

مؤسَّسَةٌ

آية الله العظمى الشيخ

محمد آصف الحسيني

دار الفقهية

الآثار الفقهية

الأرض في الفقه



محسنی، محمدآصف، ۱۳۹۸-۱۳۹۴.

موسوعة آية الله العظمى الشيخ محمد آصف المحسنی: الآثار الفقهية / النظارة و الإشراف مؤسسة الحفظ و التنظيم و النشر لآثار آية الله العظمى محمد آصف المحسنی ؒ. - قم: مؤسسة بوستان كتاب (مركز الطباعة و النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي)، ۱۴۴۱ق. = ۱۳۹۹ش .

۱۲ج. - (مؤسسة بوستان كتاب: ۲۸۷۷) (فقه و حقوق. فقه)

(ج. ۹) 8 - 2167 - 09 - ISBN 978- 964 - 09 - 2158 - 6 (دوره) - ISBN 978- 964 - 09 - 2167 - 8

فهرست نویسی براساس اطلاعات فیبا.

کتابنامه.

مندرجات: ج. ۹. الأرض في الفقه

۱. فقه جعفری - رساله عملیه. ۲. فقه جعفری - قرن ۱۴. ۳. فتاویٰ شیعہ - قرن ۱۴. الف. دفتر

تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، مؤسسه بوستان کتاب. ب. عنوان.

۲۹۷ / ۳۴۲۲

BP ۱۸۳ / ۹

شماره کتابشناسی ملی: ۱۷-۶۲۲۵۰

۱۳۹۹

■ موضوع: فقه (فقه و حقوق)

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

شماره انتشار اولیه (چاپ اول): ۲۸۷۷

مبطل انتشار (چاپ اول و بازچاپ): ۷۴۴۲

بوستان کتاب

موسوعة
آية الله العظمى الشيخ محمد آصف المحسنى

الآثار الفقهية

٩. الأرض في الفقه

بوسه
١٣٩٩



موسوعة آية الله العظمى الشيخ محمد آصف المحسنى / ج ٩

الأثار الفقهية: ٩. الأرض في الفقه

• النظارة و الإشراف: مؤسسة الحفظ و التنظيم و النشر لأثار آية الله العظمى محمد آصف المحسنى

• ناشر: مؤسسة بوستان كتاب

• المطبعة: مطبعة مؤسسة بوستان كتاب

• الطبعة: الأولى / ١٤٤١ هـ، ١٣٩٩ ش • الكمية: ٥٠٠ • السعر الدورة: ٨٠٠,٠٠٠ تومان

جميع الحقوق © محفوظة

printed in the Islamic Republic of Iran

مع جزيل الشكر والتقدير لجميع الزملاء الذين ساهموا في انتاج هذا العمل:

• أعضاء لجنة دراسة الإصدارات: أمين لجنة الكتاب: أبو الفضل طريقدار • المنفذ: طاهره أحسنى • تصحيح التنقيذ: الهسادات طباطبائي و حسين محمدي

• ترتيب الصفحات: أحمد مؤتمنى • التطبيق: جواد عروجي

• الضبط الفني لترتيب الصفحات: سيدرضا موسوي منش • تغيير التصميم والفرافايل: مسعود نجابتي • تصميم الغلاف: محمود هدايي

• مديرية الإعداد: حميدرضا تيموري • مديرية المطبعة: مجيد مهدي و وثيقه الزملاء في قسم الليتوغرافيا، والطباعة والتغليف • مديرا الإنتاج: عبدالهادي أشرفي.

رئيس المؤسسة
محمداقر انصاري

الفهرس

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

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

١١٧	قاعدة العدل
١١٨	ما معنى العدل؟
١٢١	فروع
١٢٢	المشتركات بين الناس
١٢٥	بحث تطبيقي
١٢٨	بقيت فروع خمسة
١٣٠	وللطريق فروع أخرى لابد من بيان أحكامها
١٣٤	السكة المرفوعة
١٣٩	تتمة
١٤٠	المساجد
١٤٢	بقيت في المقام مطالب 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 روايات معتبرة
١٦٨	عود و تدقيق
١٧٤	هنا فروع
١٧٧	مسائل

١٨٤	الكلام حول بقية المشتركات
١٨٩	فوائد إلحاقية
١٨٩	فايدة أول
١٨٩	فايدة دوم: مناطق پنجگانه دریایی
١٩٠	آب های داخلی
١٩٠	آب های سرزمینی
١٩٠	مبدأ احتساب دریای سرزمینی
١٩١	عرض دریای سرزمینی
١٩١	منطقه نظارت یا مجاور
١٩١	منطقه انحصاری اقتصادی
١٩٢	توضیح
١٩٢	الفائدة الثالثة، حول الحكم والملک والحق
١٩٨	تتمة
١٩٩	المزراعة
٢٠١	شروط الزراعة
٢٠٢	فائدة
٢٠٣	لا يعتبر الملكية في صحّة الزراعة
٢٠٧	استدراك تحقيقي 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	تتمة حول إقامتهما البيّنة

٢٧٩ خاتمة الكتاب

٢٧٩ فوائد و توضيحات

٢٧٩ لا بيع إلا في ملك

٢٨٠ توضيح آخر حول التحجير

تمهيد

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهُ أحمد استتماماً لنعمته، والحمد فضله. وإياه أشكر استسلاماً لعزّته والشكر طوله، حمداً وشكراً كما هو أهله. والصلاة والسلام على رسوله الأمين وأهله الطاهرين لاسيما باقر العلم محمد بن علي الذي توفّى في مثل هذا اليوم.

وبعد

فقد تعرّضت لبعض أقسام الأراضي وأحكامها حينما كنت أُلقي دروساً من مباحث الجهاد على تلامذتي في الحوزة العلمية بقم^١ ثم سنح لي أن أوّلف كتاباً أوسع فيه ذكر أقسام الأراضي وأحكامها وأن أذكر بحث الإحياء والتجوير والحرائم والمشاركات وكل ما ذكره في باب إحياء الموات، وهو اسم أحد الكتب الفقهية الراجحة في علم الفقه ثم ألحق به كتاب المزارعة لمناسبة قوية لها بالأرض، لعل الله تبارك وتعالى أن يتقبّله منّي بفضله وكرمه، وأن ينفع به المؤمنين.

فشرعت فيه بإذن الله وتوفيقه، وما كنّا لنهتدي إليه لولا أن هدانا الله.

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

١. ولا تزال هذه الدروس (الجهاد والرجال) جارية لحد الآن بحمد الله ومنه.

عليه خواص المؤلفين، ليكون المؤلف القاصر مسؤولاً أمام الله يوم القيامة عن كتابه، بل ألفتة 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 ولك.

قم المشرفة

ق. ١٤١٨/١٢/٧ هـ.

ش. ١٣٧٧/١/١٦ هـ.

مقدمة الكتاب

وفيه فصول

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

١. صحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في ذيل حديث: وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقُّ بها، وهي لهم.^٢

٢. صحيحة الثاني - بناءً على ما هو المشهور من صحّة طريق الشيخ إلى الحسين بن سعيد - عن أبي جعفر عليه السلام قال: أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقُّ بها.^٣

٣. صحيحة الثالث - بناءً على أنّ محمد بن حمران الواقع في السند، هو النهدي دون ابن أعين كما جزم به (أي بالأخير) بعض المعلقين على التهذيب - قال سمعت

١. ولمزيد من اطلاع أهل التحقيق نقول إنّ 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، الطبعة الأخيرة).

٢. الوسائل، ج ١٥، ص ١٥٦: التهذيب، ج ٧، ص ١٧٥ والفقيه، ج ٣، ص ٢٤٠ برقم ٣٨٧٩.

٣. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٢.

واعلم أنّ نسخة الوسائل الموجودة عندي هي ما طبعت حديثاً في الثلاثين جزءاً.

أباجعفر 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 وحمران
 وعبدالرحمن بن أبي عبدالله عن الباقر والصادق عليهما السلام قالا: قال رسول الله ﷺ: من
 أحيى أرضاً مواتاً فهي له.^٢

٥. صحيح زرارة عن الباقر عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: من أحيى مواتاً فهو له.^٣
 ٦. صحيح عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل أحيى
 أرضاً مواتاً فكرى^٤ فيها نهراً وبنى بيوتاً وغرس نخلاً وشجراً؟ فقال: هي له، وله أجر
 بيوتها وعليه فيها العشر فيما سقت السماء...^٥

٧. صحيح معاوية بن وهب، قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول: أيما رجل أتى خربة
 بائرة فاستخرجها و (أو) كرى أنهارها وعمرها، فإن عليه فيها الصدقة، فإن كانت
 أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله
 ولمن عمرها.^٦
 أقول: وفي نسختي من /التهذيب: فإن كانت أرضاً... وفيها اختلافات طفيفة
 أخرى.

٨. صحيح أبي بصير الآتي برقم (١٨): إذا عملوها وأحيوها، فهي لهم (أي لأهل
 الذمة).^٧

٩. صحيح سليمان بن خالد - بناءً على أن النضر الواقع في سنده هو ابن سويد
 كما هو غير بعيد - قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة

١. نفس المصدر.

٢. نفس المصدر.

٣. نفس المصدر.

٤. أي حفر.

٥. الوسائل، ج ٢٥، ص ١٢٤.

٦. نفس المصدر، ص ١٤٤.

٧. نفس المصدر، ص ١٦٤.

فيستخرجها^١ ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: الصدقة.

قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقّه.^٢

ورواه الحلبي في صحيحة بأدنى تفاوت كما في التهذيب.^٣

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

١٠. صحيح محمد الحلبي - بناء على صحّة طريق الشيخ إلى الحسين بن سعيد - سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد. فقلت: الشراء من الدهاقين؟ قال: لا يصلح، إلا أن تشتري منهم على أن تصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها. قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يرد عليه رأس ماله، وله ما أكل من غلتها بما عمل.^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 زمن عمر بن الخطاب، وهي سواد العراق. سمّيت هذه الأرض سواداً، لأن الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف أشجارها، سمّوها السواد.

١. أي يصلحها للزراعة.

٢. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٥.

٣. نفس المصدر، ص ٤١٥ والتهذيب، ج ٧، ص ٢٠٢ وفيه: (فليرد إليه حقّه) فالمتن ثابت بسندين صحيحين والعجب من الشهيد الثاني بما له من الخبرة في الاسناد، حيث حكم في شرح اللمعة (ج ٧، ص ١٤٠) بأن حديث سليمان بن خالد ضعيف مقطوع السند، ولانعلم لهذا الاشتباه وجهاً وإن صار سبباً لاشتباه صاحب الجواهر أيضاً حيث قال: وبخبر سليمان بن خالد المنجبر بما سمعت (ج ٣٨، ص ٢٣) وكلا القولين ضعيف. والأمر باداء الحق أو يحمل على التدب لأجل صحيح معاوية بن وهب المتقدم برقم (٧).

٤. التهذيب، ج ٧، ص ١٤٧ والوسائل، ج ١٧، ص ٣٢٩ وتؤكد مضمونه جملة من الروايات المذكورة في الباب (٢١) من أبواب عقد البيع وشروطه في الجزء (١٧) من الوسائل.

وفي مجمع البحرين: سواد الكوفة نخيلها وأشجارها، ومثله سواد العراق يسمى بذلك لخضرة أشجاره وزرعه. وحُدَّ طولاً من حديثة الموصل إلى عبادان، وعرضاً من العذيب إلى حلوان وهو الذي فتح على عهد عمر، وهو أطول من العراق بخمسة وثلاثين فرسخاً. كذا نقلًا من المغرب. وسواد خيبر وبياضها، أرضها ونخلها، وقال أيضاً: 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 محكومة بالفتوحة عنوة، فلا يعتبر اذنه في ذلك. ومرسلة الوراق الدالة على اعتبار اذنه عليه السلام،^١ محمولة على الغنمية المنقولة أو ظاهرة فيها، على أنها لارسالها غير قابلة للاستدلال بها. كما أن صحيح معاوية بن وهب أيضاً قاصر عن إثبات اذنه عليه السلام من جهة احتمال اختصاصه بالمنقولة ومن جهة إهمال حكم المقاتلة بدون اذنه عليه السلام فيه، فلاحظه^٢ فالأظهر الاعتماد على هذه الرواية في عدم اعتبار اذنه عليه السلام في استحقاق الغانمين وفي دخول الأرض في الفتوحة عنوة.

ثانيها: إنَّ الأرض المفتوحة عنوة لجميع المسلمين والأمة الإسلامية إلى يوم القيامة، وقد ادَّعى عليه الإجماع.

ثالثها: عدم صحّة اشترائها، ويلحق به بطلان كل معاملة ناقلة لها حسب القاعدة الأوليّة في المال المشترك، لاسيما بمثل هذا الاشتراك. نعم يصحّ اشتراء حق أولوية الستولي عليها - كما يأتي - بأن يؤدي خراجها إلى الحاكم ليصرفها على مصالح المسلمين، وعليها يحمل صحّة البيع في سائر الروايات، وحيث أنّ 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، ولا بد من الاختصار على التصرفات المستفادة من النصوص أو السيرة والله العالم.

١١. صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر - بناءً 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 عثر منها، وما لم يعثر منها أخذه الوالي فقبله ممن يعثره، وكان للمسلمين، وليس فيما كان أقل من خمسة أسواق شيء وما أخذ بالسيف فذلك إلى الإمام يقبله بالذي يرى كما صنع رسول الله ﷺ بخيبر، قبل أرضها ونخلها، والناس يقولون لا تصلح قبالة الأرض والنخل إذا كان البياض أكثر من السواد وقد قبل رسول الله ﷺ خيبر وعليهم في حصصهم العشر ونصف العشر.^١

وفي رواية أخرى عنه عليه السلام التي لم نقلها لضعفها سنداً بعلي بن أحمد بن اشيم قال هو وصفون: ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها أهل بيته. فقال من أسلم. وفيها: وعلى المتقبلين سوى قبالة الأرض العشر ونصف العشر في حصصهم.

أقول: سأل الراوي 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 يعثرها ويتركها معطلة - لعذر أو لغير عذر، تملكها بالأحياء أو بالعقد أو بالميراث أو بغيره - فيقبلها الوالي ممن يعمرها،

١. الوسائل، ج ١٥، ص ١٥٨.

٢. يمكن أن يريد السائل بالخراج أرض الجزية. يقول صاحب الجواهر في مبحث من كتابه: ضرورة كون أرض الجزية من الخراج فإنها أيضاً تسمى بأرض الخراج وإن كانت ملكاً لأربابها (ج ٢٢ ص ٣٥٠). وقال أيضاً: يمكن إرادة أرض الجزية من الخراج أو غير ذلك من مطلق النفل ولو بالصلح من الشراء فيه (ص ٣٥١).

وتتقطع صلتها منه وتدخل في ملكية المسلمين فتلحق بالفتوحة عنوة، وفيه احتمالان آخران:

الأول: أنَّ أجرة هذه الأرض تصرف في مصالح المسلمين ومعونة فقرائهم.
والثاني: أنَّها لمن يعمّرها من المسلمين بناء على أنَّ التقبيل بمعنى البيع وشبهه.^١
وعلى كلّ الحكم - أي أخذ الأرض من الذي لا يعمّرها وتقبيلها للمعمر - لا يختص بمورده (الكافر الذي أسلم) بل يجري في مطلق مالك الأرض، إذ لا يحتمل حسب فهم العرف مسبوقية إسلامه بالكفر في مثل هذا الحكم.
وأما ذيل الرواية فيبين أحكاماً للمفتوحة عنوة:
فمنها: تفويض أمرها وتديرها إلى الإمام عليه السلام، فيقبلها حسب حالات المكان والزمان.

ومنها: أنَّ موات الأرض المفتوحة عنوة كعامرتها فهي ملك للمسلمين إذا أريد بالبياض، الموات، ويحتمل إرادة ما هو مهيأة للارتفاع بالزرع فلا يكون البياض مواتاً على قول جمع كما يأتي.
ومنها: تعلق الزكاة على المتقبلين، وليس الحديث ظاهراً في نفي الأجرة والطسق، وأنما لم يصرح بها واكتفى بملزومها وهو التقبيل.

نعم المتقبلون في خير، هم اليهود ويبعد تكليفهم بالزكاة وإن كان الكفار عندنا مكلفين بالفروع خلافاً لصاحب الحقائق وسيدنا الاستاذ الخوئي^٢ وغيرهما فإنهم لا يكفرون. ويمكن إرادة المسلمين من المتقبلين بعد طرد اليهود فلاحظ أو أن هذه الجملة الأخيرة (وعليهم في حصصهم) 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 إتياء مزارعة أو مساقاة وذلك في أرض الموات وأرض الصلح. أقول: ولا بأس بشمولها للإجارة أيضاً.

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

ومنها: صحّة قبالة الأرض وإن كان بياضها أكثر من سوادها خلافاً لتوهم الجهال.

١٢. صحيح ابن الحجاج - بناءً على أنّ محمد بن أبي حمزة هو ابن الثمالي، كما هو غير بعيد - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما اختلف فيه ابن أبي ليلى وابن شبرمة في السواد وأرضه. فقلت ان ابن أبي ليلى قال: أنّهم أسلموا أحرار وما في أيديهم من أرضهم لهم، وأمّا ابن شبرمة فزعم أنّهم عبيد وأنّ أرضهم التي بأيديهم ليست لهم؟ فقال في الأرض ما قال ابن شبرمة. وقال في الرجال ما قال ابن أبي ليلى، أنّهم إذا أسلموا فهم أحرار، ومع هذا كلام لم أحفظه^١.

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

لكن متن الرواية - رغم صحّة سندها - غير قابل للاعتماد لاحتمال أن ما سقط منها بنسيان الراوي كما صرح به، قرائن مخالفة لظاهره.

١٣. صحيح حريز عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام وعن الساباطي وعن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام أنّهم سألوها عن شراء أرض الدهاقين^٢ من أرض الجزية؟ فقال: إنّها إذا كان ذلك، انتزعت منك أو تؤدّي عنها ما عليها من الخراج، قال عمّار: ثم أقبل عليّ فقال: اشتراها فإنّ لك من الحق ما هو أكثر من ذلك.^٣

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

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٦.

٢. في مجمع البحرين: الدهقان بتلث الأول والضم أشهر الثلاثة: 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 أحقّ من غيرهم بالاستفادة منها. أو ان غيرهم غير مستحقين للانتفاع ولو باداء الخراج لكنّه احتمال ضعيف^١.

١٤. صحيح محمد بن مسلم قال: سألته عن شراء أرضهم؟ فقال: لا بأس أن تشتريها فتكون إذا كان ذلك، بمنزلتهم تؤدّي فيها كما يؤدّون فيها^٢.

١٥. صحيحة الثاني عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن شراء أرض أهل الذمّة؟ فقال: لا بأس بها، فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدّي عنها كما يؤدّون^٣.

أقول: الظاهر وحدة الروايتين وأنما نقلت بسندين. ثم الظاهر ورودهما في المفتوحة عنوة.

وأما حمل الأرض على أراضيهم المملوكة لأهل الذمّة المتعلقة للجزية حسب عقد الذمّة فهو بعيد أو باطل، فإنّ المسلم وإن اشترى من الذمي أرضاً لا يؤخذ منه الجزية وهي على البائع الذمي دون المشتري المسلم فلاحظ.

١٦. صحيح محمد بن مسلم المروي عن الكافي عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن سيرة الإمام في الأرض التي فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قد سار في أهل العراق سيرة فهم (فهي - ظ) إمام لسائر الأرضين، وقال: إنّ أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية، وإنّما الجزية عطاء المهاجرين، والصدقة لأهلها الذين سمّى الله في كتابه، فليس لهم من الجزية شيء، ثم قال عليه السلام: ما أوسع العدل ثم قال: إنّ الناس يستغنون إذا عدل بينهم وتنزل السماء رزقها وتنزل الأرض بركاتها^٤.

ورواه الشيخ عن الكليني: ويقول محشي الوسائل: ولم نعر عليه في الكافي والتهذيب.

١. وللمجلسي توجيه آخر في مرآة العقول لكنّه 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 (إن أرض الجزية...) ابن أبي يعفور الصادق عليه السلام كما في الكافي وسنده ضعيف.

وفي تقرير دروس سيدنا الأستاذ الخوئي: ^١ ظاهره (أي صدر الحديث) إن الأراضي المفتوحة بعد رسول الله ﷺ حكمها حكم أرض العراق وإنها ملك للمسلمين. وقريب منه ما في كتاب الأراضي.

والحق إن 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 ونقصاً، وهو بلاء عام في كثير من الروايات. وعلى كل لم أفر على كيفية سيرة الإمام بسند معتبر في أهل العراق.

١٧. موقوت إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى (أكثرى) - جهاد/الوسائل/التهذيب، ج ٧، ص ١٧٧ المطبوعة من قبل مكتبة الصدوق - أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون، وأنما 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 اشترى أرضاً من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن، غير أن اناساً 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 أكثرى أنسب بالقبالة، ويدل الحديث (أولاً) على عدم جواز فسخ المعاملة مع أهل الذمة من دون مجوز، ولا ينفذ تصرف الجائر فيه أيضاً (ثانياً) على صحة الفسخ إذا عجز المتقبل عن تعمير الأرض وتجديده وإدامته وعن دفع الخراج،

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

٢. الوسائل، ج ١٧، ص ٣٧٠ و ٣٧١.

ينفذ تصرف الجائر فيه، لكنّه لا لولايته العامّة، بل لمجرد تسهيل الأمر على المسلمين أو على الناس أو على خصوص الشيعة. والجائر لا ولاية له على شيء وتصرفاته في الأمور باطلة محرّمة.

وأما قوله عليه السلام: إلّا أن يضارّوا فيشكل فهمه ولا يبعد حمله على جهة أخلاقية مندوبة، فلاحظ. كما أنّ المشاركة لا دخل لها باستحقاق المتقبل لأصل الأجرة من النازلين مسلمين أو كافرين ولعلّه أنّما قيدها لنفي الغرر. ثم أنّ هذا الحديث ليس له ظهور قوي في المفتوحة عنوة بل يحتمل وروده في أرض أهل الذمّة المضروبة عليها الخراج والله أعلم.

تنقمة

قال الشيخ الأنصاري في آخر مكاسبه *المحرّمة*: ثم أعلم أنّ ظاهر الأخبار تملّك المسلمين لجميع أرض العراق المسمّى بأرض السواد من غير تقييد بالعامر فينزل على أنّ كلّها كانت عامرة حال الفتح.

أقول: التنزيل المذكور لادليل عليه وما ذكره في وجهه غير واضح. نعم عرفت فيما مر أنّ المفتوحة عنوة سواء كانت عامرة أو بائنة فهي ملك لجميع المسلمين.

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

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

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

أقول: يأتي توضيحه 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 ﷺ على أهل خير فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعملونها (يعملون بها) ويعمرونها. فلا أرى بها بأساً لو أنك اشتريت منها شيئاً، وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض و عملوها 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 صح أنه لا بيع إلا في ملك. وذهب جمع إلى عدم أهليتهم للتملك بالإحياء كأنه اجتهد في مقابل النص.

٢٠. موثقة إسحاق بن عمار عن عبد صالح (في نسختي من التهذيب، ج ٦، ص ١٨٣: العبد الصالح) عليه السلام قال: قلت له: رجل من أهل نجران يكون له أرض ثم يسلم، ايض عليه؟ ما صالحهم عليه النبي ﷺ أو ما على المسلمين؟ قال: عليه ما على المسلمين، أنهم لو أسلموا لم يصالحهم النبي ﷺ.^٢

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

أقول: مقتضى ترك الاستفصال أن الكافر - بناءً على مساواة الكتابي وغيره في مثل هذه الأحكام - يملك بالإحياء قبل نزول آية الأنفال وبعده وبالشراء وغيره من

وقال بعض معلقى *الفتاوى*: فخارجهم أي ضرب الخراج عليهم وقاطعهم، والاستشهاد من باب مفهوم الموافقة، فإذا كان بيع أراضي خير جائزاً فما كان ملكاً لهم جاز بالطريق الأولى. أقول: ويضعف بعدم دلالة المخارجة على المباحة. ولعل وجه الاستشهاد توقف المخارجة على الملكية وكشفها عنها إذ لو لم يكونوا مالكين لم يخارجهم ويرفع يدهم العدوانية عن الأرض فلا حظ. وعلى كل أراضي خير بعد الفتح من المفتوحة عنوة.

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 يبيع 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 عبد الله عليه السلام قال: الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب. أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، وكل أرض خربة وبطون الأودية^١ فهو لرسول الله ﷺ وهو للإمام يضعه حيث يشاء.^٢

أقول: في الحديث مطلب:

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

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

وفي مجمع البحرين: الإيجاف وهو السير الشديد. والمعنى: فما أوجفتكم على تحصيله وتغنيمه خيلاً ولا ركاباً، وأنما مشيتم إليه على أرجلكم فلم تحصلوا أموالهم بالغلبة والقتال ولكن الله سلط رسله عليهم وخوله (خولهم - ظ) أموالهم.

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

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

٢. الوسائل، ج ٩، ص ٢٣، أنفال 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 ولاحظ تفسير العياشي أيضاً.

ثانيها: ظاهر الحديث أنّ الأمور الخمسة من أفراد الأنفال وبينهم تباين، ولكن ما يصلح عليه نوع من القسم الأول وكذا الثالث، بل لعله عطف تفسيري 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 قسيماه؟ فعلى الأول إذا أخذنا بالسيف والقهر، فهما من المفتوحة عنوة. وعلى الثاني يتعارض الحديث، الأحاديث الواردة في المفتوحة عنوة على نحو العموم من وجه. ويمكن ترجيح الأول عليها وإلا لفي عنوان الخبرة وبطن الوادي المأخوذ في هذا الحديث فافهمه جيداً. والأظهر هو الاحتمال الأول وكون الخبرة وبطن الوادي من أقسام الأنفال لا من أقسام ما لم يوجف عليه. تأمل.

ثالثها: أنّ كلمة (أو) كأنها من تعبير الراوي وعدم تحفظه على كلام الإمام وليست على ما ينبغي.

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

وهذا المتن أوضح من متن صحيح حفص ولا إشكال فيه وإن كان سنده مراسلاً غير حجة.

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

١. الوسائل، ج ٩، ص ١١٧ وتمام الرسالة في الكافي، ج ١، ص ٥٣٩ - ٥٤٣.

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

خامسها: أنّ الإنفال ملك الدولة الإسلامية دون شخص الرسول والإمام وإلاّ لا تنتقل الأنفال بعد رسول الله ﷺ إلى ابنته الصديقة الطاهرة ع، لا إلى أمير المؤمنين وأوصيائه ع.

سادسها: استظهر صاحب الجواهر^١ من هذا الصحيح ان كل ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب من الأنفال لا خصوص الأرض منه، كما هو ظاهر المصنّف (المحقّق الأوّل) وغيره من الأصحاب.^١

سابعها: لا يبعد دعوى الاطمينان بصدور متن الحديث - في الجملة - من الامام ع لكثرة ما يوافقه من ضعاف الروايات.

ثامنها: الحديث يدلّ على أنّ الأرض كلّها ليست للإمام وإلاّ لم يخص الموارد الخمسة منها به ع.

٢٣. صحيح الكناني عن الصادق ع: نحن قوم فرض الله طاعتنا، لنا الأنفال، ولنا صفو المال.^٢

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

وفي مجمع البحرين: الاقطاع: إعطاء الإمام قطعة من الأرض وغيرها. ويكون تمليكاً وغير تمليك. والقطائع اسم لما لا ينقل من المال كالقرى والأراضي. ومنه: قطائع الملوك كلّها للإمام. انتهى.

١. ج ١٦، ص ١١٧.

٢. الوسائل، ج ٩، ص ٥٣٥.

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

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

واعلم أن في صحة طريق الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال وعدمها بحثاً طويلاً عميقاً، ذكرناه في البحث الرابع والأربعون من كتابنا (بحوث في علم الرجال) والأرجح أنها لا تخلو عن إشكال، ولذا لم نعتمد على الروايات المروية بهذا الطريق، وإن قلنا بصحة 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 عليه السلام لم تثبت نسبته إليه كما ذكرنا بحثها في الكتاب المتقدم ولو ثبت لصار بعض أحاديثها الواردة في الأنفال حجة معتبرة.^١

٢٥. صحيح ابن البخاري عن الصادق عليه السلام قال: أن جبرئيل كرى 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 وجهان، ولا يبعد جعل قوله (فما سقت أو سقى منها فللإمام) قرينة على إرادة الثاني كما أن

١. الوسائل، ج ٩، ص ٥٣١.

٢. وفي رواية غير معتبرة (الكافي، ج ١، ص ٤٠٩): أن الله تبارك وتعالى بعث جبرئيل عليه السلام وأمره أن يخرق بابهامه ثمانية أنهار في الأرض: منها سيحان وجيحان وهو نهر بلخ والخشوع وهو نهر الشاش ومهران وهو نهر الهند ونيل مصر ودجلة والفرات فما سقت أو استقت فهو لنا وما كان لنا فهو لشيعتنا...

٣. الوسائل، ج ٩، ص ٥٣٠. وأنا بحر المطيف بالدنيا فلعله 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 ليراد بالبحر بعض الأبحار الكبيرة المسمى بالأقيانوسية فله وجه ممكن. وعلى كل فهم خارج عن ذهننا.

الاختصار على خمسة أنهار يدل على الإرادة الأول فإن الملكية المعنوية ثابتة على جميع المياه والأشياء كما يأتي.

الفصل الخامس: في الروايات الواردة في أنّ الأرض كلّها للإمام عليه السلام

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

أقول: رغم تعبير جمع الباحثين عن هذا الخبر بالصحيح أنّه ضعيف، فإنّ أبخال الكابلي - وهو كنكر أو وردان - على خلاف في وحدة الاسمين وتعددتهما - لم يوثق، وكأن جملة من العلماء يتساهلون في الأسناد فإذا وصف أحدهم رواية بالصحة يجري الآخرون منهم على أثره من دون مراجعة علم الرجال. وعلى كل لا نعتد نحن على الرواة الضعفاء والمجهولين ولا على الاجماع المنقولة التي لا تفيد لنا ظناً ضعيفاً في إثبات الأحكام الشرعية.

٢. المرسلّة المضمرّة الضعيفة: الدنيا وما فيها لله تبارك و تعالى ولرسوله ولنا...^٢ أقول: يحمل على كرة الأرض أو أخص منها لقريّة 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 إلّا الخمس يا أباسيار؟ ان الأرض كلّها لنا فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا.^٣

٤. رواية محمد بن الريان عن العسكري عليه السلام: ... أنّ الدنيا وما عليها لرسول الله ﷺ.^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 الباقر عليه السلام خلق الله آدم وأقطعه الدنيا قطيعة، فما كان لآدم عليه السلام فلرسول الله صلى الله عليه وآله وما كان لرسول الله فهو للأئمة من آل محمد عليهم السلام.^١

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

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

وقد ينسب إلى جدّه فيقال عمر بن يزيد كما يظهر ذلك من الصدوق والكشي وفهرست الشيخ، وقد وثقه هو أيضاً 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 الصيقل الكوفي وهو من أصحاب الصادق عليه السلام كما أن الأول من أصحاب الصادق والكاظم عليهم السلام. وذكر النجاشي كتابه.

وسيدنا الأستاذ الخوئي - قدس الله نفسه - قد أصرّ على انصراف الاسم (عمر بن يزيد) إلى الأوّل 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 بياح السابري فهو المعروف الذي عبّر عنه بعمر بن يزيد، بلا تقييد بشيء وأما عمر بن يزيد بن ذبيان الصيقل فلم يذكر الشيخ له كتاباً فإنه لم يره، فلا يصح أن يعبر عنه بعمر بن يزيد ويريد به ابن ذبيان بلا قرينة.^٢

ما أفاده وإن كان مظلوناً - بالظن الضعيف - لكنّه لا يوجب الوثوق والاطمينان.

١. نفس المصدر، ص ٤٠٩.

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

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

وعلى كل نحن لم نذكر هنا ما وقع في سنده عمر بن يزيد من الروايات المتعلقة بالإحياء وغيره لمحدور اشتراكه كما عرفت. ثم إن المتتبع ربما يجد روايات أخرى تدلّ على الملكية المذكورة كالمروي عن تفسير النعماني بسند غير معتبر عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث طويل: فكانت الأرض بأسرها لآدم عليه السلام. ثم للمصطفين الذين اصطفاهم الله وعصمهم فكانوا هم الخلفاء في الأرض...^١ وثانياً: إن الملكية على أقسام ثلاثة:

الملكية التكوينية كملكية العلة لمعلولها والخالق لمخلوقه المحتاج إليه حدوثاً وبقاءً. «وَلِلّٰهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ» ويلحق بها الملكية المعنوية كملكية النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام للأرض باعتبار أنهم وسائط الفيض وساسة العباد وإليه أمر تدبير الناس وإدارة البلاد.

الملكية المقولية العرضية المبحوث عنها في الحكمة.

الملكية الاعتبارية العقلائية الفقهية.

واعلم أنه لا بدّ 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 دلّ 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

أمر معدودة فلو كانت الأرض بتمامها للأئمة عليهم السلام لم يكن وجه لذكر خصوص الأرض الخربة وبطن الأودية وقطائع الملوك ونحوها، كما مر.

الفصل السادس: تقسيمات الأرض

قد ترتقي تقسيمات الأرض إلى عشرين قسمًا، وإليك بيان 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 مالكة الأول بالاحياء أو بالنواقل 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 تبقى على حكمها وإن زالت الآثار والرسوم وماتت كلية.

٤. العامرة بالعرض، فهي أيضاً لمعتمريها 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 أرضها 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 مكاسبه^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 الخراجية على أمور ثلاثة، ج ١، ص ٢٢٩ (انتشارات إسماعيليان)، التنبيه الثامن. قال: كونها مفتوحة عنوة أو صلحاً على أن يكون الأرض للمسلمين، إذ ما عداهما من الأرضين لا خراج عليها.

وإن انجلى أهلها عنها فإن تركوها خربة فهي من الأنفال وكذا إن أعطوها للمسلمين وإن وهبها لهم فهي للمسلمين 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 ولولي الأمر أن يدفعها إلى من يقوم بعمارتها وأداء خراجها.

الأرض في الفقه

أقسام التصرف

وإذ انتهى كلامنا في المقدمة فاعلم أن الفقير لحدّ الآن لم يترجم كتاباً ولم يشرح متناً ولم يعلق على كتاب، ولأوّل مرّة اجعل مقاصد كتابي هذا شرحاً أو تعليقة على كتاب إحياء الموات من شرائع الإسلام للمحقّق الحلّي - رضوان الله عليه - 'مستعیناً ومستخيراً ومستعصماً بالله الحنان المنان دائم الفضل على البرية، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

قال ﷺ: (والنظر في أطراف أربعة: الأوّل في الأرضين، وهي إمّا عامرة وإمّا موات، فالعامر ملك لمالكه، لايجوز التصرف فيه إلّا بإذنه).

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

واعلم أن الأشياء بلحاظ جواز التصرف فيها وعدمه على أنحاء:

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

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

١. لكنني لأتقيّد بترتيب المتن، بل ربما أقدم ما أخره المحقّق وأؤخّر ما قدّمه، فليكن هذا ببال القراء.

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

ومنها: بعنوان إنها مال لكافر حربي، فهذا لا بأس بالتصرف فيه.
ومنها: بعنوان إنها ملك مؤمن أو مسلم أو ذمي أو مستأمن فهذا يحرم التصرف فيه. ومنع الماتن عن جواز التصرف ناظر إلى النحو الثاني، ولا إشكال فيه. بل لا حاجة إلى إحراز ملكية المال لأحد فإن مجرد اليد أمانة على الملكية. وعلى كل، مراد الماتن من العامرة هي العامرة بالعرض. وأما العامرة طبيعية فقد تكون متعلقة لحق الغير في الجملة وقد لا تكون كذلك بل تعد مباحة كما يأتي تفصيله.

الأراضي الموات

قال: (وأما الموات فهو الذي لا ينتفع به لعطلته، إما لا تقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستئجامة أو غير ذلك من موانع الانتفاع).
أقول: أو لعدم إرادة الإحياء ولو لعدم المريد هناك وإن لم يكن مانع منه. ودعوى كون مثل هذه الأرض عامرة غير ميتة، فإنها جاهزة للانتفاع بها أمر مشكل جداً، والعرف أصدق شاهد على خلافها، وإن رضي بها جمع كثير على ما يأتي والله اعلم. ثم المنقول عن جمع إنه لا مدخل لبقاء رسوم العمارة وآثار الأنهار في الموات: ولا تمنع تلك الآثار عن الإحياء وقياسها على التحجير المقارن لقصد الإحياء بلا فارق، فإن الأولى تجامع الموات عرفاً، والثانية توجب الحق عرفاً فإنها شروع في الإحياء الموجب للملكية.

قلت: الموات أعم 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؛ وأما من جهة الحكم فالخربة من الأنفال لصحيح حفص بن البختري المتقدم برقم (٢٢) وأما الميتة غير الخربة أي غير المسبوقة بالعمران فهي من المباحات الأصلية على الأرجح وإن كان كل منهما يملك بالإحياء على ما يأتي.

وأما الأرض المستأجمة فليست بموات دائماً، بل هي عامرة طبيعية، وهي من

المباحات الأصلية. وإنما هي ميتة بالنسبة إلى حالة الزرع والعمارة. ويمكن أن نعف الأرض الموات بأنها غير معدة للارتفاع منزلاً ومسكناً وزراعة واستعمالاً لما فيها إما لعدم المقتضى وإما لوجود المانع وأما لعدم الشرط. وفي منهاج الصالحين: المراد بالموات الأرض المتروكة التي لا ينتفع بها، إما لعدم المقتضى لإحيائها، وإما لوجود المانع عنه كانقطاع الماء عنها، أو استيلاء المياه أو الرمول 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 وإذنه شرط، فمتى أذن ملكه المحيي له إذا كان مسلماً ولا يملكه الكافر، ولو قيل يملكه مع إذن الإمام عليه السلام كان حسناً».

أقول: في المقام مطالب:

أولها: ادعي الإجماع في كلام جمع من الفقهاء ودلالة النصوص التي يمكن تواترها على أن الأرض الموات للإمام عليه السلام.

لكن الإجماع المذكور غير حجة، فإننا لانطمئن منه برضى المعصوم أو بكشفه عن دليل معتبر لو وصل إلينا لكان قابلاً للاعتماد، وأما النصوص فلم أجد فيها خبراً معتبراً دل عليه، فضلاً عن تواترها!

والمعدود من الأفعال على ما تقدم هو أرض الصلح وكل أرض خربة وبطون الأودية وقطائع الملوك. واحتمال ترادف الموات والخربة مرجوح أو ممنوع فإن الخراب بمعنى الهدم والتدمير. وقيل: إن الخربة بكسر الخاء هيئة الخارب وبفتحها موضع الخراب. وفي رسالة حماد: كل أرض خربة. وكل أرض ميتة.^١ وهي تدل على عدم ترادفهما.

فالموات - سواء بالأصل^١ أو بالعارض - إن لم تصدق عليه الخبرة، من المباحات عندي وما دل على عد كل أرض لا رب لها من الأنفال غير حجة^٢ لأن مصدره تفسير القمي وهو غير واصل بسند معتبر على أن مدونة مجهول. والموات لم يرد حتى في الروايات الضعيفة سنداً سوى روايتين منها فلا نحكم بكونه من الأنفال والله أعلم.

ثانيها: ادعى جمع الإجماع على اعتبار إذن الإمام عليه السلام في الإحياء وإلا فلا يكون موجباً للتملك. واستدل له أيضاً بحرمة التصرف في مال الغير عقلاً وشرعاً. وقيل به في زمان الحضور دون زمان الغيبة^٣ وقيل بعدم اعتباره مطلقاً وهو الأظهر بعد كون الموات من المباحات قال الله تعالى: «وَالْأَرْضُ وَصَّعَهَا لِلْأَنَامِ».

على أن رسول الله صلى الله عليه وآله قد أذن بالإحياء لكل أحد وأنه يوجب الملكية، فما هو الملمزم للاستيذان من الإمام ثانياً. ولا يبعد أن إذنه صلى الله عليه وآله شرعي لا مالكي كما يؤيده خبر السكوني الضعيف سنداً بالنوفلي ففيه: عنه صلى الله عليه وآله من غرس شجراً... وأحى أرضاً ميتة، فهي له قضاء من الله ورسوله. ^٤ بل تقدّم ثبوت إذن الباقر والصادق عليهما السلام، فلا ثمة للبحث. وأما ما يقال من نظارة النصوص المتقدمة إلى مجرد تشريع سببية الإحياء للحق أو الملك فحسب ولا تدل على إباحة الإحياء والإذن فيه^٥ فهو ضعيف أو عجيب، فإن المفهوم منها حسب المتفاهم العرفي الدلالة على الأمرين معاً: جواز الإحياء وسببته للملكية، ولا ينبغي الإشكال فيه.

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

١. في منهاج الصالحين للسيد الأستاذ الخوئي رحمته الله، ج ٢، ص ٢٠٧: الموات بالأصل هو ما لم يعلم بعروض الحياة عليه أو علم عدمه كأكثر البراري والمفاوز والبوادي وسفوح الجبال.

أقول: عمر الأرض وحتى عمر الإنسان قد يتجاوز 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 والتقسيت ودفع الهرج والمرج والفوضى والاحتكار، فلو نهى عن إحياء نفذ حكمه وإن أئزم الناس بالاستيذان منه ومن الحكومة لزوم، وهذا أمر آخر.

ثالثها: قال المحقق الكركي في جامع المقاصد: ^١ والذي يفهم من الأخبار وكلام الأصحاب، العدم - أي عدم أهلية للتملك 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 لا نعتبره حجة ولا سيما مع مخالفة المحقق الأول وغيره له. وبرواية أبي خالد الكابلي المجهول.

والحق ان هذا القول نوع اجتهاد في مقابل النص المتقدم في المقدمة برقم (١٨ - ١٩ - ٢١) فلا فرق في المحي بين كونه مسلماً أو كافراً في سببية الإحياء للتملك، ويؤكد قول صاحب الجواهر رحمته: لظهور النص والفتوى في كونه (أي الإحياء) سبباً شرعياً لحصول الملك... ^٣.

وأما حديثا الحلبي اللذين هما ظاهراً خبر واحد اختلف ألفاظهما بالنقل بالمعنى - وهو بلاء عام - فهما أولاً: في النهي عن إدخال العلوج في القبالة، وهو غير كونه أهلاً للتملك بالإحياء. وثانياً: يمكن حملهما على الكراهة. ^٤

ففي صحيح التهذيب عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في القبالة: ان يأتي الرجل الأرض الخربة فيقبلها من أهلها ^٥ ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة فان ذلك لا يحل... ^٦.

١. جامع المقاصد، ج ٧، ص ١٠.

٢. نفس المصدر، ص ١١.

٣. ج ٢١، ص ١٦٢.

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

٥. هذه الفقرة محتاجة إلى توجيه فإن الأرض الخربة - كما مر - للإمام عليه السلام.

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

أقول: هكذا في الوسائل لكنّه غير مطابق لما في التهذيب. وإليك نصّه: ان يأتي الرجل الأرض الخربة فيتقبلها من أهلها عشرين سنة: فإن كانت عامرة فيها علوج^١ فلا يحل له قبالتها 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 سنداً من سابقه عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: لا بأس بقبالة الأرض من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فيعمرها ويؤدّي ما خرج عليها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة لأنّه لا يحل،^٢ على أنّه في المفتوحة عنوة دون الموات بقرينة قوله: (ما خرج عليها).

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

(مسألة): عرفت أنّ الخربة من الأنفال وأنّ الموات الأصلي من المباحات الأصلية على الأرجح خلافاً للمشهور المدعى عليه الإجماع من أنّها للإمام عليه السلام.

والسؤال المتجه 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 المباحات الأصلية وتخرج من الأنفال بتبدّل الموضوع؟ فيه وجهان، ولا ثمرة للبحث ظاهراً، لجواز إحيائها الموجب لتملكها على كلتا صورتين، وإن كان يمكن الذهاب إلى الوجه الأوّل للاستصحاب، ويمكن أن نذهب إلى الوجه الثاني

١. العلوج والاعلاج - كالحمول والاحمال - جمع العُلج - بالكسر ثم السكون - الرجل الضخم من كفّار 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 بملايين السنين قد عمرت ثم خربت ثم عمرت ثم خربت وهكذا مرّات كثيرة فتصبح ملك الإمام فلا يبقى لحصر 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 رقبته ولا يصح بيعها ولا رهنها ولو ماتت لم يصح إحياؤها لأنّ المالك معروف وهو المسلمون 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 المقدّمة فانظرها. وفي الجواهر هنا: الإجماع بقسميه عليه معنى أنّها لمجموعهم لا لكل واحد منهم. لكن في كتاب التجارة (ج ٢٢/٣٤٧): إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً، فكأنّه متردّد - نوع تردّد - في دعوى الإجماع المحصل. وكأنّ الأقوال في المقام ثلاثة:

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

٢. إنّها ملك لمجموع المسلمين لا لكل واحد منهم كما سبق عن صاحب الجواهر.

٣. إنّها لكل واحد منهم.

واستدل الأولون بأنّ الأرض لو كانت ملكاً عاماً لهم لترتّب آثار على ملكيتها كجواز نقلها عيناً ببيع وهبة وجواز إرثها ونحو ذلك، وحيث أنّها لا ترتّب عليها فيكشف عن عدم ملكيتها.

١. لاحظ كلامهم المنقول في الجواهر، ج ٢١، ص ١٦٢.

وبأنَّ الأرض لو كانت ملكاً للأمة لم يجز تقبيلها وإجارتها من أحاد المسلمين،
لفرض اشتراك الجميع فيها على سبيل الإشاعة، وعدم جواز تصرف أحد المال
المشترك، سواء أكان تصرفاً اعتبارياً كالعقود أو تصرفاً خارجياً.
واستدل أصحاب القول الثاني بأن القول الثالث له مصاعب لا يمكن قبولها، كجواز
نقل كل من أحاد 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 المتقدمة 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 مرَّ برقم (١٣) له ظهور قوي فيه، وإن كان هو غير مفهوم
كما أشرنا هناك في الحاشية. ثم إنَّ الملكية أمر اعتباري في حدِّ نفسها وفي ترتب
آثارها كمأً وكيفاً فليس تخلف بعضها لدليل، كاشفاً عن عدم الملكية كما في اللوازم
العقلية، فالجمع بين الأدلة يقضي بنبوت خاص من ملكية مقيدة غير متحررة
للمسلمين لاتباع ولا تورث ويصحَّ إجارتها من ذي اليد وهكذا. ولا ثمة مهمة لهذا
البحث.

قال الشيخ الأنصاري رحمته الله: في أول البحث عن شرائط العوضين من مكاسبه: إنَّ
الأرض المفتوحة عنوة غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك، بحيث يكون
لكل منهم جزء معيّن من عين الأرض وإن قلَّ ولذا لا يورث، بل ولا من قبيل الوقف
الخاص على معيّن لعدم تملكهم للمنفعة مشاعاً، ولا كالوقف على غير معيّنين
كالعلماء والمؤمنين ولا من قبيل تملك الفقراء للزكاة والسادة للخمس، بمعنى كونهم
مصارف له، لعدم تملكهم لمنافعها بالقبض، لأنَّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين،
فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دلَّ عليه الدليل، ومعناها صرف حاصل
الملك في مصالح الملاك.

بقي في المقام فروع

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

لكن قال صاحب الجواهر في كتاب الجهاد: أنّ مقتضى السيرة بين الأعوام والعلماء عدم وجوب صرف ما يتفق حصوله من حاصلها في يد أحد من الشيعة من جائر أو غيره في زمان، في المصالح العامة، بل له التصرف فيه بمصالحه 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 أنّ له الإذن مجاناً مع حاجة المستأذن، كما أنّ الظاهر حل تناوله من الجائر بشراء أو إتهاب أو غيرهما.^١

وقال في محل آخر مازجاً كلامه بكلام ماته: 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 نائبها وجهان، أحوطهما ذلك وأقواهما عدم لظاهر نصوص الإباحة وللسيرة المستمرة في سائر 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 معاملة غيرها من الأملاك.^٣

١. ج ٢١، ص ١٦٣.

٢. الباب الرابع من أبواب الأنفال من الوسائل.

٣. نفس المصدر، ج ٢١، ص ١٦٦.

أقول: أما القول بحصول الإذن منهم للشيعية فهو غير ثابت، فلاحظ روايات التحليل وغيرها، وأما حل تناوله من الجائر بشراء أو إتهاب فهو صحيح (لاحظ ما مرّ برقم ١٤ و ١٥ - ١٧ في المقدمة) ولاحظ صحّة الإتهاب في كلام سيدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله.^١

وأما السيرة فلها احتمالات كعدم المبالاة 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. ونصوص الإباحة مختصة بحقوقهم عليهم السلام ولا تشمل حقوق المسلمين كما في المقام.

بل في صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام - كما مرّ برقم (١٦): إنّ أرض الجزية لا ترفع عنهم الجزية وإنّما الجزية عطاء المهاجرين. والجملة الأخيرة في هذا الحديث تحمل على أنّ عطاء المهاجرين من أحد مصاديق المصالح العامة في تلك الأزمنة على أنّ الحكمة أو العلة من اعتبار هذا النحو من الملكية في المفتوحة عنوة هي تقوية الاقتصاد العام للمسلمين ولا يعقل بطلانها بعد زمان الحضور (٢٦٠ هـ ق) فالصحيح بقاء الخراج أو المقاسمة إلى يوم القيامة.

وإن تعجب فعجب من قول الكركي رحمته الله حيث ذهب إلى تولي الحاكم الجائر للخراج والمقاسمة في زمان الغيبة وقال بعدم جواز جردهما ولا منعهما والتصرّف فيهما إلّا بإذنه باتفاق الأصحاب وزاد: ولو لم يكن لأحد عليها يد لأحد فقضية كلام الأصحاب توقف جواز التصرّف فيها على إذنه...^٢

أقول: يحرم على الجائر تولّي 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 والخراج إليه، بل يجب دفعهما إلى نائب الغيبة، ومع عدم يصرهما هو في مصالح المسلمين، نعم لو أخذهما الجائر بالقوة براء ذمة المتصرف في الأرض، ففي صحيح عيص بطريق الشيخ - دون الكليني - عن أبي عبدالله عليه السلام في الزكاة قال: ما أخذوا منكم بنو أمية (بنو فلان - صا) فاحتسبوا به، ولا تعطوهم شيئاً ما استطعتم فإن المال لا يبقى على هذا ان تركيه مرتين^١.

وقال صاحب الجواهر^٢: لم نعرف للأصحاب كلاماً في توقف حلها على اذن الجائر مع عدم كون الأرض بيده ممّا يمكن دعوى الضرورة على عدم ولايته له عليه. وحاصل البحث بقاء وجوب أداء الخراج والمقاسمة وعدم جواز دفعهما إلى الحاكم الجائر مع القدرة ولزوم أدائهما إلى نائب الغيبة. ومع عدمه أو عدم التمكن منه يصرهما المتصرف في الأرض في المصالح العامة للمسلمين.

وقال صاحب الجواهر: وأما حال الغيبة ونحوها، فلا خلاف معتدّ به، بل ولا إشكال في جريان حكم يده^٢ بالنسبة إلى براءة ذمة من عليه الخراج وحل المال بالمقاسمة وإلى جواز الأخذ بشراء ونحوه على ما كان منها في يد الجائر المتسلط للتقية. وأما في غيره، فالمرجع إلى نائب الغيبة كما صرح به جماعة^٣.

أقول: والأحوط مراجعة المتصرف إلى الحاكم الشرعي في تعيين مقدار الخراج وفي دفع الزائد عمّا يأخذه الجائر إذا كان أقل ممّا وضعه الحاكم.

الأمر الثاني: لا يجوز التصرف في المفتوحة عنوة باعتبارها ملكاً عاماً للمسلمين قاطبة وفي مثله لا يجوز التصرف لأحد من الشركاء، فلا بدّ من استيذان الحاكم الشرعي في غيبة الإمام القبل منه، إذ لا شك في ثبوت ولاية النبي ﷺ والإمام عليه السلام عليها وقد دلت بعض النصوص السابقة في المقدمة عليها. ومع عدم إمكان الوصول إليهما لا بدّ من مراجعة الحاكم الشرعي.

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

٢. أي يد الإمام ظاهر.

٣. ج ٢١، ص ١٦٣.

وإذا أذن الحاكم له بتقبيل كإجارة أو مزارعة أو مقاسمة أو نحوها، فلا بد أن تكون تصرفاته حسب ما تعاقد عليه أولاً ولم تخالف مقتضى الملكية في المفتوحة عنوة ثانياً.

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 ﷺ: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له كما مرّ في الفصل الأول من مقدّمة الكتاب.

ولقوله ﷺ في صحيح مسمع: وكل ما كان في أيدي شيعة 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 أحكامها فلا بد من صرف ما ورد في جواز إحياء الموات إلى غير المفتوحة عنوة. وأما رواية مسمع فهي ضعيفة سنداً لاشتراك عمر بن يزيد الواقع في سندها كما سبق ذكره.

وأما ما دلّ على أن من ترك أرضه حتى خربت فيبطل حقّه عليها فهو منصف عن المفتوحة عنوة بل وكذا ما دلّ على أن من أتى أرضاً خربة فاستخرجها وعمرها فهي له. لكنّه لا يخلو عن إشكال وإن قال الماتن بقول مطلق: ولو ماتت لم يصحّ إحيائها. وأما تعليقه: لأنّ المالك لها معروف، فهو غير تام عندنا كما يأتي في بحث إحياء الموات إن شاء الله.

واعلم إنّ التصرف إمّا اعتباري كبيع الأرض المفتوحة عنوة وهبتها وإيرائها ووقفها وغير ذلك، ممّا يبطل ملكيتها للمسلمين قاطبة. أو كاجارتها ومزارعتها ومساقاتها وإعطائها لعامل آخر بعوض من جهة الآثار أو من جهة حق الأولوية.

١. لاحظ الجواهر، ج ٢٢، ص ٣٥٢ والأراضي، ص ٢٦١-٢٦٣.

وأما خارجي كجعله مزرعة أو مخزناً أو مسكناً أو بستاناً أو فندقاً أو سوقاً أو ملعباً أو مدرسة أو حسينية أو مسجداً أو شارعاً عاماً أو غير ذلك.

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

وأما التصرف الاعتباري الناقل للملكية فهو باطل لعدم حق لذي اليد بل وللحاكم الشرعي أيضاً على ذلك، فلا يصح وقفها ولا جعلها مسجداً. وأما سائر التصرفات الخارجية فهي موكولة إلى نظر وليّ المسلمين وتوافقهم مع المتقبّلين حسب الظروف المختلفة.

وفي الأخير إليك كلام الشيخ الأنصاري (طاب ثراه):

أما في زمان الحضور والتمكّن من الاستئذان فلا ينبغي الإشكال في توقّف التصرف على إذن الإمام. وأما في زمان الغيبة ففي عدم جواز التصرف إلّا فيما أعطاه السلطان الذي حل قبول الخراج والمقاسمة منه.

أو جوازه مطلقاً نظراً إلى عموم تحليل مطلق الأرض للشيعة.

أو عدم جوازه إلّا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام.

أو التفصيل بين من يستحق أجره هذه الأرض، فيجوز له التصرف فيها.

أو بين ما عرض له الموات من الأرض المحياة حال الفتح وبين الباقية على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول لعموم أدلة الإحياء وخصوص رواية سليمان بن خالد ونحوها وجوه. أوقفها بالقواعد الاحتمال الثالث ثم الرابع ثم الخامس.

أقول: عرفت الراجح من هذه الأقوال عندنا.

الأمر الثالث: نسب إلى المشهور بين المتأخرين جواز بين المفتوحة عنوة، تبعاً

لآثار المتصرّف فيها، بل عن حواشي الشهيد^١: إذا بيعت تبعاً للآثار يجوز أن تكون مجهولة، والأولى أنّها جزء مبيع فلا بد من العلم بها أيضاً.^٢
أقول: ما اختاره الشهيد ضعيف جداً حتّى إذا فرضنا أنّ الأرض المبيعة تساوي حق البائع في ذلك العصر إن قسمت على المسلمين، فإنّ هذه الأرض حبست على جميع المسلمين إلى يوم القيامة فلا يجوز بيعها وإتلافها عليهم.

وأما قول جماعة من المتأخّرين بل المنسوب إلى مشهورهم فهو مبهم إلى حدّ ما، فإن أرادوا من بيعها تبعاً لآثارها، بأنّها تنقل إلى ملكية المشتري ما دامت الآثار موجودة فإذا زالت رجعت ملكيتها إلى عموم المسلمين، ففيه أنّه لا دليل على صحّة هذا القول المخالف للقاعدة والاستناد إلى السيرة غلط فإنّها لا تثبت الملكية، على أنّ إحراز استمرارها إلى زمان المعصوم^{عليه السلام} ممنوع.

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

وعلى كل، يكون هذا الصحيح قرينة مبيّنة لجميع النصوص المشتملة على صحّة الشراء والاشتراء وقد تقدّمت في المقدّمة.

ثم وقفت على كلام الشيخ الأنصاري^{رحمته الله} في مكاسبه:^٣ نعم يكون للمشتري على وجه كان للبائع أعني مجرد الأولوية وعدم جواز المزاحمة إذا كان المتصرّف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام وبإجازته ولو لعموم الشيعة كما إذا كان المتصرّف بتقريب السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي بناءً على عموم ولايته لأُمور المسلمين.
وقال أيضاً:^٤ فما ذكروه من حصول الملك تبعاً للآثار مما لا دليل عليه إن أرادوا

١. لاحظ/الجواهر، ج ٢٢، ص ٣٤٩.

٢. ص ١٦٢ طبعة تبرز 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 عليه السلام متين فلا تظنّ بنا الانفراد في المختار المخالف لقول هؤلاء الجماعة بل لعلّه هو مختار صاحب الجواهر أيضاً.^١

ثم إنّ هذا الحق كما يصح نقله إلى الغير بعوض أو بدون عوض (أي بهبة مثلاً) كذا يصح نقله إلى الورثة، ويمنع من تصرف الآخرين سوى الحاكم الشرعي، فإذا أراد الأرض أخذها برد رأس ماله الذي أذاه إلى المتصرف السابق وبطل حقه، كما صرح به في صحيح الحلبي المتقدم (الرقم العاشر).

نعم إذا لم يعمل فيها أبداً كما إذا كانت الأرض محياة فيصح للإمام أخذها بما أكل من غلتها من دون ردّ 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 والأثمار والسقوف المنهارة والطين والجص والحجارة، إن كانت موجودة قبل الفتح فهي للغانمين فإنّها منقولة والمتيقّن من ملكية المسلمين قاطبة هو نفس الأرض.

وإن كانت حادثة بعد الفتح فهي تبعاً للأرض ملك للمسلمين، ويحتمل كونها بمنزلة المباحات. واستدل عليه الشيخ الأنصاري عليه السلام باستمرار السيرة خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر والكوز والأواني وما عمل من التربة الحسينية. ويقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.^٢

الأمر الخامس: المفتوحة عنوة إما فتحت في حياة الرسول عليه السلام الخاتم عليه السلام كأرض خيبر 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 إنّها ملك الإمام أي ملك الدولة الإسلامية وليست ملك الأمة، لما دل على أن ما لم يفتح بإذن الإمام فهو من الأنفال.

١. ج ٢٢، أول صفحة ٣٥٠.

٢. المكاسب، ج ١، ص ١٦٣.

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

أقول: أولاً: إن ما استدل على ذلك من الخبرين غير حجة فإن ما يتم دلالتة على المنع مرسله وما صحّ سنده تقتصر دلالتة على المراد. على أن صحيحة الحلبي المقدمة برقم (١٠) في المقدمة يدلّ بوضوح على أن السواد ملك للمسلمين، 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 لعموم المسلمين. ولا فرق في ذلك بين ما فسرنا السواد بالأرض العامرة حين الفتح كما ذكره بعض المعاصرين^٢ أو فسرناه بأرض العراق كما هو الأظهر وإن كان الحديث على الوجه الأول 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 لعموم المسلمين حسب دلالة الروايات المتقدمة في مقدمة الكتاب. وقد يكون عمرانها بعد نزول آية الأنفال وتشريع حكمها، فقد يقال إنها لأجل مواتها صارت من الأنفال وإحيائها من قبل الكافر من دون استئذان النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام لا أثر له فهي ملك الدولة دون الأمة. لكن عرفت أولاً أن رسول الله صلى الله عليه وآله في الإحياء وتملكه به لكل أحد مسلماً كان أو كافراً، بل تقدّمت دلالة الروايات على خصوص ملكية الكافر بالإحياء فالقول بعدمها من الاجتهاد في مقابل النصّ.

وثانياً: أن الموات من المباحات وليس من الأنفال كما تقدّم. فلا بد من تخصيص الكلام بالأرض الخربة فإنها من الأنفال، ثم الحق أن ما أخذ بالسيف ملك عام للمسلمين سواء كانت عامرة أو ميتة. فلا فرق في كون العامرة المفتوحة عنوة ملكاً

١. ج ٢١، ص ١٦٠.

٢. الأراضى، ص ٢٠٩ وقيد حين الفتح في مفهوم السواد باطل جزماً.

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

وهو يسبق حائز تفضيل	مستوجب ثنائى الجميلا
والله يقضى يهبات وافرة	لي وله في درجات الآخرة

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

الأمر السابع: إنَّ من بيده الأض المفتوحة عنوة لا يخلو من أن تسلطه عليها إمَّا بإذن من الحاكم الشرعي مع عمل فيها أو بدونه. واما بدون اذنه.

وعلى الثاني إمَّا أن نقول باعتبار اذنه شرعاً، أو لانتقوله به، وعلى الثاني إمَّا عمل فيها عملاً وأحدث فيها زراعة أو بناء أو غيره للانتفاع بها كما في الميتة والخربة أو لزيادة الانتفاع كما في المحياة - طبيعياً أو بشرياً - أم لم يحدث فيها حدثاً وعملاً، وإنما ينتفع بها فقط كما في الأض المحياة، أو تركها ميتة 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 كلالنا هنا في حصول حق خاص وأولوية لذي 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. التسلُّط عليها بإذن الحاكم أو الشراء من الجائر مع عمل أو انتفاع بها.
٢. التسلُّط عليها بدون إذن الحاكم، بناءً على عدم اعتباره على القول بثبوت إذن عام من الإمام عليه السلام مع عمل أو انتفاع بها.

لا ينبغي الإشكال في ثبوت أولوية ذي 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 بيع وغيره من النواقل فيه وجهان وكذا الكلام في إرثه. مقتضى الأصل، الثاني.

وفي غير هاتين الصورتين لا يحدث لذي اليد حق فيجوز للغير التسلُّط عليه في إطار محدّد 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 ﷺ: «كل أرض لا رب لها فهي للإمام».

أقول: لا ينبغي الشك في إطلاق بعض الروايات الواردة في الموضوع^١ 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^٢ وفي رسالة العياشي عن أبي بصير^٣ لكن الثاني لإرساله غير حجة والأول وإن كان صحيحاً أو موثقاً سنداً، لكن مدوّن تفسير القمي مجهول، على أن نسخة التفسير لم تصل بطريق معتبر إلى المجلسي والحرّثيّ كما ذكرناه في كتابنا بحوث في علم الرجال. فأحاديث هذا الكتاب كلّها غير معتبرة، ويؤيد ضعف الخبر ما في رسالة حمّاد: فلا بدّ من التقييد على خلاف الأصل الأولي القائل بعدم التقييد في أمثال المقام فافهم جيّداً. وعليه فالخبر المذكور يصبح أجنبياً عن المقام.

والعمدة أن الأنفال بجميع مصاديقها مخصوصة بعدم القتال عليها كما مرّ فلا يصح عدّ العمارة الطبيعية، بل الموات المأخوذة بالسيف من الأنفال بوجه، بل هما من المفتوحة عنوة.

الأمر التاسع: المتيقن من الأراضي المفتوحة عنوة خبير ومكة، بل العراق، بناءً على أن المراد بالسواد في صحيح الحلبي (برقم ١٠) هو أرض العراق كما هو غير بعيد، بل وكذا الشام، بناءً على عدم اعتبار إذن الإمام في القتال أي في ملكية الغانمين في الغنيمة وفي ملكية المسلمين للأرض المأخوذة من الكفار. وكل أرض ثبت - بحدّ الاطمينان دون الظن - ولو من التواريخ والروايات الضعيفة، لكن تعيين

١. لاحظها في الفصل الثاني من المقدّمة.

٢. الوسائط، ج ٩، ص ٥٣١ و ٥٣٢.

٣. نفس المصدر، ص ٥٣٢.

مقدار المأخوذة عنوة من الكفّار في مثل زماننا لاسيما في مثل العراق والشام مشكل جداً وعلى المشهور من اختصاصها بالعامرة فقط، أشكل فيصبح هذا البحث قليل الفائدة جداً. وعند الشك في أرض تجري أصالة عدم فتحها عنوة وعلى المشهور إذا علمنا بفتحها عنوة تجري أصالة عدم عمرانها حين الفتح فلاحظ.

الأمر العاشر: قال الماتن: «ولو ماتت لم يصحّ إحيائها لأن المالك لها معلوم وهو المسلمون قاطبة».

أقول: إنّما لا يصحّ إحياء المفتوحة عنوة إذا ترتبت عليه الملكية الخاصة للمحيي، فإنّ هذه الميتة ليست من الأنفال أو المباحات، بل هي ملك للمسلمين عامّة ولو شك فيها فالمرجع استصحاب ملكيتهم، ولا يبعد انصراف ما دل على أنّ إحياء الموات سبب للملكية عن المقام، بل عن الموات الأصلي المأخوذ عنوة فإنّه أيضاً ملك المسلمين على الأظهر، وسوف نتعرّض له.

وبالجمله من المطمئن به بالنظر إلى روايات المفتوحة عنوة أنّها لا تخرج عن ملك المسلمين أصلاً. ويؤكدّه ادعاء صاحب الجواهر القطع على عدم كونها من الأنفال.^١

نعم للحاكم الشرعي إحيائها، بل لا يبعد وجوبه عليه فإنّه من شؤون ولايته العامة، بل يجوز لكل مسلم إحيائها ودفع خراجها إلى ولي الأمر بلا إذن منه على قول. والأظهر لزوم الاستيذان منه، وعليه فينشأ 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 بالاجماع مستفيضاً أو متواتراً^٢ وبالنصوص المستفيضة الواردة

١. ج ١٦، ص ١١٨.

٢. قال في الجواهر، ج ٣٨، ص ١٨: بلا خلاف أجده بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلاً عن محكه 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 مالكة.

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

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

فإن قلت: ملكية الله للأرض - ولمطلق الكائنات - تكوينية ناشئة من إيجاده إياها حدوثاً وبقاءً ولا يحتاج هو سبحانه وتعالى إلى ملكية اعتبارية مباحث 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 الدالة على الملكية استعملت في مدخلها وهو اسم الجلالة في الملكية التكوينية، فلتكن المعطوف أيضاً كذلك. بل لا بد 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 حققه جمع منهم صاحب الكفاية ﷺ محال وليس المحذور مجرّد وحدة السياق.

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

خمس الغنائم، فحرف اللام استعمل في الملكية الاعتبارية^١ والعمدة في هذا الجواب هي أحاديث الأنفال الدالة على الملكية الاعتبارية للرسول والإمام، ولولاها لكان السؤال ممّا لا جواب قوي له.

وأما الاستشهاد بملكيتة تعالى الاعتبارية لسدس خمس الغنائم، ففيه أنّه لولا ذهاب مشهور علمائنا إلى الملكية الاعتبارية لقلنا إنّ ملكيته تعالى هناك أيضاً تكوينية وأما ملكية الرسول ﷺ وشركائه الأربعة فهي اعتبارية فقهية فإنّ حرف اللام في آية الخمس بخلافها في آية الأنفال قد تكرر «قَالَ لِلَّهِ مُخْصَّسَةً وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ» و «مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ».

وأما الموات التي تعمّر بعد نزول الآية المتقدمة فيقول عنها صاحب الجواهر^٢: أنّه لا يعتبر فيما للإمام من الموات بقاؤه على صفة الموت، للأصل وظاهر الصحيح الكابلي^٣ فلو اتفق حينئذٍ أحيائها كان للإمام أيضاً من غير فرق بين المسلمين والكفار إلّا مع إذنه. وإطلاق الأصحاب والأخبار ملكية عامر الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين يراد به ما أحياه الكفار من الموات بعد (قبل ظ) أن جعل الله الأنفال لنبية ﷺ وإلّا فهو له أيضاً وإن كان معموراً وقت الفتح. نعم المدار على الموات من حين نزول آية الأنفال لا قبلها وكان معموراً حينها^٤.

أقول: عرفت سابقاً أنّ رسول الله ﷺ أذن لجميع 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 المعتبر سنداً. فإطلاق كلام الأصحاب والأخبار لا مقيد له، وما في الجواهر: إنّ 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 فإنّها يمكن أن تستعمل في القدر الجامع وهو مطلق الملكية أو الاختصاص. على أنّ استعمال اللفظ في أكثر من معنى جائز غير ممتنع كما حقّقناه في أصول الفقه.

٢. تقدّم أنّ الكابلي مجهول فحديثه غير معتبر خلافاً لجمع من الباحثين الذين يقولون في توصيف الإسناد بعضهم على بعض من دون مراجعة علم الرجال ومن دون تحقيق في الإسناد وبحث عن حال الرواة.

٣. الجواهر، ج ١٦، ص ١١٨.

الاذن حال الظهور ضرورة صدورهما من النبي ﷺ، إلا أن الأصحاب خصّوها بحال الغيبة. فهو ممنوع فإن العبرة بظواهر النصوص دون نظر جمع من الأصحاب. على أن أرض الموات خاضعة لتدبير الإمام دون ملكيته وملكية الدولة بل هي من المباحات كما مرّ.

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

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

ويمكن أن نستدلّ عليه بوجه آخر وهو أن موات المفتوحة عنوة إمّا من الأنفال وملك الإمام وإمّا ملك لجميع المسلمين ولا قول ثالث فيه.

لا يصح الأول، لما مر في الفصل الرابع من فصول المقدّمة حول الحديث (٢٢) من أن الأنفال مقيدة بقيد مفقود في المقام وهو عدم المقاتلة، أي هي ما لم يوجف 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 المباحات كما كانت كذلك قبل فتحها عنوة والقول بعدم الفصل فضلاً عن عدم القول بالفصل لانهتمد عليه فإنّه غير حجة شرعية.

واعلم إنّ موات الأرض إمّا من المباحات الأصلية، كما هو الأظهر فبعد الفتح عنة تدخل في ملكية المسلمين لقوله ﷺ: ما أخذ بالسيف....

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

وإن قلنا: بأنّ مطلق الموات في الكرة الأرضية مال الإمام ﷺ بلا شرط، فيمكن أن يقال: بأنّ فتحها عنة لا يؤثر في بقائها على ملكية الإمام^٢ كسائر الأموال المغصوبة عند الكفّار فإن أخذها منهم لا يدخلها في الغنيمة، بل ترد إلى مالكيها. ويمكن أن نقول بوقوع التعارض بين أدلة الأنفال وأدلة المفتوحة عنة، فإنّ بينهما عموماً من وجه، ومادة الاجتماع، موات المفتوحة عنة. فإن رجحنا الأولى فهي ملك الدولة وإن رجحنا الثانية فهي ملك الأمة.

ولترجيح الأولى وجوه:

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

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

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

٢. بل يمكن أن نقول بأنّ عامرة الكفار بعد نزول آية الأنفال أيضاً من الإمام فإنهم عمّروا أرض الغير بلا إذنه. نعم، إذا عمّروا قبل نزول الآية أو بعد إذن رسول الله ﷺ كما مر يملكونها فتكون بعد الفتح ملكاً للمسلمين.

٣. ج ٢١، ص ١٦٩.

٤. الوسائل، ج ٩، ص ٥٢٦.

٥. الأراضي، ص ١٩٣ و ١٩٤.

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

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

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

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

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

١. وقال صاحب كتاب الأراضي طال عمره وتوفيقه (ص ٢٠٠): إن هذا الكلام (كل أرض لا رب لها) لا يعارض نصوص ملكية الأرض للمسلمين، لأن هذه النصوص بحذ نفسها حكمة عليه، باعتبار أنها تخرج الأرض عن كونها ممّا لا رب لها وتجعل المسلمين ربّاً لها.

أقول: فيه نظر إذ إن أريد من العام المذكور أن كل أرض لم يوجد ولا يوجد لها مالك في الماضي والمستقبل فهي للإمام. فلا يوجد للعام المذكور مصداق إذ كل قطعة من الأرض من حين خلق الإنسان قبل ملايين السنين أو مليارات السنوات قد وجد لها ربّاً أو سيوجد لها ربّاً، وإن أريد أن كل أرض لا رب لها حين نزول آية الأنفال فهي للنبي ﷺ أو الإمام بعده عليه السلام فقد صار الإمام ربّاً لجميع الأراضي ولا يعقل ربوبية المسلمين لها لبطان اجتماع مالكيين مستقلّين على شيء واحد. وحال الأرض حال كل مال مغضوب أخذه المسلمين من الكفار. نعم، إن دل دليل على زوال ملك الإمام بالفتح صح ما ذكره.

٢. الأراضي، ص ١٩٥.

٣. الوسائل، ج ٩، ص ٥٢٤.

٤. نفس المصدر، ص ٥٣١ و ٥٣٢.

٥. نفس المصدر، ص ٥٣٣.

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

وأما العام الثاني فقد سبق جوابه في الفصل الخامس من المقدّمة، فالمرجع هو الاستصحاب المشار إليه لعدم وجود عام أو مطلق فوق المتعارضين المذكورين.

بقي الكلام في حديثين مرويين في كتاب الجهاد:

أولهما: صحيح الحلبي المروي في الكافي عن الصادق عليه السلام قال: سألت عن رجل لقيه العدو وأصاب منه مالا أو متاعاً، ثم إنَّ المسلمين أصابوا ذلك، كيف يصنع بمتاع الرجل؟ فقال: إذا كانوا أصابوه قبل أن يحوزوا^١ متاع الرجل ردّ عليه، وإن كانوا أصابوه بعدما حازوه فهو فيئ المسلمين، فهو أحقّ بالشفعة.^٢

ثانيهما: حديث هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال: سأله رجل عن الترك يغيرون على المسلمين فيأخذون أولادهم فيسرقون منهم أيرد عليهم؟ قال: نعم، والمسلم أخو المسلم، والمسلم أحقّ بماله أينما وجده.^٣

أقول: يمكن حمل إطلاق الثاني على الأوّل، على أن صحّته موقوفة على أن منصوراً الواقع في سنده هو ابن حازم الثقة كما ربّما يظهر من سيّدنا الأستاذ رحمته الله في معجم رجال الحديث ولكنّا لم نطمئن به.

والمقام – وهو موات المفتوحة عنوة – على تقدير كونها للإمام قبل الفتح داخل في الفرض الأوّل من صحيح الحلبي غالباً، إلّا أن يقال إنّه ناظر إلى المنقول فقط ولا يشمل الفرض والله العالم. وأمّا 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.

تتمة

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 أن المتدبر في أحاديثهم يرى صحة نظر الإمامية فلاحظ ما كتبه الشهيد السيّد الصدر رحمته الله في كتابه (اقتصادنا، ج ٢، ص ٤٠٢ - ٤٠٨).

معظم نتائج البحث إلى هنا

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

١١. لا ولاية للجائر على شيء من الأمور وتصرفه محرّم وباطل، إلّا فيما دلّ الدليل على جواز الأخذ منه تسهيلاً على الشيعة.

١٢. لا يجوز نقل المفتوحة عنوة بناقل ولو تبعاً للآثار، وإنّما يجوز نقل حق الأولوية للمتصرف بعوض وغير عوض إلى غيره ويرثه الورثة.

١٣. لا يعتبر إذن الإمام (عليه السلام) في ملكية الغنيمة للغانم ولجميع المسلمين للأراضي المفتوحة عنوة على الأظهر.

١٤. الموات من المباحات الأصلية لا من الأنفال، سواء أكانت الموات أصلية أو عرضية إن لم تصدق عليها خبرة وإلّا فهي للإمام (عليه السلام) إن لم تؤخذ عنوة من الكفار فتكون ملكاً للمسلمين فلا حظ وتأمل.

بقي في المقام سؤال وهو أنّ الأرض بما للإنسان المتصرف فيها المعمر لها في طول ملايين السنين من عمره هل بقيت حصة منها لم تزرع ولم تن ثم خربت ثم عمّرت ثم خربت؟ فتكون الأرض كلّها خبرة تخضع لملكية الإمام، وإن بقيت منها بقية فهي تعمّر وتخرّب وتعمّر في طول عمر الإنسان في المستقبل ولعلّه يبلغ ملايين أو مليارات السنين، وعليه فيمكن أن نجعل هذا من أحد احتمالات قوله تعالى: «أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ».

أقول: ويمكن أن نجيب عنه أولاً بأن مفهوم الخبرة غير مفهوم الموات فالأولى ما يبقى فيها بعض آثار الحياة والثانية ما لم يبق فيه شيء من الآثار بنظر العرف، والعرف أقوى شاهد على ذلك فترى أنّهم لا يطلقون الخبرة على البراري الكبيرة والمفاوز قاعاً صَفْصَفاً لَا تَرَى فِيهَا عِوَجًا وَلَا أَمْتًا وإنّما يطلقون على أرض فيها بعض آثار البيوت والبناء وآثار الزراعة مثلاً. فكل أرض معمورة إذا خربت وانجلى عنها أهلها وبادوا 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 فتكون من المباحات الأصلية على وجه وقد تقدّم بحثه.^١

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

وثانياً: بأن نفس أحاديث الأنفال تدلّ على عدم ملكية الإمام عليه السلام لجميع الأرض وإلا لم يقتصر فيها على ملكية بعض الأقسام من الأراضي، مثل ما أخذ بالصلح أو ما أعطاه الكافر بطيب نفسه وبطون الأودية وقطائع الملوك وكل أرض خربة كما تقدّمت أحاديثها في الفصل الرابع.

وثالثاً: بأنّ الاستفادة من جميع أحاديث الأنفال - ضعافها ومعتبرتها - أنّ الخربة بعنوان كونها من الأنفال ملك للإمام لا بعنوان نفسها كما ربّما يشعر به (أي بالثاني) صحيح حفص المتقدّم برقم (٢٢) في المقدّمة فلاحظ، وبناءً عليه لا دليل أنّ كل خربة للإمام عليه السلام بل الخربة الداخلة في عنوان الأنفال المقيّدة بما لم يوجف عليه بخيل وركاب، له عليه السلام فتأمل فيه فإنّه يليق بالتدبّر العميق، والله الموقّق.

بقية أقسام الأراضي

قال الماتن رحمته الله: (وكذا - أي للإمام - كل أرض لم يجر عليها ملك مسلم).

مقتضى اطلاق هذه الكلية أنّ جميع الأراضي المعمورة في أرجاء الكرة التي هي في يد الكفار في دار الكفر ودار الاسلام وكذا أمواتها كلّها للإمام عليه السلام وإنّما يستثنى ما بيد المسلمين من الأراضي فهي لهم.

ثم الكلية من حيث التاريخ مجملة ولم يبيّنوا وقت جريان ملك المسلم، أهو من زمان النبي أو من زمان أيّ إمام أو من زمان غيبة ولي العصر عليه السلام حتّى يكون بعده الأراضي الواقعة في يد المسلمين للإمام عليه السلام أو هو ممتد إلى آخر الدار فيكون كل أرض للإمام عليه السلام إلا ما وقع في ملك مسلم بناقل أو إحياء أو قهر.

وعلى كل، يقول صاحب الجواهر: بلا خلاف أجده فيه. وعن تذكرة العلامة وهو معاصر الماتن، الإجماع عليه، لكن العلامة في محكي تحريره وغيره رجوع عن إطلاقها وفرضها في موات أرض الإسلام!! فعلى إجماعه السلام!

أقول: وحيث أنّ هذه الكلية لا تستفاد من الأدلة الشرعية فلتكن باطلة، ولولا إنّي

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

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

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

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

وأما عدم تملك المحيي لها إذا كان إحياؤها من دون إذن الإمام عليه السلام فهو ظاهر لأنّه أحیی ملك الغير. نعم، إذا كانت الأرض حيّة وجهل مالکها كانت من مجهول المالك.

وخلاصة نظر الماتن عليه السلام في المقام حسب ظهور عباراته وإطلاقها: أنّ أرض الخربة أو الميتة ملك مالکها ولا تخرج بالخراب والموات من ملكيته. وأمّا إذا مات أو جهل فهي للإمام في زمان الحضور ولمن أحياها في زمان الغيبة لا بنحو الملك بل بنحو حق الأولوية، ولا فرق في هذا الحق بين كون ملك المالك الأول بالإحياء أو بالاشتراء وغيره من النواقل. ثم إنّ ترك المحيي إحياؤها بعد مدّة فأحياها شخص آخر ملكها بالإحياء، لكن لا ملكية دائمة بل لو ظهر الإمام عليه السلام جاز له رفع يد هذا المالك عن الأرض المذكورة.

ويمكن أن يريد بالأحقية الملكية بقرينة قوله (ملكها) كما أنّه يجوز أن يريد بالملك، الحق بقرينة قوله (أحقّ بها) ولا بدّ من ذلك وإلا لا معنى لإفادة الإحياء حقاً

مرة، وملكاً مرةً أخرى. وفي الجواهر: بل عن التذكرة التصريح بالأحقية 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 ببقائها على ملك مالکها المعروف، إلا أن يقال إن المحيي الأول لا يملكها وإنما يحدث له حقاً عليها، وفيه ما عرفته.

والأظهر أن التفصيل بين زمان الحضور والغيبة لا دليل عليه فهو ضعيف أيضاً. ثم إن الأرض إن خربت بترك مالکها وعدم قيامه بعمرانها، فإن ملكها 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 إنه المشهور بين الأصحاب تملكها بالإحياء، فهي للمحيي الثاني.^٢

وإن ملكها بالشراء والعطية وغيرهما من النواقل فعن الشهيد الثاني: لم يزل ملكه عنها إجماعاً على ما نقله في التذكرة عن جميع أهل العلم.

أقول: الإجماع المذكور مع كونه منقولاً غير حجة، ليس من العلامة، بل من أحد علماء أهل السنة فكان الشهيد اشتبه في فهم عبارة التذكرة كما اعترف به في الجواهر 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 بقاء الملك للمحيي الأول وإن ماتت الأرض كما ستعرف.^٤

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

١. ج ٣٨، ص ٢٨.

٢. الجواهر، ج ٣٨، ص ٢١.

٣. نفس المصدر، ص ٢٠.

٤. نفس المصدر، ص ٢١.

لغيره إحيائها 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 وكأن فقهاءنا لم يدركوا أهمية هذا الموضوع فراعوا جانب الملكية الخاصة الشخصية عليه فلم يلتزموا بالنصوص المعتبرة الواردة في المقام الدالة على جواز إحياء المطلق الأرض الخربة فضلاً عن الأرض الميتة. وقد أسلفناها في مقدّمة الكتاب في الفصلين الأولين منها، ونحن نشير إليها تذكراً هنا لأهمية الموضوع.

١. صحيح معاوية بن وهب المتقدم برقم (٧) عن الصادق عليه السلام: أيّما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها، فإن كانت أرض (أرضاً) لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله ولمن عمرها.^١

٢. صحيح سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي 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 يستل عن مالها.

ثم قال الراوي: قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقّه^٢ وقد تقدّم برقم (٩). والظاهر من الحق هو أجرة الأرض دون نفس الأرض، وفي الجواهر: يمكن بل قيل: إن الظاهر إرادة نفس الأرض من حقّه^٣ منها^٤ لكن صاحب الجواهر

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٤، تصدّي صاحب الجواهر عليه السلام للمناقشة فيه فحكم بإجمال ذيله فقال: أنّه مجمل أو كالمجمل. أقول: الحديث ظاهر في أنّ المراد بمن عمرها هو المحيي دون المالك الأوّل المطالب ثم إنّ نسبة الحديث إلى معاوية بن عمار من طغيان قلمه الشريف أو قلم النساخ فإنّه لمعاوية بن وهب. ومال بعض المعاصرين إلى حمل الحديث على فرض إعراض المالك الأوّل عن الأرض لمكان قوله: فغاب عنها، لكنّه غير ظاهر، والمتعقّب في جواب الإمام عليه السلام يعلم أنّ العمدة في الحكم هو الخراب والتعمير.

٢. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٥. أقول: هكذا في التهذيب، ج ٧، ص ١٤٨ و ١٤٩. ورواه الحلبي أيضاً في ضمن حديث طويل وفيه: فليرد إليه حقّه (التهذيب، ج ٧، ص ٢٠٢، ح ٨٨٨). وهذه الجملة أكثر إشعاراً برد العين من جملة فليؤد. وعلى الجملة الظاهر حكاية سليمان والحلي عن واقعة واحدة (كلام الإمام) ولا يعلم أنّهما صدر من الإمام عليه السلام.

٣. ج ٣٨، ص ٢٥.

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

٣. صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر - على المشهور ظاهراً - المتقدم 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 قبله ممن يعمر وكان للمسلمين.

وقد شرحنا الحديث في المقدمة. والرواية ظاهرة في إلغاء علاقة المالك بأرضه إذا لم يعمرها فإن أراد عليه السلام من قوله (للمسلمين) الذين يحيونها فهو يطابق ما تقدم والمناسب حملة على هذا المعنى جمعاً لا أنها ملك لجميع المسلمين كالمفتوحة عنوة فإنه بعيد جداً ولعله لم يقل به أحد، نعم ظاهر قوله (فقبله) هو عدم تملك المتقبل لرقبة الأرض إلا أن يحمل على البيع أو يقال إنه يدل على تخيير الإمام بين إبقاء الملكية للدولة متى ما أريد وبين تمليكه للمحيي كما دلّ عليه الحديثان السابقان.

٤. صحيح عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام في رجل أحيى أرضاً مواتاً فكرى فيها نهراً وبني بيوتاً وغرس نخلاً وشجراً؟ فقال: هي له، وله أجر بيوتها وإطلاقه يشمل الموات بالأصالة وبالعرض ولصورة فقدان المالك وحضوره.

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

على أن من ملك الأرض بالاحياء - حسب تلك الروايات فالمتيقن أن الإحياء جهة تقييدية لتملكها وكونه جهة تعليلية غير ثابتة فإذا زالت آثار الإحياء فخربت أو ماتت لا دليل على بقاء ملكيته على الأرض فلا بدّ له قبل أن تصل أرضه ذلى حدّ 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 تمّ لا يدل على جواز إحيائها لغيره وتملكها بالإحياء.

نعم، بالنظر إلى الروايات المستدل بها هنا يصحّ أن نقول أنّ الأرض بمجرّد خرابها فضلاً عن موتها تخرج عن ملكية مالكيها، لأنّها تزول بعد شروع المحيي في إحيائها لأنّ لازم هذا الاحتمال أنّ الشارع أجاز للمحيي التصرف في مال الغير ولو في مدّة قليلة جداً فإنّ هذا وإن لم يكن بمحال عقلاً ولا ببال مسلم شرعاً، لكن ارتكاز المتشرّعة على خلافه، وهذا الارتكاز يهدينا إلى زوال ملكية المالك قبل الإحياء وأنّه يقع في المباحات ومعه لا يصل النوبة إلى استصحاب بقاء ملكية المالك، فتأمل.

والمحتصل ممّا تقدّم جواز إحياء أرض الخربة فضلاً عن الميّنة وإن كان مالكيها حاضراً وملكها بالبيع والهبة أو الإرث ونحوها فضلاً عمّا إذا ملكها بالإحياء. والأحوط في إحياء أرض الخربة ومعرفة صاحبها أداء أجره الأرض إلى صاحبها المذكور، وهذا الاحتياط في الأرض الميّنة إذا عرف صاحبها أو في الخربة التي يجهل مالكيها غير لازم.

والأحوط في الأرض الخربة أو الميّنة المعلوم مالكيها مراجعة الحاكم الشرعي فيخير المالك بين التعمير وإذن الغير لإحيائها فإن قبل أحد الأمرين فهو وإن امتنع أجاز للمحيي وبطل حق المالك، وعند تعدّد الحاكم يخبره المحيي فإذا امتنع، أحياء وبطل تعلّقه بها وهذا الاحتياط لأجل مخالفة المشهور للمختار والله سبحانه أعلم.

الأراضي الخربة

إذا خصّص المالك أرضاً مواتاً من المباحات أو كانت أرضه عامرة فخربت أو

١. وهل أداء الأجرة في كل سنة أو من حين الشروع في الإحياء إلى تمامه فقط، فإن المحيي لا يملك الأرض الخربة أو الميّنة بمجرّد التحجير وشروع الإحياء بل يحصل له حق الأولوية، فعليه أداء حق مالكيها السابق لزوماً أو استحباباً - على ما قلنا - إلى حين ثبوت ملكية المحيي على الأرض - وهو حين إتمام الإحياء وكما له - وبعد ذلك لا معنى لدفع الأجرة حتى استحباباً إلّا أن يقال: إنّ هذا خلاف ظاهر صحيح سليمان وقد تقدّم حسن حمل الأمر بأداء الأمر بالأجرة على الندب جمعاً.

ماتت فخصصها لتعليف 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 ملكه 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 تحققه؟ 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 المتأخرين.

وذلك أن 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، ولا بد من هذا التقييد لقبح التصرف في مال الغير عقلاً وحرمة شرعاً.

وحيث لا دليل على كون الخربة أو الميتة غير مملوكة لمالكها السابقين فلا يصح التمسك بتلك النصوص على جواز إحيائها.^١

أقول: بل يمكن أن نقول إن استصحاب بقاء ملكيتها لمالكها الأول يخرج الأرض عن موضوع الأحاديث المذكورة، لكن الإيراد المذكور سواء تم بالنسبة إلى الأحاديث العامة الواردة في جواز إحياء الموات كما تقدم في أول المقدمة، أو لم يتم، لا مورد له بالنسبة إلى صحيح سليمان بن خالد وصحيح معاوية بن وهب وصحيح أحمد البرنطي المتقدمه فإنها تدل على الغاء ملكية المالك الأول، وهو ظاهر جداً. وقد استظهرنا غير بعيد أن ملكية المالك الأول تزول بمجرد الخراب فراجعه، فتقييد إطلاق الروايات بما ذكره هذا القائل خطأ جداً.

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

٢. وقيل أيضاً إنه لا يصح إثبات ملكية الأرض للمحيي بصحيفة معاوية المتقدمة فإن ظهورها معارض بصحيفة سليمان بن خالد، فإنها نص لمكان قوله ﷺ (فليؤد إليه حقه - فليرد إليه حقه) في بقاء رقبة الأرض في ملكية مالكة الأول، وحيث أن النص يتقدم على الظاهر، فلا بد من رفع اليد عن ظهور صحيح معاوية في حدوث الملكية للثاني وحملها على حدوث حق الأولوية فيحينئذ لا منافاة بين الصحيحين.^١ أقول: بل يحمل الأمر بالأداء أو رد الحق على الاستحباب بقرينة صحيفة معاوية فإنها ظاهرة ظهوراً قوياً في بطلان ملكية المالك الأول بعد الإحياء وتعمير المعمر (فإن الأرض لله ولمن يعمرها) وليس حق الله سوى ملكيته - وإن كانت تكوينية غير مقولية ولا اعتبارية فقهية - ولا يعقل حمل ملكية الله على حق الأولوية فليكن الأمر كذلك في حق المعمر، وأنه ملكية اعتبارية، لوحة السياق.

على أن بناء العقلاء المؤكد بالروايات الكثيرة المتقدمة في الفصل الأول من مقدمة الكتاب، يدل على أن الإحياء سبب للملكية دون حق الأولوية.

٣. نتيجة البحث أن الأرض الخربة أو الموات تملك بالإحياء، سواء كانت بلا رب أو لها رب خاص معلوم، تركها لعذر أو لغير عذر وملكها بالإحياء أو بسائر النواقل وإن كان الأحوط في فرض استناد ترك التعمير إلى عامل غير اختياري استرضاه كما أن الأحوط في فرض معروفة مالكة الخربة دفع أجرة الأرض له، كما أشرنا إليه فيما قبل، والله عالم بأفعاله وأحكامه.

فأرجح الأقوال في المسألة ما ذكرنا وأما مختار المحقق الحلبي رحمه الله فيبعد أن يكون هو ما يترأى من عبارة المتن فإنه بعيد. وذهب جمع - ولعله المشهور - إلى بقاء ملكية الأرض الخربة لصاحبها وعدم جواز إحيائها مطلقاً؛ منهم صاحب الجواهر رحمه الله كما تقدم كلامه،^٢ وفصل جمع بين ما ملكه المالك بالإحياء فيجوز إحيائها إذا تركها حتى خربت أو ماتت، وما ملكه بالشراء والإنهاب والإرث وغيرها فلا يجوز إحيائها للغير مطلقاً.

١. الأراضى، ص ٥٣.

٢. ج ٣٨، ص ٢٨.

وقيل: إن علاقة المالك لا تنقطع عن الأرض بطرو الخراب، وإنما تنقطع بعد قيام الغير بإحيائها.^١

٤. إحياء الأراضي الخربة والموات لا يحتاج إلى إذن في زمان الحضور والغيبة بعد إذن رسول الله ﷺ والإمامين الباقر والصادق عليه السلام ولا يبعد كون إذنهم حكماً شرعياً لا إذناً مالكيّاً كما سبق، فإنّ المستفاد من تلك الروايات ليس هو سببية الإحياء للتملك فقط كما زعمه بعض المعاصرين، بل وجواز الإحياء لكل أحد أيضاً حسب المتفاهم العرفي وإن كان كافراً للإطلاق.

٥. مقتضى القاعدة أنّ من أحيى أرض الإمام - وكذا غيره - من دون إذنه لم يملكها.

٦. إذا نهى الإمام عن إحياء أرض ميتة أو خربة، لا يجوز إحيائها ولا يملكها أن أحيائها فإنّه ولي الأمر، بل هذا الحق ثابت ل نائب الغيبة أيضاً.

٧. لا يعتبر قصد التملك بالإحياء في حصول الملك، بل يحصل الملك بمجرد الإحياء لإطلاق الأحاديث الدالة على سببية الإحياء للملك، وترتب المسبب على سببه قهري سواء صدر الإحياء بقصد التملك أم لا وسواء صدر مباشرة وعن الفاعل نفسه أو عن وكيله وأجيريه، وأمّا إن قصد عدم التملك، ففي انصراف النصوص عنه وعدمه وجهان.

فإذا أحيى أحد أرضاً بقصد تملك غيره تبرعاً فهل هو يملكها مع عدم قصده ذلك بل مع قصد عدمه، أو يملكها المتبرع؟ أمّا الثاني فهو مشكل أو ممنوع لعدم ما يوجب ملكه سوى قصد المتبرع وهو لا يكفي ولا يوجب. ولا أقل من الشك في مثل هذه السببية والأصل عدمها.

وأما الأول وهو ملكية المتبرع فمع عدم القصد لنفسه، لا إشكال فيه كما سبق ومع قصد عدمه ففيه وجهان. بل قد يمنع التوكيل والإيجار أيضاً وإنّ إحياء الأجير

لا يوجب ملكية الموكل والمؤجر، فإن نسبة فعل الوكيل والأجير إنما يصح 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 ضحكته أو بكائه إلى غيره ولا تصح أبداً، وكل فعل، قائم بفاعله فقط، قياماً حلولياً أو صدورياً أو إيجادياً أو ذاتياً على ما قرّرناه في بحث المشتقات من علم الأصول ولا ينتسب إلى غيره بوجه إلا إلى مفعوله في الأفعال المتعدية قياماً وقوعياً، وهذا فليكن واضحاً، ولا شك أن الإحياء عمل خارجي لا أنه أمر اعتباري فلا ينتسب إلى الموكل والمؤجر.

واعلم إن بحثنا هذا ليس بحثاً فلسفياً وعقلياً، بل نبحث عن نظر العرف وهو وسيع الزاوية جداً، وعليه فالعرف يرى الأفعال التكوينية على قسمين، قسم ضيق الانتساب لا تصح نسبته إلى غير فاعله كما أشرنا إلى بعض أفرادها، وقسم وسيع الانتساب يصح عندهم نسبته إلى غير فاعلة لجهة من الجهات كإجارة ووكالة وإذن 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 والتفريق فيجيز 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 - والحياسة وأمثالها إلى الأمر والآذن والموكل والمؤجر. فيصح الإحياء مباشرة وتسبباً كما قلنا أولاً.

سببية الإحياء للملكية أو الحق

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

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

منها خبر الكابلي^١ لكنه ضعيف سنداً ودلالة وقد سبقت الإشارة إلى جهالة الكابلي.

ومنها صحيح سليمان فقيه: «فليؤد - فليرد - إليه حقّه» وهو يدل على بقاء ملكية المالك وإلا لم يبق له حق ولا يجتمع اجتماع المالكين على ملك واحد، فالمحي له حق الأولوية.

أقول: مرّ جوابه بحمل الأمر بالاداء أو الردّ على النذب جمعاً بينه وبين غيره. ومنها خبر عمر بن يزيد وفيه: من أحبى أرضاً من المؤمنين فهي له، وعليه طسقتها يؤديها إلى الإمام عليه السلام.

لكن سبق أن عمر بن يزيد مشترك بين الثقة والمجهول. فلا تصلح هذه الروايات لحمل الملكية في تلك الروايات على الحق. ثم قال المعاصر المذكور بعد كلام طويل: تسقطان معاً 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 فلا تصل النوبة إلى الاستصحاب فإنه دليل حيث لا دليل، فتأمل.

بحث معقّد وهو انه

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

١. الوسائل، كتاب احياء الموات الباب الثالث.

٢. الأراضى، ص ١١٣.

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

أرض من أسلم عليها أهلها طوعاً

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

وفي المقام فروع

١. لا فرق في الحكم ببقاء الأرض العامرة على ملكية من أسلم طوعاً بين تعميرها قبل تشريع الأنفال ونزول حكمها، وبعده، لبناء العقلاء على ملكية الأرض بالإحياء على الأول، وكون الموات من المباحات التي يملكها المحيى 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 أحيها بعد نزول الأنفال ملكاً له، حتّى وإن فرض الإحياء قبل إذن رسول الله ﷺ في الإحياء المسبب للملكية، فإنّه سبق بنحو القضية الحقيقية التي تشمل ما قبلها أيضاً بعد ظهور كلامه في الجواز الشرعي دون الإذن المالكى.

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

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

الموات سواء كانت من المباحات كما هو الأظهر أو من الأنفال كما هو المشهور، لا تنتسب إلا إلى محيها أو محررها، ولا فرق فيه بين المسلم والكافر، كل ذلك واضح. فما ذكره صديقنا مؤلف الأراضي في هذا الباب كلها ضعيف.

٢. إذا ترك الذي أسلم طوعاً تعمير أرضه كلاً أو بعضاً أخذها الوالي وقبّلها ممّن يعمرها. وتقدّم أنّ هذا الحكم عام وجار في مطلق الأرض غير المعمورة سواء كانت من كافر أو مسلم أباً عن جدّ أو أسلم جديداً، لعدم احتمال الفرق في مثل هذا الحكم بين الثاني والثالث جزماً.

٣. لا يدلّ الحديث - حديث البنظي - على تملك المحيي لهذه الأرض، بل الإمام يقبّلها ممّن يعمرها، إلا أن يقال بأنّ مقتضى الأحاديث المتقدمة في الفصل الأول من المقدمة تدلّ على أنّه يملكها فلا منافاة بين الحديث وتلك الأخبار والمراد بقوله - وكان للمسلمين - هو هذا المعنى، أي كل مسلم أحيّاها فهي له. لا أنّه بحكم المفتوحة عنوة وإن شئت فقل إنّ الإمام مخير بين إعطائها لمن يحييها وبين حفظها للدولة وتقبيلها ممّن يتقبّلها.

٤. مقتضى إطلاق الحديث عدم مسبوقية تقبيل الإمام بتخيير صاحب الأرض بين التعمير ونقلها إلى الغير بعوض أو غير عوض وإجباره على أحد الأمور. فيكون هذا الإطلاق قرينة على أنّ الاحتياط التي ذكرناه سابقاً غير لازم، فافهم وتأمل.

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

أرض الصلح

الكفار ان قاوموا مقاومة مسلّحة فقهروا وأخذت أراضيهم، فهي من المفتوحة عنوة

وتقدّم تفصيلها وبيان حكمها، وإن أسلموا طوعاً ترك لهم أرضهم إذا قاموا بتعميرها وأما إذا لم يقاتلوا ولم يسلموا ولكن صالحوا المسلمين فربّما يقع الصلح على بقاء ملكيتهم على أراضيهم حسب اقتضاء الظروف الموجودة وربّما يقع على نقلها إلى المسلمين، وربّما يعطى الكفار أراضيهم من دون صلح لجهة من الجهات النافعة لهم، للمسلمين وإن لم يكن ذلك عن طيب نفسهم 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 للمسلمين ولو فعل ذلك سهواً أو عمداً لا أثر لصلحه هذا وذلك لصحيح حفص المتقدم في الفصل الرابع من مقدّمة الكتاب.

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

فما في كتاب الأراضي تبعاً للجواهر: 'وأما إذا نصّ في بنود الصلح على استملاك الدولة للأرض أو الأمة فحينئذٍ تصبح الأرض خاضعة لمبدء ملكية الإمام ﷺ أو المسلمين. فكأنّه صدر منه غفلة عن صحيح حفص المشار إليه. ثم إن الأراضي المذكورة بعد أن خضعت لملكية الدولة إما أن تؤخذ منهم وإما أن تبقى بأيديهم بطسق أو بغير طسق، كل ذلك يتبع الوضع الراهن في ذلك الوقت بنظر الحاكم الإسلامي.

الأرض التي انجلى عنها أهلها أو بادوا

الأرض التي انجلى عنها أهلها فإن كانت ميتة غير معمورة ولا مزروعة، فهي من الأنفال على المشهور، ومن المباحات على المختار، لضعف الأحاديث الدالة على

قول المشهور، إلا أن يطمئن أحد بصدور بعضها عن الإمام عليه السلام فاطمئنانه حجة عقلانية له، خلافاً للسيد الأستاذ الحكيم حيث ناقش في حجته وقد أجبنا عن نقاشه في كتابنا (بحوث في علم الرجال). نعم، العلم حجة عقلية والاطمينان حجة عقلانية. وإن كانت عامرة طبيعياً فهي أيضاً من المباحات الأصلية فيجوز لكل أحد إحياء الأول والانتفاع بالثاني.

وإن كانت عامرة بشرياً وقت الانجلاء فإن كان الانجلاء عن اعراض فحكمها حكم سابقتها في كونها من المباحات لكل أحد على الأظهر، وإن لم يكن عن اعراض، بل لموانع قهرية، فإن كانوا كافرين حربيين جاز تملكها 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 المباحات أو من الأنفال؟ فيه وجهان، وقد مرّ بحثه، وعلى صورتين يجوز إحيائها وتملكها.

وإن كانوا مسلمين فإن عرفوا فلا يجوز لأحد التصرف فيها ما دامت عامرة وإن لا ينتفعون بها، فإن تبادت بها الأيام حتى خربت فهي من الأنفال ومحكومة بحكمها فيجوز لكل أحد أحيائها وتملكها ولو كان كافراً وإن طال الزمان حتى صارت ميتة ففيها الوجهان المتقدمان.

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

ويمكن أن يستشكل في تطبيق هذه الأحاديث على الميت الكافر، فإنّ المستفاد من بعض الصحاح أن استملاك 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 فقدانه بالنسبة إلى الكافر الحربي، فإذا انتفى الضمان المذكور انتفى الاستلاك أيضاً.

ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من مات وترك ديناً فعلينا دينه وإلينا عياله ومن مات وترك ماله فلورثته، ومن مات وليس له ماله من الأنفال.^١ وفي صحيح ابن رثاب وعقار بن أبي العوص قال: سألت أبا جعفر عليه السلام ... وما كان ولاؤه لرسول الله ﷺ فإن ولائه للإمام وجنابته 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 ضعفها سنداً هو صحيح حفص وصحيح ابن فرقد، وقد ذكرناهما في الفصل الرابع من المقدمة، لكن صحيح ابن فرقد لم يذكر فيه الأنفال ولا دليل آخر معتبر 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 بفقهاء يلتزم به. فإذا أخرجت من أيدي الأعداء ووقعت 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 وجه 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 المؤكد اختصاصها بقوله عليه السلام: وليس للناس فيها شيء. فلو قدمنا إطلاق الثاني عليه لم يبق لهذا العنوان أثر وخصوصية^٣ فالقطائع - 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: «وَأَعْلَنُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ فَتَكُونُ لِلْمُقَاتِلِينَ. لكن الظاهر أنه لا قائل بملكية الأرض للمقاتلين.

وهل المراد بالملوك هم الملوك الكفار أم مطلق الملوك الجائرين الظالمين الفاسقين ورؤوساء الجماهير الذين يدعون الإسلام ولا يعتقدون به بل يحكمون بضدّ ما أنزل الله على رسوله ويسعون في الأرض فساداً وهم أضرب من إبليس بدين الله وعباده كحكام عصرنا المسلّطين على المسلمين وبلادهم. لا يبعد اختيار الشقّ الثاني اعتماداً على إطلاق اللفظ. والله العالم.

وعلى الثاني لا إشكال في الحكم إذا كان أصل القطائع من المباحات أو من الأنفال، وأمّا إذا كانت من المفتوحة عنوة أو مغصوبة من المسلمين فهي على حكمها الأوّل ولا تدخل في ملك الإمام ﷺ للانصراف.

وأما صحيح حفص فهو الحديث الصحيح الوحيد 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 الأوّل.

وإن شئت فقل: إنّما تدخل هذه الأقسام الأربعة 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. وأمّا في الآخرين فلوحدة السياق وللمستفاد من مجموع الروايات غير المعتمدة ولكونها من مصاديق الأنفال التي قيدت بما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، فلا ينبغي التردّد فيه. فما يظهر من كلام صاحب الجواهر - على ما نقلناه سابقاً - من شمولها لما في دار الإسلام ودار الكفر غير قوي والله أعلم.

وإليك جملة أخرى من عبارة *الجواهر*: لكن الإنصاف أنّه مع ذلك كله لا يخلو من إشكال، من حيث ظهور كلمات أكثر الأصحاب في اختصاص الأنفال بالموات وما كان عليه يد الكفّار، 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 المباحات الأصلية حينئذٍ. فتأمل جيداً فإنّ المسألة غير محررة في كلام الأصحاب.^١

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

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

يقول صاحب *الجواهر* عليه السلام بعد نقل الأقوال والأحاديث في المقام: وكيف كان فسير هذه الأخبار المعتمدة الكثيرة التي كادت تكون متواترة المشتملة على التعليل العجيب والسرّ الغريب يُشرف الفقيه على القطع بأباحتهم 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 بنا المقام لأجله، فمن شاء الوقوف عليها فليراجع *الجواهر*.^٢

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

١. خمس *الجواهر*، 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 الجواهر^١ ولم أجد خبراً معتبراً سنداً وظاهراً دلالة على إباحة الأنفال للشيعة وتمليكها لهم فلا بدّ على نحو الاحتياط في الأمور الخمسة إذا ابتلى ببعضها أو بكلّها المتدينون من الرجوع إلى الحاكم الشرعي والعمل بنظره، وحيث أنّ أكثر مصاديق الأنفال خارج عن محل ابتلاء المؤمنين لا نرى ملزماً لإطالة الكلام فيه.

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

الأراضي المستقاة من الأنهار الخمسة

قال الصادق^{عليه السلام} في صحيح حفص بن البختري: إنّ جبرئيل كرى برجله خمسة أنهار، ولسان الماء يتبعه: الفرات ودجلة ونيل مصر ومهران^١ ونهر بلخ. فما سقت أو سقى منها فلا إمام^{عليه السلام} والبحر المطيف بالدنيا (للإمام - كاخ)^٢. وعن الصدوق^{عليه السلام} تفسير البحر المطيف بأفسيكون وقيل أنّه آب سكون والمراد به بحر الخزر، وعن معجم ياقوت: آفسيكون مدينة على ساحل طبرستان.

والحقّ أن يقال: إنّ البحر المطيف بالدنيا مجهول، فإن أريد بالدنيا ما يقابل الآخرة، فتصور البحر المذكور خارج عن فهمنا، وإن أريد بها ما سوى الله، فيصير تصوّره أبعد وإن أريد بها كرة الأرض، فلا بحر يحيط بها كما هو المشهور اليوم. فلا بدّ من ردّ علمه إلى من صدر عنه.

ثم إنّ المراد بكلمة «ما» الموصولة، فما سقت إمّا الأرض وإمّا النبات من الأشجار والزرع وغيرهما وإمّا الأرض والنبات معاً.

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

٢. جامع الأحاديث، ج ١٠، ص ١٢٥.

ولا بعد في هذا النحو من الملكية فإنها 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 ممّا يمكن سكناه يسمى إحياء).

أقول: أمّا أنّ الحاكم في صدق الإحياء والتعمير الواردين في الأحاديث المعتبرة المتقدمة في مقدّمة الكتاب الدالة على سببتهما للتملك، هو العرف فلاّنه لا حقيقة شرعية للفظي الإحياء والتعمير، بل ولم تحدّدهما اللغة أيضاً، فهما كغيرهما من المفاهيم تابعان للصدق العرفي، وقيل: إنّه خلاف فيه، وينبغي أن يكون كذلك.

وأما صحّة 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 حتّى في عصرنا، وأمّا في قرب البلاد الكبيرة الراقية ففي صدق الإحياء عليه تردّد. وتتطوّر الزمان وتبدّل الحالات وإن لم يدخلا تغييراً في المفاهيم لكنهما تغيران مصاديقها فتختلف انطباقها عليها سعةً وضيقاً.

إذا تقرّر ذلك، فلا بدّ من ذكر أمرين هما بمنزلة أصليين في كيفية الإحياء وفهم حقيقته:

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

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

للسيارات فبناها 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 للغنم ملكها بمجرد الحائط ثم جاز له أن يبنها داراً. واعترض عليه في الجواهر بأنه مناف لصدق الإحياء عرفاً على متخذ الأرض داراً وملكه لها لو اتخذها حظيرة، للصدق العرفي باعتبار أن إحياء كل شيء بحسب حاله لا يقتضي صدقه مع عدم قصدها، وإن جاز العدول عن القصد في الأول واتخاذها داراً، كما يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط واتخاذها حظيرة، فإنه يملكها بذلك، لصدق الإحياء عليها عرفاً...^١

أقول: إيراد الجواهر عند 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 ﷺ: من أحيا أرضاً ميتة فهي له. فكما لا يعتبر عند هذا المعترض 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، كفاية إخراج الأرض عن العطللة إلى الانتفاع.

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

أو هو جعل الأرض مهية للزرع والغرس برفع الموانع عنها وإيجاد أوصاف فيها، كما عن جمع منهم الماتن رحمه الله حيث قال: (ولا يشترط حراستها 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 رحمته الله في شرح اللمعة: والأقوى الاكتفاء بكل واحد من الأمور السابقة (أي عضد الشجر وقطع المياه الغالبة والتحجير) مع سوق الماء حيث يفتقر إليه، وإلا اكتفى بأحدها خاصة. هذا إذا لم يكن المانعان الأولان (أي الشجر والمياه الغالبة) أو أحدهما موجوداً وإلا 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 لأنه انتفاع بالمحبي كالسكنى لمحبي الدار.^١

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

فإن جعلنا قوله عليه السلام وعمرها عطف بيان لما قبله فهو دليل على الوجه الثاني وإن فسّرناه بالحرث وبذر الحبوب والسقي، فهو دليل على الوجه الأول ويناسبه تفريع الصدقة عليه أكثر ما يناسب الوجه الثاني. وإذا فرضنا ذهاب المشهور إلى الوجه الثاني كفى به دليلاً، فإنهم من كملاء العرف؛ فتأمل.

ثم وقفت بعد ذلك على كلام لسيدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله قال: لا بد في صدق إحياء الموات من العمل فيه إلى حدّ يصدق عليه أحد العناوين العامة كالدار والبستان والمزرعة والحظيرة والبئر 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 وعدمًا، وعند الشك في حصوله يحكم بعدمه.^٣

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

١. ج ٧، ص ١٦٨.

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

٣. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢١٧.

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

أقول: ما أفاده الأستاذ رحمته في البنائيات كالدّار والمخزن مثلاً صحيح لعدم صدق الإحياء على من بنى حائطاً في جانب من الأرض، بل هو تحجير وشروع في الإحياء وهذا هو المطابق للاعتبار العقلاني مضافاً إلى فهمه من النصوص عرفاً.

وأما في الأرض الزراعية فما أرسله جمع من الفقهاء إرسال المسلّمات أو ادّعوا القطع على عدم اعتبار الحرث والزرع في الإحياء ففيه خفاء وإشكال فالإحياء (أي آباد نمودن في الفارسية) يشكل صدقه على ما ذكره، وإذا ثبت أنّه مذهب مشهور فقهاءنا لا يبعد قبوله لأنهم من أهل العرف وأفاضلهم فهماً وتطبيقاً. وإلا فلا بدّ من الاختصار على نظر سيدنا الأستاذ الخوئي رحمته ولو من باب الأخذ بالقدر المتيقن. والله سبحانه أعلم بأحكامه.

قال: (ولو قصد الزراعة كفى في تملكها التحجير بمرز أو مستاة^١ وسوق الماء إليها بساقية أو ما شابهها).

أقول: ظاهر العبارة أنّ التحجير المذكور يفيد ملكية الأرض، وهو كما ترى وإن كان هو مذهب جماعة في الجملة كما يأتي عن المسالك، وسيأتي أنّ التحجير عند المصنّف أيضاً يفيد أولوية، ولعل مراده تملك تصرفها لارقيتها. أو أن 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 حواله ليفصل المحيا عن غيره. وقال: اعتبر هذا جميع الأصحاب، وقال: وفي معناه نصب نصب قصب وحجر وشوك وشبهه.

١. وفي المنجد: المرز جمع التراب حول ما يريد إحيائه والمستاة نحوه 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 عليهم السلام ولا ينبغي 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 والبستان مطلقاً، فإذا كانت الأرض غير مسطحة بحيث لا يتيسر إيصال الماء إلى جميعها حتى بالآلات المتطورة الحديثة، فلا بد من طمّ الحفر وإزالة الارتفاع من المرتفع كما ذكره العلامة. وإيراد الجواهر^١ عليه تبعاً لجامع المقاصد^٢ بأنه لم يجد من يعتبره واو، لا يلتفت إليه، بل ربما يحتاج إلى تليين 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 مستأجمة^٣ فعُضد شجرها وأصلحها. وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة وهيئها للعمارة، فإن العادة قاضية بتسمية ذلك كله إحياء، لأنه أخرجها بذلك إلى الانتفاع الذي هو ضد الموت).

لا بأس 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 تحقق الإحياء بذلك عرفاً. فإن للانتفاع مراتب لا يلزمها الإحياء دائماً، بل هو يلزم أو يلزم أو يستلزم بعضها عرفاً.

قال: (ومن فقهاءنا الآن من يسمي التحجير إحياء). بل عن المسالك: إنه قد وافق الجماعة على أن الأرض إذا كانت غير مستأجمة ولا مشتملة على مانع ولا مفتقرة

١. ج ٣٨، ص ٦٩.

٢. ج ٧، ص ٧٥.

٣. قيل: من استأجم أي تحول إلى أجم. والأجم: الأرض ذات الأشجار الكثيرة الملففة (جنگل) والأرض ذات القصب الكثير (نيزار) والأرض المسبعة بأن تكون مأوى السباع.

إلى السقي بالماء المجتلب، يكفي تمييز المحيا عن غيره بتراب ونحوه في تحقق الإحياء، وهذا أضعف من أفراد التحجير.

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

نعم، ربما يعدّ عمل إحياء في حدّ نفسه عرفاً وإن كان تحجيراً لما هو المقصود كما إذا حفر بئراً للمسكن أو المزرعة فإنّه إحياء للبئر وتحجير للمزرعة والمسكن. وعلى كل، كلام هذا الفقيه باطلاقه كما ذكره المصنّف (بعيد) بل ضعيف جداً لا يمكن إتمامه بدليل.

فروع متعلّقة بالإحياء

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

٢. لو فرضنا أرضاً قريبة إلى الماء ولم تكن محتاجة إلى شيء آخر للزرع وللبناء سوى حفر نهر قصير كالتر والمترين، فهل هذا الحفر إحياء لها عرفاً على القول الأوّل 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 الأوّل حتّى إذا جعلها داراً أو مزرعة فيملكها كما هو معنى القول الثاني من القولين المذكورين، فتدبّر.

٣. يقول السيّد الأستاذ الخوئي (رفع مقامه) الإعراض عن الملك لا يوجب زوال الملكية، نعم إذا سبق إليه من يملكه، ملكه، وإلّا فهو يبقى على ملك مالكة، فإذا مات فهو لوارثه، ولا يجوز التصرف فيه إلّا 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 صحيحة ابن سنان عن الصادق عليه السلام من أصاب مالاً أو بعيراً في فلات من الأرض قد كلّت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتّى أحيّاها من الكلال ومن الموت، فهي له، ولا سبيل له عليها، وإنّما هي مثل الشيء المباح.^١ ورواه الشيخ أيضاً في تهذيبه وفي نسخة منه على ما قيل: ونسبها لما لم تتبعه.

فهي أجنبية عن المقام برواية نسخة من /تهذيب إلا إذا فسّرنا النسيان بالترك، فتوافق نسخة /الكافي، وهي موافقة لكلا النظيرين ولاتنافي قول الأستاذ كما زعمه مؤلف كتاب /الأراضي، بل هي لاتدل على تملك المعرض عنه بمجرد الأخذ، بل بالإحياء من الكلال والموت. ولعل تعليق الملكية على الإحياء لا لأجل تقييد الحكم به، بل لبيان بقاء وجود الحيوان المذكور وعدم تلفه قبل الإحياء فلاحظ.

إلا أن يقال إنّ قوله عليه السلام: إنّما هي مثل الشيء المباح. يدل أو يشعر بسقوط ملكية المعرض عن المعرض عنه، فلاحظ.

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

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

٤. ويقول السيّد الأستاذ المتقدّم أيضاً: من سبق من المؤمنين إلى أرض ذات

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٥٨.

٢. هو عود صغير يدخل في عروة الخرج ويشدّ عليه كما قيل.

٣. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٥٦.

أشجار وقابلة للانتفاع بها ملكها، ولا يتحقق سبق إليها إلا بالاستيلاء عليها وصيرورتها تحت سلطانه وخروجها من إمكان استيلاء غيره عليها.^١

أقول: لا دليل على أن الحيابة والسيطرة والاستيلاء على الأراضي من دون عمل فيها يوجب للشخص حق أولوية فضلاً عن ملكية. وهكذا الحمى واقطاع الجائر.

فمن استولى على أرض عامرة طبيعية فله الانتفاع بها من مائها وكلائها ونباتها وأشجارها بالأكل والاحتطاب والرعي وغير ذلك، ضرورة جواز الاستفادة من المباحات، ولا يجوز طرد المنتفع ومزاحمته في انتفاعه. وأما حق الأولوية للمنتفع بنحو لا يجوز الانتفاع لغيره وله منعه منه، فغير ثابت. فلكل من أراد الانتفاع بها، جاز له ذلك وليس للمتقدم طرد المتأخر ولا العكس.

فما أفاده السيد الأستاذ رحمته الله وتبعه بعض تلاميذه الفضلاء غير صحيح.

وربما قيل بدلالة أخبار: من حاز ملك، وباستقرار سيرة العقلاء على إفادة الحيابة للملكية، وكلاهما ممنوع، فإن الأخبار المزبورة لم نظفر بها، والسيرة إنما جرت على صحة الممتلك بحيابة المنقولات كحيابة الأحجار والأخشاب والمياه وغيرها فإن حيازتها موقوفة على العمل لا محالة. وأما في الأرضين فالظاهر ان عدمها ثابتة.

نعم، إذا عمل في العامرة عملاً لمزيد الانتفاع فإن صدق عليه الإحياء يملكه بمقدار عمله وإن صدق التحجير ثبت له حق الأولوية، فمجرد الاستيلاء لا يفيد شيئاً.

٥. كما يملك المحيي الأرض الخربة، بالإحياء كذا يملك موادها وأجزائها الباقية من الأخشاب والأحجار والآجر وما شاكل ذلك، لا لأجل الحيابة وقصد التملك الجائر بأخذها كما أفاده السيد الأستاذ - أعلى الله مقامه - فإنه يتم في المباحات الأصلية دون مال من لا وارث له أو جهل مالكة، كما في المقام، بل لفحوى جملة من الصحاح المتقدمة في مقدمة الكتاب الدالة على إذن الإمام عليه السلام لتملك الأراضي الخربة بالإحياء، فإن المفهوم منها جواز تملك المواد أيضاً وإلا لكان اللازم على الإمام بيان حكمها، فانظرها.

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 والبتروول والذهب والحديد ومختلف أنواع المعادن.
٣. المياه الطبيعية التي هي شرط رئيسي في الحياة المادية للإنسان والحيوان والنبات.
٤. محتويات البحار والأنهار كاللثالي والمرجان وحيواناتها وبقية ما فيها.
٥. الحيوانات البرية والجوية وصوفها وشعرها وجلودها ولحومها مثلاً.
٦. النباتات الطبيعية.
٧. الذخائر الطبيعية في الكرات السامية «وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ...» ولعل الإنسان يصل إلى أكثرها في مستقبله القريب أو البعيد.
٨. القوة الكائنة المنبئة في أرجاء الكون التي عرف الإنسان بعضها وسوف يكتشف مقداراً آخر منها. وذلك كقوة انحدار الشلالات من الماء التي يمكن تحويلها إلى سيال كهربائي ينتقل بواسطة الأسلاك 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: الأول أن لا يكون عليها يد لمسلم) سواء أكانت مفيدة للملك أو الحق، لعدم جواز التصرف فيه.
- وتفصيله: إنّ الأرض التي هي بيد المسلم إمّا عامرة، فيريد الثاني إحيائها بأكثر ممّا هي عليه، أو خربة أو مينة لا تنتفع بها، أو تنتفع بها لحفظ السيارات أو الطائرات

أو غيرهما من الأموال. لا يجوز التصرف في الصورة الأولى والثالثة، بإحياء وغير إحياء، حتى إذا كانت اليد مشكوكة الصحة بل وكانت يد ذمي أو مستأمن، 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 بصدد إعمارها وإحيائها فلا يبعد عدم جواز مزاحمته، وإن كان غير قاصد له، فقد سبق سقوط حقه مطلقاً، فيجوز لغيره إحيائها على الأرجح والله أعلم.

قال: (الثاني أن لا يكون حريماً لعامراً، كالطريق والشراب^١ وحريم البئر والعين). الحريم ممّا يتوقّف عليه الانتفاع أو كمال الانتفاع بالعامرة فلصاحب العامرة أو أصحابها حق عليه، بحدّ لا يجوز مزاحمتهم بإحياء وغير إحياء، واستدل على هذا الشرط بالإجماع وبقاعدة لا ضرر وبعض الروايات الضعيفة سنداً. وعلى كل لا خلاف في المسألة، نعم من الحرائم ما لا يضرّ إحياءه بصاحب الملك فلا بأس بإحيائه كما في حريم البئر أو القناة بالنسبة إلى أحداث قناة أخرى مثلاً، وإنّما 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 يسمّه الشرع مشعراً للعبادة كعرفة ومنى والمشعر، فإنّ الشرع دل على اختصاصها موطناً للعبادة، فالتعرض لتملّكها تفويت لتلك المصلحة).

أقول: بل مع قصد عدم التملّك لا يجوز فيها فعل ما يمنع الناس عن الوقوف والسكون فيها في الموسم. وأما الأفعال غير المنافية لها في غير الموسم فهي جائزة والسيرة أيضاً جارية عليها بلا نكير.

قال: (وأما لو عمّر فيها ما لا يضرّ ولا يؤدّي إلى ضيقها عمّا يحتاج إليه المتعبدون كاليسير لم يمنع منه).

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

إن سلّمنا 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 أنما هو من قصر نظر المؤلف إلى عصره كما صدر مثله عن مثله في بعض المسائل أخرى. وفي الجواهر ردّاً على كبرى المتن: بل كاد يكون كالمنافي للضروري.

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

فمنها: أنه يجوز بناء منى والمشعر وعرفة عشر طبقات مثلاً، والمعيّار حاجة الحجاج وإزالتها وما يقال من أن منى لا يبنى. 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 تردّد، بل الأرجح بطلانه من السطح الأعلى ممّا يقرب الشوارع وخارج المسجد لعدم صدق الطواف بالبيت حتّى مع الازدحام والاتّصال فلاحظ.

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

وهل يجوز لبعض الحجاج الوقوف فيما يعدّ حريماً لهذه الخيام؟ فيه تفصيل، فإن كان مزاحماً للحجاج الساكنين في تلك الخيام فمشكل أو ممنوع، وإلا فلا إشكال في جوازه، وإن منعه صاحب الخيام.

ومنها: أنه يجوز الانتفاع تحت الخيام إذا لم يزاحم انتفاع الحجاج المتعلقين بصاحب الخيام وإن لم يدفع أجرة للمطوف، فإن الحق الحاصل له أنما هو بالنسبة إلى بقاء خيامه لا بالنسبة إلى الأرض التي لا تدخل في ملكية أحد، والمحرم هو التصرف في أموال الناس دون الانتفاع بظلمها مثلاً فإنّه غير ممنوع فلاحظ وتأمل.

ومنها: أنه يجوز تعمير المراحيض في المشاعر بمقدار حاجة الحجاج وكذا وكذا إحداث مخازن المياه والكهرباء وتخصيص أمكنة للأطباء وموظفي الأمن والخدمات وإن لم يكونوا محرمين بإحرام الحج، كل ذلك للضرورة واحتياج الحجاج بها. لكن لو ضاق أرض عرفة ومنى بالحجاج، فمع الإمكان وجب تهيئة أماكن هؤلاء الأصناف وغيرها ممن لم نذكرهم تحت الأرض أو في طبقة عالية من سطح الأرض. ومنها: أنه لا يجوز للتجار والبائعين تصرف أمكنة في فرض ضيق الأرض على الواقفين في منى وعرفة والمشعر لبيع الأجناس للحجاج إذا لم يحتج الحجاج إلى اشتراء الأغذية والمواد الضرورية منهم.

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

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

وعن الميسر نفي الخلاف فيه بين المسلمين وليس لأحد نقضه. لكن لابد من ملاحظة كيفية الاقطاع وحدودها في الامتداد الزمني، حسب دلالة النص. وعلى كل أن ذكر هذا الشرط لغو، فإنّه مجرد فرض لا واقع له، وكأنّه دخل في فقهنا من فقه أهل السنّة، 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، فإنّ التحجير يفيد أولوية لا ملكاً

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

ما ذكره تام والدليل على إفادة التحجير للألوية، هو بناء العقلاء الممضى شرعاً. أقول: هذا التفصيل في شروط الإحياء من زيادة الكلام، والألزام أن نقول فيها: إنه يشترط في الإحياء أن لا تكون الأرض متعلّقاً لملك الغير وحقه وإن كان هذا الحق بإيجاب الشارع الانتفاع بها لصنف خاص كالمشاعر، وهذا المقدار لوضوحه يكفي لبيان شروط الإحياء.

الحرائم

قال العلامة في التذكرة: لانعلم خلافاً بين علماء الأمصار أن كل ما يتعلّق بمصالح العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته^١ وملقى ترابه وآلاته أو لمصالح القرية كقناتها ومرعى ماشيتها ومحتطبها ومسيل مياهها لا يصح لأحد إحيائها.

فللبدة حريم كبير وللقرية حريم صغير وللبر والعين والقناة والطريق والشوارع والدار والحائط حرائم. وقالوا: إنّما يثبت لكل واحد ممّا ذكر حريم إذا ابتكر في الموات. أمّا ما يعمل في الأملاك المعمورة فلا، بلا خلاف. وفي الجواهر: ولعله لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم وغيرها، ولأنّها متعارضة باعتبار عدم أولوية أحدهما على الآخر به، ولذا كان المشاهد في البلدان عدم الحريم لأحدهم...^٢ أقول: والخلاصة أنّ حريم كل شيء مقدار ما يتوقف عليه الانتفاع به ولا يجوز لأحد أن يزاحم صاحبه فيه.

ثم لبعض ما مر حريم ثان كالبر والعين والقناة ونحوها بالنسبة إلى حفر بر أو عين أو قناة أخرى، لئلا تضرّ الثانية بالأولى وتقلل مائها.

١. القمامة: الكناسة.

٢. ج ٣٨، ص ٤٩.

إذا عرفت هذا فهنا فروع:

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

واستدل للقول الأول في الجواهر بصحيح أحمد بن عبدالله على الظاهر: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة ويكون لها حدود، تبلغ حدودها عشرين ميلاً^٢ وأقل وأكثر يأتيه الرجل فيقول له أعطني من مراعي ضيعتك وأعطيك كذا وكذا درهماً، إذا كانت الضيعة له فلا بأس.^٣

وفي الوسائل: محمد بن عبدالله مكان أحمد بن عبدالله. وفي التهذيب - كما في معجم رجال الحديث: محمد بن أحمد بن عبدالله.

وبرواية إدريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته وقلت: جعلت فداك، إن لنا ضياعاً ولها حدود ولنا الدواب وفيها المراعي وللرجل مَنّا غنم وإبل، ويحتاج إلى تلك المراعي لإبله وغنمه، أيحل له أن يحمي المراعي لحاجته 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 بالصحيح في الجواهر كالخبر السابق والحق أن كليهما ضعيف بجهالة ابن عبدالله وابن إدريس بن زيد فهما إن تمّا دلالة، مؤيدان لا حجتان.

وأما من حيث الدلالة فأولهما لا يدلّ أن المراعي من الحريم وليست جزء للضيعة، واحتمال كونها منها يسقط الاستدلال به.

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

١. نفس المصدر، ص ٣٥ و ٣٦.

٢. في مجمع البحرين: الميل مسافة مقدرة بمد البصر أو بأربعة آلاف ذراع، بناءً على أن الفرسخ اثنا 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 تردّد ما والثانية: ذيله الدال على صحّة بيعه بناء على أنّه لا بيع إلّا في ملك. لكن الفقرة الأولى دلالتها غير واضحة، والثاني وإن كان مشهوراً لكن إتمامه بالدليل مشكل أو ممنوع، وقد أشرنا إلى هذا المطلب في بيع المفتوحة عنوة.

واستدل للقول بملكية الحريم ثالثاً بأنّه مكان استحققه المحيي بالإحياء فيملك كالمحيا.

ورابعاً: بأنّ معنى الملك موجود فيه، لدخوله مع المعمور في بيعه، وليس لغيره إحياءه، ولا التصرف فيه بغير إذن المحيي، ولأنّ الشفعة تثبت في الدار بالشركة في الطريق المشترك المصرّح في النصوص المزبورة ببيعه معها.^١

وخامساً: بإمكان دعوى كونه محيا باعتبار أنّ إحياء كل شيء بحسب حاله. وسادساً: يمنع توقّف الملك على الإحياء، بل يكفي فيه التبعية للمحيا، فإنّ عرصة الدار تملك ببناء الدار دونها، وتظهر الثمرة في بيعها منفردة.^٢

والأظهر المتيقن هو القول الثاني من ثبوت الحق على الحريم دون ملكية، والوجوه المذكورة لتفريقات ضعيفة يطول بنا المقام إذا نشرع في تفصيل ضعف كل واحد. وأمّا ما ذكره صاحب الجواهر من الثمرة بين القولين فهو يتم إذا سلمنا بطلان البيع في غير الملك ولم نقل بجواز بيع الحق كما قال سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله وبعض آخر وهو الأظهر.

نعم بينهما ثمرة أخرى، وهي جواز التصرفات غير المنافى للعامة فإنّ المتيقن على القول بحق الأولوية عدم جواز التصرفات المانعة من انتفاع صاحب العامة بحريمها لا مطلقاً، بل يمكن جريان السيرة على التصرفات الغير المنافية له، وأمّا على القول بملكه فلا يجوز مطلق تصرفات الأجانب فيه إلّا بإذن مالكه. والله العالم بأحكامه وأفعاله وأستغفر الله من كل تقصير ومسامحة في فهم شريعته وله الحمد.

١. لاحظ كتاب شفعة الوسائل، الباب ٤.

٢. الجواهر، ج ٣٨، ص ٣٦ و ٣٧.

(الفرع الثاني) هل الحريم بمعناه الثاني مخصوص بالموات أو يعم الأملاك أيضاً؟ لا بد أولاً من نقل الروايات المعتبرة سنداً الواردة في موضوع الحرائم:

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

٢. صحيح محمد بن الحسين 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 يضر بالأخرى في الأرض إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع عليه السلام على حسب أن لا يضر إحدهما في الأخرى إن شاء الله. قال: وكتبت إليه عليه السلام: رجل كانت له رحي على نهر قرية والقرية لرجل فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحي، أله ذلك أم لا؟ فوقع عليه السلام يتقوى الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن.^٢

٣. موثق القباقي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا تشاح قوم في طريق، فقال بعضهم سبع أذرع وقال بعضهم أربع أذرع؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا، بل خمس أذرع.^٣

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

وهل هذا الحد (أربعون ذراعاً) حدٌ لحريمها 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، فإن الراوي كأنه سلم الكبرى وسأل الإمام

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٢٥.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٣. أقول: حكمه عليه السلام في جواب السؤال الثاني يناسب الحمل على الاستحباب أولاً لعدم الاستفصال بين كون نصب الرحي كان بإذن المالك أم لا، وثانياً لقوله: «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 أنّ الملاك في حريم القناة بالنسبة إلى قناة أخرى هو الضرر ولا عبرة بالمساحة، وحيث أنّه لا فرق بين القناة والبئر والعين جزماً تجري الكبرى المذكورة فيهما وغيرهما أيضاً.

وأما الثالث فهو ناظر إلى فرض التشاح أولاً، لا مطلقاً، وثانياً محمول على طريق خاص في ذاك الزمان، لا على مطلق الطريق في تلك الأزمنة، لأنّ طريق القوافل لا بد من أن يكون أوسع وأعرض، ويحتمل أنّه في الطريق المملوك في الزقاق، ونحو ذلك. إذا تقرّر ذلك فنقول: العمدة أوّل الحديث الثاني فإنّه مطلق يشمل الموات والأماك بإطلاقه. وللبحث صلة تمر بكم فيما بعد إن شاء الله.

(الفرع الثالث) إنّ القرى في البلاد النامية المتقدّمة فضلاً عن المدائن لا تحتاج غالباً إلى حريم فإن كلّ شيء أعد في داخلها، وفي البلاد المتأخّرة تختلف الحرائم باختلاف الحاجات ولا ضابط واحد لها. والأمر بالنسبة إلى المستقبل في تطوّر. فلا بدّ من لفت النظر إلى هذا الأمر المهم.

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

أقول: الظاهر نظارة المتن إلى الحديث الثاني في الفرع السابق وإلى بعض الأخبار الضعيفة سنداً فالمراد بكلمة (حدّ الطريق) عرضه. لكن يفهم من ذيل المتن (فالثاني يتباعد...) أنّها بمعنى الحريم فالعبرة مغلقة أو مغلوبة لا أدري هي من الماتن عليه السلام أو أخذها من غيره، والعلامة أخذها من الماتن فذكرها في *القواعد* واعترض عليها في *الجامع المقاصد* (ج ٧، ص ٢٢ طبعة عام ١٤١٠ هـ) بما عرفت، وهذا عجيب من هؤلاء الأعلام، فلاحظ المطوّلات.

وعلى كل العبارة بكلا معنيها مخدوشة لا دليل عليها إمّا عرض الطريق فلا حدّ له، بل ربّما يلزم أن يكون مائة أو مائتين ذراعاً لكثرة السيارات والوسائل النقلية، ولا يدري 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 حافته. ولو كان النهر في ملك الغير فادّعى الحريم قضي له به مع يمينه، لأنّه يدّعى ما يشهد به الظاهر). أقول: المراد بالشرب (بكسر الشين) هنا النهر والقناة والعين فحريمه بمقدار مطرح ترابه والعبور على جانبيه ان احتيج إليهما أو على جانب واحد وترميم بعض جوانبه إذا انهدم.

وأما وجه تقديم قول مدعى حريم النهر على قول المالك فلموافقة قوله مع الظاهر فيكون مالك الأرض مدعياً وهذا منكرٌ. وتردّد الماتن فيه بقوله (وفيه تردّد) ويظهر من صاحب/الجوهر الميل إلى تقديم قول مالك الأرض.

والحق أنّ مجرد مطابقة قول أحد المتنازعين لظاهر الحال أو الأصل، لا يجعله منكرًا تكفيه يمينه وتعريف المدعي بمن يخالف قوله الظاهر أو الأصل غير ثابت شرعاً، فلا بد من الرجوع في فهم معنى هاتين الكلمتين - المدعى والمنكر - إلى العرف الحاكم بأن كل من ادعى شيئاً يحتاج إلى الإثبات فهو مدع ومقابلته منكر، وعلى هذا فكل من صاحب النهر والأرض إنّ ادّعى ما حول النهر بعنوان الحريم أو ملكه فهو مدع وإن ادّعاه معاً فيدخل الفرض في باب التداعي^١، وإن

١. قال صاحب/العروة: «وإن اتفق الزوج وولي الزوجة على أنّهما عتيبا معينا وتنازعا فيه أنّها فاطمة أو خديجة، فمع عدم البيّنة المرجع التحالف».

قال سيّدنا الأستاذ الحكيم رحمته: «أنّ كون المقام من باب التداعي لا من باب المدعى والمنكر، مبني على أنّ المعيار في حصول التداعي والمدعى والمنكر مصبّ الدعوى، فإنّ دعوى الزوج ان العقد كان على فاطمة مثلاً خلاف الأصل، فيكون بذلك مدّعياً، وكذا دعوى الولي ان العقد كان على خديجة مثلاً».

أما إذا كان المعيار هو الغرض المقصود من الدعوى، فقد يكون كل واحد منهما مدّعياً، بأن كان لكل واحد منهما غرض يقصد تحصيله، فالزوج يدعي أنّها فاطمة بقصد تمكينه من استمتاع بها، والولي يدّعي أنّها خديجة يطلب الانفاق عليها، فيكون كل واحد منهما مدّعياً ومنكرًا لما يدّعيه الآخر.

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

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

كانت الحصّة المتداعى عليها بيد أحدهما يكون منكراً والآخر والله أعلم.
 قال: (وحريم بئر المعطن^١ أربعون ذراعاً وبئر الناضح^٢ ستون...) 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 سنداً المتعارضة بروايات أخرى ضعيفة سنداً^٣. فلا عبرة بها كما لا عبرة بالفتاوى. فلا بد في تحديد الحريم أولاً من تحديد ما يحتاج الانتفاع بهما إليه، وثانياً من تحديد ما يضر بمائهما ان حفرت بئر أخرى في جنبهما حتى يتبين مقدار الحريم بحكم العرف الحاكم بأولوية مالكهما، كما هو كذلك في جميع الحرائم وثبوت حق الأولوية عليها. وهذا هو ما اختار الشهيد الثاني وتبعه عليه في المفاتيح كما قيل، ولا معدل عنه.

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

قال: (وحريم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه وآلاته، وقيل للدار مقدار مطرح ترابها ومصّب مائها ومسلك الدخول والخروج) ومطرح قمامتها ورمادها وتلجها ان احتاجت، بلا خلاف في حريم الحائط وعلى المشهور في حريم 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 يشق من مادة الدعوى والادعاء والإنكار، فلاحظ وتدبر.

لكن قال سيدنا الحكيم رحمه الله في محل آخر: ان ظاهر الأصحاب هنا وفي جميع الموارد أن المدار في تشخيص المدعي والمنكر، الغرض المقصود، كما اعترف به جامع المقاصد والجواهر والمصنف. (مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص ١٣٧).

١. بكسر الطاء التي يستقى منها لشرب 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 ببعيد.

بقيت فروع أخرى تتعلق بالحرائم:

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

٢. قال في الجواهر: وكذلك لو باع البستان واستثنى شجرة، فإنّه يتبع مدى أغصانها في الهواء والمدخل والمخرج وغيرها من الحقوق التي تتبع الإطلاق المزبور. نعم، ظاهر المصنّف وغيره ثبوت الحريم المزبور للغرس. أمّا لو أعدّ الأرض لها وهياها لذلك أو غرس جملة منها، فهل يكفي ذلك في ثبوت الحريم للغرس الذي بعد لم يغرس أو يبقى على أصل الموات؟ وجهان أولهما لا يخلو من قوّة، والله العالم.^١

٣. الأراضي المنسوبة إلى طوائف العرب أو العجم أو غيرهما لمجاورتها لبيوتهم ومسكنهم من دون تملكهم لها بالإحياء ولا بتحقيق حقّهم من جهة كونها حرائم لهم، باقية على إباحتها الأصلية، فلا يجوز لهم منع غيرهم من الانتفاع بها، ولا يجوز أخذ الأجرة ممّن ينتفع بها وإذا قسّموها فيما بينهم لرفع التشاجر 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 أنما يثبت له حريم إذا ابتكر في الموات، وأما ما يعمل في الأملاك المعمورة فلا) ولعلّه لا خلاف فيه، فإنّ بناء شيء في محل لا يوجب الغاء مالكية الآخر على ملكه لتكون أرضه حريماً لصاحب البناء. وفي فرض تقارن إحياء الشخصين يستند عدم الحريم إلى بطلان الترجيح بلا مرجح.

هذا كله في الحرائم بالمعنى الأوّل، وأما بالمعنى الثاني كما في العيون والقنوات فلا فرق بين الأملاك والأموال ولا يجوز للثاني حفر عين تضرّ بماء العين الأولى مثلاً، ولو في ملكه الذي ملكه قبل ملك من ملك العين بحفرها، لحرمة الإضرار بالغير، وقد دلّت صحيحة محمد بن الحسين المتقدّمة عليها كما ذكرناه سابقاً وسيأتي أيضاً ما يمكن استثنائه.

٥. هل يجوز لأهل قرية اذن غيرهم باحياء بعض الحريم أو كله بعوض أو بغير عوض؟ فيه وجهان من أنّ الحق لا يعدوهم فلهم الإذن، ومن أنّ الحريم، للقرينة، وأهلها أعم من الحاضرين وليس لهم إتلاف حق المعدومين. فلاحظ. ويؤيد الوجه الأوّل ذيل خبر إدريس بن زيد المتقدّم في أوّل 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 للأجنبي 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، ويأتي توضيحه إن شاء الله في المعادن.

التحجير

١. قال سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمه الله: ويتحقّق التحجير بكل ما يدل على إرادة الإحياء كوضع الأحجار في أطراف الأرض أو حفر أساس أو حفر بئر من آبار القناة الدارسة

الخربة، فإنَّه تحجير بالإضافة إلى بقية آبار القناة، بل هو تحجير بالإضافة إلى الأراضي 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 الإحياء، 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،^٢ وإن كان وضع الأحجار يفيد حقاً على موضعها خاصة. وبقية ما أفادها تامة لا غبار عليها.

قال الماتن رحمته الله: (والتحجير هو أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط) وعن *القواعد* زيادة: أو يحفر ساقية أو إدارة تراب حول الأرض أو أحجار.

أقول: والأظهر في معنى التحجير أن يعد شروعاً وابتداءً في إحياء ما قصده المحيي على أحد الوجهين المتقدمين في ص ٩٦ - ٩٩ من مختار سيّدنا الأستاذ ومختار جماعة. فربما تعد إحاطة الحائط على أرض بمجرد إحياء تاماً إذا صدق عليه مخزناً لأتمتعته وأمواله وسياراته ومواشيه، وربما يشكل صدق التحجير عليها إذا كان المقصود الزراعة ولم يكن حفظها بحاجة إلى حائط أو مروز لقلّة 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 معملأ أو نحو ذلك، بل ربما لا يكون المروز شروعاً في الزرع وربما كان حفر أساس شروعاً لإحياء الدار أو معمورة 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 الإحياء.
٢. هل المدار في تحقّق الإحياء على قصد الفاعل أو صدق العنوان العامر؟ فإذا

١. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢١٥.

٢. والتحجير المفيد للأولوية هو الشروع في الإحياء.

أحاط بقصد الدار، ثم انصرف عنها لعلّ من العلل، فهل هو تحجير للدار يفيد الأولوية حتى تبطل بعد انصرافه عن الإحياء أو هو إحياء تام فإنّه مخزن ومحفظ للسيارات أو الأمتعة 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 لأنّ القصد لا عبرة به في أمثال المقام فإذا صدق على ما بناه عنوان عامر شمله قوله ﷺ: من أحى مواتاً فهو له. فلاحظ وتدبّر والله أعلم.

٣. قال: (فإنّ التحجير يفيد أولوية لا ملكاً للرقبة، وإن ملك به التصرف، حتى لو تهجم عليه من يروم الإحياء كان له منعه، ولو قاهره فأحياء لم يملك).

أقول: أمّا أنّه لا يفيد الملك، فلأنّ ظاهر الروايات المتقدمة توقف الملكية على الإحياء المحقّق التام وهو لا يشمل التحجير والشروع في الإحياء. وأمّا أنّه يفيد الأولوية فلبناء العقلاء على ذلك فإنّهم يرون من يشرع في الإحياء أحقّ من غيره فيه ولا يجوزون مزاحمته فضلاً عن منعه وطرده، وهذا البناء لم يردع عنه الشرع، بل لا يبعد استفادة ذلك من مجموع النصوص الواردة في الإحياء. وأمّا عدم ملكية القاهر بإحيائه، فإنّ المفيد للملكية ليس مطلق الإحياء بل إحياء الموات أو الخربة أي ما لا حقّ لأحد عليها وليس الإحياء مبطلاً لحق مستحق وملك مالك، وهذا ظاهر لا يحتاج إلى إطالة البحث فيه. وعلى كل إذا لم يعد التحجير شروعا في الإحياء لا يفيد حق الأولوية بالنسبة إلى الأرض المقصودة بالإحياء على الأظهر.

٤. قال: (ولو اقتصر في التحجير وأهمل العمارة أجبره الإمام على أحد الأمرين، إما الإحياء وإما التخلية بينها وبين غيره، ولو امتنع أخرجها السلطان من يده لئلا يعطلها).
أقول: قال المحقّق الثاني رحمه الله: هذا إذا بقيت آثار التحجير، فإن زالت آثاره بطلت الأولوية وعادت الأرض مواتاً.^١

أقول: ربّما بقيت الآثار سنين عديدة وفي بقاء حق الأولوية إلى هذا الحدّ منع. لكن كلام المحقّق الثاني غير ناظر إلى هذا فلا إشكال عليه.

وقال سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله بعد اختيار ما في المتن على نحو الاحتياط: نعم، إذا أبدى عذراً مقبولاً يمهّل بمقدار زوال عذره، فإذا اشتغل بعده بالتعمير ونحوه، فهو وإلا بطل حقّه وجاز لغيره إحياءه. وإذا لم يكن الحاكم موجوداً فالظاهر سقوط حق المحجر إذا أهمل بمقدار يعدّ عرفاً تعطيلاً لها.^١

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

أقول: إذا فرضنا أنّ التحجير بعنوان كونه شروعاً في الإحياء يفيد الأولوية فيصح أن يقال إنّه إذا أهمل العمارة واقتصر على التحجير بحيث لم يصدق عليه إحياء لهدف جديد قصده، يبطل حقّه، لاتنفاء الموضوع بلا تدخل من الحاكم الشرعي واجباره على أحد الأمرين وبلا فرق بين كون إهماله عن عمد أو لعذر.

نعم، لا دليل على تحديد الموالاة والاستمرار في الإحياء من حيث الزمان، فهو موكول إلى نظر العرف. وأمّا لو منعه ظالم مدّة فوّت صدق الإحياء عليه ففي بقاء حقّه وجهان وكذا إذا انمحت آثار التحجير لا للفصل والتأخير في العمل، بل لقاهر كالعاصف وفيضان الماء والخسف ونحوها. وقاعدة العدل - الآتية - تؤيد أو ترجّح الوجه الأوّل، نعم إذا طال منع الظالم جاز لثالث إحياءه، والله العالم.

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

١. لاحظ منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢١٦.

٢. الجواهر، ج ٣٨، ص ٥٩.

٦. يصحّ التحجير بالنيابة والإيجار، ولا يشترط المباشرة فيه، وفي صحّته بالتبرّع إشكال وقد مرّ التفصيل في باب الإحياء ولا فرق بين البابين من هذه الجهة فإنّ التحجير جزء من الإحياء.

٧. إذا حجر ثم ترك الإحياء يبقى حقّه بالنسبة إلى الأرض التي عليها آثاره وإنّما قلنا ببطلان حقّه بالنسبة إلى الأرض التي أراد إحيائها. بل ربّما يملكه كما إذا حفر بئراً لإحياء قناة أو أرض للزراعة مثلاً فإنّ انصرافه عن الزراعة لا يبطل ملكه للبئر فإنّه إحيائها على الأرجح.

٨. في رواية يونس عن العبد الصالح عليه السلام قال: قال إنّ الأرض لله تعالى جعلها وقفاً (رزقاً) على عباده فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علّة أخذت (أخرجت) من يده ودفعت إلى غيره، ومن ترك مطالبة حق له عشر سنين فلا حق له^١ وجعلها في الجواهر مناسبة للمقام (أي متن /الشرايع المتقدم في الفرع الرابع هنا) وإن كانت غير منطبقة على تمام المقصود، ومقتضاها الانتزاع من يد المحجر من دون دفع شيء له عن حق تحجير الذي لا ريب في جواز نقله بالصلح ونحوه، اللهمّ إلّا أن يكون إجماع على ما ذكره^٢.

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

تنمّة

العناوين المتعلقة بالأرضي ستة: التحجير، الإحياء، الإهمال والإماتة والتخريب، الإقطاع، الحمى، والاستيلاء والسيطرة والحيازة. والأوّل يفيد الأولوية والثاني الملكية والثالث الغاء الملكية والأولوية، والثلاثة الأخيرة لا أثر لها أبداً، وأما إقطاع النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام فهو مشروع لكنّه لم يثبت وقوعه. وأما حيازة المباحات المنقولة فهي تفيد ملكيتها.

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤٣٤.

٢. الجواهر، ج ٣٨، ص ٦٠.

كلام حول نقل الحق

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

أقول: الملك والحق كلاهما اعتبار شرعي فلا يفرق الحال فيهما، والمهم أنّه هل يشترط الملك في صحّة البيع أم لا؟ فإن قيل إنّ لا بيع إلّا في ملك، لا يصحّ بيع حق الأولوية وإلّا فلا مانع منه.

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

ثم لا يبعد أن يقال بصحّة المعاوضة عليه وإن قيل باشتراط الملك في صحّة البيع وذلك استناداً إلى قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ». وقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ودعوى انصراف العقود إلى العقود المعمولة الرائجة في الكتب الفقهية ممّا لا دليل عليه، لأنّ المطلقات كما لا يصحّ تقييدها بالأفراد النادرة، كذا لا يصحّ دعوى انصرافها عنها. وكذا إذا فرضنا أنّه لا هبة إلّا في ملك جاز الاعراض عن المحجر بعوض أو بغير عوض حتّى يحييه آخر.

إحياء الأراضي الموقوفة الخربة أو الميتة

الأراضي الموقوفة التي طرأ عليها الموتان والخراب على أقسام:

١. ما لا يعلم كيفية وقفها أصلاً وإنّها وقف خاص أو عام أو أنها وقف على الجهات أو على أقوام.

٢. ما علم أنّها وقف على أقوام ولم يبق منهم أثر أو على طائفة لم يعرف منهم سوى الاسم خاصة.

٣. ما علم أنّها وقف على جهة من الجهات ولكن تلك الجهة غير معلومة أنّها مسجد أو مدرسة أو مشهد أو مقبرة أو غير ذلك.

٤. ما علم أنّها وقف على أشخاص ولكنهم غير معلومين بأشخاصهم وأعيانهم كما إذا علم ان مالکها وقفها على ذريته مع العلم بوجودهم فعلاً.

٥. ما علم أنّها وقف على جهة معيّنة أو أشخاص معلومين بأعيانهم.

٦. ما علم إجمالاً بأنّ مالکها قد وقفها ولكن لا يدري أنّه وقفها على جهة كمدرسته المعيّنة أو أنّه أوقفها على ذريته المعلومين بأعيانهم ولم يكن طريق شرعي لاثبات وقفها على أحد الأمرين.

وقبل بيان أحكام هذه الأقسام ونظائرها نذكر مطلبين:

(المطلب الأول) ما استظهره صاحب الجواهر^١ من تحقق بطلان الوقف فيما لو

خرب على وجه تنحصر منفعته المعتدّ بها منه في إتلافه كالحصير والجذع ونحوهما مما لا منفعة معتدّ بها فيه إلّا بإحراقه مثلاً، وكالحيوان بعد ذبحه مثلاً، و غير ذلك.

قال: وجه البطلان حينئذٍ فقدان شرط الصّحة في الابتداء المراعى في الاستدامة

بحسب الظاهر، وهو كون العين ينتفع بها مع بقائها، كما أنّه قد يقال بالبطلان أيضاً في انعدام الوقف فيما لو وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه البستانية، فخربت حتّى

خرجت عن قابلية ذلك، فإنّه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً، لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء نفس العرصة على الوقف باعتبار أنّها جزء

الموقوف وهي باقية، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيها، يدفعه أنّ العرصة كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستاناً لا مطلقاً، فهي حينئذٍ جزء عنوان الموقوف الذي قد

فرض فواته، ولو فرض إرادة وقفها لتكون بستاناً أو غيرها لم يكن إشكال في بقاء وقفها لعدم ذهاب عنوان الوقف، لكنّه خلاف الفرض وكذا لو وقف نخلة للانتفاع بثمرتها

فانكسرت، فإنّه وإن أمكن الانتفاع بالجذع بتسقيف ونحوه، لكنّه ليس من عنوان الوقف.^١

١. الجواهر، ج ٢٢، ص ٣٥٨-٣٥٩ ولاحظ نظر الشيخ الأنصاري؛ وغيره حول هذين القولين في آخر هذا الكتاب ص ٣٥٥.

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

إذا تقرر ذلك فراجع إلى بيان حكم الأقسام:

ذكر سيدنا الأستاذ الخوئي رحمه الله في القسم الأول والثاني: الظاهر أنه لا إشكال في جواز إحيائهما لكل أحد ويملكهما المحيي، فحالهما من هذه الناحية حال سائر الأراضي الموات.^١

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

وأما القسم الثالث فقال الأستاذ: فالمشهور جواز إحيائه، ولكنه لا يخلو من إشكال، فالأحوط لمن يقوم بإحيائه وعمارته بزرع أو نحوه أن يراجع الحاكم الشرعي أو وكيله ويدفع أجره 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 أحيى 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 انقروا، أو احتمل ذلك فهو أيضاً يلحق

١. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢٠٩ ولعلم أن الموات من المباحات الأصلية، والخبرة من الأنفال كما تقدم.

بما سبق من جواز إحيائه لكل أحد، وإن علم أنّها 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 عليه السلام أنه يجب على من أحياه وعمره أجره مثله ويصرفها في الجهة المعيّنة إذا كان الوقف عليها ويدفعها إلى الموقوف عليهم المعينين إذا كان الوقف عليهم ويجب أن يكون التصرف بإجازة المتوكّل أو الموقوف عليهم.

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

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

أقول: عرفت أنّ حق الموقوف عليهم يسقط بترك الإحياء وإماتة الأرض، فلا مانع من قبلهم في الوقف المنقطع، فلا ينتهي 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 إحيائها، ولو على الاحتياط اللازم.

ثم وقفت بعد ذلك على كلام الإمام الخميني عليه السلام وإليك عباراته: ولو كانت الأرض موقوفة وطراً عليها الموتان والخراب، فإن كانت من الموقوفات القديمة الدارسة التي لم يعلم كيفية وقفها وأنّها خاص أو عام أو وقف على الجهات ولم يعلم من الاستفاضة والشهرة غير كونها وقفاً على أقوام ماضين لم يبق منهم اسم ولا رسم أو قبيلة لم يعرف منهم إلا الاسم، فالظاهر أنّها من الأنفال فيجوز إحيائها، كما إذا كان الموات

المسبوق بالملك على هذا الحال، وإن علم أنها وقف على الجهات ولم تتعَيَّن، بأن علم أنها وقف إما على مسجد أو مشهد أو مقبرة أو مدرسة أو غيرها ولم يعلمها بعينها أو علم أنها وقف على أشخاص لم يعرفهم بأشخاصهم وأعيانهم، كما إذا علم أنّ مالكها قد وقفها على ذريته ولم يعلم من الواقف ومن الذرية، فالظاهر أنّ ذلك بحكم الموات المجهول المالك الذي نسب إلى المشهور القول بأنّه من الأنفال، وقد مرّ ما فيه من الإشكال، بل القول به هنا أشكل، والأحوط الاستئذان من الحاكم لمن أراد إحياءها وتعميرها والانتفاع بها بزرع أو غيره، وإن يصرف أجره مثلها في الأول في وجو البر، وفي الثاني على الفقراء، بل الأحوط خصوصاً في الأول مراجعة حاكم الشرع.

وأما لو طرأ الموتان على الوقف الذي علم مصرفه أو الموقوف عليهم، فلا ينبغي الإشكال في أنّه لو أحياه أحد وعمره وجب عليه صرف منفعة في مصرف المعلوم في الأول ودفعها وإيصالها إلى الموقوف عليهم المعلومين في الثاني، وإن كان المتولي أو الموقوف عليهم تاركين إصلاحه وتعميره ومرمته إلى أن آل إلى الخراب، لكن ليس لأحد الإحياء والتصرف فيه مع وجود المتولي المعلم إلّا بإذنه أو الاستئذان من الحاكم مع عدمه في الأول، ومن المتولي أو الموقوف عليهم إن كان خاضعاً أو الحاكم إن كان عامماً في الثاني.^١

تزام الضرر والسلطنة

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

قيل: أول من أثار هذا البحث الفقيه السبزواري رحمته الله في كفايته، فإنّه بعدما نقل عن الأصحاب جواز تصرفات المالك في ملكه مطلقاً، قال: المعروف من مذهب الأصحاب

إنَّ ما ذكر في الحریم للبئر والعین والحائط والدار مخصوص بما إذا كان الإحياء في الموات، فيختص الحریم بالموات، وأمَّا الأملاك فلا يعتبر الحریم فيها، لأنَّ الأملاك متعارضة، وكل واحد من الملاك مسلط على ماله، له التصرف فيه كيف شاء، قالوا: فله أن يحفر بئراً في ملكه وإن كان لجاره بئر قريب منها وإن نقص ماء الأولى وإن ذلك مكروه. قالوا: حتَّى لو حفر في ملكه بالوعة وفسد بئر الجار لم يمنع عنه ولا ضمان عليه، ومثله مالو أعد داره المحفوف بالمساكن حصاناً 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 تضرراً فاحشاً نظراً إلى ما تضمنته الأخبار المذكورة من نفي الضرر والإضرار وهو الحديث المعمول به بين الخاصة والعامة.^٢

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

الأولى: قاعدة تسلط الناس على أموالهم.

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

فعن الأولى يقول السيّد جواد^{عليه السلام} مؤلف مفتاح الكرامة في حق الحديث المنسوب إلى النبي الأكرم^{عليه السلام}: الناس مسلطون على أموالهم: بأنَّه (المعمول عليه بين المسلمين) بل هو متواتر وأخبار الإضرار على ضعف بعضها وعدم مكافتها لهذه الأدلة تحمل على ما إذا كان له غرض له إلّا الإضرار.^٣

أقول: لا يوجد الحديث في كتبنا الحديثية ولا أتذكر ذكره في الصحاح الستة مع أنّي طالعتها مكرراً، وإنّما نقله العلامة المجلسي في الجزء الثاني (ص ٢٧٢) من بحاره

١. تأثير الزمان والمكان في استنباط الفقهاء أمر قهري لا يقبل النقاش، وهذا الفتوى يكشف عن الجو الحاكم آنذاك الوقت من قداسة الملكية الفردية قداسة لا تقبل التحديد ومن عدم المبالاة الكثيرة بسلامة الناس جسماً ونفساً والفغلة عن إضرار كثير من المضرات 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 *عوالي الآلي* فهو حديث مرسل غير وارد من طريقنا، وإن ذكره الشيخ في محكي خلافه (ج ٣، ص ١٧٦ - ١٧٧)، فادعاء تواتره من مثل هذا السيد الجليل المتتبع بعيد، بل عجيب وغريب، وإيراده على قاعدة لا ضرر وحرمة الإضرار بالغير عجيب آخر، وحملها على ما ذكره اشتباه ثالث، كما أن دعوى تواتر حديث لا ضرر كما صدرت عن بعض آخر أيضاً ممنوعة.

نعم لا شك أن بناء العرف العام وسيرة العقلاء على أن كل إنسان مسلط على نفسه وماله ولا يجب عليه استشارة غيره واستمارته، وأنه غير محجور ولا مجبور، له ما أراد ولا يجوز تسخيره ومزاحمته، إلا إذا دلّ دليل شرعي أو قانوني على منعه. وحيث أن هذا البناء لم يردع من جانب الشرع في غير تكاليفه فهو ممّا 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 يضرّ بالآخرين في الجملة، بل هذا من الفوارق بين المجتمع الإنساني والمجتمع الحيواني.

وعن الثانية يقول صاحب *الجواهر* رحمته الله بل قد سمعت ما في جامع المقاصد ممّا هو ظاهر في عدم كون المسألة إجماعية بحيث يكون التفصيل مخالفاً للإجماع، على أن المنساق من العامين المزبورين تحكيم قاعدة الضرر، كما في جميع نظائره وإن كان بينهما تعارض العموم من وجه.^١

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

١. *الجواهر*، ج ٣٨، ص ٥١. ما أفاده متين كما بين في أصول الفقه ومن هذه العبارة وغيرها يظهر التفات صاحب *الجواهر* رحمته الله إلى قاعدة الحكومة كما عبّر عنها في غير مورد من *جواهره* فما قيل من أنها من مبدعات الشيخ الأنصاري رحمته الله كأنه غفلة عن كلام صاحب *الجواهر*.

فإنّ حديث الضرر يقَدِّم عليه وإن كان بينهما عموماً من وجه، تقدّم العام على المطلق، فإنّ الضرر 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 الشيخ الأنصاري والسيد الأستاذ الخوئي (طاب ثراهما) إلى الأول وصاحب الكفاية وسيدنا الأستاذ الحكيم (طاب ثراهما) إلى الثاني، وتفصيله في محله.

فإلى هنا ثبت أنّ تصرّفات المالك في ملكه محدودة بعدم الإضرار بالغير لحرمة الإضرار مطلقاً سواء كان جاراً أو غير جار، كان الإضرار ناشئاً من التصرف في ملكه أو لا.

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

ومنها موثقة زرارة التي في سندها محمد بن خالد البرقي الذي تقبل رواياته من باب الاحتياط اللازم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: إنّ سمرة بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الأنصار، وكان منزل الأنصاري بباب البستان وكان يمرّ به إلى نخلته ولا يستأذن فكلّمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة فلما تأبى، جاء الأنصاري إلى رسول الله ﷺ فشكا إليه وخبره الخبر، فأرسل إليه رسول الله ﷺ وخبره بقول الأنصاري وماشكا وقال: إن أردت الدخول فاستأذن فأبى، فلما أبى ساومه حتّى بلغ به من الثمن ما شاء الله، فأبى أن يبيع، فقال: لك بها عذق يمدّ لك في الجنة، فأبى أن يقبل! فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: اذهب فاقطعها وارم بها إليه فإنّه لا ضرر ولا ضرار.^١

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

تزاحم الضررين

وأما إذا تضرّر المالك بترك التصرف وتضرّر غيره - كالجار مثلاً - بتصرفه، فمقتضى قوله ﷺ: لا ضرر. جواز التصرف لأنّ تركه ضررٌ على المالك ولم يشرع الحكم الضرري. ومقتضى قوله ﷺ: لا ضرار - وسائر ما نهى عن الإضرار بالغير - حرمة التصرف لأنّه إضرار بالغير، فلا يمكن العمل بالحديث لتعارض صدره مع ذيله كما أفاده سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمته^١.

ويقول الشيخ الأنصاري رحمته: الأوفق بالقواعد تقدّم المالك، لأنّ حجر المالك من التصرف في ماله ضرر يعارض بذلك ضرر الغير، فيرجع إلى عموم قاعدة السلطنة ونفي الحرج^٢.

وزاد السيد الأستاذ أن حديث لا ضرر، لا يشمل المقام صدرًا ولا ذيلًا، لكونه واردًا مورد الامتنان على الأئمة، فلا يشمل موردًا يكون شموله له منافيًا للامتنان، ومن المعلوم أنّ حرمة التصرف في الملك بما يضرّ الجار مخالفة للامتنان على المالك، والترخيص فيه خلاف الامتنان على الجار.

ثمّ قال: وبما ذكرنا، يظهر أنّه لا يمكن التمسك بحديث لا ضرر فيما إذا كان ترك التصرف موجباً لفوات المنفعة وإن لم يكن ضرراً عليه، لأنّ منع المالك عن الانتفاع بملكه أيضاً مخالف للامتنان، فلا بد من الرجوع إلى غير هذا الحديث وإلّا فيرجع إلى أصالة 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. كما أنّ الأحوط - إن لم يكن أقوى - ضمانه للضرر الوارد على جاره إذا كان مستنداً إليه عرفاً.

٢. لاحظ ما أجاب السيّد السيستاني - 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 ﷺ: لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه. وغيره.^١

وأورد السيّد السيستاني - طال عمره - على ما أفاد أستاذه السيّد الخوئي ﷺ بوجوه قابلة للنقاش، وحيث أن نقلها ونقدها يوجبان التطويل أعرضنا عنهما.^٢

بقي الكلام فيما لا يصح التمسك بحديث لا ضرر ولا ضرار، أمّا 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 ﷺ أو حرمة التصرف في مال الغير، كما عن السيّد الأستاذ ﷺ؟

الأظهر عندي التفصيل، وبه يمكن التوفيق والتصالح بين العلمين المذكورين. وحاصله: صحّة نظر الشيخ ﷺ فيما إذا لم يستلزم تصرف المالك في ماله تصرفاً في مال الجار مثلاً كما إذا جعل داره حماماً أو أجراها لحدّاد مثلاً، نفى مثله لا مسرح للتصرف في مال الناس ليكون محرّماً.

وصحّة نظر السيّد الأستاذ ﷺ في فرض استلزامه ذلك، كما إذا حفر قناة قلّت ماء قناة الجار وجذبه إلى نفسها. ففي مثله لا مجال للرجوع إلى قاعدة السلطنة فإنّ الماء المنجذب إلى الثانية ملك لمالك الأولى ولا يجوز التصرف فيه لمالك الثانية. إلّا إذا جرت السيرة على جواز التصرف فيه، كما إذا قلنا بها في الآبار المحفورة في البيوت المتلاصقة في القرى والمدن فلاحظ. والله ولي التوفيق.

واعلم أنّ هنا أمين نافعين لابدّ من التوجّه إليهما:

(الأول) أنّ المرجّحات في باب ترجيح أحد الضررين على الآخر أمور:

أولها: التقدّم الزماني كما يظهر من صحيح محمد بن الحسين،^٣ والأظهر عدم كونه

١. مصباح الأصول، ص ٥٦٦ - ٥٦٧.

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

٣. تقدّم في ص ٩٤ من هذا الكتاب.

مرجحاً، فإنَّ قوله عنه على حسب ان لا يضر أحدهما في الأخرى، لا يدل على ذلك، فإذا اقتضت القناة الأولى في حفظ كمية مائها، حفر القناة الثانية في مكان يضر بالثانية لا يجب العمل بهذا الاقتضاء حسب دلالة الحديث، بل لابد من الجمع بين رفع الضررين بينهما حتى المقدور ولو بالتقسيط عليهما، 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 بدّ من ترك الأعظم حرمة وارتكاب ما هو أخف حرمة عند التزامهم^١، وهذا أصل في باب التزامهم.

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

فإنّه يقال تقدّم أنّه في فرض التزامهم لا يبقى ما يدل على حرمة الإضرار. فتدبر فيه، أو نفرض الكلام في ما كان ارتكاب الضرر على المتصرف محرماً أيضاً. ثالثها: أكثرية الضرر في أحد الطرفين فيرتكب أخف الضرر، لبناء العقلاء عليه ولقاعدة العدل الآتية. وإذا تزامم التقدم الزماني - إن سلّمناه - مع الأخيرين، يقدمان عليه، تقدم الأهم على المهم ولعلّه ظاهر لا إشكال فيه.

الكلام حول أقسام المثل المعروف

إذا دخل رأس دابة شخص في قدر شخص آخر ولم يمكن التخليص إلّا بكسر القدر أو ذبح الدابة: فهو إمّا بفعل أحد المالكين وإمّا بفعل شخص ثالث وإمّا بعامل قهري كالريح والزلزلة ونحوهما.

يقول سيدنا الأستاذ في الأول بوجوب اتلاف ماله و تخليص مال الآخر مقدمة لردّه 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 ومناطقاً واقوى مفسدة بناء على تبعية الأحكام للمصالح والمفاسد كما هو الحق الصحيح.

لأنه متى أمكن رد العين وجب ردّها والانتقال إلى المثل أو القيمة أنما هو بعد تعدّر العين. ويقول في الثاني بتخيير الثالث في إتلاف أيّهما شاء مع ضمانه لمثله أو قيمته. ونقل في الثالث عن المنسوب إلى المشهور لزوم اختيار أقلّ الضررين مع ضمانه على مالك الآخر. وقال بعد ردّ دليلهم: والصحيح أن يقال إذا تراضى المالكان، فلا إشكال، وإلا فلا بدّ من رفع ذلك إلى الحاكم، وله إتلاف أيّهما شاء ويقسم الضرر بينهما بقاعدة العدل والإنصاف عند العقلاء وليس للحاكم إلاّ إتلاف ما هو أقلّ قيمة - إن كان - لأنّ إتلاف ما هو أكثر قيمة سبب لزيادة الضرر على المالكين بلا موجب. انتهى بتغيير وتلخيص.^١

أقول مستعيناً بالله تعالى ومعتصماً به:

أما القسم الأول فقد يكون التفاوت بين المالكين كثيراً كما إذا فرضنا قيمة أحدهما خمسة دراهم والآخر ألف درهم ففي مثله لا بدّ من إتلاف الأقلّ مطلقاً - ما لم يكن مالك الأكثر معانداً في المشكلة الواقعة - فإنّ العقلاء يمنعون بل ربّما 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 ردّ العين فإنّها كالتالفة عندهم في هذه الحالة، ولا سيما في مثل زماننا من وجود المثل التام للعين التالفة من دون أدنى تفاوت. على أنّ إتلاف الألف من الإسراف المحرم شرعاً، بملاحظة تركه بضمان المثل أو القيمة وهي خمسة دراهم. وأوضح منه ما إذا كان العبد مكان البقر فإنّه يجب كسر القدر على كل حال حفظاً على حياته. فما أفاده سيدنا الأستاذ^{عليه السلام} أنما يتمّ في غير هاتين صورتين. وقد صرّح هو باستثناء الصورة الأخيرة.

وأما القسم الثاني فما ذكره أنما يتمّ إذا رضى المالكان بإتلاف أحدهما أو رضى أحدهما بإتلاف ماله ولو مع العوض وإلا لا ولاية للثالث على ذلك متعمداً كان أو قاصراً في القضية. بل إذا كان في إتلاف أحدهما إسرافاً لا يجوز إتلافه ولو بلإذن

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 أن ضمان التالف - مثلاً أو قيمة - إنما هو على الثالث المذكور وهو واضح.

وأما القاسم الثالث ففيه أيضاً صور:

١. قد لا يطلب أحد المالكين تخليص ماله بالفعل، والآخر يطلبه، فلا أول أن يأذن بإتلاف ماله ولو مع شرطه ضمانه على الآخر، وإن امتنع عن الإذن فإن أمكن الرجوع إلى القاضي فهو وإلا فلا يبعد جواز كسر ماله للآخر مع الضمان.

وإن طلب كلاهما تخليص ماله ولم يتراضيا بوجه التخليص، يرجعان إلى الحاكم وهو يأمر باتلاف ما هو أقل قيمة ترجيحاً لجانب حرمة الاسراف، أو يقرع لإتلاف أحدهما إن كان ما به التفاوت بين المالكين قليلاً.

وأما الخسارة الحاصلة من إيقاع الضرر على أحد المالكين فيتحملها كل من المالكين على حد سواء في صورة تساوي الضررين، وفي صورة عدم التساوي يتحملها كل واحد بالنسبة كما عن سيدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله أو يتحملها من رجع ماله إلى حالته الأولى كما عن المشهور. وقيل يتحملها كل واحد على السواء فإن العبرة بذات المالكين لا بمقدار ماليتهما.

ويقول بعض الأفاضل من تلاميذ سيدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله: أن الحالة الطارئة بسبب طبيعي على كل من المالكين لما أوجبت نقصاً في ماليتهم، إذ ليست قيمة البقرة بعد دخول رأسها في القدر متساوية مع قيمتها بدون ذلك، ولا القدر الذي

فيه رأس البقرة تساوي قيمته لو لم يكن كذلك. وإرجاع كل منهما 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 منهما. فلا بد من ملاحظة ان 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 حاله الطبيعي والقدر المكسور خمسة دنانير...^١.

قاعدة العدل

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

١. «وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا 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 فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا»^٦.

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

٢. المائدة (٥): ٨.

٣. الأنعام (٦): ١٥٢.

٤. النحل (١٦): ٩٠.

٥. النساء (٤): ٥٨.

٦. الحجرات (٤٩): ٩.

٦. «وَأْمُرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ»^١

والمستفاد من هذه الآيات الكريمة أنه لا بد 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 فروع 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. فإنَّ الحق أحق أن يتبع.

ما معنى العدل؟

في/المنجد: عدل عدلاً السهم: قومه، وعدل فلاناً بفلان: سوى بينهما، وفلاناً وازنه. وعدلا وعدالة وعدولة 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، وحينئذٍ يصبح مفهوم العدل الذي هو من المفاهيم الظاهرة الدائرة في السنة جميع الناس المقبول عند جميع طوائف الأنام في مشارق الأرض ومغاربها من المجملات أو المشكلات، فإنَّ 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 أنَّ الشيوعيين يرون بعض الأمور حقاً يعتقدده الرأسماليين ظلماً وخلافاً للكرامة الإنسانية.

وحينئذٍ فلا بد 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 المتصّدون للفتوى فاعترف بعض المعاصرين 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 يملكه الساكنون في الأرض ومن أين يعد مباحاً عاماً يجوز العبور منه بلا مانع وللأسئلة 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 للفقيه الحكم بمفهوم العدل حسب زمانه؟

ثم إن بعض الأصوليين والفقهاء ذكروا قاعدة العدل والإنصاف، لكن لم يستدلوا عليها بالآيات القرآنية، بل بسيرة العقلاء وبعض الروايات كما يظهر من بعض المسائل المتعلقة بالعلم الإجمالي تبعاً للشيخ الأنصاري في أوائل رسائله.

وقد تقدّم عن سيدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله تطبيق القاعدة على بعض فروع المثل المعروف ثم أيدها برواية الفقيه والشيخ عن السكوني عن الصادق عن أبيه (عن علي عليه السلام) في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها؟ قال: يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقسم الآخر (الدينار الباقي) بينهما نصفين^١ قال رحمته الله: فإنه لا يستقيم إلا على ما ذكرناه من قاعدة العدل والإنصاف^٢.

أقول: أولاً سند الرواية ضعيف بالنوفلي على الأقوى. وثانياً متنه أيضاً لا ينطبق على قاعدة العدل كما نبّه غير واحد عليه، فإن مقتضى العدل عند العقلاء إعطاء صاحب الدينارين ديناراً وثلاث دنانير، وإعطاء صاحب الدينار ثلثي الدينار. فالرواية إن تمّت سنداً تشتمل على حكم تعبّدي غير موافق لقاعدة العدل. ثم رجع الأستاذ رحمته الله عنه وقال بعد سنين: (إنّ القاعدة في نفسها غير تامّة، إذ لم يثبت بناء ولا سيرة من العقلاء على ذلك حتّى تكون ممضاة لدى الشارع)^٣!!

١. الوسائل، كتاب الصلح، ج ١٨، ص ٤٥٢.

٢. لاحظ الدراسات، ص ٣٤٧.

٣. لاحظ مستند العروة، كتاب الخمس، ص ١٤٧.

ثم يأتي دور السيد الشهيد الصدر رحمته الله حول القاعدة فيقول ردّاً على أستاذه السيد الخوئي رحمته الله أنّ حجّة قاعدة العدل والإنصاف إمّا أن يقصد بها حجبتها في مورد الخصامة وفصل النزاع كاليمين،^١ وإمّا في حدّ نفسها وفي مقام ترتيب الآثار، كالأصول العملية وغيرها فإنّها حجّة في نفسها وغير حجّة في مورد النزاع.

ثمّ أورد بأنّ السيرة العقلانيّة لا تكون ملاكاً لفصل الخصومة بعد ورود العموم الرادعين غير البيّنة والأيمان وهو قوله رحمته الله: إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان.^٢ نعم، يخصّص الحصر المذكور بحجّة الإقرار والقرعة في مورد فصل الخصومة ورفع النزاع وبقي غيرهما في مفهوم الحصر الدال على عدم الحجّة.^٣

أقول: ردع السيرة بهذا الحصر ربّما لا يسلم من النقاش لاحتمال سوقه لنفي قضائه رحمته الله مستنداً إلى الوحي وعلم النبوة، فلا ينفى حجّة غير البيّنة واليمين ولذا كان جواز الحكم بالعلم هو المعروف المدّعى عليه الإجماع والمخالف نادر والله أعلم.

ثمّ إنّّه رحمته الله استدلّ على حجّيته قاعدة العدل والإنصاف في مورد فصل الخصومة بالروايات الواردة في موارد فرض مدعيين أقام كل منهما البيّنة، وتعارضت البيّتان ولم يكن هناك مرجح لإحدى البيّتين على الأخرى فحكم الإمام عليه السلام بالتصنيف،^٤ وظاهر الحكم أنّه صدر بعنوان إنشاء فصل الخصومة فيكون جعلاً للحجّة لهذه القاعدة في مورد الدعوى.

نعم، مقتضى الجمود على اللفظ اختصاص القاعدة بصورة تعارض البيّتين لكن مقتضى الفهم العرفي أن فرض تعارض البيّتين استطراق إلى جعل الحجّة لقاعدة

١. فإنّه حجّة في مقام الخصومة فقط فلو أنّ إنساناً أقسم لنا على مطلب ما، لا يكون يمينه حجّة لنا في مقام ترتيب آثار الواقع.

٢. في صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان وبعضكم ألحن بحجّته (قبل أي أفطن بحجّته) من بعض. فأبما رجل قطع له من مال أخيه شيئاً، فإنّما قطعت له به قطعة من النار. الوسائل، ج ٢٧، ص ٢٣٢ نقلاً عن الكافي والتهذيب.

٣. نقلناه بتلخيص وتغيير من ص ٢٦٤ و ٢٦٥ من جواهر الأصول.

٤. الوسائل، ج ٢٧، ص ٢٥٠.

العدل والإنصاف ولا يفهم العرف أنّ للتعارض دخلاً في جعلها، بل يفهم أنّ التعارض له دخل في القاعدة المذكورة من جهة أنّه بحكم عدم البيّنة فهي في طول حجيّة البيّنة.^١ انتهى.

أقول: الظاهر أنّ قاعدة العدل تشمل غير موارد فصل الخصومة لإطلاق الآيات المتقدّمة، فإذا اشتبه الودعي في أنّ هذا المال لزيد أو لعمر ولا يجب عليه الاحتياط بدفع المال إلى أحدهما ومثله من ملكه إلى ثانيهما من جهة قاعدة الاشتغال، بل إذا قبلنا القاعدة نرجع إليها ونحكم بلزوم التنصيف لهما ولا شيء أزيد على الودعي.

فروع

١. قال السيّد الأستاذ بعد حكمه بعدم جواز تصرّف 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 الوسيلة: وكذا لا مانع من تعلية وإن كان مانعاً من الشمس والقمر والهواء. ولا حظ كلامه بطوله.^٣

أقول: لم أفهم وجه الفرق بينها وبين سائر التصرفات المضرة بالجار، إلّا أن 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 وإلّا 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. نقلناه بتلخيص واختصار وتغيير من ص ٢٦٦ من جواهر الأصول لبعض تلاميذ السيّد الصدر.

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

٣. تحرير الوسيلة، ج ٢، ص ١٨٠.

٣. يجوز للجار عطف أغصان شجر جاره عن ملكه إذا تدلت عليه لقاعدة السلطنة، وإذا تعدّر عطفها بإذن المالك فإن امتنع أجبره الحاكم دفعاً للتصرف المحرم. ولا يبعد جريان الحكم في فرض كون الضرر من ظلها أو سقوط أوراقها في أرض الجار فلا حظ وتأمل.

٤. لو تداعيا جداراً لا يد لأحدهما عليه فهو للحالف منهما مع نكول الآخر، ولو حلفاً أو نكلاً فهو لهما، ولو اتصل ببناء أحدهما 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 السفلى كان القول قول مالك السفلى في جدران البيت وقول مالك العلو في السقف وجدران الغرفة والدرجة. وأمّا المخزن تحت الدرجة فلا يبعد كونه لمالك الأسفل. وطريق العلو في الصحن بينهما والباقي للأسفل. والملاك في تقديم قول مالك السفلى أو العلو في الفروض المذكورة هو كونه صاحب يد فيكون مقابله 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 البيّنة. والملاك في الأولوية هو ما تقدم في الفرع السابق.

المشتركات بين الناس

وهي مضافاً إلى ما ذكره الماتن (الطرق والمساجد والوقوف المطلقة كالمدارس والمساكن، والمعادن والماء): كموات الأرضين وعامرتها طبيعياً والحيوانات غير المملوكة في البرّ وتحت الأرض والبحر والهواء، والجبال والثلوج والمياه الجامة في القطب، بل مطلقها في غير المياه المملوكة والغازات^١ وجوف الكرة الأرضية في الجملة، والربط^٢ والخانات والمقابر والرياح والهواء والجو والفضاء^٣، وكالمشاهد

١. إن لم تدخل في المعادن عرفاً.

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

المشرفة مثل عرفة ومنى والمشرع ومثل حرائم النبي الأكرم ﷺ والأئمة عليهم السلام والأنبياء والأولياء والشهداء والصالحين والذرية الطيبة، والساحات المتعلقة بمزاراتهم. وكالمساحات المعدة من قبل الحكومات وغيرها للنزهة واللعب - ككرة القدم ونحوها - وكذا دورات المياه والمراحيض وأماكن الوضوء، بل كالمكتبات العامة والمستشفيات وغيرها مما بناها الحكومات أو الجهات الخيرة لجميع الناس، وكالكرات السامية - 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 المباحات الأصلية أم ليست منها كالوقوف المطلقة.

إذا تقرّر ذلك فنحن نتعرّض لما ذكره الماتن أولاً ونتعرّض لغير ما ذكره الفقهاء أو الماتن في أثناء شرح المتن وبعده، تعرّضاً إجمالياً مستعيناً بالله سبحانه وتعالى.

قال: (وأما الطرق ففائدتها الاستطراق، والناس فيها شرع، فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلا ما لا يفوت به منفعة الاستطراق كالجلوس غير المضّر بالمارة). هذا أحد الوجهين في المقام واستدلوا له بالسيرة. والوجه الثاني جواز الارتفاق بالطرق بالاستطراق وغيره كوضع الإحمال ووقوف الدواب - فضلاً عن وقوف الشخص نفسه - فينتج حينئذ عدم تسلّط المستطرق على ما كان كذلك لاشتراك الجميع في الارتفاق.

هنا وجه ثالث وسط وهو جواز الاستطراق والوقوف والجلوس للاستراحة والبيع

١. فضا در جای آغاز می‌گردد که لبه خارجی جو پایان می‌یابد، مرز بین هوا و فضا به طور دقیق روشن نیست، ولی معمولاً در ارتفاع بین ۱۵۰ تا ۲۰۰ مایلی سطح زمین قرار دارد. فضا بر خلاف 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. (حقوق بین الملل عمومی، ص ۲۶۵).

۲. قال الله تعالى: «إِنْ اسْتَغْنَمْتُمْ أَنْ تَنْفَعُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانْفَعُوا لَا تَنْفَعُونَ إِلَّا لِنُفْسِكُمْ». وقال تعالى: «وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا مِنْ دَائِبَةٍ وَنُفُوعٍ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ».

وإيقاف الدواب والسيارات وسائر النواقل وغير ذلك، إلا ما كان مضرراً بالمارة، فلا يجوز، ولو أضرّ بهم كان صاحبه ضامناً، لصحيح الحلبي الذي رواه المشائخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمرّ الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه.^١

بل يمكن أن يراد بصحيح الكناني أيضاً ذلك، فقال أبو عبد الله عليه السلام فيه: من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن.^٢

وهذا هو الأظهر، فإن الوجه الثاني خلاف حكمة تأسيس الطرق التي غايتها العمدة الاستطراق، فلا يكون في عرض سائر التصرفات المانعة عن المرور، ولو فرضت نفسك محبباً لطريق أو واقفاً له ومسبلاً، ترى الاستطراق أهم الغايات التي لا ترضى بتزاحم سائر الغايات والمنافع له.

ثم إن السيرة دليل لي لا إطلاق لها، والمتيقن منها هو الوجه الثالث دون الأول، ولا يخفى الفرق بينهما لظهور الثمرة عند الشك، فإن الأصل على الوجه الأول حرمة الانتفاع بغير الاستطراق، إلا إذا أحرز عدم كونه مضرراً. وعلى الثاني جوازه إلا أحرز ضرره بالمارة، فلا يجوز.

وكأن ما اختاره صاحب الجواهر رحمته الله وجه رابع، حيث نفى الفرق بين الاستطراق وجميع ما يعرض للمستطرق من المرافق التي يحتاجها في استطرأه من جلوس ووقوف ونحوهما. وجعل منه ما يحتاج إليه من كانت باب داره إلى الطريق من إدخال الإحمال والدواب ونحوها، باعتبار أن ذلك كله من توابع استطرأه أما إذا لم يكن كذلك، بل كان مرفقاً لا من حيث الاستطراق كالجلوس للبيع ونحوه، فلا ريب في تقدم حق الاستطراق عليه عند التعارض والله العالم.^٣

١. الوسائل، ج ٢٩، ص ٢٤٣.

٢. نفس المصدر، ص ٢٤١.

٣. الجواهر، ج ٣٨، ص ٧٨.

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

بحث تطبيقي

قيل: إنّ الفقهاء بنوا ضمان الواقف على الماشي فيما إذا تعثر بواقف غير مضرّ بالمارة وماتا. وقالوا إنّ دم الماشي هدر، لأنّه باشر تلف نفسه بلا تفريط من الواقف، مستندين إلى ما ذكر من أنّ الوقوف من موضوعات الطريق، لأن الماشي قد يحتاج إلى الوقوف، ومقتضى ذلك أنّ الوقوف في الطريق من موضوعاته أيضاً.

وقيل أيضاً: إنّهم قالوا فيما إذا تعثر الماشي بالقاعد غير المضرّ بالمارة، إنّ ضمان الماشي على القاعد، لأنّه بجلوسه مفرط، لوضع الطريق للمشي، وقالوا: إنّ لو تلف القاعد أو شيء منه، كان الضمان على العاثر أو أنّه هدر.

أقول: الضمان مستند إلى موجباته من المباشرة والتسبب أو تراحم الموجبات بلا قصد القتل كما فصل في كتاب الديّات، ولا يرتبط بالمقام كل الارتباط.

أما المسألة الأولى فإن كان الماشي قصد قتل الواقف أو كانت الصدمة يترتب عليها الموت عادة فهو يوجب قصاص الماشي إن بقي حياً، ولا فرق في ذلك بين كون الوقوف من موضوعات الطريق أم لا، كان جائزاً أو لا، كما إذا وقف في طريق ضيق لا يسوغ الوقوف فيه.

وأما إذا لم يقصد القتل ولم تكن الصدمة ممّا 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 وأنّه في عرض الاستطراق أو في طوله، بل ولا بين كون وقوفه جائزاً أو غير جائز لضيق الطريق، وإذا مات الصادم قدمه هدر، لاستناده إلى فعل نفسه، فلا يضمن أحد دمه.

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 هدرأ ولا يضمنه الماشي.

ويمكن أن يستدل على ضمان الواقف لصدم الماشي في هذا الفرض - مضافاً إلى كونه مطابقاً للقاعدة - بصحيفة الحلبي المتقدمة عن قريب (ص ١٥٢) ولا يبعد أن يقال إن العمدية في ضمان الواقف - في الفرض الأخير - هو استناد موت الماشي إلى الواقف لتفريطه بوقوفه في الطريق الضيق، فكان السبب أقوى من المباشر، وإن كان الوقوف جائزاً له غير محرم.

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

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

كل ذلك لا عن قصد للقتل ولا أن الصدم ممّا يقتل غالباً، وإلا كان دم القاصد هدرأ 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 فبطلان حقه ظاهر، لأن حقه الحادث بالجلوس في طريق المسلمين انتهى أمده 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 نيّة العود إليه، بل القدر المتيقّن من الحق ما دام جالساً لا غير.

وإنما استصحاب بقاء حقّه، ففيه ان أُريد جريانه في كلتا صورتين - نيّة العود وعدمه - فهو باطل، فإنّ العرف لا يرون له حقّاً مع عدم نيّة العود جزماً، وأما معها فلأنّ العرف لا يعتبرون لها في أمثال المقام أثراً. نعم إذا كان ترك المحل إلى قدم أو قدمين لحاجة في ثوان معدودة لا يسقط حقّه، فإنّ العرف لا يرون مثل هذا الترك مخلاً بعنوان الجالس بل بصدق الجلوس.

وأما إذا قام عنه وبقي رحله، فحكم جمع بقاء حقّه، وجمع بعدم بقاءه، والأظهر أنّ الرحل مع عدم نيّة العود مطلقاً أو في زمان قصير، لا أثر له في بقاء الحق بنظر العرف، وأما مع نيّة العود بعد حين قصير ففيه إشكال ولا يبعد بقاء حقّه بنظرهم، ولا أقلّ من الشك فيه واستصحاب بقاءه لا مانع منه.

وأما إذا ألقي رحله للجلوس المتأخّر، فالظاهر عدم حدوث حق له به، لأنّ سبب الحق للجلوس دون الرحل فيه والأصل عدمه.^١

وفي الفرض الأول هل يجوز لف الرحل وجعله في محل؟ قيل: لا، لأنّه تصرف في مال الغير بغير إذنه. وفيه نظر أو منع لا مكان جوازه وصولاً إلى الحق، بل صاحب الرحل متعدّد في إلقاء رحله في محل لا حق له، ومن هنا - أي كونه متعدّياً - يمكن أن يقال بأنّ تصرّف الثاني فيه ولفه لا يوجب ضماناً. وقيل بالضمان بناء على حكم العقلاء بأنّ على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه.^٢

ثمّ إنّ النصوص الواردة في المسألة كمرسلة الصدوق عليه السلام عن أمير المؤمنين - سلام

١. وقد كنّا مبتلين به أيام تحصيلنا في التجف الأشرف حينما نتشرف بحضرة الإمام الشهيد - سلام الله عليه - في كربلاء فكانت محال الصلاة - قرب الحائر - مملوءة بالرجال وكنا نجتنبها. زاعمين أنّ الرجال المذكورة تحدث لأربابها حقّاً!

٢. وهذا متن خبر عامي غير ثابت من طرقنا ولا نقول بانجباره باستدلال المتأخّرين 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 عبد الله 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 سنداً لا اعتبار بها.

بقيت فروع خمسة

١. صرح العلامة عليه السلام في محكي التذكرة بأنه لو دفعه أحد عن مكانه أثم وحل له مكثه فيه وصار أحق من غيره به. وفي الجواهر: وبذلك يظهر أنه لا يدخل في موضوع الغصب ولا يترتب عليه ضمان ضرورة عدم كونه من الأموال أو الحقوق المالية. وفيها أيضاً: ولعل الوجه في أصل المسألة، أن حقيقة الطريق للجالس بالسبق ووضع الرحل ونحو ذلك، ليست كحقيقة التحجير التي تنتقل بالصلح والإرث ونحوهما، بل هي لا تزيد على حرمة الظلم بدفعه عن مكانه وبالتصرف برحله الموضوع في مكان كان يجوز له وضعه فيه.^٣

أقول: إن تم ما ذكره صاحب الجواهر عليه السلام فهو وإن شك في بقاء 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 يضرب بالمارّة وبالملاك المجاورين للطريق، بأي شيء أراد، بل لا بأس ببناء الأرض بالأجر والاسمنت والقيصر والحجر ونحوها بما لا يضرب بالمار.

١. الوسائل، ج ١٧، ص ٤٠٥.

٢. نفس المصدر، ص ٤٠٦.

٣. ج ٣٨، ص ٧٩.

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

٤. يشكل بناء الدكة والتسقيف والمستند في الطريق، لتزايد المارة بمرور الزمن كما هو محسوس.

وما حققه صاحب الجواهر^١ من اقتضاء الأصل والسيرة 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 استكثار المارة بمرور الزمن وتطور الوسائل النقلية، وادعاء المعمرين للملكية فتكثر المشكلات لمسؤولي البلدية فيما بعد. فلاحظ وتأمل.

على أن إحراز السيرة المدعاة لم يحرز اتصالها بزمان الأئمة^{عليهم السلام} فلا عبرة بها، والأصل أنما يتم في الطريق الذي صار طريقاً بالاستطراق، أما إذا صار طريقاً بإحياء المحيي أو بوقف الواقف مثلاً، ففي جريانه إذا شك في نية صاحبه إشكال.

نعم، يجوز بناء التسقيف للمارة المنتظرين لركوب السيارات والباصات كما اعتيد في البلاد، وكذا بناء دكة لشرطة المرور، وبناء كل شيء يحدث في المستقبل لمصلحة المارة.

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

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

قال: (ولو جلس للبيع أو الشراء فالوجه المنع إلا في المواضع المتسعة كالرحاب نظراً إلى العادة، ولو كان كذلك، فقام ورحله باق فهو أحقّ به، ولو رفعه ناوياً للعود فعاد، قيل كان أحقّ به لثلاثا يتفرّق معاملوه فيستضّرّ، وقيل يبطل حقّه، إذ لا سبب للاختصاص، وهو أولى).

أقول: تقدّم جواز الجلوس غير المضّرّ بالمآزة، ولا فرق بين كونه للبيع أو الشراء أو غيره من الأهداف ويجري فيه ما سبق حرفاً بحرف. على أنّ بعض المحقّقين ذكر أنّه لم يجد قائلاً من الإمامية بالذي نقل الماتن (قيل كان أحقّ به).

قال: (وليس للسلطان أن يقطع ذلك، كما لا يجوز أحيائه ولا تحجيرها). ولعلّه لا خلاف فيه ولا إشكال، فإنّ مورد هذه الثلاثة الموات دون ما تعلّق به حق المسلمين بل مطلق العابرين.

وللطريق فروع أخرى لابدّ من بيان أحكامها

١. في موثقة سماعة قال: سألته 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 لأيّ غرض كان ولم يجعل على الحفيرة علامة للحذر، فوقع فيه عابر أو سيّارة أو نحوها.

وأما إذا حفر في الطريق الذي يملكه - كما مرّ في الفرع الخامس المتقدّم آنفاً - فهل يضمن ما سقط فيه أم لا؟ فيه وجهان يمكن ترجيح الأوّل إذا قلنا بانصراف الموثقة عن مثل هذا المملوك فتدبّر فيه. بل يمكن أن يستدلّ عليه بإطلاق صحيحي الحلبي والكناني المتقدّمين أيضاً بناء على أنّ إضافة الطريق إلى المسلمين فيهما لا ينافي ملكيته لملكه.

١. نفس المصدر، ج ٢٩، ص ٢٤١ - ٢٤٢.

٢. في موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى داراً فيها زيادة من الطريق؟ قال: إن كان ذلك فيما اشترى فلا بأس.^١

أقول: إن كان إدخال بعض الطريق في الدار ظلماً وغصباً، فلا بد من ردّ الحديث إلى من صدر عنه، فإنّ حقّ الناس لا يملك بالغصب والمعاملة، بل الظاهر بطلان البيع في فرض الجهل بمقدار الطريق المغصوب، وثبوت الخيار للمشتري بتبعض الصفقة في فرض الجهل بالغصب.

نعم، لا بأس بحمل الحديث على فرض عدم تبين الغصب حملاً 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 للسواق كما اعتيد في أعصارنا، وكذا كل ما يحدث في المستقبل القريب أو البعيد لمصلحة المارة وسهولة إياهم وذهابهم في الشوارع وكذا يجوز التصرف في فضائه بإخراج روشن أو جناح صغير أو فتح باب أو نصب ميزاب عمودي (لا أفقي) وغير ذلك من التصرفات غير المضرة بالمارة.

٤. يجوز حفر طريق في جوف أرض الطريق لاستطراق المارة واختصاص فوقه بالسيارات وغيرها من الوسائل أو بالعكس، وكذا يجوز بناء طرق فوق الطرق تسهلاً لأمر عبور الركاب والمشاة في المواضع المتقاطعة.

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

يجوز تخصيص آخر بالمشاة وبعض السيارات وأمثال ذلك مما يتضمّن مصلحة المارة من المشاة والزكّاب. وللسكّة الحديدية حكم خاص بها، وربّما يصحّ بعض السيارات أيضاً بحاجة إلى طريق خاص بها لكبرها وشدة سرعتها في المستقبل القريب، بل لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً.

٦. ذكر سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله أنّه لا بأس بحفر سرداب تحت الطريق إذا أحكم أساسه وسقفه.

أقول: إذا كان حفره لمصلحة المارة أو لمصلحة الأعمّ منهم فلا بأس به، وأمّا إذا كان لمصلحة شخص خاص بحيث يملكه بالإحياء، فالحكم بالجواز مبني على أنّ حقّ الاستطراق إنّما يتعلّق بمجرّد سطحه الظاهري دون سطوحه الباطنة، وهو لا يخلو عن إشكال أو منع، أو مبني على أن مردّ حق المارة على الطريق إلى عدم جواز مزاحمتهم في المرور والاستطراق، لا أزيد من ذلك فيمكن لمتصرّف حفر سرداب تحته، ومنه يظهر جواز تغيير الطريق العام إذا لم يضرّ بالمارة ولم يوجب مزاحمتهم، لا أنّ لهم حقّاً متعلّقاً بالطريق كحقّ المحجر بالمحجرة، ولا شك أنّ مراتب الحقّ مختلفة ضعفاً وقوّة وتعلّقاً وسعةً وضيقاً.

ومع الشك نقول أن القدر المتيقّن من حق الاستطراق هو الأوّل دون الثاني، على أنّ أصالة البراءة أيضاً تكفي لنفي حرمة الحفر، بل يمكن الرجوع إلى قوله تعالى: «وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ»، ولا يقيده ما بعده. نعم، إنّ شرط مالك الطريق أو واقفه شرطاً يعمل به فتأمل والله العالم.

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

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

فلا بدّ من حمله على فرض خاص كحسم النزاع في مورد يكفي هذا الحدّ، على أنّه معارض بما دلّ على أنّه سبع أذرع لكن سنده ضعيف بالتوفلي^١.
ومنه ينقذ ضعف ما منعه السيّد الأستاذ الخوئي (طاب ثراه) من أحياء الموات بمقدار يوجب نقص الطريق عن خمسة أذرع، فإنّه حدّ الطريق المعيّن من قبل الشرع، ولو أحياء لوجب عليه هدمه.

أقول: لا حدّ معيّن شرعاً للطريق كما عرفت وما أفاده هو تبعاً لجماعة ضعيف جداً.

٨. إذا انقطعت المارّة عن طريق إمّا لعدم المقتضي أو لوجود المانع زال حكمه، بل ارتفع موضوعه وعنوانه. وعليه فيجوز لكل أحد أحياءه وإن كان موقوفاً أو مسبلاً، وقد مرّ في الأراضي الموقوفة ما يفيد المقام. لكن لو كان الواقف أو المسبل حياً وجب 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 بتوافق الجارين المتقابلين في جانبي الطريق كما يشاهد في بعض الأزقة، والمفروض أنّه لا يزاحم المارّة وإحمالهم ودوابهم.

أقول: قد يقوم أكثر أبواب الدور مع جيرانهم بذلك فيظلم الطريق فيضرب بحال المارّة صحّة وأمناً للنساء والأطفال فهذا لا مجوّز له، وإن لم يضرب بالاستطراق. وقد يقوم به بعضهم ولا يضرب بحال المارّة، وحكمه مبني على ما مرّ من أنّ حقّهم هو مجرد عدم مزاحمتهم في المرور فقط، أنّ لهم حقاً بالطريق ولو أضعف من حقّ التحجير، فعلى الأوّل يجوز التسقيف، ثمّ له جواز بناء الغرفة أو الغرفات فوقه، وعلى الثاني لا يجوز.

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

١١. لا يجوز للسوّاق وأصحاب الوسائل الناقلة إيقافها في الشارع العام بحيث يصعب عبور المارّة و مرور السيارات الأخرى وهكذا لغيرهم أن يخلّوا بنظم المرور بأيّ نحو كان ولو بالصلاة الواجبة في وقتها المضيق.

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

وإن لم يكن مغائراً للأحكام الإسلامية فإن لم يستلزم إهمالها ضرراً للغير فلا يجب العمل به، وأمّا إن استلزم من إهماله إتلاف النفوس والأموال واختلال نظام المرور للمشاة والركاب كما إذا اعتاد الناس على العمل به فيجب مراعاته والعمل به بلا شبهة.

وأما إن حكم به الحاكم الشرعي أو الدولة الإسلامية فيجب العمل به مطلقاً وإن لم يستلزم تركه ضرراً بالمارّة وغيرهم لوجب قبول حكم الحاكم الشرعي.

١٣. هل يجوز حفر الطريق المضّرّ بالمارّة واستطراقهم 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 غالب المارّة هم أهل البلد المحتاجون إلى تلك الأشياء فيرضون به، بل يجوز وإن لم يرض به جمع لترجيح الأهم على المهم، فلاحظ.

السكة المرفوعة

قسّم جمع من الفقهاء الطريق إلى النافذ والشارع العام وقد تقدّمت مسائل

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

ولها أحكام متعدّدة مذكورة في كلام جماعة، العجب أنّها غير معنونة في *الشرائع والجواهر واللمعة والروضة والقواعد وإيضاح الفوائد* و*جامع المقاصد*.

وعلى كل، فنحن نذكر جملة من فروع هذا الطريق:

أولها: استدلل المحقّق القميّ رحمته الله في *جامع الشتات*^١ على ملكية أرباب الدور لهذا الطريق: بأنّ الأصل في الأرض هو الإباحة، واليد ظاهرة في الملك، وثبوت يدهم عليها يقتضي اشتراكهم في الملك على حسبها. وإن تنزلنا من ذلك فلا أقلّ من كون الطريق حريماً، وأظهر الوجهين في الحريم الملكية، لأنّه مدلول تبعية للملك من باب دلالة الإشارة، فإنّ قولهم عليه السلام: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، المفيد للملك المستلزم لكون الحريم له يقتضي ملكية الحريم بالتبع. ولو سلمنا كفاية استحقاق الانتفاع في تحقّق ذلك فهو لا يستلزم الملك، بل الأولوية، فيكفي في ما نحن فيه من سقوط حق الغير عنه وعدم جواز التصرف إلّا بإذن الأرباب.^٢

وقال قبل ذلك: وقد صرح جماعة بأنّ الأصل في حريم القرية وأمثالها الملك، وكذلك حكم الدور، والطريق من جملة الحريم المذكور. فالتحقيق أنّه ليست المرفوعة كالنافذة، بل هي إمّا ملك لأربابها أو أنّهم أولى وأحقّ 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. قبل اسمه الأصلي (السؤال والجواب) ثمّ وضع بعض تلاميذه اسم *جامع الشتات* عليه بعد أن زاد عليه بعض مؤلفات المحقّق القمي.

وعلى كل رأيت النسخة المطبوعة القديمة في مجلّد واحد ورأيت النسخة الجديدة في أربعة أجزاء ولاحظت مقدّراً من باب الشكّة فرأيت الكتاب كثير الأغلاط ومن يلاحظ مقدّمة المصحّح في أول الطبعة الجديدة يبقى في شك من إصلاحه. فإنّه أصلح الأغلاط بنظره في الجملة.

٢. *جامع الشتات*، ج ٣، 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 بنى حولها دور أبوابها في تلك الأرض، وتملك الأرض من مرافق هذه الدور إما من جهة الاستطراق إليها أو من جهة جريان مياهها إليها من الميازيب وإما من جهة سائر الحوائج كاجتماع دوابها وحط أنقالها أو غير ذلك.^١

أقول: أصالة الإباحة في الأرض غير مسلمة، فإن الأرض إما مملوكة للفرد وإما مملوكة لجميع المسلمين، وإما متعلقة لحق كالمحجرة، وإما مباحة بالأصل كالموات على الأظهر وإما 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 تقدّم ما يعرف منه ضعفه، وكون مثل هذه اليد - أي يد صاحب الدار على الدريسة - علامة على الملكية غير بين ولا بمبين.

فالأظهر أن لأرباب الدور حق أولوية على الطريق غير النافذ، والمتيقن منه عدم جواز مزاحمة غيرهم لهم في الاستطراق ومرور الدواب وحمل الأنقال وحطها ومجىء ضيوفهم وزائريهم، لا غير، وإن شئت فقل: لا فرق كثير بين النافذ وغير النافذ.

وإن لم أفز 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 يعتمدوا في دعواهم ذلك باستمرار الاستطراق، فإن الذي علم من التصرف بالاستطراق، 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 وترا به إلى حريم، والعجب أن أحدا لم يذكره واتفق من رأيت فتاواهم على إنكار حقّه فيه، ولانوافقهم عليه. لما تقدّم في كلام الماتن من إثبات الحريم له.

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

لكنه ضعيف ومخالف لبناء العرف والعقلاء، فالراجح جوازه وجواز تطرق الناس إلى بيته.

رابعها: هل يشترك كل أصحاب الدور في جميع الطريق من أوله إلى آخره، كما ذهب إليه سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمته 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، نعم، يجوز لكل منهم فتح باب آخر وسد الباب الأوّل.^٢

وفي جامع الشتات: ... عن الدروس أنه قويّ اشتراك الجميع في الجميع واختاره المحقق الأردبيلي، أو لا يشترك كذلك كما قال الإمام الخميني رحمته الله وإليك نصّه: لا يبعد في الدريّة أن يشارك الداخل للدخل إلى قبالة بابه^٣ ممّا هو ممّرّه مع ما يتعارف من المرافق المحتاج إليها نوعاً، ولا يبعد أن يشارك الداخل إلى منتهى جدار داره وينفرد ألا دخل بما بعده، ومع تعدد الشركاء يشارك الأدخل من الجميع معهم، وينفرد بما يكون طريقه الخاص فيشترك الجميع من أوّل الدريّة إلى الباب الأوّل أو منتهى الجدار ثم يشترك فيما عداه ما عدا صاحب الباب الأوّل، وهكذا تقل الشركاء إلى آخر الزقاق.

١. نفس المصدر، ص ٢٥٩.

٢. هذا بناء على الملكية. وأما على الحقية فالأصح أن يقال: فلا يجوز لكل واحد منهم أن يراحم الأخين بتصرفه فيه.

٣. منهاج الصالحين، ج ٢، ص ٢٧١.

٤. أي باب الداخل وممرّه.

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 بالمرتكرات العرفية هو القول الثاني، بل لا وجه لاشتراك الداخل مع من بعده، أفرض طول زقاق خمسين متراً مثلاً، فأَيُّ 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 جداً. بل لعل القول الثاني هو المشهور كما يظهر من محكي التذكرة وصدقه المسالك وغيره.^٢

خامسها: الثابت بالسيرة العرفية وبناء العقلاء جواز الجلوس والاستطراق في الدريية 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 بأنني لا أرضى بدخول ضيوف فلان في هذا الطريق، ومن اعتبر إذن الشركاء في مثل التصرفات العادية اليومية فقد بعد عن الحق بعداً.
 ولو فرض أن إيقاف صاحب الدار الأولى سيارته في أول الزقاق، يسد ممر سائر السيارات فيه على أربابها فلا بد من المذاكرة وعلاج المشكلة ومع التشاح يرجعون إلى الحاكم الشرعي.

سادسها: لا يجوز ظاهراً لمن كان حائط داره إلى الدريية فتح باب إليها للاستطراق لعدم حق له في ذلك، نعم له فتح ثقبه وشباك إليها وإن استلزم الاستعلام والتمكّن من الاطلاع على ما لا يجوز له، فإن المحرم هو الاطلاع دون فتح الشباك، بل الأظهر جواز فتح باب إليها لا للاستطراق، لأنّه تصرف في جداره المملوك فقط، نعم لأصحاب الدريية أخذ السند عنه بأن فتح بابه لا يدل على اشتراكه في الزقاق وإن كان له حريم جداره فيه كما أشرنا إليه سابقاً.

١. تحرير الوسيلة، ج ٢، ص ٢١١.

٢. أي باب الداخل وممره.

سابعها: قيل لأرباب الدور سد الطريق وتقسيمة بينهم وادخال حصصهم في دورهم. أقول: هذا مسلم إذا لم يذهبوا بحق حريم صاحب الجدار كما ذكرناه. وقيل: لا يجوز لأرباب الدور أن يتصرفوا فيه ولا في فضاءه إلا بإذن من يعتبر إذنه. أقول: هذا مسلم في غير التصرفات المعتادة اللازمة وغير اللازمة. وقال الميرزا القمي^١: لا يجوز إحداث الكنيف والبالوعة ولا إخراج الأجنحة والرواشن^٢ والميازيب إلا بإذن جميع أربابها وان لم يكن مضرًا^٣. أقول: كلامه على الملكية في غير الميازيب متين وأما الميازيب فهو من ضروريات الدور ولا بأس بإحداثها لكل أحد من الشركاء رضى 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 كحق 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 مرافق 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.

تنمة

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

١. في مجمع البحرين: الرواشن جمع روشن وهي أن يخرج أخشاباً إلى الدرب وتبنى عليها وتجعل لها قوائم 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 والمشى والجلوس وغيرها ممّا لا يزعج 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 أحقّ به مادام جالساً).
أقول: الظاهر أنّه لا إشكال ولا خلاف فيه وهو من الواضحات في الجملة.
والقدر المتيقّن في معنى الحق عدم مزاحمة آخر للسابق في الانتفاع منه، ويحتمل كونه أولى من غيره وثبوت حقه على المحل حتّى استيفاء غرضه منه. ويظهر الثمرة بين الوجهين فيما إذا طرده قاهر ثم شرع في الصلاة فيه، فعلى الأوّل لا تبطل صلاة القاهر وإن أثم، وعلى الثاني تبطل لغصبية المحل، ولا فرق في هذا بين المسجد والطريق والحسينية ونظائرها.

ثمّ الظاهر عدم الفرق في الأحقية بين ما جلس للصلاة أو الدعاء أو قراءة القرآن أو تعليم الأحكام أو تعلّمها أو لغرض مباح كالاستراحة والنوم ممّا جرت السيرة عليه، والمسلمون في المسجد شرع سواء، ويشكل ثبوت الحق للكفّار، وإن قلنا بجواز دخولهم في غير المسجد الحرام من المساجد كما هو الأظهر، فالحقّ للمسلمين وحدهم.
وأما الجنب والحائض والنفساء 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 أحقّ به وإلّا كان مع غيره سواء).

وعن جامع المقاصد أنّه المشهور وعن المبسوط نفى الخلاف فيه، كما في

الجواهر. وقال السيّد الأستاذ الخوئي رحمته الله في منهاج الصالحين: وأما إذا كان ناوياً للعود، فإن بقي رحله فيه، بقي حقّه بلا إشكال، وإن لم يبق ففي بقاء حقّه إشكال، فالأحوط مراعاة حقّه، ولا سيما إذا كان خروجه لضرورة كتجديد الطهارة أو نحوه.

أقول: الأرجح جريان ما ذكرناه في الطريق هنا بلا فرق، وأنّه لا دليل على تأثير نيّة العود في الأولوية فلا فرق في بطلان حقّه بين الإعراض ونيّة العود أو عدمها، فإذا قام بطل حقّه، إلّا إذا ترك المحل بنحو خطوة أو خطوتين لأخذ شيء أو إعطائه بحيث يصدق عليه شاغل المحل، فهو أحقّ به، وأما إذا بقي رحله بفصل قريب فلا يترك الاحتياط فيه. وإن طال الفصل فلا يبعد بطلان حقّه، وأما الرحل المتقدّم فلا دليل على إيجابه حقّاً لصاحبه، بل لو حضرت الصلاة ولم يحضر صاحب الرحل الذي تركه عن قرب عند تكبير الإمام يمكن القول بسقوط حقّه وجواز قيام غيره من المأمومين فيه، بل لعلّه هو الأقرب عند ركوع الإمام.

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

ويقول صاحب الجواهر رحمته الله بثبوت الضمان لأصالة الضمان مطلقاً لقاعدة اليد وغيرها. ثم قال: بل قد يقال إنّ سقوط أحقيّته لا يقتضي جواز التصرف في ماله بعد أن كان وضعه بحق ولم تنحصر في الموضوع المخصوص.^١

ويقول السيّد الأستاذ الخوئي رحمته الله: الظاهر عدم الضمان إذ لا موجب له بعد جواز رفعه للوصول إلى حقّه.^٢ أقول: ولا يبعد ترجيحه على سابقه.

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

قال: (ولو استبق اثنان فتوافيا، فإنّ أمكن الاجتماع جاز وان تعاسرا أقرع بينهما). لأنّ الحق لا يعدوهما والمحل لا يكفيهما فلا بدّ 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. تتقدّم الصلاة في المسجد على غيرها من أقسام العبادة وغيرها ظاهراً، لأنّها المنفعة المقصودة الأصلية من وضع المسجد، فلو تزاخم الصلاة وقراءة القرآن أو الدعاء أو تعليم العلم أو تعلّمه أو إلقاء الخطابة والوعظ والاعتاظ، تقدّم الصلاة عليها، بل وإن كانت صلاة إجارة أو تطوّع على الأحوط. واعترف صاحب الجواهر^١ بعد الحكم بتقديم الصلاة على غيرها من العبادات بأنه لم يجده في كلام أحد من الأصحاب، بل ولا غيره من صور التعارض المتصوّرة في المقام.

وقال السيّد الأستاذ في منهاجه: ولا يبعد أن يكون الحكم كذلك، حتّى لو كان اختيار المصلّي هذا المكان اقتراحاً منه، فلو اختار المصلّي مكاناً مشغولاً بغير الصلاة ولو اقتراحاً يشكّل مزاحمته بفعل غير الصلاة وإن كان سابقاً عليه. أقول: إتمامه بدليل مقنع مشكّل لاسيما إذا لم يكن للمصلّي سبب شرعي أو عقلائي في طلب ترك المحل الذي سبق إليه غير المصلّي.

٢. إذا دار الأمر بين صلاة الفريضة والنافلة أو مطلق المستحبّة، فإن كان حال إقامة الجماعة ففي تقديم الفريضة على غيرها وجهان أقربهما الأوّل، وإلا فلا دليل على تقديمها على غيرها إلا في آخر الوقت حيث يفوت وقت الصلاة فيحتمل تقديمها. والعمدة في التقديم في كلا الموردين استكشاف نظر الشرع من ارتكاز المتشرّعة، والله العالم.

٣. إذا تزاخم غير الصلاة كالدعاء وقراءة القرآن والتعليم والتعلّم والموعظة والاستراحة والنوم، بعضها ببعض، فلا دليل على تقديم بعضها على الآخر.

ويمكن أن تقدّم الذكر والدعاء على غيرهما من الأفعال الواجبة والمستحبّة سوى الصلاة لقوله تعالى: «وَأَقِيمُوا وُجُوهَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَادْعُوهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ»^١.

وقوله تعالى: «وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذَكَّرَ فِيهَا اسْمُهُ»^١
 وقوله تعالى: «وَمَسَاجِدُ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا»^٢
 وقوله تعالى: «فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذَكَّرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ
 وَالْآصَالِ»^٣

ومحصول الآيات كون الدعاء وذكر اسم الله - بناء على أنها غير الصلاة وفي
 غير الصلاة - كالصلاة من المقاصد الأصلية للمساجد، وإن قلنا بتقديم الصلاة عليهما
 في فرض التزامهم. والله العالم.

٤. في صحيح ابن الحجاج عن جعفر بن إبراهيم عن علي بن الحسين عليه السلام قال: قال
 رسول الله ﷺ: من سمعتموه بنشد الشعر في المساجد فقولوا فض الله فاك، أما
 نصبت المساجد للقرآن.^٤

ولولا جهالة جعفر بن إبراهيم لقلنا بتقديم القراءة على غيرها عند التزامهم في
 المسجد سوى الصلاة والذكر والدعاء، بل كان بإمكاننا أن نجعلها في عرض
 الأخيرين.

٥. لا دليل على تقديم الصلاة جماعةً 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 المعتاد، وأشكل منه إقامة
 جماعة أخرى بإمامة إمام آخر. وفي بطلان الجماعة الثانية القاهرة وجهان متقدمان.
 لا يقال: هذا الحكم متهاافت مع ما مر من بطلان حق الماكث في المسجد إذا ترك
 المحل، فإن الإمام والمأمومين يترون المحل وإنما يشغل المسجد الآخرون عند
 صلاة أخرى قبل مجيئهم هؤلاء الأولين.

١. البقرة (٢): ١١٤.

٢. الحج (٢٢): ٤٠.

٣. النور (٢٤): ٣٦.

٤. جامع الأحاديث، ج ٤، ص ٥٧٣.

فإنّه يقال الحاكم بالاستحقاق في أمثال هذه الموارد هو العرف الإسلامي كما لا يخفى. وعندهم فرق واضح بين ترك الفرد وترك الجماعة المعتادة، فتأمل حتّى تعرفه.

٦. لا يجوز المنام في المساجد إذا استلزم منع الناس من الصلاة، كما لا يجوز منعهم عن النوم فيها مع عدم المزاحمة للمصلّين، بلا فرق بين مسجدي الحرمين وغيرهما.

٧. إذا أراد الناس الطواف في المسجد الحرام والصلاة فيه أو في مسجد النبي ﷺ أو مسجد آخر لجهة من الجهات، فيمكن أن نقول إنّ يجب على المسؤولين فتح بابه ولا يجوز غلقه في الليل فضلاً عن النهار، لأنّ الطواف والصلاة والعبادة من حقّ المسلمين ولا يجوز سدّ الناس عنها.

بل يمكن أن نستدل عليه بالآيات الكثيرة الدالة على حرمة صلى المسلمين عن سبيل الله وعن المسجد الحرام بدعوى دلالتها على الحرمة حتّى إذا كان السادّ من المسلمين الذين يسدّون أبواب المساجد بعد إقامة صلاة الجماعة وإتمامها خوفاً على أموال المسجد من السرقة والتلف. فأصبحت أبواب المساجد مغلقة سوى ساعات قليلة من الليل والنهار مع رغبة المصلّين 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 والصلاة والزيارة وهذا غير جائز لها.

وبالجملة مادام المسجد في معرض الصلاة فلا يصحّ سدّ بابه، ومع عدم هذه المعرضية لا بأس بسدّه لجهة عقلائية، وإن كان في معرض التدريس والقراءة ونحوها. ويمكن الحاق الذكر والدعاء بالصلاة كما مرّ. ولم أر لأحد فيه وفي نظائره كلاماً.

٨. لا يجوز منع الناس عن الصلاة في المساجد القديمة، بغلق أبوابها بدعوى أنّها ذات قدامة تاريخية وقيمة أثرية، فإنّ هذا العنوان لا يجوز منع الناس عن العبادة فيها شرعاً.

كما لا يجوز سدّ باب مسجد في غير ساعة إقامة الجماعة بعذر أنّ هناك مسجداً قريباً من هذا المسجد، فإنّه تضيق على المسلمين حقوقهم بغير وجه شرعي.

٩. هل يجب على المتولّي فتح باب المسجد في آخر الليل إذا أراد بعض المصلّين إقامة صلاة الليل فيه؟ يحتمله لأنّ المسجد للصلاة ويحتمل العدم للسيرة - إن أحرز اتصالها - ولأنّ النافلة يقرأ في البيت وفيه تأمل لضعف دلالة ما يدل عليه.^١

١٠. إذا استلزمت توسعة المسجد، أو تحكيمة أو تحسينه حرمان الناس عن الصلاة فيه شهوراً فهل يجوز تخريبه حينئذٍ لأجل أحد الأمور المذكورة؟

وهنا إشكال أصعب من هذا وهو أنّ المواد المستعملة في هذا المسجد من الأموال الموقوفة للمسلمين على هذا المسجد لا يجوز قلعها وإلقائها في المزبلة خارج البلد مثلاً وحرمان مالكها من الثواب إلّا في فرض الضرورة الملحة^٢ أو خطر تلف الناس بانهدام المسجد، لا في فرض الجمال والزينة. فتأمل في المقام.

١١. من جلس في مسجد لفعل حرام لا حقّ له في مجلسه، بل لا يبعد وجوب طرده بمقتضى ارتكاز المتشرّعة الكاشف عن مذاق الشرع، وأما من جلس فيه لمباح أو مكروه فلا دليل على جواز طرده وسلب حقّه.

لكن في صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّ أمير المؤمنين عليه السلام رأى قاصّاً في المسجد فضربه بالدرة وطرده.^٣

أقول: يمكن أن نفتي بمضمونه ونقول بجواز طرد كل من يصرف الناس عن العبادة ونقول باستحقاقه للتعزير الخفيف.

ويمكن أن نقول إنّّه ليس بحكم ثابت، بل هو موكول إلى نظر الحاكم عند المصلحة وليس لغيره ذلك.

والرواية المتقدّمة في البند الرابع تؤيد الاحتمال الأوّل، والاحتياط يؤيد الاحتمال الثاني.

١. الوسائل، ج ٥، ص ٢٩٤ وما بعدها.

٢. ومنها ضيق المسجد وكثرة المأمومين، كما في روايات الوسائل، ج ٥، ص ٢٠٦.

٣. الوسائل، ج ٢٨، ص ٣٦٨.

١٢. في صحيح الكناني قال (أبو عبد الله عليه السلام): ما تقول فيمن أحدث في المسجد الحرام متعمداً؟ قال: قلت: يضرب ضرباً شديداً، قال: أصبت، فما تقول فيمن أحدث في الكعبة متعمداً؟ قلت: يقتل. قال: أصبت، ألا ترى أن الكعبة أفضل من المسجد...^١

ويؤكدّه - في الجملة - بعض الروايات الضعيفة سنداً. أقول: الظاهر انصراف الحدث إلى الريح دون البدعة، بل هي غير محتملة في قوله عليه السلام: فيمن أحدث في الكعبة. نعم، لا يبعد شموله للبول أيضاً، وأما الغائط فالحكم يشمل بالاولوية. ثم المحتمل إرادة المعاند من لفظ المتعمد، ففي رواية سماعة، ولو أن رجلاً دخل الكعبة فبال فيها معانداً، أخرج من الكعبة ومن الحرم وضربت عنقه.^٢ لكنّها ضعيفة سنداً بعثمان 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، فالتعرض لحكم الحدث ورد استطراداً وعرضاً كما لا يخفى. إلا أن يدعى أن الراوي هو الذي بين الحكم وصدقه الإمام، فيمكن أن الحكم كان مشهوراً عند الناس وإن لم ينعكس في الروايات الواصلة إلينا، فتأمل.

وعلى كل لا شك في جواز النوم في المسجد الحرام، ولا شك أن احتمال خروج الريح في النوم لا يحرمه والله العالم بأحكامه.

١٣. هل يتقدّم التعلّم الواجب على قراءة القرآن المستحبّة، فلو دار تخلية مكان من المسجد بين المتعلّمين والقارئ للمصلّين يقدّم القراء في الخروج؟ لانرى وجهاً ملزماً له، إلا أن يدعى فهمه من مذاق الشرع.

١٤. لو وقعت المزاخرة بين الطواف والصلاة 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: «وَاتَّخِذُوا مِنْ مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى»^١ ويمكن أن يقدّم فريضة كلّ منهما على مندوب الآخر، ولعل الأظهر إرجاع الحكم في ذلك إلى نظر الحاكم الشرعي التابع لظروف الزمان، والعجب أنّه لم يوجد في الأحاديث المعتبرة وحتى غير المعتبرة ما يدل على الحكم، مع أنّ المسألة عامة البلوى حتّى في أعصار الأئمة عليهم السلام فضلاً عن مثل أعصارنا التي لا تخصّ المزاحمة خلف المقام، بل تعمّ أكثر أماكن المسجد الحرام في بعض أيّام الموسم، حتّى الطبقة الفوقية من المسجد.

١٥. لا يجوز نصب السماعة في المسجد وايصال صوت الإمام أو الواعظ أو القارئ أو غيره إلى أهل المحلّة إذا كانوا يتأذّون 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 سوء - ولا بدّ للدولة من وضع حدّ 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 الكفّار في المساجد سوى المسجد الحرام، لقوله تعالى: «إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا»^٢ خلافاً لجمع كثير. والتعدّي عنه إلى كل مسجد في ذلك قياس محرم بل قياس مع الفارق وهو ظاهر.

المشاهد

قال سيّدنا الأستاذ رحمته الله: المشاهد المشرفة كالمساجد في تمام ما ذكر من الأحكام. أقول: لا أظنّ إلترامه بإطلاق كلامه، حتّى 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 التزام بينهما تقدّم الزيارة عليها على الأحوط ولا تقدّم الصلاة عليها جزماً، ولا فرق في ذلك بين المتوطن والمقيم والمساfer.
٢. إذا عدّ النوم أو بعض المشاغل توهيناً لصاحب القبر، يحرم، ويلزم طرده من المشهد، وهذا غير صادق على المسجد وإن كان هتكه غير جائز.
٣. يحرم مكث الجنب والحائض 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 إلحاق مشاهد الأئمة بل الأنبياء عليهم السلام بالمساجد في جميع الأحكام. ويؤيده حضور زوجاتهم في بيوتهم ولم يؤمرن بالخروج عند الجنابة، وكذا بقيّة النساء الساكنات معهن في البيوت، رحمة الله عليهن جميعاً.
٤. لا طواف في المشاهد، فلا يجوز للدائرين حول المرقد مزاحمة الزائرين.
٥. لا مانع من سدّ أبواب المشاهد المشرفة بما تعارف في كل زمان.
٦. لا شك في أهميّة الصلاة الواجبة في أول وقتها من الزيارة، لكن تلك لا توجب تقدّم المصلّي على الزائر في أول الوقت، إذا أصرّ الزائر على الزيارة وترك الصلاة في أول وقتها. بل يحتمل ذلك حتى إذا كان المصلّي، الإمام الراتب للجماعة ومأموميه.
٧. إن حرمة تنجيس 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 فيفعل ذلك على نحو التعليق وبرجاء كونه مسحاً وجملة من المزارات المشهورة اليوم مشكوكة 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 تعظيماً لهم حرام يجب نهيههم عنه، نعم إذا سجدوا لله تعالى شكراً على توفيقه للزيارة فهو مباح بل حسن. لكن الظاهر من أكثرهم هم الأوّل.

المدارس والربط

قال: (أما المدارس والربط، فمن سكنى بيتاً مَمَّن له السكنى) حسب الشرائط الموضوعية من قبل الواقف أو الحاكم الشرعي (فهو أحقَّ به) بمعنى عدم جواز إزعاج أحد له. بلا خلاف يوجد كما قيل (وإن تطاولت المدَّة ما لم يشترط الواقف أمداً، فيلزمه الخروج عند انقضائه) بلا فصل وإن لم يؤمر به.

أقول: وكذا إذا كانت هناك قرينة عامَّة تحدّد السكنى بوقت أو صفة، كما إذا صار المسافر مائناً إلى حدٍّ لا يقال له المسافر، فلا يجوز له الوقوف بعده في الرباط والخان. وكما إذا تمَّ غرض المحصل أو ترك تحصيل العلم، فإنَّ المدرسة لا توقف - بطبع الحال وقصد الواقف - إلَّا لمن يشتغل بتحصيل العلم بمقدار العادة، فوجوب خروجه منها لا يتوقَّف 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 اليتيم.

وأما ما في الجواهر: فالموافق لما عليه سيرة الناس وعملهم في جميع الأعصار أن المدرسة والرباط ونحوهما إذا لم يشترط الواقف كيفية خاصة وحالاً مخصوصاً أو لم يعلم بحاله كالمسجد في جواز الانتفاع به من أن المنفعة المقصودة للواقف، الملاحظة لا على جهة الشرطية فائدتها الترجيح عند المعارضة، لا عدم جواز الانتفاع بغيرها مع عدم المعارضة.^١

فهو ممنوع جدّاً، فإنَّ المنفعة المقصودة كالشرط في ضمن العقد، فالمدرسة توقف عليها، وإن شئت فقل إنَّ المنفعة المقصودة - التشاغل بالدرس أو التدريس - جهة تقييدية، ولعل مراده غير ما ذكرنا.

قال: (ولو اشترط مع السكنى التشاغل بالعلم فاهمل الزم الخروج).

أقول: عرفت أنّ العبارة غير صحيحة، فإنّ التشاغل بالعلم شرط في سكنى المدرسة دائماً ذكره الواقف أو لا.

قال: (وله أن يمنع من يسكنه مادام متّصفاً بما به يستحق السكنى) إذا كانت العادة أو الشرط من الواقف يقتضي انفراد الواحد، وأمّا لو فرض كون البيت الواحد معداً لجماعة باشتراط الواقف أو باقتضاء العادة - ولو بحسب قابلية الحجرة ووسعتها - لم يجز لأحد منع سائر المستحقين إلّا أن يبلغ العدد النصاب - ولو بنظر المتوكلي - فلهم حينئذٍ 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 تردّد ولعل الأقرب سقوط الأولوية).

أقول: إطلاق كلامه في سقوط الأولوية حتى وإن كان زمان المفارقة يوماً وكان رحله باقياً ممنوع جداً، بل عن الروضة نسبة بقاء حقّه إلى الأكثر.

وعلى كل لا شبهة في سقوط الأولوية عند الإعراض. وأمّا إذا نوى وأبقى رحله مكتبته وأمتعته، فلا شك في بقاء حقّه إذا فارق يوماً أو يومين لأنّ العرف يراه ساكناً في المدرسة أو الرباط، بل في مثل المدرسة لا يبعد بقاء حقّه وإن فارق شهراً أو شهرين لسفر حج أو نزهة مفيدة أو لازمة لجسمه وروحه إذا كان بيت المدرسة بيده ولو بالشركة وفيه متاعه وكتبه. وأمّا 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 تدريسه فلا يبقى له حقّ.

فروع

١. إذا غاب المحصل لعذر يوماً أو يومين ولم يكن في البيت رحله وقلنا ببقاء حقّه، فهل يجوز لمستحق آخر الاستفادة من حجرة المدرسة؟ الظاهر ذلك، بناء على أنّ القدر المتيقّن من حقّه عدم جواز مزاحمته، وأمّا إذا قلنا بأنّه كحق المحجر فلا يجوز لغيره السكنى فيه.

٢. إذا خَصَّ الواقف المدرسة بطائفة خاصة أو بتحصيل علم خاص أو بمرتبة خاصة من التحصيل أو إلى مرتبة خاصة، لا بدّ من إتباعه ولا يجوز لغير الواجد لها سكناها.

٣. إذا اعتبر الواقف البيتوتة في المدرسة في جميع الليالي أو في بعضها أو شرط صلاة التهجد لا يجوز المخالفة ولو خالف أحد بطل حقّه.

٤. اللازم في كل مورد شك في جواز القيام وعدمه الرجوع إلى الحاكم الشرعي، والأحسن للحاكم الشرعي أن يجعل تولية جميع المدارس الدينية في كل بلد إلى لجنة صالحة علماً وعملاً للقيام بها ورعاية أهلها، فإنّا رأينا من ناظري المدارس في النجف الأشرف ما لا ينبغي أن يسطر. ثم المناسب تخصيص المدارس بحسب الرفاه بمراتب علم المتعلّمين، والله العاصم.

المعادن

في تعريف المعدن (بكسر الدال) أقوال، منها ما استخرج من الأرض ممّا كانت أصله واشتمل على خصوصية الانتفاع بها، وهو على قسمين ظاهر وباطن. وعن المسالك أنّه البقعة التي أودعها الله شيئاً من الجواهر المطلوبة. والتعريف الثاني أولى باللفظ. وللكيمياءيين كلام آخر في المعادن.

قال: (الظاهرة منها - وهي التي لا تفتقر إلى إظهار كالملاح والنفط والقار لا تملك بالإحياء) معدناً، فإنّه من تحصيل الحاصل.

وعن العلامة عليه السلام في التذكرة: إنّ المراد بالظاهرة ما يبدو جوهرها من غير عمل، وإنّما السعي والعمل لتحصيله، إمّا سهلاً وإمّا متعباً، ولا يفتقر إلى إظهار كالملاح والنفط والقار والقطران والموميا والكبريت وأحجار الرحي والبرمة والكحل والياقوت ومقالع الطين وأشباهاها^١.

١. وقال المحقّق الكركي في جامع المقاصد (ج ٧، ص ٤٢): النفط والنفيط دهن! والكسر أفصح كما في الصحاح. 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.

تنبيه

المستفاد من المتن ومن قواعد العلامة وجامع المقاصد والجواهر 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 أرسلوه إرسال المسلمات.

لكن قال السيد الصدر^{عليه السلام}: فالمعدن الظاهر في العرف الفقهي، ليس هو ما يبدو 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: فنحن 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.

وأما المعادن الباطنة فهي كل معدن احتاج في إبراز خصائصه المعدنية إلى عمل وتطوير كالحديد والذهب فإنّ مناجمهما لا تحتوي على حديد أو ذهب ناجز...^١ ثم استشهد بكلام العلامة^{عليه السلام} في التذكرة. وتبعه عليه صاحب كتاب الأراضى صديقنا المعاصر.

أقول: المعتمد ما عرفت. وظاهر عبارة التذكرة اعتبار الأمرين كما يظهر من قوله: (ما يبدو جوهرها) ومن قوله: (ولا يفتقر إلى اظهار) وقوله (لا تظهر) - أي المعادن أي

وفي القانون في الطب للرئيس ابن سينا: موميأى وهو في قوة الزيت والقيح المخلوطين. وفي حواشي شيخنا الشهيد: أنه قطرات يتناظر من الصخر. والبرام جمع برمة وهي القدر، ذكره في الصحاح، والمراد بها قدر يعمل من حجر مخصوص.

وجودها كما هو الظاهر من العبارة - إلّا بالعمل) وقوله (... إلّا 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 فأبّار النفط سواء سمّيت
 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 لا ينافي كونه معدناً؟
 فيه إشكال أو منع، فإنّه ليس بميت يقبل الإحياء، وبناء الحيطان وبعض البيوت عليه
 لا يصدق عليه أنّه إحياء معدن فلا دليل على ثبوت ملكية الباني على المعدن. وفي
الجواهر في فرض بناء الدار: فيملكه إن لم يكن إجماع على خلافه، ولو لإطلاقهم
 عدم إحيائها، ولكن لم أجد ذلك محرراً في كلامهم.
 أقول: الأظهر ما قلناه.

قال: (ولا يختص بها المحجر) فإنّ التحجير شروع في الإحياء المنفي في المقام.
 قال: (ومن سبق إليها فله أخذ حاجته، بل ولو تسابق اثنان فالسابق أولى) فإنّ
 السبق يوجب له حقاً في المباحات الأصلية عرفاً، بلا خلاف ولا إشكال فيه، من
 دون حاجة إلى التمسك بعموم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم هو أحق به) فإنّه
 ضعيف وغير وارد من طرقنا ظاهراً. وفي *الجواهر*: كما أنّ مرجع قول بعض
 الأصحاب: أخذ بغيته وحاجته ونحوهما، إلى شيء واحد وهو جواز الأخذ زائداً
 على الحاجة ما لم تحصل المضارة^١.

أقول: في صدق الإضرار بالغير الذي لم يثبت له حق الأولوية بعد، لعدم سبقه على
 المنتفع به، نظر أو منع، نعم يصدق عليه أنّه حرم غيره من الاستفادة من المعدن.
 وعلى كل ينبغي للحاكم الشرعي تنظيم أمر الانتفاع منه حسب قانون العدل، بل
 ربّما يجب عليه ذلك حفظاً للأمن وعدم الفساد.

قال: (ولو ترافيا وأمكن أن يأخذ كل منهما بغيته) دفعة أو تدريجاً برضاها (فلا
 بحث وإلّا أقرع بينهما مع التعاسر).

أقول: القرعة بالنسبة إلى تقديم أحدهما مع فرض وفاء المعدن بحاجتهما معاً وضيقه عن اجتماعهما في الأخذ حسنة أو متعينة. وإما في فرض عدو وفائه بها فالوجه ما في المتن (وقيل يقسم، وهو حسن) لاشتراكهما في السبب للاستحقاق المقتضي للتصنيف ولقاعدة العدل. وإن لم يقبل ما في المعدن القسمة لصغره يرجع فيه إلى القرعة، أو إلى تقسيم ثمنه بعد بيعه برضاها. والله أعلم.

فرع: لو تزامم اثنان عليه فقهر أحدهما صاحبه، فإن كان المعدن وافياً بغرضهما أو أكثر منه، اثم القاهر وملك ما أخذه بلا شبهة. وإن لم يكن وافياً ففي تملكه وعدمه وجهان مبنيان على ما تقدّم في بحث المسجد في تفسير الحق من أنه بمعنى عدم جواز مزاحمة الغير لصاحبه، أو ثبوت اختصاص له بالشيء؟ مقتضى الاختصار على القدر المتيقن هو الأول أن لم يدل دليل على الثاني.

قال: (ومن فقهاءنا من يخص المعادن بالإمام عليه السلام فهي عنده من الأنفال..).
تقدم في بحث الأنفال عدم كون المعادن منها، ولا عبرة بضعاف الروايات. وقيل:
إنّ المشهور نقلاً وتحصيلاً على أن الناس فيها شرع سواء.
وبالجملة في المعادن أقوال ثلاثة:

(الأول) أنّها من الأنفال كما عن الكليني والمفيد والشيخ والديلمي 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) أنّها من الأنفال إذا كانت في أرضه عليه السلام ومن المباحات إذا كانت في غير أرضه، ذهب إليه الحلّي والعلامة في التحرير والمنتهى والشهيد في الروضة.

(الثالث) أنّها مطلقاً من المباحات كما عن النافع والبيان، وعن الروضة نقله عن جماعة للأصل والسيرة وأشعار إطلاق الأخبار الخمس في المعادن، ضرورة أنّه لا معنى لوجوبه على الغير وهي ملك الإمام عليه السلام.^١

١. لاحظ الأقوال المذكورة في الجواهر، ج ١٦، ص ١٢٩.

بحث توضيحي

المعادن - ظاهرة كانت أم باطنة - إما توجد في أرض مملوكة لفرد أو أفراد؛ وإما في المباحات الأصلية، وإما في المفتوحة عنوة وإما في أراضي الأنفال، فهذه أقسام أربعة:

أما في الأول فالمعدن عند المشهور لمالك الأرض. وفي الجواهر: ولا خلاف فيه ظاهراً^١ لكن في كتاب الأراضي أنّ إحياء أرض أنما يوجب ملكية الأرض فقط دون ما فيها من المعادن التي نسبتها إلى الأرض نسبة المظروف إلى الظرف لا نسبة الثمرة إلى الشجرة.^٢

أقول: لا دليل على أنّ من ملك الأرض يملكها إلى آخر كرة الأرض، بل اللازم الاقتصار على القدر المتيقن والباقي من المباحات الأصلية، ولم أر من بحث حول هذا الموضوع، وعليه إن كانت المعادن في ملك صاحب الأرض فالأظهر ما عليه المشهور فإنّ العرف بنظره الواسع 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 أحيا 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 مسبقة بالخراب أو كانت أرض صلح حتى تكون على الأخيرين من الأنفال: ففي الجميع يجوز إحياء الأرض لإطلاق ما دل من الأحاديث المذكورة في مقدّمة الكتاب على الإحياء المسبّب للملكية.

وإما في الثالث فمقتضى القاعدة أنّ معادنه إن كانت قليلة العمق فهي لجميع المسلمين يصرفها الحاكم بعد مؤنتها في مصالحهم العامة بنظره.

١. ج ٣٨، ص ١١٣ و ١١٤.
٢. الأراضي، ص ٣٥٣ و ٣٥٤.

لكن في الجواهر: مضافاً إلى السيرة المستمرة في سائر الأعصار والأمصار في زمن تسلطهم ﷺ وغيره على الأخذ منها بلا إذن، حتى ما كان في الموات الذي قد عرفت أنه لهم منها، أو في المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين، فإنه وإن كان ينبغي أن يتبعهما، فيكون ملكاً للإمام ﷺ في الأول، وللمسلمين في الثاني لكونه من أجزاء الأرض المفروض كونها ملكاً لهما، بل لو تجدد فيهما فكذلك أيضاً، إلا أن السيرة المزبورة العاضدة للشهرة المذكورة ولقوله تعالى: «خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ» ولشدة حاجة الناس إلى بعضها يوجب الخروج عن ذلك.^١

أقول: العمدة هي السيرة دون الشهرة فإنها غير حجة، ودون الاستدلال بالآية الكريمة، فإنها لاتنافي الاختصاص حسب القواعد الفقهية، لكنني في شك من اتصال السيرة بزمن المعصوم ﷺ 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 لايبالي الناس سوى جمع قليل بنظرهم ورأيهم، ولا يعلم بوجود مورد واحد تصرف مؤمن في معدن ظاهر في المفتوحة عنوة حتى يحتمل رضاهم ﷺ بذلك.

فرع: لو حفر الكافر أرضاً فوصل إلى معدن، ثم فتحها المسلمون. 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 فيغنمه الغانمون، دون جميع المسلمين، فإن المتيقن من المفتوحة عنوة هو الأرض غير المنقولة دون ما ينقل منها وفاقاً لجماعة من الفقهاء. إلا أن يقال بصدق ما أخذ بالسيف^٢ على المعدن المذكور، لكنه إن لم يمت 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 الأئمة عليهم السلام للناس أو لشيعتهم في التصرف فيها كما أذنوا بإحياء الأرض وتملكها أم لم يأذن؟ فيه تفصيل. أما المعادن الظاهرة فلعلّ أمرها سهل لفحوى ما دل على جواز إحياء الأرض الخبرة التي هي للإمام، فيعلم رضاهم باستثمار معادنها الظاهرة.

وأما المعادن الباطنة التي يستكشف بعد إحياء أرض الإمام فالظاهر كونها للمحيي إذا كانت مستقرة في عمق غير بعيد، فإنّ الأرض لله ولمن عمرها.^١ والمعدن تابع لها في الملكية كما تقدّم.

ويمكن أن يستدل على حلية معادن الأنفال برواية النصري قال: دخلت على أبي جعفر عليه السلام... ان لنا الخمس في كتاب الله ولنا الأنفال ولنا صفو المال. اللهم إنّنا قد أحللنا ذلك لشيعتنا...^٢.

الرواية ظاهرة في حلية مطلق الأنفال وقسيمها، لكن سندها مخدوش من وجهين، من جهة سند الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال على ما فضلناه في كتابنا (بحوث في علم الرجال) من كلام طويل صعب. ومن جهة جهالة جعفر بن محمد بن حكيم على الأظهر.

والحق أنّه ليس في أخبار التحليل ما يشمل الأنفال بسند معتبر خلافاً لبعضهم، فالصحيح أن يقال أنّ المعادن المتوغلة في عمق الأرض غير داخلية في ملك صاحب الأرض إماماً كان أو غيره فهي من المباحات الأصلية يملكها كل من أحيّاها.

قال: (ولو كان إلى جانب المملحة أرض موات إذا حفر بئراً أو سيق إليها الماء صار ملحقاً صح تملكها بالإحياء) الذي منه حفرها لذلك.

قال الكركي رحمته الله في جامع المقاصد في شرح قول العلامة رحمته الله الذي يقرب من قول الماتن: الضمير في (صح ملكها) راجع إلى البئر، ووجهه أنّ ذلك إحياء، لأنّ الانتفاع

١. تقدّم برقم (٧) في المقدمة.

٢. الوسائل، ج ٩، ص ٥٤٩.

بها إنما هو بالعمل وحينئذٍ فليس لغيره المشاركة فيها لاختصاصه بالملك، أما المملحة فإنها على حكمها.^١

أقول: سوق العبارة الى تملك المملحة، فإنها تصير محياة بحفر البئر وصيرورة الملح بعد ذلك تعدّ من الانتفاع على مذهب الماتن واجماع خلافاً لنظر السيّد الأستاذ الخوئي رحمته الله كما سبق. نعم لا شك في أنّ حفر البئر إحياء فيملكها الحافر، لكن العبارة غير ناظرة إليه فإنّ من حفر بئراً يملكها سواء وقعت المملحة في جانبها أم لا. قال: (واختص بها المحجر) الذي شرع في حفرها بلا خلاف ولا إشكال كما قيل. قال: (وأما المعادن الباطنة التي لا تظهر إلّا بالعمل كمعادن الذهب والفضّة والنحاس فهي تملك بالإحياء).

فإنّ الإحياء سبب للتمكّن عرفاً وبسيرة العقلاء بلا شبهة، ويمكن أن يستدل عليه بقوله رحمته الله من أحيى مواتاً فهو له^٢ فإنّ الموات في الأرض وغيرها بمعنى عدم تيسّر الانتفاع منه فهذا العام غير مخصوص بالأرض، إلّا أن يدعى انصرافه إليها والله العالم.

وفسّر الاحياء صاحب الجواهر رحمته الله بالعمل حتّى يبلغ نيل المعادن، وقال: بلا خلاف أجده بين من تعرّض له كالشيخ وابني البراج وإدريس والفاضل والشهيد والكركي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم....^٣ ومن هنا يملك البئر ببلوغه الماء الذي فيها، إذ هو كالجوهر الكائن فيها، ويبلغه بحفرها، وحينئذٍ فلو قهره ظالم وأخرج منه شيئاً كان ملكاً للمحيي، بل ولا أجرة للظالم.

أقول: فملكية المعدن تتحقق بأقسام ثلاثة: بمجرد الأخذ والحيازة كما في

١. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٤٦.

٢. الوسائل، ج ٢٥، ص ٤١٢.

٣. وبعض المؤلفين منع بناء العقلاء على سببية للمعادن وفي غير الأرض - ولو في الجملة - بل أنكر صدق الإحياء على الحفر وبلوغ نيل المواد المعدنية واكتشافها (كتاب الأراضى، ص ٣٧٤). وكلا الأمرين ممنوع، على أن تسليم الثاني فرضاً لا يمنع من تملكها، فإنّ بناء العقلاء على ملكية المواد المعدنية وغيرها كما في الغوص لمكتشفها من دون وساطة مفهوم الإحياء، فافهم ذلك جيّداً.

المعادن الظاهرة، ويتبع ملكية الأرض إذا كان المعدن قليل العمق بحكم العرف. وبلوغ نيله وإظهاره بالحفر وهو الإحياء. ولا يخفى عليك أنه قد يعد الذهب من الظاهر إذا فرض احتياجه إلى كشف تراب أو حجر يسير مثلاً كما أنّ النفط الكثير يستقر في أعماق الأرض ويحتاج إلى عمليات معقدة ومؤونة كثيرة، فهو من المعدن الباطن، فلا عبرة بأمثلة الماتن. وإنما الحكم على الواقع الخارجي.^١

وقيل: إنّ المعادن الباطنة قريباً من سطح الأرض، كالمعادن الظاهرة في الحكم واستشهد بكلام العلامة في التذكرة.^١

أقول: والعمدة في ذلك الصدق العرفي ونظر العقلاء فإذا قالوا أنّه ظاهر، لخفة العمل فهو وإلا فهو من الباطن.

ثمّ أنّه قد يقال: إنّ بلوغ الحافر إلى نيل المعدن تحجير وليس بإحياء، إنّما الإحياء استخراج المعدن لا غير، كما أنّ إحياء المعادن الظاهرة أخذها والاستيلاء عليها خارجاً، فالعامل أنّما يملك ما استخراج خاصة، دون ما بقي في موضعه الطبيعي وإن اكتشفه وأظهره فإنّه يفيد حق الأولوية فقط.^٢

أقول: عرفت صدق الإحياء على الحفر البالغ إلى كشف المعدن، فإنّ 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 فإنّها انتفاع بالأرض المحياة عند المشهور على ما مرّ وليست دخيلة في عنوان الإحياء.

على إنك عرفت في الحاشية عدم اعتبار عنوان الإحياء في تحقّق الملكية عرفاً. فلا يضرنا قول السيّد الصدر^٣: لأنّ الإحياء لم يثبت في الشريعة حق خاص على أساسه، إلّا في الأرض، والمعدن ليس أرضاً حتّى يشملها النص.^٢

١. اقتصادنا، ص ٤٤٢ و ٤٤٣.

٢. الأراضي، ص ٣٥٥.

٣. اقتصادنا، ص ٤٤٧.

لكن في المقام مشكلة لا بدّ من حلّها، فإن لم تنحل فلا مناص من القول بحق الأولوية للحافر الواصل إلى نيل المعدن دون القول بملكيتها. وهي أن الحافر إما يملك جميع المعدن بمجرد اكتشافه وإظهاره بالحفر، وهذا باطل شرعاً وعرفاً كما قيل، وإما يملك مقداراً خاصاً منه، وهذا ممّا لا دليل عليه بوجه.^١ وإما يملك المقدار المكشف منه، لكنّه لا ينسجم مع عدم تحديد قيام الحافر الثاني بعملية الاستخراج والإنتاج إلى تلك الحدود المكتشفة من المواد المعدنية وعروقتها من قبل الحافر الأوّل.

وإن شئت فقل: إذا استخرج كل واحد من الحافرين ما أمكنه من حفرة من المعدن، حتّى بقيت كمية قليلة جدّاً، فهي إمّا ملك الأوّل فلا يجوز للثاني استخراجها، وإمّا للثاني فلا يجوز للأوّل استخراجها، وتعيين كل واحد بعينه ترجيح بلا مرجح، وإن قيل باشتراكها فلا يجوز لأحدهما التصرف فيه بدون إذن الآخر، مع أنّه لم يقل به أحد، بل لا شبهة في جواز تصرف كلّ منهما فيه.

والنتيجة أنّه لا بدّ من رفض القول بالملكية، وأمّا إذا قلنا بأنّ الحافر إلى نيل المعدن يحدث له حق الأولوية فقط، بمعنى عدم جواز مزاحمته في الاستخراج من حفرة، ما لم يُعرض عنها أو لم تخرب الحفرة حيث يسقط حقّه عليها لخرابها. وعلى كل يجوز للآخر استخراج المعدن من حفرة أخرى من دون مشكلة أصلاً. نعم يملكه بعد الاستخراج.^٢

وعليه لا بدّ من رفع اليد عمّا يدل على الملكية كما أسلفناه. وبعبارة واضحة أنّ المعادن الباطنة على قسمين: صغير وكبير جدّاً كآبار النفط ونحوها. أمّا الأوّل فلا يبعد أن يقال بملكيتها بالاكشاف بحكم العرف. وأمّا الثاني فلا يحكم العرف بملكيتها جميعه

١. قال السيّد الصدر^(رحمته الله): من حفر معدناً حتّى كشفه كان أحقّ به، وملك الكمية التي كشفت عنها الحفرة وما إليها من المواد. (اقتصادنا، ص ٤٦٨).

أقول: إن تم هذا لزم في الجوامد، وأمّا في المائعات 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، وأصالة البراءة ترفع المنع عن حفر الثاني واستثماره منه من حفرة أخرى.

لا يقال: نعم لكن ما دل على حریم البئر والقناة وحرمة الإضرار لاسيما ما دل على المنع من الإضرار بالقناة دون الشخص، الصادق بمجرّد تقليل الماء^١ وإن لم يضر بصاحبه لقلّة احتياجه به، كل ذلك يدل على منع استثمار الغير من المعادن المكتشفة كما لا يخفى.

فإنه يقال: إنّ ذلك كلّ منصرف عن المعادن الواسعة كأبار النفط ونحوها فلا يصحّ 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 إلّا بصرف ملايين من النقود، فإذا جوّزا المنافسة لغيره فأحدثوا ثلاث حفر مثلاً فصار المستخرجون أربعة يتضرّر الأول جزماً، بل يتضرّر الكل لكن ضرر غير الأول أو بعضهم برضاهم واختيارهم. ومقتضى حرمة الإضرار بالغير مع المنافسة وعدم جواز الحفر وإن شئت فقل مقتضاها عدم جواز الاستخراج لغير الأول، سواء قلنا بملكه للمعدن أو بتعلق حقّه عليه.

إلّا أن يقال إنّ الأول بعد وقوفه على جواز حفر الغير أيضاً يقدّم على صرف ماله برضاه.

وقيل: إنّ ملكية المعدن التي يظفر بها المكتشف - على هذا الرأي - لا تمتد في أعماق الأرض إلى عروق المادة المعدنية وجذورها، وأنما تشمل المادة التي كشف عنها الحفر، كما أنّها لا تمتد أفقياً خارج حدود الحفرة التي أنشأها المكتشف إلّا بالقدر الذي يتوقّف 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 يملكها، ولو أهمل أجبر على إتمام العمل أو رفع يده عنها، ولو ذكر عذراً أنظره السلطان بقدر زواله ثم ألزمه أحد الأمرين.

أقول: لا شبهة في حق المحجر. وما أفاده في الأنظار مطابق للاحتياط. 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 تقدّم وجهه في بحث الإحياء.

بقيت هنا فروع

١. لو قال مالك المعدن اعمل ولك نصف الخارج، فإن كان بعنوان الإجارة بطلت لجهالة الأجرة كما قيل، وإن كان بعنوان الجعالة، ففي صحتها وبطلانها اختلاف.
٢. قال سيدنا الأستاذ رحمته الله: المعدن الباطنة أنما تملك بإحياء الأرض إذا عدت عرفاً من توابع الأرض وملحقاتها. وأما إذا لم تعدّ منها كمعادن 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 المعدن من ملحقات الأرض، فلا بدّ في تملكها من الإحياء كما مر، وهل يجوز لغير مالك الأرض إحيائها من حفرة يحفرها من أرضه إليها؟ لا يبعد الجواز إذا كانت المعدن في عمق عميق لا يعد من توابع الأرض.
- وأصل البحث أنّ من ملك أرضاً يقع السؤال في حدود ملكيته عمقاً وارتفاعاً، وإنه إلى أين يملكه من الهواء هل إلى ما أمكن تصوّره من الفضاء؟ أو إلى ما يوجد فيه أتمسفر (الجو)؟ أو إلى عشرة كيلومترات؟ أو إلى خمسة عشرة كيلومتر التي هي حدّ معظم السحب والغيوم؟

١. قيل: أنّ النيل، الطبقة التي تحتوي على المعدن من الأرض. أي أنّ الفرد لا يسمح له بتملك تلك المعدن 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 الكرة ملكاً لفرد آخر، أو إلى نصف كرة الأرض أو إلى مقدار خاص؟ وما هذا المقدار؟ وبأي دليل؟ والإيكال إلى العرف إيكال إلى الجاهل، ولا أتذكر في النصوص الشرعية ما يحسم به السؤال والتحير كما اني لم أفط على هذا البحث في كتبنا الفقهية والعلمية.

نعم، لا بدّ من الاكتفاء في ملكية صاحب الأرض على جوّها وجوفها على القدر المتيقن لعدم دليل على ملكيته أزيد منه، لكنّه أيضاً غير نافع، لأنّ تحديده في الخارج غير ميسور، إذ يقال هذا القدر المتيقّن كم كيلومترات في الجو والجوف؟ ولا جواب مقنع له.

والمسألة مهمّة اليوم، وربّما تصبح بمرور الزمن وتطوّر العلوم التجريبية والانفجار السكاني أهمّ ممّا هي عليه اليوم بمراتب، فيمكن ضرورة البناء والمنازل في الجوّ مثلاً، بل ربّما يقع التعاسر بين الدول في الفضاء.

ولا فرق في ذلك بين كون الأرض من المباحات 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 يقدّر جوف الأرض بمقادير مختلفة، ففي بعض بلاد العراق يحكم بملكية جوف الأرض إلى امتداد مياه الآبار في عمق الأرض وإلى ما يصل إلى ما يسمّى بسرّادب السند وهو السرّادب الثاني بعد السرّادب الأوّل، وفي بلدة قم يحكم بمقدار أقلّ منه، والله أعلم. وربّما نذكر 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 قواعده: ولو أحيى أرضاً ميتة، فظهر فيها معدن ملكه تبعاً لظاهره كان أو باطناً بخلاف ما لو كان ظاهراً قبل إحيائها.^١

أما الظاهر فملكه إذا ظهر بعد الإحياء واضح وأما قبله فهو من المباحات فلا يملك إلا بالأخذ والحياسة وأما الباطن فإن كان قليل العمق عرفاً فالأمر كما قال، وأما إذا كان متوغاً في العمق فلا يملك إلا بإحيائه كما تقدّم.

٤. وقال أيضاً فيها: ولو حفر فبلغ 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

وعلّله في جامع المقاصد بأنّه إنّما يختص بما أحياه وحريمه. وفيه: أنّه (أي قول العلامة لأنّه يملك) يصلح تعليلاً لكل من الحكمين أعني عدم جواز منعه من الحفر وعدم جواز منعه من العروق إذا منعه.

أقول: ويتوجّه إلى كلامه ما دل على حرمة الإضرار الشامل للمقام كما أشرنا إليه سابقاً فتأمّل.

وعن التحرير: أنّه إذا وصل الأوّل إلى العرق فهل للثاني الأخذ منه من جهة أخرى؟ الوجه المنع فإنّ الأوّل يملك حريم المعدن.

وقال الكركي رحمته الله في جامع المقاصد: والظاهر أنّه يريد أنّ أخذ الثاني ممنوع منه إذا كان موضع الأخذ حريماً للأوّل وإلا لم يطابق الدليل الدعوى.^٣

أقول: ما استظهره خلاف ظاهر عبارة التحرير، وإذا أراد العلامة أن الوصول إلى جانب من العرق يمنح للحافر الملكية من كل جانب فيتحقّق له الحريم 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 البعد فهو غير ظاهر، لأنّ من المعلوم أنّ المعدن إذا طال كثيراً لا يملك جميعه بالإحياء من بعض أطرافه.^٢

أقول: المعدن إما صغير جداً فمن وصل إلى عرقه يملكه أجمع. وإذا كان طويلاً وعميقاً ووسيعاً كثيراً، فإن لم ندع العلم كما ادّعاه المحقق الكركي فلا أقل من عدم الدليل على ملكيته بتمامه بمجرد الإحياء من جهة واحدة والعمدة هو العرف الحاكم بعدم اختصاص الحافر بجميع المعدن بمجرد الوصول إلى عرقه، فالمحقق الكركي في حصول العلم له مصيب.

لا يقال: أصالة البراءة تكفي لجواز أخذ المحيي من المعدن ما شاء وإن بلغ ما بلغ بعد عدم محدودية الملكية الفردية في الإسلام.

فإنّه يقال: نعم ولكنها تجري للحافر الثاني أيضاً، فيجوز الأخذ له من حفرة أخرى بلغ ما بلغ.

والمهم أنّ الحافر إذا حفر من كل جانب لا من جانب واحد، إلى عرق المعدن فهل يملكه جميعاً وإن كان مألتيه تقدّر بمليارات؟

هل يحكم العرف بمثل هذه الملكية وهل أنّ حفره ذاك سبب للملكية بنظر العرف، ليس العقلاء في عصرنا يرون بطلان هذه السببية وهذه الملكية واستثمار هذه الثروات الهائلة للأفراد؟ لا أقل من الشك فيها.

ولعل القول الفصل هو الرجوع إلى حكم الحاكم بعد الاستشارة مع الخبراء الماهرين - إذا عجز المفتي عن الفتوى - ليضع حداً عادلاً لهذا النحو من الاستثمارات الفردية على ضوء قانون العدل. والله العالم.

١. والأحسن أن يقال: وما يحتاج إليه المعدن حسب العادة.

٢. ج. ٧، ص ٤٩.

خمس المعادن

المعادن كلّها سواء كانت منطبعة بانفرادها كالذهب والفضة والرصاص النحاس. أو مع غيرها كالزئبق، أو غير منطبعة كالياقوت والزرجد والفيروزج والعقيق والكحل وغيرها ومائة كالقير والنفط والكبريت، يجب فيها الخمس بدلالة جملة من الروايات المعتمدة عليه، بلا فرق بين كونها ظاهرة أو باطنة.

لكن الظاهر أنّه 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 أنّه مرجوح. وفيه تأمل إذ يمكن أن يكون عدم الوجوب ارفاقاً، على أنّه يجري في المعادن الصغيرة وقد رجحنا بحكم العرف ملكية الحافر له. إلّا أن يقال بوجوب خمس الجميع في المعدن الصغير ولا مانع منه. والله تعالى أعلم بأحكامه.

المياه

مقدمة في بيان روايات معتبرة

١. صحيح الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه أبيع شربه؟ قال: نعم، إن شاء باعه بورق وإن شاء بكيل حنطة^١ وتؤيده رواية الكاهلي وعلي بن جعفر^٢.
٢. موثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله ﷺ عن النطاف والأربعاء. قال: والاربعاء أن يسنى مسناة فيحمل الماء فيسقى (فيستقي) به الأرض، ثم يستغني عنه، فقال: فلا تبعه، ولكن أعره جارك. والنطاف: أن يكون له الشرب فيستغني فيقول لا تبعه، أعره أخاك أو جارك^٣.

١. الوسائل، ج ٢٥، ص ١٨٤.

٢. نفس المصدر. وإنما جعلناها مؤيدتين لضعف سندهما.

٣. نفس المصدر، ص ١٩٤.

٣. حديث عبدالرحمن البصري عن أبي عبدالله عليه السلام: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة. فقال: المحاقل: النخل بالتمر، والمزابنة السنبل بالحنطة، والنطاف شرب الماء، ليس لك إذا استغنيت عنه أن تبيعه جارك، تدعه له. والأربعاء: المسناة تكون بين القوم فيستغني عنها صاحبها، قال يدعها لجاره ولا يبيعها إياه.^١
أقول: اعتبار الرواية مبني على أن عبدالرحمن هو ابن أبي عبدالله، وإن جعفر بن سماعة الواقع في سندها 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 نهى رسول الله ﷺ كما يظهر من بقية أحاديث الباب.

٤. معتبرة غياث بن ابراهيم - بطريق الصدوق - عن أبي عبدالله عن آبائه عن علي عليه السلام قال: قضى رسول الله ﷺ 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 عبدالله عليه السلام قال: قضى رسول الله ﷺ 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 القاسموس. وقال الصدوق عليه السلام: سمعت من أثق به من أهل المدينة أنه وادي مهزور، ومسموعي من شيخنا محمد بن الحسن عليه السلام أنه قال: وادي مهروز 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 أنّ ما رواه الصدوق بتقديم الزاء المنقوطة مطابق لما في الكافي، وثانياً نقل عن فائق الزمخشري من أنّه بتقديم الزاء المعجمة: وادي بني قريظة، وعلى العكس موضع سوق المدينة. وعن القاموس: مهزور: موضع هلك فيه نمود، فمع هذا التناقض لا يثبت قول ابن الوليد^١.

٥. في موثقة زرارة في قصّة سمرة من جندب، فقال رسول الله ﷺ: للأنصاري اذهب فاقلعها وارم بها إليه، فإنّه لا ضرر ولا ضرار.^٢

٦. وفي الصحيح قال: كتبت إلى أبي محمد^٣ رجل كانت له قناة في قرية فأراد رجل أن يحفر قناة أخرى إلى قرية له، كم يكون بينهما في البعد، حتّى لا تضّر إحداهما بالأخرى في الأرض، إذا كانت صلبة أو رخوة؟ فوقع^٤ عليه: على حسب أن لا تضّر إحداهما بالأخرى ان شاء الله.

رجل كانت له رحي على نهر قرية والقرية لرجل فأراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحي، أله ذلك أم لا؟ فوقع^٥ عليه: يتقي الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر (ولا يضر) أخاه المؤمن.^٦

عود و تدقيق

(الأوّل) التعارض القائم بين الحديث الأوّل مع تالييه، يمكن دفعه بحمل نهيه^٧ فيهما على الحكم المؤقت الصادر منه ﷺ بعنوان الحاكم ورئيس الدولة وحمل الاول على الحكم الكلّي الأوّلي ولا منافاة بينهما. فلاحظ. أو بحمل النهي على الكراهة جمعاً بينهما، دق النظر في الروايات، تعرف صحّة 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. الواسط، ج ٢٥، ص ٤٢٨ و ٤٢٩ وفي حاشية الرسائل (في الفقيه: اضرار - هامش المخطوط).

٢. الواسط، ج ٢٥، ص ٤٣١ و ٤٣٢.

حقّه ظلم عرفاً ولا يتوقّف صدق الضرر على فرض احتياج مالكة أو مستحقّه إليه.^١
(الثالث) قد يتوهم أنّ صدر الحديث السادس يعطي ضابطاً كلياً في باب تزاحم الضررين، على أساس التقدّم الزماني، فمن حفر قناة لا يجوز للغير حفر قناة أخرى تضرّ بماء القناة المحفورة سابقاً وأولاً وإن أضّر الثاني بتركه، سواء كانت مؤونة الحفر الأول قليلة أو كثيرة. لكننا ذكرنا ما هو الأرجح فيه في بحث تزاحم الضررين.

على أنّه تقيّد الضابطة المذكورة، أولاً بمنع الثاني والمتأخّر زماناً عمّا يوجب ضرر الأول إذا عمل في الأرض التي هي من المباحات الأصلية، لا في أرضه المملوكة، فإنّ الحديث ظاهر أو منصرف إلى أنّ الثاني كان يحفر القناة في أرض غير مملوكة إلى قريته. فإن سلّمنا ذلك فلا يشمل الضابطة تصرّفات المالك في ملكه وإن تضرر الجار الذي كان سابقاً في عمله زماناً، بل يتزاحم الضرران.

وثانياً: إنّ مورد الحديث هو القناة فالتعدي إلى غيرها يحتاج إلى الاطمئنان بعدم الفرق بينها وبينه ولا اطمئنان ولا ظن بعدم الفرق بين القناة والمعادن مثلاً، لاسيما مثل آبار النفط، بل المظنون ثبوت الفرق فلا تشمل الضابطة المعادن وأمثالها.

(الرابع) ذيل الحديث لابدّ من تقييده بما إذا كان نصب الرحى على النهر بإذن مالك أو لا وبما إذا لم يكن إبقاء مائه في النهر الحاضر مضرّاً له أكثر من ضرر صاحب الرحى بدرجات، وبحيث كان مثل هذا الضرر من أوّل الأمر كالقرينة المتصلة في أنّه متى حصل، يبطل إذنه لصاحب الرحى في نصبها. نعم، إذا قلنا بأنّ حكم الإمام حكم غير الزامي بقرينة كلمة المعروف الشامل للواجب والمستحبّ فلا يجب العمل به جزمًا، وبقرينة كلمتي الأخ والمؤمن، بعد حرمة الإضرار بمطلق المسلم والذمي، فلا يحتاج إلى تقييده بالقيدتين المذكورين. فأمر الرواية دائر بين الحمل على الحكم غير الإلزامي وبين التقييد بما عرفت ولا مرجح لأحدهما على الآخر فلاحظ.
قال: (وأما الماء فمن حفر بئرًا في ملكه أو مباح ليملكها فقد اختص بها كالمحجر، فإذا بلغ الماء فقد ملك الماء والبئر).

١. وإن مرّ بك ما ينافي هذا، فهو مجرد احتمال غير مختار.

وهنا مطالب:

١. لا شبهة في أَنَّ المياه بقطع النظر عن أسباب ملكيتها، سواء أكانت 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 المباحات الأصلية، فتشترك فيها جميع الناس. وقد ادَّعى الإجماع بقسميه عليه، ويؤيده بعض الروايات الضعيفة سنداً في الجملة. فمن حازه بيد أو بإناء أو بحوض أو بنهر، فهو له من دون فرق بين المسلم والكافر، ولا يجوز لأحد، التصرف فيه من دون إذن مالكة انتفع به أم لا ما لم يعرض عنه.

وعلى كل لا مجال لأصالة عدم تملك المياه كما ادَّعاه بعض المؤلفين، فإنَّ الملكية مع الغض عن أسبابها من قبيل وجود المعلول مع الغض عن علته، وهو معلوم البطلان، على أَنَّ ما دفعه به الأصل المذكور أيضاً غير قوي، فإنه ادَّعى أنَّ المتعارف لدى العرف من قوله عليه السلام: في صحيح الكابلي ومسمع المتقدمين (والأرض كلها لنا) كون الأرض وما تضمنته من المياه المكنوزة والمكشوفة ملك للإمام عليه السلام.

وذلك لضعف سندي الخبرين المذكورين أولاً، ولما مر من أَنَّ المراد بالملكية أنَّ صحت هي الملكية المعنوية غير المنافية لملكية الناس الاعتبارية المبحوث عنها في الفقه، ثانياً. ولابتلاء هذا القائل - دام توفيقه - بالتناقض بين قوله هذا وما ذكره في المياه المتكوّنة في الأرض المملوكة للفرد ثالثاً، فلاحظ كلامه بتمامه.

٢. ظاهر عبارة المتن ان حافر البئر لا يحدث له حق الأولوية بالنسبة إلى الماء أصلاً، لا قبل وصول حفره إليه ولا بعده، أمّا قبله فلأنَّ الحق الحادث له يختص بالبئر فقط، وأمّا بعده فتحدث الملكية للبئر والماء كليهما.

وتظهر الثمرة في جواز حفر الثاني للانتفاع بالماء المذكور، وأمّا إذا قلنا بأنَّ الحفر

يحدث له حق بالنسبة إلى الماء فلا يجوز للثاني استخراج الماء المذكور من حفرة أخرى.

وعبارة المتن كغيره لاتخلو عن إبهام، فإنها أنما تتم في المباح فقط لا في ملك الحافر، فإن مالك الأرض يملك سطوح أرضه الظاهرة والباطنة - ولو في الجملة كما مرّ 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 بئراً في مباح وبلغ الماء يملكه، فإنه أحياء 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 العامة كعنوان الدار والمدرسة والمخزن والمزرعة ونحوها فيملكهما معاً. ويؤكد ما في //جواهر: وأما ملك الماء ببلوغه الذي نسبه غير واحد إلى الأصحاب مشعراً 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 جَوْزَ بَيْعِ الشَّرْبِ كما سبق.
٣. أنه إحياء للأرض بالسراية على نحو ما قيل في المعدن.
٤. أن ملك الأرض يقتضي ملك الماء الكامن فيها وإن لم يكن من أجزائها.
٥. أن حفر البئر حيازة لمائها. أقول: في صدق الحيازة عليه نظر أو منع.
٦. من جهة أنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فيكون له. لكنّه: لم يثبت هذا بخبر معتبر.

أقول: الماء الكائن في الأرض بعمق أمتار يملكها مالك الأرض بتبع 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. وتؤكد السيرة ومظنة الإجماع كما سبقنا عن الجواهر.

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 أنني لم أجد من منع هذا الاستخراج، مع أن مقتضى القاعدة حرمة، 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 رحمته الله في قواعده: وإذا حفر بئراً في ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق في ملكه وإن كان يسري الماء إليها.^١ وعلمه الكركي رحمته 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 عرفت ضعفه مما قلنا آنفاً. وأما التصرف في مثل هذا الماء للغير فإن ثبت جوازه بالسيرة فهو وإلا فهو ممنوع 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 يقيد 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 مرسلتها نقلها المجلسي في الجزء الثاني من بحاره عن عوالي اللآلي، ج ٢، ص ١٣٨ لكن متنه مطابق للاعتبارات العقلانية.

وأحكامها، ولنا موارد يجوز التصرف في ملك الغير وقد ذكرناها مفضلاً في كتابنا حدود الشريعة (ج ١، مادة الأكل) ومن جميع ما ذكرنا يظهر أنه لا بد من تقييد عبارة المتن: (ولم يجز لغيره التخطي إليه، ولو أخذ منه أعاده) بما عرفت.

وذهب مؤلف كتاب الأراضي - أيده الله - بعد إنكار ملكية حافر البئر على مائها وقوله بإفادة حفره حق الأولوية له، إلى أن هذه الأحقية تمتد إلى منتهى مادة هذا الماء في أعماق الأرض، ولا يتقدر امتداد هذا الحق من حيث المسافة إلا بما يضره (؟) وعلى فيما أن عروقتها قد انفتحت من خلال عمليات الحفر التي أوصلها الحافر بها، فبطبيعة الحال لا يجوز لآخر أن يقوم بفتح عروقتها بحفر حفيرة من طرف آخر وإيصالها بها لأنها تضر الأولى.

واستدل على منع الآخر بما ورد في تحديد مقدار المسافة المعتبرة بين الآبار والعيون، فإن الاستفادة من مجموع رواياته إنما هو بما لا تضر الثانية بالأولى. وأضاف: وهذا بخلاف المواد المعدنية، فإنها لم تصبح متعلقة لحق الحافر بسبب اكتشافه إياها من خلال عملية الحفر، وانتفاعه من حفيرته لا يمنع انتفاع الآخر من حفيرته.^١

وقال قبل ذلك: بما أن هذا الماء يستمد قوته أنا فأنما من مادته المكنوزة في باطن الأرض، فلا محالة يمتد حقه إلى تلك المادة، وبذلك يمتاز عن المعدن، حيث أن المعدن غير واجد لتلك الخصوصية، لوضوح أن ما يحوزه الفرد منها من الكمية لا ترتبط بما ظل في أعماق الأرض من الكميات أصلاً.^٢

أقول: لم يثبت في حريم البئر سوى ما ورد في البئر العادية وهي منصرفة عن الآبار المملوكة في الدور المتجاوزة، وما ذكره من الفرق بين البئر والمعدن أن تم في حد نفسه يختص بالمعادن الجامدة دون المعادن المائعة كأبار النفط، فتأمل والتفريع في قوله (فلا محالة يمتد حقه...) غير بين ولا بمين. 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 الحياة لصاحبه فالظاهر أنها لا تدخل في ملكه، لعدم سبب لملكيتها، فلو أخذها شخص آخر ملكها وإن أثم بتصرفه في أرض الغير. والنتيجة اعتبار نية الحائز في سببية الحياة للملك، وهذا بخلاف الإحياء حيث تقدم عدم اعتبارها في سببية الإحياء للملك.

٢. الماء إما في أرض مملوكة لفرد أو لأفراد، أو في أرض الأنفال، أو المفتوحة عنوة أو في المباحات الأصلية، أو في الأراضي الموقوفة.

أما الأول فقد فرغنا منه، وأما الثاني فلا تبعد استفادة إباحته مما دل على جواز إحياء الخربة وتملكها بالأولوية، وأما أرض الصلح فهي إن كانت خربة فهي بحكم الخبرة الباقية من القرون الخالية التي أباحها الإمام عليه السلام لمن أحيائها، وإن كانت عامرة فأمر مياهاها إلى نائب الغيبة إن لم يكن لها مالك معروف، لكنه فرض نادر أو لا واقع له في مثل أعصارنا.

وأما الثالث فهو بحكم الأرض كما ذكره صاحب *الجواهر* أيضاً فهو لجميع المسلمين فأمره كأمر 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 متوغلة في أعماق بعيدة فهي مباحة للجميع، فإنها لا تدخل في ملك مالك الأرض تبعاً. كل ذلك تقدمت الإشارة إليه. والله أعلم.

قال: (ويجوز بيعه كيلاً ووزناً) 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 الأعرج المتقدم والإشكال عليه بجهالة المقدار كأنه

من الاجتهاد في مقابل النص، ويجوز بيعه مؤقتاً وبساعة وساعتين ويوم وأيام. مع إمكان منع تحقق الجهالة عرفاً في مثله، فإن العلم المذكور كاف لعدم الدليل على اشتراط أزيد من ذلك. بل لولا الشهرة لأمكن القول بالجواز في صورة الاختلاط بعد مشاهدته ومعلوميته والإقباض 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 أن منع الاختلاط ببعض الآلات ممكن.

قال: (ولو حفرها لا للتملك، بل للارتفاع، فهو أحق بها مدة مقامه عليها، وقيل يجب عليه بذل الفاضل من مائها عن حاجته، وكذا قيل في ماء العين والنهر. ولو قيل لا يجب كان حسناً، وإذا فارق فمن يسبق إليها فهو أحق بالارتفاع بها).

أقول: أولاً أن ملكية الأرض بالإحياء لا تحتاج إلى قصد الملك، لإطلاق الأحاديث المتقدمة. والظاهر أن ملكية الآبار والعيون وأمثالهما أيضاً كذلك عند العرف، فحافر البئر في مفروض المتن يملكها. نعم إذا قصد عدم الملكية فالحكم بها محتاج إلى تأمل^٢.

وثانياً: لا دليل على وجوب بذل الفاضل حتى على القول بالأحقية، ولعل المراد عدم جواز منع غيره عن الفاضل كما عن الفاضل في *التذكرة*، لكن تشبيه الحق بحق المحجر يحقق له منع غيره عنه، وليس الحق عند قائله بمعنى عدم جواز مزاحمة الغير له، حتى لا يجوز له منع غيره.

وعن الشيخ الطوسي (طاب ثراه) في ميسوطه: كل موضع قلنا فيه بملك البئر فأنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرع، فإذا فضل بعد ذلك شيء وجب بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته. أما لسقي زرع 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.

واستدلّ على ذلك ببعض الأخبار العامة الضعيفة سنداً كخبر ابن عباس: الناس شركاء في ثلاث: النار والماء والكلاء، وخبر جابر أنّه ﷺ نهى عن بيع فضل الماء، وخبر أبي هريرة: من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله فضل رحمته. ودلائلها - كما ترى - أعم من قول الشيخ ﷺ.

نعم في خبر الفقيه والتهذيب عن أبي الحسن ﷺ: إنّ المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء^١ لكنّه ضعيف بمحمد بن سنان، ولا يبعد انصرافه إلى المباحة، أو لا بدّ من حمله عليها.

وأما نهى رسول الله ﷺ 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 الأراضى 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 أنّ أولهما إن تم لتم في معالجة التنافي بين صحيح الأعرج وخصوص صحيح أبي بصير فقط، ولا يعالج مشكلة التعارض بينه وبين حديث عبدالرحمن البصري بوجه. وثانيهما متوقّف على كون الماء من الأنفال أو من المشتركات العامة، والحال أنّ الماء المحاز بالمسنة مملوك. فالأظهر هو الحمل على الكراهة.

وأما المفارقة من البئر المذكور، فإن كانت مفارقة اعراض فقد تقدّم أنّه مزيل لملك ظاهرأً قبل تصرف الغير، وأما بعده فلا شبهة في زوال ملكية المعرض، وكذا يزيل الأعراض حق الأولوية بطريق أولى. وأما المفارقة من غير اعراض فهي لا تسقط الملكية، وفي إسقاطها لحق الأولوية نظر والاستصحاب يقتضي بقاءه، والله العالم.

قال: (وأما مياه العيون والآبار) المباحة غير المملوكة (والغيوث فالناس فيها سواء ومن اغتف منها شيئاً بإناء أو حازه في حوضه ومصنعه 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، فالحياسة بما أنه عمل، سبب مملك للمنقولات عند العرف، دون مجرد الاستيلاء فإنه غير موجب لمملك ولا لحق.

مسائل

١. من حفر بئراً عادية - أي قديمة - طمت وزهّب مائها فأظهره، يملكه. وكذا إن كانت غير عادية إن لم يكن لها مالك معروف أو كان وثبت إعراضه عنها، وإن لم يثبت إعراضه عنها فجواز حفرها - فضلاً عن تملكها - ممنوع لأنه تصرف في ملك الغير، إذ لا دليل على سقوط ملكية من ترك ماله بغير انتفاع منه في غير الأرض على ما سبق. اللهم إلا أن يقال بزوال ملكيتها بعد طمّها وزهّاب 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 ينو مالك النهر من حفره حيازة هذا الماء كما إذا كان قصد منه شيئاً آخر أو ماء آخر فاتفق جريان الماء المذكور فيه، كما يفهم من تشبيهه يجري السيل في الأرض المملوكة. وفي هذا الفرض يشكل ثبوت الحق للحافر، إذ لم يثبت حق وأثر لمثل هذه اليد شرعاً أو عرفاً.

وأما 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 تراضوا فيه فلا بحث، وإن تعاسروا قسم بينهم على سعة الضياع، ولو قيل يقسم بينهم على قدر انصائبهم من النهز كان حسناً).

أقول: التقسيم بالضياع منقول عن الشيخ الطوسي رحمته الله واستدل له بأن الشركاء لا يملكون الماء بل لهم حق الأولوية عليه لأجل ملكهم وأرضهم. لكن مرّ أنّهم

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 والمهاياة وإما بالأجزاء والأبعاض. وقال جمع أن الثاني قسمة إجبار، فإذا طلبه أحد الشركاء أجبر الممتنع منهم عليها، وأما الأول فقالوا إنه ليس بلازم، فيجوز لكل منهم الرجوع عنه، إلا من استوفى تمام نوبته، فقليل لا يجوز له الرجوع وقليل يجوز، مع الضمان.^١

وأما أنه غير لازم فلاجل انه ليس معاوضة محضة حقيقية،^٢ وأما تصح إذا جعل نصيب كل واحد معلوماً مضبوطاً بالأيام أو بالساعات أو أقل أو أكثر كما ذكره المحقق الكركي رحمته الله.^٣

٣. قال: (إذا استجد جماعة نهرأ فبالحفر 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: (فإذا وصلوا منتزع الماء) ومجرأ بحيث ان أرادوا إجرائه فيه جرى بعمل يسير (ملكوه) على قول المشهور، منهم الماتن رحمته الله في باب كيفية الإحياء على ما مر، وعلى قول سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله أنما يملكونه ظاهراً إذا جرى الماء فيه بالفعل.

قال: (وكان بينهم على قدر النفقة على عمله) بل العمل المتجسد في النهر وكل معمول آخر.

وما في المتن مبني على ما هو الغالب من مساواة النفقة والعمل في الكمية، وإلا فالملكية لا تدور مدار النفقة بل ولا مدار كثرة العمل زماناً، وأما 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 نختار لزومه لاطلاق قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فإن التقسيم المذكور نوع عقد، ولانقول بانصراف العقود في الآية إلى العقود الشائعة والمتعارفة. فتأمل.

٣. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٦٧.

فرفع: لو كان لأحد رحي على مثل هذا النهر، فعن النافع أنه لم يجز لصاحب النهر أن يعدل بالماء ويصرفه عنها إلى جهة أخرى إلا برضا صاحب الرحي كما صرح 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 الجواهر: ولكن فيه أنه مناف لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، ودعوى ترجيحها (قاعدة لا ضرر) عليها واضحة المنع، فلا بد من حمل الصحيح المزبور على صورة وضع الرحي بحث واجب على صاحب النهر مراعاته كما عن ابن إدريس التصريح بتقييده بذلك جمعاً بينه وبين القاعدة المزبورة المعتضدة بعمل الأصحاب على وجه ترجح على قاعدة نفي الضرر والضرار.^٤

٤. قال: (إذا لم يف النهر المباح أو سيل الوادي بسقي ما عليه دفعة بدئ بالأوّل 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، وتدلل عليه معتبرة غياث المتقدمة في أول هذا البحث. نعم ليس فيها ذكر القدم للشجرة ولا بأس به أن ثبت احتياج الشجر إلى هذا الحدّ بشهادة أهل الخبرة اليوم، بل قيل إنّه المشهور، كما أنّ المذكور فيها: للنخل إلى الكعبين. أو: النخل إلى الكعب. ولعلّه لا مخالفة بين المتن والمعتبرة، بناء على دخول الغاية - الكعب - في المغني وآخر الكعب أوّل الساق. وعلى كل العبرة عندنا بالنصوص المعتمدة لا بضعافها ولا بالفتاوي.

٥. وإذا كان في مقابل هذه الأراضي الزراعية والبساتين، أراضي وبساتين أخرى فالمدار في التقديم هو صدق الأعلى والأسفل فيقدّم مقابل الأوّل على ما بجانب الأوّل وهكذا.

٦. وإذا كانت فوهة الماء في وسط الأراضي الممتدة من جهة الشرق إلى جهة الغرب مثلاً، فإن أمكن تقسيم النهر إلى الجهتين المذكورتين فهو، وإلا فإعراعى الأعلى فالأعلى إلى الجهتين المذكورتين. ومع التساوي يقدم ما خرج بالقرعة.

٧. وقال السيد الأستاذ الخوئي رحمته الله: إذا اجتمع جماعة على ماء مباح من عين أو واد أو نهر أو نحو ذلك كان للجميع حق السقي منه، وليس لأحد منهم شقّ نهر فوقها ليقبض الماء كله، أو ينقصه عن مقدار احتياج الباقيين.

أقول: لإطلاق معتبرة غياث وكونه ظلماً على المستحقين، نعم له أخذ 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 تقديمه على ما في الحديث، فإنّ تغيير 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 أنّه لا فرق بينه وبين سائر الأفراد المباحة، عمّم الفقهاء كلامهم فيه، وهو الأظهر، فلا فرق بين النهر المباح وسيل الوادي والعيون المباحة وغيرها في الجملة. وأما الماء المملوك فتقسيمه تابع لمقار الملكية ورضا الشركاء وقد تقدّم.

١٠. إذا أذى الترتيب المذكور في المتن المصرّح به في المعتبرة إلى تلف المتأخّر دون العكس، لا يبعد تقديم المتأخّر إذا لم يوجب تنقيص الماء على الآخرين، لقاعدة العدل التي تقدّمت، خلافاً للماتن وجماعة (رحمهم الله).

١١. استثنى جماعة بل نسب إلى المفهوم من كلام المشهور مورداً آخر من القاعدة المتقدّمة (تقديم الأعلى على الأسفل في السقي) وهو ما إذا سبق بعض الأفراد في الإحياء فيقدم على من تأخّر فيه، وإن كان أعلى بالنسبة إلى فوهة النهر. وعلّله في *الجواهر* بأن السابق في الإحياء قد تعلق حقّه بالماء قبل غيره وإن كان في

آخر النهر لعموم من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به. ودعوى أن التعارض بينهما من وجه، يدفعها أن الرجحان لتقديم الأخير بالشهرة...^١

أقول: عموم من سبق لم يرد بسند صحيح وإن كان مفاده في الجملة مطابق لحكم العرف وسيرة العقلاء. وفرض إحياء جميع أراضهم في زمان واحد، بحيث استحق كل واحد من المحيين الماء في رتبة واحدة وزمان واحد بعيد، بل العادة هو التقدّم والتأخّر في ذلك. وعليه فاستثناء الفرد الأغلب من إطلاق المعتبرة محل إشكال، وأشكل منه ادّعاء انصراف المعتبرة عن سبق في الإحياء فإنّه انصراف عن الفرد الأغلب.

والتحقيق أن المعتبرة ظاهرة في تأخّر ظهور الماء المباح عن إحياء الأراضي، فإنّ السيل جرى بعد إحياء الأراضي بالزراعة والغرس. وهذا لا يشمل ما استثناه المشهور عن الحكم. إلّا نادراً.^٢ والرواية منصرفة 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 السيّد الأستاذ رحمه الله: وكذا الحال في الأنهار المملوكة المنشقة من الشطوط، فإن كفى الماء للجميع وإلا قدّم الأسبق فالأسبق، أي من كان نهره أسبق من شق نهر الآخر وهكذا، ان كان هناك سابق ولاحق وإلا فيقبض الأعلى بمقدار ما يحتاج إليه ثم ما يليه. وهكذا.

١٣. الأرض إمّا مستوية سطحاً، فقد عرفت حكمها. وإمّا مختلفة علواً وهبوطاً فغن جمع سقي كل حصّة على حدته، فإنّها لو سقيت جميعاً لزاد الماء في المنخفضة عن الحدّ الساتع شرعاً، فيخرج عن المنصوص كما عن كفاية السبزواري. وإمّا إن كانت الأرض من أولها إلى آخرها منحدرية بحيث لا يقف الماء فيها كذلك. عن المسالك أنّها سقيت بما تقتضيه العادة وسقط الاعتبار الشرعي لتعذّره، واستحسنه السبزواري رحمه الله.

١. ج ٣٨، ص ١٣٣.

٢. كما إذا أحى أحد بعد السيل أرضاً قريبة 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 للزرع حقّه ولهما حقهما، وقيل باعتبار الغاية لجميع ما فيها، وإن استلزم الزيادة في بعضها، وهكذا قيل في الأرض المنحدرة كلّها، ولا يمكن المساعدة عليه لأنّه مخالف لقاعدة العدل. فافهم.

١٥. لو تساوى مالكان في التحاذي عن جانبي النهر فعن جمع القسمة بينهما، فإن تعذرت فالقرعة. وفي *الجواهر*: وقد أطلق الأكثر هناك القرعة، وظاهرهم تقديم من خرجت القرعة له في أخذ تمام حاجته.

وقال العلامة في *القواعد*: فإن لم يفضل عن أحدهما سقي من أخرجته القرعة بقدر حقّه، ثم يتركه للآخر، وليس له السقي بجميع الماء لمساواة الآخر له في الاستحقاق، والقرعة تفيد التقديم بخلاف الأعلى مع الأسفل.^١

١٦. لو كان على النهر أرحية متعارضة، فهي كالأملاك في تقديم ما كان منها ما يلي الفوهة إن لم يكن غيرها السابق كما في *الجواهر*.^٢

١٧. قال: (لو أحيا إنسان أرضاً ميتة على مثل هذا الوادي لم يشارك السابقين). لأوليتهم منه بإحياء أرضهم الذي به استحقوا الماء كما تقدّمت الإشارة إليه، وإن كانت أرضه أقرب إلى فوهة الماء من أراضيهم. نعم إذا كان الماء أكثر من حاجتهم (قسم له ممّا يفضل عن كفايتهم) إذ لا حق لهم في حرمانه من المباح الذي هو للجميع وإن قال الماتن (وفيه تردّد) ولا حفظ تفسيره في المطولات. بل لنا في إطلاق الحكم الأوّل بحث.

١٨. لو احتاج هذا النهر إلى حفر مجدّد وإصلاح وسد وخرق ونحو ذلك فعليهم رفع الاحتياج حسب استحقاقهم لكمية الماء، ولو امتنع بعضهم يجبره الحاكم بالإصلاح أو البيع، كل ذلك لقاعدة العدل وقاعدة لا ضرر، فلاحظ وتدبّر.

وعن *القواعد* في النهر المملوك أنّه يشترك 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 التشريك. أقول: والأقوى الأول.

١٩. تقدّم اعتبار النية في سببية الحيازة للملك بحسب فهم العرف. ويقول الشهيد عليه السلام في اللمعة: فمن سبق إلى اغتراف شيء منها فهو أولى به، ويملكه مع نية التملك.

فهو لا يعتبر نية الاستحقاق في حصول الحق، ولكنه يعتبر نية الملك في التملك. وقال المحقق الكركي عليه السلام 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 للمالك أو ليس لأحدهما، بل هو باق على إباحته؟ فان المحرز الحائز غاصب، والمالك غير قاصد للتملك. الوجه الثاني ضعيف بفقد النية. ويظهر من الشهيد الثاني في الروضة اختيار الوجه الثالث وإن احتمل الأول أيضاً.^٢

٢١. لو خرج الماء السائغ من أرض مملوكة، فهل يملكه من أخذه؟ قال في التذكرة: يملكه على القول بأنه غير مملوك بملكه، وعلى الثاني لا يملكه.^٣

أقول: للجار 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. وأمّا على القول الأول ففيه 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، وأمّا إذا كان عالماً بالماء الجاري الخارج ولم يعمل لمنعه، فنفس سكوته وعدم إقدامه إعراض عنه يجوز أخذه وتملكه للغير.

٢٢. العمل لحيازة الطير هو الصيد، والعمل لحيازة الخشب هو الاحتطاب، والعمل

١. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٥٦.

٢. شرح اللمعة، 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 بتوكله في أرضه ولا بتعشيشه في داره ولا بوثوب السمكة إلى سفينته. وقيل: وأما الحيازة فهي تختلف عن الصيد المجرد في أحكامها ولذا نجد أن الفرد إذا ملك طيراً بالحيازة ودخل في حوزته، أصبح من حقه استرجاعه إذا طار وامتنع، فاصطاده آخر، ويجب على من أخذه رده إلى من كان الطير في حوزته، لأن الحق المستند حق مباشر بمعنى أن الحيازة سبب مباشر لتملك الطير، وليس تملك الطير مرتبطاً 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 الصيد، لأن هذا الحق كان يعتمد على تملك العامل للفرصة التي انتجها بالصيد وهذه الفرصة تتلاشى بهروب الطائر إلى الجو^٢ فتأمل فيه.

الكلام حول بقية المشتريات

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 ان من ملك أرضاً ملك جوفها وهوائها لكن مقدارهما غير معلوم والإيكال إلى العرف إيكال إلى الجاهل والاقتصار على القدر المتيقن وإباحة ما بعده للجميع أنما يحسن في القول والفتوى واما بحسب الخارج فلا يغني ولا ينفع شيئاً، فإنه يسئل هل القدر المتيقن هو بمقدار كيلومتر واحد أو خمسة عشرة كيلومتراً وهي الحّ النهائي للغيوم كلها أو معظمها أو إلى آخر الجوّ؟ كل ذلك مجهول والأحسن للحاكم الشرعي بعد المشورة مع أهل الخبرة تعيين مقدار لأرباب الأراضي رفعا للنزاع.

وأما الهواء الذي تستحقه الدولة بنبابة الشعب وأهل البلاد فهذا يغاير الهواء الخاص بالأفراد تبعاً للأراضي والدور والبنائيات الصغيرة كما لا يخفى.

والقانون الدولي اليوم يوجب على كل دولة تعبر طائراتها في أجواء دول أخرى أن تعطيهم أجرة الاستفادة منها ولعل الغالب طيران الطائرات فوق عشرة كيلومترات من سطح البحر. وهذا لا دليل عليه شرعاً وإذا أجبرت دولة أخرى بدفعها، جاز لها دفعها ويجوز لها أخذها من طائرات الدولة الأولى تقاصاً وإن كانت دولة مسلمة، وأما إذا كانت الدولة غير اسلامية فيجوز أخذها منها للدولة الإسلامية مطلقاً لأن ثروتها مجهولة المالك، وإذا كانت كافرة فجوازها لا إشكال فيه.

وأما مراعاة قوانين المرور في الهواء فتجب مراعاتها إذا كان مخالفتها في معرض تصادم الطائرات وتلف الأموال والأنفس، والمتخلف يتحمل الذية والقصاص حسب اختلاف الموارد. وبالجمله حال قوانين المرور في الجوّ حالها في وجه الأرض على ما تقدّم مختصر القول فيه.

ثم إن الاستيذان لأجل عبور الطائرات في أجواء دولة أخرى مسلمة كانت أو غير مسلمة وإن لم يجب شرعاً فإنّ الجوّ بعد ألف متر أو ألفي متر من المباحات الأصلية لكنته إذا كانت الطائرة في معرض الاسقاط أو كانت الدولة في معرض عقوبات دولية تضرّ بالشعب المسلم يجب. وهو واضح.

ثم إن الانتفاع بالهواء أنما يجوز إذا لم يضرّ بالآخرين، فإذا فرضنا بناء كور الطابوق متأخراً عن بناء الدور وكان دخانها المتصاعد مضرّاً بأصحاب الدور، فهذا إضرار بالناس وهو غير جائز. بل يمكن أن يجري مثل هذا المنع في السيارات التي يضرّ دخانها بالناس، وكذا يشكل بناء المطارات في محل تؤذي أصوات الطائرات الناس الساكنين في أطرافها،^١ نعم إذا سبق بناء الكور والمطارات بناء الدور والدكاكين وأمثالهما فلا إشكال.

ويمكن أن نعدّ 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 للمطر 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 الأراضي المملوك 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.

وأما الجبال فإن كانت قابلة للإحياء كما في بعض البلاد فالظاهر أنّ المحيي يملكها بحكم العرف وإن قلنا بشمول الأرض لما تشمّلها الروايات الدالة على ملكية الأرض بالإحياء أيضاً، بل يمكن الاستدلال عليها بقوله ﷺ: من أحيى مواتاً فهو له، فلاحظ.

١. فإنّ إيذاء المؤمنين كالإضرار بهم حرام كما ذكرنا دليله في الجزء الأول من حدود الشريعة في محرماتها.

وإن لم تكن قابلة للإحياء فيجوز الانتفاع بها لكل أحد وكل من سبق إلى سكنها فهو أحق بمسكنة وإن عمّره فهو يملكه عرفاً ويجوز قلع الأحجار منها، وأما قلع الجبل بتمامه كما وقع في بعض البلاد فإن ثبت علمياً ضرره على الناس فلا يجوز وإلا فلا بأس به.

ومن جملة المشتركات الثلوج الواقعة في الأراضي المباحة، بل في الأراضي المملوكة لفرد فضلاً عن أرض الأنفال 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 فلا حظ.^١

بل إذا قصد مالك الأرض ملكية الثلوج بعد وقوعها ففي تملكها بالقصد المجرد تردد إذا لم يعمل عملاً لإحرازه، بل في حدوث حق له عليها بدعوى أنها في يده أيضاً تردد، لأن مثل هذا اليد لا نعلم أن يترتب عند العرف أثر وحق فالمسألة مشكلة، نعم لا شك في حرمة دخول الأرض لأخذ الثلج من دون إذن مالِكها وهو ضروري. ثم إن الناس يلقون الثلوج من سطوح بيوتهم إلى الزقاق في الشتاء فيصعب استنطاق الناس لأجلها، فهل هو جائز أم لا؟ بعد عدم الشبهة في جوازه في الدريبات برضى أربابها. وإن سلمنا حريم الجدار والسطوح في الزقاق لمثل إلقاء الثلوج ونحوها، يجوز إلقاءها 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 المعنوي به لأرباب الدور، فلاحظ وتأمل.

وأما المياه الجامدة غير المملوكة فيفهم حكمها مما سبق، كما أن حكم الغازات يفهم من حكم المعادن.

وأما الساحات المتعلقة بمراقد الشهداء والصلحاء والذرية الطيبة، فإن علم بشرائط

١. تقدّم في الفرع (٢١) ما يناسب هذا البحث.

واقفيها فهو، وإلا فيقدم الزائر 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 رضى بها الزائرون أم لا، ويجوز بل يحسن للوعاظ أن يعظوهم من مكبرة الصوت عند الاحتياج إليها لكثرة المستمعين في غير ساعات النوم ولا يجوز رفع الصوت بها إلى حد يتأذى الناس منه، وسائر أحكام هذه الأماكن يعلم مما تقدم.

وأما البناءات الخيرية من قبل الخيرين فلا بد من مراعاة شروطهم، ولا يجوز التخطي عنها كالأماكن المعدة لغسل الأموات ودورات المياه وساحات الزهرة والمكتبات والمستشفيات وأمثالها وكذا إذا بنيت من قبل الحكومة الإسلامية فإن شروطها لازمة الاتباع.

وأما الكرات السامية فضرورة البحث عنها لم يحن حينها، بل في كونها من المشتركات العامة للإنسان نظر، فإن قوله تعالى: «لَقَدْ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا»، وقوله تعالى: «إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً»، وقوله تعالى: «فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ»، وقوله تعالى: «وَالْأَرْضُ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ» وقوله تعالى: «كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا» وأمثال هذه الآيات يختص بكرة الأرض هذه.

وأما بعض الآيات الدالة على أن رزق الإنسان في السماء فهي لا تدل على إباحة الكرات لنا لاحتمال أن المراد: تقديرها في السماء أو أن موصله إلينا هو الله سبحانه وملائكته المدبرون المقهورون بأمره تعالى.

نعم، يمكن أن يستدل على كونها من المباحات للإنسان بقوله تعالى: «خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحَقِّ يُكَوِّرُ اللَّيْلَ عَلَى النَّهَارِ وَيُكَوِّرُ النَّهَارَ عَلَى اللَّيْلِ وَسَخَّرَ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ كُلٌّ يَجْرِي لِأَجَلٍ مُّسَمًّى»، وقوله تعالى: «وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ».

فإن إطلاقهما يدل على جواز انتفاع الناس بها من الأرض وفي نفس الكرات المذكورة.

وهل يجوز أن يبس الإنسان المتمكن اليوم بعلمه وقدرته، القمر وبعض الكرات

الأخر بساً فكانت هباءً مبيثاً؟ والجواب: الحرمة إذا ثبت علمياً أنه مضرّ بالناس في كرة الأرض، والجواز إذا لم يكن كذلك، إن لم يعلم من مذاق الشرع منعه، وأمّا التمسك بقوله تعالى: «فَلْيَغَيِّرْنَ خَلْقَ اللَّهِ» للمنع مطلقاً، فهو ضعيف لما ذكرناه في محله.^۱

فوائد إلحاقية

فایده اول

قلمرو یک کشور نه تنها شامل سرزمین و آب‌های سرزمینی آن، بلکه شامل لایه‌ای از هوا که بر فراز قلمرو زمینی و آبی آن قرار دارد، می‌گردد. این لایه هوایی تا آن‌جا که اتمسفر (جو) وجود دارد، ادامه می‌یابد و پس از آن منطقه ماورای 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 هوایی در حاکمیت هیچ دولتی نیست...^۳

فایده دوم: مناطق پنجگانه دریایی

از نظر حقوقی، سطح دریاها به پنج منطقه مختلف تقسیم شده است که هر یک دارای رژیم حقوق خاصی است. اگر از ساحل به طرف دریا پیش برویم مناطق مزبور به ترتیب عبارت اند از:

۱. آب‌های داخلی؛

۱. لاحظ کتابنا الفقه والمسائل الطبية، ص ۱۱۲ وما بعدها.

إلى هنا تم تبیيض ما أردنا نقله في عصر يوم الجمعة ۱۳۷۷/۳/۲۲ هـ في بلدة قم وقد شرعنا في تأليفه ۱۳۷۷/۱/۱۶.

۲. حقوق بین الملل عمومی، ص ۲۵۷.

۳. نفس المصدر، ص ۲۶۵.

۲. دریای سرزمینی؛
۳. منطقه مجاوز یا نظارت؛
۴. منطقه انحصاری اقتصادی (EEZ)؛
۵. 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 بندری 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 پهنای 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 توپ و یا فاصله‌ای که با چشم قابل رؤیت بود، عرض دریای سرزمینی تلقی می‌شد. در کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو دربارهٔ حقوق دریاها، 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 این‌که برخی از دولت‌ها محدودهٔ ۲۰۰ مایلی برای خود قائل شده‌اند.^۱

منطقهٔ نظارت یا مجاور

دولت‌ها از گذشته مدعی اعمال صلاحیت بر قسمتی از دریای آزاد در مجاورت دریای سرزمینی خود در زمینهٔ امور معینی بوده‌اند. در بند دو مادهٔ ۳۲ کنوانسیون ۸۲ مقرر می‌دارد: منطقهٔ مجاور نباید از ۲۴ میل دریایی از خط مبدأ دریای سرزمینی تجاوز نماید.

منطقهٔ انحصاری اقتصادی

کنفرانس سوم حقوق دریاها با تصویب مفهوم «منطقهٔ انحصاری اقتصادی» نه تنها صلاحیت انحصاری دولت ساحلی را برای اکتشاف و بهره‌برداری، حفظ و ادارهٔ 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 مافوق 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. و البته 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 والملک والحق

وإليك ما حققه سيدنا الأستاذ الحكيم (طاب ثراه) في مستمسك العروة الوثقى^۲

حول هذا البحث:

الفرق بين الحق والحكم مفهوماً واضح. فان 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 حقّه - كما ادّعاها شيخنا الأعظم في مبحث خيار المجلس من مكاسبه - والحكم ليس كذلك، فإنّه تابع لرأي الحاكم، 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 والتعديّة، متعلّقة بمحذوف، يعني: زيد يجوز له أكل لحم الضأن فالظرف لغو بحسب اصطلاحهم، واللام في الثاني لام الملك، يعني المغبون يملك الخيار فهي متعلّقة 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 إلّا في ظرف إضافته إلى المالك، بحيث لولا إضافته إلى المالك لم يصح اعتباره. ويختص الملك عرفاً بماعده. وتوضيح ذلك: أنّ ما يكون مضافاً إلى المالك إمّا أن يكون عيناً أو معنى، والعين إمّا أن تكون في الخارج - كالفرس الخارجي - أو في الذمّة - كالمبيع في السلف كما إذا باعه تماًراً أو حنطةً إلى أجل، فإنّ المبيع عين ذمّة لا خارجية - أو لا يكون في الخارج ولا في الذمّة، لكنّه قائم في عين أخرى - كحق الجناية القائم في عين الجاني، وكحق الزكاة القائم بالعين الزكوية على بعض الأقوال، فإنّ الشاة الزكاة قائمة في الأربعين شاة، وليست جزءاً منها لتكون خارجية، ولا في ذمّة المالك إجماعاً ممّا لتكون ذمّة، 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 ينتقل دينه إلى المنافع المملوكة. فإنّ 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، فإنّها أيضاً أربعة:

(الأول) المعنى القائم بالعين الخارجية مع كون اعتباره من لوازم وجود العين مثل منافع المملوكات الخارجية، مثل الدار والفرس.

(والثاني) المعنى القائم بالذمة، مثل ما لو استأجره على خياطة ثوب، فإنّ الخياطة معنى مملوك للمستأجر، وهو في ذمة الأجير.

(والثالث) المعنى القائم بالعين الخارجية ولا يكون اعتباره من لوازم وجودها مثل استيفاء الدين من العين المرهونة - المعبر عنه بحق الرهانة - ومنافع الأجير الخاص الحر، فإنّها متعلّقة بعينه لا بذمته.

(والرابع) المعنى القائم بالمعنى، مثل استيفاء الدين من منافع المديون إذا شرط الدائن على المديون ذلك في عقد، فإنّ الدائن يملك الدين في الذمة ويملك استيفاءه من المنافع.

فهذه أنواع المملوكات من العين والمعنى تختلف في كونها حقاً أو ملكاً باختلاف الموارد، فالقسمان الأولان من أقسام العين من الأملاك، وليسا من الحقوق، والقسمان الآخران من الحقوق، وكذلك القسمان الأولان من المعنى أيضاً من الأملاك وليسا من الحقوق، والقسمان الآخران من الحقوق.

كل ذلك بحسب اصطلاح الفقهاء. لا لاختلاف مراتب الملكية، بأن تكون الحقوق مرتبة من الملكية ضعيفة، والملك مرتبة من الملكية قوية - كما ادّعاه بعض الأعاضم - فإنّه غير ظاهر، كيف والملك في الجميع على نحو واحد. ولا للاختلاف في السقوط بالاسقاط وعدمه، فيكون الحق ما يسقط بالاسقاط، والملك ما لا يكون كذلك - كما قد يتوهم - فإنّ المملوكات في الذمم كلّها تسقط بالاسقاط، سواء كانت أعياناً - كالديون المعينة - أم معاني - كعمل الأجير - مع أنّها أملاك قطعاً. بل الفرق ما عرفت من الاختلاف في الموارد لمجرد الاصطلاح.

فإذاً يصح تعريف الحق بأنّه عين أو معنى قائم في غيره من عين أو معنى، على نحو لا يصحّ اعتباره إلّا في ظرف إضافته إلى مالك. والوجه في اعتبار القيد الأول إخراج الأعيان الخارجية والذميات، أعياناً كانت أو معاني، لأنّها جميعاً ليست قائمة

في غيرها. والوجه في اعتبار القيد الثاني إخراج منافع الأعيان الخارجية، فإنّ 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 حقّي، لم تخرج المنافع عن ملكه. والسّر في ذلك أن السقوط بالإسقاط من لوازم كون الشيء لا يصحّ اعتباره إلّا بإضافته إلى المالك، ومنافع الأعيان لا يكون المصحّح لاعتبارها إضافتها إلى المالك، بل المصحّح لاعتبارها قابلية العين للانتفاع بها. كما عرفت.

والمحصّل من جميع ما ذكرنا أمور:

الأول: أنّ الاختلاف بين الملك والحق ليس لاختلافها في مراتب الملكية، ولا لاختلافها في السقوط بالإسقاط وعدمه، بل للاختلاف في المورد لمجرّد الاصطلاح.

الثاني: أنّ الحق قد يكون عيناً، مثل حق الجناية الخطائية المتعلّق بالعبد، وحق الزكاة المتعلّق بالنصاب على بعض الأقوال، وحق الزكاة المتعلّق بالنصاب على بعض الأقوال، وقد يكون معنى، وهو الأكثر كحقّ الخيار، وحقّ الأخذ بالشفعة، وحقّ القصاص، وحقّ القسم للزوجة وحقّ الرهانة، وحقّ الحضانة، وحقّ الرضاعة... إلى غير ذلك.

الثالث: أنّ الحق لا يكون قائماً بنفسه، بل قائماً بغيره من عين أو معنى.

الرابع: أنّ الحق لا يصحّ اعتباره إلّا في حال إضافته إلى المالك، وكذلك الملك في الذمة من أعيان ومعان، فإنّها لا يصحّ اعتبارها إلّا في حال إضافتها إلى المالك.

الخامس: أنّ الولاية ليست من الحقوق لأنّها لا تسقط بالإسقاط، فتكون من الأحكام.

السادس: أنّ حقّ القسم للزوجة وحقّ الإنفاق عليها ليسا من الحقوق، بل من الأملاك، لأنّها في الذمة، وجميع المملوكات في الذمة أملاك لا حقوق.

السابع: أنّ السقوط بالإسقاط من أحكام المملوكات التي لا يصحّ اعتبارها إلّا في

حال إضافتها إلى المالك، ومنها الذميات من أعيان ومعان ومنافع الحر إذا كان أجيراً خاصاً، فإنّها لا تعتبر إلّا 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، فإنّ منافع الأول تسقط باسقاط المستأجر، ومنافع الثاني لا تسقط، وكذلك منافع الدار المستأجرة. فتأمل.

ومما ذكرنا تعرف الوجه في منع كون القبول حقّاً للموصى له، فإنّه لا يقبل الإسقاط، فيمتنع أن يكون من الحقوق، ويتعيّن أن يكون من الأحكام. أقول: وقال السيّد الصدر^١، ونعني بالحق الخاص درجة من اختصاص الفرد بالمال تختلف عن الدرجة التي تعبر عنها الملكية في مدلولها التحليلي والتشريعي. فالملكية اختصاص مباشر بالمال. والحق اختصاص ناتج عن اختصاص آخر وتابع له في استمراره.

ومن الناحية التشريعية: تؤدّي الملكية إلى إعطاء المالك حق حرمان غيره من الاستفادة بملكه، بينما لا يؤدّي الحقّ الخاص إلى هذه النتيجة، بل يبقى للغير الاستفادة من المال بشكل تنظمه الشريعة.^١ وأما سيّدنا الأستاذ الخوئي^٢ فله أيضاً كلام في تفسير الملك والحق والحكم نذكر هنا ملخص ما ذكره بعض مقرري درسه:^٢

لا ريب أنّ الأحكام كلها من قبيل الأمور الاعتبارية، سواء فيها الأحكام الشرعية والعقلانية والوضعية والتكليفية والإلزامية والترخيصية.

فمعنى الوجوب اعتبار الفعل على ذمة المكلف. ومعنى الزوجية اعتبار كل من الزوجين على الآخر. ومعنى الملكية اعتبار إحاطة المالك بالمملوك.

فحقيقة الملكية أنّها هي السلطنة والإحاطة وهي مقولة بالتشكيك على مراتبها الأربعة (الملكية الحقيقية التكوينية، كملكية الله للكائنات وملكية النفس لصورها

١. اقتصادنا، ج ٢، ص ٣٩٤، الطبعة الرابعة، بيروت عام ١٣٩٣.

٢. مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٤ - ٥٠، تأليف الشيخ محمد علي التوحيد^٣.

وملكية الإنسان - مثلاً - لنفسه وأعضائه وأفعاله وذمته، فإنّ هذه الأمور مملوكة له بالإضافة الذاتية الأوليّة، الملكية المقولية أي الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر كالهيئة الحاصلة من التعمم والقمص والتنعل - مثلاً - والملكية الاعتبارية.

ولا ريب في أنّ هذه السلطنة أنّما تتعلق بالأعيان الخارجية تارة، وبالأفعال أخرى. فيقال له السلطنة على المملكة وهو سلطان الرعية والناس مسلطون على أموالهم، وزيد مسلط على الخياطة والبناية والتكلم....

وهذا بخلاف الحق والحكم فإنّهما لا يتعلقان إلّا بالأفعال، كما يقال إنّ 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 بالسكن والنفقة والمضاجعة من زوجها، والأولياء لهم حق القيام بأمر المولى عليهم، وحق المؤمن على المؤمن رفع غيبته وقضاء حاجته... وهكذا.

ولا ريب في أنّ الحكم والحق متحدان حقيقة، لأنّ قوامهما بالاعتبار الصرف، وتوضيحه أنّ المجعولات الشرعية على ستة أقسام:

١. التكليفي الإلزامي.

٢. التكليفي غير الإلزامي.

٣. الوضعي اللزومي الذي يقبل الانفساخ (بالإقالة والخيار) كالبيع والإجارة والصلح وغيرها.

٤. الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ كالزواج، فإنّه لا يفسخ إلّا 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 اختلفت بالآثار، إنّما هو بالاعتبار، وعليه فلا وجه لتقسيم المجعول 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 سلطة ولي الأمر على قتل القاتل الذي يسمى حقاً شرعياً 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.

تتمة

وإذا شك في أن المجعول الشرعي حق اصطلاحياً 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 شكنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحاً أنه يقبل النقل أو لا، فإن الأصل عدم قبوله إياه إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذي الحق فقط، فثبوته 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 مورد المعاملة فيها قابلاً للانتقال إلى غيره، ومع الشك في ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكاً بها في الشبهة المصدقية وهو باطل.

١. كما إذا شكنا في بقاء حق القصاص بعد إسقاطه وفرضنا أنه لا إطلاق لقوله تعالى: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَيْهِ سُلْطَانًا» يرجع إلى أن النصوص الدالة على حرمة قتل المؤمن فيثبت أنه حق لا حكم.

المزارة

من الراجح بعد الفراغ من المباحث المتقدمة المتعلقة بالأرض، التعرّض لمسائل المزارة وأحكامها لمناسبة قوية بين مباحث الأرض والمزارة. ومن المناسب أيضاً جعل ما ذكره سيّدنا الأستاذ الخوئي - طيّب الله تربته - في منهاج الصالحين متناً لهذا البحث.^١

قال قدّس الله نفسه: المزارة هي الاتفاق بين مالك الأرض والزارع على زرع الأرض بحصة من حاصلها.

أقول: وهذا المقدار يكفي لفهم معنى المزارة ومفهومها الفقهي في الجملة، ولا يحتاج إلى الدقة في تعريفها وقيوده طرداً وعكساً، مع أنّ التعريف السالم عن النقاش غير سهل في مطلق الأبواب.

وعلى كل عرّفها المحقّق في الشرائع بمعاملة على الأرض بحصة من حاصلها. وهذا أخصر وذاك أوضح. والأهم صرف الجهد في فهم أحكام المزارة ومسائلها، والله الهادي.

ثمّ الظاهر أنّه لا خلاف عندنا في مشروعية هذه المعاملة والعمدة في صحتها الأحاديث الواردة فيها كما ستمرّ بك جملة منها. وقبلها أكثر أهل السنّة أيضاً، ونقل عن أبي حنيفة والشافعي وبعض آخر منهم، أنّهم لم يقبلوها إلّا في مواضع مخصوصة. أقول: ويدل عليها مضافاً إلى الأحاديث، قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». فإنّه يدل على وجوب الوفاء بكل عقد^٢ عرفي سواء أكان رائجاً في صدر الإسلام أم لا، وسواء

١. والغرض من ذلك إبقاء اسم سيّدنا الأستاذ الخوئي وسيّدنا الأستاذ الحكيم - قدّس الله سرهما - فلان سيّدنا الأستاذ الحكيم هو الذي ألف منهاج الصالحين لمقلّديه، ولما توفاه الله تعالى أدخل سيّدنا الأستاذ الخوئي فتاويه فيه فطبعمه. فأحببت إبقاء اسميهما أداءً لبعض ما يجب عليّ من حقهما، رضي الله عنهما وأرضاهما عنه.

٢. لما قالوا من أنّ الجمع المحلى باللام يفيد العموم والظاهر من اللام حيث لا قرينة على العهد هو الجنس أو الاستفراق.

أعرفناه اليوم أو يحدث في القرون الآتية، ما لا يكون مخالفاً للقواعد الشرعية، وذلك لأنَّ إطلاق الكلام أو عمومه لا ينصرف إلى الأفراد الشائعة بل يشمل الأفراد النادرة والمعدومة أيضاً فكل ما صدق عليه عقد أو تجارة عرفاً فهو نافذ. وهذا باب يفتح منه ألف باب. فمن قالوا أنَّ المعاملات توقيفية تحتاج إلى نص الشارع عليها بعناوينها لا دليل لهم، بل هي إذنية، تكفيها الإطلاقات.

ومما ذكرنا ينقذ لزوم هذا العقد أيضاً، فإنَّه معنى وجوب الوفاء به على المتعاقدين، فل ينفسخ إلّا بالخيار أو التقايل، كما في سائر العقود اللازمة. 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 اللازمة أيضاً فيقوم وارثه مقامه، وإذا لم يكن للعامل وارث استؤجر 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 الثمرة، فإنَّه يملك، وإن وجب عليه بقية العمل، فخرجها عن ملكه بالموت بعيد، نعم لو كان موته قبل خروجها اتَّجه البطلان.

وجوابه أنَّ الملكية المشتركة للعامل وصاحب الأرض ثابتة من حين بذر الحب في الأرض إلى حين التقسيم عندنا ولا تتوق بخروج الثمرة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن هذه الملكية متزلزلة لاتنافي البطلان قبل تمام العمل لدليل خاص، فيرجع إلى أجرة المثل.

وقيل: لا يقسط على الحصة وإن قلنا به في الإجارة على العمل المشروط فيه المباشرة لعدم ظهور مقابلة أجزاء العمل بأجزاء الحصة هنا شرعاً ولا قضاءً بخلافه في الإجارة وإلّا لاتجه 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، فإنّها عقد والعقد لا يتمّ إلّا بهما، وأما اعتبار عدم لفظ خاص وصيغة خاصة، فلعدم دليل عليه فيكفي كل لفظ ظاهر في إفادة المراد ولو بضميمة قرينة. وأما إذا لم يكن بظاهر فلا عبرة به عند العرف. واستثنى في الجواهر 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 الإقباض 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 تقدّم.

ثانيها: إيقاعهما بالفعل وهو ما يسمّى بالمعاملة المعاطاتية.

ثالثها: إيقاع الإيجاب باللفظ وإيقاع القبول بالفعل. ففي العروة: بل يكفي القبول

الفعلي بعد الإيجاب القولّي على الأقوى.^١

رابعها: عكس الثالث.

مقتضى القاعدة صحّة الكلّ، فإنّ معنى العقد والبيع والمزارعة وغيرها هو الالتزام

١. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص ٥٣.

النفسى إذا ظهر بمبرز خارجي قولاً كان هذا المبرز أو فعلاً فيشملة العمومات والإطلاقات. على ما حَقَّق في بحث المعاطاة. نعم في مثل النكاح والطلاق قالوا باعتبار اللفظ فيهما لدليل خاص.

فائدة

هل الفرق بين العقد اللفظي وبين المعاطاتي هو اللفظ؟ فإذا وقع باللفظ فهو لفظي، وإذا وقع بالفعل فهو معاطاة؟ الظاهر عدمه، بل ههنا نكتة لأبد من التوجّه إليها وهي ما قال سيّدنا الأستاذ الماتن في تعليقه على مكاسب الشيخ: ولا يخفى عليك أنّ الالتزام بهذا الرأي (أي بأنّ المعاطاة تفيد الملكية اللازمة فيما إذا كانت القرينة القائمة على تراض المتعاطيين بالمعاملة المعاطاتية لفظاً). فيما إذا كان مدلول القرينة اللفظية هو التراضي بالمعاملة وأما إذا كان مدلولها نفس المعاملة كان ذلك خارجاً عن حدود المعاطاة، بل يصير مصداقاً للبيع اللفظي وتتوقّف صحّته على عدم اعتبار اللفظ الخاص في إنشاء البيع. ولعل هذا هو غرض المصنّف (أي الشيخ الأنصاري رحمته الله) ممّا كتبه في الهامش (ولكن في عدّ هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل).^١

وهذا كلام مفيد، فكل معاملة أنشئت باللفظ فهي لفظية وكل معاملة استعملت الألفاظ في غير إنشائها وكان الإنشاء بالفعل والمعاملة فهي معاطاة وغير لفظية. وتفصيل هذا البحث المذكور 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 بأنّه خلاف مرتكزات العرف، فإنّه لا فرق عندهم بين القول والفعل في الدلالة على الالتزام النفسى الذي هو قوام العقد.

١. مصباح/الفقاهة، ج ٢، ص ٩١.

٢. ج ١٣، ص ٥٣.

وأما عدم اعتبار العربية والماضوية فلعدم دليل عليهما، وهو واضح.

وأما عدم اعتبار تقديم الإيجاب على القبول، ففيه نوع خفاء فإن مفهوم القبول متأخر عما يُقبل. قال سيدنا الأستاذ الحكيم رحمته الله: إنَّ القبول العرفي يمكن تعلّقه بالمستقبل كتعلّقه بالماضي، لكن القبول العقدي لا يتعلّق إلاّ بما هو واقع، فإذا تعلّق بما يقع في المستقبل لم يكن قبولاً عقدياً، بل هو قبول عرفي.

وعلى هذا يمتنع تقدّم القبول على الإيجاب. نعم إذا تقدّم كان إعمالاً للسنة، ويكفي ذلك عن القبول وإن كان خبراً لا إنشاء، لا أنّه قبول متقدّم. وكذا يمكن أن يكون إنشاء ممّن وظيفته القبول، فيكون إيجاباً ويكون الإنشاء من الآخر قبولاً، كما إذا قال المشتري للبائع: اشتريت منك الفرس بدرهم، فيقول البائع بعتكها بدرهم، فإنّ ما صدر من المشتري إيجاب وما صدر من البائع قبول، لا أن ما صدر من المشتري قبول متقدّم وكذلك في المقام.

وأما صحّة الإيجاب من العامل والقبول من صاحب الأرض فهي للإطلاق، وقد تقدّم عن السيّد الحكيم ما يؤيّده.^١

لا يعتبر الملكية في صحّة المزارعة

ظاهر تعريف الماتن رحمته الله اعتبار ملكية صاحب الأرض لها، كما قال الشهيد الثاني رحمته الله في مسأله: واعلم أنّه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الأرض المملوكة المنتفع بها.. وأنّه لا تشرع 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 صحّة المزارعة أيضاً للإطلاق، بل يكفي حق اختصاص عليها كالتحجير وغيره ممّا يوجب

١. ولاحظ صحيحي الحلبي في الكافي، ج ٥، ص ٢٦٨، ح ٣ و ص ٢٦٩، ح ٣ وصحيحه الثالث له في المصدر، ص ٢٦٧، ح ٣ إذ يمكن أن يستفاد منها ذلك.

الأولوية. وفي العروة: أو كان مالكا للانتفاع كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره. ولذا تصدى بعضهم لتوجيه كلام *المسالك* فلاحظ المطولات والصحيح حمل كلام السيد الأستاذ الماتن على إرادة المثال لا على إرادة خصوص مالك الرقبة كما يظهر من تعليقه على *العروة*.

وأما ما في *الجواهر*: 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 لأنّ العارية تفيد التبرع بالمنفعة، وهذا النحو من الحق - إن لم يكن ملكاً للانتفاع - يكفي لصحة المزارعة جزماً، ولذا ذهب صاحب *العروة* وجمع كثير من محشيها إلى الصحة سوى بعضهم فذكر في وجه المنع تلفيقاً ضعيفاً مخالفاً للفرض.

فإن قيل: العارية عقد جائز فإذا رجع المعير فإن ينفسخ عقد المزارعة فهو مخالف للزومه كما وإن منع من الرجوع تصبح العارية لازمة مع أنّها جائزة. نقول: إن الإيراد لا يخصّ المقام بل هو جار في عدّة من الموارد. وقد أجابوا عنه في محلّه. فمن قائل بعدم جواز رجوع المعير بعد عقد المزارعة لأنّ الإذن في إيقاع العقد اللازم على ملكه بمنزلة الإذن في إتلاف ماله. ومن قائل بجواز رجوعه فيستحقّ أجره المثل لأرضه على المستعير ومن قائل غير ذلك فلاحظ *العروة* وتعليقاتهما في المقام.

ثم إن صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام شاهد على جواز مزارعة أرض الخراج وهو يكفي للرد على ظاهر ذيل كلام *المسالك*. قال: سألت عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدّي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: لا بأس. إلخ.^٢

١. ج ٢٧، ص ٧.

٢. *الكافي*، ج ٥، ص ٢٦٨.

وأحسن دليل على أن 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 الأسدي وهو مولى كوفي.

لا يقال: إن الاختلاف بين الكافي والفقيه في نقل الحديث كثير يسقطه عن الحجية؟

فإننا نقول: المتعمق في الحديث يفهم أن يعقوب بن شعيب سأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل متعددة حول الإجارة والمزارعة والمساقاة، ثم نقل بعضها لحماذ بن عثمان، وبعضها لصفوان، فنقل الفقيه عن الأول ونقل الكليني عن الثاني، فلا تناقض ولا اختلاف بينهما. وأما الاختلاف في بعض الألفاظ في حديث واحد فهو شائع ذائع ولا عجب منه. ثم الحديث وإن لم يذكر فيها المزارعة لكنه يحمل عليها لما في آخره.

على أن من بيده أرض الخراج مالك لعين الأرض الخراجية في الجملة، وأن تختلف كيفية هذه الملكية عن الملكية الفردية على ما تقدم بحثه في الأراضي المفتوحة عنوة، فتأمل.

قال عليه السلام: (الثاني أن يكون كل من المالك والزارع بالغاً عاقلاً ومختاراً وإن يكون المالك غير المحجور عليه لسفه أو فلس، وكذلك العامل إذا استلزم تصرفاً 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: إن الأحوط مع ذلك الاستيذان من الغرماء.

قال: (الثالث أن يكون نصيبهما من تمام الحاصل؛ فلو جعل لأحدهما أول الحاصل وللآخر آخره بطلت المزارعة وكذا الحال لو جعل الكل لأحدهما).

والوجه في بطلانه دلالة الروايات بمجموعها عليه. ولذا قيل: إنه مما لا خلاف فيه ولا إشكال. وبقتضيه إطلاق صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام على تردد لا تقبل

الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به، وقال: لا بأس بالمزاعة بالثلث والربع والخمس.^١

ولا يبعد أن ذيله حديث مستقل، وإنما الحلبي جمع بين الحديثين في النقل^٢ فلا يدل الحديث على تباين القباله والمزاعة وإن كانت الأولى أعم من الثانية، فافهم.

قال: (الرابع أن تجعل حصة كل منهما على نحو الإشاعة كالنصف والثلث ونحوهما، فلو قال للزارع ازرع واعطني ما شئت لم تصح المزاعة، وكذا لو عين للمالك أو الزارع مقدار معين كعشرة أطنان).

أقول: يدل عليه صحيح الحلبي المتقدم وصحيح يعقوب عن أبي -عبدالله عليه السلام- وسألته عن المزاعة؟ فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها، فما أخرج الله (منها) من شيء قسّم على الشطر وكذلك أعطى رسول الله ﷺ خبير حين آتوه فأعطاهم إياه على أن يعمروها ولهم النصف ممّا أخرجت.^٣

يدل الحديث على اقتضاء المزاعة 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 يشترط اختصاص أحدهما بنوع - كالذي يحصد أولاً - والآخر بنوع آخر، فلو قال المالك ازرع ولك النصف الأول من الحاصل أو النصف الحاصل من القطعة الكذاية صحت المزاعة.^٤

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٦٧ و التهذيب، ج ٧، ص ٢٣٥، الرقم ٨٧١، طبعة مكتبة الصدوق.

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 المتقدّم أنفاً: فما اخرج الله (منها) من شيء قسم على الشرط ينافي هذا القول.

استدراك تحقيقي حول الغرر

وجعل في *الشرائع* هذا الشرط وسابقه شرطاً واحداً، فقال: الأول أن يكون النماء مشاعاً بينهما تساوياً أو تفاضلاً. وقال في *الجواهر*: بلا خلاف على ما في *الرياض*، بل في الغنية الإجماع عليه وأنه الحجة مضافاً إلى قاعدة الاختصار على المتيقّن من النص والفتاوى في عقد المزارعة والمساقاة المخالف لأصالة عدم الغرر.

أقول: الإجماع المنقول غير حجة، لاسيما الإجماعات المذكورة في *الغنية المشهورة* بالوهن ولا يحصل لنا منها ظنّ ضعيف، بل لانعلم مراد مؤلف *الغنية* من الإجماع. فعلماء الشيعة وإن نجوا من العمل بالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة لكن ابتلى جمع منهم بالعمل بالروايات الضعيفة والشهرات المنقولة وبالإجماعات المنقولة حتى يمثل إجماعات الغنية. فيا أسفاً على الاستنباط في زمن الغيبة.

ثم إنّي لا أعلم لأصالة عدم الغرر،^٢ أساساً شرعاً وعرفاً، فإنّ سيرة العقلاء قديماً وحديثاً جارية على المعاملات الغررية كالمزارعة والمساقاة وبیمه وغير ذلك.

ولم أجد في الشرع نصّاً عاماً في النهي عن الغرر سوى ما رواه الصدوق في عيون الأخبار عن الرضا عليه السلام في حديث: وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطرّ وعن بيع الغرر.^٣

لكنّه ضعيف سنداً وضعيف دلالة لأنّ بيع المضطر غير حرام وغير باطل، وإن

١. ولو تتبع أحد في الكتب الفقهية الإجماعات المتعارضة المتضاربة والإجماعات التي خالفها مدّعيا في محل آخر والإجماعات التي خالفها المشهور فألف فيها كتاباً لكان له أثر كبير في الاستنباط والفتاوى.

٢. في مجمع البحرين، ج ٣، ص ٤٢٣: وفي الخبر نهى رسول الله عن بيع الغرر: فسر بما يكون له ظاهر بغير المشتري وباطن مجهول مثل بيع السمك بالماء والطيور في الهواء. والفرار النقصان.

٣. الوسائل، ج ١٧، ص ٤٤٨.

شئت فقل اضطرار أحد لا يحرم البيع والشراء عليه، وكذا إن أريد بالمضطر المشتري على وجه مرجوح. فوحدة السياق ربّما ترجح حمل النهي عن كلا الأمرين على الكراهة، فلاحظ. وثالثاً حمل الغرر على المعنى المقصود للفقهاء غير ظاهر، ورابعاً أنّه مخصوص بالبيع ولا يشمل سائر المعاملات.

وأما ما استدلّ صاحب الجواهر 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 تخالف شيئاً آخر ثبت في الفقه وكانت المعاملة المشتملة على الغرر متعارفة عند الناس، لا أراه مدفوعاً بدليل.

وفي وثيقة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الأرض يأخذها الرجل من صاحبها فيعمرها ستين ويردها إلى صاحبها عامرة، وله ما أكل منها؟ قال: لا بأس.^٢ وفي صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: وسألته عن الرجل يعطى الأرض (الخربة) ويقول أعمرها وهي لك ثلاث سنين (أو أربع) أو خمس سنين أو ما شاء الله؟ قال: لا بأس.^٣

سمّ ما شئت هذه المعاملة العقلانية التي أمضاها الإمام عليه السلام وهي غررية، إذ لا علم لهما بما يحصل.

قال: (الخامس تعيين المدّة بالأشهر أو السنين أو الفصل بمقدار يمكن حصول الزرع فيه، فلو جعل آخر المدّة أدراك الحاصل بعد تعيين أولها كفي في الصّحة). أقول: ويدلّ عليه صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام القباله أن تأتي الأرض الخربة

١. الجواهر، ج ٢٣، ص ٤١٧.

٢. الوسائل، ج ١٩، ص ٥٥ - ٥٦.

٣. نفس المصدر، ص ٤٦.

فَنَقَبَلَهَا مِنْ أَهْلِهَا عَشْرِينَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ فَتَعَمَّرَهَا وَتَوَدَّى مَا خَرَجَ عَلَيْهَا فَلَا بَأْسَ.^١

وفي صحيح آخر له بنفس سند السابق: لَا بَأْسَ بِقِبَالَةِ الْأَرْضِ مِنْ أَهْلِهَا عَشْرِينَ سَنَةً وَأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَأَكْثَرَ فَيَعْمُرُهَا وَيُودِّي مَا خَرَجَ عَلَيْهَا وَلَا يَدْخُلُ الْعُلُوجُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْقِبَالَةِ، لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ.^٢

والمفهوم منهما اعتبار المدة في طبيعة القبالة، نعم الاستدلال بهما على المقام موقوف على شمول القبالة للمزارعة. قلت: إطلاقها عليها غير ممنوع لكن في خصوص المقام محل تأمل.

وأما الاستدلال بالخبر الضعيف الحاكي عن نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر فقد عرفت ضعفه. وأما الاستدلال بمقولة: نهى النبي ﷺ عن الغرر فهو أضعف، لعدم ثبوتها حديثاً وإن نقلها العلامة في محكي تذكرته ولعله اشتبه في متنها، وقيل: إن مضمونها مستفاد من خبري القاسم بن سلام^٣ لكنهما أيضاً ضعيفان سنداً، والاستفادة أيضاً غير واضحة.

وما في المسالك: بَأَنَّ مقتضى العقد اللازم ضبط أجله، وفي الجواهر: بَأَنَّ المزارعة أشبه بالإجارة، وفي المستمسك من التمسك بالإجماع على تعيين المدة بحيث لا يؤدي إلى الغرر كلها مما لا يعتمد عليه.

وفي الأخير: لكن الإجماع لا يقتضي لزوم تعيين المدة بحيث لا تقبل الزيادة والنقص، بل يكفي التعيين في الجملة، ولو بتعيين الزرع والبدء به وإن جهل زمان بلوغه، بل ربّما يكون تعيين المدة موجبا للغرر إذا كان من المحتمل عدم بلوغ الزرع فيها، لأن في ذلك تعريضاً لضياح الزرع بناء، 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 الطبعة الأخيرة).

أقول: والأرجح أن تتمسك باعتبار تعيين الأجل بالمدة أو بالعمل أو بشيء آخر يرتفع به الفرر الكلي والنزاع ببناء العقلاء (وإليه يرجع دعوى الإجماع) فإنهم في معاملاتهم يلتزمون بتعيين ما يقع به الاختلاف والنزاع وما به متفاوت الأغراض والمقاصد وبه يمكن تصحيح ما سبق عن المسالك، بل ما مرّ عن الجواهر أيضاً فيحصل الوفاق بين جميع الأقوال والله أعلم بحقائق الأحكام.

وعن جماعة من الفقهاء التصريح بوجوب كون المدة فيها ممّا يعلم فيها إدراك الزرع ولو من جهة العادة لأن إدراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة، بل هو ركنها الأعظم حتّى أنّه ظنّ من جعل ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المدة في المزارعة وإن إدراك الزرع هو الغاية فيها، واختاره صاحب العروة وجماعة من المحشّين.

وفي الشرائع إذا اشترط مدة معيّنة بالأيام والشهور (والسنين) صحّ، ولو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة، فوجهان: أحدهما يصح لأن لكل زرع أمداً (معتاداً) فيبنى على العادة كالقراض. الآخر يبطل، لأنّه عقد لازم فهو كالإجارة فيشترط فيه تعيين المدة دفعاً للفرر لأنّ أمد الزرع غير مضبوط، وهو (مع عدم خلاف محقق فيه) أشبه^١.

أقول: ما نقل عن صريح جماعة صحيح لا مناص عنه. وأمّا جعل الغاية إدراك الحاصل ففيه نظر للاحتياج إلى أيام أخر للحصاد والاقتطاف وما يتوقّف عليه تقسيم الحاصل الخالص من غيره فإذا جعلت الغاية آخر الأعمال، يرتفع به الفرر كما يرتفع بتعيين المدة المذكورة.

قال: (السادس: أن تكون الأرض قابلة للزرع ولو بالعلاج والإصلاح، وأمّا إذا لم تكن كذلك، كما إذا كانت الأرض سبخة لا يمكن الانتفاع بها أو نحوها بطلت المزارعة).

١. الجواهر، ج ٢٧، ص ١٥ وما بين القوسين من صاحب الجواهر.

أقول: وجه البطلان أنّ هذه المعاملة حينئذٍ معاملة سفهية بنظر العقلاء ولا يرونها مزارعة، فلا تشملها النصوص أيضاً، على أنّ 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 لفقد الماء أو تغيّر الهواء أو غير ذلك.

ولا فرق في الحكم بين ثبوت العلة من الأوّل وحدوثها في الأثناء خلافاً للمحقق رحمته الله في *الشرائع* فإنّه بعد أن اشترط إمكان الانتفاع بها بأن يكون لها ماء قال: ولو انقطع في أثناء المدة فلمزارع الخيار لعدم الانتفاع. هذا إذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة وعليه أجره ما سلف ويرجع بما قابل المدة المتخلّفة.

وقال أيضاً بعد ذلك بفصل: ولو زارع عليها أو أجرها للزراعة ولا ماء لها مع علم المزارع لم يتخير ومع الجهالة له الفسخ.

أقول: الخيار فرع صحّة المعاملة ومع بطلانها لما عرفت لا موضوع له، ولذا أوّل صاحب *الجواهر* بعض كلامه حتّى ينطبق على *القواعد*.

وإذا فرضنا أرضاً غير قابلة للانتفاع حين العقد ثم تجددت القابلية ففي بطلان المعاملة وصحّتها وجهان أظهرهما البطلان، إذ لا عقد حين التجدد حتّى يحكم بصحّته بعد بطلانه في أوّل الأمر.

وهل العبرة في قابلية الانتفاع بالواقع أو بالاعتقاد؟ فقد لا يمكن الانتفاع واقعاً وهما يزعمان إمكانه وقد يمكن الانتفاع وهما يتخيّلان عدمه، والمستفاد من الأحاديث أنّه لا عبرة بالعلم والجهل وأنّما العبرة بالواقع فتبطل المعاملة في الأوّل وتصحّ في الثاني خلافاً لصاحب *الجواهر* رحمته الله.

قال: (السابع: تعيين الزرع إذا كان بينهما اختلاف نظر في ذلك وإلا لم يلزم التعيين).

واعلم أنّ أنواع المزروع بل أصنافها متعدّدة متفاوتة، والأغراض تختلف فيه

غالباً، فإن كان هناك انصراف يوجب التعيين أو قرينة تدل على العموم أو الخصوص فهو، وإلا لا بدّ من التعيين، تحصيلاً لتراضي الطرفين الذي لولاه لبطل العقد عرفاً فلا يترتب عليه أحكامه ولا يشمل أحاديثه، بل وحتى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، فلا حظ.^١

قال: (الثامن: تعيين الأرض وحدودها ومقدارها، فلو لم يعيّنها بطلت وكذا إذا لم يعين مقدارها. نعم لو عيّن كلياً 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 ﷺ.

قال: (التاسع: تعيين ما عليهما من المصارف كالبذر ونحوه بأن يجعل على أحدهما أو كليهما ويكفي في ذلك المتعارف الخارجي لانصراف الإطلاق عليه).
أقول: الوجه فيه ما تقدّم، بلا خلاف في التقرير. وفي مستمسك العروة: إذ لولا التعيين امتنع كلُّ منهما عن أدائه فتقف المعاملة ويفوت الغرض منها ويمكن إجراء هذا الوجه إن تم في سابقه أيضاً. لا يقال يتدخل الحاكم لفصل النزاع فلا يتعيّن البطلان. قلت: العقلاء لا يعقدون عقداً يحتاج في إنفاذه إلى الحاكم ابتداءً فمثله مخالف لبنائهم فلا تشمل الأدلة.

وعن الجواهر: احتمال لزوم التعيين وإلا يبطل العقد للغرر. وردّه سيّدنا الأستاذ الحكيم بعدم الدليل على بطلان ما فيه الغرر كليتة. وعرفت أنّه الأظهر. وعلى كل حال ففي صحيح يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: وسألته عن المزارعة؟ فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها فما أخرج الله من شيء قسّم على الشطر...^٣. يستفاد منه أنّ 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 ستين. وعشر هذا الجريب يسمى قفيزاً وعشر هذا القفيز عشيراً.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٢٦٨.

وأورد عليه في المستمسك بأنه وارد في مقام التحديد الواقعي، فإن عمل بها لزم كونه على العامل دائماً وإلا أجمل المراد منها، وحملها على أنها كالأصل 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 /يضاح الفوائد) في جوابه أن المفرد المحلى باللام لا يفيد العموم، لا يجدي نفعاً، لأن ذلك وقع تفسيراً للمزارعة المسئول عنها فوجب أن لا يقع على غيره. ولعله رحمته أرشده إلى مقصود الناس غالباً في المزارعة لتعيينه في العقد، ولم يكن ذلك بياناً لحكم اطلاق العقد من غير تعيين.^٢

ويدفع الإيراد بأنه إذا انضمت إلى الصحيح المذكور موثقة سماعة - على المشهور - صح قول ذاك البعض: قال سألته عن مزارعة المسلم للمشرك، فيكون من عند المسلم البذر والبقر، ويكون الأرض والماء والخراج والعمل على العليج؟ قال: لا بأس به.^٣ فإن لم يعدّ الخراج من النفقة فلا شبهة في أن الماء والعمل منها، فيفهم من مجموع الحديثين أن النفقة على العامل لولا الاشتراط على خلافه، وهذا معنى الأصل الشرعي، فلاحظ.

ثم إن الاستفادة من الموثقة عدم اعتبار حرث المزارع (بفتح الراء) ولو بشكل غير مباشر في المزارعة، فقد جعل العمل فيها على مالك الأرض أو صاحبها. ويمكن أن يستدل للأمرين أيضاً بموثقة أخرى لسماعة، قال: وسألته عن المزارعة، الرجل يبذر في الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر من طعام أو غيره، فيأتيه رجل فيقول خذ مني نصف هذا البذر ونصف نفقتك عليّ واشركني 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 الباذر صاحب الأرض كما هو الأظهر، على ما يأتني، وإن فرضناه عاملاً فالرواية أجنبه عن المقام.

وهنا شرط عاشر وهو عدم تقسيم الحاصل على البذر والبقر والأرض. ففي صحيح الحلبي 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 أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط عليه للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً؟ قال: لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرأ، فإنما يحرم الكلام.^٢

ويقرب منهما صحيحة عبد الله بن سنان لكتنها مقطوعة غير معتبرة.^٣ ولا يبعد إرادة الإبطال من التحريم، فلا بدّ من جعل ثلث لصاحب الأرض مثلاً وثلثين للعامل ولو جعلاً ثلثاً مثلاً للبقر وثلثاً للبذر مثلاً بطلت المعاملة. وحمل الفقيه الزدي عليه السلام في عروته النهي على الكراهة ونقل عن ابن الجنيد وابن البراج حرمة وعكله في المستمسك بأن الأخبار المذكورة مهجورة عند الأصحاب.^٤ أقول: هجر الأصحاب غير ثابت فإن من لم يؤلف كثير! وإعراض المشهور لا أثر له عندنا.

قال: (يجوز للعامل أن يزرع الأرض بنفسه أو بغيره أو بالشركة مع غيره). فإن للعامل - بعد العقد - أن يزرعها بأي نحو أراد. لكن تسليم الأرض خارجاً إلى الغير محتاج 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، وإلا 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 ٢٧، ص ٤١.

لكن قال سيّدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله: يجوز لمن عليه العمل أن يأخذ أجيراً للعمل فإذا جاز أخذ الأجير جاز للأجير التصرف، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه. وأيضاً إذا مات العامل قام وارثه مقامه في العمل. وهكذا الحكم في جميع الأمور التي تقبل النيابة عرفاً، فإن الأصل فيها جواز النيابة إلا مع شرط المباشرة.^١ أقول: وفيه نظر ويبحث.

وفي العروة: كما يجوز نقل حصّته - أي العامل - إلى الغير سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده، كلّ ذلك لأن عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل، فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة، ولا فرق بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا، إذ لا منافاة بين صحّة المذكورات وبين مباشرته العمل إذ لا يلزم في صحّة المزارعة مباشرة العمل فيصح أن يشارك غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير.

أقول: ذيل كلامه ردّ على الشرائع وغيره من التفصيل بين صورة اشتراط المباشرة على العامل فلا يجوز له نقل حصّته أو مزارعة غيره وبين صورة عدمه فيجوز ذلك. وهذا الردّ موجه على المفصلين وإن دافع عنهم سيّدنا الأستاذ الحكيم رحمه الله ولعلّ النزاع بين صاحب العروة والمستمسك لفظي فراجع وتأمل. نعم أورد سيّدنا الحكيم رحمه الله على صاحب العروة أنّه لم يثبت أنّ عقد المزارعة اقتضى تملك العامل منفعة الأرض، بل هو ممنوع.

وقال الإمام الخميني رحمه الله: ليس مقتضى المزارعة نقل المنفعة إلى العامل، بل مقتضاها ثبوت حق الانتفاع بالزرع من الأرض.

وعلى كلّ أنكر جمع من المعلقين منهم الماتن على العروة صحّة النقل قبل ظهور الحاصل وبعده، وأورد عليه بعضهم في صورة النقل بعد ظهور الحاصل أنّه لا يصير المنقول إليه طرفاً للمزارعة، وقال: بل الناقل هو العامل للمالك وعليه القيام بأعمال

المزارة ولو بالتسبيب. ويأتي الكلام حول هذا البحث فيما بعد إن شاء الله تعالى.
وفي موثقة سماعة: قال: وسألته عن المزارة 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 عليّ واشركني فيه؟ قال: لا بأس، قلت: فإن كان...^١
أقول: إذا كان الباذر هو العامل فالحديث ينفع المقام وإطلاقه يدل على عدم اعتبار إذن مالك الأرض وأما إن كان هو المالك فهو أجنبي عن المقام والحق أنه لا شاهد في الحديث على ترجيح الاحتمال الأول على الثاني بل لا يبعد ترجيح العكس كما سبق، فإنّ الاستفادة من الحديث أنّ الشركة في تمام البذر، وهذه تناسب كون الباذر هو المالك، إذ على تقدير كونه عاملاً، الرجل الثاني يشترك في حصته وهي بعض البذر.

قال ﷺ: (لو أذن شخص لآخر في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما. فهل هو من المزارة المصطلحة أو لا؟ وجهان: الظاهر أنّه من المزارة ويترتب عليه أحكامها وكذلك الحال لو أذن لكل من يتصدى للزرع وإن لم يعين شخصاً معيناً بأن يقول: لكلّ من زرع أرضي هذه نصف حاصلها أو ثلثه).

أقول: في المقام مطالب ثلاثة:

الأول: هل المزارة المتداولة تنحصر بالعقد والإنشاء بالقول أو الفعل، أو تحصل به وبالإذن المذكور؟ فيشملها الأحاديث المبيّنة لأحكام المزارة، كما هو ظاهر الماتن وبعض آخرين، منهم صاحب العروة. وإذا فرضنا الإذن ظاهراً في إنشاء المزارة، فهذا يدخل في القسم الأول، إذ مر عدم اعتبار اللفظ في العقد فيصح القبول بالفعل.

وقال سيدنا الأستاذ الحكيم ﷺ: إنّ الإذن في زرع الأرض (وهو فعل خارجي) لشخص إيقاع بحث، لا عقد ولا جزء عقد. انتهى.

وقد تقدّم أنّ المزارعة عقد من العقود اللازمة. فالإذن في زرع الأرض لا يكون من المزارعة المصطلحة، ويمكن أن يقال: إنّ المزارعة المتداولة قد تتحقّق بالعقد وقد تتحقّق بالإيقاع ومجرّد الإذن، ولا امتناع فيه.^١ والإيقاعية منها وإن لم يشملها قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٢، لكنّ تشملها أحاديث المزارعة.^٣

الثاني: إذا قلنا بأنّ الإذن في زرع الأرض لا يكون من المزارعة المصطلحة، ففي العروة استظهر صحّته للعمومات إذ هو نوع من المعاملات العقلانية ولا نسلم انحصارها في المعهودات ولا حاجة إلى الدليل الخاص لمشروعيتها، بل كل معاملة عقلانية صحيحة إلّا ما خرج بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات.

أقول: ما أفاده في غاية المتانة بحسب الكبرى وفاقاً لما نسب إلى المتأخّرين من أنّ صحّة المعاملات لا تتوقّف على ذكر الشارع بعناوينها 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. وإنّما الكلام في وجود عموم يدل على صحّة كل معاملة عقدية أو إيقاعية، وقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يخصّ الأول. ويمكن أن يستدل على صحّة المعاملات الإيقاعية بالتجارة عن تراض. لكن كون التجارة أوسع من البيع والشراء لأجل الربح محل نظر. أو بقاعدة السلطنة على الأموال - وهي قاعدة عرفية لم يردع عنها الشارع - لكن في الاستدلال بها على المقام نظر. أو بقوله ﷺ: 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. إلّا أن يفسر العقد بمطلق العهد كما في الحديث أو بالعهد المشدّد كما عن بعض اللغويين.

٣. كصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: لا بأس بالمزارعة بالثلث والرابع والخمس، ومثله صحيحه الآخر، الوسائل، ج ١٩، ص ٤٢ وموثقة سماعة، ص ٤٧.

٤. لاحظ حاشية ص ٣٦١، ج ٣ من جامع الشتات.

الثالث: الإذن كما يتعلّق بمعيّن يمكن أن يتعلّق بكلّ واحد من غير خطاب كما إذا كان المالك لكل من يتصدّى للزّرع وربّما لا يكون قوله اذنأ كما ذكره في المتن تبعاً لصاحب العروة كقوله: كل من زرع أرضي هذه من المزارعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه مثلاً. فأقدم أحد على ذلك، وإن كان الإذن منه مستفاداً بالقرينة. وفي العروة: فيكون نظير الجعالة فهو كما قال: كل من بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم، أو كل من دخل حَمَامِي فعليه في كل مرّة ورقة. أقول: وحيث إنّ هذه المعاملات الرائجة لم تردع من قبل الشرع فهي ممّضاة عنده.

فإن قلت: هذه الجملة: كل من بات أو دخل، إيجاب والدخول أو البيتوتة قبول عملي له فيشمّله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

قلت: هو إيقاع فإن عمل العامل وفي مطلق الجعالة لا يكون بقصد القبول للإيجاب، بل بقصد الجري على أثر الإيجاب ولذا قد لا تتحقّق 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 نبّه عليه سيّدنا الأستاذ الحكيم رحمته الله.

وقد يورد على صاحب العروة أنّ المقام ليس نظير الجعالة فإنّها جعل شيء على نفسه لغيره في مقابل عمل ذلك الغير، وأجيب عنه بأنّ العمل المجمعول في مقابلة الحصة هنا تسليم الأرض للزّرع من المالك. لكن فيه أنّه خارج عن مدلول الكلام.

وقد يقال: إنّ الإذن في المقام في دخول الدار والحمام من قبيل الإذن بالاستيفاء أو بالإتلاف يعوض معيّن كما هو متداول بين الناس في كثير من الموارد كما في دخول الحمام وأكل الطعام من الطباخ وشرب الشاي والبيتوتة في الفندق والجلوس في المتنزهات. ولا بعد في الإلتزام بتأثير الإذن المذكور مع تقبّل المتلف أو المستوفى في اشتغال ذمّته بالمسمّى بالإتلاف أو الاستيفاء. فيكون نظير الجعالة في أنّ الإذن في العمل مع تقبّل جعل مخصوص موجب لاشتغال ذمّة الآذن بما جعل على نفسه، فتأمل فيه.

قال: (يجوز اشتراط مقدار معين من الحاصل لأحدهما وتقسيم الباقي بينهما بنسبة معينة، إذا علما 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 الأخيرين صحيح يعقوب أنه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: لا بأس^١.

إلا أن يناقش فيه بانه غير ظاهر في المزارعة، فالمعاملة مع الشرط المذكور صحيحة لكن لا بعنوان المزارعة. ويؤيد النقاش قول الراوي بعد ذلك: وسألته عن المزارعة... المشعر بان سؤاله السابق لم يكن عن المزارعة فتأمل^٢.

بل ذيله الرواية ظاهر في خلاف قول سيّدنا الأستاذ عليه السلام 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 صلى الله عليه وآله أهل خيبر.

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 التغيير ما لم يمنع عنه مانع سوى طبع المعاملة الأول.

فما قيل من منافاة هذا الشرط لتشريع المزارعة الذي هو كون النماء مشاعاً بينهما

١. الوسائل، ج ١٩، ص ٤٥.

٢. وجهه أنّ التأييد إنما يتم إذا فرضنا سؤالات الراوي الأربعة المذكورة في الرواية، صادرة في مجلس واحد، لا في مجالس متعددة ثم جمعها الراوي 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. وقريب منها صحيح داود بن سرحان وليس فيه أن الفضل بينهما.^١

وقال المحقق رحمته الله: ولو شرط أحدهما قدراً من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح، بل قيل: إنه المشهور واستدل له في الشرائع بجواز أن لا تحصل الزيادة فيبقى الآخر بلا شيء. ودفعه الماتن بقوله: إذا علما ببقاء شيء من الحاصل. وفي *الجواهر*: يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها.^٢

والعمدة في المقام الروايات الدالة على تقسيم الحاصل بين المالك والزراع فإن فهم منها نفي الشرط لأحدهما فلا يجوز الشرط وإلا فلا وحيث أنها لا تدل على نفي الشرط لأحدهما من غير الحاصل فالظاهر جوازه. والأحوط ترك الاشتراط من الحاصل لأحدهما؛ بل للأجنبي أيضاً لإطلاق خبر يعقوب المتقدم، وغيره وإن كان الأقوى ما أفاده الماتن رحمته الله لما ذكرناه، فتأمل.

ثم إن قرار الشرط غير المتعلق بالحاصل غير مشروط بسلامة الحاصل وفاقاً لجمع. وأما الشرط من الحاصل فإن لم يتحقق الحاصل أصلاً فقد سقط الشرط بسقوط موضوعه، وكذا إذا نقص الحاصل حتى بقي بمقدار الشرط، فإن ما شرط من الحاصل ظاهر في بقاء شيء من الحاصل بعد الشرط، وأما إذا بقي الحاصل الناقص أزيد من المقدار المشروط بمقدار قليل جداً، فالظاهر من الإمام الخميني رحمته الله في تعليقه على *العروة* نفوذ الشرط فإن القرار لم يكن مشروطاً بسلامة الحاصل فلا تلاحظ النسبة. بل إطلاق كلامه يشمل ما بقي الحاصل بالمقدار المشروط أيضاً. مع أنه لا بد من بقاء شيء حتى يكون مشاعاً بينهما.

وقال الماتن رحمته الله في تعليقه على *العروة* أنه لو تلف نصف الحاصل مثلاً يحسب التالف على المستثنى والمستثنى منه بالنسبة، وهذا لا دليل عليه لما مر. وفي *المستمسك*: الظاهر أنه لا إشكال في صحة اشتراط ذلك واستثنائه، والنصوص تدل

١. الوسائل، ج ١٩، ص ٥٧.

٢. ج ٢٧، ص ٩.

عليه،^١ ثم ذكر خبر الكرخي المجهول مع ان دلالته على صحّة استثناء مقدار البذر محل تأمل وصحيح يعقوب الذي تقدّم بحثه.

قال عليه السلام: (إذا عتّن المالك نوعاً خاصاً من الزرع من حنطة أو شعير أو نحو ذلك تعيّن ذلك على الزارع. ولكن لو نعدى إلى غيره وزرع نوعاً آخر منه فللمالك الخيار بين الفسخ والإمضاء فإن فسخ رجع على العامل بأجرة مثل المنفعة الفاتئة للأرض). أقول: أمّا تعيين المعين على الزارع فلوجوب الوفاء بالشرط، وأمّا الخيار فلتخلف الشرط بزعم الماتن عليه السلام.

وقال في *الشرائع*: ولو زرع ما هو أضر والحال هذه (أي حال تخلف الشرط) كان لمالكها أجرة المثل إن شاء أو المسمّى مع الأرض ولو كان أقلّ ضرراً جاز. أقول: أمّا تخيير المالك بين أجرة المثل والمسمّى فلما عرفت وأمّا الأرض فلحصول النقص في الأرض كما صرح العلامة أيضاً،^٢ وأمّا جواز الزرع إذا كان أقلّ ضرراً فيراد به الصّحة والنفوذ دون الجواز التكليفي، لتصريحه بعدم جواز التعدي أولاً، وهو ضعيف جدّاً فإنّ غرض المالك ليس منحصرأ فيما يتعلّق بمصلحة الأرض بل المقصد الذاتي له إنّما هو الانتفاع بالزرع ولا شك أنّ الأغراض تختلف في أنواع المزروع كما نبّه عليه بعض الفقهاء وخفاء ذلك على مثل المحقّق والعلامة عجيب.

والسؤال المهم أنّه عند تخلف الزارع عمّا عتّنه المزارع هل يثبت الخيار كما ذكره صاحب *الشرائع والجواهر* وغيرهما أو تبطل المزارعة رأساً كما عن جمع لأنّ الحصة المسماة إنّما وقعت في مقابله زرع المعين ولم يحصل، والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الإذن فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة، فوجوب أجرة المثل حينئذٍ أقوى. وأورد عليه في *الجواهر*: قلت: كأنّ ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعة بما وقع من التعيين ولو على جهة الاشتراط، ولا ريب في فسادة على التقدير المزبور، بل

١. ج ١٣، ص ٧٣.

٢. *الجواهر*، ج ٢٧، ص ٢٥. والمراد بالأضر هو الأضر بالأرض ظاهراً.

قد يقال^١ بعدم تشخيصها بذلك مطلقاً، وإن كل ما وقع فيها منه ليس إلا على جهة الشرطية، فإن حقيقة المزارعة ليست إلا زرع الأرض بحصة من حاصلها، كائن ما كان الحاصل وأنما يذكر التعيين من الشرائط^٢، لا أنه متوقع للمزارعة، فليس هو حينئذٍ إلا كذكر 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 ممتن له الشرط اتجه له الخيار. ومن هنا يتجه عدم انفساخ عدم المزارعة حينئذٍ بتعذر المعين خصوصاً إذا كان شخصاً^٣.

وكأن صاحب العروة جمع بين القولين وتبعه سيدنا الأستاذ بقوله في آخر المسألة: (هذا إذا كان على نحو الاشتراط وأما إذا كان التعيين على نحو التقييد بطلت المزارعة وحكمه ما تقدّم في فرض الفسخ).

والذي نفهم من هذا الكلام أن تعيين الزرع الخاص إن كان بنحو تعدّد المطلوب^٤ لم تبطل المزارعة وثبت الخيار للمالك كما أوضحه صاحب الجواهر، وأما إذا كان على نحو وحدة المطلوب بطلت المزارعة كما ذهب إليه جمع.

لكن في كون الاشتراط من باب تعدّد المطلوب إشكالاً قوياً أورده سيدنا الأستاذ الحكيم في مستمسكه وقال إنه مجرد فرض لا خارجية له، ولذا كان بناء الفقهاء (رضوان الله عليهم) على وحدة المطلوب في باب الوكالة والعارية والوديعة والإجارة وغيرها من المفاهيم المقيّدة، فلو وكل شخصاً على شراء عبد فاشتري جارية لم

١. العبارة غير واضحة فإن الظاهر أن الضمير في قوله (فساده) يرجع إلى الموصول (بما وقع) فكان الأنسب مكان كلمة (بل) كلمة (لكن) أو حرف الواو.

٢. والعمدة أن العقود تابعة للقصد ولا عبرة بمفهوم المزارعة، نعم لا بأس بأن شرط المكان في المضاربة من باب تعدّد المطلوب غالباً كما أفاده، وأما في فرض تعذر المعين فثبوت الخيار وعدم البطلان في غير فرض تعيين الشخصي، أول الكلام.

٣. الجواهر، ج ٢٧، ص ٢٥ و ٢٦.

٤. لاحظ الجواهر، ج ٢٣، من ص ٢١٢ إلى ٢٧٥ ولاحظ مكاسب الشيخ الأنصاري ص ٢٨٧ وما بعدها.

يحتمل أحد الصّحّة من باب تعدّد المطلوب. وهذه كقاعدة مطردة في جميع العقود الواردة على المفاهيم الذهنية فإنّه لا مجال للقول بكونها بنحو تعدّد المطلوب، فيختص تعدّد المطلوب بالقيود للموضوعات الخارجية مثل موارد خيار الاشتراط وخيار العيب وخيار الرؤية في البيع أو في الإجازة ونحو ذلك.^١

ثم شرع في إيضاح أنّ هذه الموارد أيضاً ليس فيها تعدّد مطلوب على نحو الحقيقة، بل المراد منه تعدّد المطلوب حكماً فراجع كلامه وتأمل فيه جيّداً فإنّ المقام يليق به، رضى الله عنه وأرضاه عنه.

قال: (وأما الحاصل فهو للعامل إن كان البذر له، وإن كان للمالك فله المطالبة ببذله أيضاً وعلى تقدير البذل كان الحاصل للعامل أيضاً، وليست له مطالبة المالك بأجرة العمل مطلقاً. هذا إذا علم المالك بذلك بعد بلوغ الحاصل. وأما إذا علم به قبل بلوغه فله المطالبة ببذل المنفعة الفائتة والزام العامل بقطع الزرع أو إبقائه بالأجرة أو مجاناً إن كان البذر له وأما إذا كان للمالك فله المطالبة ببذل المنفعة الفائتة وبذل البذر أيضاً ومع بذله يكون الزرع للعامل).

أقول: إذا ثبت للمالك الخيار بتخلّف الشرط ففسخ المعاملة كان له أجرة مثل المنفعة الفائتة. وأما الحاصل فهو تابع للبذر في الملكية، فإن كان البذر للعامل فالحاصل أيضاً له، وإن كان للمالك فله المطالبة ببذله، فإنّ العامل أتلّفه بغير رضا مالكة فهو له ضامن. فإذا دفع بذله كان الحاصل له أيضاً ولا حق له في عمله، حتّى إذا رضى المالك بالحاصل دون بدل البذر، لإقدام العامل على هتك حرمة عمله فإنّه كان عالماً بعدم استحقاق الأجرة شرعاً على عمله كما في العروة.

وأورد عليه بأنّ العلم بعدم الاستحقاق شرعاً لا يقتضي الإقدام على المجانية وهتك حرمة عمله.

أقول: سواء تم هذا الإيراد أو لم يتم، العامل لا حق له في مطالبة أجرة عمله بعد

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 إنَّ إلزام المالك، العامل بقلع الزرع، الناشئ عن تسلُّط الناس على أموالهم مقيد بعدم تحقق الإسراف المحرم على وجه، بل بعدم استلزامه لمخالفة قاعدة العدل على ما تقدّمت الإشارة إليهما في بحث نفي الضرر من هذا الكتاب.

تنبيه: إنّما يضمن العامل للبذر الذي بذره من مال المالك بخلاف شرطه، إذا لم يعدّه المالك للزرع وإلا كان الزارع محسناً وما على المحسنين من سبيل وضمان، وينتج منه عدم ضمان العامل لأجرة الأرض أيضاً لأنّه إنّما استوفى منفعة الأرض لمصلحة المالك كما ذكره سيّدنا الأستاذ الحكيم رحمته الله.^١

ثمَّ إنّ صاحب العروة ذهب إلى ضمان العامل من جهتين، من جهة بطلان المعاوضة بترك ما عينه المالك فتكون العين مضمونة بضمان القبض بالمعاوضة المقتضى لضمان منافعتها بأجرة المثل، ومن جهة أنّه زرعها ما لم يأذن به المالك فيكون قد استوفى منفعتها فتكون أيضاً مضمونة وتبعه عليه بعض المعلقين، لكنّه لا يخلو عن إشكال كما ذكره سيّدنا الأستاذ في مستمسه.^٢

قال: (إذا ظهر بطلان المزارعة بعد الزرع، فإن كان البذر للمالك كان الزرع له وللزارع ما صرفه من الأموال وكذا أجرة عمله وأجرة الآلات التي استعملها في الأرض).

أقول: أمّا كون الزرع لصاحب البذر فلأنَّ الزرع من نماء البذر ونماء الشيء تابع لأصله في الملك. وأمّا تعلّق ما صرفه العامل وأجرة عمله بذمة المالك فمن جهة احترام مال المسلم وعمله ومن بحكم المسلم مع عدم قصد المجانية وأنّه لا يحلّ إلّا عن طيب نفسه، وإنَّ حرمة ماله كحرمة دمه، وأنّه لا يصلح ذهاب حق أحد، مضافاً إلى قاعدة نفي الضرر وغير ذلك ممّا ذكره الشيخ في مكاسبه دليلاً على قاعدة كل

١. نفس المصدر، ص ٩٢.

٢. ج ١٣، ص ٩٣.

عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده^١ لكن في ما ذكره نظر أو منع، والأظهر أن مدرك القاعدة المذكورة هو الإقدام (أي إقدام القابض على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى) المنضم إلى الاستيلاء من جهة السيرة العقلانية على الضمان سواء في ذلك التلف والإتلاف.

وقد علّل الشيخ الطوسي رحمته الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجازة الفاسدتين بدخول القابض على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة. وتوضيح هذا البحث لا يليق بالمقام^٢ وأما جملة: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فلم يثبت كونها حديثاً.

وفي المقام يتحقّق الاستيلاء والإقدام من الذي يبذر البذر في الأرض. فإن كان هو مالك الأرض والبذر فهو، وإن كانت الأرض أو البذر لغيره يضمن له أجره المثل للأرض أو بدل البذر من القيمة أو المثل، وهكذا الكلام بالنسبة إلى الآلات والعوامل والمياه، فسبب الضمان الاستيلاء والإقدام.

ولعله لأجل ذلك قيّد السيّد الكلبايگاني في تعليقه على العروة ضمان مالك الأرض لأجرة عمل العامل وعوامله بصدور العمل بأمر المالك ولو بعنوان المطالبة لحقه بتوهم صحة العقد وإلا فلا وجه لضمان الأجرة.

لكن المستفاد من الجواهر 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 توقّف في الحكم بالضمان كالسيّد الخوانساري.

ولا يبعد صحة هذا القول، فإنّ 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 مكاسب الشيخ الأنصاري، ص ١٠٣.

٢. ولاحظه في مصباح الفقهية تقريراً لدروس سيّدنا الأستاذ الماتن رحمته، ج ٣، من ص ٨٧ إلى ٩٨.

٣. الجواهر، ج ٢٧، ص ٤٧.

وفي العروة: هذا كله مع الجهل، وأما مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله، لأنّه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله، فكأنه متبرّع به وإن كان الآخر أيضاً عالماً بالبطلان.

وفي الجواهر: ولولا ذلك (أي عدم الأجرة للعامل في المساقاة مع علمه بالبطلان عند الفقهاء) لأمكن توجيه الإطلاق هنا بأنّه لا ملازمة بين العلم بالبطلان والمجانبة بعد فرض كون دفع الأرض والعمل بعنوان تلك المزارعة الباطلة فتبقى حينئذٍ على قاعدة احترام مال المسلم وعمله^١ وقد قبله غير واحد من معلّقي العروة فأوردوه على مؤلفها وإنّ العالم بالبطلان شرعاً الدافع للمال ليس هاتكاً لحرمة ماله وعمله بعدما كانت المعاملات مبنية على الأنظار 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 إن رضى المالك والزارع ببقاء الزرع في الأرض بالأجرة أو مجاناً فهو، وإن لم يرض المالك بذلك جاز له إجبار الزارع على إزالة الزرع وإن لم يدرك الحاصل وتضرّر 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 أنّه منصرف إلى إضاعة مال نفسه فيما لا يصرف العقلاء فيه أموالهم، إلّا أن يقال بوجود مناطه في مال الغير أيضاً. نعم ليس هو بدائمي في موارد المقام، إذ قد يكون للمالك مصلحة مهمة في إفراغ أرضه من زرع العامل، فلا يتحقّق الإسراف بإجباره بقلعه.

أما الإضرار ففي تقدّم قاعدة السلطنة عليه إشكال، بل يمكن القول بتقديم قاعدة لا ضرر على قاعدة السلطنة - وقد مرّ الكلام حوله في ص ١٣٢-١٤٢.

ودعوى أنّ الزرع لم يكن بإذن المالك، فإنّ الإذن الواقع في ضمن عقد المزارعة، قد بطل ببطلان العقد على الفرض، فضرر المالك لا يستند إلى مالك الأرض، قابلية للنقاش فإنّها إن تمّت تنفي ضمان المالك لا تقدم قاعدة لا ضرر على قاعدة السلطنة؛ إلّا أن يقال: إن منع المالك عن إفراغ أرضه أيضاً ضرر له فيقع التزام 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. ويؤكد قول العلامة في قواعده: فلو ذكر مدة يظن الإدراك فيها فلم يحصل، فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرض أو التبقية بالأجرة، سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية وتأخر المياه.^١

أقول: ما أفاده هو الأقرب مع قطع النظر عن فرض الإسراف المحرم، نعم ثبوت الأرض للزارع مع تفريطه بالتأخير مشكل أو ممنوع. كما أنّ في التبقية بالأجرة لا بدّ من رضی العامل بها أيضاً.

قال: (وليس للزارع إجبار المالك على بقاء الزرع في الأرض ولو بأجرة). عرفت أنّ له إجباره بذلك إذا لم يفرض للمالك منفعة أكثر من أجرة الزرع، ولم تكن الأجرة أكثر من منفعة الزرع.

قال: (كما أنّه ليس للمالك إجبار الزارع على إبقاء الزرع في الأرض ولو مجاناً) لكن في فرض استلزام القلع للأسلاف يحرم القلع ويمنعه الحاكم الشرعي منه، ولو مع أداء الأجرة فضلاً عن تبرّع 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 اثنتا عشرة، تحصل من ضرب الثلاث (صورة استناد البطلان إلى المالك أو إلى العامل أو إليهما معاً) في الأربع (علم المالك وحده، علم العامل وحده، علمهما بالبطلان وجهلها به) وإذا عدنا لا انفساخ في العقد لأمور فهرية، يزيد الصور.

الناسئ عن الغرور والإغراء، على الغار، مثلاً إذا غصب أحد أرضاً فزارع عليها فانكشف في الإثراء فطلب مالك الأرض أجره منفعة الأرض من العامل وكانت الأجرة أكثر من الحصة المسماة بدينار مثلاً فللعامل الرجوع إلى الغاصب في الدينار، وهكذا في غير أجرة المثل، وكذا في فرض تبين البذر غصباً.

٢. إذا استند البطلان إلى اشتراط عدم الحصة لأحدهما، قيل لا يضمن الآخر فإن هذا كالمترجع لمنفعة أرضه أو بذره أو عمله. وهذا القول لا يبعد صحته، ومناقشة الجوهر غير ظاهرة.^١

٣. إذا تبين 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 وصنعتة من جهة الغرور؟ والظاهر أن المشهور لم يلتزموا بمثل هذا الضمان ولا يخلو عن بحث.

وإن تبين 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 كريها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع عنها، كان للعامل قيمة ذلك الوصف وإن لم يكن كذلك وكان العمل لغواً فلا شيء له. كما إن الآلات لمن أعطى ثمنها. انتهى.

أقول: استدلل على عدم تعلق حق بالإتيان بالمقدمات، بأن المعاملة وقعت على الزرع فالعمل غير الصادق على الزرع لا أمر به من المالك ولا استيفاء منه له.

ومناقشة هذا البيان واضحة، فإن المقصود من المزارعة كل عمل يتعلّق بالزرع، سواء فيه المقدّمة كحفر النهر وحرث الأرض وتهئية البذر والعوامل ونفس الغرض وهو الحرث والسقي وحفظ ما ينبت. فكل هذه وأمثاله ممّا لا بدّ من حسابها بالنسبة. وأما استحقاق العامل لقيمة الوصف المذكور فلاّنها أثر عمله فيملكها تبعاً لعمله.

وأما الآلات فإن كان اشتراطها على الجميع فهو وإن كان على بعض فلا يبعد أن يقال إنها على الجميع إذا لاتباع بثمانها، فإنها مما تضمن في العقد الصحيح فكذا في فاسده، إلا أن يقال إنه في المقبوض، وفي غيره لا ضمان، لكن تقدّم أن العمل أو صرف المال لأجل الوفاء بالعقد بمنزلة أمر الآخر به فيضمن بالنسبة. ومناط الضمان إما 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. فإذا كان أحد الشركاء أو الشريكين مغروراً يصح رجوعه على الغار بمقدار الغرور، فلاحظ وتأمل.

٤. قال في جامع المقاصد: حيث يجب الأرض يقوم الزرع قائماً بالأجرة، لأنه لا يستحق شغل الأرض في المدة ولا بعدها مجاناً، بل في المدة بالحصة وبعدها بأجرة المثل. ولا يلحظ في كونه قائماً بالأجرة استحقاقه للقلع بالأرض، لأن ذلك يخل بتدارك فائتة، إذ هو بمنزلة العلف حينئذٍ، وإنما المراد بالأرض تدارك نقصانه عن الحالة التي هو عليها.

ويحتمل أن يلحظ فيه استحقاق القلع بالأرض، لأن حالته التي عليها هي هذه فلا يعتبر لماليته وصف مخالف لما هو عليه.^٢

٥. منافع المقبوض بالعقد الفاسد على أقسام:

الأول: المنافع المستوفاة التي لاتضمن بالعقد الصحيح كنوم العامل على الأرض أو جلوسه عليها وأمثال هذه التصرفات التي لا يريد مالکها منه العوض. فهذه غير مضمونة على المستوفي كما لا يخفى.

١. أو الغرور فإنه سبب رابع للضمان أو التعهد بالضمان كما فضل في كتاب الضمان أو الإلتاف أو الإضرار كما تقدّم في ص ١٦٠ (من أضّر بطريق المسلمين...) أو تفريط الأمين (كما في المستمسك، ج ١٣، ص ٨٠) أو المعاوضة (المصدر، ص ٨٣) أو اليد في الجملة أو تفويت المنافع عند صاحب العروة (المصدر، ج ١٣، ص ٨٧) فهذه عشرة كاملة من أسباب الضمان لكن بعضها يتداخل فتأمل.

٢. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٢٠، وقال قبل ذلك (ص ٣١٧): ثم الأرض تفاوت ما بين كونه قائماً بالأجرة ومقلوعاً. ولاحظ الجواهر، ج ٢٧، ص ١٨.

الثاني: المنافع المستوفاة التي ليست كذلك فهي مضمونة على المستوفي، فإن من استوفى مال غيره فهو له ضامن ببناء العقلاء، والمنافع أموال. وتدل على الضمان أيضاً قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن بحكم العرف والعقلاء.^١

الثالث: المنافع غير المستوفاة التي تفتت لأجل استيلاء يد القابض على المقبوض بالعقد الفاسد. وهذه أيضاً مضمونة على القابض بضمان اليد أي قاعدة الاستيلاء وقاعدة من أتلف. لكن الظاهر رجوع هذا القسم إلى القسم الخامس.

الرابع: المنافع الفاتئة المستندة إلى المالك، فقل إنها غير مضمونة على القابض، كما إذا كان من طبع المالك الانتفاع من ماله في زمان دون زمان وغصبه الغاصب وتركه على حالته الأولية فهو لا يضمن إلا منافعه المستوفاة دون منافعه الفاتئة بغير استيفاء. والخلاصة أن المنافع التي لا تكون العين معدة لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء كما أفاده سيدنا الأستاذ الماتن رحمته الله.^٢

أقول: هذا مسلّم إذا فرضنا عدم الأعداد بحسب العرف، وأمّا إذا كان بحسب إرادة شخص المالك ففتواه لا يخلو عن إشكال أو منع.

الخامس: مطلق المنافع الفاتئة بغير استيفاء، ففي مكاسب الشيخ الأنصاري رحمته الله أن المشهور فيها أيضاً الضمان وقد استظهر في *السرائر والتذكرة* الإجماع عليه. وقد ذكر الحلّي في آخر باب الإجارة من *سرائره* الاتفاق على ضمان منافع المغصوب الفاتئة، وقال في باب البيع: إن البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى الغصب والضمان. لكن هذا التنزيل ممنوع جزأف كما أن ما استدلل على المشهور من الروايات الخاصة غير سليمة دلالة أو سنداً أو سنداً ودلالة.

١. قال سيدنا الأستاذ رحمته الله ما ملخصه: إن قاعدة من أتلف قاعدة كلية متصيدة 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 أن إتلاف مال الغير موجب للضمان.

أقول: فإن تم ما أفاده فهو وإلا فنقول إنها قاعدة عقلائية لم يردع الشرع عنها وتلك الروايات الواردة في الموارد المشار إليها في كلامه تدعّمها. فلاحظ 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 اليزدي في حاشيته على *المكاسب* وقال: إنَّ حال هذه المنافع حال العين لقاعدة الإلتلاف، فإنَّ الاستيلاء على العين ومنع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها ويصدق عليه الإلتلاف عرفاً ولذا نحكم بالضمان لها في الغصب. انتهى.

وأورد عليه سيّدنا الأستاذ الماتن رحمته الله بمنع صدق التفويت على المنافع الفائتة بغير استيفاء إلّا إذا استند الفوت إلى القابض بأن وضع يده على مال الغير وحبسه بحيث لا يتمكّن مالكة من التصرف فيه، وحينئذٍ فيكون شأن المقبوض بالعقد الفاسد شأن المغصوب.^١

أقول: فمتى ما صدق استناد تفويتها إلى غير المالك، ضمنه. وأمّا إذا لم يصدق ولم يتحقّق الاستيفاء فلا ضمان حتّى على مذاق السيّد اليزدي رحمته الله ظاهراً. وهذا هو الأظهر كما يفهم من الجواهر أيضاً.^٢

٦. قال صاحب *الجواهر*: ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما على النسبة، ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصّه على نسبة ما للآخر فيه من الحصة، فإذا كان البذر بينهما (على حدّ 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 وباقي الأعمال وآلاتهما بلا خلاف في شيء من ذلك أجده كما اعترف به في *الرياض*. ووجهه ما تقدّم غير مرّة وخصوصاً في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.^٣

٧. قال المحقّق في *الشرائع*: كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب لصاحب الأرض أجرة المثل.

أقول: إطلاقه غير صحيح جزماً ولا بدّ من تقييده بما عرفت في المسائل المتقدّمة.

١. نفس المصدر، ص ١٤٣.

٢. ج ٢٧، ص ٤٧ وسيأتي 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: لأنّه أحد مصاديق بطلان المزارعة بعد الزرع كما فرضه الماتن في صدر المسألة فيجري فيه حينئذٍ جميع ما ذكرنا في صدرها. وأمّا إذا لم تقل بطلان المزارعة وأنّ العمدة في الغاية هو الإدراك دون المدة فهو يخرج عن موضوع البحث في هذه المسألة إذ المعاملة تبقى على صحتها.

وقال المحقّق في /الشرائع: ولو مضت المدة والزرع باقٍ كان للمالك إزالته على الأشبه، سواء كان بسبب الزرع كالتفريط أو من قبل الله سبحانه كتأخير المياه أو تغيير الأهوية.

أقول: ظاهر هذا الكلام أنّه لا يستحق المالك أجره المثل للأرض وآلاته، حتى في فرض التفريط، مع أنّه لا إشكال فيه، ثم إنّ لم يتعرّض لفرض كون البذر للمالك واستحقاق العامل، بل في /الجواهر: أمّا العامل فلا أجر له على المالك، وإن كان التأخير من الله سبحانه...^١

قلت: إن أراد بإطلاق كلامه فرض كون البذر من المالك، فلا شك في استحقاق العامل أجره عمله وما استعمله من الآلات والعوامل في فرض عدم التفريط.

وقال العلامة في /القواعد: الأقرب أنّ للمالك الإزالة مع الأرض أو التبقية مع الأجرة، سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى.

أقول: لكن ثبوت الأرض للعامل مع تفريطه لا دليل عليه، كما أنّ التبقية مع الأجرة موقوفة على رضا العامل جزماً إلّا أن يلزمه الحاكم 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 سيّدنا الأستاذ الحكيم بأنّ الضرر يحصل بالإزالة التي سوغها أو أجازها الشارع فيصح ارتفاعه بالقاعدة.

وثانياً: أنّ تفريطه إقدام منه على الضرر وقاعدة لا ضرر مختصة بغير المقدم، فلا تشمل. وأجاب عنه أيضاً بأنّ تفريطه قد يكون برجاء بلوغ الزرع مع التفريط أو رضا المالك بإبقائه أو نحو ذلك من الوجوه التي لا يكون فيها الإقدام على الضرر. فتأمل فيه.

٢. عرفت أنّ الأمر بقلع زرع العامل ضرر للعامل غالباً وقاعدة لا ضرر مقدّمة على قاعدة السلطنة كما سبق فلا يجوز للمالك الإزالة إلّا مع الأرش، نعم إذا كان منع المالك أيضاً ضررياً يتعارض الضرران، فهل يمكن تقديم ما هو أكثر ضرراً ببناء العقلاء؟ له وجه وتدعه قاعدة العدل في مورد التفاوت الفاحش.

ويقول سيّدنا الأستاذ الحكيم رحمته: ولا يقدم أقوى الضررين لأنّ المقام من تعارض التطبيقين ونسبة الدليل إليهما نسبة واحدة من دون ترجيح، وليس المقام من التزام كي يقدم الأقوى على الأضعف^١.

٣. قال في العروة: نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ - بلا أجر - أو معها - إن مضت المدة قبله، لا يبعد صحّته ووجوب الإبقاء عليه.

أقول: وهو لكفاية شرط البلوغ في صحّة المعاملة وتحقّق تراضي الطرفين على شيء معيّن عرفاً ولا يلزم تعيين المدة الثانية لعدم دليل عليه فما في الجواهر وتعاليق العروة غير ظاهر، فلاحظ.

٤. في الشرائع والجواهر: لكن إن شرط رب الأرض عوضاً معيّناً (أي على تبقية الزرع) اقتصر في لزومه بعقد الإجارة إلى تعيين المدة الزائدة، وأمّا الصلح فيقوى جوازه وإن لم يعيّن المدة، كما أنّه تلزمه أجره المثل إن لم يعين العوض الذي قد اتفقا عليه.

قال: (يصح أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً على ذمته من ذهب أو فضة مضافاً إلى حصته).

كما عن المشهور لعموم ما دل على نفوذ الشرط مع عدم المانع عنه، ويؤيده بعض الروايات غير المعبر سنداً^١، وإنما الكلام في صحة اشتراط مقدار من الحاصل على ما مرّ الكلام فيه.

قال: (المزارعة عقد لازم لا يفسخ إلا بالتقاييل أو الفسخ بخيار الشرط أو بخيار تخلف بعض الشروط المشترطة فيه، ولا يفسخ بموت أحدهما فيقوم الوارث مقامه. نعم يفسخ بموت الزارع إذا قيّدت المزارعة بمباشرته للعمل).

أقول هنا مباحث

١. لا شك في أنّ المزارعة عقد وأنه لازم، لكن تقدّم عن الماتن كفاية الإذن في صحّتها 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 البيهقي في عروته: أمّا المزارعة المعاطاتية فلا تلزم إلا بعد التصرف، وأمّا الإذنية فيجوز فيها الرجوع دائماً. وهو في محلّه في الجملة. نعم الصحيح عند سيدنا الأستاذ الماتن رحمته الله لزوم المعاطاتية كالعقدية من دون احتياج إلى التصرف.

ثم قال صاحب العروة الوثقى: لكن إذا كان - أي الرجوع في الإذنية - بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه إلى حصول الحاصل، لأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه، وفائدة الرجوع أخذ أجره الأرض منه، حينئذٍ، ويكون الحاصل كلّه للعامل.

أقول: أولاً الرجوع في الإذن السابق أمّا يجوز إذا لم يكن للمأذون له ضرراً

وإلا فلا يجوز، كما تقدّمت الإشارة إليه في بحث الضرر. نعم يجوز الرجوع بعد الزرع أو الحرث مع الأرض إذا كان البذر للعامل، كما أشار إليه الماتن أيضاً في تعليقه على العروة الوثقى.

وثانياً: إنّ الاذن في البقاء لم يستفد من الإذن في إحداث الزرع، كما عبّر بقوله: لأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه، بل إذن المالك شامل للحدوث والبقاء حتى حصول الحاصل فإنّه إذن للمزراعة وتقسيم الحاصل مشاعاً لا لمجرّد الزرع.

وثالثاً: إنّ فائدة الرجوع (أخذ أجرة الأرض في قبال جعل الحاصل كلّه للعامل) إنّما تتمّ إذا لم يكن الرجوع أكثر حقاً من حصّة المالك بالمزراعة الإذنية، فتأمل فيه.

٢. يصحّ جعل بعض العمل - زرعاً كان أو غيره - على مالك الأرض، كما يأتي، فإذا اشترط العامل عليه مباشرته نفذ الشرط فإذا مات انفسخت المزارعة. فليس الحكم خاضعاً بموت الزارع، بل يعمّه والمالك وجميع الشركاء فلا تغفل. وعلى كل لسيدنا الأستاذ الحكيم في المقام دقة في أصل اشتراط المباشرة يحسن مطالعتها.^١

٣. إذا مات العامل قام وارثه مقامه، أو استؤجر من ماله - ولو الحصّة المزبورة - على إتمام العمل. وإذا مات صاحب الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه. وربما تنفسخ المزارعة بخروج الأرض عن قابلية الحرث أو الزرع. وعن المسالك: ويشكل لو كان موت العامل بعد خروج الثمرة، لأنّه حينئذٍ قد تملك الحصّة وإن وجب بقية العمل فخرجها عن ملكه بعد ذلك بعيد. وأجيب عنه بأن الملك وإن حصل لكنّه مترلزل إلى حصول تمام العمل. على أنّه يمكن أن نقول بحصول الملكية بعد الزرع، بل بعد الحرث على الأرجح فينبغي لهذا القائل أن يوجّه إشكاله إلى خروج الزرع، دون خروج الثمرة.

٤. وأما الفسخ بخيار الشرط فلصحة الشروط في جميع العقود اللازمة. وأما إيجاب فوت الشرط، الخيار فلاّنه من الأحكام العرفية الممضاة عند الشارع. أو لأنّ

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 دليله الإجماع 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 أجره المثل للمالك، ولا فرق في ضمانه في هذه الصورة بين أن يكون المالك عالماً بالحال وأن يكون غير عالم).

أقول: تقدّم ضمان منافع العين غير المستوفاة إذا استند تفويتها إلى من بيده العين، لقاعدة الإتلاف ولا يؤثر فيه علم المالك بالحال. وأما الحصة المسماة في عقد المزارعة فهي غير معلومة ولا سبيل إلى معرفتها (فافهم) فانحصر الرجوع إلى أجره المثل، على أنها تنتفي بعد بطلان المزارعة، إذ الظاهر بقاء صحتها إلى آخر أزمدة إمكان الحرث لتحصيل الحاصل، ثم بطلانها بعده عرفاً بعدم إمكان مفعولها ولغوياً اعتبارها، فتصبح الأرض والبذر والعوامل - إذا كانت بيد غير مالكتها - بحكم العين المغصوبة.^٢

ومن هنا يمكن أن يحسب أجره المثل من حين البطلان دون وقت تسليم العين. إذ لا ضمان على العامل - مثلاً - إذا ترك الزرع في الزمان الموسع، وما لا يضمن بصحيح العقد لا يضمن بفاسده.

وإذا نقصت الأرض بترك الزرع كما يتفق في بعض الأرضين يلزمه أَرْضُهَا لاستناد النقص إلى تفریطه، وفاقاً للشهيد الثاني في مسألكه ولمن تبعه.

وقال فيها: وهل يفرق فيها بين ما إذا ترك العامل الانتفاع اختياراً أو غيره؟ ظاهرهم عدمه ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني خصوصاً في الأرض، ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ولم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال إلى ما لا يقتضيه.^٣

١. مستمسك العروة، ج ١٣، ص ٦٦.

٢. لاحظ الجواهر، ج ٢٧، ص ١٩.

٣. وإذا صح بطلان المزارعة حين عدم إمكان الزرع توصلاً للحاصل، تعرف أنّ ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله من إنكار استحقاق المالك لأجرة المثل لولا الإجماع - ضعيف، فلاحظه في ص ٢٠، ج ٢٧ من الجواهر.

أقول: وتبعه سيدنا الأستاذ الماتن.

والحق أن من أ تلف مال الغير فهو له ضامن سواء كان الإنالاف باختياره أو بعذر منه وبغير اختياره، فهذا التفصيل ضعيف والأرجح ما نسبته 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 تنفسخ المعاملة، كما تقدّم، ولا ضمان على أحد.

قال: (وإن لم تكن الأرض تحت يده، بل كانت تحت يد المالك فحينئذٍ إن كان المالك مطلعاً على ذلك^١ فالظاهر عدم ضمان الزارع، وإن لم يكن مطلعاً فالظاهر ضمانه).

أقول: أما عدم الضمان في فرض الاطلاع فلأنه 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 بصحيحه يضمن بفاسده في المقام فإنها فيما قبضه، لا في مثل المقام. وسيأتي ما يرد على الشق الأول في وجه أضعفية الوجه السادس. فإنه وإن سيق على المقبوض لكأنه يجري - في الجملة - في المقام أيضاً.

واعلم أن الأرض تارة يمتنع مالکها من تسليمها، وأخرى يمتنع العامل من تسلّمها^٢ وثالثة لا يسلمها المالك ولا يطالبها العامل غفلة أو مع الالتفات. لا معنى لضمان العامل في الفرض الأول حتى مع عدم اطلاع مالکها على ترك العامل للزرع أصلاً.

وصرح في الجواهر أيضاً بعدم استحقاق المالك شيئاً على العامل مع عدم تمكين المالك له من الأرض، بل قد ينساق أن للعامل عليه أجرة المثل حيث أنه فوت عليه المنفعة المستحقة له. وعدم العمل الذي هو المقابل لمنفعة الأرض أنما كان بتفريط

١. أي على ترك العامل للزرع، كما صرح في حاشية العروة.

٢. هذا إذا فرضنا بأن التسليم لا يتحقق قهراً بالتسليم أي بتخلية المالك بينها وبين العامل.

المالك وتضييعه، فهو حينئذٍ كما لو استأجر على عمل في مدة فبذله الأجير ولم يستوفه منه المستأجر فتأمل^١ وهذا هو الذي اختاره سيدنا الأستاذ الحكيم وقال: أن هذا الضمان ضمان معاوضة.

أقول: وإن شئت فقل إنه مقتضى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فلاحظ، وبالجمله فإن تم الضمان ففي الفرض الثاني^٢ فإننا إذا قلنا بأن مقتضى العقد لزوم تسليم الأرض على مالكةا للعامل، ولزوم مطالبها على العامل من دون أولوية لأحدهما على الآخر وإن كان تسليمها خارجاً يرفع موضوع مطالبة العامل بها. كان من قصر في وظيفته لا حق له على غيره وعليه فلا يضمن العامل لأجرة المثل في الفرض الأخير أيضاً.

تنبيه: كل ذلك في فرض أن الزرع على المزارع (بالفتح) وأما إذا كان على مالك الأرض وكان البذر على العامل وكذا العوامل من الحيوان أو المكائن الحديثة فسلمها العامل إلى المالك فترك العمل حتى فات وقت الزرع، يتعلّق ضمان أجرة المثل للعوامل ولعمل العامل في تهيئة المقدمات على مالك الأرض على نحو عرفت، في الفرض المتقدم.

وفي الجواهر: ... فيما لو كان التقصير من صاحب الأرض، بل عدم الضمان فيه أولى لعدم صيرورة منفعة الأرض ملكاً له (أي للعامل) بعقد المزارعة حتى تكون يد المالك عليها عارية (عادية ظ) يترتب عليها الضمان. والضرر عليه بفوات انتفاعه بنفسه مثلاً لا يقتضي الضمان لأن منافع الحر لا تضمن بذلك^٣.

أقول: سيأتي أن مقتضى عقد المزارعة اشتراك الطرفين في منفعة الأرض والعوامل وفي البذر ما بعد الحرث، ولئن سلمنا عدم ضمان المالك بفوات انتفاع العامل بنفسه، لا شك في ضمانه بما ذكرنا. ثم إذا اشترى البذر من عليه البذر فقدّمه إلى من عليه

١. ج ٢٧، ص ١٩.

٢. أي فرض امتناع العامل من تسلّمها.

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.

تعقيب 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 أجره المثل للأرض مطلقاً. اختاره المحقق والعلامة وجمع آخرون. بل قيل إنه منسوب إلى ظاهر الأصحاب في كلام غير واحد.
واستدل عليه الشهيد الثاني بأن منفعة الأرض صارت مستحقة له، بحيث لا يتمكن المالك من استيفائها، وقد فوّتها، فيلزم الأجرة.
وفيه أنه لا ملازمة بين تفويت ما يستحقه، 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 أجره المثل بعد تعذره. ورُدَّ بأن تعذر العوض موجب للبطلان ولا دليل على استحقاق أجره المثل إلا أن يتمسك للضمان بقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فإنَّ منفعة الأرض في المزارعة الصحيحة كانت مضمونة بالحصة فلتكن مضمونة في الفاسدة بالأجرة.

وأورد عليه بأن الظاهر من القاعدة اختصاصها بالفاسد من أوّل الأمر، فلا تشمل ما طرأ عليه الفساد كما في المقام فإنَّ العقد انما يبطل حينما لا يمكن الزرع لتحصيل الحاصل.^١

أقول: الأظهر أن مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده هو إقدام شخص على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، منضماً إلى القبض والاستيلاء، فإذا لم

يسلم له المستى رجع إلى المثل والقيمة للسيرة القطعية العقلانية على ذلك، بلا فرق في ذلك بين التلف والإتلاف.

ولا فرق في هذا بين بطلان العقد من الابتداء أو في الأثناء. وأما تبادل بعض ألفاظ القاعدة إلى العقد الفاسد من الابتداء فلا عبرة به، فإن ألفاظ القاعدة لم ترد في رواية معتبرة، ولا هي معقد الإجماع، بل لم توجد في كلمات الفقهاء قبل العلامة عليه السلام كما قال الشيخ عليه السلام في مكاسبه فالعبرة بالدليل، فمناقشة سيدنا الأستاذ الحكيم عليه السلام غير واردة.

وذكر بعض المعلقين على العروة في وجه ضمان أجرة المثل بأنها إما لكونها أقرب بما فات من مالك الأرض وإما لكون الأرض مع عدم الزرع مغصوبة تحت يده. أقول: الوجه الأول ليس بدليل. والثاني إنما يتم في زمان فوت الزرع لتحصيل الحاصل. على أنه لا يتم فيما إذا كان ترك الزرع لعذر شخصي غير اختياري، إذا كان في رد الأرض إلى مالكها أيضاً غير مقصر.

ثم إنه استدل أيضاً على صحة هذا القول المنسوب إلى ظاهر الأصحاب سيدنا الأستاذ الحكيم عليه السلام بأن المزارعة إما 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 الثمن 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 لماله لا لمال غيره، ومنها المقام فإن الأرض إذا قبضها العامل من المالك ليزرعها فلم يفعل، مضمونة على العامل بعد انفساخ المزارعة يتعدّر العمل أو بتعدّر الحصة^١.

١. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص ٨٣.

أقول: الظاهر أنه بيان آخر عن دليل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده وأنت إذا دققت نظرك فيه وفيما مر آنفاً من دليل القاعدة لم تجد بينهما كثير فرق. والحمد لله على الوفاق.

ثانيها: ما ستظهره صاحب الجواهر رحمته الله من عدم ضمانه أصلاً وإن كان آثماً. بترك تحصيل الحاصل، قال: بل إن لم يكن إجماع، أمكن القول بعدم وجوب أجره المثل حتى في صورة التفريط، ضرورة عدم بطلان العقد بذلك، وهو إنما يقتضي الحصة المعدومة التي ليست بمضمونة في الذمة. ومن الممكن عدم حصولها حتى لو زرع ولم يقصر فالرجوع منها حينئذٍ إلى أجره المثل مما لا يرجع إلى قاعدة، ضرورة عدم العدوان في يده حتى يندرج في عموم (على اليد) وعدم صدق إتلاف مال الغير، لأنَّ 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 قولاً 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 بصحيحه يضمن بفساده كما سبق. وإلى قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن. وقوله: لأنَّ عقد المزارعة جعله بحكم ماله لا مال الغير لو سلم فإنما يسلم بمقدار ما جعل له من الحصة وأما بالنسبة إلى حصة مالك الأرض فليس بحكم ماله. فالزراع المفترط آثم وضامن.

وربما يقال: إنَّ هذا القول مبني على أن المزارعة ليست إلا تعهداً والتزاماً من الطرفين بلا إيراث حق لأحدهما على الآخر وكون الأرض تحت يد العامل برضا المالك.

أقول: وهو كما ترى.

ثالثها: التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن أو معذوراً فلا.

عرفت أنه من الشهيد الثاني وتبعه عليه سيدنا الأستاذ (رحمهما الله) وبعض الآخرين وقد ضعفناه بأن قاعدة ما يضمن وقاعدة من أتلف تعمان كلتا صورتين وأنما الفرق بينهما في الإثم فقط. نعم إذا كان العذر عاماً فهو يوجب الانقراض لكنه غير مراد لهما.

رابعها: ضمان الزارع ما يعادل الحصة المسماة (من الثلث أو الربع أو غيرهما) بحسب التخمين في تلك السنة. وفي العروة: ويمكن القول به، ولعل وجه أنها أقرب إلى الفاتت من المالك أي الحصة المسماة. وجوابه أن الحصة المعينة في العقد أنما جعلت للمالك من الحاصل المفروض عدمه وبطلان العقد بعد تعذر 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. وأوضحه سيدنا الأستاذ الحكيم في شرحها بأن الحاصل لما كان نتيجة منفعة الأرض وعمل الزارع، فنصفه نتيجة نصفهما وربعه نتيجة ربعهما، 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 وللحصة من الزرع.

أقول: لا بد أن يراد بمقدار الحصة المسماة مقدارها بحسب التخمين كما في القول السابق، ثم إن الحاصل لا يستند إلى منفعة الأرض وعمل الزارع فقط، بل يستند إليهما وإلى المياه والمواد الكيماوية 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 أن عمل العامل وجميع الأعمال المملوكة لا تكون مضمونة إذا فاتت، وأنما التي تضمن هي الأموال والمنافع كما أشار إليه سيدنا الأستاذ الحكيم واستشهد عليه بأن مشهور الفقهاء ذهبوا إلى أن الأجير إذا لم يعمل ما استؤجر 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
وأنما يستلزم بطلان العقد أو الخيار،^١ فلا معنى لتضمن حصته من العمل بالقيمة.^٢
والجواب عن أصل القضية أنّ عمل الزرع وغيره ممّا ذكر ليس موضوعاً لعقد
المزارعة إذ لا يستفاد من تعريفها إلّا ملكية مالك الأرض على الحصة الخاصة من
الحاصل وحيث أنّها انتفت تبطل المزارعة كما مرّ ويضمنها العامل بقاعدة ما يضمن
بصحيحه يضمن بفاسده ولقاعدة الإلتاف كما مرّ.

سادسها: التفصيل بين ما إذا اطّلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة
لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن وبين صورة إطلاعه 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.

وعلّله في المستمسك بأنّ مجرّد ترك الفسخ عند اطلاع المالك على تمرد العامل
عن العمل لا يوجب نسبة تفويت المنفعة إليه، بل هو منسوب إلى العامل لا غير، مع
أنّه لا يتمكّن المالك المنفعة بالفسخ لعدم وجود عامل آخر أو لوجود مانع من
استعماله ومزارعته أو لغير ذلك.
أقول: فتأمل فيه.

سابعها: ما احتمله سيّدنا الحكيم عليه السلام من أنّ 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 تعرّض له صاحب العروة وقبله
صاحب الجواهر وغيرهما فلا حظ مساقاة/الجواهر والعروة وما علّق عليها سيّدنا الأستاذ الحكيم (رحمهم الله)
(مستمسك العروة الوثقى، 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 مالكا على العامل العمل وهو الزرع، فإذا لم يزرع يكون ضامنا لقيمة العمل المملوك عليه.

وقال الأستاذ المذكور أنه أقرب عرفاً من الوجه الخامس، ثم رده بعدم ضمان الأعمال المملوكة إذا فاتت على ما تقدّم.

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 معاً).

أقول: وفي المقام مطالب:

١. الخرص، التقدير والتحديد، وفي مجمع البحرين: والخرص الكذب (قتل الخراصون) وقال في قوله تعالى: تخرصون (١٤٨/٦) أي تحذسون وتحذرون. وقال: الخرص بالفتح: حرز ما على النخل من الرطب، يقال: كم خرص أرضك، وهو من الخرص: الظن، لأنّ الحزر أنما هو تقدير بظنّ والخرص - بالضم والكسر - الحلقة الصغيرة من الحلبي.

٢. يقول صاحب الجواهر^١ بعد نقل النصوص الواردة في الخرص: لا أجد خلافاً بين الأصحاب في العمل بمضمونها في النخل والثمار والزرع.^٢

قلت: لا أجد في الروايات المعتبرة ما يدلّ على مشروعية الخرص في الزرع لاختصاصها بالثمار والنخل بل لا أتذكّر ما ورد في المزارعة سوى رسالة محمد بن عيسى^٣ عن أبي الحسن^٤ ولا تعتمد عليها لإرسالها. وما يظهر من العروة من ورود جملة من الأخبار في المزارعة عجيب.

فالحكم بصحة الخرص في الزرع إما مبني على دعوى الاتفاق كما عن الحدائق

١. الجواهر، ج ٢٤، ص ١٢٢.

٢. الوسائل، ج ١٨، ص ٢٣٣، ج ١٩، ص ٥٠.

ولم يذكروا فيه مخالفاً سوى ابن إدريس وفيه إشكال أو منع، وإما على عدم الفرق بين النخل والتمر وبين الزرع واثباته على عهدة مدّعيه. ولم أر من تعرّض لهذه الجهة، وعلى كل فلا بدّ للحكم بالإلحاق من دليل معتبر.

٣. وأما اعتبار أدراك الحاصل فلعله لأجل مرسله محمد بن عيسى أو لأنّه المتيقّن من الروايات، وحيث ان الحكم عن خلاف القاعدة، فالإقتصار عليه حسن أو لازم، وأما استدلال سيّدنا الأستاذ الحكيم على اعتباره بقوله عليه السلام فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة...^١ في صحيح الحلبي وصحيح معاوية بن عمار^٢ وبقوله: فلما بلغ الثمر أمر عبدالله في صحيح يعقوب^٣ بدعوى أنّ ذكر القيد في مقام البيان يدل على اعتباره في الحكم. فهو ضعيف. نعم نقل عن *المسالك* المفروغية من اعتباره. أقول: بل يمكن أن يقال بان إطلاق صحيح محمد بن مسلم^٤ وصحيح يعقوب بن شعيب^٥ يقوّي الاعتبار المذكور.

٤. وأما اعتبار كونه بمقدار معيّن من الحاصل، فلما قيل من أنّه المنساق من النصوص والفتاوى وأنّه المشهور وأنّ الخرص ليس إلّا تقدير الحصة المشاعة المبهمة بقدر معيّن من دون تبديل شيء بشيء، ولا معاوضة بين شيئين. قال في *العروة*: والقدر المتيقّن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع، فلا يصح الخرص وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل.

وخالف بعض الأفاضل المعاصرين فأفتى بعدم الفرق بين كون المقدار المتقبل به من الزرع أو في الذمة.

١. الوسائل، ج ١٩، ص ٥٠.

٢. نفس المصدر، ج ١٨، ص ٢٣٢ و ٢٣٣.

٣. نفس المصدر، ص ٢٣٣.

٤. نفس المصدر، ج ١٩، ص ٥٠.

٥. نفس المصدر، ج ١٨، ص ٢٣١ و ٢٣٢.

٥. وأما جعل تلف الزرع المخروص عليه عليهما. 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، وأنى لهم به وإنما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه وتبعه عليه الباقر معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم.^٢ وذكر السيد اليزدي في عروته في وجه اعتباره ما نصّه: ولعلّه لأنّ تعيين الحصة في المقدار المعين ليس من باب الكلّي في المعين، بل هي باقية على إشاعتها، غاية الأمر تعيينها في مقدار معين، مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمني بينهما.

أقول: بقاء الحصة بعد الخرص على الاشاعة بعيد جداً، بل يصعب تصوّره ولذا قال في المستمسك: إنّ ظاهر النص والفتوى كونها من باب الكّي في المعين والقواعد تقتضي كون التلف على غير مالك الكلّي.^٣

والظاهر أنّ تشريع الخرص نحو تسهيل للقسمة بين الشركاء شرعاً، وهو قسم من التقسيم يختاره الشركاء أو الشريكان على بقاء سلامة الحاصل بالارتكاز جزماً. وقد عبّر 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 مضموناً في العين بشرط السلامة للدليل كما ذكره في الجواهر أيضاً وإن كان دليله غير ما ذكرناه.

٦. وفي العروة: والظاهر أنّ المراد - أي مراد جماعة الفقهاء - من الآفة الأرضية ما كان من غير الإنسان، ولا يبعد لحوق إتلاف متلف 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 المتقبل منه في الذمة، كما اختاره بعض أفاضل المعاصرين^٢ فالتألف على المتقبل وهذا واضح.

واعلم إن للخرص أحكام كثيرة غير ما ذكرنا ومن أراد التحقيق فيها فليراجع الجواهر^٣ والعروة الوثقى 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 والإمضاء).

أقول: أما البطلان فوجهه أن تعذر الغاية من المعاملة يجعلها من معاملات السفه عند العقلاء فلا تكون مشمولة للإمضاء ولا للأحاديث الواردة في المقام، لانصرافها عنها، ولا فرق في التعذر المذكور بين الابتداء والاستدامة ولا بين الفرق والخسف وفقدان الماء وغيرها من أسباب تعذرها.

وأما إذا تعذرت بعد إدراك الحاصل وقبل الاقتطاف والحصاد، 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 بالخيار، نعم إذا بقي من الأرض شيء قليل لا يزارع عليه غالباً عند العرف تبطل 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 والنقصان من حيث الخرص 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 أركاناً كجماعة من الشركاء على أرض وجماعة من ملاك البذر أو جماعة من ملاك العوامل والآلات، فزارع الأولون مع الآخرين فإنه لا مانع منه، بل يدل عليه بعض الروايات.^١ وفي الجواهر: وقصة خبير أنما 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، العلامة في القواعد 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. أن المعاملة بتوقيف الشارع، ولم يرد النص بمثل هذا، والأصح عدم الجواز. ذكره في جامع المقاصد^٤ ومحكي المسالك.
٢. أن العقد يتم باثنين، موجب وهو صاحب الأرض، وقابل، فدخل ما زاد يخرج العقد عن وضعه ويحتاج إثباته إلى دليل.^٥ وفي الجواهر: فإنه لم يعهد في شيء من العقود كذلك.
٣. الروايات المذكور فيها ثلث للبذر وثلاث للبقر، والمصرحة بأنه لا ينبغي أن يسمى شيئاً فإنما يحرم الكلام كصحيح الحلبي وصحيح سليمان بن خالد وصحيح ابن سنان لكنه مقطوع وخبر أبي الربيع لكنه ضعيف.^٦ وعلى كل استفاد منها صاحب الجواهر عدم جواز تلك المعاملة التي لها أركان

١. لاحظ الباب ١٤ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة في الوسائل، ج ١٩.

٢. الجواهر، ج ٢٧، ص ٣٤.

٣. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٣٢.

٤. نفس المصدر.

٥. الجواهر، ج ٢٧، ص ٣٤ نقلاً عن المسالك ظاهراً.

٦. الوسائل، ج ١٩، ص ٤١-٤٣.

ثلاثة أو أربعة، وإلا كأنما في هذه النصوص ساقطاً، إذ لم أرَ أحداً أفتى بمضمونها سوى ما يحكى عن ابن الجنيّد... وعن ابن البراج... ولا ريب في أنّ الأولى حمل هذه النصوص على إرادة عدم جواز توزيع المزارعة وأنما شرعيتها جعل الحصّة على عمل الزرع، بل مقتضى ذلك عدم جواز بعض الصور التي قد سمعت أنّها مجمع عليها لتحقق المزارعة بدفع بقرة أو بعضها أو البذر أو بعضه إلا أنّ الإجماع أخرجنا عن ذلك.^١

٤. صدق المزارعة على مثل هذه المعاملة غير ثابت، فلا مجال للتمسك بإطلاق مشروعية المزارعة، وأمّا العمومات - كأوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم - وإن تكفى في صحّة المعاملة، لكنّها لا تفي لكونها مزارعة تترتب عليه أحكامها. ذكرها سيّدنا الأستاذ الحكيم في مستمسكه ردّاً على صاحب العروة، فإنّه جوّز عقد المزارعة بين الأزيد من اثنين بأن تكون الأرض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع. بل جوّز أن يكون بين أزيد من ذلك كأن 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 لا بدّ أن يكون بين طرفين موجب وقابل، فلا يجوز تركّبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركاناً له. مدفوعة بالمنع، فإنّه أوّل الدعوى.

أقول: الوجوه المذكورة قابلة للنقاش، فإنّ الأوّل بعد إصلاحه بحمل التوقف على الإذن والإمضاء وإلا 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 تعدّد الموجب والقابل، فإذا كانت المزارعة قائمة بأربعة، كان أحدهم موجباً والباقيون قابلاً.

١. الجواهر، ج ٣٧، ص ٣٤ و ٣٥ لا تقبل هذه الإجماعات وأمثالها بل نجعل المورد نقضاً على مختاره من بطلان المزارعة فيه.

والثالث: بحمل الأخبار على الكراهة كما عن مختلف العلامة رحمته وعلمه بأنه لا ربا هنا إذ الربا إنما يثبت في البيع.

لكن الروايات تأتي من حملها على الكراهة، والنهي تعبدى وليس لأجل الربا مع أن حرمة الربا ثابتة في غير البيع أيضاً.

وأجاب سيدنا الأستاذ الحكيم رحمته بأن الروايات مهجورة بظاهرها عند الأصحاب، فلا مجال للاعتماد عليها مع أن 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 أنه لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل فيجوز أن يكون عليهما وكذا الحال في سائر التصرفات. والضابط أن كل ذلك تابع للجعل في ضمن العقد).

وإليك كلام المحقق وصاحب الجواهر رحمتهما: (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) وبالجمله جميع الصور المتصورة في هذه الأربعة كلاً أو بعضاً بين المزارع والمزارع جائزة (نظراً إلى) العموم و (الإطلاقات) بلا خلاف أجده في شيء منها عندنا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه.^١

أقول: الصور المتصورة ربما ترتقي إلى مئات،^١ ولا فائدة في ذكرها ولكن إليك الصور المنصوصة في الروايات المعتبرة.

١. من المزارع الأرض ومن الطرف الآخر البقية كما في أحاديث قصة خيبر (الوسائل، ج ١٩، ص ٤٠ - ٤١) و صحيح سليمان (الوسائل، ج ١٩، ص ٤٢) وصحيح يعقوب (ج ١٩، ص ٤٥).^٢

٢. الأرض ونصف النفقة والبذر من المزارع وصف النفقة ونصف البذر من الآخر (موثقة سماعة، ج ١٩، ص ٤٨).

ثم الظاهر صحة ما أفاده سيّدنا الأستاذ الماتن وصاحبها الجواهر والشرائع لعدم خصوصية في الصور المنصوصة. وأمّا لزوم التعيين فلأجل أنّه لو لا امتنع كل منهما من أدائه فتقف المعاملة ويفوت الغرض منها.

ونختم البحث في الموضوع بذكر حديثين:

أحدهما صحيح يعقوب بن شعيب: وسألته عن المزارعة؟ فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها...^٣

والمستفاد منها ولو بملاحظة سائر الروايات المعتبرة أنّ من طبع المزارعة كون النفقة على العامل (لولا الشرط) فهل يمكن أن نقول به - ولو على نحو الاحتياط اللازم - إذا لم تكن قرينة على خلافه؟ تقدّم الكلام فيه.^٤

ثانيهما موثقة سماعة... سألتها عن المزارعة، قلت: 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 عليّ واشركني فيه. قال: لا بأس...^٥

١. من ملاحظة الأمور الستة: الماء والأرض والعمل والعوامل - أو الآلات - وبعض المواد الصناعية الحديثة والبذر وكون الأرض مملوكة أو متعلقة للحق ووقوع المعاملة بين الاثنين أو الأربعة.

٢. ومناقشة المستمسك ضعيفة لا يلتفت إليها فلاحظ ص ١٠٠ ج ١٣ منه.

٣. الوسائل، ج ١٩، ص ٤٥.

٤. لاحظ المستمسك، ج ١٣، ص ٩٩ و ١٠٠.

٥. نفس المصدر، ص ٤٨ والتهذيب، ج ٧، ص ٢٠٠.

الأرجح أنّ الرجل الذي يبذر، هو صاحب الأرض، فإن ذيل الحديث ظاهر في أنّ 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 الموثقة - كموثقة أخرى لسماحة - دالة على عدم اعتبار العمل في حق من يزارعه صاحب الأرض.

ثم إنّ الموثقة تدلّ أيضاً على أنّ الثاني يشترك الأول في ملكية البذر بعد حرثه في هذا المورد، وللکلام تتمّة تمرّ 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 لكشفه عن عدم قابلية الأرض للزراعة. وعليه فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر، فإن كان البذر للمالك فعليه أجره مثل عمل العامل، وإن كان للعامل فعليه أجره مثل أرضه).

أقول: يعلم وجهه ممّا مرّ 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، وإلا كان الزرع للزارع وعليه أجره المثل لمالك الأرض^١ ويرجع فيما خسره إلى المزارع إن كان مغروراً من قبله، وإلا فلا رجوع إليه.

وإذا انكشف الحال قبل بلوغ الزرع وإدراكه كان المالك مختيراً أيضاً بين الإجازة والرد، فإن ردّ فله الأمر بالإزالة، أو الرضا ببقائه ولو بأجرة. وعلى الزارع أجره المثل بالنسبة إلى ماضى ويرجع إلى المزارع بالخسارة مع الغرور كما تقدّم).

أقول: أكثر ما أفاده واضح لا يحتاج إلى الاستدلال عليه بعد البحوث المتقدمة، نعم لا بدّ أن نشير إلى بعض المطالب:

١. وكذا عليه مؤونة إعادة الأرض على حالها الأول وإن تضررت بتصرفه يجب عليه جبرانه.

١. في فرض عدم الإجازة تتعلّق أجرة المثل على ذمة المباشّر للزرع ولو كان غير مالك البذر وإن باشره بأمر مالك البذر فإنّ المباشّر أقوى من السبب، والاستيفاء ينسب إليه دون الأمر والضمان على المستوفي لا على الأمر بالاستيفاء، نعم له الرجوع بأجرة عمله على الأمر كما قيل.^١

٢. وأما جواز الأمر بالإزالة فقد مرّ الإشكال فيه إذا كانت الإزالة إسرافاً أو مخالفة لقاعدة العدل.

٣. وأما رجوع المغرور على غاره فهو لقاعدة الغرور التي استدّلوا عليها أولاً بالنبي المشهور: المغرور يرجع على من غره. وثانياً: بالإجماع في الجملة.^٢ وثالثاً: برواية إسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباه فقَالَ: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها فولدت منه، فعلم بها بعد أنّها غير ابنته وأنّها أمة.

قال: ترد الوليدة على موالها (يرد الوليدة على مولاها - خ) والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه.^٣ لكن الأول لم يثبت كونه حديثاً، والثاني غير حجّة والثالث ضعيف بمحمّد بن سنان.

وقد يقال: إنّ بناء العقلاء والمتشرّعة على الضمان إذا كان الغار قاصداً للإيهام. وأما إذا لم يكن قاصداً للإيهام وايقاع المغرور 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: فالعمدة بناء العقلاء في صحّة 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 أنَّ الغار القاصد للإيهام ضامن للمغرور ببناء العقلاء وأما من لم يقصد الإيهام فلم يعلم جريان بناء العقلاء على ضمانه كمن اعتقد أن المتاع الفلاني أرخص في البلد الفلاني فقال لأحد محبةً وشفقةً اذهب إليه واشتر ذلك المتاع فإنه يربحك في هذا البلد، فذهب هذا الأخير واشتراه وجاء به إلى بلده فلم يربح لاشتباهاً من الناصح بل خسر، فإنَّ بناء العقلاء على ضمان مثله غير محرز.

٤. وأما إذا كان البذر مغصوباً ففي العروة الزرع لصاحبه وليس عليه أجره الأرض^١ ولا أجره العمل، نعم إذا كان التبيين في الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالإزالة^٢، هذا إذا لم يكن محل للإجازة كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلِّي لا المشخص في الخارج^٣ أو نحو ذلك، أو كان ولم يجز وإن كان له محل وأجاز يكون هو الطرف للمزاعة ويأخذ الحصة التي كانت للغاصب. وإذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزاعة صحيحة، ولصاحبها أجره المثل وقيمة الأعيان التالفة، وفي بعض الصور يحتمل جريان الفضولية وإمكان الإجازة كما لا يخفى.

وقال في المستمسك: لأنَّ العوامل ليست مقومة للمزاعة بخلاف البذر فإنَّ الحاصل الذي هو مورد التخصيص قائم بالبذر. وأفاد في وجه الفضولية: بأن يكون لها طرف ثالث أو رابع فيجيز له المالك وتكون له الحصة. وقال سيّدنا الأستاذ الماتن في تعليقه له على العروة عند قول السيّد: (يكون هو

١. بل هو على المباشر كالعامل الغاصب وأما إذا كان مالك الأرض فهو يرجع على الغار إذا صدق الغرور وهكذا حكم العمل إذا كان على مالك الأرض دون من أعطاه البذر المغصوب. وإذا غصب مالك الأرض، البذر ودفعه إلى العامل فالزرع لمالكه وللعامل أجره العمل ولا يستحق مالك الأرض أجره لأرضه، والفروع هنا كثيرة يعرف حكمها مما سبق.

٢. هذا مع قطع النظر عن حرمة الإسراف كما مرّت الإشارة إليها في السابق.

٣. إذ عليه لا يكون البذر الشخصي دخیلاً في المزاعة حتى يتسلط صاحبه عليها فلو فرض أن مالكه أجاز لم تكن إجازته مصححة للمزاعة، بل هي رخصة في تملكها لزرعه كل على حصته مع بطلان المزاعة لفقدان الزرع منهما. وإذا كانت المزاعة على المشخص الخارجي وأجازها مالك البذر فيحكم بصحتها إذ يكفي في صحتها كون البذر مباحاً ولو بإجازة متأخرة فتأمل، فإنَّ صاحب البذر طرف للمعاملة، فإذا بنى على بطلان ذلك لم تنفع الإجازة في إثبات الحصة للمجيز، فلاحظ.

الطرف للمزارعة): هذا إذا كان باذل البذر طرفاً للعقد مع العامل أو مالك الأرض أو كليهما وأما 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 مغسوبة، انتهى.

فرع مهم

الظاهر من طبع عقد المزارعة بملاحظة الارتكاز العرفي تعلق ملكية مالك البذر والأرض على البذر ملكية مشتركة بعد الحرث. وملكيتهما 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 الحرث وعلى منفعة الآلات وعلى العمل والماء كذلك حسب ما توافقوا عليه في العقد.

وأما قبل حرث البذر وبذره فلا تحدث ملكية وأنما 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 إلزامه بما التزم من تسليمه الأرض أو العمل وغير ذلك. ومع ذلك فالظاهر أنهما يشتركان من حين خروج الزرع إلا أن يشترط خلاف ذلك.^١ وقال الإمام الخميني رحمه الله: بل مقتضى المزارعة استحقاق كل منهما على الآخر بذل ما جعله عليه. وملكية العامل لمنفعة الأرض زراعةً وملكية المالك الانتفاع بعمل العامل كذلك.

أقول: وظاهره بقاء البذر على ملكية مالكة الأول. وربما يدل بعض تعاليقه على بعض الفروع الآتية على خلافه.

١. واستظهر في المستمسك أيضاً من المسالك أن خروج الزرع هو وقت حدوث الاشتراك بين المالك والزارع لا قبله ولا بعده.

وقيل: إنّ المزارعة ليستمن المعاوضات، لتقع المعاوضة بين منفعة الأرض وعمل العامل، بل الظاهر أنّها داخلية في قسم المشاركات فلا تقتضي ملكية العامل لمنفعة الأرض ولا ملكية مالك الأرض لعمل العامل وإن وجب على كل منهما بذل ما جعل عليه من مقدّمات الزراعة.

وقيل: البذر لصاحبه إلى حين ظهور الحاصل فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين. وهذا هو مقتضى ما ذكره الأصحاب في تعريف المزارعة بأنّها المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها، حيث جعلوا موضع التحصيل هو الحاصل الشامل لهذا المعنى ولما بعده، فلا تحصيل قبله.

أقول: لا حجية في هذا التعريف أولاً، ويحتمل إرادة ذكر المقصود النهائي في التعريف ثانياً.

وقيل: إنّ البذر لصاحبه إلى حين بلوغ الحاصل وإدراكه، فيصير مشتركاً في ذلك الوقت.

وقيل: إنّ المزارعة أحد هذين الوجهين دون غيره. وقيل: إنّّه - أي أحد الوجهين - وإن كان صحيحاً إلّا كونه مزارعة محل نظر. أقول: هذا هو الأرجح وكذا إذا اشترطوا الاشتراط من حين الحصاد والتصفية.

وقيل: الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصريح والاشتراط به من حين العقد.

وفي مستمسك سيّدنا الأستاذ الحكيم: إنّ 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 للزرع لا يقتضي إلّا تعلّق الزرع بالأرض ولو على نحو البذل من المالك لأرضه، إذ لا دليل على ملك العامل لمنفعة الأرض.^١

وقال السيد الزدي في العروة: الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصة المقررة له، وملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصته، واشترك البذر بينهما على النسبة. فإذا خرج الزرع صار مشتركا بينهما على النسبة. أقول: صدر هذا الكلام وذيله لا يخلو أن منافع وتضارب بينهما إلا إذا قلنا أن جملة (صار) بمعنى (كان). ثم إن أراد صاحب العروة من اشتراك البذر بينهما، الاشتراك قبل الحرث كما يظهر من الثمرة الأخيرة في كلامه فهو مطالب بدليله وإن أراد الاشتراك بعد الحرث فينطبق على المختار تماما ويدعمه ارتكاز العرف في عقد المزارعة. ثم إن صاحب العروة أشار إلى جملة من الثمرات المترتبة على هذه الأقوال وللمعلقين حولها آراء فراجع 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 مشتركا بينهما من الأول أو من حيث ظهور الثمر قبل صدق الاسم. وأما إذا اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم أو من حين الحصاد والتصفية فالزكاة على صاحب البذر سواء أكان هو المالك أم العامل).

أقول: عرفت الحق فيها، من المسألة السابقة.

وأما صحيح محمد بن مسلم المضمّر: قال سألت عن الرجل يتكارى الأرض من السلطان بالثلث أو النصف هل عليه في حصته زكاة؟ قال: لا، قال: وسألت عن المزارعة وبيع السنين فقال: لا بأس.^١ فلا بد من حملة على محامل محتملة.^٢ على أنه معارض بصحيح آخر له ولأبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام أنّهما قالاه: 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 ممّا (فيما) أخرج الله منها الذي قاطعك عليه - وليس على جميع ما أخرج الله منها - العشر، إنّما عليك العشر فيما يحصل في يدك بعد مقاسمته لك.^١ ثم في اشتراط الاشتراك من حين الحصاد بل من بعد صدق اسم الثمر وإدراكه بحث لإمكان كونه منافياً لمقتضى عقد المزارعة، فلاحظ وتأمل فيه.

قال: (الباقى في الأرض من أصول الزرع بعد الحصاد وانقضاء المدة إذا نبت في السنة الجديدة وإدرك فحاصله لمالك الأرض إن لم يشترط في عقد المزارعة اشتراكهما في الأصول).

وقال بعض تلاميذه إنّهُ لمالك البذر وإن اشترطاه فيه كون بينهما بالنسبة. وأظن أنّ النسخة الأصلية هي: لمالك البذر، إذ لا معنى للقول بأنّه لمالك الأرض، على أنّ هذا هو الظاهر من تعليقه على العروة. وقال مؤلفها: إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدة والقسمه فبنت بعد ذلك في العام الآتي فإن كان البذر لهما فهو لهما وإن كان لأحدهما فله إلّا مع الإعراض وحينئذٍ فهو لم سبق.

أقول: لم يعلق السيّد الأستاذ على هذا الكلام وأنما اعترض وقال بأن الإعراض لا يوجب الخروج عن الملك كما تقدّم منه في المباحث السابقة والأرجح عندنا ما ذكره صاحب العروة كما تقدّم لكن كونه لمن سبق لا يستلزم جواز التصرف في أرض الغير من دون إذنه وهو واضح.

ثمّ قال صاحب العروة: ويحتمل أن يكون لهم مع عدم الإعراض مطلقاً لأنّ المفروض شركتهما في الزرع وأصله، وإن كان البذر لأحدهما أو الثالث وهو الأقوى.

أقول: ما ذكره صحيح كما عرفته ممّا مضى مضياً غير بعيد، وأمّا ما أورده عليه السيّد الماتن في التعليقة فهو ضعيف، نعم في البقاء لا بدّ 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 حرّر المسألة بما إذا نبت الحب، ومثله في الجواهر. ولا ينبغي التأمل في اختصاص النابت بصاحب البذر للتبعية.^١

أقول: ما أفاد أنّما يتمّ في الحب الواقع على وجه الأرض حين البذر ثم وقع عليه التراب فأُنبت في السنة الثانية. وأمّا 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 المدّة، فادعى أحدهما الزيادة والآخر القلّة فالقول قول منكر الزيادة، ولو اختلفا في الحصّة قلّة وكثرة فالقول قول صاحب البذر المدعي للقلّة.

وأما إذا اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيّهما فالمرجع التحالف، ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة.

أقول: أمّا في المورد الأوّل فلأنّ من يدعى الزيادة مالكاً كان أو عاملاً، يحتاج في إثبات دعواه إلى بيّنة، فمع عدمها يقول قول منكرها بيمينه، ما لم يكن مدعى قلّة المدّة بمقدار لا يكفي عادة لبلوغ الحاصل. وإلاّ فيصبح مدّعياً لبطلان العقد.

وأما في المورد الثاني فلأنّ النماء لصاحب البذر والمتيقّن من اشتراك غيره أنّما هو بالمقدار الذي يعترف به صاحب البذر، والباقي ملكه فقلّوه مطابق للأصل وطالب الزيادة مدع يجب عليه إقامة البيّنة ومع عدمها يقدّم قول المنكر بيمينه، ما لم يدع كونها أقلّ ممّا يجعل عادة لغير صاحب البذر في مثل تلك المعاملة بملاحظة خصوصياتها كما ذكره بعض المعاصرين. لمخافته لأصالة الصّحة التي تقدّم على أصالة عدم الزيادة. ولو عكس الأمر فادّعى كلّ منهما قلّة سهمه وكثرة سهم الآخر.^٢

١. ج ١٣، ص ١٣٤.

٢. كما إذا جعلت الحكومة على السهام والحصص ضريبة عالية أكثر قيمة من الحصص.

فالظاهر تقديم قول غير مالك البذر المدعي للقلّة، فإنّ تملك الزائد على ما يدعى صاحب الأرض مثلاً له، خلاف الأصل ولا يثبت بادعاء مالكه مع إنكار القابل له. فإذا لم يقدّم المدعي البيّنة فيمين المنكر تكفي لتقديم قوله.

وعلى كل استدلال المحقق الثاني في جامع المقاصد على تقديم قول مدعي القلّة في المورد المذکورين في المتن بأنّ مدعي الزيادة فيهما لو ترك لترك فيكون مدعياً بالمعنيين. ثم قال: والظاهر أنّه لا خلاف في ذلك بين الأصحاب. ولولا الإجماع لأمكن أن يقال إنّ اتفاقهما على عقد تضمّن تعيين مدّة وحصة نقل عن الأصل المذکور، وكل منهما مدعٍ لشيء ومنكر لما يدّعيه الآخر، وليس إذا ترك دعوى الزيادة مطلقاً يترك، فإنّه إذا ترك العمل، طالبه به، نعم يجيء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر فيجب التحالف.^١

وجوابه أنّ النقل عن الأصل المذکور بالعقد هو أصل المدّة وأصل الحصة على نحو قضية مهملة وفي الجملة ولم يثبت النقل بمقدار يدعيه مدعي الزيادة وأمّا المطالبة بالعمل، فهي أمر خارج عن الدعوى فلا أثر لها في هذه المنازعة كما نبّه عليه في محكي المسالك أيضاً. مع أنّ المالك إذا كان منكرّاً للزيادة ليس له مطالبة الزارع المدعي للزيادة بالعمل لأنّها مطالبة بغير حق بعد اعترافه بعدم الزيادة.

لكن في المستمسك حول كلام جامع المقاصد والجواهر: وما ذكره في توجيه التحالف أمّا يتمّ بناء على أنّ المعيار في تشخيص ذلك الغرض المقصود من الدعوى... إلى أن قال: إنّ جامع المقاصد أرجع النزاع في جميع هذه الموارد إلى النزاع في تشخيص العقد وجعله من التداعي وصاحب الجواهر فصل بين أن يكون مصبّ الدعوى تشخيص العقد، وأن يكون الزيادة والنقصان، فعلى الأوّل يكون من التداعي وعلى الثاني يكون من المدعي والمنكر.

وظاهر الأصحاب هنا وفي جميع الموارد ان المدار في تشخيص المدعي والمنكر الغرض المقصود كما اعترف به جامع المقاصد والجواهر وصاحب العروة.^١ أقول: مرّت المناقشة في هذا المبنى.

وأما 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 مدّعيا فأيضاً غير صحيح، بل قول الأصحاب مطابق للقاعدة وليس بإجماع تعبدى على خلافها فلاحظه^٢ تجد صدق ما قلناه إن شاء الله.

وأما 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، بملاحظة صحيح يعقوب بن شعيب: «النفقة منك والأرض لصاحبها»،^٣ فإنّ العامل على هذا يصبح مدّعياً وصاحب الأرض منكراً يقدم قوله بيمينه. فلاحظ وتأمل.

ثمّ انفساخ المعاملة على فرض حلفهما أو نكولهما ظاهري ليس بواقعي كما في جميع موارد القضاء ووجه الانفساخ عدم من يبذل البذر وسائر ما يتوقّف عليه المزارعة.

تتمة حول إقامتهما البيّنة

ولو أقام كل من صاحب الأرض والزارع بيّنة، ففي الشرائع: قدّمت بيّنة العامل. وقيل: يرجعان إلى القرعة والأوّل أشبه. لكنّه غير واضح الوجه، حتى على مختاره من تقديم بيّنة الخارج، فإنّ العامل ليس بخارج دائماً^٤ كما عرفته.

١. مستمسك العروة الوثقى، ج ١٣، ص ١٣٦ و ١٣٧ والتأمل في كلامه ج ٢ 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 المدّعي والمنكر لا خصوص ذي اليد ومدّعيه، وإن كانت النصوص قد اشتملت عليه. ج ٤٠، ص ٤٦٠ و ٤٦١. ومراده من النصوص ما أرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام وما رواه منصور عن الصادق عليه السلام كما في الوسائل، ج ٢٧، ص ٢٥٥.

وعن العلامة في مختلفه: لو اختلفا في الحصة فالقول قال صاحب البذر مع يمينه، فإن أقام كلَّ بَيِّنة قدمت بَيِّنة العامل لأنَّه الخارج، ولأنَّ القول قول المالك فالبَيِّنة بَيِّنة العامل. وقيل يرجعان إلى القرعة وليس بجيد. انتهى.

أقول: العلامة أشار إلى دليله فالإشكال عليه أوضح لأنَّ العامل ليس بخارج دائماً، ولذا تصدَّى صاحب الجواهر لتوجيهه بوجهين.^١

وقال في قواعده: ويقدم قول منكر زيادة المدَّة مع يمينه، وقول صاحب البذر في قدر الحصة. ولو أقاما بَيِّنة احتمل تقديم بَيِّنة الآخر.

وقال الكركي في شرحه: أنَّ المقدم هو بَيِّنة الخارج أعني المدعي وقد سبق أنَّ المدعي في المسألة الأولى هو مدعي زيادة المدَّة. وفي الثانية هو غير صاحب البذر فتعيَّن تقديم بَيِّنتهما.^٢

أقول: عبارة القواعد أحسن من جهة صحة تطبيقها على تقديم بَيِّنة الخارج ومن جهة عدم الجزم بالتقديم المذكور، فإنَّه وإن كان مشهوراً شهرة عظيمة بل ادَّعى عليه الإجماع غير واحد،^٣ بل عن الخلاف نسبته إلى أخبار الفرقة، لكن الأظهر عند التساوي أنَّ البَيِّنتين تعارضان وتتساقطان ولا تقدِّم 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: حقها - أي البَيِّنة - للمدعي ولا أقبل من الذي هي في بَيِّنة، لأنَّ الله عزَّ وجلَّ أمر أن تطلب البَيِّنة من المدَّعي، فإن كانت له بَيِّنة، وإلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عزَّ وجلَّ،^٤ لكنَّه ضعيف سنداً بتردّد منصور بين مجهول وثقة وبجهالة محمّد حفص، بل وبالإشكال في سند الشيخ إلى الصفار على بحث طويل مفضل فيه.

١. ج ٢٧، ص ٣٨.

٢. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٤٠.

٣. فيما إذا كانت العين بيد أحد المتنازعين.

٤. الوسائل، ج ٢٧، ص ٢٥٥.

وعلى كل ذكرنا البحث الفقهي في هذا الموضوع في كتابنا (القضاء والشهادة) فراجعهُ^١ إن شئت الاطلاع على حكم المتنازع فيه بعد سقوط البيّنتين بالتعارض فإنّه يختلف باختلاف كونه في يد المتنازعين أو في يد أحدهما، والله الموقّق.

(مسألة) إذا قال الزارع ان المالك أعطاه الأرض عارية، لكن المالك ادعى المزارعة، فكل منهما مدع ومنكر، فإن كان النزاع قبل بذر الحب ونثره فاستظهر جمع الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما.

أقول: إنكار المالك رجوع في العارية وإن أعارها في الواقع فأى موجب لحلفه على عدمها إذا لم يكن ما يوجب 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 باقٍ على حاله ويجب العمل بمقتضاه حتى يفوت الوقت الصالح لها. وبالجمله حكم الحاكم لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه.

وان كان النزاع بعد نثر الحب فهو أيضاً من التداعي والحكم هو التحالف فمع حلفهما أو نكولهما تثبت أجره الأرض للمالك على الزارع، فإنّه استوفى منفعة الأرض، وبناء العقلاء على ضمان المستوفى عمل الغير أو منفعة ماله.

لكن ذهب جمع إلى عدم اسحقاق المالك لأجرة المثل فإنّ المالك بادعائه المزارعة يدعى اسحقاق الحصة المسماة التي نفتها يمين الزارع بعد عدم إقامة البيّنة عليها من قبل المدّعي، فلا موجب لاستحقاق أجره المثل، بل أصالة البراءة تقتضي عدمه. لكن الأصل مقطوع بقاعدة الاستيفاء الثابتة ببناء العقلاء وسيرة المتشرّعة.

وأما أنّ المالك لم يدع أجره المثل، بل دعوى الحصة تستلزم الإقرار بعدم استحقاقه غير الحصة من أجره المثل وغيرها وإقرار العقلاء على أنفسهم نافذ. فيضعف بأنّ الفهم العرفي أقوى شاهد على أنّ ادعاء الحصة أو الأجرة المعيّنة في

الإجارة مثلاً راجعة إلى دعوى الضمان المحدود بحدّ على نحو تعدّد المطلوب فإذا بطل الحدّ باليمين يبقى أصل الضمان بحاله، وهو لا يرى ولا يعتقد عدم استحقاقه للأجرة جزماً.

نعم، لا بدّ من تقييد الأجرة بما لا يزيد عن الحصة المدّعة لاعترافه بعدم استحقاق الزائد عليها.

لا يقال: اعترافه بعدم استحقاق الزائد أنما هو في ضمن ادعاء الحصة وقد سقط بحلف الزارع، فهو كالعدم. فإنّه يقال: إنّما الملازمة بين بطلان دعوى الحصة وبطلان ما يترتب عليها شرعاً لا بينه وبين ما يترتب عليها عقلاً ما في المقام، إذ لا شبهة في بقاءه.

ثم إن كان التحالف بعد بلوغ الثمرة فهو، وإن كان في الأثناء قيل يجب على صاحب الأرض إبقاء الزرع في أرضه ولو بأجرة أن أراد الزارع ولا يجوز له الإزالة فإنّها ضرورية للزارع، ولا يعارض بالضرر الوارد على المالك من إبقاء الزرع، فإنّه أقدم على هذا الضرر، سواء كان العقد مزارعة أو عارية، ويمكن أن يقال: إنّّه أقدم لأجل الحصة التي ربّما تزيد عن أجرة المثل بكثير.

وفي الجواهر عند قول المحقّق: وللزارع تبقيّة الزرع إلى أوان أخذه: بلا خلاف ولا إشكال معتدّ به (لأنّه مأذون فيه) باتفاق منهما، فيكون له حق البقاء بناءً على العمل بمفهوم قوله: لا حق لعرق ظالم.^١ بل ليس للمالك المطالبة بالقلع الزاماً له بدعواه الإجارة والمزارعة.

نعم، ليس له منعه لو أراد الزارع أخذه قصيلاً لعدم ثبوت حق له فيه بعد فرض يمينه على نفي المزارعة. كما أنّه ليس للعامل حق الإبقاء بناءً على جواز الرجوع بالعارية وإن كانت للزرع، أخذاً له بإقراره بدعوى العارية.^٢

١. الواسائل، ج ١٩، ص ١٥٧ والحديث غير صالح للاستدلال سنداً ومتناً. ولاحظ جامع الشتات ج ٣، ص ٣٨٠ حول هذا الحديث.

٢. ج ٢٧، ص ٤٠.

تنمة: 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 واعترافه بالعارية لا يثبت جواز الرجوع عنه.
وما قيل: من أن عدم جواز رجوع المالك عنه لحق العامل، وهو في المقام معترف
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 بعدم العارية والمزارعة بعد النكول أو التحالف،
فالرجوع جائز لكنه بمعنى عدم الإلتزام بمقتضى العقد وآثاره 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 فقلّ الحاصل لم يبعد ضمانه التفاوت
فيما إذا كان البذر للمالك. وأما إذا كان للعامل وكان التقصير قبل ظهور الزرع فلا
ضمان ولكن كان للمالك حينئذٍ الفسخ والمطالبة بأجرة المثل للأرض).
أقول: لم يذكر حكم ما إذا كان التقصير بعد ظهور الزرع، والظاهر أنه عليه السلام يحكم
بالضمان لبنائه على شركتهما بعد ظهور الزرع فيكون حكم هذه الصورة حكم الصورة
الأولى كما صرح في تعليقه على العروة على خلاف الصورة الثانية حيث حكم
بالخيار.

لكن تقدّم أن الأظهر شركتهما في البذر بعد الحرث والنثر 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 الحاصل إلى تقصير العامل، سواء كان هو المالك أم مقابله، ضمن
التفاوت بحسب تخمين أهل الخبرة كما ذكره المحقق القمي وتبعه صاحب
العروة عليه السلام لقاعدة من أتلّف مال الغير فهو له ضامن على ما سبق.

وأما ما في المستمسك من اختصاص القاعدة بالنقص الطارئ على الموجود كاملاً وعدم شمولها يوجد ناقصاً^١ فغير قوي بعدما لم تكن ألفاظ القاعدة مأخوذة من رواية أو روايات بل قيل إنها متصيّدة من مجموع الروايات.

وعلى كل لا ينبغي الشك في أن 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، فإن كان البذر له كان للعامل أجره مثل العمل وإن كان للزارع، كان على أجره المثل للأرض للمالك فنقص العمل يستوجب الخيار لا الضمان.^٢

وتبعه السيّد السيستاني إلا أنه قال في الفرض الأخير: فعليه للمالك أقلّ الأمرين من أجره مثل الأرض وقيمة حصّته من الحاصل على تقدير عدم التقصير.^٣ لكن في جامع المقاصد: ولو أفضى تفريطه (أي الزارع) إلى قلة الحاصل خلاف العادة، بحيث أنه لولا التفريط لم يحصل ذلك النقصان الفاحش، فليس ببعيد وجوب أكثر الأمرين من ذلك: الحاصل وأجره 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 يضرّ 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 بيمينه ما لم يكن مخالفاً للظاهر. أقول: أما اعتبار اليمين فالظاهر وأما قيد عدم كونه مخالفاً للظاهر، ففيه إن مطلق

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 فإن الأصل الأولي في الظن عدم جواز العمل به، إلا أن يقال إنه بذلك يخرج عن كونه منكرًا ويصير مدعيًا. فتأمل.

أقول: الأصل عدم العمل بما اشترط عليه، وعدم فعل تمام ما يلزم العامل - وهو معنى التقصير - فقول المالك مطابق للأصل فيكون منكرًا والزارع مدعيًا عكس ما في المتن.

وصرح في العروة الوثقى بأن الوجه في تقديم قول الزارع كونه مؤتمناً في عمله. وادعي أن هذه القاعدة ممّا جرت سيرة العقلاء عليهم فإنهم يقبلون قول الأمين فيما أوّتمن عليه، وقول الموظّف لأداء عمل فيه وادعى في المستمسك سيرة المتسرّعة عليه في جميع الموارد التي هي من هذا القبيل سواء كان أجيراً على عمل فيخبر عن فعله أم مأموراً تبرّعاً فيخبر عن وقوعه.^١

قال: ولعلّ من هذا الباب قاعدة (من ملك شيئاً ملك الإقرار به) التي ادعى على صحتها الإجماع كثير من الأعاضم كما في قبول قول الوكيل وقول الزوج في الطلاق وقول الولي في عقد المولى عليه وهكذا. والجامع بين ما نحن فيه وبين القاعدة هو أنّه إذا كان الفعل وظيفة الإنسان فأخبر بوقوعه يقبل، سواء كان الجاعل للوظيفة، الشارع المقدّس أم غيره، والأوّل هو مورد قاعدة من ملك. والثاني مورد قاعدة خبر المؤتمن على فعل إذا أخبر بفعله.^٢

وعلى كل هذه القاعدة تقدّم على الأصل السابق فيكون المنكر هو العامل لموافقة قوله للحجة دون المالك.

ونحن قد ذكرنا في كتاب القضاء والشهادة أنّ المدعي 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 النزاع وقبول قول الكافر من جهة الاطمينان لا مطلقاً. فتأمل.

٢. ج ١٣، ص ١٤٧، وقال في آخر كتاب الشركة من المستمسك (ج ١٣، ص ٤٤): لا يظهر دليل على كلية سماع قول الأمين إلّا في حال الإخبار عن وقوع الفعل المؤتمن عليه، فلو ادعى الرّد لم يقبل قوله إلّا في الودعي.

بالتعاريف المصطلحة عند جماعات من الفقهاء^١ وعلى هذا، المدعي 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 المدعي بيّنة. وكذا لو ادعى أحدهما التعيين فعليه الإثبات فإنّه معنى وجودي فإذا أثبت فله الفسخ وهو واضح.

فرع: لو ادعى المالك الغصب، والزارع المزارعة أو العارية، فهل المورد من باب التداعي أو المدعي والمنكر؟

يمكن ابتناء المسألة على معرفة المدعي والمنكر، فإن جعلنا الميزان مصبّ الدعوى فالمقام من الأول لأنّ كلّاً منهما يدعي خلاف الأصل، فإنّ الأصل عدم الغصب وعدم العارية وعدم المزارعة، وبعبارة أدقّ كل منهما يدعي شيئاً يكلف بإثباته وينكر شيئاً يدعيه الطرف المقابل، فإن أقام أحدهما بيّنة فهو، وإن أقام كل منهما بيّنة فلهما حكم تعارض البيّنتين. وإلاّ فإن حلف أحدهما فهو، وإن حلفا أو نكلا تنفسخ العارية والمزارعة ظاهراً وبحسب حكم القاضي ولا يثبت الغضب فيثبت لمالك الأرض أجرة المثل ومطالبة قلع الزرع على نحو تقدّم بحثه.

وان جعلنا الميزان، الغرض المقصود من الدعوى فيصير المالك منكرّاً يقدم قوله بيمينه على نفي المزارعة أو العارية. والسرّ في ذلك أنّ دعوى الغضب يقصد بها ضمان العامل المتصرّف للأرض بأجرة المثل، وهذه كإنكار المالك للمزارعة مطابقة للأصل فإنّ الضمان المذكور مترتب على التصرّف بدون إذن المالك، فإذا انتفت المزارعة والعارية فقد ثبت الضمان وإن لم يثبت الغضب. وهذا هو الظاهر من العروة وحواشيها التي توجد عندي.

وفي الشرائع: أمّا لو قال - المالك في جواب الزارع مدّعي العارية - غصبتها، حلف المالك - على نفي العارية - وكان له إزالته والمطالبة بأجرة المثل وأرسل الأرض إن عابت وطم الحفر إن كان غرساً.

١. ص ٣٢ ولاحظ المطولات في هذه المسألة كقضاء الجواهر وقضاء الاشتياني وقضاء الرشتي والقواعد الفقهية.

لكن تقدّم أن قلنا إنّ معنى المدّعي والمنكر ليس بموافقة الأصل أو الحجّة مثلاً، بل المدعي حسب المفهوم العرفي من يدّعي شيئاً يكلف بإثباته، والمنكر ينكره، وذكرنا أيضاً أنّ الظاهر من الأحاديث هو المعيار الأوّل لتشخيص المدّعي والمنكر، وعلى هذين الوجهين المقام يدخل في باب التداعي والله أعلم بأفعاله وأحكامه.

قال: (إذا أوقع المتولي للوقف عقد المزارعة على الأرض الموقوفة على البطون إلى مدّة حسب ما يراه صالحاً لهم، لزم ولا يبطل بالموت.

وأما إذا أوقعه البطن المتقدّم من الموقوف عليهم ثم مات في الأثناء قبل انقضاء المدّة بطل العقد من ذلك الحين إلّا إذا جاز البطن اللاحق).

أقول: وجه عدم البطلان بالموت، أنّ صحة العقد المذكور من صلاحية المتولي وشؤون ولايته إن كان العقد بملاحظة مصلحة البطون، وأما وجه البطلان في الفرض الأخير فلبطلان ملكية البطن المتقدّم بموته على ما يقتضيه ترتيب الوقف. وقول المحقّق القمي بصحّته ضعيف كما أوضحه السيّد الزيدي في العروة.

وعلى كل يقسّم الحاصل بين المتقدّم والمتأخّر حسب مدّة الاستحقاق. نعم إذا لم يأذن البطن اللاحق فله حكم آخر يفهم ممّا سبق.

قال: (يجوز لكل من المالك والعامل بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر عن حصّته بمقدار معيّن من جنسه أو غير جنسه بعد التخمين بحسب المتعارف في الخارج. كما يجوز ذلك قبل ظهور الحاصل مع الضميمة).

أقول: أمّا جوازه فلصّحة الصلح. ولا يضرّ المجانسة حتى مع التفاوت لعدم كون الحاصل بعد من المكيل والموزون، كما لا يضرّ ترك التخمين في صحّة الصلح. وما دل على النهي عن الفرر لم يثبت، ولو يثبت ليخصّ البيع.

وأما اعتبار الضميمة فلاّنه لا يثبت موضوع للصلح قبل ظهور الحاصل، فلا دليل على صحّة الصلح المذكور. وسيّدنا الأستاذ الحكيم قيّد الصلح قبل الظهور بالعلم بوجوده في المستقبل، وقد أشكل بعضهم في صحّة الصلح في هذا الفرض مطلقاً. فلاحظ وتأمل.

وفي العروة بعد ذلك: كما أنّ الظاهر جواز مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصّته في هذه القطعة من الأرض بحصة الآخر في الأخرى، بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لأحدهما والأخرى للآخر، 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 يصحّ العقد على أرض بائنة وخربة لاتصلح للزرع إلّا بعد إصلاحها وتعميرها سنة أو أكثر).

لإطلاقات الصحة وعدم مقيد مانع عنها.

قال: (وعليه فيجوز للمتولّي أن يزارع الأراضي الموقوفة وقفاً عاماً أو خاصاً التي أصبحت بائنة إلى عشر سنين أو أقل أو أكثر حسب ما يراه صالحاً).

أقول وفي العروة بعد ذلك: على أن يعمرها ويزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه، ثمّ يكون الحاصل مشتركاً بالإشاعة بحصة معيّنة.

لكن زرع الأرض البائنة سنتين مثلاً للزارع وإن كان صحيحاً إلّا أنّه ليس بمزارعة على الأظهر، أمّا كونه صحيحاً فلاّنه نوع عقد ومعاملة رائجة بين العرف في الجملة فيشمّله قوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ويدل عليه أيضاً صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام فيه: وسألته عن الرجل يعطي الرجل الأرض فيقول: أعمرها وهي تلك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله؟ قال: لا بأس به...^١

وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: إنّ القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فتعمّرها 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

وأما أنه ليس بمزارعة للإطلاق ما دل على اعتبار كون الحاصل مشاعاً وقد تقدّم. إلى هنا تمّ شرح ما اختاره سيّدنا الأستاذ الخوئي عليه السلام من مسائل المزارعة وفروعها حسب فهمي القاصر وتتبعي الناقص بعد الظهر من اليوم الأول من رجب ١٤١٩ في بلدة قم المقدّسة.

ولكن ينبغي أن نذكر بعض الفروع التي لم يتعرّض لها سيّدنا الأستاذ الماتن تمييزاً للفائدة وإن كان الاستقصاء - إن كان ميسوراً - محتاجاً إلى جهد كبير، وراحة بال وتتبع كثير وهمّة 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: تخيير العامل بين الفسخ وعدمه. ووافقه عليه كل من له تعلّيق على نسختي من العروة.

ومنها: أن يكون بعد التسليم وقبل الحرث ونشر البذر. ومقتضى إطلاق عبارة العروة ومن علّق عليها - على ما في نسختي - عدم خيار العامل.

ومنها: أن يكون بعد التسليم وبعد الحرث. وفي العروة: وإن كان بعده (أي بعد التسليم) لم يكن له الفسخ وهل يضمن الغاصب تمام منفعة الأرض في تلك المدّة للمالك فقط أو يضمن له بمقدار حصّته من النصف أو الثلث من منفعة الأرض ويضمن له أيضاً مقدار قيمة حصّته من عمل العامل، حيث فوته عليه،^٢ ويضمن للعامل أيضاً

١. نفس المصدر، ص ٥٥. إطلاق هذه الروايات وغيرها يشمل المغارسة أيضاً، لكن لا بمعنى اشتراك المالك والفارس في الأنجار.

٢. أورد عليه بعدم الدليل على هذا الضمان بهذا التفويت، فإن من حبس إنساناً فقد فوّت عليه الانتفاع بداره وبدايته وبالآلات التي يستعملها، والحابس لا يضمن شيئاً من هذه المنافع التي فوّتها عليه لا شرعاً ولا عرفاً.

مقدار حصّته من منفعة الأرض^١ وجهان. ثم قال: ويحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين.

أقول: الأظهر انفساخ العقد في الصورة الأولى والثانية لتعذّر الغاية من المعاملة بعد عدم إمكان استرداد الأرض من الغاصب فلا أثر للمعاملة ولا يراها العقلاء صحيحة. ولذا لا يسمع ما في المستمسك من أنّ مبنى المزارعة على تسليم الأرض فهو شرط زائد على قوامها فإذا فات كان للمشروط له الخيار. إلخ.

ولعلّه لأجله لم يقبلوا الخيار بعد التسليم، وإن لم يذكروا كيفية جبران عمله وبذره إذا كان هو المعطي للبذر، ولعلّ مرادهم - أي صاحب العروة ومعلّقي كتابه - فرض عدم نثر البذر.

وأما في الصورة الثالثة فيمكن أن نقسمها إلى ما يعمل الغاصب في الأرض حتى إدراك الحاصل وحصاده. وإلى ما يتلف الحاصل بأحد أسباب التلف.

ويمكن إلحاق الفرض الأخير بالصورتين المتقدمتين في بطلان المزارعة. نعم الغاصب فيها ضامن لمالك الأرض فقط. وفي الأخيرة ضامن للمالك منفعة الأرض وغيرها وللعامل بذره وعمله بالنسبة.

وأما الفرض الأول فيمكن أن نحكم بعدم إنفساخه ببقاء ملكية كل منهما على حصّته بعد إدراك الحاصل من دون لزوم أداء شيء للغاصب، وعلى فرض تلف الحاصل بيد الغاصب يتعلّق حقّهما بما يعادل حصّتهما من المثل والقيمة، كما هو مفاد الاحتمال الأخير في كلام صاحب العروة في الجملة.

الثاني: خراج الأرض على صاحبها بلا إشكال ولا خلاف، وادعي عليه الإجماع، فإنّه موضوع عليه ولا تعلّق له بالعامل وسائر شركاء المعاملة، ويلحق به ما تأخذه الحكومة اليوم من الأراضي وإن كانت مملوكة بالملكية الشخصية. وأوضح منه مال الإجارة إذا كانت الأرض مستأجرة، وكذا ما يصرف على الأرض. نعم، إنّ شرط

١. قيل: لم يصف إليها حصّته من منفعة نفسه لأنّ منافع الحر لا تضمن، 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 ملاك الأرض ربّما يزداد وربّما ينقص فإنّ مثل هذه الجهالة ممّا لا يعتني بها العقلاء، ولا دليل على قدحها شرعاً. بل يدل عليه صحيح داؤد عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم، وربّما زاد وربّما نقص فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة، قال: لا بأس.^١

والحديث وإن لم يرد في المزارعة غير أنّه يدل بمعونة الفهم العرفي على عدم القدح في الجهالة المذكورة مطلقاً حتى في المزارعة، لاسيما أنّها في الشرط دون العوضين، فإنّشكال/المستمسك ضعيف وأضعف منه إشكال/المسالك.

وأما المؤن المتعلقة بمقدمات الزراعة كشق الأنهار وحفر الآبار وآلات السقي وإصلاح النهر وتنقيته ونصب الآلات والأبواب وغير ذلك ممّا يحتاج إليها في كل سنة أو في بعض السنوات ففيها قولان:

أحدهما: أن تعيينها تابع للتعيين فلا بد من تعيين كونها على المالك أو العامل أو غيره إن قلنا بصحّة المزارعة من أكثر من اثنين، إلّا إذا كان هناك متعارف ينصرف الإطلاق إليه. ذكره جمع.

ثانيهما: ما في/المستمسك من أنّها على العامل، والوجه فيه؛ أنّ العمل المملوك على الأجير والزرع المملوك على الزارع إذا كان مطلقاً كان مقتضى ملكيته وجوب الإتيان به على كل حال، فتجب جميع مقدماته من دون فرق بين مقدّمة وأخرى، والتخصيص ببعضها يتوقف على القرينة، ومع الإطلاق وفقد 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 عليه السلام فيه: وسألت عن المزارعة؟ فقال عليه السلام: النفقة منك والأرض لصاحبها^١ على نحو ذكرناه سابقاً وإن لم يرض به سيدنا الأستاذ الحكيم عليه السلام تبعاً لجامع المقاصد^٢ ثم إنه عليه السلام استظهر من جملة من الكتب التي اقتصرت على الخراج ولم تتعرض للمؤونة، كونها على العامل^٣ ويمكن أن يورد عليه بأن وجوب الزرع لا يستلزم تهئية مقدماته كما لا يستلزم وجوب الكفن بذل الكفن.

وفي البحث قولان آخران: أحدهما أن المؤونة على صاحب الأرض فهمه سيدنا الأستاذ الحكيم من عبارة صاحب الشرائع حيث قال: خراج الأرض ومؤنتها على صاحبها إلا أن يشترط على الزارع.

وقال: ونحوه ما في القواعد وعن التذكرة والسرائر وجامع المقاصد.

أقول: قال العلامة في القواعد: وخراج الأرض ومؤنتها على المالك إلا أن يشترطه على العامل والحق أن مراد المحقق من عبارته في الشرائع غير معلوم ولذا فسر صاحب الجواهر كلمة (مؤنتها) بقوله: كأجرتها ونحوها.

وقال المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد: والخراج معلوم وهو طسوق الأرض وأما المؤونة التي ذكرها فلم يبين مراده منها في هذا الكتاب ولا غيره، ولعله يريد ما يضطر إليه للأرض باعتبار زرعها، مما لا يجب على العامل كحفر الأنهار وإصلاحها وتنقية الأرض من الأحجار المضرة بالزرع ونحو ذلك من الأعمال التي لا تتكرر كل سنة، ومنه تسميد الأرض مع الحاجة^٤.

ولو رأى سيدنا الأستاذ الحكيم عليه السلام هذه العبارة لم ينسب القول المذكور إلى جامع المقاصد فإنه لم يذكر شيئاً في المقام سوى ما يتعلق بكلام مآتته. وكيف ما كان فهذا القول لم يثبت.

١. الوسائل، ج ١٩، ص ٤٥.

٢. ج ٧، ص ٣٣٣.

٣. مستمسك العروة، ج ١٣، ص ١٢١.

٤. جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٣١.

ثانيها: تفصيل الشهيد الثاني في محكي مسالكة: والظاهر أنّ المراد من المؤونة ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كإصلاح النهر والحائط ونصب الأبواب - إن احتيج إليها - وإقامة الدولاب (أو ما يؤدي أثره بأحسن الوجه في هذه الأعصار) وما لا يتكرر كل سنة. والمراد بالعمل الذي على المزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه ممّا يتكرر كل سنة، كالحرث والسقي وآلاتهما وتنقية النهر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك. وبالجملّة فكلّاهم في هذا المحل قاصر جداً.^١

أقول: إن كان هذا مختاره، فهو مجرد ادعاء واستظهاره من عبارات الفقهاء أيضاً مجرد ظنّ منه عليه السلام. فالعمدة القولان الأولان. والعمدة في القول الثاني صحيح يعقوب، والأحوط رفعاً للنزاع التعيين إن لم تجر العادة على وجه خاص.

الثالث: في صحيح يعقوب عن الصادق عليه السلام في حديث: وسألته عن الرجل يعطى الأرض ويقول أعرها وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله. قال: لا بأس.^٢ وفي صحيح الحلبي عنه عليه السلام قال: سألته عن الأرض يأخذها الرجل من صاحبها فيعمرها سنتين ويردها إلى صاحبها عامرة، وله ما أكل منها؟ قال: لا بأس.^٣

أقول: هذه معاملة مستقلة يشملها قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ولا يضر جهالة الحاصل بصحة المعاملة لا عند العرف ولا عند الشرع والرواية وأمثالها حجة على مبالغة جمع من الفقهاء في أمر الغرر والجهالة.

وفي صحيح الحلبي المروي في الكافي عن الصادق عليه السلام: إنّ القبالة أن تأتي الأرض الخبرة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فتعمرها وتؤدي ما خرج عليها فلا بأس به.^٤

وفي صحيحه الآخر عنه عليه السلام 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 فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها ولا يدخل العلوج في شيء من القبالة لأنه لا يحل.^١

قيل: لا يدخل جزية العلوج في القبالة أو لا يدخل العلوج في القبالة بأن يستأجر الأرض مع العلوج لأنهم أحرار ينزلون حيث شاؤوا.

وفي صحيحه الثالث عنه عليه السلام أنه قال في القبالة: إن يأتي الرجل الأرض الخربة فيقبلها 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 فإنه 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 نذكر بعضها بعون الله وفضله:

١. الرواية الأخيرة يؤيد ما قيل في تفسير النهي عن إدخال العلوج في القبالة من الوجه الأخير. ويحتمل سوق النهي إلى جعل العلوج طرفاً للمعاملة، فيحمل على الكراهة جمعاً بينه وبين نفي البأس في موثقته سماعة^٣ وقصة خبير.

وكأن صاحب العروة نظر إلى هذا في المسألة السادسة من المسائل المتفرقة من كتاب المزارعة، حيث قال: يجوز مزارعة الكافر مزارعاً كان أو زارعاً.

٢. تقدّم أنّ الأرض الخربة تزول عنها ملكية مالکها ويجوز لكل أحد إحياؤها، وظاهر بعض هذه الروايات بقائها في ملكية مالکها، ويمكن حمله على فوروية قيام مالکها على الإحياء ولو بالتقيل وهذا القيام مانع عن زوال ملكيته ويحتمل الحمل على فرض عدم إمكان أخذ الأرض من مالکها في النظام القائم آنذاك وإن جاز شراً.

١. التهذيب، ج ٧، الرقم ٨٧٩.

٢. نفس المصدر، ص ٢٤٠، رقم ٨٨٨.

٣. الوسائل، ج ١٩، ص ٤٧.

٣. يظهر من الرواية الثالثة أنّ المراد بالقبالة هو الإجارة لكن الظاهر أنّه ليس كذلك دائماً وكأنّها أعمّ من الإجارة والمزارعة والمساقاة. والظاهر من /المنجد أنّ قبل (بكسر العين وفتحها) قبالة به بمعنى كفل به وضمه. والقُبلة، جمع قُبُل: الكفالة. والقبالة مصدر: اسم لما يلتزمه الإنسان من عمل ودين وغير ذلك، القبيل جمع قُبُل وقُبلاء الضامن والكفيل.

قال صاحب /الجواهر: ان ما جاء في النصوص هنا من قبالة الأرض بشيء معلوم سنين معلومة وعليه خراجها وعمارتها أوقباتها بخراجها وعمارتها، أو بغير ذلك ممّا تضمنته أخبار المقام، هل هو عقد برأسه وان أفاد فائدة المزارعة والإجارة والصلح في بعض الموارد، أو إنّ 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 يتعرّضوا لألفاظ هذا العقد ولا لشرائطه ولا لأحكامه ولا لموارده وذلك كلّه قرينة على أنّهم فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرنا.

فالتعبير به حينئذٍ كالتعبير بالأخذ والتناول ونحوهما ممّا يعلم عدم إرادة كونه عقداً برأسه.

ودعوى عدم صلاحية جميع العقود لبعض مواردها، فيدل على أنّها عقد برأسه وقد أوضحنا فسادها في مسألة الخرص من بيع الثمار.^١

أقول: لم أجد عاجلاً استعمال لفظ القبالة ومشتقاته في غير الأرض في الأحاديث. فليس حاله حال لفظ الأخذ ونحوه.

وكلا الوجهين في كلام /الجواهر محتمل، ويمكن أن لا يطابق بعض مصاديقها سائر المعاملات، وعدم افراد الأصحاب باباً لها لعلّه لقلّة فائدتها والله العالم.

الرابع: إذا استحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاة لمستحقها لو فرض بلوغه

١. /الجواهر، ج ٢٧، ص ٤٩ ولاحظ ج ٢٤ منها أيضاً.

حدّ تعلقها؟ فيه قولان، ظاهر المحكى عن ابن الجنيّد الأوّل وظاهر العلامة في المتخلف الثاني وظاهر الجواهر التوقّف فيه.^١

وقال صاحب العروة: في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة وقبل البلوغ؟ قد يقال: بعدم الجواز إلا أن يضمن حصّتها للفقراء لأنّه ضرر عليهم، والأقوى الجواز وحق الفقراء يتعلّق بذلك الموجود وإن لم يكن بالغاً.^٢ وقد تبعه جمع ممّن علّق 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... ويحتمل الاقتصار في لزوم أداء أجره 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 مكاسب الشيخ الأنصاري رحمته الله: قال في عداد أدلة القائلين ببطلان العقد الفضولي ص ١٢٧: منها النبوي المستفيض وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك».

فإن عدم حضوره كناية عن عدم السلطة على تسليمه لعدم تملكه، فيكون مساوفاً للنبوي الآخر: «لا بيع إلا فيما يملك» بعد قوله ﷺ: «لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك». ولما ورد في توقيع العسكري رحمته الله إلى الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك...» وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل في رجل اشترى من امرأة من آل فلان... قل يمنعهما أشد المنع فإنها باعته ما لم تملكه.

أقول: هذه الأحاديث - إن تمت سنداً - 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 الجواهر ورده في العنوان التالي.

توضيح آخر حول التحجير

٣. ذكرنا بحث التحجير في ص ١٢٠ وما بعدها، ونقول هنا لمجرد التوضيح ان المحتمل في ما يتحقق به التحجير المفيد لحق الأولوية شيئان: أحدهما: ما هو شروع في الإحياء، وهذا هو القدر المسلم في كونه مفيداً لحق الأولوية ببناء العقلاء بلا شبهة، وما في الجواهر (ج ٣٨، ص ٥٧) من جعل الإجماع دليلاً على الحق المذكور ضعيف لبعد تحقق الإجماع التعبدي 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 الجواهر (ج ٣٨، ص ٥٨) أنه قول العامة، وبعض فقهاءنا.

ثم إن صاحب الجواهر نفى الإشكال في عدم جواز بيعه لعدم الملك، بل ولا هبته وان قال في القواعد: لم يصح على إشكال. وفي جامع المقاصد جواز نقله بالهبته كالصلح، وهما معاً كما ترى. ومن الغريب ما عن التذكرة من احتمال صحة البيع، لأن الأرض المفتوحة عنوة تباع لمجرد الأولوية تبعاً للآثار، ولأنه حق يقابل بالمال فتجوز المعاوضة عليه. إذ هو كما ترى... (ج ٣٨، ص ٥٩).

لا وجه لإنكار صاحب الجواهر وجزمه ببطان البيع ولا مانع من صحة بيع ما يتعلق به حق الأولوية.

٤. ذكرنا في ص ١٢٧ و ١٢٨ كلام صاحب الجواهر حول بطلان الوقف، وإليك كلام الشيخ الانصاري رحمه الله حوله: ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض (أي صاحب الجواهر رحمه الله) أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف وعرفت وجه

النظر فيه^١ ثم وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء والاستدامة، وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. وفيه ما عرفت سابقاً من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له في الوقف المؤبد، مع أنه لا دليل عليه، مضافاً إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإن الشرط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل فإنه قد يخرج المبيع عن المالية ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري، مع أن 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 أن في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد بطلانه، أو الموقوف عليه وجهين:

أقول: يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لأنه إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله وقفت هذا البستان، فلا شك أنه ليس إلا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته، فإن 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 بالعنوانات 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 وجه بعد إطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً، انتهى كلام الشيخ الانصاري رحمه الله عليه وعلى صاحب الجواهر^٢.

١. قال جوازه عند الشيخ رحمه الله من أحكام الوقف فلا تنافي حقيقته وإنما يخرج عنه لزومه إلى الجواز فقط كما يأتي في أثناء كلامه.

٢. كتاب البيع من المكاسب، ص ١٧٠ طبع تبريز بمطبعة الاطلاعات.

أقول: تفصيل المقام محتاج إلى بحث طويل فعلى الطالب مراجعة كتاب مكاسب الشيخ رحمته 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 رحمته الله تعرض للمسألة بالتفصيل والتحقيق في تعليقه على مكاسب الشيخ (غاية الآمال) من ص ٤٣٩ وما بعدها.

٦. أشرنا في ص ١٤٥ وما بعدها إلى قاعدة العدل والإنصاف التي ذكرها بعض العلماء.

واليك ما قاله سيدنا الأستاذ الحكيم في مستمسكه (ج ١٤، ص ٢٤٩-٢٥١): إن قاعدة العدل والإنصاف لا دليل ظاهر عليها إلا ما يترأى 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 للتصنيف. والأول غير ظاهر فإن عدم المرجح كما يقتضي جواز التنصيف، يقتضي التخيير، نظير ما ذكره في مسألة الدوران بين الوجوب والحرمة، من أن التخيير استمراري، وإن حكم العقل بالتخيير ابتداء بعينه يقتضي التخيير.

ثانياً، وأنه لا فرق في نظر العقل بين احتمال الموافقة المقرون باحتمال المخالفة وبين القطع بالمخالفة المقرون 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 موارد وفي موارد أخرى كما يظهر ذلك من موارد وباب إرث الغرقى والمعدوم عليهم، فالبناء عليها غير ظاهر

ولاجل ذلك يتعين الرجوع إلى القرعة (ومورد كلام الأستاذ مؤلف المستمسك المهر) كما احتمله في القواعد وجعله في جامع المقاصد وكشف اللثام أقوى، وفي الجواهر لعله الأقوى....

أقول: عرفت دلالة الآيات الكريمة على عموم قاعدة العدل ولاحظ الآيات الدالة عليه النازلة بلفظ القسط (النساء، ١٢٧ و ١٣٥) والأنعام، ١٥٢ والمائدة، ٤٢ ويونس، ٤ والحديد، ٢٥.

وأما الأحاديث المشار إليها في كلامه ﷺ فإليك بيان محالها 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 ﷺ على ما قرره بعض تلاميذه في جواهر الاصول، ص ٢٦٣، والله ولي التوفيق.

٧. ذكرنا في ص ٢٥٣ كفاية كل لفظ ظاهر في تحقق عقد المزارعة وقال الشيخ الأنصاري ﷺ في مكاسبه: وقد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة، وعن مجمع البيان - كما في غيره - أنه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضياً. وعن المشهور جوازها بلفظ ازرع.^١

٨. ذكرنا في ص ٢٦٢ كلاماً حول النهي عن الغرر، وإن شئت تفصيلاً حول معنى الغرر وبعض أحكامه، لاحظ كلام الشيخ الأنصاري ﷺ في مسألة الثالث من شروط العوض القدرة على التسليم، في مكاسبه ص ١٨٥.

٩. ذكرنا في ص ٣٢١ قاعدة الغرور ورجوع المغرور على ما أغره، وقد ذكر الشيخ

١. مكاسب الشيخ، ص ٩٤، طباعة مطبعة الاطلاعات.

الأنصاري رحمته الله في بحث الفضولي من مكاسبه في مسألة ان المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن 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 بالغرامة 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 قولاً واحداً وفي كلام المحقق والشهيد الثاني في كتاب الضمان نفي الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك. وبالجمله فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للغرور، فإنَّ البائع مغرر للمشتري وموقع إتياءه في خطرات الضمان ومتلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع عن شهادته.

وأما الثاني وهو ما غرّفه في مقابل النفع الواصل اليه من المنافع والنماء، ففي الرجوع بها خلاف أقواها الرجوع وفاقاً للمحكي عن المبسوط والمحقق والعلامة في التجارة والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم وعن التنقيح ان 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 مغروراً 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 الى المشتري، لا يخلو عن شيء مضافاً إلى ما قيل عليه (عن صاحب الجواهر) في قاعدة الغرور بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر لكنّه لا يخلو عن نظر، لأنّه أنما يدعي اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة والإجماع بصورة الغرر. وإلى قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور

إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه كما في المكره... أو كان الغار سبب في تغريم المغرور... فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الإتلاف وإن كان غير منقح إلا أنّ المتيقن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف فيكون غير قاصد إتلاف مال الغير فيشبهه 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 وصدراً في النكاح، خلافاً للوسيلة فنفي الضمان محتجاً بأنّ الخراج بالضمان، كما في النبوي المرسل وتفسيره أنّ من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخرجه له... والحاصل أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه إلى أنّ الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة... .

أقول: المرسل ضعيف سنداً ودلالة فلا يترك لأجله قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه كما ذكره الشيخ الأنصاري رحمته الله وأوضح فساده، والظاهر أنّ المشهور على ضمان المنافع المستوفاة في البيع الفاسد كما في المكاسب أيضاً.

١١. قولنا في ٢٩٣ سطر ٢: وهذا هو الأظهر. قال الشيخ رحمته الله في المكاسب: وأما المنفعة الفائتة 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 إذا 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 رحمته الله): على اليد ما أخذت... للمنافع... ودعوى أنّه (أي الأخذ في الحديث) كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان مشكلة... فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم. مضافاً إلى أنّه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن

بصحيحه لا يضمن بفاسده. ومن المعلوم أنّ صحيح البيع لا يوجب ضمانه للمشتري للمنفعة لأنّها لا مجاناً ولا يتقسط الثمن عليها وضمانها مع الاستيفاء، لأجل الإلتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة لأنّها بالنسبة إلى التلف لا الإلتلاف... مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة الساكنة من ضمان غيرها في مقام البيان وكذا صحيحة محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، الساكنة عن المنافع الفائتة... أنّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة.

الأول: الضمان وكأنّه للأكثر.

الثاني: عدم الضمان كما عن الإيضاح.

الثالث: الضمان إلّا 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 والتنقيح والمسالك ومحتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين وقد عرفت أنّ التوقف أقرب إلى الإنصاف، إلّا أنّ المحكي من التذكرة أنّ منافع الأموال من العبد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية... عند علمائنا أجمع. ولا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصاً مع علمه، سيّما مع جهل البائع به، وأظهر منه ما في السرائر في آخر باب الإجارة من الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة مع قوله في باب البيع: إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه. انتهى.

وعلى هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة وإن كان المترائى من ظاهر صحيحة أبي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة، إلّا إنّنا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها. انتهى ما أردنا نقله من كلام الشيخ رحمته الله.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله وأتباعه من المجتهدين. وقد شرعنا في تأليف كتاب المزارعة في ١٣٧٧/٤/٧ هـ ش وانتهينا منه ومن التبييض مع السفر في أثنائه إلى المشهد الرضوي ومع الاشتغال بالأُمور السياسية وغيرها في عصر الخميس ١٣٧٧/٨/٧ هـ ش الموافق ليوم ٨ رجب المرجب ١٤١٩ في بلدة قم.