالك والزارع لا قبله ولا بعده.

وقيل: إن المزارعة ليست من المعاوضات، لقوع المعاوضة بين منفعة الأرض وعمل العامل، بل الظاهر أنها داخلة في قسم المشاركات فلا تقتضي ملكية العامل لمنفعة الأرض ولا ملكية مالك الأرض لعمل العامل وان وجب على كل منها بذل ما جعل عليه من مقدمات الزراعة.

وقيل: البذر لصاحب إلى حين ظهور الحاصل فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين. وهذا هو مقتضى ما ذكره الأصحاب في تعريف المزارعة بأنها المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها، حيث جعلوا موضع التحصيص هو الحاصل الشامل لهذا المعنى ولما بعده، فلا تحصيص قبله.

أقول: لا حجية في هذا التعريف أولاً، ويحتمل إرادة ذكر المقصود النهائي في التعريف ثانياً.

وقيل: إن البذر لصاحب إلى حين بلوغ الحاصل وادراته، فيصير مشتركاً في ذلك الوقت.

وقيل: إن المزارعة أحد هذين الوجهين دون غيره. وقيل: إنه - أي أحد الوجهين وإن كان صحيحاً إلا كونه مزارعة محل نظر. أقول: هذا هو الأرجح وكذا إذا اشترطا الاشتراط من حين الحصاد والتصفية.

وقيل: الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصریح والاشتراط به من حين العقد.

وفي مستمسك سيدنا الأستاذ الحكيم: إن مفاد عقد المزارعة أن يزرع الأرض بحصة من الحاصل، وهذا المعنى يقتضي أن يكون عمل الزرع مملوكاً لصاحب الأرض ولا يقتضي كون منفعة الأرض مملوكة للعامل، إذ كون الأرض موضوعاً للزراعة لا يقتضي إلا تعلق الزرع بالأرض ولو على نحو البذل من المالك لأرضه، إذ لا دليل على ملك العامل لمنفعة الأرض.^١

وقال السيد اليزدي في العروة: الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصة المقررة له، وملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصته، واشتراك البذر بينهما على النسبة. فإذا خرج الزرع سار مشتركاً بينهما على النسبة. أقول: صدر هذا الكلام وذيله لا يخلو أن منافق وتضارب بينهما إلا إذا قل أن جملة (صار) بمعنى (كان). ثم إن أراد صاحب العروة من اشتراك البذر بينهما، الاشتراك قبل الحrust كما يظهر من الثمرة الأخيرة في كلامه فهو مطلب بدلله وإن أراد الاشتراك بعد الحrust فينطبق على المختار تماماً ويدعمه ارتکاز العرف في عقد المزارعة. ثم إن صاحب العروة أشار إلى جملة من الثمرات المترتبة على هذه الأقوال وللمعلمين حولها آراء فراجعه إن شئت. ومن جملة هذه الثمرات ما ذكره الماتن في المسألة اللاحقة.

قال: (تجب على كل من المالك والزارع الزكاة إذا بلغت حصة كل منهما حد النصاب، وتجب على أحدهما إذا بلغت حصته كذلك. هذا إذا كان الزرع مشتركاً بينهما من الأول أو من حيث ظهور الشمر قبل صدق الاسم. وأئمَا إذا اشترطوا الاشتراك بعد صدق الاسم أو من حين الحصاد والتخصيف فالزكوة على صاحب البذر سواء أكان هو المالك أم العامل).

أقول: عرفت الحق فيها، من المسألة السابقة.

وأئمَا صحيح محمد بن سلم المضرم: قال سأله عن الرجل يتکاري الأرض من السلطان بالثلث أو النصف هل عليه في حصته زكاة؟ قال: لا، قال: وسأله عن المزارعة وبيع السنين فقال: لا بأس.^١ فلابد من حمله على محامل محتملة.^٢ على أنه معارض بصحيحة آخر له ولأبي بصير عن أبي جعفر عليهما السلام قالا له: هذه الأرض التي يزارع أهلها ما ترى فيها؟ فقال: كل أرض دفعها إليك السلطان فما حرثته (فتاجرته

١. التهذيب، ج ٧، ص ٢٠٢ و ج ٩، ص ١٩٠.

٢. قيل: إن الضمير في

- خ) فيها فعليك مما (فيما) أخرج الله منها الذي قاطعك عليه - وليس على جميع ما أخرج الله منها - العشر، إنما عليك العشر فيما يحصل في يدك بعد مقاسمه لك.^١ ثم في اشتراط الاشتراك من حين الحصاد بل من بعد صدق اسم التمر وإدراكه بحث لإمكان كونه منافياً لمقتضى عقد المزارعة، فلا حظ وتأمل فيه.

قال: (الباقي في الأرض من أصول الزرع بعد الحصاد وانقضاء المدة إذا نبت في السنة الجديدة وإدراك فحاصله لمالك الأرض إن لم يشترط في عقد المزارعة اشتراكتهما في الأصول).

وقال بعض تلاميذه إنه لمالك البذر وإن اشترطاه فيه كون بينهما بالنسبة. وأظن أن النسخة الأصلية هي: لمالك البذر، إذ لا معنى للقول بأنّه لمالك الأرض، على أنّ هذا هو الظاهر من تعليقته على العروة. وقال مؤلفها: إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدة والقسمة فنبت بعد ذلك في العام الآتي فإن كان البذر لهما فهو لهما وإن كان لأحدهما فله إلا مع الإعراض وحينئذ فهو لم سبق.

أقول: لم يعلق السيد الأستاذ على هذا الكلام وإنما اعتبره وقال بأن الإعراض لا يوجب الخروج عن الملك كما تقدم منه في المباحث السابقة والأرجح عندنا ما ذكره صاحب العروة كما تقدم لكن كونه لمن سبق لا يستلزم جواز التصرف في أرض الغير من دون إذنه وهو واضح.

ثم قال صاحب العروة: ويتحتم أن يكون لهم مع عدم الإعراض مطلقاً لأن المفروض شركتهما في الزرع وأصله، وإن كان البذر لأحدهما أو الثالث وهو الأقوى.

أقول: ما ذكره صحيح كما عرفته مما مضى غير بعيد، وأما ما أورده عليه السيد الماتن في التعليقة فهو ضعيف، نعم في البقاء لابد من رضى المالك به ولو بأجرة وله الأمر بإزالة حق غيره إذا لم تعد إسرافاً أو ظلماً.

وفي المستمسك: النابت بينهما لاشتراك أصل الزرع. وفي التذكرة حرر المسألة بما إذا نبت الحب، ومثله في الجوهر. ولا ينبغي التأمل في اختصاص النابت بصاحب البذر للتبغية.^١

أقول: ما أفاد إنما يتم في الحب الواقع على وجه الأرض حين البذر ثم وقع عليه التراب فأنبت في السنة الثانية. وأما إذا حرث الحب في الأرض ولم ينبت في السنة الأولى، بل نبت في السنة الثانية، فلا. إذا عرفت الاشتراك في الحب بمجرد الحرث والبذر، والله أعلم.

قال: إذا اختلف المالك والزارع في المدة، فادعى أحدهما الزيادة والآخر القلة فالقول قول منكر الزيادة، ولو اختلفا في الحصة قلة وكثرة فالقول قول صاحب البذر المدعى للقلة.

وأما إذا اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما فالمرجع التحالف، ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة.

أقول: أما في المورد الأول فلأن من يدعى الزيادة مالكا كان أو عاملًا يحتاج في إثبات دعواه إلى بيته، فمع عدمها يقول قول منكرها بيعينه، ما لم يكن مدعى قلة المدة بمقدار لا يكفي عادة لبلوغ الحاصل. وإلا فيصبح مدعياً بطلان العقد.

وأما في المورد الثاني فلأن النماء لصاحب البذر والمتيقّن من اشتراك غيره إنما هو بالمقدار الذي يعترف به صاحب البذر، والباقي ملكه فقوله مطابق للأصل وطالب الزيادة مدع يجب عليه إقامة البيئة ومع عدمها يقدم قول المنكر بيعينه، ما لم يدع كونها أقل مما يجعل عادة لغير صاحب البذر في مثل تلك المعاملة بلاحظة خصوصياتها كما ذكره بعض المعاصرین. لمخالفته لأصالحة الصحة التي تقدم على أصالحة عدم الزيادة. ولو عكس الأمر فادعى كلّ منهما قلة سهمه وكثرة سهم الآخر.^٢

١. ج ١٣، ص ١٣٤.

٢. كما إذا جعلت الحكومة على السهام والمحصن ضريبة عالية أكثر قيمة من الحصص.

فالظاهر تقديم قول غير مالك البذر المدعى للقلة، فإنَّ تملك الزائد على ما يدعى صاحب الأرض مثلاً له، خلاف الأصل ولا يثبت بادعاء مالكه مع إنكار القابل له. فإذا لم يقم المدعى البيئة فيما المنكر تكفي لتقديم قوله.

وعلى كل استدل المحقق الثاني في جامع المقاصد على تقديم قول مدعى القلة في الموردين المذكورين في المتن بأنَّ مدعى الزيادة فيهما لو ترك فيكون مدعياً بالمعنيين. ثم قال: والظاهر أنه لا خلاف في ذلك بين الأصحاب. ولو لا الإجماع لأمكن أن يقال إنَّ اتفاقهما على عقد تضمن تعين مدةٍ وحصةٍ نقلٍ عن الأصل المذكور، وكل منهما مدعٍ لشيء ومنكر لما يدعى فيه الآخر، وليس إذا ترك دعوى الزيادة مطلقاً يترك، فإنه إذا ترك العمل، طالبه به، نعم يجيء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر فيجب التحالف.^١

وجوابه إنَّ النقل عن الأصل المذكور بالعقد هو أصل المدة وأصل الحصة على نحو قضية مهملة وفي الجملة ولم يثبت النقل بمقدار يدعى الزيادة وأما المطالبة بالعمل، فهي أمر خارج عن الدعوى فلا أثر لها في هذه المنازعة كما نبه عليه في محكي المسالك أيضاً. مع أنَّ المالك إذا كان منكراً للزيادة ليس له مطالبة الزارع المدعى للزيادة بالعمل لأنَّها مطالبة بغير حق بعد اعتراضه بعدم الزيادة.

لكن في المستمسك حول كلام جامع المقاصد والجوهر: وما ذكره في توجيه التحالف إنما يتم بناء على أنَّ المعيار في تشخيص ذلك الغرض المقصود من الدعوى... إلى أن قال: إنَّ جامع المقاصد أرجع النزاع في جميع هذه الموارد إلى النزاع في تشخيص العقد وجعله من التداعي وصاحب الجوهر فصل بين أن يكون مصب الدعوى تشخيص العقد، وأن يكون الزيادة والنقصان، فعلى الأول يكون من التداعي وعلى الثاني يكون من المدعى والمنكر.

وظاهر الأصحاب هنا وفي جميع الموارد ان المدار في تشخيص المدعى والمنكر الغرض المقصود كما اعترف به جامع المقاصد والجواهر وصاحب العروة.^١ أقول: مرت المناقشة في هذا المبني.

وأثنا ما في الجواهر من الإشكال على بعض الصور من كل من الموردين من رجوع الأمر إلى التحالف لولا إجماع الأصحاب على تقديم قول منكر الزيادة على قول مدعيها فأيضاً غير صحيح، بل قول الأصحاب مطابق للقاعدة وليس بإجماع تعبدى على خلافها فلاحظه^٢ تجد صدق ما قلناه إن شاء الله.

وأثنا المورد الثالث فكونه من موارد التحالف ظاهر، إذ كل منهما يدعى أمراً يحتاج إلى الإثبات فيجري عليه حكم التداعي، هذا ولكن مع ذلك لا يخلو عن مناقشة، بملحوظة صحيح يعقوب بن شعيب: «النفقة منك والأرض لصاحبها»،^٣ فإن العامل على هذا يصبح مدعياً وصاحب الأرض منكراً يقدم قوله بيمينه. فلاحظ وتأمل.

ثم انفساخ المعاملة على فرض حلفهم أو نكولهما ظاهري ليس باوعي كما في جميع موارد القضاء ووجه الانفساخ عدم من يبذل البذر وسائر ما يتوقف عليه المزارعة.

تتمة حول إقامتهما البيينة

ولو أقام كل من صاحب الأرض والزارع بيته، ففي الشرائع: قدّمت بيته العامل. وقيل: يرجعان إلى القرعة والأول أشبه. لكنه غير واضح الوجه، حتى على مختاره من تقديم بيته الخارج، فإن العامل ليس بخارج دائمًا^٤ كما عرفته.

١. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص ١٣٦ و ١٣٧ و ١٣٨ والتأثر في كلامه^٥ نافع لك.

٢. الجواهر، ج ٢٧، ص ٣٧.

٣. الوسائل، ج ١٩، ص ٤٥.

٤. قال صاحب الجواهر: إذ المراد من الداخل والخارج في كلامهم المدعى والمنكر لا خصوص ذي اليد ومدعيه، وإن كانت النصوص قد اشتملت عليه. ج ٤٠، ص ٤٦٠ و ٤٦١. ومراده من النصوص ما أرسل عن أمر المؤمنين^٦ وما رواه منصور عن الصادق^٧ كما في الوسائل. ج ٢٧، ص ٢٥٥.

وعن العلامة في مختلفه: لو اختلفا في الحصة فالقول قال صاحب البذر مع يمينه، فإن أقام كل بيته قدّمت بيته العامل لأنّه الخارج، ولأنّ القول قول المالك فالبيته بيته العامل. وقيل يرجعان إلى القرعة وليس بجيد. انتهى.

أقول: العلامة أشار إلى دليله فالإشكال عليه أوضح لأنّ العامل ليس بخارج دائمًا، ولذا تصدّى صاحب الجوهر لتوجيهه بوجهين.^١

وقال في تواعده: ويقدم قول منكر زيادة المدة مع يمينه، وقول صاحب البذر في قدر الحصة. ولو أقاما بيته احتمل تقديم بيته الآخر.

وقال الكركي في شرحه: إن المقدم هو بيته الخارج أعني المدعي وقد سبق أن المدعي في المسألة الأولى هو مدعي زيادة المدة. وفي الثانية هو غير صاحب البذر فتعين تقديم بيتهما.^٢

أقول: عبارة القواعد أحسن من جهة صحة تطبيقها على تقديم بيته الخارج ومن جهة عدم الجزم بالتقديم المذكور، فإنه وإن كان مشهوراً شهرة عظيمة بل ادعى عليه الإجماع غير واحد،^٣ بل عن الخلاف نسبته إلى أخبار الفرق، لكن الأظهر عند التساوي أن البيتين تتعارضان وتتساقطان ولا تقدّم إحداهما على الأخرى لكونها من الخارج كما هو المشهور أو لكونها من الداخل كما قيل، والإجماع المنقول غير حجة، ولم يذكروا من الأخبار سوى ما أرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام وما رواه منصور عن الصادق عليه السلام: حقّها – أي بيته – للمدعي ولا أقبل من الذي هي في بيته، لأن الله عزّ وجلّ أمر أن تطلب البيته من المدعي، فإن كانت له بيته، وإلا فيمّن الذي هو في يده، هكذا أمر الله عزّ وجلّ،^٤ لكنه ضعيف سندًا بتردد منصور بين مجهول وثقة وبجهالة محمد حفص، بل وبالإشكال في سند الشيخ إلى الصفار على بحث طويل مفصل فيه.

١. ج ٢٧، ص ٣٨.

٢. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٤٠.

٣. فيما إذا كانت العين يد أحد المتنازعين.

٤. الوسائل، ج ٢٧، ص ٢٥٥.

وعلى كل ذكرنا البحث الفقهي في هذا الموضوع في كتابنا (القضاء والشهادة) فراجعه^١ إن شئت الاطلاع على حكم المتنازع فيه بعد سقوط البيتين بالتعارض فإنه يختلف باختلاف كونه في يد المتنازعين أو في يد أحدهما، والله الموفق.

(مسألة) إذا قال الزارع ان المالك أعطاه الأرض عارية، لكن المالك ادعى المزارعة، وكل منها مدع ومنكر، فإن كان التنزاع قبل بذر الحب ونشره فاستظره جمع الانفساخ بعد حلفهم أو نكولهما.

أقول: إنكار المالك رجوع في العارية وإن أعارها في الواقع فأي موجب لحلفه على عدمها إذا لم يكن ما يوجهه بالخصوص؟ فتأمل نعم على الزارع الحلف لنفي المزارعة المدعاة.

وعلى كل الانفساخ هنا وفي كل مورد يحصل بحكم الحاكم، انفساخ ظاهري فإذا علم بالمزارعة أحدهما أو كلاهما فالعقد باقي على حاله ويجب العمل بمقتضاه حتى يفوت الوقت الصالح لها. وبالجملة حكم الحاكم لا يغير الواقع عما هو عليه.

وان كان النزاع بعد نشر الحب فهو أيضاً من التداعي والحكم هو التحالف فمع حلفهم أو نكولهما تثبت أجرة الأرض للمالك على الزارع، فإنه استوفى منفعة الأرض، وبناء العقلاء على ضمان المستوفى عمل الغير أو منفعة ماله.

لكن ذهب جمع إلى عدم استحقاق المالك لأجرة المثل فإنَّ المالك بادعائه المزارعة يدعى استحقاق الحصة المستأنة التي نفتها يمين الزارع بعد عدم إقامة البيئة عليها من قبل المدعى، فلا موجب لاستحقاق أجرة المثل، بل أصالة البراءة تقتضي عدمه. لكن الأصل مقطوع بقاعدة الاستيفاء الثابتة ببناء العقلاء وسيرة المترسعة.

وأما أنَّ المالك لم يدع أجرة المثل، بل دعوى الحصة تستلزم الإقرار بعدم استحقاقه غير الحصة من أجرة المثل وغيرها وإقرار العقلاء على أنفسهم نافذ. فيضعف بأنَّ الفهم العرفي أقوى شاهد على أنَّ ادعاء الحصة أو الأجرة المعيته في

الإجارة مثلاً راجعة إلى دعوى الضمان المحدود بحدٍ على نحو تعدد المطلوب فإذا بطل الحد باليمين يبقى أصل الضمان بحاله، وهو لا يرى ولا يعتقد عدم استحقاقه للأجرة جزماً.

نعم، لابد من تقييد الأجرة بما لا يزيد عن الحصة المدعاة لاعتراضه بعدم استحقاقها الزائد عليها.

لایقال: اعتراضه بعدم استحقاق الزائد إنما هو في ضمن ادعاء الحصة وقد سقط بحلف الزارع، فهو كالعدم. فإنه يقال: إنما الملازمة بين بطلان دعوى الحصة وبطلان ما يتربّب عليها شرعاً لا بينه وبين ما يتربّب عليها عقلاً ما في المقام، إذ لا شبهة في بقاءه.

ثم إن كان التحالف بعد بلوغ الشمرة فهو، وإن كان في الأثناء قيل يجب على صاحب الأرض إبقاء الزرع في أرضه ولو بأجرة أن أراد الزارع ولا يجوز له الإزالته فإنها ضررية للزارع، ولا يعارض بالضرر الوارد على المالك من إبقاء الزرع، فإنه أقدم على هذا الضرر، سواء كان العقد مزارعة أو عارية، ويمكن أن يقال: إنه أقدم لأجل الحصة التي ربما تزيد عن أجرة المثل بكثير.

وفي الجواهر عند قول المحقق: وللزارع تبقيه الزرع إلى أوان أخذه: بلا خلاف ولا إشكال معندي به (إنما مأذون فيه) باتفاق منها، فيكون له حق البقاء بناءً على العمل بمفهوم قوله: لا حق لعرق ظالم.^١ بل ليس للمالك المطالبة بالقلع الزاماً له بدعوه الإجارة والمزارعة.

نعم، ليس له منعه لو أراد الزارع أخذه قصيلاً لعدم ثبوت حق له فيه بعد فرض يمينه على نفي المزارعة. كما أنه ليس للعامل حق الإبقاء بناءً على جواز الرجوع بالعارية وإن كانت للزرع، أخذأ له بإقراره بدعوى العارية.^٢

١. الوسائل، ج ١٩، ص ١٥٧ والحديث غير صالح للاستدلال سندًا ومتناً. ولاحظ جامع الشتات ج ٣، ص ٢٨٠.

حول هذا الحديث.

٢. ج ٢٧، ص ٤٠.

تتمة: هل يجوز للمالك الرجوع عن العقد الذي بينه وبين الزارع أم لا؟
والظاهر التفصيل بين الجواز الواقعي وبين الجواز بالنظر إلى حكم القاضي. أما
واقعاً فلا يجوز له الرجوع، فإنه يعلم بأنه زارع العامل والمزارعة عقد لازم كما سبق
ومجرد إنكارها من قبل العامل واعتراضه بالعارية لا يثبت جواز الرجوع عنه.
وما قيل: من أن عدم جواز رجوع المالك عنه لحق العامل، وهو في المقام معترض
بعدمه فلا مانع من الرجوع. ضعيف فإن عدم حق العامل على الاعتراض على رجوع
المالك أمر وعدم جواز رجوع المالك أمر آخر.
وأما بلحاظ حكم القاضي بعد العارية والمزارعة بعد النكول أو التحالف،
فالرجوع جائز لكنه بمعنى عدم الإلتزام بمقتضى العقد وأثاره وعدم جواز اعتراض
أحدهما على الآخر في ذلك اعتماداً على الحكم الذي لا يجوز رده، لكن الحكم
الواقعي بحاله.

قال عليه السلام: (الزارع إذا قصر في تربية الأرض فقل العامل لم يبعض ضمانه التفاوت
فيما إذا كان البذر للمالك. وأما إذا كان للعامل وكان التقصير قبل ظهور الزرع فلا
ضمان ولكن كان للمالك حينئذ الفسخ والمطالبة بأجرة المثل للأرض).
أقول: لم يذكر حكم ما إذا كان التقصير بعد ظهور الزرع، والظاهر أنه عليه السلام يحكم
بالضمان لبناه على شركتها بعد ظهور الزرع فيكون حكم هذه الصورة حكم الصورة
الأولى كما صرّح في تعليقه على العروة على خلاف الصورة الثانية حيث حكم
بال الخيار.

لكن تقدّم أن الأظهر شركتها في البذر بعد العرث والنشر فلا يتم تفصيله وتقسيمه،
والأصح أنه لا فرق في الحكم بين كون البذر من المالك أو من العامل فإنه بعد حرثه
يصبح مشتركاً بينهما بالنسبة المتفقة عليها في العقد.

فإذا استند نقص العامل إلى تقصير العامل، سواء كان هو المالك أم مقابلة، ضمن
التفاوت بحسب تخمين أهل الخبرة كما ذكره المحقق القمي وتبعه صاحب
العروة عليه السلام القاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن على ما سبق.

وأثما ما في المستمسك من اختصاص القاعدة بالنقض الطارئ على الموجود كاملاً وعدم شمولها يوجد ناقصاً^١. فغير قوي بعدما لم تكن ألفاظ القاعدة مأخوذة من رواية أو روایات بل قيل إنها متصيدة من مجموع الروایات.

وعلى كل لainيugi الشك في أنَّ العرف العام من المسلمين وغيرهم يرى المقصر في الموردين ضامناً. وفيه أيضاً: نعم في المقام لما لم يأت بالعمل كاملاً، يكون للمالك الخيار في فسخ المزارعة، فإنْ كان البذر له كان للعامل أجرة مثل العمل وإن كان للزارع، كان على أجرة المثل للأرض للمالك فنقض العمل يستوجب الخيار لا الضمان.^٢

وتبعه السيد السيستانی إلَّا أنه قال في الفرض الأخير: فعليه للمالك أقل الأمرين من أجرة مثل الأرض وقيمة حصته من الحاصل على تقدير عدم التقصير.^٣
لكن في جامع المقاصد: ولو أفضى تفريطه (أي الزارع) إلى قلة الحاصل خلاف العادة، بحيث أنه لو لا التفريط لم يحصل ذلك النقصان الفاحش، فليس ببعيد وجوب أكثر الأمرين من ذلك: الحاصل وأجرة المثل.^٤
أقول: عرفت ما هو الأصح.

قال: (لو ادعى المالك على الزارع عدم العمل بما اشترط عليه في ضمن عقد المزارعة من بعض الأعمال أو ادعى تقصيره فيه على وجه يضر بالزراعة، أو تقصيره في الحفظ أو نحو ذلك وأنكر الزارع فالقول قوله. وكذلك الحال في كل مورد ادعى أحدهما شيئاً وأنكره الآخر، ما لم يثبت ما ادعاه شرعاً).

وقال بعض تلاميذه: فالقول قوله بيمنه ما لم يكن مخالفأً للظاهر.
أقول: أمَّا اعتبار اليمين فالظاهر وأمَّا قيد عدم كونه مخالفأً للظاهر، فيه أنَّ مطلقاً

١. ج ١٣، ص ١٤٦.

٢. نفس المصدر.

٣. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ١٤٥.

٤. ج ٧، ص ٣١٩.

الظاهر ما لم يثبت اعتباره غير حجة فإنَّ الأصل الأولي في الفتن عدم جواز العمل به، إلا أن يقال إنه بذلك يخرج عن كونه منكراً ويصير مدعياً. فتأمل.

أقول: الأصل عدم العمل بما اشترط عليه، وعدم فعل تمام ما يلزم العامل - وهو معنى التقصير - فقول المالك مطابق للأصل فيكون منكراً والزارع مدعياً عكس ما في المتن.

وصرح في العروة الوثقى بأنَّ الوجه في تقديم قول الزارع كونه مؤتمناً في عمله. وادعى أنَّ هذه القاعدة ممَّا جرت سيرة العلاء عليهم فإذاً لهم يقبلون قول الأمين فيما أوتمن عليه، وقول الموظف لأداء عمل فيه وادعى في المستمسك سيرة المتشرعة عليه في جميع الموارد التي هي من هذا القبيل سواء كان أجيراً على عمل فيخبر عن فعله أم مأموراً تبرعاً فيخبر عن وقوده.^١

قال: ولعلَّ من هذا الباب قاعدة (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) التي ادعى على صحتها الإجماع كثير من الأعظم كما في قبول قول الوكيل وقول الزوج في الطلاق وقولولي في عقد المولى عليه وهكذا. والجامع بين ما نحن فيه وبين القاعدة هو أنه إذا كان الفعل وظيفة الإنسان فأخبر بوقوعه يقبل، سواء كان الجاعل للوظيفة، الشارع المقدس أم غيره، والأول هو مورد قاعدة من ملك. والثاني مورد قاعدة خبر المؤتمن على فعل إذا أخبر بفعله.^٢

وعلى كل هذه القاعدة تقدم على الأصل السابق فيكون المنكر هو العامل لموافقة قوله للحجَّة دون المالك.

ونحن قد ذكرنا في كتاب القضاء والشهادة أنَّ المدعى هو الذي يدعي شيئاً على آخر ويكون مكلفاً بإثباته فلا حقيقة شرعية له سوى معناه العرفي ولا عبرة

١. يمكن أن يكون من باب حمل فعل المسلم على الصحة في غير فرض النازع وقبول قول الكافر من جهة الأطمئنان لا مطلقاً. فتأمل.

٢. ج ٤٤، ص ١٤٧، وقال في آخر كتاب الشركة من المستمسك (ج ١٣، ص ٤٤): لا يظهر دليل على كلية سماع قول الأمين إلا في حال الإخبار عن وقوع الفعل المؤتمن عليه، فلو ادعى الرذ لم يقبل قوله إلا في الوديعي.

بالتعريف المصطلحة عند جماعات من الفقهاء^١ وعلى هذا، المدعى في المقام هو المالك دون الزارع فيقدم قول الزارع بحسب القاعدتين كليهما.

وعلى كل لو اختلفا في اشتراط شيء على أحدهما يقدم قول منكره إن لم يكن مع المدعى بيته. وكذا لو ادعى أحدهما التعين فعليه الإثبات فإنه معنى وجودي فإذا أثبت فله الفسخ وهو واضح.

فرع: لو ادعى المالك الغصب، والزارع المزارعة أو العارية، فهل المورد من باب التداعي أو المدعى والمنكر؟

يمكن ابتناء المسألة على معرفة المدعى والمنكر، فإن جعلنا الميزان مصب الدعوى فالملقم من الأول لأن كلاً منها يدعي خلاف الأصل، فإن الأصل عدم الغصب وعدم العارية وعدم المزارعة، وبعبارة أدق كل منها يدعي شيئاً يكلف بإثباته وينكر شيئاً يدعيه الطرف المقابل، فإن أقام أحدهما بيته فهو، وإن أقاما كلّاً منهما بيته فلهم حكم تعارض البيوتين. وإلا فإن حلف أحدهما فهو، وإن حلفاً أو نكلَا تنفسخ العارية والمزارعة ظاهراً وبحسب حكم القاضي ولا يثبت الغصب فيثبت المالك الأرض أجرة المثل ومطالبة قلع الزرع على نحو تقدم بحثه.

وان جعلنا الميزان، الغرض المقصود من الدعوى فيصير المالك منكرأ يقدم قوله بيمينه على نفي المزارعة أو العارية. والسر في ذلك أن دعوى الغصب يقصد بها ضمان العامل المتصرف للأرض بأجرة المثل، وهذه إإنكار المالك للمزارعة مطابقة للأصل فإن الضمان المذكور مترب على التصرف بدون إذن المالك، فإذا انتفت المزارعة والعارية فقد ثبت الضمان وإن لم يثبت الغصب. وهذا هو الظاهر من العروة وحواسيها التي توجد عندي.

وفي الشائع: أمّا لو قال - المالك في جواب الزارع مدعى العارية - غصبتها، حلف المالك - على نفي العارية - وكان له إزالته والمطالبة بأجرة المثل وأرش الأرض إن عابت وطم الحفر إن كان غرساً.

١. ص ٣٢ لاحظ المطولات في هذه المسألة كقضاء الجوهر وقضاء الاشتباكي وقضاء الرشبي والقواعد الفقهية.

لكن تقدّم أن قلنا إنّ معنى المدعى والمنكر ليس بموافقة الأصل أو الحجة متلاً، بل المدعى حسب المفهوم العرفي من يدعى شيئاً يكُلف بثباته، والمنكر ينكره، وذكرنا أيضاً أنّ الظاهر من الأحاديث هو المعيار الأوّل لتشخيص المدعى والمنكر، وعلى هذين الوجهين المقام يدخل في باب التداعي والله أعلم بأفعاله وأحكامه.

قال: (إذا أوقع المتولى للوقف عقد المزارعة على الأرض الموقوفة على البطون إلى مدة حسب ما يراه صالحًا لهم، لزم ولا يبطل بالموت).

وأّما إذا أوقعه البطن المتقدّم من الموقوف عليهم ثم مات في الأثناء قبل انتهاء المدة بطل العقد من ذلك الحين إلا إذا جاز البطن اللاحق).

أقول: وجه عدم البطلان بالموت، أنّ صحة العقد المذكور من صلاحية المتولي وشّؤونه ولايته إن كان العقد بلاحظة مصلحة البطون، وأّما وجه البطلان في الفرض الأخير فبطلان ملكية البطن المتقدّم بموجته على ما يقتضيه ترتيب الوقف. وقول

المحقق القمي بصحته ضعيف كما أوضحه السيد البزدي في العروة.

وعلى كل يقسم الحاصل بين المتقدّم والمتّأخر حسب مدة الاستحقاق. نعم إذا لم يأذن البطن اللاحق فله حكم آخر يفهم مما سبق.

قال: (يجوز لكل من المالك والعامل بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر عن حصته بمقدار معين من جنسه أو غير جنسه بعد التخمين بحسب المتعارف في الخارج. كما يجوز ذلك قبل ظهور الحاصل مع الضمية).

أقول: أمّا جوازه فلصحة الصلح. ولا يضرّ المجانسة حتى مع التفاوت لعدم كون الحاصل بعد من المكيل والموزون، كما لا يضرّ ترك التخمين في صحة الصلح. وما دل على النهي عن الغرر لم يثبت، ولو يثبت ليخصّ البيع.

وأّما اعتبار الضمية فلأنّه لا يثبت موضوع للصلح قبل ظهور الحاصل، فلا دليل على صحة الصلح المذكور. وسيدنا الأستاذ الحكيم قيد الصلح قبل الظهور بالعلم بوجوده في المستقبل، وقد أشكل بعضهم في صحة الصلح في هذا الفرض مطلقاً. فلاحظ وتأمل.

وفي العروة بعد ذلك: كما ان الظاهر جواز مصالحة أحدهما مع الآخر عن حضته في هذه القطعة من الأرض بحصة الآخر في الأخرى، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لأحدهما والأخرى للأخر، إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصة مشاعة من أول الأمر وفي أصل العقد.

أقول: فلا مانع من التقسيم بعده لعموم الصلح كما لا ينافيه تقسيم الحاصل بعد بلوغه.

قال: (لا يعتبر في عقد المزارعة على الأرض أن تكون قابلة للزرع من حين العقد وفي السنة الأولى، بل يصح العقد على أرض باترة وخربة لاتصلاح للزرع إلا بعد إصلاحها وتعميرها سنة أو أكثر).

لإطلاقات الصحة وعدم مقيد مانع عنها.

قال: (وعليه فيجوز للمتولى أن يزارع الأراضي الموقوفة وقفاً عاماً أو خاصاً التي أصبحت باترة إلى عشر سنين أو أقل أو أكثر حسب ما يراه صالحًا).

أقول وفي العروة بعد ذلك: على أن يعمرها ويزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه، ثم يكون الحاصل مشتركاً بالإشارة بحصة معينة.

لكن زرع الأرض البائرة سنتين مثلاً للزارع وإن كان صحيحاً إلا أنه ليس بمزارعة على الأظهر، أما كونه صحيحاً فلأنه نوع عقد ومعاملة راجحة بين العرف في الجملة فيشمله قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» ويدل عليه أيضاً صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام فيه: وسألته عن الرجل يعطي الأرض فيقول: أعمراها وهي تلك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله؟ قال: لا بأس به....^١

وفي صحيح الحلباني عن الصادق عليه السلام: إن القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فتعترها وتؤدي ما خرج عليها، فلا بأس به.^٢

١. الكافي، ج. ٥، ص ٢٩٨.

٢. الوسائل، ج. ١٩، ص. ٤٧.

وفي معتبرة أخرى للحلبي عنه عليه السلام قال: سأله عن الأرض يأخذها الرجل من صاحبها فيعمرها سنتين ويردها إلى صاحبها عامرة وله ما أكل منها. قال: لا بأس.^١

وأقى أنه ليس بمزارعة فلإطلاق ما دل على اعتبار كون العاصل مشاعاً وقد تقدم. إلى هنا تم شرح ما اختاره سيدنا الأستاذ الخوئي عليه السلام من مسائل المزارعة وفروعها حسب فهمي القاصر وتبعي الناقص بعد الظهر من اليوم الأول من رجب ١٤١٩ في بلدة قم المقدسة.

ولكن ينبغي أن نذكر بعض الفروع التي لم يتعرض لها سيدنا الأستاذ الماتن تتماماً للفائدة وإن كان الاستقصاء - إن كان ميسوراً - محتاجاً إلى جهد كبير، وراحة بال وتبغى كثيرة وهمة عالية ولسنا من أهلها.

الأول: إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب ولم يمكن الاسترداد منه ففيه

صور:

فمنها: أن يكون ذلك قبل تسليم الأرض ففي العروة: تخير العامل بين الفسخ وعدمه. ووافقه عليه كل من له تعليقة على نسختي من العروة.
ومنها: أن يكون بعد التسلیم وقبل الحرج ونشر البذر. ومقتضى إطلاق عبارة العروة ومن علق عليها - على ما في نسختي - عدم خيار العامل.
ومنها: أن يكون بعد التسلیم وبعد الحرج. وفي العروة: وإن كان بعده (أي بعد التسلیم) لم يكن له الفسخ وهل يضمن الغاصب تمام منفعة الأرض في تلك المدة للملك فقط أو يضمن له بمقدار حصته من النصف أو الثلث من منفعة الأرض ويضمن له أيضاً مقدار قيمة حصته من عمل العامل، حيث فوته عليه،^٢ ويضمن للعامل أيضاً

١. نفس المصدر، ص ٥٥. اطلاق هذه الروايات وغيرها يشمل المغارسة أيضاً، لكن لا يعني اشتراك المالك والفارس في الأشجار.

٢. أورد عليه بعد الدليل على هذا الضمان بهذا التقويت، فإن من حبس إنساناً فقد فوت عليه الارتفاع بداره وبدياته وبالآلات التي يستعملها، والحابس لا يضمن شيئاً من هذه المنافع التي فوتها عليه لا شرعاً ولا عرفاً.

مقدار حصته من منفعة الأرض^١ وجهان. ثم قال: ويحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين.

أقول: الأظهر انفساح العقد في الصورة الأولى والثانية لتعدّر الغاية من المعاملة بعد عدم إمكان استرداد الأرض من الفاصل فلا أثر للمعاملة ولا يراها العقلاء صحيحة. ولذا لا يسمع ما في المستمسك من أن مبني المزارعة على تسليم الأرض فهو شرط زائد على قوامها فإذا فات كان للمشروط له الخيار. إلخ.

ولعله لأجله لم يقبلوا الخيار بعد التسليم، وإن لم يذكروا كيفية جرمان عمله وبذره إذا كان هو المعطي للبذر، ولعل مرادهم – أي صاحب العروة وملقى كتابه – فرض عدم نشر البذر.

وأمّا في الصورة الثالثة فيمكن أن تقسمها إلى ما يعمل الفاصل في الأرض حتى إدراك الحاصل وحصاده. وإلى ما يتلف الحاصل بأحد أسباب التلف.

وي يمكن إلحاق الفرض الأخير بالصورتين المتقدمتين في بطalan المزارعة. نعم الفاصل فيها ضامن لمالك الأرض فقط. وفي الأخيرة ضامن لمالك منفعة الأرض وغيرها وللعامل بذرها وعمله بالنسبة.

وأمّا الفرض الأول فيمكن أن نحكم بعد إنفساخه ببقاء ملكية كل منهما على حصته بعد إدراك الحاصل من دون لزوم أداء شيء للفاصل، وعلى فرض تلف الحاصل بيد الفاصل يتعلق حقّهما بما يعادل حصتهما من المثل والقيمة، كما هو مفاد الاحتمال الأخير في كلام صاحب العروة في الجملة.

الثاني: خراج الأرض على صاحبها بلا إشكال ولا خلاف، وادعى عليه الإجماع، فاته موضوع عليه ولا تعلق له بالعامل وسائر شركاء المعاملة، ويلحق به ما تأخذه الحكومة اليوم من الأرضي وإن كانت مملوكة بالملكية الشخصية. وأوضح منه مال الإجارة إذا كانت الأرض مستأجرة، وكذا ما يصرف على الأرض. نعم، إن شرط

١. قيل: لم يقف إليها حصته من منفعة نفسه لأنّ منافع الحر لاتتضمن، لأنّها غير مملوكة له، مستمسك العروة، ج ١٣، ص ٨٧ ولنا في المقام بحث، والله أعلم.

كونها على العامل أو أحد الشركاء لزمه عملاً بعموم الشرط، حتى إذا كان الخراج أو ما تأخذه الحكومة اليوم من ملّاك الأرض ربّما يزيد وربّما ينقص فإنّ مثل هذه الجهة ممّا لا يعني بها العلاء، ولا دليل على قدرها شرعاً. بل يدل عليه صحيح داؤد عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم، وربّما زاد وربّما نقص فيدها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتى درهم في السنة، قال: لا بأس.^١

والحديث وإن لم يرد في المزارعة غير أنه يدل بمعونة الفهم العرفي على عدم القدر في الجهة المذكورة مطلقاً حتى في المزارعة، لاسيما إنها في الشرط دون العوضين، فإشكال المستمسك ضعيف وأضعف منه إشكال المسالك.
وأما المؤن المتعلقة بخدمات الزراعة كشق الأنهر وحفر الآبار وآلات السقي واصلاح النهر وتنقيتها ونصب الآلات والأبواب وغير ذلك مما يحتاج إليها في كل سنة أو في بعض السنوات ففيها قولان:

أحدهما: أن تعينها تابع للتعيين فلابد من تعين كونها على المالك أو العامل أو غيره إن قلنا بصحة المزارعة من أكثر من اثنين، إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف الإطلاق إليها. ذكره جمع.

ثانيهما: ما في المستمسك من أنها على العامل، والوجه فيه: أن العمل المملوك على الأجير والزرع المملوك على الزارع إذا كان مطلقاً كان مقتضى ملكيته وجوب الإتيان به على كل حال، فتجب جميع مقدّماته من دون فرق بين مقدمة وأخرى، والتخصيص ببعضها يتوقف على القرينة، ومع الإطلاق فقد القرينة يجب الجميع.^٢

أقول: ويمكن أن يستدل عليه بما مرّ من صحيح يعقوب بن شعيب عن

١. التهذيب، ج ٧، ص ٢٣٤ والوسائل، ج ١٩، ص ٥٧.

٢. ج ١٣، ص ١٢٢.

الصادق عليهما السلام ففيه: وسألته عن المزارعة؟ فقال عليهما السلام: النفقة منك والأرض لصاحبها^١ على نحو ذكرناه سابقاً وإن لم يرض به سيدنا الأستاذ الحكيم عليهما السلام تبعاً لجامع المقاصد^٢ ثم إنَّه^٣ استظهر من جملة من الكتب التي اقتصرت على الخراج ولم تتعرض للمؤونة، كونها على العامل^٤ ويمكن أن يورد عليه بأنَّ وجوب الزرع لا يستلزم تهيئة مقدماته كما لا يستلزم وجوب الكفن بذل الكفين.

وفي البحث قولان آخران: أحدهما أن المؤونة على صاحب الأرض فهمه سيدنا الأستاذ الحكيم من عبارة صاحب الشرائع حيث قال: خراج الأرض ومؤونتها على صاحبها إلا أن يشترط على الزارع.

وقال: ونحوه ما في القواعد وعن التذكرة والسرائر وجامع المقاصد.

أقول: قال العلامة في القواعد: وخرج الأرض ومؤونتها على المالك إلا أن يشترطه على العامل والحق أن مراد المحقق من عبارته في الشرائع غير معلوم ولذا فسر صاحب الجوهر كلمة (مؤونتها) بقوله: كأجرتها ونحوها.

وقال المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد: والخرج معلوم وهو طبق الأرض وأئمَّة المؤونة التي ذكرها فلم يبيّن مراده منها في هذا الكتاب ولا غيره، ولعله يريد ما يضرط إليه للأرض باعتبار زرعها، مما لا يجب على العامل كحفر الأنهاres وإصلاحها وتقوية الأرض من الأحجار المضرة بالزرع ونحو ذلك من الأعمال التي لا تكرر كل سنة، ومنه تسميد الأرض مع الحاجة.^٥

ولو رأى سيدنا الأستاذ الحكيم عليهما السلام هذه العبارة لم ينسب القول المذكور إلى جامع المقاصد فإنه لم يذكر شيئاً في المقام سوى ما يتعلّق بكلام ماتته. وكيف ما كان فهذا القول لم يثبت.

١. الوسائل، ج ١٩، ص ٤٥.

٢. ج ٢، ص ٣٣.

٣. مستمسك العروة، ج ١٣، ص ١٢١.

٤. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٣١.

ثانيها: تفصيل الشهيد الثاني في محكي مسالكه: والظاهر أن المراد من المؤونة ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلّق بنفس عمله وتنميته كإصلاح الهر والحانط ونصب الأبواب - إن احتج إلىها - وإقامة الدوّلاب (أو ما يؤدي أثره بحسن الوجه في هذه الأعصار) وما لا يتكرر كل سنة. والمراد بالعمل الذي على المزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاوئه متى يتكرر كل سنة، كالحرث والسوق وألاتها وتنقية الهر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك. وبالجملة فكلامهم في هذا الم محل قاصر جداً.^١

أقول: إن كان هذا مختاره، فهو مجرد ادعاء واستظهاره من عبارات الفقهاء أيضاً مجرد ظن منه عليه. فالعمدة القولان الأوّلان. والعمدة في القول الثاني صحيح يعقوب، والأحوط رفعاً للنزاعتعيين إن لم تجر العادة على وجه خاص.

الثالث: في صحيح يعقوب عن الصادق عليه في حديث: سأله عن الرجل يعطي الأرض ويقول أعمارها وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله. قال: لا بأس.^٢ وفي صحيح الحلبـي عنه عليه قال: سأله عن الأرض يأخذها الرجل من صاحبها في عمرها ستين ويردها إلى صاحبها عامرة، قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُهُودُ» ولا يضر جهالة الحاصل بصحبة المعاملة لا عند العرف ولا عند الشرع والرواية وأمثالها حجّة على مبالغة جمع من الفقهاء في أمر الغرر والجهالة.

وفي صحيح الحلبـي المروي في الكافي عن الصادق عليه: إن القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فتعمرها وتؤدي ما خرج عليها فلا بأس به.^٣

وفي صحيحه الآخر عنه عليه في التهذيب قال: لا بأس بقبالة الأرض من أهلها

١. مستمسك العروة، ج ١٣، ص ١٢١.

٢. الوسائل، ج ١٩، ص ٤٦.

٣. نفس المصدر، ص ٥٥ و ٥٦.

٤. نفس المصدر، ص ٤٧.

عشر سنين وأقل من ذلك وأكثر في عمرها ويؤذى ما خرج عليها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة لأنَّه لا يحل.^١

قيل: لا يدخل جزية العلوج في القبالة أو لا يدخل العلوج في القبالة بأن يستأجر الأرض مع العلوج لأنَّهم أحراز ينزلون حيث شاؤوا.

وفي صحيحه الثالث عنه عليه أنَّه قال في القبالة: إن يأتي الرجل الأرض الخربة فيتقبلها من أهلها عشرين سنة فإن (وإن) كانت عامرة فيها علوج فلا يحل له قبالتها، إلا أن يتقبل أرضها فيستأجرها من أهلها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة فإنَّه لا يحل؛ وعن الرجل يأتي الأرض الخربة الميتة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمره ويزرعها ماذا عليه. وقال لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض وأهلها من السلطان.^٢

أقول: في هذه الروايات مطالب ذكر بعضها بعون الله وفضله:

١. الرواية الأخيرة يؤيد ما قيل في تفسير النهي عن إدخال العلوج في القبالة من الوجه الآخر. ويحتمل سوق النهي إلى جعل العلوج طرفاً لمعاملة، فيحمل على الكراهة جمعاً بينه وبين نفي البأس في موثقه سماعة^٣ وقصة خبير.

وكأنَّ صاحب العروة نظر إلى هذا في المسألة السادسة من المسائل المتفرقة من كتاب المزارعة، حيث قال: يجوز مزارعة الكافر مزارعاً كان أو زارعاً.

٢. تقدم أنَّ الأرض الخربة تزول عنها ملكية مالكها ويجوز لكل أحد إحيائها، وظاهر بعض هذه الروايات بقائهما في ملكية مالكها، ويمكن حمله على فورية قيام مالكها على الإحياء ولو بالتنقيب وهذا القيام مانع عن زوال ملكيته ويحتمل الحمل على فرض عدم إمكان أخذ الأرض من مالكها في النظام القائم آنذاك وإن جاز شرعاً.

١. التهذيب، ج ٧، رقم ٨٧٩.

٢. نفس المصدر، ص ٢٤٠، رقم ٨٨٨.

٣. الوسائل، ج ١٩، ص ٤٧.

٣. يظهر من الرواية الثالثة أن المراد بالقبالة هو الإجارة لكن الظاهر أنه ليس كذلك دائمًا وكأنها أعمّ من الإجارة والمزارعة والمسافة، والظاهر من المنجد أن قبل (بكسر العين وفتحها) قبالة به بمعنى كفل به وضمنه. والقبالة، جمع قبل: الكفاله. والقبالة مصدر: اسم لما يلتزمه الإنسان من عمل ودين وغير ذلك، القبيل جمع قبل وقبلاً الضامن والكافل.

قال صاحب الجوهر: إن ما جاء في النصوص هنا من قبالة الأرض بشيء معلوم سنتين معلومة وعليه خراجها وعمارتها أو قباتها بخراجها وعمارتها، أو غير ذلك مما تضمنته أخبار المقام، هل هو عقد برأسه وإن أفاد فائدة المزارعة والإجارة والصلح في بعض الموارد، أو إن المراد من لفظ التقبيل هنا ما ينطبق على ذلك المورد من العقود المعهودة ولو الصلح؟ وجهان أو قولان أقواهما الثاني، لعدم افراد الأصحاب باباً للقبالة على وجه يعرف به كونها من العقود المتعارفة في ذلك الزمان ولم يتعرضا للأفاظ هذا العقد ولا لشرطه ولا لأحكامه ولا لموارده وذلك كله قرينة على أنهما فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرنا.

فالتعبير به حينئذ كالتعبير بالأخذ والتناول ونحوهما مما يعلم عدم إرادة كونه عقداً برأسه.

ودعوى عدم صلاحية جميع العقود لبعض مواردها، فيدل على أنها عقد برأسه وقد أوضحنا فسادها في مسألة الخرس من بيع التمار.^١

أقول: لم أجد عاجلاً استعمال لفظ القبالة ومشتقاته في غير الأرض في الأحاديث. فليس حاله حال لفظ الأخذ ونحوه.

وكلا الوجهين في كلام الجوهر محتمل، ويمكن أن لا يطابق بعض مصاديقها سائر المعاملات، وعدم افراد الأصحاب باباً لها لعله لقلة فائدتها والله العالم.

الرابع: إذا استحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاة المستحقة لها لو فرض بلوغه

١. الجوهر، ج ٢٧، ص ٤٩ ولاحظ ج ٢٤ منها أيضاً.

حد تعلقها؟ فيه قولان، ظاهر المحكى عن ابن الجنيد الأول وظاهر العلامة في المخالف الثاني وظاهر الجوهر التوقف فيه^١

وقال صاحب العروة: في الموارد التي للملك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة وقبل البلوغ؟ قد يقال: بعدم الجواز إلا أن يضمن حصتها للفقراء لأنه ضرر عليهم، والأقوى الجواز وحق الفقراء يتعلّق بذلك الموجود وإن لم يكن بالغاً^٢. وقد تبعه جمع ممن علق عليها. واستدل له بأن حق الفقراء لا يزيد على حق صاحب الزرع، فإذا قلعه بلا ضمان للمزارع جاز أيضاً بالنسبة إلى مستحق الزكاة.

١. ج ٢٧، ص ٤٩.
٢. ج ٢، ص ٧٣٢.

خاتمة الكتاب

فوائد و توضيحات

١. قولنا في ص ٧٢ س ١٢: والأحسن حمل الأمر بأداء الحق على الاستحباب... ويتحمل الاقتصر في لزوم أداء أجرة الأرض على مورد الرواية، وهو معرفة المحيي لمالك الأرض من أول الأمر وقبل الإحياء، والظاهر من حديث معاوية أن المحيي لا يعرف المالك الأول، وإنما يجيء ويعرفه المحيي بعد الإحياء.

لا بيع إلا في ملك

٢. اشرنا الى هذا البحث في ص ١٢٦ وغيرها وإليك توضيحاً مختصراً من مکاسب الشيخ الأنصاري رحمه الله: قال في عداد أدلة القائلين ببطلان العقد الفضولي ص ١٢٧: منها النبي المستفيض وهو قوله صلوات الله عليه لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك».

فإنَّ عدم حضوره كنایة عن عدم السلطة على تسليمه لعدم تملكه، فيكون مساوأً للنبي الآخر: «لا بيع إلا فيما يملك» بعد قوله صلوات الله عليه: «لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك». ولما ورد في توقيع العسكري رحمه الله إلى الصفار: «لابجوز بيع ما ليس يملك...» وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل في رجل اشتري من إمرأة من آل فلان... قل يمنعها أشد المنع فإنها باعث ما لم تملكه.

أقول: هذه الأحاديث - إن تمت سندًا - لا تدل على اعتبار الملك في المبيع، في مقابل كفاية حق الأولوية فيه كما لا يخفى على المتأمل، وسيأتي ما يتعلق بالمقام من كلام صاحب //الجوهر// ورده في العنوان التالي.

توضيح آخر حول التجحير

٣. ذكرنا بحث التجحير في ص ١٢٠ وما بعدها، ونقول هنا لمجرد التوضيح ان المحتمل في ما يتحقق به التجحير المقيد لحق الأولوية شيئاً: أحدهما: ما هو شروع في الإحياء، وهذا هو القدر المسلم في كونه مفيداً لحق الأولوية ببناء العقلاء بلا شبهة، وما في //الجوهر// (ج ٣٨، ص ٥٧) من جعل الإجماع دليلاً على الحق المذكور ضعيف بعد تحقق الإجماع التعبدى بعد بناء العقلاء عليه.

ثانيهما: ما هو علامة على أرادة الإحياء وإن لم يكن شروعاً فيه، وهذا لا دليل من الشرع والعرف على إفادته لحق الأولوية، ويلوح في //الجوهر// (ج ٣٨، ص ٥٨) أنه قول العامة، وبعض فقهائنا.

ثم إنّ صاحب //الجوهر// نفى الإشكال في عدم جواز بيعه لعدم الملك، بل ولا هبته وان قال في القواعد: لم يصح على إشكال. وفي جامع المقاصد جوز نقله بالهبة كالصلاح، وهو معاً كما ترى. ومن الغريب ما عن التذكرة من احتمال صحة البيع، لأنّ الأرض المفتوحة عنوة تباع لمجرد الأولوية تبعاً للآثار، ولأنّه حق يقابل بالمال فتجوز المعاوضة عليه. إذ هو كما ترى... (ج ٣٨، ص ٥٩).

لا وجه لإنكار صاحب //الجوهر// وجزمه ببطلان البيع ولا مانع من صحة بيع ما يتعلق به حق الأولوية.

٤. ذكرنا في ص ١٢٧ و ١٢٨ كلام صاحب //الجوهر// حول بطلان الوقف، وإليك كلام الشيخ الانصاري رحمه الله قوله: ثم إنّك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض (أي صاحب //الجوهر//) أنّ جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف وعرفت وجهه

النظر فيه^١ ثم وجّه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعي في الابتداء والاستدامة، وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. وفيه ما عرفت سابقاً من أنّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجّه له في الوقف المؤبد، مع أنه لا دليل عليه، مضافاً إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإنّ الشرط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل فإنه قد يخرج المبيع عن المالية ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري، مع أنّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما تقدم.

ثم ذكر أنه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً... ثم ذكر أنّ في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد بطلانه، أو الموقوف عليه وجهين:

أقول: يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلعوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغيير العنوان كما لا يخفى أنه لا وجّه للبطلان بانعدام العنوان، لأنّ إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله وقت هذا البستان، فلا شكّ أنه ليس إلا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته، فإنّ التملك المتعلق بعنوان لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد ملك منه كل جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلقة بالعناوين وإن أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف ولا بدّ من بيان المراد منه... ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجّه بعد إبطاق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً، انتهى كلام الشيخ الانصاري رحمة الله عليه وعلى صاحب الجوهر.^٢

١. قال جوازه عند الشيخ^٣ من أحكام الوقف فلاتنافي حقيقته وإنما يخرجه عن لزومه إلى الجواز فقط كما يأتي في أثناء كلامه.

٢. كتاب البيع من المكاسب، ص ١٧٠ طبع تبرير بمطبعة الاطلاقات.

أقول: تفصيل المقام يحتاج إلى بحث طويل فعلى الطالب مراجعة كتاب مكاسب الشیخ رحمه الله وتعليقه الكثيرة.

٥. ذكرنا في ص ١٠٠ بحث الإعراض وأنه هل يوجب زوال ملكية المعرض أم الموجب له تصرف الغير؟ واعلم أن الفاضل المامقاني رحمه الله تعرض للمسألة بالتفصيل والتحقيق في تعليقه على مكاسب الشیخ غایة الآمال من ص ٤٣٩ وما بعدها.

٦. أشرنا في ص ١٤٥ وما بعدها إلى قاعدة العدل والإنصاف التي ذكرها بعض العلماء.

والإليك ما قاله سيدنا الأستاذ الحکیم في مستمسكه (ج ١٤، ص ٢٤٩ - ٢٥١): إن قاعدة العدل والإنصاف لا دليل ظاهر عليها إلا ما يترآى من كلام غير واحد من حكم العقل بذلك لعدم المرجح، وقد يشير إليه التعبير عنها بقاعدة اللطف والإنصاف. أو من جهة النصوص الواردة في الموارد المتعددة المتضمنة للتنصيف.

وال الأول غير ظاهر فإن عدم المرجح كما يقتضي جواز التنصيف، يقتضي التخيير، نظير ما ذكروه في مسألة الدوران بين الوجوب والحرمة، من أن التخيير استمراري، وان حكم العقل بالتجزئ ابتداء بعينه يقتضي التخيير.

ثانياً، وأنه لا فرق في نظر العقل بين احتمال الموافقة المقررون باحتمال المخالفة وبين القطع بالمخالفة المقررون بالقطع بالموافقة. ففي المقام تخصيص أحد الشخصين بتمام المال يوجب الموافقة الاحتمالية المقرونة بالمخالفة الاحتمالية والتوزيع يوجب المخالفة القطعية المقرونة بالمخالفة القطعية ولا فرق بينهما في نظر العقل.

والثاني أيضاً غير ظاهر، لأن ما ورد في الموارد الخاصة المذكورة في كتاب الصلح وفي كتاب القضاء وغيرهما لا يمكن التعدي من مورده إلى غيره، وليس فيه إشارة إلى قاعدة كلية، مع ثبوت خلافها في بعض مواردتها وفي موارد أخرى كما يظهر ذلك من مواردتها وباب إرث الغرقى والمعدوم عليهم، فالبناء عليها غير ظاهر

ولاحظ ذلك يتعين الرجوع إلى القرعة (ومورد كلام الأستاذ مؤلف المستمسك المهر) كما احتمله في القواعد وجعله في جامع المقاصد وكشف اللثام أقوى، وفي الجوهر لعله الأقوى

أقول: عرفت دلالة الآيات الكريمة على عموم قاعدة العدل لاحظ الآيات الدالة عليه النازلة بلفظ القسط (النساء، ١٢٧ و١٣٥) والأئم، ١٥٢ والمائدة، ٤٢ ويونس، ٤ والحديث، ٢٥.

وأما الأحاديث المشار إليها في كلامه رحمه الله فالإشكال في الوسائل:

كتاب الصلح الباب ٩، ح ١، باب ١٢، ح ١.

كتاب القضاء الباب ١٢ من أبواب كيفية القضاء، ح ٢ - ٤.

كتاب الميراث الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، ح ٣ و ٤.

كتاب الوصية الباب ٢٥ من أبواب الوصايا، ح ١. وينبغي لك أن ترجع حول قاعدة العدل والإنصاف إلى ما ذكره السيد الصدر رحمه الله على ما قرره بعض تلاميذه في جواهر الأصول، ص ٢٦٣، والله ولي التوفيق.

٧. ذكرنا في ص ٢٥٣ كفاية كل لفظ ظاهر في تحقق عقد المزارعة وقال الشيخ الأنباري رحمه الله في مکاسبه: وقد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة، وعن مجتمع البیان - كما في غيره - أنه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضياً. وعن المشهور جوازها بلفظ أزرع.^١

٨. ذكرنا في ص ٢٦٢ كلاماً حول النهي عن الغرر، وإن شئت تفصيلاً حول معنى الغرر وبعض أحکامه، لاحظ كلام الشيخ الأنباري رحمه الله في مسألة الثالث من شروط العوضن القدرة على التسليم، في مکاسبه ص ١٨٥.

٩. ذكرنا في ص ٣٢١ قاعدة الغرر ورجوع المغفور على ما أغراه، وقد ذكر الشيخ

١. مکاسب الشيخ، ص ٩٤، طباعة مطبعة الاطلاعات.

الأنصاري رحمه الله في بحث الفضولي من مكاسبه في مسألة إن المشتري إذا اغترم للملك غير الشمن بعض ما يتعلق بالغرور (ص ١٤٦ و ١٤٧).

فالمناسب نقل بعض جملاته توضيحاً للمقام: فالمعروف عن مذهب الأصحاب كما في (ض) وعن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها - أي بالغرة التي لم يحصل في مقابلها نفع كالنفقة وما صرف في العمارة ... - على البائع، بل في كلام بعض... دعوى الإجماع على الرجوع... وفي التحرير أنه يرجع قوله واحداً وفي كلام المحقق والشهيد الثاني في كتاب الضمان نفي الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك. وبالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للغرور، فإن البائع مغرر للمشتري وموقع إيهامه في خطرات الضمان ومختلف عليه ما يغره، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع عن شهادته.

وأما الثاني وهو ما غرفه في مقابل النفع الواسع إليه من المنافع والنمو، ففي الرجوع بها خلاف أقواها الرجوع وافقاً للمحكى عن المبسوط والمحقق والعالمة في التجارة والشهداء والمحقق الثاني وغيرهم وعن التقنيح أن عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً في من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله.

وتؤيده قاعدة نفي الضرر فإن تغريم من يقوم على إتلاف شيء من دون عوض مغورراً من آخر بان له ذلك مجاناً من دون الحكم برجوعه إلى من غره، في ذلك ضرر عظيم، ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر، وكيف كان فصدق الضرر وإضرار الغار به مما لا يخفى خصوصاً في بعض الموارد فما في الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام لوصول العوض إلى المشتري، لا يخلو عن شيء مضافاً إلى ما قيل عليه (عن صاحب الجواهر) في قاعدة الغرور بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر لكنه لا يخلو عن نظر، لأنّه إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة والإجماع بصورة الغرر. وإلى قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغدور

إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما في المكره... أو كان الغار سبب في تفريم المغورو... فإن الإنفاق أن مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الإتلاف وإن كان غير منقح إلا أن المتدين منه ما كان إتلاف المغورو لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف فيكون غير قاصل إتلاف مال الغير فيشبه المكره في عدم القصد....

١٠. قلنا في صفحة ص ٢٩١: والمنافع أموال: قال الشيخ في مكاسبه، ص ١٠٤: بناء على صدق المال على المنفعة ولذا يجعل ثمناً في البيع وصادقاً في النكاح، خلافاً للوسيلة فنفي الضمان محتاجاً بأن الخراج بالضمان، كما في النبوى المرسل وتفسيره أنَّ من ضمِن شيئاً وتقبَّله لنفسه فخراجه له... والحاصل أنَّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه إلى أنَّ الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامـة، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة... .

أقول: المرسل ضعيف سندًا ودلالة فلا يترک لأجله قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه كما ذكره الشيخ الأنصاري رحمه الله وأوضح فساده، والظاهر أنَّ المشهور على ضمان المنافع المستوفاة في البيع الفاسد كما في المكاسب أيضًا.

١١. قولنا في ٢٩٣ سطر ٢: وهذا هو الأظهر. قال الشيخ رحمه الله في المكاسب: وأما المنفعة الفائنة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان... ولعله لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده، ولذا يجري على المنفعة حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر... لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة... فلا إشكال في عدم شمول صلة الموصول (أي في قوله رحمه الله: على اليد ما أخذت...) للمنافع... ودعوى أنه (أي الأخذ في الحديث) كنایة عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة... فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيصال أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم. مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن

بصحيحه لا يضمن بفاسده. ومن المعلوم أنَّ صحيح البيع لا يوجب ضمانه للمشتري للمنفعة لأنَّها لا مجاناً ولا يتقطط الثمن عليها وضمانها مع الاستيفاء، لأجل الإتلاف، فلابنافي القاعدة المذكورة لأنَّها بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف... مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة الساكتة من ضمان غيرها في مقام البيان وكذا صحيحة محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، الساكت عن المنافع الفائنة... إنَّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة.

الأول: الضمان وكأنَّه للأكثر.

الثاني: عدم الضمان كما عن الإياضاح.

الثالث: الضمان إلا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع.

الرابع: التوقف في هذه الصورة كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد من عبارة //القواعد//.

الخامس: التوقف مطلقاً كما عن الدروس والتقييع والمسالك ومحتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين وقد عرفت أنَّ التوقف أقرب إلى الإنفاق، إلا أنَّ المحكى من //الذكر// أنَّ منافع الأموال من العبد والثياب والعقارات وغيرها مضمونة بالتفويت والفوائد تحت اليد العادية... عند علمائنا أجمع. ولا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصاً مع علمه، سيما مع جهل البائع به، وأظهر منه ما في //السرائر// في آخر باب الإجارة من الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائنة مع قوله في باب البيع: إنَّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه. انتهى.

وعلى هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة وإن كان المترائي من ظاهر صحيحة أبي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتتجاوز به إلى غير محل الرخصة، إلا إنَّا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها. انتهى ما أردنا نقله من كلام الشيخ رحمه الله.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصَلَى اللهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَأَبْنَائِهِ مِنَ الْمُجَاهِدِيْنَ . وقد شرعنا في تأليف كتاب المزارعة في ١٣٧٧/٤/٧ هـ وانتهينا منه ومن التبييض مع السفر في أثنائه إلى المشهد الرضوي ومع الاشتغال بالأمور السياسية وغيرها في عصر الخميس ١٣٧٧/٨/٧ هـ الموافق لـ ٨ رجب المرجب ١٤١٩ في بلدة قم.