



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*



شرح

كتاب احياء الموات

من

شرايع الاسلام

تأليف

محسن الخرازي

Kharrāzī al-Tīhrānī

شرح كتاب احياء الموات

من شرايع الاسلام

للمحقق الحلبي ره

تأليف

السيد محسن الخرازي الطهراني

2271

.3553

.757

قم - مطبعة مهر

۱۳۹۱ هـ ق

الفهرست

احكام الاراضى

- ٢ المرجع فى حقيقة الموات هو العرف .
٢ الموات للامام عليه السلام .
٢ اشتراط اذن الامام فى الاحياء .
٣ الاحياء يفيد الملكية اذ الاحقية ؟
٧ دراسة ما ذهب اليه بعض الاجلة فى كتاب اقتصادنا .
١١ احياء الكافر هل يفيد الملكية او الاحقية .
١٣ الاراضى المفتوحة عنوة للمسلمين .
١٤ احكام الاراضى المفتوحة عنوة
هل يكون اذن الامام عليه السلام فى الفتح شرطاً لصيرورة الاراضى
١٦ المفتوحة للمسلمين ام لا .
١٩ الاراضى المفتوحة عنوة معلومة فى زماننا هذا ؟
الامر فى الاراضى المفتوحة عنوة بيد الامام عليه السلام و نائبه الخاص
٢٠ او العام .

- ٢١ حكم تصرفات السلطان الجائر في الاراضي المفتوحة عنوة .
- ٢٢ الموات من المفتوحة عنوة للإمام عليه السلام ام لا .
- ٢٥ حكم ارث الارض المحيية
- ٢٥ حكم امتناع المحيى من اقامة التعمير .
- هل يكون احياء المحيى الثانى يوجب الملكية له فيما اذا امتنع المحيى الاول من اقامة التعمير ام لا .
- ٢٦ هل يكون فرق في ذلك بين كون تملك الاول بالاحياء از بغيره من الاسباب المملكة .
- ٢٨
- ٣٠ حكم اعطاء الطسق للمحيى الاول .
- ٣١ حكم ما اذا كان المحيى الاول غير معروف .
- شروط التملك بالاحياء
- ٣٤ قصد التملك شرط ام لا .
- ٣٥ الشرط الاول ان لا يكون على الارض يد مسلم تحقيق ما هو المشهور . من أن الاصول لا تجرى في الاموال والفروج و الدماء .
- ٣٥
- ٤٠ الشرط الثانى ان لا يكون الموات حريماً لعامر
- ٤٣ هل يكون حريم العامر ملكاً او حقاً
- ٤٥ حد الطريق و مقداره
- ٤٦ اختصاص التحديدات الواردة بصورة التشاح
- ٤٩ حريم الشرب
- ٤٩ حريم البئر
- ٥٣ حريم العين
- ٥٦ حريم الحائط

- ٥٧ حريم الدار
- ٥٨ في استحقاق الممر
- ٥٩ حكومة قاعدة نفى الضرر او ورودها على قاعدة السلطنة
- ٥٩ عدم مشرعية قاعدة السلطنة
- ٦٠ شمول قاعدة نفى الضرر لصورة تفاحش الضرر و غير ها
- ٦٠ حكم اطالة البناء بحيث يضر بالجار
- ٦١ حكم تزامم الضررين او تعارضهما
- ٦١ حكم الضرر المتولد من نفى الضرر
- ٦١ حكم بروز اغصان الفرس الى المباح و سريان عروقه اليه
- ٦٤ الشرط الثالث ان لا يسميه الشرع مشعراً للعبادة
- ٦٧ الشرط الرابع ان لا يكون مما اقطعه امام الاصل
- ٧٠ الشرط الخامس ان لا يسبق اليه سابق بالتحجير
- ٧٠ التحجير يفيد الاولوية او الملكية
- اختصاص افادة التحجير للاولوية او الملكية بما اذا كان المحجر متمكناً
- ٧١ لاحياء ما حجره
- ٧٢ حكم ما اذا حجرت ارضاً و اهملها
- ٧٤ يجوز للنبي او الامام (ص) ان يحمي لنفسه و غيره
- ٧٥ هل يجوز ذلك للفقهاء أيضاً ام لا
- ٧٦ حكم نقض ما حماه الرسول او الامام (ص)
- كيفية الاحياء
- ٧٨ المرجع فيه العرف
- ٧٨ اذا قصد نوعاً و فعل احياً يملك به نوع آخر
- ٧٩ اعتبار المرز او المسناة و سوق الماء في احياء الارض للزراعة

- ٧٩ اعتبار تسوية الارض في احياء الارض للزراعة
 ٨٠ الملك في صدق الاحياء هو تهيئة الارض للانتفاع
 ٨٠ لايشترط في صدق الاحياء ثبت الغرس
 ٨١ حكم الارض المستأجرة او الغالب عليها الماء

المنافع المشتركة

- ٨٣ الانتفاع من الطرق بغير الاستطراق
 ٨٤ بناء الدكة او الحائط او حفر النهر او غرس الشجر في اطراف الطريق
 ٨٤ حكم التصرف في فضاء الطريق و عمقه
 ٨٥ عدم جواز اشغال المحل الذي قام عنه السابق مع نيته للعود اليه
 ٨٥ الملاك في صدق السبقة
 ٨٦ حكم الجلوس في الطريق للبيع او الشراء
 ٨٦ في اشتراط عدم كون الجلوس مضراً بالمارة
 ٨٧ هل يكون الرحل دخيلاً في احقية الجالس ام يكفي نيته للعود
 ٨٧ حكم السبقة الى الاسواق
 ٨٧ دليل احقية السابق
 ٨٨ حكم اقطاع السلطان او احيائه او تحجيرها للطريق
 ٩١ حكم السبقة الى المسجد
 هل يشترط في جواز الجلوس في المسجد لغير العبادة ان لا يكون مزاحماً
 للمصلين ام لا
 ٩١ هل يكون الجلوس فيه للصلاة مقدماً على الجلوس لغيرها من العبادات
 ام لا
 ٩٢ هل يكون الجلوس للصلاة جماعة مقدماً على الجلوس للصلاة فرادى

- احقية السابق الى موضع من المسجد و لو قام مفارقاً بشرط كون رحله
 ٩٢ باقياً
 ٩٣ حكم ما اذا تردد السابق المفارق في العود و عدمه
 ٩٣ حكم ما اذا كان الرحل مثل السبحة و التربة
 ٩٣ لافرق بين ان يضع الرحل بنفسه او و كيله
 ٩٤ حكم ما اذا طال زمان المفارقة و حضر وقت الجماعة
 ٩٤ جواز التصرف في رحل السابق لغير السابق اذا حضر وقت الجماعة
 ٩٤ هل يكون جواز التصرف ملازماً لعدم الضمان
 ٩٨ حكم المدارس و الربط

احكام المعادن

- ١٠٢ المعادن الظاهرة و تعريفها
 ١٠٣ لايتصور في المعادن احياء و لانحجير
 ١٠٤ هل يجوز اقطاع المعادن الظاهرة
 ١٠٤ هل تكون المعادن من الانفال
 ١٠٧ معنى اقطاع المعادن في كلمات الاصحاب
 ١٠٨ جواز الاخذ منها لمن سبق اليها ما لم يضر بالآخرين
 ١٠٨ اذا تسابق اثنان و لم يمكن اخذ كل منهما بغيته
 لافرق في المعادن بين ان تكون في الموات او المقنوعة عنوة او الاراضى
 ١١٢ المملوكة
 ١١٥ المعادن الباطنة و انها هل تملك ام لا
 ١١٦ المعادن الباطنة من الانفال أيضاً
 ١١٧ حكم اقطاعها
 ١١٧ معنى احيائها

- ١١٧- حكم تججيرها
 ١١٧- حكم حریم المعادن الباطنة
 ١١٨- حكم المعادن الباطنة المستحدثة
 ١١٩- هل تكون المعادن المستحدثة من توابع الارض المملوكة ام لا
 ١٢٠- حكم ما اذا حفر ارضا فوصل الى معدن ثم فتحها المسلمون
 ١٢١- حكم ما اذا قال رب المعدن لآخر : اعمل فيه و لك نصف الخارج
 احكام المياه

- ١٢٣- ماء البحار و الشطوط و الانهار الكبيرة
 ١٢٤- هل تكون البحار و نحوها من الانفال
 ١٢٤- حكم ملكية البئر و مائها
 هل تكون حجية السيرة العقلائية منوطة بسالجزم بعدم الردع في مقام
 الثبوت ؟
 ١٢٥- هل يجب بذل الفاضل عن حاجته بلا عوض ؟
 ١٢٦- ملاحظة ادلة وجوب بذل الفاضل مع ما يعارضها
 ١٢٨- نقل ما ذهب اليه بعض الاجلة في « اقتصادنا » و ملاحظته
 ١٣٠- نقل ما في « جامع المدارك » و ملاحظته
 ١٣١- حكم بيع ماء البئر كيلا و وزناً و بيعه اجمع
 ١٣٣- حكم ما اذا حفرها للاقتناع لا للتملك
 ١٣٣- حكم ما اذا فارقتها
 ١٣٥- حكم مياه العيون و الآبار و الغيوث
 ١٣٥- مسائل

- ١٣٦- المسألة الاولى في حكم ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح

- ١٣٨ حكم ما اذا كان الحافر جماعة و تعاصر القسمة بينهم
- ١٤٠ المسألة الثانية فيما اذا استجد جماعة نهراً
- ١٤٠ كيفية القسمة بينهم
- ١٤٣ المسألة الثالثة اذا لم يف النهر المباح بدء بالاول
- ١٤٤ نقل ما في جامع المدارك و ملاحظته
- ١٤٦ ملاحظة التحديدات المذكورة لاشراب الزرع و الشجر و النخل
- ١٥٢ المسألة الرابعة
- ١٥٤ استدراك

المرجو من الاخوان التصحيح قبل المطالعة

الصفحة	السطر	الخطاء	الصواب
٣	٥	انهار	انهارها
٦	١٦	الصيحة	كالصيحة
٨	١	« عليه الطسق هو »	« عليه الطسق هو »
٨	١٥	بالنسبة	بالنسبة
١٠	١٨	فلا عموم لها حتى يدل على	زائد
		بطلان كل سبب للتملك	
١١	١٩	من ان العام و الخاص	من انه لا منافاة
		كليهما مثبتان فلا منافاة	
١١	٢٠	وحدة السبب	وحدة السبب لانهما مثبتان
١٢	٣	احيائهم	احيائهم
١٦	١	الرقبة	الرقبة
١٩	٢٠	غير واضح	غير واضحة
٢٢	١٢	المفتوح	المفتوحة
٢٢	١٧	يستلزم	تستلزم

الصواب	الخطاء	السطر	الصفحة
المذكورة	المذكور	١٩	٢٣
الموت	الموات	٣	٢٥
بئر	بئراً	٧	٣٩
١٦	٢٦	٩	٤٠
صورة	صوره	١٢	٤٥
خمسمائة	خمسة	١٤	٤٦
جواز	جوز	١٢	٤٧
بئر	بئر	١٩	٤٩
عطن	عطس	١٠	٥١
المباحة	المباح	٩	٥٨
على قاعدة السلطنة	على قاعدة	١٥	٥٩
ايجاد المعد	ايجاد العد	٢	٦١
بعد	بجد	٣	٦١
فلا يجوز	فلا يجوز	١	٦٥
و اهمل	و اهل	٥	٦٩
ثبت	بثت	١٤	٨٩
اراد	ارد	١٦	١٠٣
اباحة	اباحته	٩	١١٢
بيع	ع	٦	١٢٥
زائد)	٢	١٣١
مضافا	مضاقا	٥	١٣٣
ناظراً	ناظر	١٤	١٥٥
مهاجرها	هاجرها	٢٠	١٥٥

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين ، و الصلوة والسلام
على سيد المرسلين ابي القاسم محمد و
آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم
اجمعين من الآن الى قيام
يوم الدين

قال المحقق ره في الشرايع : كتاب احياء الموات والنظر في
اطراف اربعة الاول في الارضين ، وهي اما عامرة واما موات
فالعامر ملك لمالكه لا يجوز التصرف فيه الا باذنه وكذا ما به
صلاح العامر كالطريق والشرب والقناة ، ويستوى في ذلك ما كان
من بلاد الاسلام وما كان من بلاد الشرك غير ان ما في بلاد الاسلام
لا يغنم وما في بلاد الشرك يملك بالغلبة عليه واما الموات فهو
الذي لا ينتفع به لعطالة اما لانتفاع الماء عنه ولاستيلاء الماء عليه
اولا ستيجامة او غير ذلك من موانع الانتفاع (١) فهو للامام «ع» (٢)
لا يملكه احد وان احياءه ما لم ياذن له الامام ، واذنه شرط (٣) فمتى اذن
ملكه المحيي له اذا كان مسلماً (٤) ولا يملكه الكافر ، ولو قيل
بملكه مع اذن الامام كان حسناً (٥) .

(١) لا يخفى ان الموات كالحى ليس لهما حقيقة شرعية ومرجعهما الى العرف ولذلك لا يصير الارض بمجرد استيلاء الماء عليه او انقطاعه عنه مواتاً بل لا بد من ان يدوم ذلك الى مدة حتى يصدق عليها عرفاً انها موات .

(٢) من دون خلاف قال فى الجواهر : بل الاجماع محصلاً عليه فضلاً عن المنقول .

مضافاً الى النصوص الدالة على انه من الانفال .

لكن يشكل بان غاية دلالة النصوص الدالة على انه من الانفال هي ان للامام ملكية التصرف لملكية الرقبة .

ويمكن الجواب عنه بان الانفال ملك لجهة الامامة كما يشهد له سياق روايات باب الانفال الدالة على ان للامام صفوة الملوك و الجارية الحسناء فان الظاهر منها ان الصفوة و الجارية ملك له .

نعم لا يصح الاستدلال لملكيته رقبة الارض بما يدل على ان الارض كلها للامام لان المراد منه هو اثبات الملك بضم الميم له لا الملك بالكسر فلا منافاة بين كون الارض العامرة ملكاً للناس وبين ان يكون للامام عليه السلام ولاية التصرف عليها والملك بالضم لان الامام اولى بالناس من انفسهم .

(٣) لقاعدة حرمة التصرف فى مال الغير بغير اذنه ولا كلام فيها وانما الكلام فى ان الاذن محقق بقوله (ع) : من احبب ارضاً مواتاً فهى له ، ام لا ، و الظاهر انه يغنى عن الاذن لظهور مثله فى كون الاحياء سبباً شرعياً لحصول الملك للمحى ، اللهم الا ان يدعى الاجماع على اشتراط الاذن بالاحياء ولكنه كما ترى لما فى الجواهر من انه يمكن تحصيل الاجماع فضلاً عن النصوص على عدم اعتبار الاذن بالاحياء من الامام (ع) فى التملك بالاحياء بل يكفى الاذن منه بالاحياء الذى هو سبب حصول

الملك مع فرض وقوعه على الوجه المعتبر انتهى .

(٤) فيه اشكال لان النصوص الصحيحة وان دلت على ان من احبب ارضا موثراً فهي له وظاهر اللام هو الملكية ، لكن يعارضها صحيحة معاوية بن وهب قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : ايا رجل اتى خربة باثرة فاستخرجها وكرى انها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت ارض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فاحربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولمن عمرها . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨) لظهورها في ان الارض لعلقة لها بالرجل الغائب اذا اهملها ومن المعلوم ان الاهمال لا يكون مزبلاً للملكية حتى يقال ان الصحيحة تسدل على زوال الملك بالاهمال فلاتنا في النصوص الاخرى الدالة على حصول الملكية بالاحياء كما انه لا مجال لحملها على صورة اعراض الرجل الغائب عنها لاطلاقها .

واما ما احتتمل صاحب الجواهر من ان المراد ان الارض للاول الذي عمرها خصوصاً مع عدم فرض السؤال فيه عن وجود شخص آخر عمرها ففيه ان الظاهر من قوله فان كانت ارض الخ هو تكرار الموضوع السابق ومن المعلوم ان المفروض في الموضوع السابق هو وجود شخص آخر عمرها وعليه فالظاهر من قوله ولمن عمرها هو المعمر الثاني خصوصاً بعد التمهيد بقوله فان الارض لله الخ .

وايضاً يعارض تلك النصوص صحيحة الكابلي عن ابي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين انا و اهل بيتي الذين اورثنا الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا فمن احبب ارضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي وله ما اكل منها فان تركها واخربها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها واحياها فهو احق بها من الذي تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي وله ما اكل

منها حتى يظهر القائم عليه السلام من اهل بيتى بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم
منها كما حواها رسول الله (ص) ومنعها الا ما كان فى ايدي شيعتنا فانه يقاتعهم على ما
فى ايديهم ويترك الارض فى ايديهم (الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩)

فان الظاهر من قوله « فهو احق بها من الذى تركها » وقوله « يخرجهم » وقوله
« يقاتعهم » هو عدم مالكية المحبى لها واحتمال ان الارض ملك للمحبى ولكن عند ظهور
القائم عليه السلام تزول ملكيته كما ترى .

ثم ان التعبير فى صدر الرواية بان الارض كلها لنا ، لا يوجب الاعراض عنها بعد
امكان حمله على ملكية التصرف والملك بالضم او على ملكية الرقبة لكن بالملكية
الطولية كملكية المولى لعبده وما ملكه العبد بناء على صحة مالكية العبد، وبالجملة
اجمال صدرها لا يضر بظهور ذيلها .

نعم ينافى صحيحتنا معاوية بن وهب والكابلى مع صحيحة الحلبي : قال سالت
اباعبدالله عليه السلام عن الرجل ياتى الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارها
ويعمرها ويزرعها ، ماذا عليه ؟ قال الصدقة ، قلت فان كان يعرف صاحبه قال فليؤد
اليه حقه . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩)

اذا المراد من الحق اما اجرة الارض مع نفس الارض او الاجرة فقط او نفس
الارض فقط وعلى كل تقدير تدل الرواية على عدم زوال حق المحبى الاول .
ولكن صحيحة الحلبي اعم منهما حيث تشمل ما اذا صارت الارض خربة
باهمال المحبى الاول وامتناعه وما اذا صارت خربة لاباهماله وامتناعه ، ومقتضى
القاعدة هو تخصيصها بهما والحكم بزوال حقه فى صورة الاهمال والامتناع .
واما الجمع بينهما بالتفصيل بين كون المالك معروفا وكونه مجهولا وحمل
الصحيحين على الثانى وحمل صحيحة الحلبي على الاول كما قد يظهر من المحقق

في الشرايع ففيه اشكال لدلالة صحيحة معاوية بن وهب على خلافه لما سياتى .
ويعارضها ايضا صحيحة عمر بن يزيد عن ابي سيار مسمع بن عبد الملك :

قال قلت لابي عبد الله (ع) انى كنت وليت الغوص فاصبت اربعمائة الف درهم وقد جئت بخمسها ثمانين الف درهم وكرهت ان احبسها عنك واعرض لها وهى حقك الذى جعل الله تعالى لك فى اموالنا فقال مالنا من الارض وما اخرج الله منها الا الخمس ؟ يا ابا سيار الارض كلها لنا فما اخرج الله منها من شىء فهو لنا قال قلت له انا احمل اليك المال كله فقال لى يا ابا سيار قد طينناه لك وحملناك منه فضم اليك مالك وكل ما فى ايدى شيعتنا من الارض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان فى ايدى سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فياخذ الارض من ايديهم ويخرجهم صغرة . (الوسائل ج ٦ ص ٣٨٢)

وفى نسخة الكافى : فيجيبهم طسق ما كان فى ايديهم وترك الارض فى ايديهم واما ما كان فى ايدى غيرهم فان كسبهم من الارض حرام . . . (الوسائل ج ٦ ص ٣٨٢)

فان ظاهرها ان الارض المحيية باقية على ملك الامام .
ولكنها مشتملة على ان الارض كلها للامام وهو مستغرب . اللهم الا ان يختص بارض السائل التى وليها اوبارض الانفال كما قيل اويحمل على الملكية الطولية .
وايضاً مشتملة على ان احياء غير الشيعة لا يفيد شيئاً بل كان كسبهم من الارض حراماً وهو ايضاً فى غاية الاشكال ، اذ المعلوم من سيرة الائمة (ع) والاصحاب خلافه ، اللهم الا ان يحمل على ان حكمه الواقعى الحرمة واما بحسب الحكم الظاهرى فهم كالشيعة فى كون احيائهم موجبا للحق فافهم .

ثم انه حكى عن بعض الاعلام تضعيف الرواية باشتراك عمر بن يزيد ، ولكن
يمكن ان يقال ان نقل مثل حسن بن محبوب هذه الرواية عنه يوجب الوثوق بكون
المذكور فى سند هذه الرواية هو الثقة منهما ، هذا مضافاً الى ما حكاه فى منتهى
المقال عن تعليقة البهبهاني من استظهار اتحاد عمر بن يزيد الصيقل مع عمر بن يزيد
البياع السابري فى ذيل احمد بن الحسين بن عمر بن يزيد فتامل .

ويعارضها ايضا صحيحة حسن بن محبوب عن عمر بن يزيد :

قال سمى رجلا من اهل الجبل يسال ابا عبد الله (ع) عن رجل اخذ ارضاً
مواتاً تركها اهلها فعمرها وكرى انهاها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلا وشجراً ،
قال فقال ابو عبد الله (ع) : كان امير المؤمنين (ع) يقول : من احبب ارضاً من
المؤمنين فهى له وعليه طسقاها يؤديه الى الامام فى حال الهدنة ، فاذا ظهر القائم فليوطن
نفسه على ان تؤخذ منه . (الوسائل ج ٦ ص ٣٨٢)

لانها ظاهرة ايضا فى ان الارض المحيية باقية على ملك الامام (ع) ولذلك
قال فيه فليوطن المحيى نفسه على ان تؤخذ الارض منه عند ظهور القائم (ع) و
يعضد ذلك جعل الطسق اذا الطسق كالأجرة لا يوافق الملك .

ولكن يشكل بان ظاهرها وجوب الطسق مع ان الاصحاب لم يلتزموا به ، اللهم
الان يقال ان وجوبه ليس فعلياً جمعاً بينها وبين اخبار التحليل كالصبيحة السابقة فانها تدل
على تحليل كل ما كان فى ايدى شيعتهم من الارض بدون الطسق .

وكيف كان ان الروايات الدالة على ملكية الارض لمحبيها معارضة بهذه
الروايات الاربعة الظاهرة فى عدم مالكيته ويمكن الجمع بينهما بحمل اللام (فى من
احيا ارضاً مواتاً فهى له) على حق الاختصاص بالمنفعة او الانتفاع ، بل لعله مقتضى
الجمع العرفى ، وعليه فلا معارضة بينهما .

وقد يقال ان هذه الطائفة الدالة على بقاء ملكية الامام عليه السلام قد اعرض

عنها الاصحاب فتسقط عن الحجية ، واجيب عنه بان اعراض الجميع غير ثابت بل ظاهر عبارة الشيخ فى جهاد المبسوط واحياء مواته عكسه حيث قال فى الاول فان احياها احد من المسلمين كان اولى بالتصرف ويكون للامام طسقتها ، وفى الثانى اذا تحجر ارضاً وباعها لم يصح بيعها وفى الناس من قال يصح وهو شاذ فاما عندنا فلا يصح بيعه لانه لا يملك رقبة الارض بالاحياء وانما يملك التصرف بشرط ان يودى الى الامام ما يلزمه عليها ، بناء على ان المقصود من التحجير هو الاحياء كما هو الظاهر من كلامه .

ثم ان الظاهر من احياء موات المختلف ان الشيخ ذهب فى النهاية الى ان المحيى يصير املك بالتصرف ولا يصير مالكا للرقبة ومخالفه هو ابن ادريس فراجع .
وتسالم الجميع على عدم وجوب الطسق بالفعل لاجل اخبار التحليل لايدل على اعراضهم عن مفادها .

هذا مضافاً الى انه لو سلم اعراضهم عن مفادها فلعله لاعمال قواعد باب التعارض وترجيح المعارض لا لخلل خاصة فى تلك الاخبار فافهم .
ثم انه قد ذهب بعض الاجلة فى كتاب «اقتصادنا» الى تعارض اخبار المسالة وقال :
فلا بد من حل التعارض ويتصور لذلك وجوه :

الاول حمل الطائفة الامرة بالخراج على الاستحباب جمعاً بينها وبين ما هو كالصريح فى عدم وجوبه .

ويرد عليه ان هذا خلط بين الاحكام التكليفية والوضعية لان هذا الجمع انما يصح فى الاحكام التكليفية حيث يحمل الامر الظاهر فى الوجوب على الاستحباب اذا وردت الرخصة على الترتك دون الاحكام الوضعية انتهى .
يمكن ان يقال ان قوله (ع) « فليؤدخراجهما » حكم تكليفى قابل للحمل على الاستحباب .

اللهم الا ان يقال ظاهر قوله «عليه الطسق هو» الحكم الوضعى ، فبقريئة ذلك يحمل قوله « فليؤد خراجها » على الحكم الوضعى ، ولكنه لا ترجيح لهذا الحمل اذ يمكن ايضاً حمل قوله « عليه الطسق » على الحكم التكليفى بقريئة قوله « فليؤد خراجها » كما لا يخفى .

ثم قال : الثانى ان الطائفة الدالة بالصراحة على بقاء مالكية الامام تسقط بالمعارضة مع الطائفة الصريحة فى ارتفاعها وتنتهى النوبة الى الطائفة الاخرى الظاهرة فى ارتفاعها وتملك المحيى للرقبة بالاطلاق ، والوجه فى ذلك ان هذه الطائفة الظاهرة لا يعقل ان تكون طرفاً للمعارضة مع الطائفة الصريحة فى بقاء مالكية الامام ، لان الظهور الاطلاقى لا يعارض الصراحة بل يكون الصريح مقيداً له هذا ولعله لوجوب حمل الظاهر بقريئة الصريح على خلاف الظاهر عرفاً اذ العرف لا يرى بينهما معارضة كما لا يرى بين العام والخاص ثم قال وهذه القاعدة العامة وان لم تكن مقررة عملياً عند الفقهاء ولكنها فى الحقيقة تمديد لقاعدة مقررة عندهم نظرياً وعملياً و هى الرجوع الى العام الفوقى بعد تساقط الخاصين ، فان نفس الفكرة التى تبرهن على ان العام لا يقع طرفاً للمعارضة فى مستوى الخاصين ، تدل على ذلك بالنسبة الى امثال المقام وهذا الوجه يتوقف على تعيين تساقط الصريحين وعدم ترجيح احدهما وسيأتى بيان المرجح انتهى .

وفيه انه لا يكون خبر دال بالصراحة على ارتفاع مالكية الامام اذ كلها مستند

الى ظهور « اللام »

نعم يمكن ان يقال ان خبر عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال سئل وانا حاضر عن رجل احبى ارضاً وانا فكرى فيها نهرا وبنى فيها بيوتاً وغرس نخلاً وشجراً فقال هى له وله اجر بيوتها وعليه فيها العشر - الحديث (الوسائل ج ١٧

ص ٣٢٧)

كالصريح فى انقطاع صلة الامام برقبة الارض لاقتصاره على ذكر العشر وهو الزكاة فى مقام تحديد ما عليه .

ولكنه محل منع لان غايته هو الظهور المقامى وهو لو لم يكن اهون من الظهور اللفظى لا يكون اقوى منه .

واما ما عن بعض الاعلام من ان ظهور اللام فى الملكية فى هذا الخبر اقوى من غيره لرجوع ضمير هى الى امور بعضها ملك قطعاً بناء على رجوع الضمير الى جميع ما ذكر قبله ، ففيه انه غير ثابت لاحتمال رجوعه الى الارض الموات فتدبر جيداً .

ثم قال : الثالث مبنى على انقلاب النسبة بدعوى ان النصين متعارضان بنحو التباين واخبار التحليل تقيد النص الدال على عدم تملك المحيى وثبوت الخراج عليه وتخرج من تحته الافراد الذين يشملهم التحليل فيصبح النص بسبب ذلك اخص مطلقاً من النص النافى للخراج مطلقاً وترتفع المعارضة بالتخصيص .

واورد عليه مضافاً الى الاشكال فى كبرى انقلاب النسبة ان انقلاب النسبة بين العامين المتباينين انما يتم اذا ورد خاص موافق لاحدهما مخالف للاخر ليحمل العام الموافق على مورد الخاص ، وفى المقام اخبار التحليل وان كانت مخالفة او مخصصة لما دل على ثبوت الخراج الا انها ليست موافقة للعام النافى للخراج الدال على تملك المحيى لرقبة الارض لان ظاهر العام النافى للخراج هو بيان الحكم الالهى الكلى لالتحليل المالكى كما هو مفاد اخبار التحليل .

ثم قال : الرابع ان النصين متعارضان ويرجح النص الدال على تملك المحيى لرقبة الارض اما للشهرة واما لموافقته لعمومات السنة القطعية حيث ان جملة « من احبب ارضاً مواتاً فهى له » متواترة اجمالاً وهى دالة باطلاق اللام على الملكية

فتكون مرجحاً للنص الدال على تملك المحيي للارض .

ثم قال والجواب عنه ما ذكرناه فى الاصول من ان شهرة الخبر بالدرجة التى لا تؤدى الى القطع بصدوره ليست مرجحة وكذلك موافقة السنة القطعية ، مضافاً الى ان السنة لم تصل الى حد التواتر فى المقام انتهى .

وفيه ان قوله (ع) فى اخبار المرجحات « لاريب فيه » اضافى لاحقيقى كما قيل فيشمل الشهرة الروائية التى لا تؤدى الى القطع بالصدور ولكنه لا يخلو عن كلام لان حمل قوله « لاريب فيه » على عدم الريب الاضافى خلاف الظاهر والتفصيل فى محله .

ثم قال : الخامس ان النص الدال على عدم تملك المحيي للرقبة وبقائها على ملكية الامام هو المرجح فى مقام التعارض وذلك لان النص الاخر المعارض له مخالف لعموم الكتاب ومظنة للثمة ، اما عموم الكتابى فهو قوله تعالى : لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ، فان هذه الآية حكمت بان كل سبب للتملك والاكل باطل الا التجارة عن تراض ومن الواضح ان تملك مال الامام بالاحياء ليس تجارة عن تراض فهو باطل باطلاق الآية الكريمة ، فيكون ما دل على عدم تملك المحيي لرقبة الارض موافقاً لاطلاق الكتاب فيقدم ، كما ان اصالة الجهة فيه قطعية دون ما دل على تملك المحيي فتدبر جيداً انتهى .

وفيه ان الآية الشريفة لا تدل على الحصر اذ ذكر التجارة من باب المثال والا فالحياسة والهبة وامثالهما من الاكل الغير الباطل فلا عموم لها حتى يدل على بطلان كل سبب للتملك ، فلاينا فى ما يدل على تملك المحيي مع الآية الشريفة .
(راجع اقتصادنا ص ٦٥٨-٦٦١)

فتحصل ان مقتضى الجمع بين الاخبار هو القول بان الاحياء لا يفيد الاكون

المحبي املك بالتصرف وهذا القول هو الذى ذهب اليه الشيخ الطوسى فى جهاد المبسوط واحياء مواته ونقله العلامة فى المختلف عنه قائلاً بان مخالفه هو ابن ادريس و نسب ذلك القول الى المحقق الثانى ايضاً و فى النسبة نظر و الى صاحب الكفاية وصاحب المفاتيح والشهيد الثانى مع عدم جزمه به .

ولكن بشكل ذلك بان السيرة مستمرة على بيع رقبة الارض ووقفها وجعلها مسجداً مع انه لا يبيع ولا وقف الا فى ملك . اللهم الا ان يقال انه يكفى فى صحة البيع والوقف كون بعض الاراضى مملوكة كالمشترأة عامرة من اليهود والنصارى او الموهوبة عن الامام لبعض الناس ، هذا مضافاً الى احتمال استناد السيرة الى الفتاوى . ومع ذلك كله فالمسألة لا تخلو عن اشكال .

(هـ) و لعله لا طلاق قوله صلى الله عليه وآله : من احبى ارضاً مواتاً فهى

له ، فانه يبدل بعمومه على ان الاحياء سبب شرعى لحصول الملك مع حصول شرائطه .

ولكن يخصه الصحيح الكابلى المتقدم حيث قال : فمن احبى ارضاً من

المسلمين ... ، و ظاهره اعتبار كون المحبى من المسلمين و اظهر منه صحیحة عمر ابن يزيد المتقدمة حيث خصص التحليل بما كان فى ايدى الشيعة ثم قال : و اما ما كان فى ايدى غيرهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا و ياخذ الارض من ايديهم و يخرجهم منها صغرة . (الوسائل ج ٦ ص ٣٨٢)

واما ما فى الجواهر من ان الصحيح الكابلى لا ينافى ما دل على الاعم فلعله

لما يقال من ان العام والخاص كليهما مثبتان فلا منافاة بينهما وبين المطلقات ما لم يحرز وحدة السبب ، ولكن بشكل عليه بان قوله : فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ... ليس مثبتاً بل هو ينفى الملكية ، اللهم الا ان يقال ان هذه القطعة من الرواية معرضة عنها فافهم .

و قال فى الجواهر ايضاً : مضافاً الى ما يمكن القطع به من ملك المسلمين مايفتحونه عنوة من العامر فى ايدى الكفار وان كانوا قد ملكوه بالاحياء ، و لو كان احيائهم فاسداً لعدم الاذن لوجب ان يكون على ملك الامسام و لا اظن احداً يلتزم به .

و فيه ان عدم التزامهم به لعله لذنابهم الى العمل بالروايات الدالة على ملكية المحيى مطلقاً ، والا فلا مانع منه جمعاً بين الاخبار ، ولكن الانصاف ان رفع اليد عن السيرة القائمة على ملكية الكافر المحيى مشكل جداً .

قال في الشرايع: الأرض المفتوحة عنوة للمسلمين قاطبة فلا يملك احد رقبتهها ولا يصح بيعها ولا رهنها ، (٤) ولو ماتت لم يصح احيائها لان المالك لها معروف وهو المسلمون قاطبة و ما كان منها هواتا وقت الفتح فهو للإمام . (٧)

(٦) الظاهر من النصوص انها ملك لعنوان المسلمين واليك بعضها :

صحيحة محمد الحلبي قال سئل ابو عبدالله عليه السلام عن السواد ما منزلته فقال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، فقلت الشراء من الدهاقين ، قال لا يصلح الا ان يشتري منهم على ان يصيرها للمسلمين فان شاء ولي الامران ياخذها اخذها قلنا فان اخذها منه قال يرد اليه رأس ماله و له ما اكل من غلتها بما عمل . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٦)

والمراد من ارض السواد هي الارض التي فتحت في زمن عمر بن الخطاب وهي سواد العراق .

ولا يخفى ظهور هذه الصحيحة باعتبار صدرها من قوله : هو لجميع المسلمين ، و ذيلها من قوله : على ان يصيرها للمسلمين ، في ان المالك هو عنوان المسلمين لا الاحاد .

ولا وجه لاستبعاد ملكية العنوان مع ظهور الرواية فيها و معهودية مالكية العنوان والجهة عند العرف كما لكية عنوان الكعبة والمسجد و جهة الامامة والدولة

و نحوها .

ومثل هذه الصحيحة فى الظهور ، رواية محمد بن شريح ، قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء الارض من ارض الخراج فكرهه وقال انما ارض الخراج للمسلمين ، الحديث .
(الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٥)

و رواية ابي بردة بن رجا قال : قلت لا يبيع الله عليه السلام كيف ترى فى شراء ارض الخراج قال ومن يبيع ذلك هى ارض المسلمين ، الحديث . (الوسائل ج ١١ ص ١١٨)

و رواية ابي الربيع الشامى حيث قال فيه : فانما هى فىء للمسلمين .
(الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٤)

ولا ينا فى الظهور المذكور ما فى مرسله حماد من ان الارضين التى اخذت عنوة بخيل و رجال فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها ويحييها ، (الوسائل ج ١١ ص ٨٤) بل يعضده كما لا يخفى .

ومما ذكر يظهر ما فى المحكى عن جماعة منهم الشهيد والمحقق الاردبيلى من ان الرقبة فى الاراضى الخراجية غير مملوكة بل معدة لمصالح المسلمين والمسلمون مصرف لحاصلها ، وقال المحقق الاردبيلى : لو كانت الرقبة ملكا للمسلمين لما جاز تقبيلها من احدهم لان اجارة الارض ممن يملك جزءاً منها غير جائزة وايضاً لجاز ان ينقل بعضهم حصته من الارض الى غيره انتهى .

ولا يخفى ان المحذورين المذكورين يلزمان بناء على ملكية آحاد المسلمين لا على ما قلنا من ملكية العنوان وطبيعى عنوان المسلمين كما لا يخفى . ثم ان الظاهر من الروايات المذكورة عدم صحة بيع رقبة الارض المفتوحة عنوة و انما يصح البيع باعتبار الحق المتعلق بها و المتيقن من الحق هو الآثار . ولكن استشكل فيه صاحب الرياض عند ذكر احكام الارضين فى كتاب الجهاد

بان الآثار الموجودة فيها يومئذ يعم الآثار الموجودة وقت الفتح التي بها خرجت عن الموات وصارت فيئاً للمسلمين كافة وحكمها حكم نفس الارض (في كونها) للمسلمين بلا خلاف لا يجوز التصرف فيها ببيع ونحوه وتخصيصه بالآثار المتجددة المملوكة للمتصرف فيها باذن الامام وان امكن و لكنه بعد في بعد انتهى موضع الحاجة منه .

وعليه فليحمل الحق في الروايات كرواية ابي بردة :

قال قلت لابيعبدالله عليه السلام كيف ترى في شراء ارض الخراج قال ومن يبيع ذلك هي ارض المسلمين ، قال قلت يبيعها الذي هي في يده ، قال ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثم قال لا باس اشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه و لعله يكون اقوى عليها واملى بخراجهم منه . (الوسائل ج ١١ ص ١١٨)

على حق الاولوية او على المنفعة التي يستحقها من الارض بسبب التقبل من ولي الامر بناء على ارادة مطلق النقل من لفظ البيع كما في بيع خدمة العبد المدبر . ولكن الثاني خلاف الظاهر لان الظاهر من قوله : يحول عليه حق المسلمين ، ان المشتري هو المحول عليه في الخراج دون البايع مع ان الخراج على المتقبل من السلطان لاعلى المستاجر من المتقبل فحمل الرواية على اجارة المنفعة حمل بعيد عن ظاهر الرواية فاذا لم يمكن حمل الحق على الآثار او على المنفعة تعين حمله على حق الاولوية .

ولكن لما كان «الحق» اعم من الآثار التي اوجدها من هي في يده كما يناسبه الحكم والموضوع فلا يتعين حمله على حق الاولوية بل يعمه .

واما الاحتمالات الاخر ففاسدة او بعيدة كما بين وجه بعدها وفسادها المحقق

الاصفهانى في تعليقه على بيع المكاسب فراجع .

واما القول بجواز بيع الرقبة تبعاً للآثار كما نسب الى المشهور فلاموجب له مضافاً الى منافاته مع صحیحة الحلبي وغيرها الدالة على ان الاراضى الخراجية مملوكة للمسلمين وانها موقوفة متروكة . واما رواية ابراهيم بن ابى زياد قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن الشراء من ارض الجزية قال فقال اشترها فان لك من الحق ما هو اكثر من ذلك (الوسائل ج ١١ ص ١١٩) وغيرها من الاخبار المجوزة لشراء رقبة الارض فهى واردة فى ارض الجزية وارض اهل الذمة لافى ارض الخراج ومن المعلوم ان اراضى اهل الجزية واهل الذمة ملك لهم .

ومما ذكر يظهر ما فى دعوى جواز بيع اراضى الخراج للآحاد مستدلابان لهم فى ذلك قسماً لانها اراضى المسلمين ، اذ قد عرفت انها ليست ملكاً للآحاد بل تكون ملكاً للعنوان فليس للآحاد فيها قسم .

ثم ان كون الاراضى المفتوحة عنوة للمسلمين مشروط بان يكون الفتح باذن الامام عليه السلام و الا كانت ملكاً له عليه السلام و يدل عليه مرسله العباس الوراق عن رجل سماه عن ابى عبدالله عليه السلام ، قال اذا غزا قوم بغير اذن الامام فغنموا كانت الغنيمة كلها للامام ، واذا غزوا بامر الامام فغنموا كان للامام خمس (الوسائل ج ٦ ص ٣٦٩) و ضعف سنده منجبر باستقرار مذهب الاصحاب عليه كما قيل ولكنه لا يخلو عن اشكال بعد وجود ادلة اخرى فى المقام .

ويدل عليه ايضاً رواية ابى حمزة عن ابى جعفر عليه السلام ، وفيها : والله يا ابا حمزة ما من ارض تفتح ولا خمس يخمس فيضرب على شىء منه الا كان حراماً على من يصيبه فرجاً كان او مالا الحديث (الوسائل ج ٦ ص ٣٨٥) .

بناء على تعدد العنوان وكون الارض المفتوحة غير خمس يخمس كما يقتضيه ظاهر العطف فان الارض المفتوحة حينئذ منحصرة فى المفتوحة عنوة التى فتحت

من غير اذن الامام فان غيرها اما ملك للامام او ملك لاربابها و لا موجب لحمل
الرواية على حرمة مقدار الخمس منها بعدكون الظاهر منها تعدد العنوان .

ويستدل عليه ايضاً بصحيفة معاوية بن وهب قال قلت لابي عبدالله عليه السلام:
السرية يبعثها الامام فيصيبون غنائم كيف يقسم؟ قال ان قاتلوا عليها مع امير امره
الامام عليهم اخرج منها الخمس لله وللرسول وقسم بينهم ثلاثة اخماس ، و ان لم
يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كل ما غنموه للامام يجعله حيث احب . (الوسائل
ج ٦ ص ٣٦٥)

ويشكل ذلك بان المفهوم من قوله عليه السلام ان قاتلوا عليها مع امير امره
الامام الخ ، هو سلب الخمس عنها فيما اذا قاتلوا من دون امير امره الامام لا كونها
ملك الامام ، اللهم الا ان يقال ان المراد من سلب الخمس عنها كون كلها له عليه السلام .
وظاهر عبارة الشيخ في آخر المكاسب المحرمة امكان القول بعدم اعتبار
اذن الامام ، حيث قال : مع انه يمكن ان يقال ان عموم ما دل من الاخبار الكثيرة
على تقييد الارض المعدودة من الانفال بكونها مما لا يوجب عليه بخيل ولا ركاب
وعلى ان ما اخذت بالسيف من الارضين يصرف حاصلها في مصالح المسلمين معارض
بالعموم من وجه لمرسلة الوراق ، فيرجع الى عموم قوله تعالى : واعلموا انما
غنمتم من شىء فان لله خمسه وللرسول ولذو القربى ، فيكون الباقي للمسلمين اذ
ليس لمن قاتل شىء من الارضين نصاً واجماعاً .

و اجاب عنه المحقق الاصفهاني في تعليقه على بيع المكاسب بان النوبة
لا تصل الى المعارضة حتى يرجع الى عموم الآية اما قوله : كل ما لم يوجب
عليه بخيل ولا ركاب فهو من الانفال فهو في مقام بيان تعداد المملكات للامام (ع)
لا في مقام الحصر ، فالموات الذي اوجب عليها و قطايع الملوك و اشباههما كلها

من الانفال مع انها داخلة فى المفهوم بناء على توهمه فمثلها لا مفهوم لها ، و اما اخبار الارض المفتوحة عنوة فجملة منها واردة فى ارض السواد اى العراق وهى مما لا شبهة فى كونها للمسلمين وفى معاملة امير المؤمنين (ع) معها معاملة الارض المخرجية و هل ذلك لعدم اعتبار الاذن او لكونه بمشورته واذنه فغير معلوم ، فلا يصلح سنداً لعدم اعتبار الاذن او دعوى الاطلاق ، وبعضها الآخر وان كان بعنوان ارض الخراج الا انها مسوقة لحكم آخر من عدم جواز بيعها لا انها مسوقة لكونها للمسلمين ، وبعضها الثالث مثل قوله ما اخذ بالسيف فى صحيحى ابن ابي نصر فلا اطلاق له يشمل صورة عدم اذن الامام فانه هكذا :

و ما اخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول الله (ص) بخيبر الى آخر الخبر ، فان ظاهره من ايكال امره الى الامام (ع) انه حكم ما كان امره بيد الامام (ع) . فاما هو حكم كلى لكلى هذا الموضوع و ان لم يتحقق تحققه خارجاً لعدم بسط يد امام العدل او كشفه عن رضاه (ع) به و مثله مرسله حماد الطويلة فانها ظاهرة ايضاً فى ان المفروض فيها صورة مباشرة امام العدل لذلك وعليه فليس فى المقام ما له اطلاق لصورة عدم الاذن ليعارض مرسله الوراق ليرجع الى عموم الآية .

و اما دعوى ان دليل الاشتراط حاكم على دليل المشروط لا انه معارض له ليعامل معه معاملة المتعارضين ، فانما تسلم فيما اذا كان لسان دليل الاشتراط نفى الموضوع بدونه كما فى البيع مثلاً بالاضافة الى الرضا مثلاً فانه مع حصول السبب بشرائطه يتحقق عنوان البيع وهو التمليك ومع عدمه لا تمليك ولا ملكية بخلاف ما نحن فيه فان عنوان الموضوع مثلاً الارض التى اخذت بالسيف والاخذ سواء كان باذن الامام او بغير اذنه محفوظ لا يتغير وانما يختلف حكمه من حيث كونها للامام او للمسلمين وكذا الغنيمة فان مال الكفار باستيلاء المسلمين عليه يحقق

الاعتناء سواء كان اذن اولاً وانما يتفاوت حاله من حيث كونه للامام او للمسلمين ،
انتهى .

ثم انه هل يحصل العلم او العلمى يكون ارض مفتوحة العنوة بشرائطها ومنها
الاذن ، ام لا ، يمكن القول بحصوله فى ارض مكة والكوفة و اراضى السواد اى
العراق كما يدل عليه خبر احمد بن محمد بن ابى نصر وصفوان بن يحيى ، قال
ذكر ناله الكوفة وما وضع عليها من الخراج وما سار فيها اهل بيته فقال من اسلم
طوعاً تركت ارضه فى يده و اخذ منه العشر مما سقى بالسماء - الى ان قال - وما
اخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبله بالذى يرى - الى ان قال - وان مكة دخلها
رسول الله (ص) عنوة و كانوا اسراء فى يده فاعتقهم وقال اذهبوا فانتم الطلقاء
(الوسائل ج ١١ ص ١١٩)

و روايات اخرى دالة على ان اراضى الخراج ارض للمسلمين او على ان
السواد لجميع المسلمين ، فان الحكم بكونها لهم يكشف عن وجود الشرائط فيها
ومنها الاذن ، اللهم الا ان يحمل هذه الاخبار على التقية بدعوى ان تغيير ما صنعه
الخلفاء قبله لم يكن فى وسعه (ع) ظاهراً فلا يكشف عن كون تلك الفتوحات باذنه
و رضاه ولكن لا موجب للحمل على التقية مضافاً الى تسالم الفقهاء على جريان
احكام الخراج على اراضى السواد .

ثم انه ذكرهنا وجوه عديدة لاستكشاف تحقق الاذن فى المفتوحات بعد
النبي (ص) ، منها الاخبار الدالة على صدور عظام الامور من الخليفة الثانى بمشورته
مع على (ع) وانه لم يكن يصدر الا عن امره و رايه .

وفيه اولاً ان هذه الاخبار ضعيفة وثانياً ان دلالتها على المقصود غير واضحة
لوضوح الفرق بين الامر الصادر عقيب المشاورة فى امر كالفتح الذى عزم عليه
الثانى وبين الامر الصادر عقيب الاستيذان للفتح و المحتمل بل المظنون ان

الاورام الصادرة عن سيدنا ومولانا على (ع) في تلك الموارد من قبيل الاول الذي لا يستكشف منه الاذن والرضا باصل الفتح وثالثاً ان تلك الاخبار على فرض صحتها تصحح الفتوحات التي وقعت في زمن الخليفة الثاني دون غيرها فضلاً عن الفتوحات التي وقعت بعده على ايدى بنى امية و بنى العباس من دون مراجعة الى الامام (ع) .

وان شئت تفصيل الوجوه العلية فراجع الى تعليقة المحقق الاصفهاني على بيع المكاسب .

ثم انه بعد ثبوت كون ارض مفتوحة العنوة بشرائطها كان النظر فيها الى الامام (ع) و نائبه لان الارض المذكورة من الامور العامة و امرها بيد الامام (ع) و نائبه .

و يدل على كونه في زمن الحضور الى الامام (ع) رواية صفوان بن يحيى واحمد بن ابي نصر جميعاً قالوا ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج و ما سار فيها اهل بيته فقال من اسلم طوعاً تركت ارضه في يده - الى ان قال - و ما اخذ بالسيف فذاك الى الامام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول الله (ص) بخيبر قبل سوادها و بياضها يعنى ارضها ونخلها والناس يقولون لا تصلح قبالة الارض والنخل وقد قبل رسول الله (ص) خيبر الحديث (الوسائل ج ١١ ص ١٢٠)

و رواية احمد بن محمد بن ابي نصر ، قال ذكرت لابي الحسن الرضا (ع) الخراج و ما سار به اهل بيته فقال العشر ونصف العشر على من اسلم طوعاً تركت ارضه في يده و اخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها و ما لم يعمر منها اخذه الوالى فقبله ممن يعمره و كان للمسلمين وليس فيما كان اقل من خمسة اوساق شىء و ما اخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول الله (ص)

بخبير قبل ارضها ونخلها والناس يقولون لا تصلح قبالة الارض والنخل اذا كان
البياض اكثر من السواد وقد قبل رسول الله (ص) خبير وعليهم فى حصصهم العشر
ونصف العشر . (الوسائل ج ١١ ص ١٢٠)

و بالجمله لا اشكال فيه عند حضور الامام و بسط يده (ع) واما عند الغيبة
فالظاهر ان امرها بيد نوابه (ع) لانها من الامور العامة .

نعم لو كانت الاراضى المذكورة بيد السلطان الجائر يجوز التقبل منه
للاخبار الكثيرة الواردة فى الباب ٢١ من ابواب عقد البيع والباب ٩٢ من كتاب
التجارة والباب ١٨ من كتاب المزارعة والباب ٧٢ من كتاب الجهاد والباب ٤ و
٥ من ابواب زكاة الغلات من كتاب وسائل الشيعة .

منها صحيحة محمد بن مسلم و ابى بصير عن ابى جعفر (ع) انها قالا له
هذه الارض التى يزارع اهلها ما ترى فيها فقال كل ارض دفعها اليك السلطان فما
حرثته فيها فعليك مما اخرج الله منها الذى قاطعك عليه وليس على جميع ما
اخرج الله منها العشر انما عليك العشر فيما يحصل فى يدك بعد مقاسمته لك .

(الوسائل ج ٦ ص ١٢٩)

و اطلاقه يشمل لمثل تصرفات سلاطين مثل اعصار نافلا مجال للتشكيك فى
نفوذ تصرفاتهم بان ماورد من الاخبار ناظرة الى تصرفات سلاطين تلك الاعصار
الذين يرون انفسهم مستحقين لمقام الخلافة .

ثم ان الظاهر من الاخبار هو امضاء عمل الجائر فى الاراضى الخراجية و
لذا جوز بيع ما اخذه الجائر وحملها على التقيه مستبعد بعد امكان عدم التقيه كما
عبر فى بعض الروايات عن تصدى الجائر بالسرقة والخيانة بناء على ان المقصود
منها هو سرقة مقامهم (ع) والخيانة فى حقهم (ع)

والذى يسهل الخطب فى زماننا هذا انا لم نعتز على تصدى الجائر للاراضى
الخراجية بعنوانها كما لا يخفى .

(٧) فى الجواهر بلا خلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلا
عن محكيه مستفيضاً او متواتراً مضافاً الى النصوص التى اشرنا اليها آنفاً ومر كثير
منها فى كتاب الخمس ومنه يعلم انها ليست من الغنيمة لانها قد كانت ما لا للامام
قبل الفتح ولكن يشكل ذلك بما فى الرياض وحاصله ان اطلاق هذه الاخبار التى
تدل على ان الموات للامام معارض مع اطلاق قوله ما اخذ بالسيف فهو للمسلمين
بالعموم من وجه فيتعارضان ويتساقطان لو لم نقل بقوة اطلاق ما ورد فى الاراضى
المفتوحة عنوة للتعبير بالاحياء الذى لا يكون الا فى الموات حيث قال فى مرسله
الحمار : والارضون التى اخذت عنوة بخيل ورجال فهى موقوفة متروكة فى يد
من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم الحديث
وبعد التعارض والتساقط فلا يكون الموات المفتوح عنوة ملكا للمسلمين كما
انه لا وجه لكونها ملكا للامام بل هو من الاراضى المباحة التى من سبق اليها كان
اولى بها .

ثم لا يخفى ان الاجماع المحكى فى المقام ليس بحجة بعد كون المسألة
اجتهادية واحتمال رجوعهم الى المدارك الموجودة .

و اما القول بان ملكية المسلمين للموات المفتوحة عنوة يستلزم ان يغتنم
المسلمون بالفتح ملك الامام لان موات الارض للامام سواء كانت فى بلاد الاسلام
او بلاد الكفر فكما ان المسلمين لا يملكون بالفتح ملك بعض المسلمين لو كان فى
بلاد الحرب كذلك لا يملكون ملك الامام ، ففيه ما لا يخفى لان بعد تمامية مقام
الاثبات لا مانع منه ولعله لتشويق المسلمين للقتال مع الكفار حتى يغتنموا الاراضى

مطلقاً وبصرف منافعها في صلاح امورهم .

هذا مضافاً الى امكان القول بان مقتضى تقييد الارض بكونها لا رب لها في بعض الاخبار الدالة على ان الموات للامام (ع) هو ان الامام او الوالي لا يزاحم ارباب الحقوق في حقوقهم بل له ما لا صاحب له وعليه فشمول ما يدل على ان الموات للامام لمثل الموات المفتوحة عنوة التي تدعى الدولة المغلوبة الولاية عليها مشكل اللهم الا ان يقال ان الولاية التي يدعيها كل دولة او وال على جميع الاراضي المتعلقة بحيطه سلطنتهم غير ممضاة شرعاً فتكون تلك الاراضي مما لارب لها بنحو من الانحاء فافهم .

واما ما يقال من ان الموات قبل الفتح للامام بنحو الملكية كسائر املاكه الشخصية و عليه تخرج الموات المفتوحة عنوة موضوعاً عن الغنيمة التي اخذ في موضوعها كونها ملكاً للكفار وتحت سلطنتهم ، ففيه ان الموضوع في لسان الدليل هو ما اخذت بالسيف لا العنوان المذكور ومن المعلوم ان عنوان ما اخذت بالسيف يشمل كل ما اخذت بالسيف اعم مما يكون ملكاً لهم (ع) او غيرهم من المسلمين او الكفار نعم لا يشمل مثل المغصوب فتأمل .

ثم انه لو شك في كون المفتوحة عامرة حال الفتح او مواتاً ذهب في الجواهر الى ان الاصل يقتضى عدم العمارة فيحكم لمن بيده منها شيء بالملك لولا دعاه ولعله لكون الاصل منقحاً لموضوع - الموات كلها للامام - اذ بعد جريان الاصل المذكور يشمله القول المزبور فيجوز احيائه . هذا كله بناء على عدم كون الموات المذكور للمسلمين .

قال في الشرايع: وكذا كل ارض لم يجز عليها ملك مسلم (٨)
 وكل ارض جرى عليها ملك مسلم فهي له ولورثته بعده (٩)
 وان لم يكن لها مالك معروف فهي للامام (١٠) ولا يجوز احيائها
 الا باذنه ولو بادر مبادر فاحياها من دون اذنه لم يملك (١١)
 وان كان الامام غائباً كان المحيي احق بها مادام قائماً بعمارتها
 فلو تركها فبادت آثارها فاحياها غيره ملكها ومع ظهور
 الامام (ع) يكون له رفع يده عنها (١٢) وما هو بقرب العامر
 من الموات يصح احياءه اذا لم يكن مرفقاً للعامر ولا حريماً
 له (١٣)

(٨) ان اريد بهذه الكلية اثبات ملكية ما عمره الكفار للامام (ع) فقد دل
 عليها بعض صحاح الاخبار حيث صرح فيه بان كسب غير الشيعة في الاراضي حرام
 ولكن يعارضه صحيحنا محمد بن مسلم وابي بصير فانهما تدلان على اثبات ملكيتهم
 بالاحياء ، مضافاً الى منافاة هذه الكلية لقوله في السابق من ان القول بملكية
 الكافر حسن .

و اما ان اريد بها ان كل ما عمره غير المسلم من الارض ثم ماتت فهو للامام (ع) فهو منقوض بما ملكه الذمي في بلاد الاسلام من الاراضي المعمورة ثم عرض لها الموات كما صرح به في الجواهر ولكنه لا يخلو عن مناقشة لامكان ان يقال بزوال ملك الذمي بعروض الموات وصيرورته ملكا للامام .

ثم قال في الجواهر نعم الظاهر عدم الفرق بين الموات وبين المعدة للانتفاع في كونهما للامام كما صرح به في المسالك وغيرها لا لاندراجها في اسم الموات فانك قد عرفت عدمه عرفاً بل للنصوص الواردة في تعداد الانفال المصرحة بان منها مضافاً الى الموات ، كل ارض لارب لها ولا ريب في شمولها للفرض الذي يمكن ان يكون منه شطوط الانهار .

(٩) مفروض المسألة ان مالكتها او وارث مالكتها معروف ومقتضى العبارة ان الارض له ولورثته بعده وان ترك الانتفاع بها وعلم كون مالكيته لها بالاحياء فضلا عما لم يعلم كما عن المبسوط والمهذب و السرائر و الجامع و التحرير و الدروس و جامع المقاصد ، ولكن في محكي التذكرة انه ملك للمحيى الثاني ، واختاره في محكي الوسيلة والروضة بعد ان حكاه عن جماعة وفي محكي الكفاية انه اقرب وعن المفاتيح انه اوفق بالجمع بين الاخبار وعن جامع المقاصد انه مشهور بين الاصحاب .

واستدل للاول كما في الجواهر باصالة بقاء الملك وبخبر سليمان بن خالد عن الصادق (ع) :

قال سئلته عن الرجل ياتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها ما ذا عليه قال الصدقة (الزكوة) قلت فان كان يعرف صاحبها قال فليؤد اليه حقه . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٩)

بناء على ان المقصود من اداء الحق اداء نفس الارض او الاجرة فانه ينافى ملكية المحيي الثاني للرقبة .

وبالنسبة لعمري (ص) ليس لعرق ظالم حق . (بحار الانوار ج ١٠٤ ص ٢٥٥)

وفيه ان الاصل دليل حيث لا دليل فمع قيام الاخبار لا مورد له، منها صحيحة معاوية بن وهب : سمعت ابا عبد الله يقول ايما رجل اتى خربة باثرة فاستخرجها وكرى انهارها و عمرها فان عليه الصدقة فان كانت ارض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فآخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولمن عمرها الحديث (الوسائل ج ١٧ ص ٣٢٨)

وناقش صاحب الجواهر في دلالة هذه الصحيحة باحتمال كون المراد انها للاول الذي عمرها خصوصاً مع عدم فرض السؤال فيه عن وجود شخص آخر عمرها ، ولكنها غير واردة لان الظاهر من قوله : فان كانت ارض الخ ، هو تكرار الموضوع السابق ومن المعلوم ان المفروض في الموضوع السابق هو وجود شخص آخر عمرها وعليه فالظاهر من قوله : ولمن عمرها ، هو المعمر الثاني خصوصاً بعد التمهيد بقوله فان الارض لله ، ولعله لذلك سلم صاحب الجواهر هذا الظهور في كتاب الجهاد ذيل قول المصنف : و كل ارض موات سبق اليها سابق فاحياها كان احق بها فان كان لها مالك معروف فعليه طسقتها .

ومنها صحيحة الكابلي وفيها : والارض كلها لنا فمن احياها من ارضنا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام (ع) من اهل بيتي وله ما اكل منها فان تركها او آخربها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و احياها فهو احق بها من الذي تركها يؤدى خراجها الى الامام من اهل بيتي وله ما اكل حتى يظهر

القائم من اهل بيتى بالسيف فيحويها و يمنعها و يخرجهم منها كما حواها رسول الله (ص) ومنعها الا ما كان فى ايدى شيعةتنا يقاطعهم على ما فى ايديهم وترك الارض فى ايديهم . (الكافى ج ١ ص ٤٠٧)

و الاشكال فيها كما فى الجواهر بانها من المتشابه الذى يرد علمه اليهم (ع) ضرورة انه ان كان المراد وجوب دفع الخراج على المحيى للارض الميتة فسى زمن الغيبة التى لامام فيها من اهل البيت الا القائم روحى له الفداء الذى ذكره الصحيح المزبور فهو لا يرجع الى حاصل - الى ان قال - مضافاً الى ما ذكره من الاشكال فى آخره من انتزاع الارض من يدها لكها و الى ما عرفته من اعراض المشهور عنه .

فى غير محله لا مكان الجمع بينها و بين ما دل على عدم وجوب الخراج بحملها على بيان الاستحقاق و لا مكان القول بان الاحياء لا يوجب ملكية الرقبة كما مر احتمالها بل هى ملك للامام فلا مانع من انتزاع الارض من يد من تصرف فيها فتأمل . ولا مكان المنع من اعراض المشهور عنه لاحتمال ان يكون ذلك لاعمال قواعد باب التعارض وترجيح غيرها عليها .

هذا مضافاً الى نقل صاحب الجواهر فى خاتمة القسم الثانى من كتاب الجهاد فى ذيل قوله : وكل ارض موات سبق اليها سابق فاحياها كان احق بها الخ، عن الشهيد والعلامة وغيرهما العمل بهذه الروايات ونقل العلامة فى كتاب الجهاد من المختلف عن ابن حمزة وابن البراج العمل بما رواه معاوية بن عمار فى الصحيح . وايضاً نقل العلامة فى كتاب احياء الموات من المختلف عن الشيخ فى النهاية فتوى يظهر منه انه عمل بصحيفة الكابلى فراجع .

ان قلت كيف يجمع بين هاتين الصحيحتين وخبر سليمان بن خالد وصحيفة

الحلبى قلت يمكن الجمع بينهما بحمل الصحيحتين على ما اذا كانت الخبرة من جهة الامتناع عن ادامة التعمير وخبر سليمان على ما اذا كانت الخبرة من غير ناحية الامتناع .

أو بحمل الصحيحتين على ما اذا كان المالك مجهولاً ولكنه مشكل فإن صحيحة معاوية بن وهب تدل على مالكية المعمر الثانى و ان جاء المحيى الاول و من المعلوم ان المحيى الاول بعد مجيئه معلوم ومع ذلك حكم فيها بكونها للمعمر الثانى .

وكيف كان يقوى القول بملكية المحيى الثانى جمعاً بين الاخبار فيما اذا امتنع الاول من ادامة التعمير كما حكى عن المفاتيح وغيره ولكنه لا يخلو عن المنع لامكان القول باحقية الثانى للانتفاع وملكية الاول واستحقاقه للاجرة جمعاً بين الأدلة ومراعاة لحق المالك المعلوم وحق الاحياء الثانى كما عن المسالك، اللهم الا ان يقال ان الظاهر من صحيحة الكابلى بل صحيحة معاوية بن وهب هو زوال حق المحيى الاول ولذلك لم يثبت فيهما على المحيى الثانى الورد الطسق الى الامام لا الى المحيى الاول فتدبر .

ثم انه لا فرق فى ما ذكرنا بين كون تملك الاول بالشراء او العطية او الارث او بمباشرة الاحياء لاطلاق الأدلة ، نعم فى محكى التذكرة بعد قبول خروج الارض عن ملك مالكةا بموتها نقل الاجماع على عدم زوال الملكية عن الاول اذا كان تملكه بالشراء او الارث ، ولكن قال فى الجواهر : وبالجمله المسلم من الاجماع المزبور اذا ملكه بغير الاحياء كالشراء من الامام مثلاً اما اذا كان اصل الملك بالاحياء ثم باعه من آخر او ورثه منه آخر فالظاهر جريان البحث فى بقاء الملك لمن هوله على نحو الملك بالاحياء .

و ايضاً لا فرق بين كون المحيى الاول مسلماً او ذمياً لاطلاق الأدلة ، و عليه
فلا وجه لتقييد المتن بالمسلم .

ثم لا يخفى ان هنا كليات اخرى تناسب المقام .

منها : كل ارض ترك اهلها عمارتها كان للامام تقبيلها ممن يقوم بها و عليه
طسقتها لاربابها ذكر المنصف هذه الكلية فى خاتمة القسم الثانى من كتاب الجهاد
و صدقها ولكن السابقين كما فى جهاد الجواهر كانت عبارتهم اخص و يظهر منهم
الاختصاص بالارض التى اسلم عليها اهلها و يوافقه صحيحة احمد بن محمد بن ابي
نصر قال ذكرت لابي الحسن الرضا (ع) الخراج و ما ساربه اهل بيته فقال العشر
على من اسلم طوعاً تركت ارضه فى يده و اخذ منه العشر و نصف العشر فيما عمر
منها و ما لم يعمر منها اخذه الوالى قبله ممن يعمره و كان للمسلمين الحديث (الوسائل
ج ١١ ص ١٢٠)

ومضمرة صفوان بن يحيى و احمد بن محمد بن ابي نصر جميعاً قالوا ذكرنا
له الكوفة و ما وضع عليها من الخراج و ما سار فيها اهل بيته فقال من اسلم طوعاً
تركت ارضه فى يده و اخذ منه العشر مما سقى بالسما و الا نهار و نصف العشر مما
كان بالرشا فيما عمروه منها و ما لم يعمره منها اخذه الامام قبله ممن يعمره و كان
للمسلمين و على المتقبلين فى حصصهم العشر او نصف العشر و ليس فى اقل من
خمسة او سق شىء من الزكاة الحديث . (الوسائل ج ١١ ص ١٢٠)

ثم ان مقتضى اطلاق الروايتين هو عدم بقاء حق لمن لم يعمر . و حمل ما لم
يعمره على خصوص موات الاصل لا وجه له بعد اطلاقه و شموله لما خربت و
صارت مواتاً بالترك ، و عليه فالروايتان تؤكدان ما مر فى صحيحة معاوية بن وهب

وصحيحة الكابلي من انهما تدلان على زوال حق المحبي الاول بصيرورتها موافقاً بالامتناع ، ولكن ذكر بعض الاصحاب كالفاضلان وثاني الشهيدين وغيرهم على ما في الجواهر وجوب اعطاء الطسق لما لكه ولا وجه له ظاهر أبعد اطلاق الروايتين المذكورتين ، نعم قال في الجواهر : ولعله للجمع بين الحقيين و لخبري الحلبي وسليمان بن خالد الذين قد يظهر منهما بقاؤها على ملك الاول كما صرح به في الروضة ، وفيه ان الجمع بين الحقيين فيما اذا لم يدل دليل على عدم استحقاق من لم يعمر ومع دلالة الدليل كالروايتين المذكورتين لا مورد له .

هذا مضافاً الى ما مر من امكان حمل خبري الحلبي و سليمان بن خالد على صورة عدم الامتناع من التعمير ، وعليه فلا يجب على الامام اعطاء الطسق فيما اذا امتنعوا عن التعمير بخلاف ما اذا لم يعمروا غفلة او نسياناً او خوفاً من ظالم او عجزاً عن التعمير ، فان مقتضى خبري الحلبي وسليمان بن خالد هو وجوب اعطاء الطسق بناء على ارادة الاجرة من قوله : فليؤد اليه حقه ، فافهم .

ثم ان تصدى الامام لذلك مع ان مقتضى صحيحة معاوية بن وهب هو جوازه لكل احد ، لعله لدفع حدوث النزاع والخصومة بين من اسلم طوعاً وغيرهم . ثم ان وجه قوله : و كان للمسلمين ، انه ولى المسلمين واخذ الارض بهذا المنصب وقبلة لمن يعمر ، فالمنافع الحاصلة من فعله للمسلمين .

ثم قال في الجواهر في آخر عبارته في كتاب الجهاد : من ان هذا كله في الارض المملوكة التي ترك اهلها عمارتها فخربت ولم تصل الى حدالموات . و لا وجه له ظاهر لان قوله عَلَيْهِ في الروايتين : وما لم يعمره ، اعم من التي وصلت الى حدالموات .

ومنها الكلية المذكورة في خاتمة القسم الثاني من كتاب الجهاد : كل ارض

موات سبق اليها سابق فاحياها كان احق بها فان كان لها مالك معروف فعليه طسقتها، وقال صاحب الجواهر لا يبعد القول بصحتها في الموات بالعرض بملاحظة النصوص السابقة وغيرها كقول ابي جعفر الباقر عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم : ايما قوم احيوا شيئاً من الارض وعمروها فهم احق بها ، وغيره بل ظاهر بعضها عدم الفرق بين موات المفتوحة عنوة وغيره وبين معلومة المالك وغيره نعم تترتب عليه الاجرة في معرفة المالك ولو المسلمين .

ثم قال ولعل هذا حكم خاص بالارضين بخلاف غيرها من الاموال خلافاً لما يظهر منه في المقام حيث ذهب الى انه لا مخرج عن قاعدة قبح التصرف في مال الغير فضلاً عن ان تحصل له احقية بذلك على وجه لا يجوز انتزاعها منه . كما ان الكلية المذكورة في عبارة المحقق هناك تخالف الكلية المذكورة هنا ، وكيف كان فالعبارات مشوشة والاقرب هو ما ذكرنا من قوة القول بملكية المحيي الثاني وعدم وجوب الطسق لمالكة كما حكى عن جماعة بل عن المشهور ، نعم ينبغي تقييد ذلك بما اذا امتنع عن ادامة التعمير والافعليه الطسق له جمعاً بين الاخبار وهذا كله فيما اذا كان المحيي الاول معروفاً و اما اذا لم يكن معروفاً فسياتي حكمه .

(١٠) قد عرفت ما ذكرناه فيما اذا كان المالك معروفاً فضلاً عما اذا لم يكن لها مالك معروف ، فلا مجال للتامل في زوال حق المحيي السابق، ومقتضى اطلاق ادلة الترخيص هو جواز الاحياء للثاني واستحقاقه للاولوية وليس عليه شيء بعنوان الطسق لا طلاق الاخبار الدالة على زوال حق المحيي السابق بالموت ومما ذكرنا يظهر ما في الجواهر حيث قال بل لم اعرف وجهه ضرورة كونها من مجهول المالك مع فرض عدم زوال ملك الاول بالموات وعدم هلاكه - الى ان قال -

اللهم الا ان يثبت من الادلة اخراج خصوص الارض من بين مجهول المالك فى كونها للامام ولو لاندراجها فى الخبرة التى ورد فى النصوص انها من الانفال او فيما لارب له خصوصاً مع عدم العلم بوجود المالك او قلنا بخروجها عن ملك الاول بالموت اذا فرض ان ملكه لها بالاحياء و لكن قد عرفت ما فى الاخير انتهى .

اذ بعد زوال حق المحيى الاول لا مجال لدعوى كونها من مجهول المالك و قد عرفت قوة القول بخروج الارض عن ملك المحيى الاول بعروض الموت فراجع .

(١١) وفيه كما فى الجواهر ان العمومات المزبورة تقضى الاذن فى الاحياء فلا يكون ح مورد لما ذكره المصنف الا فى الزمان السابق على صدورهما او يمنع دلالتها على الاذن وفيه البحث السابق .

(١٢) قال فى الجواهر وربما قيل مستند التفصيل المزبور النصوص المزبورة ، وفيه انه ليس فى شىء منها ما يدل على ذلك فى الجملة الا صحيح الكابلى المشتمل على الطسق المؤدى للامام (ع) من اهل البيت و لذا قال فى المسالك انه ظاهر فى حال وجود الامام وان كان فيه ان قوله بعد ذلك فيه الى ان يظهر القائم الى آخره ظاهر فى زمن الغيبة بل قديداً على ظهوره فى عدم الطسق ح - الى ان قال - مضافاً الى ما فى ذلك من المنافات لما ذكره اولاً من انه متى جرى عليها ملك مسلم كانت له ولورثته مع فرض كونه معيناً فكيف يملكها الثانى (المحيى الثانى) ولو لم يكن ملكاً تاماً انتهى موضع الحاجة منه .

وفيه انه وان كانت عبارات المحقق قدس سره غير خالصة عن التشويش والاضطراب الا ان صيرورة المحيى الثانى احق بالنسبة الى الارض المتروكة وزوال

حق المحيي الاول هي مقتضى النصوص كما مر سابقاً. منها صحيحة الكابلي ومنها صحيحة عمر بن يزيد ، وقد عرفت ان اشتغال صحيحة الكابلي على وجوب الطسق لبيان استحقاقهم الطسق لا وجوب ادائه في زمن الغيبة جمعاً بينها وبين ما دل على عدم الوجوب .

ثم ان الظاهر من المتن هو ان المصنف عمل بصحيحة الكابلي حيث افتى بمفادها فافهم .

(١٣) اما صحة الاحياء في قرب العامر فلاطلاق الادلة واما الشرط المذكور فلما سيأتي في الشروط .

قال في الشرايع ويشترط في التملك بالاحياء شرط خمسة (١٤)
الاول ان لا يكون عليها يد مسلم فان ذلك يمنع من مباشرة الاحياء
لغير المتصرف . (١٥)

(١٤) قال في الجوامر : نعم زاد في الدروس على ذلك كله قصد التملك
وفي المسالك ان المصنف اشار اليه بذكر الشرائط المزبورة للتملك الذي هو
ارادة الملك فيستلزم القصد بخلاف ما لو جعلها شرطاً للملك .
وفيه انه لا دليل على اشتراط ذلك بل ظاهر الادلة خلافه و الاجماع مظنة
عدمه لا العكس ، كما ان دعوى الانسباق من النصوص ولا اقل من الشك واضحة
المنع وان مال اليه في الرياض لذلك وعدم ملك الوكيل او الاجير الخاص لا لعدم
قصد تملكهما وقصد تملك غيرهما بل لصيرورة الاحياء الذي هو سبب الملك لغيرهما
بقصد الوكالة والاجارة فيكون الملك له فلا يستفاد من ذلك اشتراط قصد التملك
كما توهم بل لا يستفاد منه اعتبار عدم قصد العدم فضلا عن القصد ضرورة ظهور
الادلة في انه متى وجد مصداق احياء ترتب الملك عليه و ان قصد العدم لان
ترتب المسبب على السبب قهري وان كان ايجاد السبب اختيارياً .

اللهم الا ان يشك في السبب ح و فيه منع لاطلاق الادلة بل لعل ما سمعته من ملك الموكل والمستاجر بفعل الوكيل والاجير الخاص وان لم يقصد الاحياء دليل على ما قلنا فتأمل جيداً فانه دقيق جداً فالمتجه ح ارادة الملك من التملك و انكار ذلك شرطاً انتهى .

وفيه انه وان اجاد في عدم شرطية قصد التملك ولكنه ذهب الى عدم لزوم القصد في الاحياء مع ان الاحياء الذي هو السبب للملكية كسائر الافعال لا يستند الى الشخص بدون القصد ومن المعلوم ان الاحياء ما لم يستند الى شخص لا يوجب له الملكية او الاحقية ولا نعى بلزوم قصد الاحياء قصد عنوان الاحياء بل يكفي قصد ما يصدق عليه بالحمل الشايح الصناعي عنوان الاحياء و لا اقل من الشك في اطلاق الادلة بالنسبة الى الاحياء الذي وقع من دون قصد فافهم .

(١٥) في الجواهر : بلا خلاف اجده بين من تعرض له ، نعم عن بعضهم ترك هذا الشرط معللاً بان اليد ان لم ترجع الى احد هذه الامور لا اثر لها وفيه ان فائدتها تظهر مع اشتباه الحال فانها محكومة باحترامها ما لم يعلم فسادها وان لم يعرف خصوص الموجب لها انتهى موضع الحاجة .

و اورد عليه في جامع المدارك بانه يمكن ان يقال مع الشك في الملكية او الاستحقاق لا مجال للاحياء مع اشتراط عدم الملكية و عدم الاستحقاق لكون الشبهة مصداقية الا ان يتمسك بالاصل ، لكن مع البناء على الاحتياط في الاموال لايجرى الاصل فلا حاجة الى اليد .

وفيه انه ان اريد بالاصل الذي لايجرى في المقام اصالة البرائة فهو كذلك بناء على ما ذكره بعض اعظام مشايخنا مدظله من تعميم نفي الحلية في قوله عَلَيْهِ : لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه ، بالنسبة الى الحلية الواقعية و الحلية

الظاهرية ، فان مفاده ح : انه لا يحل واقعا ولا ظاهراً التصرف فى مال امرء مسلم الا اذا احرز طيب نفسه بالتصرف و هو حاكم على ما دل على البرائة شرعية كانت او عقلية .

لا يقال لا يمكن التمسك بالقول المذكور فى المشكوك كونه مالا له او لغيره لكون الشبهة مصداقية ، لانا نقول لانتمسك فى المشكوك المزبور بالقول المذكور حتى يلزم ذلك بل نقول لامجوز للتصرف فى المشكوك بعد حصر المجوز فى احراز طيب نفس المالك كما لا يخفى .

واما ما ذكره الميرزا النائيني ره على ما فى تقريرات بحثه للكاظمى ره فى وجه عدم جريان البرائة فى باب الدماء والفروج والاموال من ان تعليق الحكم على امر وجودى يقتضى احرازه فمع الشك فى تحقق ذلك الامر الوجودى الذى علق عليه الحكم يبنى ظاهراً على عدم تحققه لا من جهة استصحاب العدم اذ بما لا يكون لذلك الشئء حالة سابقة قابلة للاستصحاب بل من جهة الملازمة العرفية بين تعليق الحكم على امر وجودى وبين عدمه عند عدم احرازه و هذه الملازمة تستفاد من دليل الحكم ولكن لا ملازمة واقعية بل ملازمة ظاهرية اى فى مقام العمل يبنى على عدم الحكم مع الشك فى وجود ما علق الحكم عليه ويترتب على ذلك فروع - الى ان قال - ومنها اصالة الحرمة فى باب الدماء والفروج والاموال فان الحكم بجواز الوطى مثلاً علق على الزوجية وملك اليمين والحكم بجواز التصرف فى الاموال قد علق على كون المال مما قد احله الله كما فى الخبر : لا يحل مال الا من حيث ما احله الله ، فلا يجوز الوطى او التصرف فى المال مع الشك فى كونها زوجة او ملك اليمين او الشك فى كون المال مما قد احله الله .
ففيه منع اذ لا يساعده العرف ولا يبنى عند الشك فى وجود ما علق عليه

الحكم على عدم الحكم فمع الغمض عما ذكره بعض اعظم مشايخنا مدظله في
تقريب حديث لا يحل ، لا مانع من جريان البرائة .

هذا مضافا الى امكان ان يقال ان البرائة الشرعية من مصاديق عنوان: حيث
ما احله الله، فافهم .

وكيف كان فان كان المقصود من الاصل الذى قال فى جامع المدارك بعدم جريانه
هو اصالة البرائة فله وجه كما ذكرنا مضافا الى امكان ان يقال : ان مادة الحفظ
والاحترام يقتضيان الاجتناب عن الموارد المشكوكة والمحتملة ولذا يجب على
العبد حفظ ابن المولى عن موارد احتمال الهلاك اذا قال له المولى يجب عليك
حفظ ابني من الهلاك . فما دل على وجوب حفظ الفروج والاموال والنفوس أو
على احترامها كقوله (ص) حرمة مال المسلم كحرمة دمه يكفى فى اثبات اصالة الحرمة
فى الموارد المشكوكة وعدم جريان البرائة، فافهم .

واما ان كان المقصود من الاصل الذى لا يجرى هو الاستصحاب ففيه منع
لان الاصل الموضوعى لا مانع من جريانه حتى فى الاموال والفروج ولذا يجرى
استصحاب عدم الرضاع فيتزوج واستصحاب عدم الحيض فيجامع و استصحاب
عدم حيازة الغير فى المباحات فيحاز بل يجرى فى الدماء ايضاً كما اذا شك فى كون
زيد باقياً على الاسلام ام لا .

نعم لا يجرى فيما اذا ادعى من يستحق الحد التوبة لقولهم : الحدود تدرء
بالشبهات ، فلا وجه لعدم جريانه والاجماع أو السيرة القطعية على لزوم الاحتياط
فيها وعدم اجراء الاصل دليل لبي يقتصر فيه على المتيقن .

وعلى هذا فلا مانع من جريان استصحاب عدم ملكية الموات أو عدم

استحقاقه لاحد فيخرج المورد عن كونه شبهة مصداقية ففائدة هذا الشرط اى ان لا يكون في يد مسلم تظهر مع اشتباه الحال كما ذكره في الجواهر .

واما الدليل على الشرط المذكور فهو اصالة احترام اليد مع امكان دعوى انصراف ادلة سببية الاحياء عن المورد المذكور ولا اقل من الشك خصوصاً بعد ملاحظة تقييد بعض الادلة كقوله (ص) : من احبى ميتة فى غير حق مسلم فهى له ، فانه وان كان عامياً لم يوجد فى طرقنا الا انه يمكن اخذه دليلاً مستقلاً بناء على ما قال فى الجواهر بانه منجبر بعمل الاصحاب .

ولكنه لا يخلو من المناقشة لان الانجبار فرع استناد الاصحاب فى فتواهم اليه وهو غير معلوم لاحتمال استنادهم الى غيره من الادلة .

واما الاستدلال بصدق الظلم كما فى الجواهر ، فيه ان الحرمة التكليفية لا تنا فى الصحة الوضعية كما ان البيع وقت النداء حرام ومع ذلك لا يبطل ، فلا مانع من القول بسببية الاحياء فى المقام مع الاعتراف بكونه ظلماً قبيحاً حراماً ، والفرق بين المقام والبيع وقت النداء بما قيل من ان امضاء الشارع غير تأسيسه فيمكن الجمع بين امضاء صحة المعاملة مع حرمتها التكليفية بخلاف تأسيس سببية الاحياء و حرمة التكليفية فانه لا يمكن الجمع بينهما لانه قبيح ، كما ترى فان سببية الاحياء ايضاً امضائى وعلى فرض كونه تأسيساً ليس الفرق بين الامضاء والتأسيس واضحاً .

قال في الشرايع الشرط الثاني ان لا يكون الموات حرماً عاماً لعامر
كالطريق والشرب وحریم البئر والعين والحائط (١٦) فحدد
الطريق لمن ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة خمسة
اذرع وقيل سبع اذرع فالثاني يتباعد هذا المقدار (١٧) وحریم
الشرب بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافيته (١٨) ولو كان
النهر في ملك الغير فادعى الحریم قضى له به مع يمينه في وجه
لانه يدعى ما يشهد به الظاهر وفيه تردد . (١٩) و حریم بئرا
المعطن اربعون ذراعاً وبئر الناضح ستون ذراعاً (٢٠) وحریم العين
بالف ذراع في الارض الرخوة وفي الصلبة خمسمائة ذراع . (٢١)
وقيل حد ذلك ان لا يضر الثاني بالاول (٢٢) والاول اشهر

وحریم الحائظ فی المباح مقدار مطرح ترا به نظراً الى اساس
 الحاجة اليه لو استهدم . (٢٣) و قيل للدار مقدار مطرح ترا بها و
 مصب مائها و مسلك الدخول والخروج (٢٤) و كل ذلك انما يثبت له
 حریم اذا ابتكر في الموات اماما يعمل في الاملاك المعمورة فلا (٢٥).
 فرع : لو احسب ارضا وغرس في جانبها غرساً تبرز اغصانه
 الى المباح او تسرى عروقه اليه لم يكن لغيره احيائه ولو حاول
 الاحياء كان للغارس منعه (٢٦)

(٢٦) لا يخفى ان الامور المذكورة بمقدار يتوقف الانتفاع بالعامر عليه
 عرفاً مما لا كلام فيه لانها من حقوق مالك العامر عرفاً ولم يردع عنها الشارع ،
 وبعد وضوح ذلك لا مجال للتمسك باطلاق ادلة جواز احياء الموات لانها قاصرة
 عن شمول الموارد التي يتعلق بها حق الغير كما لا يجوز احياء الموات التي تحقق
 التحجير فيها أو الموات التي كانت محياة باحياء المسلم ثم خربت من دون اهمال
 مع كون مالكها في صدد تعميرها لتعلق حق الغير به .

ثم ان صاحب الجواهر قدس سره استدلل لهذا الشرط بمفهوم المرسل : من
 احسب ميتة في غير حق مسلم فهي له ، و استشكل فيه بمنع المفهوم في الجملة
 الشرطية ويمكن الجواب عنه بان المنع فيما اذا لم تكن الجملة الشرطية في
 مقام التحديد .

نعم لا حاجة الى ذلك الاستدلال بعد ما عرفت من قصور ادلة جواز الاحياء بالنسبة الى الموارد التي تعلق بها حق الغير ، على ان المفهوم المذكور لا يثبت الموضوع اذا اغمضنا عما قلنا من ان الامور المذكورة من حقوق مالك العامر عرفاً .

واستدل لهذا الشرط ايضاً بصحيفة محمد بن عبدالله على الظاهر قال سالت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً و اقل و اكثر ياتيه الرجل فيقول له اعطني من مراعى ضيعتك و اعطيك كذا و كذا درهماً ، قال اذا كانت الضيعة له فلا بأس . (الكافي ج ٥ ص ٢٧٦)

و استشكل فيه في جامع المدارك بان المفروض فيه وجود الحدود للضيعة لا تعيين الحدود فمن الممكن تحقق الحدود لها بالتحجير أو بنحو آخر كما لو كانت لها قطعاً تكون مزرعة على التبادل فمع عدم الزرع تكون مرتعاً ومرعى هذا مضافاً الى ان الحريم بالمعنى المذكور في كلماتهم ما يكون ملكاً بالتبع أو متعلقاً للحق وعلى كلا التقديرين يكون في صورة كون الضيعة مشتركة فلا بد ان يكون تصرف بعض الشركاء باذن سائر الشركاء و مع موت بعضهم ينتقل الى الورثة الكبار و الصغار والغائبين و السيرة على التصرف بدون مراعات الاذن بل يتصرف بعض السالكين مع عدم كونه مالكا للارض نعم الظاهر انه يتحقق الملكية أو الاحقية بالنسبة الى ما يتوقف الانتفاع عليه كالطريق والشرب وايضاً لازم ما ذكر عدم جواز بناء الدار لبعض اهل البلد في بعض اطراف البلد ولعل السيرة على خلافه حيث يلاحظ من التوسعة في كثير من البلاد و بناء الابنية فمع كون الحريم ملكاً للجميع أو متعلقاً لحقوقهم كيف يجوز ذلك . انتهى .

وفيه مواقع للنظر منها ان ترك الاستفصال عن كون الحدود حدوداً عرفية او

حدوداً معينة بالتحجير يكفي في كون حدود الضيعة مما يتعلق به حق مالك الضيعة فلا يشملها ادلة جواز احياء الموات . نعم اثبات الحدود لكل مزرعة بهذه الرواية مشكل ، والمتيقن منها هو القرية ، فالقرية ان كانت لاحد فحدودها العرفي ايضا له وان كانت للاحد فحدودها لهم .

ومثل هذه الرواية خبر ادريس بن زيدا وصحيحه عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته وقلت جعلت فداك : ان لنا ضياعاً ولها حدود وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه ايحل له ان يحمي المراعى لحاجته اليها فقال اذا كانت الارض ارضه فله ان يحمي ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه ، قال وقلت له ، الرجل يبيع المراعى فقال اذا كانت الارض ارضه فلا باس . (الكافي ج ٥ ص ٢٧٦)

ومنها ان مجرد قيام السيرة على التصرف في الحدود من دون مراعات الاذن لا يدل على عدم كون الحدود ملكاً او حقاً اذ لا ينافي ذلك مع ملكيتها او حقيقتها كما قام السيرة على التوضى واخذ الماء للشرب من الانهار الكبار مع انها ملكا لمالكها . ومنها ان القطعات المزروعة على التبادل تكون ملكاً او حقاً فتخرج عن محل الكلام اذ الكلام في الحدود الخارجة عن الملك او الحق . ومنها ان توسعة بناء الابنية في القرية او البلدات نافي ملكية الحریم او حقيته ، اذ مع ازدياد اهلها و توسعة ابنتها ينتقل الحریم عن موضعه الى موضع آخر كما عليه السيرة .

وكيف كان فالمرعى العرفي مما يتعلق بمصالح العامر ولا يجوز احيائه لغير مالكة كسائر ما يتعلق بمصالح العامر ويجوز بيعه لمالكة كما صرح به خبر موسى بن ابراهيم عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن بيع الكلاء والمراعى فقال لا باس به

قدحمى رسول الله ﷺ النقيع لخييل المسلمين ، ولا يخفى ان تذييل قوله لا باس به بقوله قدحمى رسول الله ﷺ الخ لم يظهر لنا وجهه .

نعم يعارض ما ذكره خير اسماعيل بن مرار عن يونس عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل المسلم تكون له الضيعة فيها جبل مما يباع ياتيه اخوه المسلم وله غنم قد احتاج الى جبل يحل له ان يبيعه الجبل كما يبيع من غيره او يمنعه من الجبل ان طلبه بغير ثمن وكيف حاله فيه وما يخذل قال لا يجوز له بيع جبله من اخيه لان الجبل ليس جبله انما يجوز له البيع من غير المسلم .
(الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٦)

ولكنها لا تقاوم ما مر من جهات كما لا يخفى .

ثم انه هل يكون الحدود المذكورة ملكاً او حقاً قديقال ان التعبير بالبيع فى خبر موسى بن ابراهيم وخبر ادريس بن زيد والتعبير بالاعطاء المقصود به البيع فى صحيح محمد بن عبد الله يشهد بالملكية كما عن الشيخ وبنى البراج وحمزة وادريس وسعيد والفاضل وولده وغيرهم .

ولكنه محل تامل بل منع لصدق البيع مع عدم كونه ملكاً كصدفه على بيع حق التحجير وحق السرقة .

ومما ذكر يظهر ما فى عبارة الجواهر من استظهار الملكية من لفظ الاعطاء .
ثم اضاف فى الجواهر بانه مكان استحققه بالاحياء فهو ملكه كالمحيى ، وفيه ان مجرد التبعية لا يدل على الملكية كما ان دخوله مع المعمور فى بيعه وعلم جواز احيائه لغيره بدون اذن المحيى لا يلازم الملكية لصحة الامور المذكورة مع كونه حقاً ايضاً .

ثم قال : ولان الشفعة ثبتت فى الدار بالشركة فى الطريق المشترك المصرح فى النصوص المزبورة ببيعه معها ولعل مقصوده قدس سره ان اثبات الشفعة فيه قرينة لكونه

مملوكا اذ لاشفعة الالشرىك فى الملك ، ولكن يمكن منع اختصاص الشفعة بالشريك فى الملك اذ دليله مطلق كقوله (ع): لاشفعة الالشرىك غير مقاسم . (الوسائل ج ١٧ ص ٣١٦) فلان منع من كون الطريق متعلقا لحق مالك الدار ويجىء فى بيع الدار المنقسمة مع الطريق حق الشفعة باعتبار الطريق المذكور كما يجىء فى بيع الطريق المشترك حق الشفعة ويؤيد ذلك قوله **بإتلاف** : الشفعة جائزة فى كل شىء من حيوان اوارض او متاع الحديد (الوسائل ج ١٧ ص ٣١٩) فليتأمل .

هذا مضافاً الى امكان الاستظهار من بعض النصوص كحسنة منصور بن حازم قال سالت ابا عبد الله **بإتلاف** عن دار فيها دور و طريقهم واحد فى عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه فى الطريق ان ياخذوا بالشفعة ، فقال ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلاشفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة . (الوسائل ج ١٧ ص ٣١٨)

ان مورد الدليل هو ما اذا كان الطريق مملوكاً اذ المفروض هو تقسيم الدار بينهم عدم مقدار يمكن لهم الذهاب والاياب الى سهمهم من الدار وهو اجنبى عن المقام اذ الطريق فى المقام ليس مملوكا مشتركاً .

اللهم الا ان يقال ظاهر ترك الاستفصال فيه عدم الفرق بين كون الدار مقسومة بعد ان كانت مشتركة وبين كونها غير مشتركة فتأمل .

ثم قال فى الجواهر: انه يمكن دعوى كونه محببى باعتبار ان احياء كل شىء بحسب حاله قياساً بعرصة الدار .

ولكنه مشكل للفرق بين عرصة الدار وبين المراعى والمزابل فى صدق المحياة على الدار دون المراعى والمزابل . نعم لا يبعد صدقها على الطريق الذى احدثه الحكومة او الناس فليتأمل وكيف كان فالاقوى ان ما يتعلق بمصالح العامر يكون متعلقاً بحق مالك العامر .

(١٧) بعد ما عرفت من ان ما يتعلق بصالح العامر من الحقوق العرفية ، يمكن القول بان مقداره يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة وان ماورد فيه من خمسة اذرع او السبعة حكم سلطاني فلا استمرار له وليس حكماً تعدياً مستمراً كما تشهد له نفس اختلاف الروايات في التحديد .

ويقرب بما ذكرنا من جامع المقاصد والمسالك من حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق وان لا يخلو عبارة الثاني عن الاشكال حيث قال : فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة الى الزائد على المقدار اما التقصان فلا اذ مقتضى ملاحظة مقدار الحاجة هو الحكم بجواز الاقل من التحديد المزبور فيما اذا لا تكون حاجة اليه ، واما القول بانه احداث قول ثالث فيه ما لا يخفى اذا لاجماع في المقام محتمل المدرك فلا يكون كاشفاً .

ثم لو اغمضنا عما ذكر وجعلنا التحديد تعبداً شرعياً فالمتيقن من التحديدات الواردة هو صورته التشاح كما يتضح ذلك من ملاحظة الروايات .

منها : مارواه الشيخ بسند موثق عن حسن بن محمد بن سماعة عن جعفر والميثمي (وهو احمد الميثمي كما يظهر من المراجعة الى الروايات المنقولة قبل هذه الرواية وبعدها وهو موثق) والحسن بن حماد عن ابي العباس البقباق عن ابي عبد الله عليه السلام قال : اذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم اربع اذرع فقال ابو عبد الله عليه السلام بل خمس اذرع . (التهذيب ج ٧ ص ١٣٠)

ويظهر من المختلف شذوذ القائل به حيث قال في الفصل الرابع من كتاب الاجارة وتوابعها : مسألة : حد الطريق في المبتكر سبع اذرع وقيل خمس ، لنا رواية مسمع بن عبد الملك الخ ولذا رجح في الرياض الروايات الدالة على سبعة اذرع . ويمكن ان يقال عدم القول به يمكن لعدم الظفر به لانه لم ينقل في الباب المناسب . مضاف الى ان سبع اذرع اوفق بالاحتياط فلعلهم بعد تعارض الروايات

ذهبوا الى الاوفق بالاحتياط من باب التخيير ، وكيف كان فلا يسقط الرواية عن الحجية خصوصاً مع عمل بعض الاكابر بها كالمحقق هنا وفي مختصر النافع والفاضل في القواعد وولده ونسبته الى كثير من الاصحاب على المحكى في الرياض .
ثم الظاهر من الرواية كما في جامع المدارك هو صورة الاختلاف بين السبع والاربع لامطلق التشاح .

ومنها ما رواه في الكافي عن عدة من اصحابنا عن سهل بن زياد عن محمد ابن الحسن بن شمون عن عبدالله عبدالرحمن الاصم عن مسمع بن عبدالملك عن ابي عبدالله (ع) قال قال رسول الله ﷺ ما بين بئر المعطن اربعون ذراعاً وما بين بئر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين خمسمائة ذراع والطريق اذا تشاح عليه اهله فحده سبعة اذرع . (الكافي ج ٥ ص ٢٩٥)

ومنها ما رواه ايضا في الكافي عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبدالله (ع) ان رسول الله ﷺ قال ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعاً وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين السبعون ذراعاً يعني القناة خمسمائة ذراع والطريق يتشاح عليه اهله فحده سبعة اذرع (الكافي ج ٥ ص ٢٩٦)

ورواه في التهذيب بالسند المذكور هكذا : و الطريق اذا تشاح عليه اهله فحده سبعة اذرع . (التهذيب ج ٧ ص ١٤٥)

ومنها النبوي اذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع اذرع .

وهذه الروايات كما ترى لادلالة لها بالنسبة الى غير صورة التشاح ، فلا تشمل ما اذا توافق المالكان على الاقل او على الاكثر من الحد المذكور في الروايات .
وهكذا ما اذا جعل المالك بين ملكيها طريقاً وما اذا اراد المحيي الاول ان يحيى

بعدهما احياء اولاشيئا آخر يحتاج معه الى الطريق .

ومما ذكر يظهرهما في عبارة الجواهر حيث قال : وفي الرياض تفسير المبتكر بالملك المحدث في المباح من الارض اذا تشاح اهله فحده خمس اذرع وفيه ان المسالة غير خاصة في صور التشاح بل لو اتفق المالكان على الاقل لم يجز لهم ذلك في الطريق العام انتهى .

لما عرفت من انه لا دليل على المنع فيما اذا اتفقا على الاقل .

ثم ان الاختلاف المذكور في الروايات بين السبع والخمس يوجب تعارضهما والحكم بالتخيير ان لم يكن مرجح لاحدهما واما مع المرجح فالعمل بذى المرجح متعين .

قال في الرياض بعد نقل الرواية الدالة على السبع : وهو قوى للاصل الذي مضى والمراد منه اصاله حل المنع من الاول عن مقدار السبع الذي هو المتيقن في جوز احياء ما تعلق به حق الغير ، ولتعدد الرواية كما سيأتي اليه الاشارة وقوة بعضها سنداً اذ ليس فيه سوى السكوني الذي حكى فيه انه ممن اجمع اصحابنا على تصحيح ما يصح عنه واعتزادها مع ذلك بالشهرة مع شذوذ القائل لها كما عرفته انتهى .

وفيه اولاً المنع من اصاله حل المنع من الاول عن مقدار السبع بعدمعارضته باصاله برأية ذمة المحبى الثاني عن وجوب اجتناب الازيد من الخمس ، هذا مضافاً الى انه لم يثبت ان له المنع بعد وقوع الكلام في ان الطريق هل يكون خمس اذرع او سبع اذرع ولعله الى ذلك اشار في الجواهر بقوله : وان كان هو لا يخلو من شىء فافهم .
وثانياً المنع من اقوائية السبع بعدما عرفت من احتمال عدم ظفرهم بمادل على الخمس او ذهابهم الى السبع من باب كونه اوفق بالاحتياط .

فلاقوى هو التخيير الخبرى كما ذهب اليه فى جامع المدارك ولكن مع ذلك لايبعد ترجيح ما دل على السبع خصوصاً مع اعتضاده بما روى فى المستدرک عن نوادر الراوندى بسند صحيح والجعفریات عن النبى ﷺ انه قال : والطريق الى الطريق اذا تضايق على اهله سبعة اذرع . (المستدرک ج ٣ ص ١٥٠) .

بناء على ان المراد من قوله : والطريق الى الطريق ، ليس هو الطريق العام المنتهى الى الطريق الخاص والافهواخص من محل الكلام كما لا يخفى .

ثم قال فى جامع المدارك : ولايبعد ان يقال الاخبار المذكورة لاتشمل كل مورد وقع التشاح كما لو وقع التشاح بين عشرة اذرع وخمسة عشر ذراعاً فبعد اتفاق الطرفين فى العشر لا مانع من كون الطريق مقدار العشر ، الا ترى ان الشوارع العامة تكون متسعة ويعامل معها معاملة الطريقة مع انها مستحدثة مسبوقه بكونها مواتا و لعله يشهد لما ذكر الموثق عن ابى عبدالله (ع) قلت له : الطريق الواسع هل يؤخذ منه شىء اذا لم يضرب الطريق قال : لا . (التهذيب ج ٧ ص ١٠٩)

وهو حسن جدا لاختصاص الروايات موضوعاً أو انصرفاً بغير امثال هذه الموارد فتدبر جيداً .

ثم قال فى الجواهر : والظاهر زوال حرمة الطريق باستيجامها و انقطاع المرور عليها وان توقع عودها خلافاً للدروس والمسالك فضلاً عما لو استطرق الناس غيرها وادى ذلك الى الاعراض عن الاول راساً لكون الثانية اسهل و اخصر الذى وافق فى المسالك على ان الظاهر لحقوق حكم الموات للاول مع شهادة القرائن على استمرار الاول على الهجران و ان كان فيه انه لا حاجة الى شهادة القرائن انتهى .

و لكنه لا يخلو عن المناقشة حيث انه ذهب الى ان الطريق ملك لمحيى

طرفيها ومع كونه ملكا لهما كيف يخرج عن ملكهما من دون الاعراض والعجب منه حيث قال في الارض المحيطة التي خربت و كان مالكها معلوماً بعدم زوال ملك الاول بالموات العارض وقال هنا بزواله بالهجران والموات وان لم يتحقق اعراض ، فليتامل .

(١٨) وذلك لما مر من ان ما يتعلق بمصالح العامر لملكه ويؤيده مرفوع على ابن ابراهيم : حریم النهر حافظه وما يليها (الكافي ج ٥ ص ٢٩٦)

(١٩) لا يخفى ان محل الكلام كما صرح به في الجواهر هو ما اذا كان المعلوم هو كون النهر في ملك الغير خاصة من دون يد لذي النهر على حافظه مع احتمال صيرورة النهر ملكا له مجرداً عن جميع توابعه والا فهو خارج عن موضوع المسألة .

واما وجه الترديد، فهو لما قال في الجواهر من ان ثبوت الحریم موقوف على التقدم في الاحياء أو المقارنة وكلاهما غير معلوم لاحتمال تاخره و من ان يد مالك الارض على ملكه الذي من جملة موضع الحریم يمنع من اثباته ومن ثم لم يثبت الحریم للاملاك المتجاورة ، ثم قال : وانما اليد لصاحب الارض و هو اقوى من اقتضاء النهر الحریم على بعض الاحوال فلا يترك المعلوم بالمحتمل ولعله الاقوى و لا ينافي ذلك تبعية الحقوق لاطلاق البيع مثلا فان ذلك لا يفضى بتبعيتها لمطلق الملك الذي يمكن حصوله مجرداً عن جميعها .

(٢٠) و ذلك لقوى السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعاً وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً الحديث . (الكافي ج ٥ ص ٢٩٦ - الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٩)

و مرسلة الصدوق : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله ان البئر حريمها
اربعون ذراعاً لا يحفر الى جنبها بئر آخر لعطن أو غنم . (الفقيه ج ٣ ص ٣٧٤)
ولعل مارواه الغنية عن الاصحاب هو ما نقلناه لا غير .

ثم لا يخفى ما فى الجواهر حيث قال بعد نقل قوى السكونى : وعن قرب
الاسناد انه روى مثل ذلك الا انه زاد : وحريم البئر المحدثه خمسة وعشرون ذراعاً ،
اذ لا يوجد فى قرب الاسناد رواية مثل قوى السكونى بل المذكور فيه مثل
خبر وهب بن وهب السدال على ان حريم البئر العادية خمسون ذراعاً الا ان
يكون الى عطن أو الى الطريق فيكون اقل من ذلك الى خمسة و عشرين
ذراعاً .

ويحتمل اشتباه قرب الاسناد بالكافى حيث روى فى الكافى عن عدة من
اصحابنا عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسن بن شمون عن عبد الله بن عبد الرحمن
الاصم عن مسمع بن عبد الملك عن ابي عبد الله عليه السلام مثل ما رواه السكونى ، أو
اشتباهه بالجعفرىات حيث روى فيه على ما حكاه المستدرک مثل ما رواه
السكونى الا فى قوله فى الذيل : والطريق الى الطريق اذا تضايق على اهله سبعة
اذرع فتامل .

وكيف كان فلا شبهة فى الاعتماد على قوى السكونى المعترض بما رواه
فى الكافى والجعفرىات وبما رواه الراوندى بسند صحيح فى نوادره عن موسى
ابن جعفر عن آبائه (ع) على ما فى المستدرک و بمرسلة الصدوق كما مرت و بما
رواه الغنية عن الاصحاب على ما فى محكى الغنية وباستفاضة حكاية الشهرة على
مضمونه وبدعوى عمل الاصحاب عليه كما عن التنقيح .

ومما ذكر يظهر مافى محكى المسالك حيث قال : وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم حریم البئر ما يحتاج اليه فى السقى منها و موضع وقوف الناضح و الدولاب و تردد البهائم ومصّب الماء و الموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشية والزرع من حوض وغيره والموضع الذى يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة .

اذ عرفت قوة ما رواه السكونى وتأييده بما ذكر .

واما حديث اختلاف الاخبار ففيه انه لا يعارض رواية السكونى الاصححة حماد بن عثمان المروى فى الكافى ، سمعت الصادق عليه السلام يقول : حریم البئر العادية اربعون ذراعاً حولها ، قال وفى رواية اخرى خمسون ذراعاً الا ان يكون الى عطن أو الى الطريق فيكون اقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعاً .
(الكافى ج ٥ ص ٢٩٦)

ولكن بعد التامل يظهر عدم معارضتها لها اذاطلاق قوله : حریم البئر العادية اربعون ذراعاً حولها يقيد بالتفصيل المذكور فى قوى السكونى فيختص الاربعون ببئر المعطن واما خمسون ذراعاً فهو رواية مرسله منضمة الى صححة حماد بن عثمان فلا عبرة بها فى مقابل قوى السكونى .

ولعل هذه المرسله هى عين رواية وهب بن وهب المروية فى الفقيه عن جعفر بن محمد عن ابيه ان على بن ابي طالب (ع) كان يقول حریم البئر العادية خمسون ذراعاً الا ان يكون الى عطن أو الى طريق فيكون اقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعاً . (الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩)
ولكنها ضعيفة السند غاية الضعف .

وكيف كان فلا مجال لرفع اليد عن قوى السكونى فى المقام ولكن يبقى الكلام فى ان المستفاد منه هو عدم جواز خصوص حفر بئر آخر أو عدم جواز الاحياء مطلقاً بئراً كان أو غيره كزرع أو غرس ، ذهب فى الجواهر الى ان المتجه هو الاعم والاظهر من بعض النصوص والفتاوى خصوص بئر اخرى ضرورة اشتراك الجميع فى الضرر على ذى البئر المزبورة .

وفيه ان ظاهر رواية السكونى هو تحديد الحفر حيث قال : ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح و هكذا ظاهر مرسله الصدوق بل صريحها حيث قال (ص) ان البئر حريمها اربعون ذراعاً لا يحفر الى جنبها بئر اخرى لعطن أو غنم .

واما خبر عبدالله بن معقل عن النبى ﷺ من احتفر بئراً فله اربعون ذراعاً حولها لعطن ماشيته، فليس بحجة و دعوى انجباره بعمل الاصحاب كما ترى لاحتمال استنادهم الى غيره .

هذا مضافاً الى امكان منع اشتراك الجميع فى الضرر مع استثناء ما يحتاج اليه فى السقى منها وموضع وقوف الناضح والدولاب وتردد البهائم ومصب الماء والموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشية والزرع من حوض وغيره والموضع الذى يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة كما عرفته عن الشهيد لان المقدار المذكور حريمها عرفاً فلا ضرر فى احياء ما زاد عليه بزرع أو غرس أو نحوهما كما لا يخفى .

ثم ان التحديد المذكور هل يكون امراً تعبدياً أو يكون من باب الغالب حيث ان الحفر مع الفصل بالمقدار المذكور لا يوجب ضرراً على البئر الاولى بخلاف ما اذا كان الحفر من دون فصل بالمقدار المذكور فانه يوجب الضرر عليها غالباً .

ظاهر العبائر الاول ، ولكن سيأتى فى التحديد بين العينين قوة القول بان الضابط الكلى بعدا استثناء ما يحتاج اليه البئر هو الفصل بمقدار لا يحصل معه ضرر على الاولى . ولذا لو فرض ان الثانية تضر بالاولى وتنقص مائها مع الفصل المذكور فى الخبر كان القول بعدم جواز حفرها قوياً ، كما انه لو فرض ان الثانية لا تضر بالاولى فيما دون البعد المذكور كان القول بجوازه غير بعيد .

واما القول بان حكمة تشريع التحديد رفع النزاع والتشاح الذى ربما يؤدى الى تلف النفوس وغيرها وهى لا تتحقق الا مع القول بالتعبد فقير شديد بعد امكان رفع النزاع و التشاح بالرجوع الى العلامات أو بالرجوع الى الحاكم الشرعى .

(٢١) يدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن ابى عبدالله (ع) قال يكون بين البئرين ان كانت ارضاً صلبة خمسمائة ذراع وان كانت ارضاً رخوة فالف ذراع .
(الكافى ج ٥ ص ٢٩٦)

وعليه عمل الاصحاب كما فى الجواهر فلا مجال لتضعيف سنده بعد العمل به .
و به يقيد ما فى مرسل حفص عن ابى عبدالله (ع) يكون بين العينين الف ذراع . (الكافى ج ٥ ص ٢٩٣)

مضافاً الى عدم مقاومة المرسله مع ما رواه المشايخ الثلاثة من حيث السند .
وهكذا الكلام فى رواية مسمع بن عبد الملك عن ابى عبدالله (ع) قال قال رسول الله (ص) ما بين العين الى العين خمسمائة ذراع . (الكافى ج ٥ ص ٢٩٥)
وفى قوى السكونى عن ابى عبدالله (ع) ان رسول الله ﷺ قال ما بين العين الى العين يعنى القناة خمسمائة ذراع . (الكافى ج ٥ ص ٢٩٦)

واستشكل في جامع المدارك بان التقييد فيما اذا كان كل منهما على نحو ضرب القانون حتى يخصص ويقيد بما دل على التفصيل المذكور وهو مشكل . ولعل مقصوده دام ظله هو استبعاد صدور هذه الروايات على نحو ضرب القانون لورودها في مقام العمل فمن المستبعد ان يكون الحكم مقيداً ومع ذلك لم ينبه (ع) عليه في المجلس .

ولكن يمكن ان يقال : انه لا استبعاد في صدور قوله (ع) ما بين العين الى العين خمسمائة ذراع ، في مورد كانت الارض المسئولة عنها ارضاً صلبة وبناء عليه لا يلزم بيان القيد في ذلك المجلس .

هذا لو سلم ان المطلقات في المقام لم تصدر على نحو ضرب القانون والا فلا مجال للاستبعاد المذكور مع كثرة المطلقات والمقيدات في الروايات وعدم المعاملة معهما معاملة المتعارضات فتدبر جيداً .

(٢٢) تدل عليه صحيحة محمد بن الحسين قال كتبت الى ابي محمد (ع) رجل كانت له قناة في قرية فاراد رجل ان يحفر قناة اخرى الى قربه (قرية) له كم يكون بينهما في البعد حتى لا يضر بالاخري في الارض اذا كانت صلبة اورخوة ؟ فوقع (ع) : على حسب ان لا يضر احدهما بالاخري ان شاء الله . (الكافي ج ٥ ص ٢٩٣)

و رواية محمد بن علي بن محبوب قال كتب رجل الى الفقيه (ع) في رجل كانت له قناة في قرية فاراد رجل ان يحفر قناة اخرى فوقه كم يكون بينهما في البعد حتى لا يضر بالاخري في ارض اذا كانت صلبة أو رخوة ؟ فوقع (ع) : على حسب الا يضر احدهما بالآخر ان شاء الله . (التهذيب ج ٧ ص ١٤٦)

وخبر عقبة بن خالد عن ابي عبدالله (ع) فى رجل اتى جبلا فشق فيه قناة
فذهبت قناة الاخرى بماء قناة الاولى قال فقال يتقاسمان بحقائب البئر ليلة ليلة
فينظر ايها اضرت بصاحبها فان رثيت الاخيرة اضرت بالاولى فلتعور . (الكافى
ج ٥ ص ٢٩٤)

وما رواه الصدوق ايضا عن عقبة بن خالد نحو السابق و زاد فيه : وقضى
رسول الله (ص) بذلك وقال ان كانت الاولى اخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب
الاخيرة على الاول سبيل . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٤)

وما رواه الشيخ ايضا عن عقبة بن خالد عن ابي عبدالله (ع) فى رجل احتفر
قناة واتى لذلك سنة ثم ان رجلا احتفر الى جانبها قناة فقضى ان يقاس الماء بحقائب
البئر ليلة هذه ليلة هذه فان كانت الاخيرة اخذت ماء الاولى عورت الاخيرة وان كانت
الاولى اخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاولى شىء . (الوسائل
ج ١٧ ص ٣٤٤)

وحكى هذا القول عن الاسكافى والعلامة فى المختلف والشهيد فى المسالك
ولكن قال فى الجواهر : ولاريب فى قوته لولا الشهرة العظيمة والاجماع المزبور ان
الجابر ان للاخبار المذكورة سنداً ودلالة .

واجاب عنه فى جامع المدارك بانه يمكن ان يقال : لعل اخذ الاصحاب
قدس الله اسرارهم من جهة التخيير الخبرى لا من جهة الاعراض انتهى .
ولقائل ان يقول ان التخيير الخبرى بعد الفراغ عن حجبة كل واحد من
المتعارضين فى حد ذاته واما مع عدم حجبة بعض الاطراف لضعف سنده فلامجال
له فيكشف اخذ الاصحاب بالروايات الدالة على التحديد بالالف فى مورد وخمسامة
فى مورد آخر مع ضعف سندها عن اعراضهم عن مقابلها .

اللهم الا ان يقال ان نقل أ المشايخ الثلاثة اوجب الوثوق لهم بصحتها
وصدورها فاخذوها من باب التخيير الخبرى فتامل .

نعم لا باس بدعوى انصراف تلك الاخبار عما اذا علم بالضرر أو بعدمه ،
فالتحديد المزبور معتبر عند عدم معرفة الضرر و لو لاختلاف اهل الخبرة كما
فى الجواهر .

و ايضاً لا باس بدعوى ان التحديدات المذكورة محمولة على الغالب
كما يشهد له اختلاف التحديدات فالضابط الكلى هو رعاية عدم الضرر و لعله
الاقوى .

(٢٣) و ذلك لبناء العقلاء عليه نظراً الى احساس الحاجة اليه فى مطرح تراهه
وآلاته والطين والجص وغيرها ، و قيد الحائط فى الوسيلة بما اذا لم يكن جزءاً
من الدار بان كان مثل جدار حصار أو بستان أو غير ذلك ، و لعله لان الحائط الذى
كان جزءاً من الدار حريمه حريم الدار لا حريم الحائط ، و سيأتى ان شاء الله
الكلام فيه .

و كيف كان فالمقدار المحتاج اليه فى ترميم حائطه يعد حقاً لصاحب الحائط
فلا يجوز لغيره احياء ذلك المقدار لعدم شمول ادلة سببية الاحياء له لانها منصرفه
عما يكون حقاً للغير سواء كان عدم استثناء المقدار المذكور موجباً للضرر ام لم
يكن ، اذ المرجع هو العرف لا قاعدة نفي الضرر والا فهى اخص من المدعى اذ ربما
لا يوجب عدم استثناء المقدار المذكور ضرراً على صاحب الحائط .

هذا مضافاً الى ان غايتها هو اثبات جواز التصرف فى حوالى الحائط لترميمه
اذا كان اهمال الترميم ضرراً لا اثبات حق لصاحب الحائط بنحو لا يجوز لغيره
احيائه فافهم .

ثم لا يخفى ان مقدار حریم الحائط يختلف بحسب اختلاف الجدران و
الحيطان والبلدان والمرجع العرف .

(٢٤) فى الجواهر : ان ظاهر نسبة المصنف الى القيل التردد فيه بل فى
المسالك وغيرها عن بعضهم التصريح بعدم حریم لها وان كنا لم نتحققه لاحد منا
وانما هو لبعض الشافعية ولعل وجهه عدم الدليل عليه بل فعل الناس فى سائر البلدان
على خلافه لاستبعاد اتفاق احيائهم دفعة .

ثم اورد على التردد بقوله :

وفيه أولاً ان مثله جار فى الحائط الذى اعترف بثبوت الحریم له .

وثانياً بعدم معلومية حال الواقع فى البلدان الجارى فى الحيطان من التراضى
أو الاحياء دفعة أو غير ذلك ثم قال : فالمتجه هو ثبوت الحریم لها الذى يرجع
فى اصل ثبوته و مقداره الى العرف ولو بمراعاة قاعدة نفى الضرر فلا يحتاج الى
دليل خاص .

ثم قال : الا ان يقال ان ذلك كله يقتضى ثبوت الحریم لما احدثه فى المباح
كالجدار والنخلة ونحوهما لا مثل السدار التى مرجع الحریم المفروض الى
الساكن فيها لانفسها اذ ليس المراد جدرانها التى لا اشكال فى ثبوت الحریم لها
ضرورة كونها من الحائط بل المراد ما يكون من القمامة ونحوها التى تكون من
الساكن لا مما احدثه فى المباح ولعله لذا توقف المصنف فيه .

نعم ينبغى على هذا تخصيص محل التوقف بالحریم لما يحتاج اليه الساكن
مما لا يعد من حقوق الدار بخلاف ما كان كذلك كالتراب الصائر منها و نحوه
مما يرجع اليها على ان ما يحتاجه الساكن فيها راجع اليها ايضاً نحو بئر المعطن

المحتاجة الى الحریم باعتبار الابل و الماشية التي تسقى منها. انتهى كلامه
رفع مقامه .

وقد عرفت ان المرجع هو العرف لا قاعدة نفى الضرر والمحتاج اليه للدار
عند العرف مختلف باختلاف القرى والامصار بل الاعصار فالحكم باستثناء هذا
المقدار من جميع نواحي الدار مشكل بل ممنوع لعدم مساعدة العرف عليه والمتيقن
منه هو من طرف واحد في الجهة التي يفتح اليها باب الدار بل لا وجه لاستثنائه
من جميع النواحي لو كان المرجع هو قاعدة نفى الضرر اذ الضرر ينتفى باستثناء
الحریم من طرف واحد فافهم .

نعم من احدث داراً في الموات المباح كان له احدث الابواب المتعددة
في الجهات المختلفة من جوانب الدار فاذا لم يحدث الا من طرف واحد يجوز
لغيره احدث دار او بستان في ساير الجوانب بحيث لا يمكن للسابق احدث الابواب
في تلك الجوانب .

ومما ذكر يظهر ايضاً ان المرجع في استحقاق الممر المستقيم في قبالة الباب
أو الممر غير المستقيم هو العرف الذي يمكن شهادته في مصرأ وعصر باستحقاق
الاول لاعتياده وفي آخر بغيره ، فلا وجه لاطلاق قول صاحب الوسيلة حيث قال: وليس
المراد من استحقاق الممر في قبالة الباب استحقاقه على الاستقامة و على امتداد
الموات بل المراد ان يبقى مسلك له يدخل ويخرج الى الخارج بنفسه و عياله
و اضيافه و ما تعلق به من دوابه و احماله و ائقاله بدون مشقة باى نحو كان
فيجوز لغيره احياء ما في قبالة الباب من الموات اذا بقي له الممر و لو بانعطاف
و انحراف .

ولا مجال للتوقف كما هو ظاهر الجواهر ، اذ بعد اعتياد الاستطراق بالمر المستقيم عد ذلك حقاً للسابق فلا تشمله ادلة سببية الاحياء ، فلا يجوز لغيره احيائه .
(٢٥) وذلك لقاعدة تسلط الناس على اموالهم .

ويمكن الايراد عليه كما في جامع المدارك بان لقائل ان يقول : النسبة بين دليل السلطنة والاحبار المذكورة الدالة على لزوم الفصل بالاربعين ذراعاً أو الستين أو خمسمائة أو الف ، عموم من وجه فيتعارضان .

هذا مضافاً الى حكومة قاعدة نفي الضرر على دليل السلطنة كما في الجواهر مستشهداً له بنصوص سمرة بن جندب .

ولعله لكون موردها من موارد قاعدة السلطنة حيث ان لسمره تسلط على نخلته و ان كان تسلطه مزاحماً مع تسلط الانصارى على حفظ عرضه بل يمكن القول بان مقتضى التامل هو ورود قاعدة نفي الضرر على قاعدة السلطنة لان قاعدة السلطنة حيث لم تكن مشرعة فهي مقيدة بما اذا كان التصرف مشروعاً ومع اطلاق قاعدة لا ضرر وشموله للتصرف الذى يكون ضاراً للجوارح فالتصرف غير مشروع فلا يبقى موضوع لقاعدة السلطنة وعليه لا يرد على الورود ما اورده المحقق الشيخ ضياء الدين العراقى فى بعض عبارته من المقالات على حكومة قاعدة لا ضرر على قاعدة من ان قاعدة السلطنة حكم امتنانى وتحديدها بقاعدة لا ضرر خلاف الامتنان لما عرفت السلطنة من ان مع اطلاق قاعدة لا ضرر لا يبقى موضوع لقاعدة السلطنة من دون حاجة الى تحديدها ولذلك ذهب الى الورود بعض اعظام مشايخنا مدظله فتدبر جيداً .

ومما ذكر يظهر ما فى دعوى ان لكل من الملاك التصرف فى ملكه بما

شاء وان تضرر صاحبه ولاضمان عليه فالاقوى ثبوت الحریم فی الاملاك المعمورة
ايضاً .

ثم بناء على ورود قاعدة نفى الضرر على قاعدة السلطنة لا وجه لتخصيصه
بصورة تفاحش الضرر مع عمومه وشموله لغيره ايضاً كما هو المحكى عن
الرياض .

ثم ان ظاهر الجواهر اختصاص عدم الجواز بما اذا كان التصرف على وجه
يترتب عليه الضرر فى مال الغير مثلاً بتوليدية فعله بحيث يكون له فعل و تصرف
فى مال الغير واتلاف له يتولد من فعله فعل فى مال الغير لاتلف خاصة بلا فعل منه وخصوصاً
مع زيادته بفعله عما يحتاج اليه وغلبة ظنه بالسراية ، وقاعدة التسلط على المال
لا تقتضى جواز ذلك ولا رفع الضمان الحاصل بتوليد فعله . نعم لو كان تصرفه
فى ماله لا توليد فيه على الوجه المزبور وان حصل الضرر مقارناً لذلك لم يمنع منه .
وفيه ان الملاك فى عدم جواز التصرف فى ملكه مع تقدم قاعدة نفى الضرر
هو صدق عنوان الضرر عرفاً ولا حاجة الى صدق عنوان الاتلاف أو التصرف فى
ملك الغير فاذا كان تصرفه فى ملك نفسه ضرراً على الجار عرفاً يحرم تصرفه .
نعم لا يضمن الا اذا صدق على فعله اتلاف بالنسبة الى مال الغير فافهم .

ثم ان ظاهر كلمات الفقهاء هو عدم حرمة اطالة البناء بحيث يمنع عن الشمس
والهواء بالنسبة الى الجار . ولكن يشكل ذلك فيما اذا تضرر الجار بذلك . اللهم
الا ان يقال انه ليس بتضرر بل هو عدم النفع . وفيه انه تضرر عرفاً و المرجع فى
صدق الضرر وعدمه هو العرف .

واما ما يقال من ان التضرر ليس مستنداً الى الجار الذى اطال البناء بل
مستند الى نفسه حيث لم يجعل صحن داره وسيعاً حتى لا يتضرر باطالة بناء جاره .

ففيه ان الملاك هو تحقق التسبب الى الضرر سواء كان بايجاد المقتضى او ايجاد الشرط او ايجاد العد ومن المعلوم ان التسبب محقق فيما اذا لم يجعل صاحب الدار صحن داره وسيعا ولا يتمكن منه بحد فتدبر .

ثم اذا كان عدم تصرفه فى ملكه موجبا لتضرره اشد من ضرر الجار او مساويا معه أو للخرج كذلك فقد يقال انه ينبغى القطع فى هذه الصورة بما عليه الاصحاب من جواز التصرف ، ولعل وجهه تعارض قاعدة نفي الضرر بحسب مصاديقه فيقدم الاصل المحكوم وهو قاعدة السلطنة .

و القول بان حديث نفي الضرر لا يشمل الضرر الذى يلزم من العمل بنفس هذا الحديث ، ممنوع بان حديث لا ضرر يدل على نفي كل حكم ضررى فكما ان جواز التصرف فى ملك نفسه ضرر بالنسبة الى جاره كذلك ممنوعيته عن التصرف فى ملك نفسه ضرر على نفسه وكل منهما مصداق للضرر المنفى فى عرض واحد و لا ترجيح لاحدهما فالحديث يتعارض بالنسبة اليهما ويرجع الى الاصل المحكوم .

ثم لا يخفى ان مع تعارض الضررين انتفى حرمة تصرفه فى ملكه واما الحكم الوضعى وهو الضمان فلا دليل على انتفائه اذا صدق على تصرفه عنوان اتلاف مال الغير . اللهم الا ان يقال ان الاذن الشرعى له بالتصرف يكفى فى انتفائه فافهم .

(٢٦) فيه منع اذا كانت فى جانب الارض علامة كالجدار لانتهاى الارض المحيطة وان لم يجز لمن حاول الاحياء مزاحمة الاغصان أو الاصول ، لان مدى

مبلغ الاغصان والجرائد فى الفضاء أو مدى سريان الاصول فى الارض يعد عرفاً
حريماً للشجرة كما يدل عليه قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : حريم النخل طول سعفها . (الجواهر
كتاب احياء الموات).

أوقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ان لكل نخلة من اولئك من الارض مبلغ جريدة من جرائدها
حين بعدها . (الكافى ج ٥ ص ٢٩٥)

واما التصرف فى سطح الارض بحيث لا يزاحم الاغصان و الاصول فلا
دليل على حرمة الاخبار السكونى : قال الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ : قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فى
رجل باع نخلا واستثنى عليه نخلة فقضى له رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالمدخل اليها والمخرج
منها ومدى جرائدها . (الكافى ج ٥ ص ٢٩٥)

بناء على ان يكون المدخل والمخرج اسمى المكان ، ولكنه لم يثبت لاحتمال
ان يكونا مصدرين فلا يستفاد منه الزائد من استحقاق الدخول والخروج .

هذا كله فيما اذا كانت فى جانب الارض علامة و اما اذا لم تكن فلا يبعد
القول بدخول سطح الارض ايضاً فى حريم المغروس و يزيد حينئذ مساحة الارض
فى الموات بازدياد اغصان اشجارها وعروقها .

ثم انه اذا قطع الغرس هل يكون هذا الحق باقياً ام لا ؟ قال فى جامع المدارك :
فيه وجهان من جهة الاطلاق ومن ان مدى الجرائد فى الفضاء يبعد الاستحقاق فيه
مع قطع الشجرة انتهى .

ولعل الثانى هو الاقرب .

ثم قال في الجواهر : ان ظاهر المصنف وغيره ثبوت الحریم المزبور للغرس
اما لو اعد الارض لها وهياها لذلك أو غرس جملة منها فهل يكفى ذلك في ثبوت
الحریم للغرس الذى لم يغرس بعد أو يبقى على اصل الموات وجهان لا يخلو
أولهما من قوة .

قال في الشرايع: الشرط الثالث ان لا يسميه الشرع مشعراً للعبادة (٢٧)
كعرفة ومنى والمشعر ، فان الشرع دل على اختصاصها موطناً
للعبادة فالعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحة ، اما لو عمر فيها
ما لا يضر ولا يؤدي الى ضيقها عما يحتاج اليه المتعبدون كاليسير
لم يمنع منه . (٢٨)

(٢٧) ولو لم يثبت كونها وفقاً لكفاية الاحكام الكاشفة عن جعلها موطناً
للعبادة كوجوب وقوف الحجاج في العرفات والمشعر والمنى أو وجوب السعى
بين الصفا والمروة أو وجوب الطواف أو استجابته حول البيت الحرام وهذا
الاستكشاف وان لم يكف في كون هذه المواطن وفقاً اصطلاحياً ولكنه يدل على
كونها موطناً للعبادة واختصاصها بها .

وعليه فلا يجوز كل تصرف بنا في الجعل المزبور ولا يشملها ادلة الاحياء لان موضوعها هو الموات الذي لم يسبق اليه احد غيره وفي تلك المواطن قد سبقه الشارع بجعلها موطناً للعبادة كما لا يخفى .

(٢٨) في الجواهر : ان فتح هذا الباب فيها يؤدي الى اخراجها عن وضعها واغرب منه موافقة بعض من تاخر عنه على ذلك بتخيل ان المنع من جهة مزاحمة الناسكين فمع فرض عدمها كالسير يتجه الجواز حينئذ لانقضاء العلة المزبورة .
ثم قال وفيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه .

ومراد منه هو ما قاله من قبل : ان التعرض لتملكها بنا في الجعل الشرعي من غير فرق بين زيادة سعتها لذلك وعدمه ضرورة ان الله تعالى شانه جعل كل جزء جزء منها كذلك .

و اورد عليه في جامع المدارك : بانه لا يخفى انه مع عدم دليل بالخصوص على المنع يتجه ما ذكر في الشرايع ، الا ترى ان المسجد وضع لان تصلى فيه ومع ذلك لا مانع من الاشتغال فيه بعمل آخر ما لم يزاحم صلاة المصلين .

وفيه انه ان اريد منه عدم وجود دليل على المنع من الزرع أو الغرس أو غيرهما بلا تملك ولا استحقاق شيء فيها فهو كلام متين في صورة عدم المزاحمة للناسكين ، وان اريد منه عدم دليل على المنع حتى فيما اذا اراد المحيي تملك الارض أو استحقاق شيء فيها .

ففيه انه يكفي فيه ما ذكره من ان التعرض لتملكها بنا في الجعل الشرعي من دون فرق بين سعة الارض للمصلحة المرادة أو عدمها ، وقياسه باشغال المسجد

بغير الصلوة في غير محله، لان المشتغل في المسجد بغير الصلوة لا يريد تملك موضع
منه أو استحقاق شيء فيه .

هذا مضافاً الى قصور ادلة الاحياء عن الشمول لتلك المواطن لسبقه الشارع
اليها بجعلها موطناً للعبادة كما مر .

قال في الشرايع: الشرط الرابع ان لا يكون مما اقطعه امام الاصل
ولو كان موثراً خالياً من تحجير كما اقطع النبي (ص) الدور وارضاً
بمحضر موت وحضر فرس الزبير فانه يفيد اختصاصاً مانعاً من
المزاحمة فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالاحياء . (٢٩)

(٢٩) اما عدم صحة دفع هذا الاختصاص بالاحياء فلا اشكال فيه ولا خلاف ،
اذ ادلة الاحياء لا تشمل ما يكون مستحقاً للغير .

اللهم الا ان يقال ربما يشك في كون الاقطاع بمجرد يوجب اختصاصاً حيث
ان مرجعه الى اباحة تصرف شخص خاص في ما يكون ملكاً للمعصوم ، فما
الفرق بين هذا وبين الاذن لعموم الناس أو خصوص المسلمين بالتصرف . فان الثاني
بمجرده لا يوجب الاختصاص بل يتحقق الاختصاص بعد الاحياء فلم لا يكون الاقطاع
كذلك . الا ان يدعى الاجماع على الفرق .

ولكن يمكن ان يجاب عنه بان الاقطاع بمجرد وان لا يوجب اختصاصاً
ولكن يقيد دائرة الاذن لعموم الناس أو المسلمين ، فمع الاقطاع لاحد لا يجوز

احياء غيره من الناس أو المسلمين .

ثم قال في الجواهر : وكان ما ذكر من الاختصاص المزبور مبنى على عدم تملك الموات بغير الاحياء ولكن فيه منع واضح ان لم يكن اجماعاً .

ولعل وجه المنع ان تملك الموات الذى هو ملك للامام لا يتوقف على شىء فللامام ان يملكه اياه كما ان له ان يخصصه با باحة التصرف فيه ، فبحسب مقام الثبوت يمكن التملك ايضا واما بحسب مقام الاثبات فليلا حظ ماورد فى اقطاعات النبى ﷺ ، وربما يستفاد التملك ايضا من بعض ما ورد فى كتاب الاقطاع من كتاب « الاموال » لابي عبيدة . اللهم الا ان يدعى الاجماع على عدم جواز التملك للامام (ع) فافهم .

قال في الشرايع: الشرط الخامس ان لا يسبق اليه سابق بالتحجير فان التحجير يفيد الاولوية لاملكا للرقبة (٣٠) وان ملك به التصرف حتى لو تهجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه ولو قاهره فاحياه لم يملك . والتحجير هو ان ينصب عليها المروز او يحوطها بحائط ولو اقتصر على التحجير واهل العمارة اجبره الامام على احد الامرين اما الاحياء واما التخلية بينها وبين غيره و لو امتنع اخرجها السلطان من يده لثلا يعطلها (٣١) ولو بادر اليها من احياها لم يصح ما لم يرفع السلطان يده او ياذن في الاحياء (٣٢) وللنبي (ص) ان يحمى لنفسه ولغيره من المصالح كالحمى لنعم الصدقة وكذا عندنا لامام الاصل وليس لغيرهما من المسلمين (٣٣)

ان يحمى لنفسه فلو احياه محي لم يملكه مادام الحمى
مستمراً وما حواه النبي (ص) او الامام عليه السلام لمصلحة فزالت
جاز نقضه (٣٤) وقيل ما يسميه النبي (ص) خاصة لا يجوز نقضه
لان حماه كالنص .

(٣٠) يمكن ان يقال : يدل على حصول الاولوية بالتحجير خبر سمرة بن
جندب : ان النبي (ص) قال من احاط حائطاً على ارض فهى له . (الجامع الصغير
رقم ٨٣٠٧) وحديث ابى داود المروى من طرق العامة : من سبق الى ما لم يسبق
اليه مسلم فهو له . (الخراج لابي داود)

ولكن يرد عليه ان خبر سمرة ظاهر فى الملكية ، اللهم الا ان يقال بانه محمول
على ارض يتحقق احيائها بذلك أو يراد من اللام ولو بقرينة الشهرة أو الاجماع
الاحقية المزبورة لا الملك .

وايضاً يشكل استفادة الاحقية من قاعدة الحيازة لان الحيازة اذا تحققت
يتحقق الملكية .

ولذا ذهب فى جامع المدارك الى تقوية الملكية وقال : فان تم الاجماع فلا
كلام والا يشكل لانه مع اعتبار العقلاء الملكية حيث ان المحجر ليس للغير
التصرف فيه ويجوز نقله الى الغير بمثل الصلح وبيدل بازائه المال لم لا يكون
ملكاً مضافاً الى ظهور الخبر المذكور فى الملكية .

ويمكن ان يناقش فى الملكية بان خبر سمرة عامى ضعيف السند و استناد

الاصحاب اليه غير معلوم مع عدم اقتصارهم على الحائظ فى التحجير ، و بان اعتبار العقلاء الملكية فى جميع موارد التحجير حتى فيما اذا كان التحجير بعلامة غير معلوم ، و بان دليل الحيازة اما اجماع فهو فى مثل مانحن فيه مما ادعى الاجماع على الاولوية لا يدل على الازيد منها ، و اما بناء العقلاء فهو بعد ما عرفت من عدم معلومية اعتبار الملكية فى جميع موارد التحجير لا يدل على الملكية فى جميع موارد التحجير ، و اما « من سبق ... » و هو بعد تمسك الاصحاب به لاولوية من سبق الى مكان مباح كالمدارس و المساجد لا لملكية الرقبة لا يدل على الازيد من الاولوية .

هذا مضافاً الى انه اذا افاد الاحياء ملكاً فلا بد ان يفيد التحجير اولوية و الا فلا معنى لتعليق الملكية على الاحياء لانها تحصل قبله بالتحجير بمعناه الا عم من المروز أو حفر ساقية أو ادارة تراب أو وضع احجار ، فلا يبقى مورد لقوله : « من احبب ارضا ميتة فهى له » ، الابعض الموارد النادرة ، فالمتيقن هو افادة الاولوية لملكية الرقبة فافهم .

ثم ان الظاهر ان عنوان التحجير أو الشروع فى الاحياء لم يردا فى النصوص والادلة ، فلذا لم يقتصر بعض الاصحاب على العنوانين المذكورين ، و عليه فكل ما يدل على ارادة الاحياء وان لم يكن تحجيراً أو شروعاً فى الاحياء كوضع الاحجار أو غرز خشب أو قصب يكفى فى صدق السبقة عليه و اعتبار العقلاء اولويته من غيره .

نعم لو وضع الاحجار أو غرز الاخشاب أو القصب حول ارض متسع لا يمكن له احيائها لمحدودية امكاناته فلا يوجب اولويته من غيره بالنسبة الى ما زاد عن امكاناته عند العقلاء .

واما الاقتصار على الحائط فى خبر سمرة ، فهو مع ضعف سنده وعدم العمل بمضمونه لعدم اقتصار الاصحاب على الحائط ، يمكن ان يكون للغلبة .

ومما ذكر يظهر ما فى جامع المدارك حيث قال : ويشكل تحقق التحجير بكل واحد من المذكورة فانه مع كفاية كل واحد من المذكورة غير الحائط ما وجه ذكر الحائط مع ذكره فى خبر سمرة المذكور ، فان الحائط مسبق ببعض المذكورة .

واما ما فى الجواهر من ان الاصل عدم ثبوت الاولوية المقتصر فى الخروج على المتيقن وهو التحجير بمعنى الشروع فى الاحياء وفعل اثر من آثاره ، فففيه ما لا يخفى اذ لا مجال للاصل المذكور مع صدق السبقة و اعتبار العقلاء اولويته من غيره .

ثم قال فى الجواهر : وعلى كل حال فلا اشكال فى عدم جواز بيعه لعدم الملك بل ولاهبته وان قال فى القواعد : لم يصح على اشكال ، وفى جامع المقاصد : وجوز نقله بالهبة كالصلح وهما معاً كماترى ، ومن الغريب ما عن التذكرة من احتمال صحة البيع لان الارض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الاولوية تبعاً للاثار ولانه حق يقابل بالمال فتحوز المعاوضة عليه اذ هو كماترى ، انتهى .

وفيه ما لا يخفى فان مع جواز نقله الى الغير بمثل الصلح و بذل المال بازائه يصدق البيع على مبادلته بالمال وان لم يكن ملكا كما يصدق البيع على مبادلة السر قفليات وحق امتياز الهاتف ونحوهما .

(٣١) فى الجواهر : بلا خلاف اجده بين من تعرض له كالشيخ وابن حمزة والفاضلين والشهيدى وغيرهم على ما حكى عن بعضهم معللين له بقبح تعطيل العمارة التى هى منفعة الاسلام .

نعم ان ذكر عذراً في التأخير كاصلاح آلاته أو غيبة العمال أو اباق العبد ونحوه اهمله الامام بقدر مايزول معه العذر ، وان لم يذكر عذراً الزمه باحد امرين وان ابقى له مدة قريبة يستعد فيها للعمارة بحسب ما يراه و لا يتقدر عندنا بقدر فاذا مضت مدة الامهال ولم يشتغل بالعمارة رفع يده واذن للناس في عمارتها، ونحو ذلك ذكر العامة ايضاً - الى ان قال - الى غير ذلك مما ذكره مما يناسب اصولهم التي منها القياس والاستحسان والمصالح المرسلة ومطلق الاجتهاد ، بخلاف اصولنا التي مقتضاها الوقوف على ما جاء من اهل بيت الوحي (ع) .

والذي عثرنا عليه مناسباً لذلك مضافاً الى بعض القواعد التي يمكن تقريرها هنا :خبر يونس عن العبد الصالح عليه السلام : ان الارض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده فمن عطل ارضا ثلاث سنين متوالية لغير ما علة اخذت من يده و دفعت الى غيره، الحديث(الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٥)

وان كان هو غير منطبق على تمام ما سمعت ، والذي مقتضاه هو الانتزاع من يده من دون دفع شيء له عن حق تحجيريه الذي لا ريب في جواز نقله بالصلح ونحوه ويورث .

اللهم الا ان يكون اجماع على ما ذكره كما ان ما في جامع المقاصد ومحكى التذكرة من تقييد ذلك بما اذا بقيت آثار التحجير والاعادت مواتا كذلك ايضاً (اي يحتاج الى التمسك بالاجماع لو كان) والا فمقتضى الاستصحاب بقاء الحق وان زالت الاثار ، اذ هي وان كانت سببا في ثبوت الحق لا يقتضى زواله بزوالها للاصل ، وخصوصاً اذا ازاله الظالم أو غيره لا ما اذا زالت بنفسها نعم لو كان ثبوت حق التحجير بها على نحو ما تسمعه في الرحل اتجه حينئذ زوال الحق ، الا ان ذلك

مقطوع بخلافه اذ من جملة افراد التحجير ان لا يكون مملو كالمحجر كالحفرونحوه
فلاريب فى ان مقتضى القوانين الشرعية ثبوت الحق مطلقا الا ان يكون اجماعاً
كما عرفت والله العالم ، انتهى .

يمكن ان يقال ان الرواية المذكورة لاتصلح لا سنداً ولا دلالة ، اما سنداً
فلوقوع سهل بن زياد فى سنده مضافاً الى شبهة الارسال فى سند الكافى ، و اما
دلالة فلتقييد العطلة بثلاث سنين مع ان الفتوى على مجرد صدق العطلة .

هذا مضافاً الى دلالته على ان ترك السابق مطالبة حقه عشر سنين يوجب زوال
الحق مع ان مقتضى الفتوى هو الانتزاع من يده من دون دفع شىء اليه كما
اعترف به صاحب الجواهر .

على ان عشر سنين معارض بما رواه يونس عن رجل عن ابي عبد الله عليه السلام :
قال من اخذت منه ارض ثم مكث ثلاث سنين لا يطلبها لم يحل له بعد ثلاث
سنين ان يطلبها .

وكيف كان ان تم الاجماع والا فان قلنا ان ما دل على زوال حق المحيى
فى الارض المحياة بالامتناع عن ادامة التعمير وبعرض الخراب و اولوية المحيى
الثانى ، يدل بالاولوية على المقام فهو ، والا فمقتضى القاعدة هو بقاء حقه وعدم
جواز مزاحمته ما لم يوجب عطلته ضرراً على المجتمع الاسلامى ، والا فعلى
الحاكم ان يامر بالاحياء أو برفع اليد مع اخذ حقه بناء على ثبوت الولاية العامة
للفقيه فى زمن الغيبة .

(٣٢) لا يخفى عليك انه كذلك لو لم يدل على جواز احياؤه دليل لفظى ،
والاف مع قيام اطلاق لفظى لا حاجة الى الاذن كما مر فى احياء الاراضى المخربة

التي امتنع محيبتها عن ادامة الاحياء و قد عرفت ان ما ورد فيها يدل على المقام بالاولوية .

و اما ماورد في صحيحة احمد بن محمد بن ابي نصر ومضمرة صفوان من قوله (ع) : وما لم يعمر منها اخذه الوالى فقبله ممن يعمره وكان للمسلمين .
(الوسائل ج ١١ ص ١٢٠)

فلعله لرعاية عدم حدوث النزاع بين من اسلم طوعا وغيرهم من المسلمين ، لانه مظنة التشاح ، كما يؤيده جعل الموضوع في الروايتين : من اسلم طوعاً ، فراجع وتامل جيداً .

(٣٣) واما جواز ذلك للنبي ﷺ أو للإمام عليه السلام فلكونهما اولى بالمؤمنين من انفسهم و لكون الموات لهما وللنبي : لا حمى الا لله ولرسوله ، وفي آخره : ولائمة المسلمين . واما عدم جوازه لغيرهما من المسلمين فمع دعوى الاجماع عليه وعدم الخلاف فيه ، يدل عليه اصالة عدم موجب لانتقال الموات الى احد الا باسباب خاصة كالاحياء أو التحجير والحمى ليس منهما .

ومفهوم قوله (ع) في خبر ادريس بن زيد : اذا كانت الارض ارضه فله ان يحمى و يصير ذلك الى ما يحتاج اليه ، الحديث . (الكافي ج ٥ ص ٢٧٦) .
حيث انه كما في الجواهر دل على اعتبار كون الارض ارضاله في جواز الحمى لا اذا كانت مباحة مندرجة فيما دل على اشتراك الناس فيها ، و مفهوم الحصر المستفاد من النبوى المذكور ، لان المستفاد منه عدم الحمى لغير النبى والائمة (ع) .

نعم يجوز للفقهاء في زمان الغيبة ان يحمى للمصالح العامة لكونه نايبا عن الامام فى المصالح العامة واما صرفها فى المصالح الشخصية فلا كما لا يخفى .

(٣٤) اى جاز نقضه لامام آخر لان حمى السابق حمى سلطانى فاذا راي الامام اللاحق المصلحة الزائدة فى تغييره فلا اشكال فيه فضلا عما اذا زالت المصلحة بنفسها .

واما ما فى الجواهر من ان الاقوى هو انتقاض الحمى بمجرد زوال المصلحة من دون حاجة الى التصريح بالنقض فغير واضح بعد الشك فى كونه محكوماً بحكم الخاص او بحكم عموم الموات ، فان قلنا بتقدم استصحاب حكم المخصص فهو محكوم بحكم الحمى فتدبر جيداً .

قال في الشرايع : الطرف الثاني في كيفية الاحياء وان المرجع فيه الى العرف لعدم التنصيص شرعاً وقد عرفت انه اذا قصد سكنى ارض فاحاط ولو بخشب او قصب او سقف مما يمكن سكناه سمي احياءاً (٣٥) وكذا لو قصد الحظيرة فاقصر على الحائط من دون السقف ، وليس تعليق الباب شرطاً (٣٦) ، ولو قصد الزراعة كفى في تملكها التحجير بمرزاو مسناة وسوق الماء اليها بساقية او ماشابهها ولا يشترط حرانتها ولا زراعتها لان ذلك انتفاع كالسكنى . (٣٧) ولو غرس ارضاً فنبت فيها الغرس و ساق اليها الماء تحقق الاحياء (٣٨) وكذا لو كانت مستأجمة فعضد شجرها واصلحها ، وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة (٣٩) وهيأها للعمارة

فان العادة قاضية بتسمية ذلك كله احياء لانه اخرجها بذلك الى الانتفاع الذى هو ضد الموات ، ومن فقهاؤنا الان من يسمى التحجير احياء وهو بعيد .

(٣٥) فى الجواهر : ولا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب خلافاً لبعض العامة فاعتبره و العرف شاهد على خلافه و ان اعتيد وضعها للحفظ لا لاصل السكنى .

ثم ان الظاهر من كلمة « أو » فى قوله « أو سقف » ان احد الامرين من الحائط والسقف مع قصد السكنى يكفى فى صدق الاحياء والدار ، والمستفاد من الجواهر ان اعتبار السقف فى صدق الدار و الاحياء لمن قصد السكنى مما يشهد له العرف .

ولكن يمكن ان يقال بصدق اسم الدار مع الحائط المزبور و بناء بعض البيوت ولو بقصب و نحوه بل و خيمة و نحوها و لعل التردد المذكور فى عبارة المصنف للصدق المذكور، اللهم الا ان يقال ان كلمة أو تصحيف الو او وهو كما ترى .

ثم بناء على اشتراط الاحياء بالقصد ، يقع الكلام فى انه اذا قصد نوعاً و فعل احياءاً يملك به نوعاً آخر ، هل يفيد ذلك الاحياء الملك ام لا ؟ والمحكى عن التذكرة : ان الوجه عندى ذلك كما اذا حوط بقعة بقصد السكنى فانه مما يملك به الحظيرة لو قصدتها اخيراً بل قد يقال بكفاية قصد اصل الاحياء من دون امر مخصوص فى اخراج الارض عن التعطيل الى الانتفاع ، ولكن تأمل فيه صاحب الجواهر قدس سره .

ويمكن ان يقال بصدق الاحياء واخراج الارض عن التعطيل الى الانتفاع
اذا كان التحويط فى محل يمكن الانتفاع به لغير سكنى الانسان كتوقف السيارات
أو الدواب ، فاذا قصد اصل احياء الارض او قصد بناء الدار فيها وحوط ولم يتم
ولكن امكن الانتفاع بها لسائر الجهات يصدق احياء الارض ولا حاجة الى قصد
امر مخصوص أو العدول عن المقصود اولا الى قصد الموجود كما يظهر من
المحكى عن التذكرة ومن عبارة الجواهر .

(٣٦) اذ لا مدخلية للسقف ولا لتعليق الباب فى صدق الحظيرة .

(٣٧) ظاهر العبارة هو اعتبار الامرين من المرز أو المسناة وسوق الماء
بساقية وشبهها فى صدق احياء الارض فيما اذا قصد الزراعة . وعن المسالك
حكاية الاكتفاء باحدهما ولعل فى نسخته كانت « أو » مكان الوا وفراجع .

وكيف كان اورد عليه فى الجواهر بانه قد يقال بعدم اعتبار المرز الذى
فسر بجمع التراب حول ما يريد احيائه أو المسناة المفسرة بانها نحو المروز وربما
كانت ازيد منه تراباً فان التمييز لا يتوقف عليه صدق احياء عرفاً كالتحويط الذى
سمعت فى التذكرة الاجماع على عدم اعتباره والتمييز يحصل بانتهاء قابلية الانتفاع
لا بالمرز ونحوه .

بل قد يشك ايضاً فى سوق الماء ان اريد به حصوله فعلا كما فهمه فى
جامع المقاصد ، ضرورة عدم توقف احياء عليه ، بل يكفى تهية ذلك عند
الاحتياج ، نعم ينبغى اعتبار عضد الاشجار ان كان فيها وقطع المياه الغالبة
انتهى .

ولقد اجاد و افاد وليته زاد عليه ما زاده فى التذكرة ولم يستبعده فى جامع
المقاصد : من اعتبار تسوية الارض وازالة الارتفاع ، اذ مجرد سوق الماء أو

جعل الأرض مهيأة لاجراء الماء اليها من دون تسوية الأرض وازالة الارتفاع أو الشوك أو الاحجار المانعة لا يخرجها عن العطفلة .

ثم لو كانت الأرض مهيأة للزراعة والغرس قيل يكفى سوق الماء اليها مع غرسها أو زرعها لان ذلك يكون بمنزلة تمييزها بالمرز .

و فيه ان صدق الاحياء فى الغرض المذكور لا يحتاج الى سوق الماء فعلا ضرورة كونها حية كما فى الجواهر فيملكها بالاستيلاء والحيازة لا بالاحياء .

(٣٨) قد عرفت عدم توقف صدق الاحياء على سوق الماء اليها فعلا فضلا عن نبت الغرس فيها بل تهيئة الأرض للانتفاع واخراجها عن العطفلة بحيث تصير قابلة للانتفاع احياء .

اللهم الا ان يقال كما يحكى عن المسالك بان مقصود المصنف ذكر تحققه بوقوع الغرس مع سوق الماء لا اعتبار الغرس فى الاحياء ولا اشعار فى شىء من كلامه بتوقف صدق الاحياء على ذلك ولا بكفاية احدها و ان لم يتحقق معه اسم التهيئة بل صريح كلامه الاخير الاكتفاء بالتهيئة للانتفاع .

و لكنه غير خفى عليك انه توجيه غير موجه ، اذ قبل الغرس و سوق الماء بالفعل ، يصدق الاحياء بجعل الأرض مهيأة للانتفاع ، فماوجه تعليق صدق الاحياء على نبت الغرس و سوق الماء اليها .

و العجب من صاحب المسالك حيث ذهب بعد التوجيه المذكور الى ان الأرض لو كانت غير محتاجة الى السقى و لا مستاجمة و لا مشغولة بالماء اعتبر فى احيائها التحجير عليها بحائط ونحوه ، و فى الاكتفاء بغرسها مع نبت الغرس وجه .

لان الملاك فى صدق الاحياء ان كان هو جعل الأرض مهيأة للانتفاع فهو

لا يتوقف على التحجير و لا على الغرس و لا على نبات الغرس ، وان لم يكن ذلك كافياً في صدق الاحياء فلا وجه للتوجيه المذكور .

ولذا اورد عليه في الجواهر بقوله : واما ما ذكره اخيراً فقد عرفت ان الظاهر عدم تحقق احياء فيها لصدق كونها حية فملكها انما يكون كملك غيرها من الانفال لمن ابيحت له ، اذ قد ذكرنا سابقاً انها للامام (ع) وان كانت غير ممتدة باعتبار اندراجها في الارض التي لارب لها .

(٣٩) لا يخفى عليك ان الارض ان كانت مستاجمة والماء غالباً عليها فلا يكفي في صدق الاحياء احد الامرين من عضد الاشجار أو قطع المياه بل لا بد من الجمع بينهما .

قال في الشرايع : الطرف الثالث في المنافع المشتركة وهي
الطرق والمساجد والوقوف المطلقة كالمدارس والمساكن . اما
الطرق ففائدتها الاستطراق والناس فيها شرع فلا يجوز الانتفاع
فيها بغيره الا ما لا يفوت به منفعة الاستطراق كالجلوس الغير
المضر بالمارة (٤٠) واذا قام بطل حقه ولو عاد بعد ان سبق الى
مقعه لم يكن له الدفع ، اما لو قام قبل استيفاء غرضه لحاجة
ينوى معها العود قيل كان احق بمكانه (٤١) ولو جلس للبيع
أو الشراء فالوجه المنع الا في المواضع المتسعة كالرحاب نظراً
الى العادة (٤٢) ولو كان كذلك فقام ورحله باق فهو احق به ،

ولو رفعه ناوياً للعود فعاد قيل كان احق به لئلا يتفرق معاملوه
فيستضر (٤٣) وقيل يبطل حقه ان لا سبب للاختصاص وهو
اولى وليس للسلطان ان يقطع ذلك كما لا يجوز احيائه ولا
تجويره (٤٤)

(٤٠) في الجواهر : قد يقال ان السيرة تقتضى جواز الارتفاق بالطرق بغير
الاستطراق كوضع الاحمال ووقوف الدواب فضلا عن وقوف الشخص نفسه
لاغراض تتعلق له بذلك فينتج حينئذ عدم تسلط المستطرق على ما كان كذلك
لاشتراك الجميع في حق الارتفاق وحينئذ فما في المتن كقول الفاضل في الارشاد :
لايجوز الانتفاع بالطرق في غير الاستطراق الا بما لا يفوت معه منفعة الاستطراق
لايخلو من نظر - الى ان قال - انما الكلام فيما اشرنا اليه من تقديم حق الاستطراق
على باقى المرافق عند التعارض ولعل السيرة خصوصاً في بعض الافراد تقتضى خلافه
فينتج ان يقال ان جميع ما يعرض للمستطرق من المرافق التي يحتاجها في استطراقه
من جلوس ووقوف ونحوهما لا فرق بينها وبين الاستطراق ، ومنه ما يحتاج اليه من
كانت باب داره الى الطريق من ادخال الاحمال والدواب ونحوها باعتبار ان ذلك
كله من توابع استطراقه .

و اما اذا لم يكن كذلك بل كان مرفقاً لامن حيث الاستطراق كالجلوس

للبيع ونحوه فلاريب فى تقدم حق الاستطراق عليه عند التعارض انتهى ولقد اجاد
فيما افاد .

وبما ذكر يظهر ما فى اطلاق تقييد جواز الانتفاع بغير الاستطراق بما اذا
لم يكن مضراً ومزاحماً للمستطرقين كما فى المتن والوسيلة وحواشيها .

ولكن لا يخفى عليك ان ما قامت عليه السيرة من توابع الاستطراق هى التى
يتوقف الاستطراق عليه واما اذا امكن فى غير محل العبور من طرفى الطريق مثلاً
فلم يثبت السيرة على جوازه فى محل العبور ولومع المزاحمة فالجلوس للاستراحة
او الصلوة او النوم او نحوها اذا امكن فى غير محل العبور فلا يجوز فى محل العبور
اذا كان مزاحماً .

وكيف كان فقد الحق بعض الاعلام ببناء الدكة او الحائط او حفر النهر او
غرس الاشجار فى اطراف الطريق فيما اذا لم تضرب المارة بالجلوس الغير المضر ،
كما يجوز ايضا التصرف فى فضاء الطريق باخراج روشن او جناح او بناء سباط
او فتح باب او نصب ميزاب ونحو ذلك اذا لم يضرب المارة وايضا التصرف فى عمق
الطريق كحفر سرداب تحته اذا احكم الاساس والسقف بحيث يؤمن معه من النقص
والخسف .

ويمكن ان يقال ان الطرق العامة ان كانت محبوسة للطريق من مالك يملكها
فالتصرف فيه كالتصرف فى الموقوفات فلا يجوز التصرف فيه فى غير الاستطراق
مطلقاً سواء كان فى فضائه او عمقه او سطحه الا بما قامت السيرة عليه .

و اما ان كانت مواتا فتصير طرقا بكثره العبور فيها فالتصرف فى فضائه او

عمقه اوسطحه باق على الاباحة ما لم يكن مزاحماً للاستطراق فلأمانع منه بلا حاجة الى قيام السيرة عليه كما لا يخفى .

ومما ذكر يظهر ما في دعوى صاحب الجواهر من ان مقتضى الاصل جواز التظليل بما لا يضر بالماراة و بناء الدكة والنسيق وذلك لما عرفت من ان الطرق العامة لو كانت مملوكة قبل جعلها طرقات كانت كالموقوفات فالاصل عدم جواز التصرف فيها بغير الاستطراق الا بما قامت السيرة عليه .

نعم يمكن ان يدعى قيام السيرة القطعية على جواز الانتفاع بالمذكورات وغيرها اذا لم تعارض اصل المنفعة المقصودة منها او يدعى استفادة جواز كل ما لا يضر بالمستطرق من قيام السيرة القطعية في بعض الموارد .

(٤١) لعله لصدق كون المحل في يده وتصرفه وتحت قبضته ولا وجه لاعتبار الرحل في الصدق المذكور كما لا يعتبر في سكنى بيوت المدارس و الربط ونحوها ولذا لو خرج الساكن فيها الحاجة لا يجوز التصرف فيها لغيره ولو لم يكن لمن خرج رحل فيها ، وليس ذلك الا لصدق كونه سابقاً اليها و كون المحل في يده وتصرفه وتحت قبضته . فكما لا يجوز ازعاج الساكن و الجالس و اشغال المحل كذلك لا يجوز اشغال المحل الذي قام عنه السابق مع نية العود ولا فرق في ما ذكر بين ان نقول ان السابقة موجبة لثبوت حق للسابق اليه بحيث يكون تصرف غيره فيه غصباً لحقه ام لانقول ، لان اخذ ما يكون تحت يده وفي قبضته كدفعه ظلم .

ومما ذكر يظهر وجه قوة هذا القول و ان اطلب في الجواهر لتمريضه

فتدبر جيداً .

(٤٢) فى الجواهر : ان اريد بالرحاب المتسعة الاماكن التى ليست طرقاً فهو مع انه خارج عن مفروض البحث لا يصح استثنائه لانه لا يناسبه ذكر الوجه كما فى المتن والا قرب كما عن القواعد والاحتمال كما عن التحرير ضرورة عدم المانع من ذلك فيها ، وان اريد خصوص ما زاد على النصاب مما هو مستطرق فكذلك ايضا بناء على عدم جريان حكم الطريق على الزائد المزبور . بل لو قلنا بكونه مثله اشكل الفرق بينه وبين غيره مع فرض عدم الضرر . وربما احتمال ارادة غير المضرة بالاستطراق من المتسعة كما عبر به جماعة لكنه كما ترى انتهى .

ويمكن تقوية الاحتمال الاخير بقرينة قوله آنفلا يجوز الانتفاع فيها بغيره الا ما لا يفوت به منفعة الاستطراق كالجلوس الغير المضر بالمارة . نعم يبقى هذا السؤال وهوان الجلوس للبيع او الشراء كمطلق الجلوس فلم افرده وجعل حكمه مستقلاً عن مطلق الجلوس مع انه لافرق بينهما .

اللهم الا ان يقال ان الجلوس للبيع او الشراء فى موضع من الطرق اقرب الى التشاح من مطلق الجلوس ، اذ كثيراً ما يختار البايع او المشتري موضعاً له الخصوصية للبيع او الشراء ، بخلاف الجلوس للنزهة او الاستراحة ولكنه ليس بفارق . وكيف كان فقد مر ان الجلوس مطلقاً للبيع كان ام لغيره جائز ما لم يكن مزاحماً للمستطرقين .

ثم ان المراد من عدم المزاحمة هل هو الامن منها فلا يجوز مع احتمال المزاحمة ام المراد عدم حصول المزاحمة فيجوز حتى تحصل المزاحمة ؟ والاول هو المحكى عن الشهيد فى المسالك والثانى هو الاقوى عند صاحب الجواهر .

ويمكن ان يقال ان المزاحمة لو اعتبرت نفسها لوقع كثيراً ما فيها . ولذا اكتفى

الاصحاب في موارد بخوف الضرر العقلاني لانفس الضرر ، و عليه فيمكن تقوية
الاول و يقال : لايجوز الجلوس الا اذا امن من المزاحمة ولم يخف منها فافهم .

(٤٣) بل لان العرف كما يكون مرجعاً في صدق المفاهيم كذلك يكون مرجعاً
في صدق المصاديق و العرف في المقام يشهد بصدق السابق على من رفع الرحل
مع نية العود ويشهد بكون المحل تحت يده وفي قبضته . والسبب فيه هو استمرار
جلوسه للبيع او الشراء في الموضع المعين ، فهذا الاستمرار يوجب صدق
السابق عليه و لومع رفعه عنه ناوياً للعود . كما ان استمرار المكث
في محل غير الموطن الاصلى يوجب صدق الموطن المستجد عليه وان سافر منه
مع نية العود . ومع الصدق المذكور يدرج المقام في موضوع القاعدة العقلانية
التي عليها الفتوى وهي : من سبق الى مكان فهو احق به .

ومما ذكر يظهر ان دعوى عدم بطلان حق الجالس للبيع او الشراء برجوعه
في الليل الى بيته ليست مبنية على الاستحسان .

ولا يبعد الحاق الاسواق التي تقام في كل اسبوع او في كل شهر مرة به اذا
اتخذ منها محلاً بحيث يصدق عنوان السابق عليه عرفاً فافهم .

ومما ذكر ينقدح عدم صحة دعوى عدم سبب الاختصاص ، اذ مع صدق
السابق على الجالس فهو اولى به من غيره ، فلا مجال للتمسك باصالة الا شراك
لجواز تصرف غيره .

ولا يذهب عليك ايضاً ان بعد كون القاعدة المذكورة وهي : من سبق الى
مكان فهو احق به قاعدة عقلانية مفتى بها الاحاجة الى الاستدلال بخبر ابن بزيغ عن
بعض اصحابه يرفعه الى ابي عبدالله عليه السلام .

قال قلت نكون بمكة او بالمدينة او الحيرا او المواضع التي يرجى فيها
الفضل فر بما يخرج الرجل يتوضأ فيجىء آخر فيصير مكانه قال من سبق الى موضع
فهواحق به يومه وليلته (البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٤) .

او بخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه (ع) :

قال قال رسول الله ﷺ : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان
فهواحق به الى الليل . (البحار ج ١٠٤ ص ٢٥٦)

حتى يورد عليهما بانهما لا جابر لضعفهما مع ان مقتضاهما اطلاق الحكم
باولوية السابق وان لم ينوالعود بل وان نوى عدمه لما عرفت من ان المتبع هي
القاعدة العقلائية . ولعل الخبرين من باب الارشاد اليها بناء على حمل تحديد غاية
الحق بالليل من جهة خصوصية سوق ذلك العصر فافهم .

هذا مضافا الى امكان دعوى انصراف الخبرين عما اذا لم ينوالعود او نوى
العدم . والى امكان دعوى الوثوق بما رواه السكوني وما رواه ابن بزيع لان الراوى
عن ابن بزيع احمد بن محمد الظاهر عند الاطلاق في احمد بن محمد بن عيسى الاشعري
الذى اخرج احمد بن محمد بن خالد البرقي من قم لاجل روايته عن الضعفاء
واعتماده على المراسيل كما في المستمسك ج ٥ ص ٢٢١ .

وكيف كان فالمتبع هو القاعدة العقلائية و حملها على اثبات الاحقية مادام
جالساً كما ترى .

(٤٤) في الجواهر : بلاخلاف اجده فيه عندما تسمعه من التذكرة وذلك لان
مورد الثلاثة الموات لاماتعلق به حق المسلمين خلافاً لبعض العامة فجوز اقطاع

الامام لان له يداً او تصرفاً فيما يصلح المسلمين كما ان له ازعاج بعض الجالسين .
وهو مبنى على اصولهم لا اصولنا التي منها عصمة الامام الذي هو وان كان اولي
بالمؤمنين من انفسهم الا ان تصرفه في ذلك يكون على القوانين الشرعية نعم لو فعل
كان هو القانون الشرعى انتهى .

وفيه ان وجوب حفظ المصالح العامة ودفع الضرر والمفاسد الاجتماعية من
القوانين الشرعية ان لم نقل من اعظمها ، فلواقترضت المصالح العامة ودفع الضرر
والمفاسد الاجتماعية في حين من الاحيان اقطاع المواضع المتسعة من الطرق او هدم
بعض الطرق واحيائه وتحجيرها وتبديله بمزرعة وغيرها او ازعاج بعض الجالسين
في المواضع المتسعة عنها فلم لانجوزه .

الم يقلع نخلة سمرة بن جندب بامر رسول الله ﷺ مع ان النخلة ملك لسمرة
ابن جندب وله حق في استقرارها في محلها و ليس ذلك الامن باب تعارض حقه مع
حق الانصارى من حفظ عرضه وهو الاعم وهل يكون ازعاج بعض الجالسين اعظم
خطراً من قلع النخلة ، فللرسول ﷺ وللائمة (ع) ذلك الامور بل الاعظم منها ثم
للفقيه كل ما ثبت لهم (ع) بعنوان الخلافة الظاهرية و الحكومة الاسلامية بناء على
ثبوت الولاية العامة للفقهاء في زمن الغيبة كما هو الحق .

واما اختصاص الاقطاع بالموات ففيه انه بلاوجه مع نقل بعض جوامع الحديث
اقطاع المحياة ايضاً راجع كتاب الاموال لابي عبيدة ، وغيره .
كما ان دعوى اختصاص مورد الاحياء والتحجير بالموات كما ترى . مع
امكان فرضهما بهدم الطريق وتبديله .

ومما ذكر يظهر قوة ما حكى عن التذكرة من انه يجوز ان يقطع انساناً
الجلوس فى المواضع المتسعة فى الشوارع فيختص بالجلوس فيه و اذا قام عنه لم
يكن لغيره الجلوس فيه للاقطاع و به فرق بينه و بين السابق الذى يزول حقه
بانتقاله .

قال فى الشرايع : واما المسجد فمن سبق الى مكان منه فهو
احق به مادام جالساً (٢٥) فلو قام مفارقاً بطل حقه ولو عاد وان قام
ناوياً للعود فان كان رحله باقياً فيه فهو احق به (٢٦) والا كان
مع غيره سواء (٢٧) وقيل ان قام لتجديد طهارة او ازالة نجاسة وما
اشبهه لم يبطل حقه (٢٨) ولو استبق اثنان فتوافيا فان امكن
الاجتماع جازوان تعاسرا اقرع بينهما (٢٩) .

(٢٥) سواء كان جلوسه لصلوة او لعبادة اخرى او لتدريس ونحوه ولا استراحة
ومثلها . ثم انه لا اشكال فى عدم جواز مزاحمة المصلين بالجلوس لغير العبادة ،
ولكن يقع الكلام فى تقديم الصلوة على غيرها من العبادات كقراءة القرآن والدعاء ،

والذى يظهر من الجواهر هو تقوية التقديم ولكنه لا يخلو عن المناقشة ، لان المسجد ماوقف لتعبد المتعبدين فلا يختص بعبادة دون عبادة خصوصاً ان قلنا بان المسجد عنوان براسه و قابل للجعل لان حيثية المسجدية اعم من الصلوة فالمسجد جعل لمطلق العبادة فلاوجه لتقدم بعض اصنافها على بعض . اللهم الا ان يدعى قيام السيرة على تقدم الصلوة فى اوقاتها على غيرها من العبادات كقراءة القرآن والدعاء ، ولكنه مشكل فالاقوى عدم التقدم وان كان لاينبغى ترك الاحتياط للمسبوق بعدم المزاحمة و للسابق بتخلية المكان له خصوصاً بناء على تعريف المسجد بانه المكان المعد لصلوة المصلين .

ومما ذكر يظهر ما فى تقييد التقدم بصورة المزاحمة يعنى اذا تزامم بين الصلوة وغيرها فالصلوة مقدمة ، لما عرفت من انه لاوجه لتقديم عبادة على عبادة ما لم يثبت قيام السيرة عليه .

والاضعف منه هو تجويز التقديم حتى فيما لو كان اختيار المصلى هذا المكان اقتراحاً منه لالانحصار محل الصلوة فيه ولا لغرض راجح دينى كالالتحاق بصفوف الجماعة ونحوه .

ومما ذكر ينقدح عدم الوجه لتقديم الصلوة جماعة على الصلوة فرادى ، لان كلامتها عبادة وصلوة فلا اولوية للاولى على الثانية ما لم يثبت السيرة على تقديم الجماعة على الفرادى فليس لمريد الصلوة جماعة از عاج من سبق الى المسجد للصلوة فرادى .

(٢٦) فالرحل مع نية العود فى هذا الفرض يوجب بقاء الاحقية ولكن الاصل

فيه هونية العود الثابتة بالعلم بها او العلمى من الاستصحاب او شاهد الحال . فان نوى العود فالعرف يرونه سابقاً بالنسبة الى ذلك المكان . هذا بخلاف ما اذا عرض عنه فانه لاوجه لبقاء الاحقية ، وقوله : من سبق الى مكان فهو احق به الى الليل منصرف عما اذا عرض عنه لان جعل الاحقية للارفاق بحال السابق وفي اعراضه لامورد للارفاق المذكور وبناء العقلاء لايشمل هذا الفرض كما لا يخفى . وايضا بقاء الرحل فى هذا الفرض لا يوجب بقاء الحق بالنسبة الى المحل المعرض عنه .

و مما ذكر يظهر حكم صورة الجهل بالحال لا مكان الاعتماد على شاهد الحال الذى هو بقاء الرحل فى بقاء نية العود واما اذا علم ترده فى المجيء و عدمه ، فقال فى الجواهر : لم يكن له حق . ولكن يمكن ان يقال بانه لم يخرج عن كونه سابقاً بمجرد التردد هذا مضافاً الى استصحاب عدم جواز اشغال هذا المحل لغيره .

ثم ان الرحل ولو كان بمثل السبحة او التربة يوجب صدق كون المحل تحت يده وفى قبضته ولا يلزم ان يكون الرحل شيئاً مستوعباً اذ الرحل لم يرد فى روايات المسألة وانما اعتبره من اعتبر لدخالته فى صدق السبق اليه وكون المحل تحت يده وفى قبضته عرفاً ومن المعلوم انه لا فرق فيه بين كونه مستوعباً ام لا .

و مما ذكر يظهر ما فى اشكال صاحب مجمع الرسائل فيما اذا كانت التربة رحلا .

ثم لا فرق بين ان يضع الرحل بنفسه او وكيله واما تسلط فرد واحد على محال متعددة برحال متعددة لدعوة المصلين اليها مع اخذ شىء منهم ام بدونه ففيه اشكال .

ثم الظاهر وضع الرحل مقدمة للجلوس كالجلوس في افادة الاولوية ولاوجه لتقيده بما اذا كان ذلك يمثل السجادة ونحوها مما يشغل مقدار مكان الصلوة او معظمه كما في الوسيلة وتحرير الوسيلة لما عرفت من كفاية مثل التربة او السجة في صدق السبقة .

ثم ان طال زمان المفارقة و حضروقت الجماعة فقد حكى في الجواهر عن المسالك بطلان حقه او بطلان حقه اذا استلزم التجنب عن موضعه فرجة في الصف للنهي عن ذلك .

وقال في مجمع الرسائل : فللمصلى مع طول زمان المفارقة و حلول وقت الجماعة ان يطوى الرحل ويصلى ويصح صلوته ويضمنه لوتلف . وتامل بعض الاعلام في حاشيته عليه من جهة الضمان .

ونقل في الجواهر عن المسالك احتمال عدم الضمان للاذن شرعاً و جزم به في منهاج الصالحين .

واورد عليه في الجواهر اولابان ذلك اي بطلان حقه مجرد اعتبار لا يقتضى سقوط الحق الثابت بالدليل . نعم قد يقال ان المراد بالاحقية تقدمه على غيره عند التعارض لاجواز الانتفاع بالمكان حال عدمه فحينئذ يجوز لغيره الوقوف فيه فاذا جاء تنحى عنه ولو في اثناء الصلوة مع فرض عدم اقتضاء ذلك التصرف برحله والالم يجزله لذلك للاحقية المزبورة .

وثانياً بان احتمال عدم الضمان ضعيف لما ذكرناه غير مرة من اصالة الضمان مطلقاً لقاعدة اليدوغيرها بل قد يقال ان سقوط احقيته لا يقتضى جواز التصرف في ماله

بعد ان كان وضعه بحق ولم تنحصر الصلوة فى الموضع المخصوص .

و فيه مواقع للنظر . منها : ان السبقة الى المسجد و نحوه تفيد حقاً ما لم يستلزم تعطيل المكان واما من بسط سجادة كبيرة فى المسجد ولم يجرىء ولم يرض ان يصلى عليها غيره فليس له حق بالنسبة الى المكان المسبوق اليه فلغيره ان يطوى السجادة و يصلى فى محله ، و لاظن احداً يلتزم بعدم جواز ذلك حتى فيما اذا عطل المسجد و عليه فاذا اقيمت الصلوة و عطل المحل بطل حق ذى الرحل و يجوز لغيره رفعه و اقامة الصلوة مكانه نعم هذا اذا اشغل الرحل المحل بحيث لا يمكن الصلوة فيه الا برفعه واما مع امكان الصلوة بدون رفع رحله فلا يجوز الرفع .

ثم هل يكون الجواز المذكور مقيداً بما اذا لم يكن محل آخر للصلوة ام لا
ظاهر العبائر الثانى .

ثم لا يخفى عليك انه يجوز ذلك بمجرد صدق التعطيل الذى لا يبعد تحققه بانعقاد الجماعة فلا يجب الصبر حتى يركع الامام و ان كان احوط .

ومنها : ان عدم الضمان لقصور ادلة الضمان ، اذ مع الاذن الشرعى ليست اليديداً عادية لا ظاهراً و لا واقعاً فلا تشمل المقام قاعدة اليد اذ ملك شمولها كون اليد عادية اما ظاهراً و واقعاً كموارد الغصب او واقعاً كموارد الجهل بكون الشئ مستحقاً للغير اللهم الا ان يقال ان حكمهم بالضمان فى المقبوض بالسوم مع كون المشتري مأذوناً فى القبض يكشف عن كون الملاك اعم من ذلك نعم لامورد لقاعدة الاتلاف اذ لا تلافى فى المقام بحسب الفرض ، فافهم و كيف كان فلعلمه لما ذكر جزم بعدم الضمان فى منهاج الصالحين .

(٤٧) فيه منع مع بقاء نية العود لان العرف كما عرفت فى بحث الطريق يرون المحل تحت يده وفى قبضته و يروونه سابقا اليه ومن المعلوم ان العرف كما يكون مرجعاً فى صدق المفاهيم كذلك يكون مرجعاً فى صدق المصاديق . نعم لو لم ينو العود او طالت المدة بمقدار يخرج عن كونه سابقاً الى المحل فهو مع غيره سواء .

وبالجملة فالملاك هو صدق السبقة وكون المحل تحت يده ، فكما ان الرحل ليس دخيلاً فى صدق السبقة بالنسبة الى المدرسة - ولذا صرح فى التذكرة والمسالك على ما حكى عنهما بان حق الساكن فيها لا يبطل بالخروج لحاجة كسواء ما كول او مشروب او ثوب او قضاء حاجة وما اشبه ذلك ولا يلزمه تخليف احد فى المواضع ولا ان يترك متاعه فيه . . . - كذلك بالنسبة الى المسجد لانهما من واد واحد والخروج لقضاء حاجة اذالم يبطل لا يخرج البيت او المحل الذى جلس فيه للصلاة عن كونهما تحت يده وفى قبضته ولو لم يكن له الرحل فيها ، و عليه فمن جلس فى موضع من المسجد ثم قام لاختذ التربة ونحوها ناوياً للعود اليه ولم تطل المدة لا يخرج ذلك المحل عن كونه تحت يده وفى قبضته .

و دعوى الفرق بين المدارس والمساجد والطرق بان يقال يختلف الافراد المسبوق اليها بالسبق عرفاً ففى المدارس يصدق انه فى يده وفى قبضته دون غيرها كما ترى .

(٤٨) ونسبه فى الجواهر الى العلامة قدس سره فى التذكرة وقد عرفت انه مقتضى التحقيق .

وقد يظهر من بعض العباثر التفصيل بين القيام لضرورة و بين القيام لغيرها

و لكنك عرفت ان الملاك هو بقاء كونه سابقاً بالنسبة الى المحل و كونه فى قبضته
وتحت يده سواء قام لضرورة ام لا ، ولعل مراد القائل من المذكورات ذكر الامثلة
فندبر .

(٤٩) ذهب صاحب الجواهر فى مسألة الاستباق للجلوس للبيع فى الطريق
مع عدم الضرر بالمارة الى القرعة لولم يمكن الجمع بين جلوسهما بناء على انها
لكل امر مشكل لجهل به اولغيره ، اذ المشكل محقق بعد عدم وجود المعين الشرعى
خلافاً للمحكى عن حواشى الشهيد قدس سره حيث قال : لان القرعة لتعيين المجهول
عندنا اذا كان معيناً فى نفس الامر ، وليس هنا كذلك .

وكيف كان فالمسالتان من واد واحد فكل ما يمكن ان يقال به فى تلك المسألة
يقال به هنا .

قال في الشرايع : واما المدارس والربط فمن سكن بيتاً ممن
له السكنى فهو احق به وان تطاولت المدة ما لم يشترط الواقف اهداً
فيلزمه الخروج عند انقضائه (٥٠) ولو اشترط مع السكنى
التشاغل بالعلم فاهمل الزم الخروج فان استمر على الشرط
لم يجزازعاجه وله ان يمنع من يساكنه مادام متصفاً بما به يستحق
السكنى (٥١) ولو فارق لعذر قيل هو اولى عند العود وفيه تردد
ولعل الاقرب سقوط الاولوية. (٥٢)

(٥٠) قال في الجواهر : وفي الدروس : ويحتمل في المدرسة ودار القرآن
الازعاج اذا تم غرضه من ذلك ويقوى الاحتمال اذا ترك التشاغل بالعلم و القرآن
وان لم يشترطهما الواقف لان موضع المدرسة ذلك اما الربط فلا غرض فيه فيجوز
الدوام فيه .

ثم اورد عليه بقوله : وفيه انه ان خرج عن الموضوع بتمام الغرض ازعج
قطعا والافلاوجه للاحتمال بل ولالماقواه فيه ضرورة انه ان لم يشترطها ولكن كانت
هى المنفعة المقصودة فالمتجه حينئذ عدم معارضته لاهلها كما سمعته فى الطريق
والمسجد والاكان الناس فيها شرعاً سواء .

ثم حكى عن جامع المقاصد انه قال : ولو ادى طول المدة الى التباس الحال
بحيث يمكن لو ادعى الملك ان يلبس على الناس عدم صحة دعواه احتمال جواز
الازعاج ايضا لانه مضر بالوقف .

ثم اورد عليه بانه لاشكال مع فرض منافاة مصلحة الوقف ، و اما مع عدمها
لوجود ما يحترز به عن ذلك فالمتجه عدم جواز الازعاج .

(٥١) اذا كانت العادة او الشرط من الواقف مقتضيا لانفراد الساكن فيه والافلا
الان يبلغ الى العدد اللازم .

(٥٢) قد عرفت ان الاقرب هو بقاء او لويته لصدق كون المحل فى قبضته
وتحت يده ولصدق كونه سابقاً اليه حقيقة لامسامحة من دون فرق بين كون رحله
باقيا فيه ام لامادام نوى العود ، كما لو خرج لغرض لا ينفك عن مثله عادة ، ولو كان
الاسفار المتعارفة التى تشغل مدة من الزمن كالشهر والشهرين او ثلاثة اشهر او اكثر
كالسفر الى الحج او الزيارة او لصلة الرحم وغيرها مع نية العود بل ولو خرج
بلاغد مع عدم طول المدة ونية العود ، للصدق المذكور ، فكما ان المفارقة لشراء
ما كول او مشروب او ثوب او قضاء حاجة لاتنافى صدق التشاغل فيها وكون المحل
تحت يده وفى قبضته كذلك المفارقة لغيرها من الامور اللازمة عرفاً .

ثم لا يخفى عليك انه لا يتوقف عدم سقوط الاولوية على ثبوت حق للسابق
بحيث يقبل الانتقال والارث و يجرى فيه استصحاب بقاء الحق مع عروض الشك
في بقاءه بل ولولم نقل به يكفي بناء العقلاء على تقديم السابق على غيره .
هذا مضافاً الى الاستصحاب الحكمى من اصالة عدم جواز مزاحمة الغير
للسابق .

ومما ذكر يظهر ما فى الجواهر من توقف عدم سقوط الاولوية على ثبوت الحق
القابل للانتقال والارث للسابق فتدبر جيداً .

قال في الشرايع : الطرف الرابع في المعادن الظاهرة وهي
التي لا تفتقر الى اظهار (٥٢) كالملح والنفط والقار لا تملك بالاحياء
ولا يختص بها المحجر (٥٣) وفي جواز اقطاع السلطان المعادن
والمياه تردد (٥٤) وكذا في اختصاص المقطع بها ومن سبق اليها
فله اخذ حاجته (٥٥) ولو تسابق اثنان فالسابق اولى ولو توافيا
وامكن ان ياخذ كل منهما بغيته فلا بحث والا اقرع بينهما مع
التعاسر وقيل يقسم وهو حسن (٥٦) و من فقهاءنا من يخص
المعادن بالامام (ع) فهي عنده من الانفال وعلى هذا لا يملك
ما ظهر منها ولا ما بطن ولو صح تملكها بالاحياء ولزم من قوله
استراط اذن الامام وكل ذلك لم يثبت (٥٧) ولو كان الى جانب

المملحة ارض هوات اذا حفر فيها بئر وسيق اليها الماء صار ملحاً صح
تملكها بالاحياء واختص بها المحجر ولو اقطعها الامام صح (٥٨)

(٥٢) قال بعض الاجلة المراد من المعدن الظاهر هو كل معدن تكون طبيعته المعدنية بارزة سواء احتاج الانسان الى حفر وجهه كبير للوصول الى آباره وعيونه في اعماق الطبيعة او وجده بيسر وسهولة على سطح الارض (اقتصاد ناج ٢ ص ٢٣٩) .
وفيه انه يخالفه ظواهر كلمات الاصحاب منها تصريح صاحب جامع المقاصد من ان المراد من المعادن الظاهرة ما يكون على وجه الارض ولا يتوقف الوصول اليها على عمل .

ولذا فسره في الجواهر بما ذكر حيث قال في ذيل قوله : « التي لا نفتقر الى اظهار » بمعنى عدم احتياج الوصول اليها الى مؤنة كالمح والنفط والقار والكبريت و الموميا و الكحل و البرام وغيرهما هي ظاهرة بلا عمل وانما السعى و العمل لاخذه .

ولعل وجه توهم ما قيل هو بعض عبارات العلامة قدس سره في التذكرة حيث قال :
والمراد بالظاهر ما يبدو جوهرها من غير عمل وانما السعى والعمل لتحصيله اما سهلا او متعباً ولا يفتقر الى اظهار .

ولكن مقتضى التأمل في مجموع عباراته هو خلافه كما قال في تفسير المعادن الباطنة : هي التي لا تظهر الا بالعمل ولا يوصل اليها الا بعد المعالجة والمؤنة عليها
كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج

والياقوت وسائر الجواهر المشبوتة في طبقات الارض كحجارة البرام وغيرها مما يكون في بطون الارض والجبال .

فان قوله : « مما يكون في بطون الارض والجبال » يوضح ان مراده من المعادن الظاهرة هي التي تكون جواهرها على سطح الارض لان طبيعتها المعدنية بارزة ولو كانت تحت اعماق الارض .

وكيف كان فالمراد من المعادن الظاهرة هي التي تكون بنفسها ظاهرة من دون حاجة الى حفر ، هذا بخلاف المعادن الباطنة ، فان الوصول اليها يحتاج الى حفر ، سواء كانت قريبة الى سطح الارض ام بعيدة عنه .

(٥٣) في الجواهر : لعدم تصور الاحياء بعد ان كان هو الحفر ونحوه لظهوره كما ستعرفه في المعادن الباطنة والفرض هنا ظهوره ، نعم لو اراد احيائها داراً مثلاً او غيرها مما لا ينافي كونها معدناً امكن القول بصحته فيملكه حينئذ ان لم يكن اجماع على خلافه ولولا طلاقهم عدم احيائها ولكن لم اجد ذلك محرراً في كلامهم .

و ايضاً قال في نفي اختصاص المعادن بالمحجر : انه هو الشارع في الاحياء الذي عرفت انتفائه .

ولقد اجاد فيما افاد و ان كان ذهابه الى امكان القول بصحة تملك المعدن الظاهرة لو ارد احيائها داراً ، لا يخلو عن نظر لعدم شمول ادلة سببية الاحياء لتملك الارض لمثل المعادن الظاهرة .

والحاصل ان بعد ما عرفت من عدم شمول ادلة سببية الاحياء لتملك الارض و ادلة سببية التحجير للاولوية لمثل المعادن الظاهرة صغرى وكبرى ، لادليل الا

مادل على سببية الحيازة للملك وحيث انه دليل لبي فيقتصر فيه على القدر المتيقن .
 والمتيقن منه هو المقدر الماخوذ منها سواء كان بمقدار حاجته او زائداً عليه بمقدار
 لايزاحم الاخرين . واما حيازة المعادن الظاهرة بجملتها فلا دليل على سببيتها للملك
 كما لا اعتبار بحيازة الغابات او الشطوط وغيرهما مما يكون الناس فيها شرعاً سواء .
 (٥٤) وجه الجواز لعلة لعموم ولاية الامام وجواز تصرفه في مطلق الامور مع
 اقتضاء المصلحة و لكونها من الانفال لموثقة اسحاق بن عمار (١) قال سالت
 ابا عبدالله (ع) عن الانفال فقال هي القرى التي قد خربت وانجلى اهلها فهي لله
 وللرسول وما كان للملوك فهو للامام وما كان من الارض بخربة لم يوجف عليه بخيل
 ولا ركاب وكل ارض لارب لها والمعادن منها ومن مات وليس له مولى فماله
 من الانفال . (الوسائل ج ٦ ص ٣٧١) .

بناء على رجوع الضمير في قوله « و المعادن منها » الى الانفال كما يؤيده
 تذييل الجملة التالية بقوله « من الانفال » لارجوعه الى الارض التي لارب لها
 المذكورة قبله ، والا تختص المعادن المذكورة في الرواية بالمعادن التي تكون
 في الموات فلا يشمل غيرها مما تكون في المحياة .

ويشهد لكونها من الانفال ايضاً مرسله داود بن فرقد في حديث :

(١) وسندها هكذا : على بن ابراهيم عن فضالة بن ايوب عن ابان بن عثمان
 عن اسحاق بن عمار ، نقل الكشي اجماع العصابة على تصحيح ما يصحح عن ابان بن
 عثمان ، و روى عنه في كامل الزيارات ، و روى عنه احمد بن ابى نصر وغيره ،
 وبقية افراد السند ثقات .

قال قلت وما الانفال قال بطون الاودية و رؤوس الجبال والاجام و المعادن
الحديث (الوسائل ج ٦ ص ٣٧٢) .

ولعل مرجع ما ذكره فى التذكرة الى ما ذكرنا حيث قال : و تحتمل عندى
جوازان يقطع السلطان المعادن اذالم يتضرربها المسلمون .

وعلى ماقاله بعض علمائنا من انها مختصة بالامام يجوزله اقطاعها لمن شاء
حتى انه لايجوز لاحد التصرف فيها مظهر ولا ما بطن فان احبى احد الباطن لم يملكه
بالاحياء الاباذنه .

واماوجه العدم فى المسالك : لان الناس فيها شرع فلاوجه لاقطاعها .

وفيه اولا ان للامام التصرف مع المصلحة كما يدل عليه قوله تعالى : النبى
اولى بالمؤمنين من انفسهم .

وثانياً المعادن بناء على كونها من الانفال اما مطلقاً او خصوص ما فى ارض
لارب لها ابيحت للناس : ومن المعلوم ان المال لا يخرج عن ملك المبيح بمجرد
الاباحة فله ان يقطع بعضه الى شخص بعداباحة جميعه للناس .

وفى جامع المقاصد : وقد يقال لايتصور الاقطاع فى المعادن الظاهرة و ان
قلنا انها له (ع) لان الاقطاع اذا كان بمنزلة التحجير فلايتصور .

ثم قال ولايقال ان الاقطاع قد يتصور فى المجالس المتسعة فلم لا يمكن هنا
لاناقول الاقطاع فيها للارتفاق فى الجلوس وذلك لايتصور فى المعادن اذا لايراد
منها الاتملك .

وفيه اولا منع ثبوت هذه المنزلة اذ يمكن التفكيك بين التحجير والاقطاع ،

اذالتحجير شروع فى الاحياء ولا مورد للاحياء ولالما شروع فيه فى المعادن الظاهرة
التي تكون بنفسها ظاهرة ، لان احيائها اظهارها و المفروض انهاظاهرة بنفسها .
هذا بخلاف الاقطاع فانه متصور فيها فافهم .

وثانياً منع عدم جواز الفعل وان لم يسم اقطاعاً كما فى الجواهر حيث قال :
الامام لاينطق عن الهوى ان هو الاوحى يوحى ولاطلاع على المصالح الواقعية وكونه
معصوماً عن ترك الاولى فضلاً عن غيره صاراولى من المؤمنين بانفسهم فالمتجه
حينئذ سقوط هذا البحث ضرورة ان له الفعل وان لم يسم اقطاعاً عرفاً .

ثم لا يخفى انه ذهب فى الجواهر الى عدم جواز ذلك للنائب العام حيث قال:
نعم لايجوز ذلك و نحوه مما هو متوقف على المصالح الواقعية للنائب
العام لعدم عمومية نيابته على وجه يشمل مثل ذلك مما هو مبنى على معرفة المصالح
الواقعية وليس له ميزان ظاهر اذنوا فيه (ع) فهو من خواص الامامة لايندرج فى
اطلاق ما دل على نيابة الفقيه المنصرف الى ما كان منطبقاً على الموازين الشرعية
الظاهرة كالقضاء والولاية على الاطفال ونحو ذلك لا نحو الفرض .

وفيه منع توقف الاقطاع فى المقام على المصالح الواقعية اذ لا دليل عليه
فالاقطاع كالقضاء وغيره مما يتوقف على المصالح الظاهرية فاذا اقتضت المصلحة
اقطاع بعض المعادن لبعض الاشخاص فلم لايجوز للفقيه التصدى به مع كونه
نائباً عن الامام فى كل ما ثبت له بعنوان الخلافة الظاهرية و الحكومة الاسلامية
فتدبر .

ثم قال بعض الاجلة :

ان الاقطاع كما يحدده الشيخ الطوسي في المبسوط هو في الحقيقة منح الامام لشخص من الاشخاص حق العمل في مصدر من مصادر الثروة الطبيعية التي يعتبر العمل فيها سبباً لتملكها واكتساب حق خاص فيها - الى ان قال - وفي هذا الضوء نستطيع ان نفهم دور الاقطاع ومصطلحه الفقهي فهو اسلوب من اساليب استثمار المواد الخام يتخذه الامام حين يرى ان السماح للافراد باستثمار تلك الثروات افضل الاساليب للاستفادة منها في ظرف معين فاقطاع الامام منجم الذهب لشخص معناه السماح له باحياء ذلك المنجم واستخراج المادة منه ولذلك لايجوز للامام اقطاع الفرد ما يزيد على طاقته و يعجز عن استثماره كما نص على ذلك العلامة الحلي في التحرير والشافعي لان الاقطاع الاسلامي هو السماح للفرد باستثمار الثروة المقطعة والعمل عليها فاذا لم يكن الفرد قادراً على العمل لم يكن الاقطاع مشروعاً فهذا التحديد من الاقطاع يعكس بوضوح طبيعة الاقطاع بوصفه اسلوباً من اساليب تقسيم العمل واستثمار الطبيعة (اقتصادنا ج ٢ ص ٤٥٠) .

ولكن يمكن ان يقال ان تحديد الاقطاع في كلمات الاصحاب بمنح الامام حق العمل في جميع الموارد مشكل بل ممنوع اذ لا يتصور ذلك في المعادن الظاهرة والمياه اذ المعادن والمياه كانت احيائها اظهرها والمفروض كونها ظاهرة بنفسها فلا حاجة الى احيائها حتى يكون المقصود من اقطاعها منح الامام حق العمل فيها فالمراد من اقطاعها تملكها لغرض ومصلحة عامة تعود الى المجتمع الاسلامي لو فرض .

هذا مضافاً الى عدم الملازمة بين عدم جواز اقطاع ما يزيد على الطاقة وبين كون الاقطاع منح حق العمل .

ثم لو سلم ان المقصود من العبارات هو ذلك فإى دليل يدل على عدم جواز سماح قطعة من الارض المحيية والثروة الطبيعية التى لاحتياج الى الاحياء او غيرهما لاحد من المسلمين لغرض و مصلحة اجتماعية تعود نفعه الى المجتمع الاسلامى فتدبر جيداً .

(٥٥) وفيه ان تقييده بمقدار حاجته مع اطلاق الاحقية بالسبق كما ترى فله الاخذ مالم يضر بالآخرين كما فى الجواهر بل فى جامع المقاصد حيث قال :
« والسابق الى موضع منه لا يزعج قبل قضاء وطره لثبوت الاحقية بالسبق والظاهر عدم الفرق بين طول الزمان وقصره ولا بين اخذ قدر الحاجة و ما زاد مالم يصير مقيماً فانه يزعج اذا منع غيره على الظاهر » بناء على ان مقصوده ذلك كما احتمله فى الجواهر .

(٥٦) لان القرعة فيما اذا كانا متساويين فى الاولوية ولم يمكن الاشتراك واستحال الترجيح فاشكل المستحق فيقرع لذلك واما مع امكان الاشتراك فلا يبقى مورد للقرعة لان القرعة فى الامور المشكلة التى لا طريق الى معرفة حكمها و مع حكم العقل او الشرع لا مجرى لها .

ثم لا يخفى ان ما استبقا اليه اما يفى لهما فلا كلام واما لا يفى بمطلوبهما وهو لا يخلو عن الصورتين : احدهما ما كان قابلاً للتقسيم بينهما فلا كلام ايضاً .
وثانيهما مالم يكن قابلاً كالباقوتة فهو وان لا يقبل التقسيم الخارجى ولكنه قابل للاشتراك على نحو الاشاعة وتقسيم ثمنه بعديعه بينهما .

لكن اورده عليه فى الجواهر بان الاحق فى هذه المقامات لا يزيد على ما يقتضيه

الظلم ضرورة عدم حصول الملك الا بالحيازة التسي هي الفعل و انما السبق فسي
الفرض قد افاد عدم جواز مزاحمة الغير لهما من حيث انه ظلم و حيث اشكل الحال
في استحقاق كل منهما ايجاد السبب الذي يحصل به الملك فلا طريق لترجيح
احدهما على الاخر الا القرعة لاقسمة الباقي على الاباحة و لم يتعلق لاحدهما في
عينه حق و كونهما سابقين مشمولين لعموم « من سبق ... » لا يقتضى الا ما ذكرناه
لا ازيد منه من تعلق حق بالعين نفسها فضلا عن الملك ولا فرق في ذلك بين الواسع
والضيق انتهى .

و يمكن ان يقال ان سبقتهما معاً سبب لاشتراكهما في جواز الحيازة و سبب
الاستحقاق ، و معه لا يبعد القول بالقسمة فيما اذا لم يف المعدن بحاجتهما معاً و ان
لم نقل بتملك المسبوق او تعلق حق عليه لبناء العقلاء عليه في امثال المقام كما اذا
استبقا معاً الى الصيد و اللقطة التي يمكن تملكها او مباح آخر فيكفي في القسمة
و عدم القرعة اشتراكهما فسي سبب الاستحقاق و لقد اجاد فسي جامع المقاصد
حيث قال في وجه القسمة : لا مكانها و استوائهما في سبب الاستحقاق . و مع هذا
البناء لاشكال في الامر حتى يشمل دليل القرعة .

ثم لا يخفى ما في محكى اللمعة من قوله : « ان تعذرت القسمة اقرع »
حيث عرفت ان ما لا يقبل التقسيم الخارجى يبقى على الاشاعة حتى يباع و يقسم
ثمنه و عليه فلا مورد فيه ايضاً للقرعة .

ثم قال في جامع المقاصد : فتلخص من هذا انه مع السعة بمطلوبهما المرجع
الى القرعة في التقدم و مع عدمه فالقسمة فان تشاحا في التقدم اقرع .

ولقد اجاد فيما افاد ولعل مراده من التشاح في صورة عدم السعة هو التشاح

فى التقدفم فى وقت الاخذ مع فرض ضفق المكان وعدم امكان اجتماعهما للاخذ معاً فى وقت واحد فلا بد ان يأخذ احدهما فى النهار والآخر فى اللفل مثلاففشفاحان فى وقت الاخذ فىقرع فىاخذ احدهما فى اللفل والآخر فى النهار .

وكفف كان فقد افضح مما ذكر انه لا مورد للقرعة الا من جهة التقدفم فى وقت الاخذ كما اذا كان مكان الاخذ ضفقا سواء كان المعدن وسفعا ام لا .

ثم لا فففى ان كل ما اخرجاه من المعدن فىما اذا لم فكن المعدن وسفعا فقسف بفنهما عفنا او ثمنا كما ان الصفد واللقطة فقسفان بفن المستبقفن الفهما معاً ، ولا مجال مع بناء العقلاء على القسمة لما ذهب الفه فى الجواهر من انه فملك من اخرجه القرعة ولا فشاركه الآخر .

(٥٧) قال فى الجواهر : لعدم جابر للخبفر المزبور بل الموهن مفتحقق فان المشهور نقلا وفحصفلا على ان الناس فىها شرع سواء بل قفل قدفلوح من محكى المبسوط والسرافر نفى الخلاف فىه ، مضافا الى السفرة المستمرة فى سائر الاعصار و الامصار فى زمن تسلطهم وففره على الاخذ منها بلاذن حتى ما كان فى الموات الذى قد عرفف انه لهم منها اوفى المففوحة عنوة الفى هى للمسلمفن فانه وان كان فنبغى ان ففبعهما فىكون ملكا للامام فى الاول وللمسلمفن فى الثانى لكونه من اجزاء الارض المفروض كونها ملكا لهما بل لو فجدد فىهما فكذلك فضا الا ان السفرة المزبورة العاضدة للشهرة المذكورة ولقوله تعالى « خلق لكم ما فى الارض » و لشدة حاجة الناس الى بعضها على وجه ففوقف فله معاشهم نحو الماء والنار والكلاء وفى فبفر ابى البفخرى عن جعفر عن ابفه عن على ففهم السلام : لا فحل منع الملح والنار و ففر ذلك مما لا فففى على الشارد لاخبارهم فوجب الخروج

عن ذلك انتهى .

ويمكن ان يقال ان الخبر المزبور هو موثقة اسحاق بن عمار التي قد عرفت
تمامية دلالتها في الجملة بل يدل بناء على رجوع الضمير في قوله « و المعادن
منها » الى الانفال كما يؤيده ذيل الرواية على ان مطلق المعادن من الانفال
لا خصوص ما يكون في ارض لارب لها كما لا يخفى .

و اما الموهن المذكور ففيه انه ليس بمناف لها لجواز كونها ملكا للامام
ثم اباحها للناس كنفس الاراضي الموات فانها وان كانت ملكا للامام ولكنها مباحة
لمن احياها .

كما يشهد لاباحتها - مضافا الى جعل الخمس فيما اخرج من المعادن فانه
يدل بدلالة الاقتضاء على اباحة الاخذ منها والا فلا يكون الخمس منها للامام بل
جميعها - السيرة المزبورة فانها تدل على جواز الاخذ منها واباحتها .

و صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال قال امير المؤمنين على
ابن ابي طالب عليه السلام : هلك الناس في بطونهم و فروجهم لانهم لم يؤدوا الينا
حقنا الا وان شيعتنا من ذلك و آباءهم في حل وفي رواية اخرى . و ابنائهم . (الوسائل
ج ٦ ص ٣٧٩) .

بناء على اطلاق التحليل حتى بالنسبة الى الانفال و لكنه مخصوص
بالشيعه .

و موثقة مسمع بن عبد الملك في حديث عن ابي عبدالله عليه السلام حيث
قال فيه : فما اخرج الله منها من شيء فهو لنا ثم قال و كل ما كان في ايدي شيعتنا من
الارض فهم فيه محللون . (الوسائل ج ٦ ص ٣٨٢) .

بناء على كون لفظه من في قوله « من الأرض » نشوية لا بيانية و الافلايشمل
غير الارض ولكنه لا يخلو عن المناقشات اذ لا اظن احداً يلتزم بقوله « فما اخرج
الله منها من شىء فهو لنا » اللهم الا ان يقال بالملكية الطولية . هذا مضافاً الى
اختصاص التحليل بالشيعة مع ان السيرة على جواز الاخذ حتى للكافر
الذمى .

و خبر الحارث بن المغيرة النصرى حيث قال فيه بعد قوله عليه السلام لنا
الانفال : اللهم انا قد احللنا ذلك لشيعتنا . (الوسائل ج ٦ ص ٣٨٣)

ولكنه ضعيف مضافاً الى اختصاص التحليل فيه بالشيعة وكيف كان فلا باس
بحمل المشهور او السيرة على اباحته الاخذ من المعادن فلا ينافى الموثقة .

اللهم الا ان يقال ان المشهور او السيرة على ان المعادن من المباحات
الاولية فحينئذ ينافى الموثقة ويكشف عن اعراضهم عنها ثم بناء على عدم منافاة
المشهور او السيرة مع الموثقة لا يخفى انه لا يقوم دليل اجتهادى مطلق على اباحة
المعادن كيفما اخذوا و اما السيرة فحيث كانت دليلاً لبياً يقتصر فيه على القدر
المتيقن فلا وجه لجواز احتكار المعادن و كل مورد يشك في جوازه يرجع الى
الامام او نائبه لان الانفال له وامره بيده ويبد نائبه الخاص او العام .

هذا مضافاً الى مطلقات تدل على حرمة التصرف في اموال الائمة عليهم السلام
وان كانت ضعيفة (الوسائل ج ٦ ص ٣٧٧) .

ثم بناء على تمامية دلالة موثقة اسحاق بن عمار يكون المعادن مطلقاً للامام

عليه السلام سواء كانت فى الاراضى الموات او المفتوحة عنوة او الاراضى
المملوكة وسواء تجددت فى الاراضى المذكورة ام كانت من قبل .
وادلة مسببة الاحياء للتملك او للاستحقاق او ادلة مسببة الفتح عنوة لملكية
عنوان المسلمين لا يشمل المعادن مع وجود دليل آخر يدل على ملكيتها
للإمام عليه السلام .

هذا مضافا الى امكان ان يقال ان المستفاد من مجموع الاخبار هو جعل
عنوان الانفال فى املاك الامام عنوانا مستقلا فى قبالة اراضى الموات فما دل على
تملك اراضى الموات باحيائها اجنبى عن الانفال ولا يشملها ولو تبعاً فافهم .

(٥٨) وفى الجواهر : ضرورة كون الارض حينئذ من الموات الذى عرفت
صحة الثلاثة فيه وصيرورة الماء فيها ملحاً لا يجعلها معدناً كما ان كونها بجنب
المملوكة كذلك ايضا فان كلامهما حينئذ على حكمه .

قال في الشرايع : والمعادن الباطنة هي التي لا تظهر بالعمل ،
كمعادن الذهب والفضة والنحاس فهي تملك بالاحياء (٥٩)
ويجوز للامام اقطاعها قبل ان تملك (٦٠) و حقيقة احيائها ان
يبلغ نيلها ولو حجرها و هو ان يعمل فيها عملاً لا يبلغ به نيلها
كان احق بها ولم يملكها (٦١) ولو اهمل اجبر على اتمام العمل
او رفع يده عنها (٦٢) ولو ذكر عذراً انظره السلطان بقدر
زواله ثم الزمه احد الامرين .

فرع : لو احيى ارضاً وظهر فيها معدن ملكه تبعاً لها لانه من
اجزائها (٦٣) .

(٥٩) الذى يظهر من الجواهر و المتن ، ان العمل المنتهى الى النيل يصدق عليه الاحياء الذى سبب للملك ، فان احياء كل شىء بحسبه ، و من هنا يملك البشر ببلوغه الماء الذى هو فيها اذ هو كالجواهر الكائن فيها و يبلغه بحفرها .

و اورد عليه بعض الاجلة بان الاحياء لم يثبت فى الشريعة حق خاص على اساسه الا فى الارض للنص التشريعى القائل «من احبب ارضا فهى له» و المعدن ليس ارضا حتى يشملها النص بدليل ان الفقهاء حين بحثوا احكام اراضى الفتح العامة وقالوا انها ملك عام للمسلمين لم يلحقوا معادن تلك الاراضى بها فى هذه الملكية معترفين بان المعدن ليس ارضاً .

كما ان الحيابة لا يوجد دليل فى الشريعة على انها سبب لتملك المصادر الطبيعية .

وعلى ضوء هذا الاتجاه الفقهى لا يتاح للفرد ان يملك شيئاً من المنجم مادام فى موضعه الطبيعى وانما يملك المادة التى يستخرجها خاصة وهذا لا يعنى ان علاقته بالمنجم لا تختلف من الناحية التشريعية عن علاقة اى فرد آخر ، بل هو بالرغم من انه لا يملك المعدن يعتبر تشريعياً اولى من غيره بالاستفادة من المعدن و ممارسة العمل فيه عن طريق الحفرة التى حفرها لاكتشافه . . .» (راجع اقتصادنا ج ٢ ص ٤٤٧) .

ولكن يمكن ان يقال : ان المقصود من قياس حفر الارض للمعدن بحفر البشر للوصول الى الماء واضح ، وهو انه كما يصدق احياء الارض على حفر البشر للوصول

الى الماء فيشملة قوله : « من احيى ارضا فهي له » ويحكم بكون البئر وما فيه من الماء للحافر ، كذلك يصدق احياء الارض على الحفرة التى تنتهى الى المعدن فيملك الحفرة مع المعدن الذى فى منتهاه .

وليس المقصود صدق احياء الارض على اخراج الماء ولا على اخراج المعدن حتى يرد عليه ما ذكر .

اللهم الان يقال : ان المعدن كما عرفت من الانقال التى جعلت عنوانا مستقلا فى قبال اراضى الموات فى الروايات الدالة على املاك الامام عليه السلام ، فما يدل على سببية احياء اراضى الموات للتملك ، غايته دلالة على تملك الاراضى نفسها واما المعدن فلا وان صار الحافر بعد صدق احياء الارض على الحفرة مالكا لنفس الحفرة ، نعم هو اولى من غيره بالاستفادة من المعدن والاخذ منه بمقدار حاجته .

فالاولى ان يقال فى رد من ادعى صحة تملك المعدن و المناجم ، انها انقال كما يدل عليه موثقة اسحاق بن عمار ولا دليل على جواز تملكها .
نعم قدم قيام السيرة وغيرها على جواز الاخذ منها ، ومن المعلوم ان الاخذ غير التملك .

ولا يقاس المعدن الكائنة تحت الارض بالمياه الكائنة ، بعد جعل المعدن فى الروايات عنوانا مستقلا فى قبال سائر املاك الامام عليه السلام ، فانه يمكن الالتزام بالتبعية فى الماء بعد صدق احياء الارض على حفر البئر دون المعدن ، فانها حيث جعلت عنوانا آخر فى قبال الموات من الاراضى ، فادلة سببية الاحياء لتملك الاراضى لايشملها ولا اقل من الشك ، فافهم .

(٦٠) قد عرفت ان المعادن من الانفال ، وعليه لاشكال فى اقطاعه لانها ملكه عليه السلام . هذا مضافاً الى عموم ولايته على التصرف فى الاموال والامور كما يدل عليه قوله تعالى : « النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم » وقدمر حكمهم تصرف نوابه عليه السلام فراجع .

(٦١) قد عرفت ان مقتضى كونها من الانفال عدم الدليل على التملك وان بلغ النيل ، وانما يصير بحفر الحفرة البالغة اولى من غيره فى الاخذ من المعدن ، واما اذا حفر ولم يبلغ فهو اولى بموضع حفره لا بالمعدن ولذا يمكن تجويز اخذ المعدن لمن يبلغ اليه من طرف آخر ، ولو لم يبق لغيره ممن لم يبلغه شىء .

(٦٢) بعد ما عرفت انها من الانفال ، لا يخفى ان الاقطاع تابع لارادة الامام عليه السلام المبتنية على المصالح التامة ، فان اراد اقطاع معدن لشخص من الاشخاص بحيث يصير مالكاً فلا مانع عنه ، كما يصح اقطاع معدن لان يعمل فيه حتى يبلغه .

وبالجملة امر المعادن بيده وهو يفعل ما تقتضيه المصلحة ، سواء كان اقطاع تملك او سماح حق عمل فيه حتى يبلغه بحيث لو لم يفعل واهمل اجبره على احد الامرين .

ثم بناء على صحة تملك المعدن بالاحياء قال فى الجواهر : « قد عرفت سابقاً ايضاً ان من ملك مواتاً باحيائه ملك حريمه معه ، وهو مرافق ذلك العامر التى يرجع فيها الى العرف المختلف باختلاف الاحوال والامكنة .

وهو معنى ما عن المبسوط والمهذب « من انه اذا احبب المعدن فهو احق به وبمرافقه التى لا بد منها على حسب الحاجة اليه ان كان يخرج منه ما يخرج باليدى

وان كان يخرج بالاعمال فكما ذكرناه فى الموات ، وقد ذكرنا هناك ان المدار على الحاجة مما يتوقف عليه الدواب و الدولاب والمستقى ونحو ذلك .

« ولكن فى القواعد : « ولا يقصر ملك المحبى على النيل بل الحفرة التى

حواليه وتليق بحريمه يملكها ايضاً » - الى ان قال -

« ونحوه مافى المسالك : « واذا اتسع الحفر ولم يوجد المطلوب الا فى

بعض جهاته لم يقتصر الملك على محله بل كما يملكه يملك ما حواليه مما يليق بحريمه

وهو قدر ما يقف فيه الاعوان والدولاب ، ومن جاوز ذلك وحفر بئراً لم يمنع وان

وصل الى العرق « ولا يخفى عليك مافيه من الاجمال ايضاً » .

« وكذا مافى الدروس وغيرها : « من ملك معدناً ملك حريمه » وهو منتهى

عروقه ومطرح ترابسه وطريقه وما يتوقف عليه عمله ان كان عمله عنده فانه ان لم

يحمل على ارادة ما لا يزيد على حريمه من منتهى عروقه اشكل بما هو المعلوم المصرح

به فى كلام غير واحد من انه لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر فى

ناحية اخرى فاذا وصل الى ذلك العرق لم يكن له منعه لانه يملك المكان الذى حفره

وحريمه « انتهى كلام الجواهر .

واما بناء على ما ذكرنا من ان المعادن من الانتقال ، فبالحفر لا يصير مال الكال للعرق

ولو فى حريم الحفر بل يصير اولى بالاختدمنه فى حريم الحفر فلا يجوز مزاحمته فيه

كما لا يخفى .

(٦٣) قال فى الجواهر : « بلا خلاف اجده فيه وان استحال الى حقيقة اخرى

غيرها الا ان ذلك لا يخرجها عن ملكه فيها سواء كان عالماً به حين احيائها أولاً »

وفيه انه ان كانت المعادن ملكاً للامام لكونها انقالا فلا يملكها المحيي لانها كالملك المودع فى الموات ، فكما لوجه لملكية المحيي اياه استقلالاً ولا تبعاً ، كذلك لوجه لملكية الانفال ، وقد سبق ان قوله صلى الله عليه وآله : « من احبى ارضاً فهى له » لا يوجب الا ملكية مالم يملكه الاخر اولم يستحقه الاخر .

اللهم الان يقال ان المعادن المودعة فى الموات كالواتاد الموضوعة على جدار الدار او الاشجار المغروسة فيها ، فكما انها تصير ملكاً تبعاً لملكية الدار ، كذلك الانفال تصير ملكاً تبعاً لملكية الموات .

ولكنه لا يخلو عن تأمل بل نظر ، فان المعادن كالكنز المدفون فيها الذى كان لصاحب الدار ولا يتبع ملكية الدار .

هذا مضافاً الى ان حديث التبعية ينفع فيما اذا لم يجعل الانفال عنواناً مستقلاً فى قبال الموات وغيره من املاك الامام عليه السلام والا فتمليك عنوان لا يرتبط بتمليك عنوان آخر ، وقدم مراراً ان الانفال جعلت عنواناً مستقلاً فى قبال ساير املاكه فادلة سببية الاحياء لتمليكه الموات لا تشمل المعادن ولا اقل من - الشك .

وان كانت المعادن من المشتركات العامة اى المباحات ، ففيه تفصيل وهو انه ان كانت فى قعر الارض بحيث لاتعد عرفاً من توابع الارض المملوكة وملحقاتها كمعادن النفط التى تحتاج الى حفر زائد للوصول اليها ، فملكية الارض بالاحياء لاتستتبع ملكيتها ، ولادليل عليه .

ودعوى قيام السيرة عليه لم تثبت ، كما ان الاجماع المدعى فى المقام محتمل المدرك .

وبالجملة تبعية ما فى تحت الارض كنفس طبقات الارض دائرة مدار الصدق
العرفى ، كما ان تبعية ما علاها من الجو تابعة لذلك ، ولذا يمكن ان يقال بجواز عبور
الاقمار المصنوعة او الطائرة فى جو ارض الغير وان لم يرض به كما لا يخفى .
ثم ان مقتضى اطلاق ما دل على ان المعادن من الانفال هو عدم الفرق بين اذا
تجددت الانفال بعد ملكية الارض بالاحياء و غيره من الاسباب المملكة ، وبين
ما سبقت على ملكية الارض .

والذى يظهر من الجواهر «من انه وان استحال الى حقيقة اخرى غيرها الا
ان ذلك لا يخرجها عن ملكه فيها سواء كان عالماً به حين احيائها اولاً» .
غير نافع بعد قيام دليل اجتهادى يدل باطلاقه على صيرورة هذه الاجزاء
المستحيلة ملكاً للامام عليه السلام .
ولامجال لاستصحاب الملكية ، اذا الاصل دليل حيث لا دليل ، ومع قيام دليل
اجتهادى لامورد له فتدبر جيداً .

ثم ذكر فى الجواهر فرعين آخرين احدهما :

« انه لو حفر ارضاً فوصل الى معدن ثم فتحها المسلمون ففى المبسوط
والمهذب والتذكرة والتحرير انه غنيمة للغانمين لانه للمسلمين كالارض ، وعن
الفخر انه قواه والكركى استظهره ، ولكن فى القواعد الاشكال فى ذلك .

ثم ذكر فى الجواهر وجه طرفى الاشكال وقوى الوجه الاول و هو كونه
بحكم المنقولة حيث قال :

«ولعله من كونه بحكم المنقول ، وغير مندرج فى الارض التى دلت الادلة
على انها للمسلمين ، و لعدم علم قصد التملك للحافر له فيكون حينئذ على اصل

الاباحة ، نحو من حفر بئراً في البادية ثم ارتحل عنها ، و من انه جزء من الارض التي لا تنتقل او مشابه له في ذلك ، ولكن لا يخفى عليك ضعف الاخير بل ولا بعض ما ذكر للاول الذي لا يقدح في قوته .

ولكن مقتضى اطلاق ما دل على ان المعادن من الانفال هو بقائها على حالها والحرب سبب لملكية الاراضى للمسلمين للملكية المعادن كما لا يخفى .

وثانيهما :

« انه لو قال رب المعدن لآخر اعلم فيه و لك نصف الخارج ، ففي القواعد وجامع المقاصد ومحكى المبسوط والتذكرة ، بطل لجهالة العوض ، اجارة كان او جمالة ، وهو كذلك في الاول ، اما في الثاني فقد تقدم في كتاب الجمالة ما يعلم منه صحة ذلك وعدمه ، بعد فرض كون المعدن مملوكاً للجماعل بالاحياء او غيره» وغير خفى انه لافرق فيما ذكره صاحب الجواهر بين ان يكون رب المعدن مالكاً للمعدن ام لا ، فان مجرد كونه اولى بالمعدن بالحفر الواصل اليه يكفي في جواز استيجار الغير للعمل فيه او في جواز الجماعل مع الغير ، فلا وجه لاختصاص ما ذكر بما اذا كان رب المعدن مالكاً .

قال فى الشرايع : و اما الماء (٦٤) فمن حفر بئراً فى ملكه او مباح
لتملكها فقد اختص بها كالمحجر (٦٥) فاذا نبع الماء فقد ملك
البئر والماء (٦٦) ولم يجوز لغيره التخطى اليه ولو أخذه منه اعاده
و يجوز بيعه كيلا و وزناً و لا يجوز بيعه اجمع لتعذر تسليمه
لاختلاطه بما يستخلف (٦٧) ولو حفرها الا للملك بل للانتفاع
فهو احق بهامدة مقامه عليها (٦٨) وقيل يجب عليه بذل الفاضل من
مائها عن حاجته و كذا قيل فى ماء العين والنهر ولو قيل لا يجب
كان حسناً (٦٩) و اذا فارق فمن سبق اليها فهو احق بالانتفاع بها
(٧٠) و أما مياه العيون والابار والغيوث فالناس فيها سواء (٧١)

و من اعترف منها شيئاً باناء او حازه في حوضه او مصنعه فقد ملكه .

(٦٤) أما ماء البحر او الشطوط او الانهار الكبار الجارية بنفسها فهو من المشتركات العامة ، لبناء العقلاء عليه ، ولقيام السيرة عليه ، مضافاً الى قوله صلى الله عليه وآله : « الناس شركاء في ثلاثة : النار والماء والكلاء » .

ولا ينافي كونها من المشتركات العامة عروض الملكية لما اخذ منها بالحيازة كاحراز الماء في آنية او مصنع او حوض ونحوها .

ولا وجه لاشتراط الحيازة بمقدار الحاجة بل له ان يحوز ما لم يوجب ضرراً اوضيقاً على الاخرين والافادلة الحيازة قاصرة عن شموله ، لانه دليل لبي يقتصر فيه على المتقين ، وهو المقدار الذي لا يكون مضراً على الاخرين .

وما نرى اليوم من منع بعض الدول الاسلامية بعضها الاخر عن الاستفادة من البحور و الشطوط التي تكون تحت سيطرتهم - بلا وجه ، بعد كونها من المشتركات العامة وعدم الضرر .

قال في المبسوط : « فالمباح مثل ماء البحر والنهر الكبير مثل دجلة والفرات والنيل وجيحون وسيحان ومثل العيون التابعة في موات السهل والجبل ، فكل هذا مباح ، و لكل أحد ان يستعمل منه ما اراد كيف شاء بلا خلاف » (المبسوط ج ٣ ص ٢٨٢) .

نعم للدولة الاسلامية الحق ان يمنع الدول الاجانب الكفرة التي ليست

خاضعة للإسلام ودولته عن الاستفادة من المشتركات العامة التي تكون تحت سيطرتها .

ثم يظهر من بعض الاخبار أن البحور من الانفال ، ولكنه لم يثبت وان امكن الاستدلال له برواية ابي سيار (١٢ من الباب الرابع من ابواب الانفال من الوسائل) حيث قال : « يا ابا سيار ان الارض كلها لنا فما اخرج الله منها من شىء فهو لنا » فتأمل .

وبرواية ابن ابي عمير المروية عن حفص بن البختري عن ابي عبد الله عليه السلام ، حيث قال بعد ذكر خمسة اناهار : فما سقت او سقى منها فللامام و البحر المطيف بالدنيا . (الخصال ص ٢٩١) .

و كيف كان فامر المشتركات العامة بيد الامام و نائبه الخاص او العام يفعل فيه ما تقتضيه المصالح العامة .

(٦٥) الاختصاص بالحفر في المباح واضح ، واما في الملك فهو غير واضح كما في الجواهر ، لان الحفر لا يزيد شيئاً في ملكه و حال ملكه قبل الحفر و بعده سيان . الا ان يقال بظهور الفائدة في ذلك بالنسبة الى الحرير لمن اراد حفر بئر اخرى في المباح المجاور لملكه ، فانه اذا حفر فيها فله منعه مع فرض ضرره ، بخلاف ما اذا لم يحفر .

ثم لا يخفى ان قوله « لتملكها » كما في الجواهر علة للمباح المتصل به كما هو المحكى عن صريح المبسوط والسرائر ، وليس علة لهما ، حتى يرد عليه ان ما يخرج من المملوك من الماء مملوك تبعاً من دون حاجة الى قصد التملك .

(٦٦) يدل عليه مضافاً الى قيام بناء العقلاء والسيرة المستمرة عليه ، انه احياء

للارض ، اذ بعد بلوغ الماء صارت هذه القطعة من الارض وهى البشرمحية ولا فرق بين ان يكون الاراضى التى تجاوره قابلة للزراعة ام لا ، فاذا ملك الارض بالاحياء ملك ما يكمن فيها من الماء بالتبعية .

على ان ما اجتمع فى بئر من الماء يصدق عليه انه ما يحوزه بالبشر ، فيملكه بالحيازة .

واما الاستدلال بفحوى ما يدل على جواز الشرب فيه ما لا يخفى بعد امكان بيع الحقوق .

ثم لا يخفى ان بعض الاجلة ناقش فى السيرة العقلائية بانه لا بد لدى الاستدلال بها من الجزم بعدم صدور الردع ليتحقق العلم بالامضاء والجزم بعدم صدور الردع ليتحقق مع وجود ما يحتمل دلالته فى الاخبار على الردع ولولم يكن تاماً سنداً لان مجرد احتمال وروده بنحو الردع من الشارع يكفى لعدم حصول الجزم بالامضاء ، فالخبر الضعيف و ان لم يكن حجة ولكنه يكفى فى جملة من الموارد لاسقاط حجية السيرة والمنع عن الجزم بالامضاء - الى ان قال - وبناء عليها نقول فى المقام ان الروايات العديدة الواردة تارة بلسان ان الناس شركاء فى الماء و اخرى بلسان النهى عن منع فضل الماء و ثالثة بلسان النهى عن بيع القناة بعد الاستغناء عنها ، تؤدى على اقل تقدير ورود الردع عن الاختصاص المطلق المسمى بالملكية . (اقتصادنا ، ج ٢ ص ٦٧٠)

وفيه ان اللازم هو الجزم بعدم الردع فى مقام الاثبات لافى مقام الثبوت ، فاذا لم يصل الردع الينا بوصول حجة ، كانت السيرة حجة ، كما أن العموم باق على حجيته ما لم يصل الخاص الينا ، و مجرد احتمال ورود المخصص لا يضر بحجية العام .

لا يقال : ان العام حجة قبل ورود المخصص ، بخلاف السيرة فانها لم تكن حجة الا بعدم صدور الردع ، فمع احتمال للاحجية ثابتة حتى تبقى .

لانا نقول : ان حجية العام مبنيّة على السيرة العقلائية الثابتة على جريان أصالة تطابق الارادة الاستعمالية مع الارادة الجدية فاذا توقفت حجية السيرة العقلائية على الجزم بعدم صدور الردع ، فكيف يكون أصالة التطابق حجة مع احتمال ورود المخصص ، فجريانها مع الاحتمال المذكور ليس الا لما ذكرنا من ان اللازم هو الجزم بعدم الردع في مقام الاثبات لافى مقام الثبوت .

هذا مضافاً الى امكان منع ارتداع الناس عما بنوا عليه بمجرد احتمال الدلالة ، ولذالوا كفى الشارع به في مقام ردع بنائهم كان ذلك نقضاً لغرضه من ارتداعهم ، فعليه ان يذكر ما يكون صريحاً او ظاهراً في الردع حتى يرتدعوا . على ان الاحتمال الذي يكون خلاف الظاهر من النصوص مطروح بالسيرة القطعية .

فلا يعتنى باحتمال ورود الردع عن الاختصاص المطلق المسمى بالملكية بقوله : «الناس شركاء في الماء» بعد امكان الجمع بينه وبين ما يدل على سببية الاحياء لتملك الارض وما يتبعها ، بحمله على الحكم الحيثي او الاولي . وهكذا لا يعتنى بالاحتمال المذكور بنهيه عن منع فضل الماء او بيع القناة ، بعد امكان الجمع بينهما وبين ما يدل على جواز البيع بحملهما على الكراهة ، او على المياه المباحة التي لا يعرضها وجه مملك ، فتد برجيدياً .

ثم ان الشيخ قدس سره ذهب في المبسوط الى وجوب بذل الفاضل عن حاجته بلا عوض .

حيث قال : « فكل موضع قلنا انه يملك البئر فانه احق من مائها بقدر حاجته لشربه و شرب ماشيته و سقى زروعه ، فاذا فضل بعد ذلك شىء و جب عليه بذله بلاعوض لمن احتاج اليه لشربه و شرب ماشيته من السابلة وغيرهم و ليس له منع الماء الفاضل من حاجته حتى لا يتمكن غيره من رعى الكلاء الذى يقرب ذلك الماء ، و انما يجب عليه ذلك لشرب المحتاج اليه و شرب ماشيته فاما لسقى زرعه فلا يجب عليه ذلك ، لكنه يستحب .

وفيهم من قال يستحب ذلك لشرب ماشيته و سقى زروعه و لا يجب .

وفيهم من قال يجب بذله له بلاعوض لشرب الماشية و لسقى الزرع .

وفيهم من قال يجب عليه بالعوض فاما بلاعوض فلا .

وانما قلنا ذلك لمارواه ابن عباس ان النبى ﷺ قال : الناس شركاء فى

ثلاث : النار و الماء و الكلاء ، و روى جابر ان النبى صلى الله عليه و آله نهى عن بيع فضل الماء - الى ان قال -

هذا فى ماء البئر و اما العين الذى على ظاهر القرار على صاحب القرار بذل

الفاضل عن حاجته لماشية غيره مثل البئر سواء « انتهى (المبسوط ج ٣ ص ٢٨١-٢٨٢) .

و اورد عليه فى المسالك ، بان « هذه الاخبار كلها عامية و هى مع ذلك

اعم من المدعى ، و مدلولها من النهى عن منع فضله مطلقا لا يقول به ، بل و لا غيره

ممن يعتمد هذه الاحاديث ، و هى ظاهرة فى ارادة الماء المباح الذى لم يعرض

له وجه مملك كمياء الانهار العامة و العيون الخارجة فى الموات ، و السابقة على

احياء الارض الموات ، و مياه العيون و الابار المباحة ، فان الناس فى هذه شرع

- الى ان قال - ويمكن حمل النهى في هذه الاخبار فيما يتناول الماء المملوك على الكراهة بل هو أولى بدلالته» انتهى.

واستشكل فيه صاحب الجواهر بقوله : « وفيه ان الاخبار المزبورة كما هي موجودة فسي طرق العامة موجودة في طرق خاصة بسند معتبر كما ستعرف ، وما دل على الاشتراك منها غير مانع من الملك بسببه كحيازة او احياء او نحو ذلك ، كما ان ما دل منها على منع الفضل منزل على منع مباح الماء وبيعه بالتغلب او على الكراهة».

وفي جامع المقاصد : « وفي وجوب بذل الفاضل من الماء عن قدر الحاجة نظر ، لان الاشتراك في الاصل لا ينافي تجدد الملك والاختصاص كالمحرز في الانية ، ولان المفرد المحلى باللام لا يعم ، وما ورد من الاخبار من النهى عن فاضل الماء و نحوه فهو محمول على الكراهية » انتهى .

ولقد اجادوا فيما افادوا رحمهم الله في تنقيح ما ذهب اليه الشيخ قدس سره ، اذ لا دليل على وجوب البذل بعد كون الماء ملكاً له او مختصاً به ، وما دل على كون الماء من المشتركات العامة لا ينافي عروض الملكية له بالاسباب الشرعية . نعم يمكن الاستدلال لوجوب البذل .

بموثقة ابي عبدالله عليه السلام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن النطاف والاربعاء . قال : والاربعاء ان يسنى مسناة فيحمل الماء فيسقى به الارض ثم يستغنى عنه فقال : فلا تبعه ولكن اعره جارك والنطاف ان يكون له الشرب فيستغنى عنه فيقول :

لاتبعه اعره اخاك او جارك . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٣)

و بما وثقه فى الجواهر من خبر عبدالرحمن البصرى عن ابى عبدالله عليه السلام فى حديث . قال : والنظاف شرب الماء ليس لك اذا استغنيت عنه أن تبيعه جارك تدعه له ، والاربعاء المسناة تكون بين القوم فيستغنى عنها صاحبها قال يدعها لجاره ولا يبيعه اياه . (الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٨)

فانهما تدلان على وجوب البذل بلا عوض .

ولكن يعارضهما :

صحيححة سعيد الاعرج عن ابى عبدالله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم فى قناة فيها شركاء فيستغنى بعضهم عن شربه ، ايبيع شربه قال نعم ان شاء باعه بورق وان شاء باعه بحنطة . (الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٨)

وموثقة عبدالله الكاهلى قال سال رجل ابا عبدالله عليه السلام وانا عنده عن قناة بين قوم لكل رجل منهم شرب معلوم . فاستغنى رجل منهم عن شربه ، ايبيعه بحنطة او شعير؟ قال يبيعه بما شاء ، هذا مما ليس فيه شىء . (الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٨) .

وما رواه فى قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن عن جده على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليهم السلام ، قال سألته عن قوم كانت بينهم قناة ماء لكل انسان منهم شرب معلوم ، فباع احدهم شربه بدراهم او بطعام هل يصلح ذلك؟ قال : نعم لاباس . (الوسائل ج ١٢ ص ٢٧٩)

ويمكن الجمع بينهما بحمل النهى على الكراهة ، اذ موضوع الاخبار واحد وهو بيع الشرب ، وحمل النهى على الكراهة بقريئة قوله : «لاباس» وقوله : «هذا مما ليس فيه شىء» حمل عرفى كما لا يخفى .

ثم لا يذهب عليك ان بعض الاجلة اورد على هذا الجمع بقوله :

«ولكن التحقيق ان هذا الجمع غير تام اذ لو فرض التعارض بينهما وورودهما في موضوع واحد ، فكيف يوفق بين النهى ولو بمعنى الكراهة وبين قوله « هذا مما ليس فيه شيء » الظاهر جداً في خلوه من كل حزازة وشبهة ؟ »

وفيه ان نفى الشيء في مقام الجواب عن السؤال الذى فيه توهم الحرمة ، لا يزيد على نفى العقوبة ، فلا ينافى ذلك وجود الحزازة الكراهية ، كما ان قولهم عليهم السلام : « لابس » يجتمع مع الحزازة المذكورة .

ثم ذهب الى ان التحقيق فى الجمع بين الطائفتين أن الطائفة الناهية كموثقة ابنى بصير تدل على امرين :

احد هما وجوب الاعارة وبذل القناة مجاناً لاجل ان ينتفع بها المستعير عند اشباع صاحب القناة حاجته .
والثانى عدم جواز بيعها .

و الطائفة الثانية التى منها خبر الكاهلى لاتنافى الامر الاول بوجه ، لانها لاتدل على عدم وجوب اعارة القناة للغير ، وانما تدل على جواز بيعها ، وجواز بيعها لا يستلزم عدم وجوب اعارتها- الى ان قال- وعليه فالطائفة الدالة على جواز البيع لاتنافى وجوب الاعارة أصلاً .

نعم تقع المعارضة بين هذه الطائفة الدالة على جواز البيع وبين الطائفة الناهية بلحاظ مدلولها الثانى ، وهو النهى عن بيع القناة .

وحل هذه المعارضة أن الطائفة الناهية عن البيع والامرة بالاعارة ، يحتمل فى نهيها عن البيع وجهان احدهما انه نهى حقيقى عن البيع بقول مطلق .

وثانيهما انه نهى عن البيع فى قبال الاعارة ، بمعنى ان من يريد ان يستعير منك القناة (لاتضطره الى الشراء ولا تبعه عليه بل اعره اياماً مجاناً فهو نهى عن البيع فى مورد طلب الاعارة لا نهى عن البيع مطلقاً حتى فيما اذا كان مقصود المشتري ان يكتسب حق الاختصاص بها ، كما يقربه جعله فى قبال الاعارة . فان كان النهى بالمعنى الاول وقعت المعارضة بينها وبين الطائفة الدالة على جواز البيع وان كان بالمعنى الثانى فللمعارضة .

وحينئذ ينبغى ان يقال ان ظهور الطائفة الدالة على الجواز اقوى من ظهور النهى عن البيع فى الطائفة الاخرى فى المعنى الاول لو كان له ظهور فى ذلك و لم نقل بترده بين المعنيين او ظهوره فى الثانى ، فيقدم ظهور الجواز و ينتج من مجموع الطائفتين وجوب اعارة الزائد على الحاجة من القناة مجاناً للاخرين و جواز بيعها المنتج لانتقال حق الاختصاص والاولوية الى المشتري ، انتهى كلام بعض الاجلة .

وفيه ان الخبر الكاهلى ظاهر فى الجواز المطلق سواء كان المشتري طالباً للاعارة ام لا ، فينافى مع المطلق الدال على عدم جواز البيع ، فان قلنا بحمله على الكراهة كما هو الحق ، والا فحمله على مورد طلب الاعارة مع كونه مطلقاً جمع تبرعى كما لا يخفى .

ثم لا يخفى ان الظاهر انه لا يكون المقصود من الاخبار المجوزة بيع سهمه من القناة ، اذ بعد فرض كون القوم شركاء فى القناة ، يتكلم فى جواز بيع الشرب وهو نصيبه من الماء ، فالموضوع فى هذه الاخبار هو الموضوع فى الاخبار الناهية . ومما ذكر يظهر ما فى جامع المدارك من ان النظر فى الاخبار المجوزة الى بيع المحل حيث قال :

لكن الظاهر ان النظر الى كون الرجل فى الرواية مالكا لجزء من القناة
بتبعه يملك نصيباً من الماء من جهة ان المالك يملك كل سنة الماء ولا معنى للملكية
الماء الغير المتكون بعد حتى يكون البيع واقعاً عليه ، انتهى .
لما عرفت من ظهور الاخبار المجوزة فى كونها فى مقام بيان جواز بيع
الشرب والنصيب من الماء بعد فرض كونهم فى اصل القناة شركاء فيتحد مع الاخبار
الناهية موضوعاً .

واما الجواب عن قوله دام ظله : « ولا معنى للملكية الماء الغير المتكون »
فهو ان مصححه هو تملكه لنفس القناة واستحقاقه لها ، كما ان مالك الدار
يصح له تملك منفعة داره مع انها فى المدة التى اوجرها لم تتكون ، وليس ذلك
الا لكونه مالكا لرقبة الدار .

ثم ان موضوع الروايات المجوزة و ان كان هو القناة وحق الشرب فيها ،
ولكن لا خصوصية فى حق الشرب فى القناة فيشمل حق الشرب فى غيرها من
الانهار ونحوها ، اللهم الا ان يقال بان مقتضى اطلاق موثقة عقبة بن خالد ومرسلة
الصدوق عليه الرحمة (الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٣) هو عدم جواز بيع فضل الماء مطلقاً
بعد تقييدهما بالصحاح المجوزة ففى بيع الشرب فى القناة والبئر فيبقى حق الشرب
فى الانهار منهيأ عن بيع زائده (١)

١- وهذا متن رواية عقبة بن خالد : « وقضى رسول الله صلى الله عليه وآله
بين اهل البادية انه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاء فقال لا ضرر ولا ضرار » وهذا
متن المرسلة : « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله فى اهل البوادي ان لا يمنعوا ←

هذا اذالم تحملا على ارادةالماءالمباح الذى لم يعرض له وجه مملك كمياه
الانهار و العيون الخارجة فى المباح ، فان الناس فى هذا شرع سواء ، و الافلا
دلالة لهما فى المقام مما يعرض له وجه التملك بحيث يكون له حق الشرب ولكن
زادعن حاجتهواراد بيعه .

هذا مضافاً الى امكان ان يقال انه قضية فى واقعة ، فلايمكن استفادة حكم
كلى منها حتى يشمل المقام . واما حمل الموثقة و المرسلة على الكراهة بقرينة
الصحاح المجوزة فلا مورد له بعد تسليم كون الموضوع فيهما اعم ، اذ مقتضى
الجمع كما عرفت هو تقييد هما بالصحاح المذكورة لكونها اخص منها فتدبر .

(٦٧) وفى الجواهر : و لولا قيام الشهرة على عدم جواز البيع فى الفرض
المزبور لامكن القول بالجواز فيها ايضاً بعد مشاهدته ومعلوميته والاقباض بالتخلية
بينه و بينه وان اقتضى ذلك اختلاطه بما يتجدد من الماء فان اقصاه حينئذ الشركة
المقتضية للصلح بينه وبين البايع ، لا بطلان البيع الذى مقتضى اطلاق الادلة صحته
على وجه لم يثبت مثل ذلك مانعاً لها بل يمكن منع الشهرة فى مثل ذلك كما لا يخفى
على من لاحظ وتأمل ، واولى من ذلك نقله بالصلح او الهبة او غير ذلك مما هو
اوسع دائرة من البيع .

(٦٨) لكونه سابقاً اليها و السابق السى الشىء مقدم على غيره لقيام بناء

العقلاء عليه .

→ فضل ماء ولا يبيعوا فضل كلاء» وفى سند الرواية الاولى محمد بن عبد الله بن هلال
وهو كعقبة بن خالد لم يوثقا ولكن بناء على الاعتماد على توثيق كامل الزيارات هما
من الموثقين لنقله عنهما فى غير مورد مع التزامه بعدم نقله عن غير الثقات .

(٦٩) لما عرفت سابقاً من انه لا دليل على وجوب البذل بعد كون الماء ملكاً له او مختصاً به و من المعلوم ان من حفر الارض بقصد اخذ الماء يكون اولى به من غيره .

ولكن استشكل فيه صاحب الجواهر حيث قال :

« ان ذلك لا يزيد على السبق الى الماء المباح الذى لا يجوز له المنع عما زاد على حاجته لاطلاق ما دل على ان الناس فيه شرع سواء ، و دعوى معلومية خلاف ذلك شرعاً يمكن شهادتها على حصول الملك بذلك وان لم يقصد الدوام كما سمعته سابقاً فى الاحياء الذى ما نحن فيه فرد منه عند هم على ما هو الظاهر من كلما تهتم بل هو صريح بعضهم » .

وفيه ان معلومية خلاف ذلك لا تشهد على حصول الملك ولو مع عدم قصد التملك من الحفر ، بل يمكن ان يكون ذلك لكون الحفر بقصد اخذ الماء موجبا لكونه اولى من غيره ، وهكذا قياس المقام بالسبق الى الماء المباح ، فى غير محله ، لان فى المقام لا يصل الى الماء الا بالحفر دون السبق الى الماء المباح كالبحار ، فيحسن القول بعدم وجوب بذل الزائد عن حاجته فيما اذا حفر فى المباح لكونه اولى من غيره بالحفر مع عدم قصد التملك .

نعم يمكن الاخذ باطلاق ما دل على منع بيع فضل الماء لوجوب البذل بناء على تقييده بالصحاح المجوزة لبيع الشرب فى القناة ونحوها من المملوكات ، لاحمله على الكراهة فانهم .

ثم بعد صحة القياس المذكور بالنسبة الى العين او النهر المملوكين فالسبق اليهما كالسبق الى المباح فلا يجوز له منع الناس عن الزائد على حاجته .

نعم يمكن القول بعدم وجوب البذل عليه فيما اخذ منهما ولو كان زائداً عن

حاجته ، ولكن القياس المذكور بعد فرض كونهما مملوكين محل تأمل .

(٧٠) ان اريد من المفارقة مفارقة اعراض فهو كذلك ، اذ حقه يسقط بالاعراض بناء على سقوط الحق بالا اعراض كما عليه بناء العقلاء ، واما اذا لم تكن مفارقة اعراض فلا وجه لسقوط حقه بمجرد المفارقة ، ولعل اطلاق القول بسقوط الحق بمطلق المفارقة لكونه كالسبق الى المباح ولكن ينافيه اختيار الماتن عدم وجوب بذل الزائد ، فان مقتضاه ان يكون له فيه حق كما استظهره في الجواهر .

(٧١) لكونها من المباحات التي لم يعرض لها وجه مملك .

قال في الشرايع : وهنا مسائل ، الاولى : ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح ، قال الشيخ : لا يملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى ارض مملوكة بل الحافر اولى بمائه من غيره لان يده عليه (٧٢) وان كان فيه جماعة فان وسعهم او تراضوا فيه فلا بحث ، وان تعاسروا قسم بينهم على سعة الضياع ، ولو قيل يقسم على قدر انصبائهم من النهر كان حسناً (٧٣) .

(٧٢) يمكن ان يقال: ان التعليل المذكور مما يبرهن صدق الحيابة و مع صدقها لا مانع من القول بالملكية .

ولذا قال في الجواهر :

« لم نجد للشيخ موافقاً على ذلك الا ما يحكى عن بعض العامة ، نعم عن ابي هلى اعتبار عمل ما يصلح لسده و فتحه في تملك الماء و لعله لتوقف صدق الحيابة التى

هي فعل من افعال المكلف المقدور له فعلا وتركاً على ذلك ، لكن فيه منع واضح ضرورة صدقها بدونه كوضوح الفرق بين الفرض وبين ماء السيل في ملك الغير الذي لم يقصد حيازته - الى ان قال - ومن هنا اتفق من عداه من الاصحاب ممن تعرض لذلك على الملك بذلك « انتهى .

ثم استدلت في الجواهر مضافاً الى الحيازة بخبر اسماعيل بن الفضل قال سألت ابا عبد الله (ع) عن بيع الكلاء اذا كان سيحاً فيعمد الرجل الى مائه فيسوقه الى الارض فيسقيه الحشيش وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به ماشاء فقال اذا كان الماء له فليزرع به ماشاء وليبعه بما احب ، الحديث (الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٦) وبغيره من النصوص السابقة في القناة .

وفيه انه لا يخلو عن الاشكال لامكان منع ظهور قوله « الماء له » في الملكية . اللهم الان يستدل بقوله « وليبعه بما احب » اذ لا يبيع الا في ملك ، ولكنه ايضا يشكل لاحتمال ان يرجع الضمير في قوله « وليبعه » الى « ماشاء » لا الى « الماء » .

هذا مضافاً الى امكان بيع الحقوق ولا ينافيه قولهم: « لا يبيع الا في ملك » لانه في مقام نفي البيع بالنسبة الى مال الغير لا عدم جواز بيع حق نفسه .

هذا ولو سلم ظهور قوله « له الماء » وقوله « اذا كان الماء له » في الملكية ولكن حيث كان قول الامام (ع) تقريراً لما ذكره السائل مبنياً على الحيازة لا يكون مفيداً لدليل آخر غير الحيازة .

واما استدلاله بالنصوص الواردة في القناة .

ففيه ان النصوص المذكورة لاتدل على المقصود ، اذ المفروض كون القناة ملكاً ومع ملكيتها يكون مائها ايضاً ملكاً بالتبعية فالحكم بجواز بيع مائها المشعر بملكية مائها لا يصلح للاستدلال به لاثبات ملكية الماء الذى يقبضه النهر المملوك من الماء المباح .

هذا مضافاً الى ما فى الاستدلال بجواز البيع على الملكية لامر مراراً من ان البيع اعم من الملك .

(٧٣) والمراد من قدر الانصباء هو قدر النفقة على العمل كما فى الجواهر، فهم شركاء فى الماء المملوك بحسب ما انفقوا على احداث النهر ، وقسم الماء بينهم على قدر سهمهم من الماء . ولا وجه لتقسيمه بينهم على سعة الضياع .
و لعله يقاس المقام باشراب الدور من الماء المباح ، اذ لكل داران يشرب بمقدار حوضه وسعته .

ولكنه فى غير محله بعد فرض صيرورة الماء ملكاً لهم باحداث النهر المملوك .
وكيف كان فللقسمة كيفيات :

منها ما ذكره فى الجواهر من ان توضع خشبة صلبة لا يحصل فيها التفاوت بمرور الازمنة ، او صخرة ذات ثقبه متساوية على قدر حقوقهم فى صدر الماء على وجه لا يكون دخول الماء فى تلك الثقوب متفاوتاً ، ويجرى كل منهم ساقية لثقوبه ويجعل الثقوب على اقلهم سهماً ، فاذا كان لاحدهم نصفاً وللآخر ثلثه ولثالث سدسه جعلت الثقوب ستة ، ثلاثة منها لذى النصف و اثنان لذى الثلث و واحد لذى السدس .

ثم ان مقتضى كون القسمة مملكة لازمة هو عدم جواز رجوع احدهم بعد القسمة مع التراضى .

نعم ذهب فى الجواهر الى ان له الرجوع فى المهايأة التى لا اشكال فى صحتها مع الاتفاق منهم عليها ، لكونها غير لازمة للاصل وغيره ، فلاحدهم الرجوع قبل استيفاء الاخر نوبته وان كان الراجع قد استوفى سابقاً تمام نوبته .

ويمكن ان يقال ان المهايأة المذكورة الموجبة لتقدم بعض على بعض فى استيفاء حقه هى نوع وكيفية من القسمة ومقتضى لزوم القسمة هو عدم جواز الرجوع فيها ايضاً ، ومع كونها نوعاً من القسمة لامجال للتمسك بالاصل فى جواز الرجوع .

نعم لو كانت المهايأة فى قوة الاباحة فللتمسك بالاصل مجال ، الا ان يقال انها اباحة معوضة والاباحة المعوضة فى قوة البيع ، و لامجال فيها ايضاً للتمسك بالاصل المذكور .

قال فى الشرايع : الثانية اذا استجد جماعة نهراً فبالحفر
يصيرون اولى به (٧٤) فاذا وصلوا منتزع الماء ملكوه (٧٥) و
كان بينهم على قدر النفقة على عمله. (٧٦)

(٧٤) للسبقة الى محل الحفر ، وفى الجواهر لانه تحجير ، ولعل مراده منه
انه شروع فى الاحياء وبه يصير اولى .

وكيف كان فاولوبته بالحفر واضحة ، وانما الاشكال فى تملكه لاحتمال
صدق المحياة على الموات بعد جعله نهراً فافهم .

(٧٥) لان بالوصول الى مجرى الماء يصدق على محل النهر انه ارض محياة
فيشمله قوله «من احبب ارضاً فهى له» و انما الاشكال فى صدقه عليه قبل الوصول
اليه فافهم .

(٧٦) والمراد منه ان من انفق اجرة الاجيرين كان سهمه ضعف من انفق
اجرة اجير واحد ، وهكذا وليس المراد ان من انفق اجرة اجير واحد ازيد مما انفق
شريكه على اجيره كان سهمه ازيد من شريكه ، اذ المذار على العمل الصادر من كل

واحد من الشركاء بالمباشرة او التسبيب ، و لذلك ان من عمل بنفسه كان شريكاً مع من انفق اجرة عامل ليعمل له مع انه لم ينفق شيئاً .

قال فى الجواهر : ولعل اطلاق ما فى محكى المبسوط - من ان ملكية النهر على قدر النفقة - منزل على ذلك ايضاً ضرورة عدم مدخلية زيادتها بعد اتفاق العمل فى التفاوت فى الملكية .

ثم لا يخفى ان هذا كله مع الاشتراك فى الحفر على وجه يكون جميع اجزاء الحفر مشتركاً ، واما اذا حفر كل منهم بعضه مستقلاً عن الآخر ففى الجواهر ان المتجه ملك كل واحد مقدار حفره الا ان يتعاضوا فيجعل كل منهم من حفره قدر ماله فى حفر الآخر بعد مراعاة النسبة بين الجميع ، فيكون ملك النهر حينئذ على حسبها ، ويتبعه الماء الجارى فيه فى الملكية على الاصح عندنا وفى الاحقية على ما سمعته عن الشيخ رحمه الله .

ثم يظهر من بعض العبائر عدم جواز عدول ماء النهر و صرفه حتى لمالك النهر اذا كان لانسان رضى عليه .

وفيه ان مقتضى القاعدة اى قاعدة تسلط الناس على اموالهم ، هو الجواز الا اذا كان وضعه بحق او استاذن من المالك فاذن له ، او رخص الشارع فى وضعه ولوبقيام السيرة على وضعه ، فان قاعدة نفي الضرر الحاكمة على سائر القواعد تمنعه حينئذ عن عدول الماء و صرفه .

ولعل مورد صحيحة محمد بن الحسين هذه الموارد التى لا يجوز للمالك ان يتصرف فى ملكه ، بناء على دلالتها على الحرمة .

والصحيحة هكذا :

«قال كتبت الى ابي محمد عليه السلام : رجل كانت له رحى على نهر قرية و القرية لرجل فاراد صاحب القرية ان يسوق الى قرينته الماء في غير هذا النهر ، و يعطل هذه الرحى ، اله ذلك ام لا ؟ فوقع عليه السلام : يتقى الله زيعمل فى ذلك بالمعروف ولا يضر اخاه المؤمن » (الوسائل ج ١٧ ص ٣٤٣)

واما ان قلنا بان المستفاد منها عدم الحرمة بقرينة قوله « يتقى الله و يعمل بالمعروف » فان الاستدلال بمثله يناسب المحكم الاخلاقى ، فلتحمل الرواية على غير هذه الموارد المذكورة فتد برجيدياً .

قال فى الشرايع: الثالثة اذالم يف النهر المباح اوسيل الوادى بسقى ما عليه دفعة بدىء بالاول وهو الذى يلى فوهته (٧٧) فاطلق اليه للزرع الى الشراك (٧٨) وللشجر الى القدم وللنخل الى الساق (٧٩) ثم يرسل الى مادونه ولا يجب ارساله قبل ذلك ولوادى الى تلف الاخر .

(٧٧) هذا اذالم يعلم السابق فى الاحياء والا فمقتضى تعلق حقه بالشرب قبل غيره هو تقدمه فى الابتداء لبناء العقلاء على تقدم من سبق الى مالم يسبق اليه ، ولعموم قوله عليه السلام «من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو احق به » لولم نقل بانه ارشاد الى ما عليه العقلاء ولا يعارضه عموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «يحبس الاعلى الاسفل» لانصرافه عما اذا كان الاسفل سابقاً اليه كما ينصرف قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « من احبب ارضاً فهى له » عن ارض سبق اليها احد قبل من يريد احياؤه .

ثم على فرض تسليم المعارضة بين الخبرين ذهب فى الجواهر الى ان

الرجحان لتقديم قوله عليه السلام «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به» بالشهرة .

واورد عليه في جامع المدارك بان الخبر المذكور المستدل به لمقامنا كيف يؤخذ بعمومه الا ترى انه اذا سبق احد برعى غنمه فسى بر، هل يوجب سبقه ممنوعة غيره بالنسبة الى ذلك المحل ، و كذا سبقة احد بالصلوة فى مكان من المسجد، وسبقة احد باخذ تراب او احجار من البر .

ثم قال : ولم يظهر وجه التقديم حيث انه لاحيافة بالنسبة الى نفس الماء، حيث انه لم يتكون بعد ، بل لا بد من نزول الثلج و المطر غالباً ، ولا بالنسبة الى المحل الذى يكون منبع الماء مع البعد المفرط .

ثم قال : وعلى فرض تمامية ما ذكر لم يظهر وجه ترجيح الخبر المذكور بالنسبة الى الاخبار السابقة بمجرد الشهرة المذكورة ، و على فرض الترجيح لا مجال للاخذ بالاخبار المذكورة فى صورة عدم العلم كما ذكر بناء على المعروف من عدم جواز التمسك بالعام فى الشبهات المصادقية الا بجريان الاصل بتوجيهه ، انتهى .

ولا يخفى عليك ما فيه من المناقشات ، اذ عدم ممنوعة غير من سبق الى بر ليرعى غنمه لكون البر وافياً لهما ولغيرهما و الا فلا اشكال فى ممنوعة غيره بالنسبة الى المحل المبسوق اليه ، وهكذا الكلام فى السبقة الى مسجد او ارض لاخذ ترابه او احجاره .

واما وجه التقدم، فلقضاء عرف العقلاء بكون سبقتهم موجباً للحق له فى الشرب من النهر او سيل الوادى ، وحيث كان الحق المذكور تعلق بالشرب قبل تعلق حق

آخره ، فالتقدم له في صورة عدم وفاء الماء .

ثم ان المقصود من التوجيه المشار اليه في كلامه دام ظله ، لعله هو اجراء الاصل على نحو لا يكون مثبتاً بان يقال ان كونه الاعلى معلوم بالوجدان و لم يكن معه سابق بالاصل ، فافهم .

ثم يدل على تقديم الاعلى والاول فيما اذا علم انه لم يكن سابق او قام الدليل العلمى على عدمه، الاخبار الواردة من طرق الخاصة والعامه .

منها مارواه المشايخ الثلاثة ، وفي سنده ابن ابي عمير الذي هو من اصحاب الاجماع ومراسليه كالصحيح فضلا عن مسانيد .

قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول : قضى رسول الله ﷺ في سيل وادى مهزور للزرع الى الشراك وللنخل الى الكعب ثم يرسل الماء الى اسفل من ذلك . ويظهر من قوله « ثم يرسل الماء الخ » ان للاعلى هو التقدم في الشرب كما صرح به فيما رواه الشيخ حيث قال ابو عبدالله عليه السلام : قضى رسول الله ﷺ في سيل وادى مهزور ان يجلس الاعلى على الاسفل للنخل الى الكعبين و الزرع الى الشراكين . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٤)

ومنها موثقة عقبه بن خالد - بناء على كفاية كونه من رواة كامل الزيارات في التوثيق - عن ابي عبدالله عليه السلام قال قضى رسول الله ﷺ في شرب النخل بالسيل ان الاعلى يشرب قبل الاسفل بترك من الماء الى الكعبين ثم يسرح الماء الى الاسفل الذي يليه وكذلك حتى ينقضى الحوائط ويفنى الماء . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٥)

هذا مضافاً الى ما في الجواهر من دعوى عدم الخلاف في اصل الحكم ،

بل لعل الاجماع بقسميه عليه .

ثم لا يخفى ان المحتاج الى الروايات هو ما اذا شرع الادنى مع الاعلى في احياء الموات ، و اما اذا سبق الاعلى على الادنى فلا اشكال فى تقدمه عليه لسبقته اليه .

ثم انه يمكن الايراد على هذه الروايات بانها قضية فى واقعة ، فلا يمكن التمسك بها ، ولكن يعبده نقل الامام عليه السلام فان الظاهر من نقل قضاوة رسول ﷺ انه فى مقام بيان الحكم ، لانقل قضية فى واقعة ، وعليه فلان مانع من التمسك باطلاقها .

(٧٨) يدل مارواه المشايخ الثلاثة ، و مرسة الصدوق ، حيث قال : و فى خبر آخر للزرع الى الشركين (الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٤) و خبر على بن شجرة عن حفص بن غياث عن ابي عبدالله عليه السلام قال قضى رسول الله رسول الله ﷺ فى سيل وادى مهزور للنخل الى الكعبين و لاهل الزرع الى الشركين . (الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٥) .

هذا مضافاً الى دعوى اتفاق فتاوى الاصحاب عليه كما فى الجواهر .

(٧٩) اما النخل فيدل مارواه المشايخ الثلاثة على تحديده بالكعب او الكعبين ، وهكذا خبر على بن شجرة عن حفص بن غياث ، و موثقة عقبه بن خالد المذكورة قبلا .

واما تحديده بالساق ، فلا يدل عليه الامرسة الصدوق حيث قال : و فى خبر آخر : والنخل الى الساقين (الوسائل ج ١٧ ص ٣٣٤) .

وفى الجواهر بعد تنزيل الكعبين على ارادة العظمين النابتين المتصلين

بالساق فيكون الوصول اليه هو الوصول الى مبتدئ الساق كما عن الغنية او على ان وصوله الى الكعب الذى هو العظم الناتى فى ظهر القدم يستلزم وصوله الى ذلك قال : «ولامحيص حينئذ عن العمل بالمرسلة المعنضة بشهرة الاصحاب وباصالتي بقاء الحق وعدم سلطنة الاسفل على الاعلى فى منعه عن القدر الزائد عن المجمع عليه» وفيه اولا : ان الفرق بين الكعب والساق واضح اذ الكعبان فى باب الوضوء على ما هو المعروف هما قبتا القدم ما بين المفصل والمشط (اى العظام الرقاق المقترشة فوق ظهر القدم) .

و اما التعبير عن الكعبين بالعظمين النابتين عن طرفى الساق فهو مذهب العامة على ما فى جامع المدارك ، و عليه فالكعب ليس مساوقاً مع الساق ، اذ المفصل يحول بين الساق والكعب .

ولعله لذا ذهب فى الرياض على ما حكى عنه الى ان الفرق بينهما واضح ، وانه اعلى منه بكثير .

واما دعوى قيام القرائن الكثيرة فى النصوص والفتاوى فى المقام لوحدهما كما فى الجواهر ، فلم يثبت بعدما عرفت من وضوح الفرق بين الكعب و الساق و الشراك ، و حمل الكعب فى المقام على الكعب العرفى المتصل بابتداء الساق بلاوجه بعد مسامحتهم فى اطلاق الكعب ، لان الكعب هو قبة القدم فلا يكون متصلاً بالساق كما عرفت مما ذكره فى باب الوضوء فافهم .

وثانياً : ان عمل المشهور مع احتمال كونه مستنداً الى القدر المتيقن والاحتياط او الاجتهاد كيف يجبر ضعف الارسال .

و ثالثاً : ان مع وصول دليل اجتهادى الدال على تحديد النخل بالكعب

لامجال لجريان اصالة بقاء الحق وعدم سلطنة الاسفل على الاعلى .

هذا مضافاً الى امكان أن يقال لامجرى للاصل لانه من باب الغروب والمغرب اذ لو كان الحق الى الكعب فحقه مرتفع بالوصول اليه قطعاً ، كما لو كان الحق الى الساق فحقه باق بعد الوصول الى الكعب قطعاً فلاشك حتى يجرى فيه الاصل .

على ان اصالة عدم سلطنة الاسفل على الاعلى معارضة باصالة عدم سلطنة الاعلى على الاسفل ، في منع الاسفل عن القدر الزائد .

نعم يجرى اصالة جواز التصرف في الماء للاعلى ، ولكنه اصل حكيمى لا يجرى مع جريان اصل موضوعى ، و في المقام يمكن جريان اصالة عدم سببية السبقة لكون الاعلى ذاق في المقدار الزائد و هو اصل موضوعى يقدم على الاصل الحكيمى .

و رابعاً : انه على هذا كما في جامع المدارك لم يظهر فرق بين النخل و الشجر ، مع ان المحكى عن المبسوط يشعر بالاختلاف بينهما ، حيث حكى عنه : روى اصحابنا ان الاعلى يحبس الى الساق للنخل وللشجر الى القدم وللزرع الى الشراك .

و كيف كان فالمعتبر في النخل هو الكعب ولا وجه للساق الامن جهة انه القدر المتيقن ومقتضى الاحتياط ، ولكنه ايضا لا يخلو عن التامل ، لان الاحتياط فيما اذا لا يوجب سلب حق عن آخر ، و من المعلوم ان ازدياد الاعلى في الشرب يوجب سلب الحق عن الاسفل لو كان الشرب في الواقع حقاله .

ثم قال في الجواهر : بقى الكلام في خلو نصوصنا المروية فسي الكتب الاربعة عن الشجر بعد اتفاقها اجمع كافتاوى على التحديد بالشراك للزرع فلا

اشكال فيه ولكن يكفى فيه مرسل المبسوط والسراثر بعد عمل المشهور ، ومراده من مرسله المبسوط هو ما ذكرناه سابقاً من ان المحكى عنه : انه روى اصحابنا ان الاعلى يحبس الى الساق للنخل وللشجر الى القدم وللزرع الى الشراك .
واورد عليه فى جامع المدارك بانه يشكل حيث ان الساق المراد منه ظاهراً مبتدؤه لاتمام الساق والمراد من القدم تمام القدم لامبتدؤه فيلزم التفرقة .(١)
ويمكن ان يقال ان الشجر يلحق بالنخل ، فالمعتبر فيه هو الكعب أيضاً ، اذ لخصوصية للنخل ، و لعله لذا اكتفى السائل به و لم يسأل عن سقى غير النخل من الاشجار مع كثرة الابتلاء به .

هذا كله بناء على خصوصية التحديدات الواردة كما هو الظاهر من الفتاوى ، واما ان قلنا بانها مذكورة من باب العبرة الى مقدار الحاجة ولذلك ذهب الصدوق الى توجيه بعض ما دل على تحديد النخل بالساق بقوله : «وهذا بحسب قوة الوادى وضعفه» فالامر واضح ، لان المعتبر حينئذ هو مقدار الحاجة ، والحدود التى نقلت فى الروايات كلها من باب مصاديق مقدار الحاجة كما جزم به الميرزا الشعرانى رحمه الله فى تعليقه على الوسائل ويظهر ايضاً من الوسيلة وبعض حواشيهما .

قال فى الجواهر: وعلى كل حال فالظاهر بناء الاطلاق المزبور نصاً وفتوى على استواء الارض و الاقلو فرض اختلافها هبوطاً و علواً فى القواعد و جامع المقاصد والمسالك سقى كل على حدته ، و لعله لما فى الكفاية من انها لو سقياً معاً لزيد الماء فى المنخفضة عن الحد السائغ شرعاً فيخرج عن النصوص فوجب

١- الظاهر سقوط كلمة «عدم» من النسخة عند الطبع ، اذ بعد كون المراد من

القدم تمامه يتحد القدم مع مبتدء الساق فيلزم عدم التفرقة لالتفرقة .

افراد كل بالسقى توصلنا الى متابعة النص بحسب الامكان .

ثم قال فى الجواهر : لو احتيج سقى الارض لغير ذلك (اى الزرع والشجر والنخل) اعتبرت الحاجة عادة فان الظاهر كون التحديد المزبور فى النصوص مراعاة لها لانه تحديد تعبدى حتى لو علم زيادته على الحاجة ، ولكن لاحق للثانى الا بعد استيفاء الاول تمام حاجته و ان ادى ذلك الى ضرر الغير بل ان لم يفضل شئ له بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه لانه احق بمقدار حاجته بل لاحق للثانى الا بعدها .

نعم لو تساويا فى التحاذى عن يمين النهر وشماله فالذى صرح به الفاضل والشهيدان و الكركى القسمة بينهما فان تعذرت فالقرعة ، نعم ذكر الشهيدان المهاياة مع الضيق فان تعاسرا فالقرعة ، و لعل ترك غيرهما المهاياة باعتبار عدم لزومها عليهما مع التعاسر فلا يجبران عليها .

ولكن قد يناقش بان المتجه فى المقام ما سمعته من السابق فى المعدن الذى هو باق على الاباحة ايضاً كما لماء هنا وقد اطلق الاكثر هناك القرعة و ظاهرهم تقديم من خرجت القرعة له فى اخذ تمام حاجته .

نعم قد سمعت ماسمعت من الكركى وغيره وتقدم الكلام معهم هناك والمقام مثله ضرورة ان ذلك ليس الالكونهما متساويين فى الاحقية المزبورة ، اما باعتبار كونهما معاً فى فوهة النهر ، او لعدم العلم بتقدم احدهما على الاخر و مع فرضه وجهله فليس الا القرعة لاستيفاء تمام حاجته قطعاً .

و من ذلك يظهر لك النظر فيما ذكره هنا من القسمة ومع تعذرها فالقرعة

فى التقدفم خاصة بعد فرض النقص علفهما - الى ان قال-

قلت لا يففى عليك مافى ذلك كله ضرورة اقتضاء تساوفهما فى الاستحقاق
قسمة الماء بفنهما كما لو كانا مالكفن فىأخذ كل منهما نصفبه وان لم يكف لحاجته
لا القرعة التى هى بعد تعذر القسمة لفتحقق الاشكال .

كما لا يففى عليك مافى الفمفيع بعد الاحاطة بما ذكرناه سابقاً ولاحقاً من
تساوفهما فى حق الاولوة التى لا ترجع الى حق فى الماء نفسه ، فلا يتصور فى
القسمة على انه قد يفرض الضرر بافءاء احدهما على وجه لا فمكن فى مسرعاة
التوزفيع كما انه فمكن كون احدهما مقداً على الاخر فى تمام حاجته وقد اخرجته
القرعة كما هو مقتضى اطلاق الاكثر فى المتسابقفن الى المعدن ، فضلا عن المقام
الذى هو من صورة التقدفم فى الاحفاء مع الاشتباه . انتهى كلام الجواهر .

ولا يففى عليك انه وان اجاد فى قوله لا فتحقق فى المقام اشكال حتى فشملة
قوله « القرعة لكل امر مشكل » لو امكن القسمة فىه وان لم يكف لحاجته .

ولكن منعه القسمة بدعوى عدم رجوع حق الاولوة الى حق فى الماء نفسه
لا فخلو عن تأمل بل نظر، لما مر فى المعدن من امكان ان فقال ان سبقتهما معاً السى
شئ مباح سبب لاشتراكهما فى جواز الحفازة و سبب الاستحقاق ، ومعه لا فبعد
القول بالقسمة فىما اذا لم يف المسبوق الىه بحاجتهما معاً و ان لم نقل بتملك المسبوق
او تعلق حق علىه لبناء العقلاء علىه فى امثال المقام ، كما اذا استبقامعاً الى صفا و لقطعة
قابلة للتملك او مباح آخر ، فانه فقسف بفنهما لاشتراكهما فى سبب الاستحقاق ، و
علىه فاذا كانا متساوففن فى التحاذى عن فمفن النهر و شماله و لم فكن احدهما
سابقاً على الاخر و لم يف النهر بحاجتهما فقسف الماء بفنهما و ان لم يكف
لحاجتهما و لامورد للقرعة .

قال فى الشرايع : الرابعة لو احيى انسان ارضاً مهتمة على مثل
هذا الوادى لم يشارك السابقين مما يفضل عن كفايتهم وفيه
تردد . (٨٠)

(٨٠) قال فى الجواهر : و لم نجده اى التردد لغيره ثم احتمل فى وجه
التردد امران ، احدهما ان يكون الاحتمال الاخر مشاركة هذا المحيى للسابقين
بمعنى استحقاقه نوبة بعد نوبتهم كالذى قبله و ان احتاج السابق قبل اخذه النوبة
لان النهر مباح بالاصل وانما استحقه من سبق بسبب الاحياء وقد شار كههم المتأخرون
فى ذلك كما يشارك من قبله السابق عليه .

وفى المسالك : هذا الاحتمال يتوجه اذا قلنا بان الاعلى يجب عليه الارسال
لمن بعده بعد سقيه و ان احتاج اليه مرة اخرى و هو وجه فى المسألة اما اذا قلنا
بانه اولى من اللاحق مطلقاً ولا حق للاخر الا مع استغنائه فلا يظهر للاحتمال
المذكور وجه لانه مع غناء السابقين لا اشكال فى استحقاقه ومع حاجتهم يقدمون
عليه .

وفى التذكرة نقل الخلاف فيما لو احتاج الاعلى بعد استيفاء حقه الى السقى مرة اخرى هل يمكن ام لا؟ ثم قوى عدم التمكين وانه يجب عليه الارسال لمن بعده محتجاً بقول النبي ﷺ في خبر عبادة بن الصامت : ويرسل الماء الى الاسفل حتى تنتهى الاراضى ، وقوله عليه السلام فى رواية الصادق عليه السلام : ثم يرسل الماء الى الاسفل وغيرهما من الاحاديث .

ثم قال : قلت : قد يقال بانسباق تلك النصوص الى الارسال مسع استغناء الاول والافمع فرض حاجته فهو مقدم كما فى اول الدور ، لاستمرار سبب التقديم وهو كونه فى الفوهة مثلاً وحينئذ فيسقط الاحتمال المزبور الذى جعل وجهاً للتردد ولذا لم نره لغيره ممن تقدمه او تأخر عنه . انتهى كلام الجواهر .

ويمكن ان يقال ان اطلاق الادلة الدالة على تقديم الاعلى على الاسفل بالنسبة الى ما يحتاج اليه مرة اخرى غير ثابت بعد كون القضية قضية فى واقعة وان كانت مفيدة للحكم فى الجملة بعد نقل الامام عليه السلام اياها .
ودعوى الانسباق فى تلك النصوص كما ترى .

وايضاً قياس المقام بالدور فى غير محله لان ذوات الدور لم يسبقوا الى النهر بل بعد بناء الدور اخذوا منه مقدار حاجتهم ولذا لم يمنعوا من بنى الدار بعد بنائهم فى فوهة النهر ، هذا بخلاف الزراع فانهم منعوا من اراد احياء ارض فى فوهة النهر بعد احيائهم فانهم .

استدراك

سبق في ص (٦١) البحث عن الضرر المتولد من نفي الضرر ، وقلنا : « ان حديث لا ضرر يدل على نفي كل حكم ضررى فيشمل الضررين اللذين كان احدهما متولداً عن الاخر فيتعارض بالنسبة اليهما ويرجع الى الاصل المحكوم » .

والان نستدرکه بمايلي :

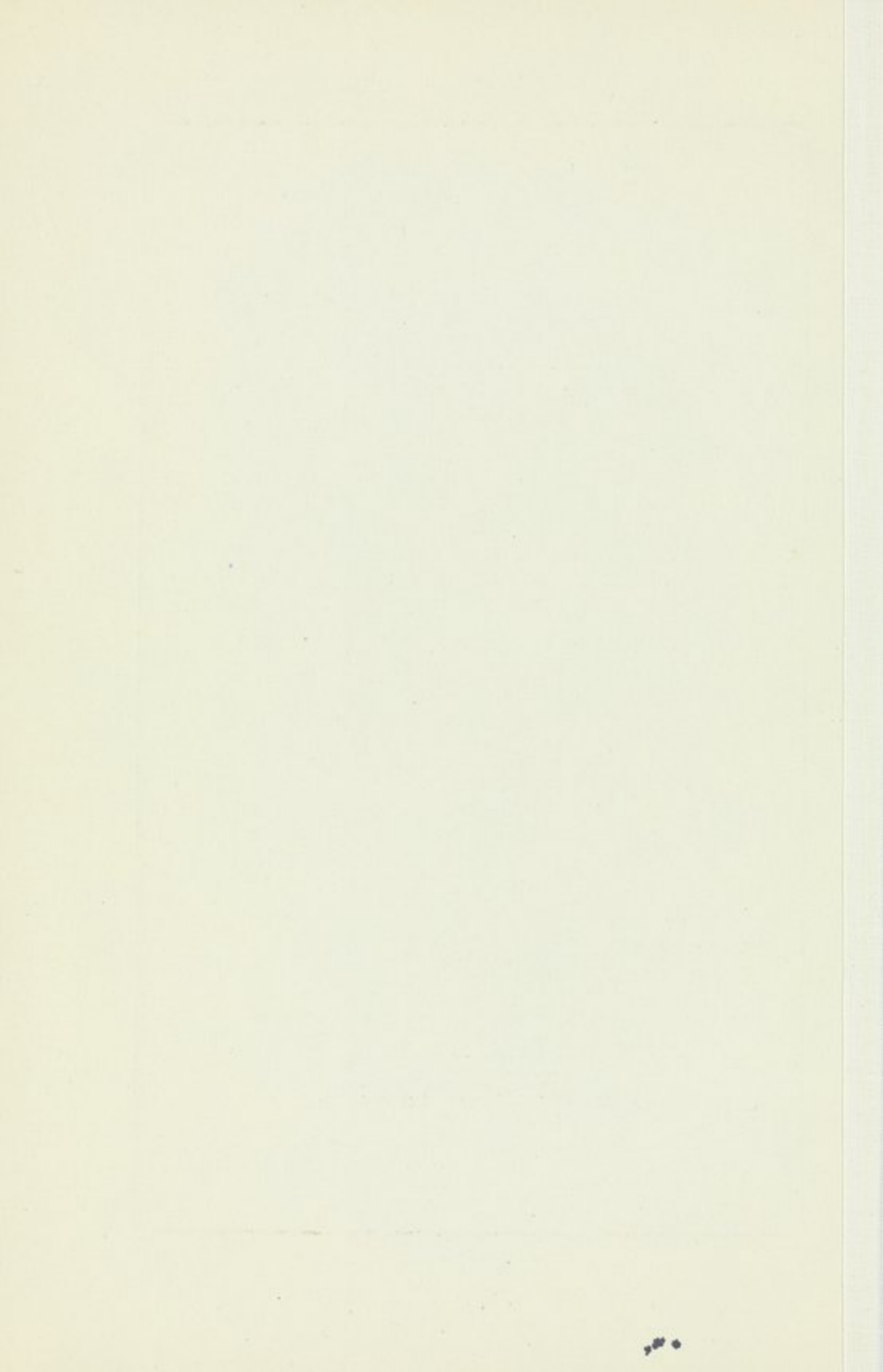
اورد عليه الميرزا النائيني قدس سره على ما في السابع من تنبيهات قاعدة لا ضرر ، بانه لا بد في الضرر المنفى بادلّة نفي الضرر من كونه ناشئاً عن الحكم الشرعى الضررى ليكون نفي الضرر نفيًا لذلك الحكم المعنون بعنوان الضرر ، ومن المعلوم ان الضرر الذى يلحق المالك من ترك التصرف ليس لحكم الشرعى يقتضى الضرر الا اذا كان الحكم هو حرمة التصرف واما مع فرض كون الحكم هو عموم السلطنة فالحكم الذى ينشأ منه الضرر ليس الا نفي الضرر بالنسبة الى الجار فضرر المالك فى طول نفي الضرر بالنسبة الى الجار فلا يعقل ان يكون مرفوعاً بلا ضرر . و فيه ان المختار فى قاعدة نفي الضرر كما قررناه فى محله انها تدل على

نفى نفس الضرر لا الحكم المعنون بعنوان الضرر لان استعمال عنوان الضرر و ارادة الحكم منه يحتاج الى عناية اذ الضرر غير المضر و المنفى هو الضرر لا المضر اى الحكم ، فيدل نفي نفس الضرر بدلالة الاقتضاء على نفي اسبابه و علله ، سواء كانت هى الاحكام الوجودية او الاحكام العدمية التى كانت بمعنى الحكم بالعدم لا عدم الحكم اذ لا يخلو مورد فى الاسلام عن الحكم وجودياً كان او عدمياً ، فالقاعدة تدل على نفي نفس الضرر و من المعلوم ان عدم الحفر كالحفر ضررى فيشملة القاعدة و يتعارض ، لان طرفى النقيض فى عرض واحد .

وان ابيت الاعن كون المنفى هو الحكم الضررى كماذهب اليه الشيخ قدس سره فالقول بان قاعدة نفي الضرر لاتشتمل الضرر المتولد من النفي لانه فى طول نفي الضرر ليس بسديد لصحة القول بشمولها له لكونها قضية طبيعية او لصحة القول بكونه محكوماً بحكمها لتنتقيح المناط كما ذهبوا اليه فى قوله : كل خبرى صادق او كاذب « بالنسبة الى نفس الخبر المتولد من هذه القضية .

واما قوله ان المحكوم لابد ان يكون مقدما فى الرتبة على الحاكم حتى يصح ان يكون الحاكم شارحاً له و ناظر اليه و المفروض ان هذا الضرر المتولد متأخر فى الرتبة عن قاعدة لاضرر ففيه انه يجوز ملاحظة المحكوم المتأخر وجوداً بالمعنى الاسمى و الحمل الاولى قبل تحققه بالمعنى الحرفى و الحمل الشايع الصناعى فى ضمن القضايا فيصح ان يقول الشارع قبل ان يصدر منه الحكم بالحمل الشايع الصناعى حكمى فى الاسلام ليس بضررى فافهم .

تمت بحمد الله تعالى هذه الرسالة بيد مؤلفه محسن بن السيد مهدي الخرازى غفر الله لهما فى رجب سنة ١٣٩٨ هجرية قمرية على هاجرهما السلام و التحية و الاكرام .



الناشر - طهران
دارالكتب الاسلامية - الاخوندى



(NEC)
KBP370
.M84
A35
1977