

كتاب

المباني الفخمة

شرح كتاب الجواهر الموات من الشرايع

المؤلف

سماحة آية الله الحاج آية الله العظمى السيد محمد باقر المشكيني

مقر شيراز

تم طبعه في

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

DUPL



32101 022130007

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

كتاب
المنافع العامة

شرح لكتاب احياء الموات من الشرايع

المؤلف:

حضرت آية الله الحاج الميرزا علي المشكيني

2271

. 3553

. 817

cop. 2

اسم الكتاب: المنافع العامة

المؤلف: حضرة آية الله الحاج الميرزا علي مشكيني

الطبعة: اولى

عدد الصفحات: ٢.٢

عدد النسخ: ١٠٠٠

تاريخ النشر: جمادى الاخرى ١٤٠٧ هـ. ق

الناشر: دفتر نشر الهادي - قم. تليفون ٣١٠٤٥

المطبعة: الهادي

حق الطبع محفوظ للناشر



الفهرست

<u>الصفحة</u>	<u>العنوان</u>
٩	بيان امور قبل البحث
٩	* الامرالاول
١٠	* الامر الثاني
١١	* الامر الثالث
١٣	الطرف الاول: في الارضين
١٤	اقسام الارض
١٦	في الارض العاصرة
١٦	* في معنى الملكية
١٧	* في اسباب الملكية
١٨	* امضاء الملكية في الشرع
٢١	التصرف في ملك الغير
٢١	* بالنسبة الى اموال المسلمين
٢٢	* بالنسبة الى الكفار
٢٢	اقسام الكافر الحربي

- ٢٤ احكام الكافر الحرابي
- ٢٤ * بالنسبة الى قتلهم
- ٢٧ * بالنسبة الى استرقاقهم
- ٢٩ * بالنسبة الى اخذ اموالهم
- ٣٠ حكم اراضي المسلمين واموالهم
- ٣٢ في الموات
- ٣٢ * في معنى الموات
- ٣٣ * في انّ الموات للامام «عليه السلام»
- ٥١ * في عمومية اذن الامام وخصوصيته
- ٥٣ * اذن الامام هل هو مختص بزمان الحضور او تعم الغيبة ايضاً ..
- ٥٨ في احكام الموات
- ٥٨ * في ان اذن الامام شرط في ملكية المحيي
- ٥٩ * في شرطية الاسلام للملكية المحيي
- ٦٣ الارض المفتوحة عنوة
- ٦٤ * في معنى الارض المفتوحة عنوة
- ٦٦ * بيان ماهية الارض المفتوحة عنوة
- ٦٧ * بيان آثار الارض المفتوحة عنوة
- ٦٩ الارض المملوكة
- ٦٩ * الاقوال في المسألة وادلتها والمناقشات فيها
- ٧٧ الارض المجهول مال كها
- ٧٧ * المراد من الارض المجهول مال كها
- ٧٨ * حال الارض المجهول مال كها في زمان الغيبة
- ٨٠ الارض المتروكة واحكامها
- ٨٣ شروط التملك في الاحياء
- ٨٨ * الشرط الاول من شروط الاحياء
- ٨٩ * الشرط الثاني من شروط الاحياء
- ٩٢ * في حد الطريق
- ٩٦ * في حريم الشرب
- ٩٧ * في حريم البئر المعطن
- ١٠٢ * في حريم الحائط

- ١٠٦ * فرغ
- ١٠٨ * الشرط الثالث من شروط الاحياء
- ١٠٨ * في معنى المشعر
- ١١١ * الدليل على عدم جواز احياؤه
- ١١٢ * في جواز احياء شي ء قليل منه
- ١١٣ * الشرط الرابع من شروط الاحياء
- ١١٤ * الشرط الخامس من شروط الاحياء
- ١٢٠ * في معنى التحجير
- ١٢١ * فروع التحجير
- ١٢٤ * قول في الحمى
- ١٢٩ الطرف الثاني: في كيفية الاحياء
- ١٣٠ في معنى الحياة والاحياء
- ١٣٢ امران في الاحياء
- ١٣٥ الطرف الثالث: في المنافع المشتركة
- ١٣٧ في الطرق
- ١٤٣ في المسجد
- ١٤٥ في المدارس
- ١٤٩ الطرف الرابع: في المعادن الظاهرة
- ١٥٠ في معنى المعدن
- ١٥٢ تقسيم المعدن الى ظاهرة وباطنة
- ١٥٢ المعادن الظاهرة
- ١٥٥ المعادن باطنة
- ١٥٦ احكام المعادن الظاهرة
- في اختصاص المعادن وعدم اختصاصها بالامام «عليه السلام» وادلة القولين
- ١٥٩ القولين
- ١٦٦ احكام المعادن الباطنة

- ١٧٠ فرخ فيمن احبب ارضاً وظهر فيها معدن
- ١٧٣ حكم المياه
- ١٧٦ * قول في جواز بيع ماء البئر
- ١٨٣ * قول في مياه العيون والآبار والغيوث
- ١٨٦ مسائل
- ١٨٦ * الاولى: ما يفيضه النهر
- ١٩١ * الثانية: في ما اذا استجد جماعة نهراً
- ١٩٣ * الثالثة: في ما اذا لم يف النهر يسقي ما عليه دفعة
- ١٩٨ * الرابعة: لو احبب ارضاً ميتة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد واله الطاهرين ولعنة الله على
اعدائهم اجمعين.
هذه ابحاث حول مسألة احياء الموات وحياسة المباحات والانتفاع
بالمشتركات. كتبناها بعنوان الشرح على الكتاب الممتع «شرايع الاسلام» للمحقق
الاول (قده).

قوله:

« كتاب احياء الموات والنظر في اطراف
اربعة »

ينبغي قبل الورود في ابحاث الكتاب تقديم امور:

الامر الاول - الكتاب من القسم الرابع من تقسيمات المصنف (ره) حيث
جزء ابواب الفقه الى اربعة اجزاء: العبادات والعقود والايقاعات والاحكام؛

والملاك في هذه التجزیه تقسیم خاص ذكره في «الارشاد» و«المسالك» وغيرها
وتحریر ذلك:

ان موضوع البحث في علم الفقه هو افعال المكلفين والفعل ينقسم الى اقسام
اربعة لانه بمعناه العام الشامل لكل ما يصلح لترتب الاحكام الشرعية عليه، اما فعل
جوارحي واما قول وانشاء، والاول: اما ان يحتاج الى نية القربة اولاً، والثاني: اما
انشائان مرتبطان او انشاء واحد، فالاول: هو قسم العبادات وقد جعلوه عشرة كتب
والثاني: هو الذي سموه بقسم الاحكام وهو اثني عشر كتاباً، والثالث هو قسم العقود
وهو تسعة عشر كتاباً، والرابع قسم الايقاعات وهو احد عشر كتاباً والمجموع موضوع
الفقه وان كان الحصر غير تام.

فبيحث في هذا العلم عن: عوارض تلك الأفعال، وهي الاحكام الشرعية
التكليفية والوضعية المترتبة عليها وبيحث فيه ايضاً عن تشخيص ماهيات تلك
الموضوعات وبيان بعض مصاديقها، لاسيما اذا كانت عبادة او نحوها من الموضوعات
المستتبطة. وهذا البحث وان كان خارجاً عن مسائل العلم، الا انه قد عاد من
لوازمها اذ لم يدون هناك علم آخريبحث فيه عن تلك الموضوعات مع كثرة ابجائها بل
كثيراً ما يكون البحث عنها اكثر واطول من البحث عن نفس الحكم. وهذا البحث
يقع غالباً، اذا كان الموضوع عبادة عن اربع جهات الاجزاء والشرائط والموانع
والقواطع.

الأمر الثاني: عنوان الكتاب يقتضي انحصار البحث في الارضين، لكن
الظاهر كون الغرض الاعم ولذا وقع البحث فيه عن المعادن والمياه والمشتركات.
فكان الاولى ان يجعل عنوان الكتاب المباحات والمنافع العامة وبيحث فيه عن احياء
الارض والمعادن الباطنة وعن حيازة ما في الارض وعن الانتفاع بالمشتركات
كالمساجد والربط وغيرها ويكون الغرض من البحث عن الجميع استنتاج حكمين
جواز التصرف والانتفاع تكليفاً والملكية او الاولوية وضعاً كما انه كان الاخرى
تسمية الكتاب بكتاب «المنافع العامة».

ثم انه لا يتوهم كون البحث في كتاب الصيد عن الحيوانات المباحة، وفي
كتاب الاطعمة والاشربة عن الحيوان وغيره مما يؤكل ويشرب من المباحات

الاصلية، وكذا البحث في كتاب الخمس عن العوض والاجناس المتخذة او المستخرجة من البحار والانهار الكبار مغنياً عن البحث عن حيازة المباحات هنا ولا اقل من اغناؤه عن البحث عن حال الموارد المذكورة.

اما اولاً: فلان بين موضوع البحث هنا وهنا لك فرقا واضحا، اذ البحث في تلك الكتب يختص بامور خاصة، كالحيوان والمأكول والمشروب وما يستخرج من الماء دون هذا الكتاب.

واما ثانيا: فلاختلاف ملاك البحث في المقامين، فانه يبحث في باب الصيد عما به يصطاد الحيوان من الآلة الحيوانية والجمادية. وعن شروط الصائد والصيد، فباب الصيد منعقد لبيان تذكية الحيوان بنحو خاص، كما ان كتاب الذباجة موضوع لبيان تذكيته بنحو آخر، فالبحث عن كيفية التذكية، واحكامها، غير مرتبط بالبحث الواقع في هذا الكتاب، وكذا الكلام في الاطعمة والاشربة وباب الخمس.

ثم انه لم يتعرض المصنف من الاشياء القابلة للحيازة، الا للمعادن الظاهرة، والمياه، والاصحاب لم يذكروا في ابواب الفقه، حكم حيازة المباحات مستقلا، مع انها باختلاف انواعها، وصورها، من الجماد والنبات والحيوان، بل والفضاء والهواء مما ينبغي ان يبحث عنه في الفقه. لكونها مما يحتاج اليه جميع الناس حاجة ضرورية لا تنفك عن عيشهم وبقاء حياتهم.

الامر الثالث: الظاهر استحباب احياء الارض، وقد افتى به عدّة من الاصحاب قال في «التذكرة»: «الاحياء مستحبٌ، لما فيه من السعي في تحصيل الرزق المأمور به، في قوله تعالى: «فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه»^١ ومن اخراج العاقل من حيز العطلّة المشتملة على تضييع المال الى حيز العمارة، وقد روي عن النبي - ص - انه قال: «من احيا ارضا ميتة فله فيها اجر، وما اكله العوافي منها فهي له صدقة. ولان الله لم يخلق الارض عبثا، بل خلقها والاعيان الخارجيّة منها كالمعادن والمنافع المتعلقة برفقتها لمنافع سكّانها» ونظيره بعينه في «المسالك» الا انه قال في اخره: «فترك

أحيائها صرف لها في غير ما خلقت له غالباً» وقال في «الجواهر» في أول «كتاب أحياء الموات»: (اتفقت الأمة على جوازه واستحبابه)، ويمكن استفادته من الآيات الكثيرة الحاكية عن حال الأرض وما رزق الله لعباده فيها من الطيبات الواردة في مقام الامتنان على العباد؛ كقوله تعالى: «هوأنشأكم من الأرض واستعمركم فيها»^١، «والأرض وضعها للأنام»^٢، «الذي جعل لكم الأرض مهدياً وسلك لكم فيها سبلاً»^٣، و «أمن جعل الأرض قراراً وجعل خلالها أنهاراً»^٤ وغير ذلك، ويمكن الاستفادة أيضاً من النصوص الواردة في باب المزارعة وغيرها.

١. سورة هود، الآية: ٦١.

٢. سورة الرحمن، الآية: ١٠.

٣. سورة طه، الآية: ٥٣.

٤. سورة النمل، الآية: ٦١.



في الارضين

قوله:

«في الارضين»

مجموع ما تعرّض به المصنف (قده) في الكتاب بالنسبة للأرض واحكامها يرجع الى امور اربعة:

الاول: بيان اقسامها ولم يذكر منها الا اربعة اقسام: وهي العامرة المملوكة، والموات، والتي لم يجز عليها ملك مسلم؛ والمفتوحة عنوة.

الثاني: بيان احكام تلك الاقسام.

الثالث: شرائط احيائها.

الرابع: كيفية الاحياء وبيان حقيقته.

اما اقسامها: فاللازم الاشارة الى جميعها بنحو الاجمال لارتباطها بموضوع بحث الكتاب. فان لها اقساماً كثيرة مذكورة في الابواب المتفرقة في الفقه، واستقصائها على نحو الاستيعاب. بحيث لا يبقى على وجه الارض قطعة خارجة عنها، لعلّه ينهيا الى اكثر من عشرين قسماً، فهناك الاقسام التالية التي يرجع اختلافها في الغالب الى اختلاف احكامها المترتبة عليها.

١. الارض الميتة التي لم يصل اليها يد انسان، او لا يعلم وصولها اليها كاعلب الصحارى والقفار.
٢. الارض الميتة التي باد اهلها واندرست اعلامها.
٣. الارض الميتة التي علم لها مالك بالفعل مجهول.
٤. الارض الميتة التي لها مالك معلوم تركها حتى ماتت.
٥. الارض المتروكة، غير الاثلة الى الخراب التي لها مالك معلوم.
٦. الاجام التي لا رب لها، وهي الارض الملتفة بالاشجار والقصب، المعبر عنها احيانا بالعمارة بالاصالة، اي لامن معمرٍ وان كانت في اصطلاح الاصحاب من مصاديق الميتة كما سيأتي.
٧. الارض العمارة بالعرض، التي لا رب لها، كما اذا مات اهلها بالحوادث والزلازل فبقيت املاكهم عامرة.
٨. الارض الحياة بالاصالة. اي لامن معمرٍ وهي التي لم يصل اليها ايدي الناس، لكنها كانت طبعاً بحيث لا تحتاج الى عمارة واصلاح، حتى باجراء الماء كالاجمة المشابهة لبستان طبيعي، والارض المعدة للزرع، غير المحتاجة الى عمل سوى القاء البذر.
٩. الارض المعمورة بيد المسلم.
١٠. الارض المعمورة بيد الكافر الذمي كارضه الحاصلة في يده في بلاد الاسلام.
١١. الارض المعمورة بيد الكافر الحربي، كارض الشرك.
١٢. الارض المفتوحة عنوة باذن الامام.
١٣. الارض المفتوحة عنوة باذنه، مع كونها من قطايع الملوك.
١٤. الارض المفتوحة عنوة بغير اذن الامام.
١٥. ارض من اسلم عليها طوعاً، فهي وان كانت ملكا لهم فترك في ايديهم، الا انه يظهر من بعض الاصحاب، ان لها احكاماً خاصة منها: انها تعود بعد الخراب ملكاً للمسلمين كالمفتوحة عنوة.
١٦. ارض الكفر التي انجلى عنها اهلها طوعاً، وتركوها وهي من ارض الانفال ملك للامام.
١٧. ارض الصلح، اي التي صلح اهلها المسلمين، على ان تكون ارضهم

- لهم ويعطوا الجزية عنها، وتسمى ارض الجزية ايضاً.
١٨. الارض التي صالح اهلها، على ان تكون للمسلمين وتكون الجزية على اعناقهم، وحكمها حكم الارض المفتوحة عنوة.
١٩. الارض الحرم للمحياة، كمراتع القرية وحرم غيرها.
٢٠. الارض المحجرة من مسلم، او غيره.
٢١. الارض المحبوسة، المحررة، من قبل الله تعالى، كالمشاعر العظام من البيت الحرام، ومنى والمشعر والعرفات، وكذا مسجد الكوفة، والاقصى، والمشاهد المشرفة على الاظهر.
٢٢. الارض المحبوسة على حقوق الناس من قبل الناس كالمساجد والمدارس والمقابر والربط والشوارع.

قوله:

«وهي اماً عامرة واما موات»

المراد بالعامرة: هو العامرة بالعرض، ويندرج في العنواين جميع الاقسام التي ذكرناها، ويدخل ما اصطلح عليها بعض الاصحاب بالعامرة بالإصالة تحت عنوان الموات، وان كان يظهر من الجواهر عدم اطلاق الموات عليها، كما سيأتي انشاء الله.

قوله:

«فالعامرة مُلك لملكه»

ينبغي قبل بيان مراد المتن من تقديم امر تمس الحاجة الى ذكره، وهو انه: ماهي الملكية، وكم هي اسبابها، وما هو الدليل على امضاء الاسلام للملكية للعنواين الكلية، والجهات العامة، والاشخاص الخاصة.

فنقول: اما الملكية، فالملك بتثليث الميم في اللغة، هو السلطنة والاستيلاء، والظاهر كونها عند اهل اللغة اعم من السلطنة الحقيقية التكوينية، والاعتبارية الانشائية، واما في اصطلاح المتشعبة والفقهاء، فهو عبارة عن السلطنة الاعتبارية

القابلة للجعل والانشاء، بلفظ ونحو المترتبة عليها احكام خاصة: تكليفية، ووضعية، ويمكن حمل اطلاق الكلمة ومشتقاتها في القرآن الكريم، على كل واحد من المعنيين، وان كانت ظاهراً في بعض موارد الاستعمال في احدهما، وفي بعضها الآخر في الآخر فلاحظ قوله تعالى: «قل اللهم مالك الملك تؤتي الملك من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء»^١. وقوله تعالى نقلاً عن يوسف النبي - ع - : «رب قد آتيتني من الملك»^٢. وقوله تعالى نقلاً عن سليمان النبي - ع - : «وهب لي ملكا لا ينبغي لاحد من بعدي»^٣. وقوله تعالى: «اولم يروا انا خلقناهم مما عملت ايدينا انعاما فهم لها مالكون»^٤. وما تكرر في الكتاب الكريم من قوله تعالى: «وما ملكت ايمانكم»^٥. وغير ذلك، مما يمكن حمله على السلطنة التكوينية، وعلى السلطنة الاعتبارية.

نعم الانصاف كثرة استعمال الكلمة، ومشتقاتها في الملك الاعتباري في الروايات، بحيث لا ينكر كونه المراد للسائل، والمسئول، وسيأتي توضيح معنى الملكية الاعتبارية في المباحث الآتية.

واما اسبابها: فهي كثيرة في الشريعة الإسلامية، وتنقسم ابتداء الى اسباب: قهرية، واختيارية.

اما الأولى: فلها بالنسبة للملكية العناوين الكلية مصاديق كثيرة، كملكية الخمس لقبيل الامام: «اليتامى والمساكين وابن السبيل»^٦ والزكاة لبعض العناوين الثمانية، والوقف على العناوين، بناء على كون الوقف عليهم تمليلية لا تحريرية، والوصية للعناوين الكلية، وكملكية الاراضي المفتوحة عنوة للمسلمين.

واما بالنسبة للاشخاص، فنظير ملكية التركة للوارث ونصف الخمس او جميعه للإمام، فانه يملكه شخصه، وان كان لاجل انطباق عنوان تقييدي عام على ذاته الاقدس، وهو الرئاسة والولاية العامة، ودية القتل خطأ بالنسبة للوارث. ودية

١. سورة آل عمران، الآية: ٢٦.

٢. سورة يوسف، الآية: ١٠١.

٣. سورة ص، الآية: ٣٥.

٤. سورة يس، الآية: ٧١.

٥. سورة النساء، الآيات ٣، ٣٦، ...

٦. سورة البقرة، الآية: ٢١٥.

الاعضاء والمنافع للمجنى عليه في غير مورد القصاص. والوصيته التملكية بالنسبة الى الموصى اليه، بناء على عدم اشتراط قبوله وملكية المتبرع له للارض الحياة، او المباح المحوز فيما اذا قصده الغير تبرعا بناء على صحة ذلك. وملكية نماء الاملاك فيما لم يكن مقصوداً، حتى تبعا كالسّمك المتولد في مائه المملوك، والعلف النبات، والمعدن المتكون في ارضه المملوكة.

واما الثانية: فلها مصاديق كثيرة نظير: احياء الموات وحياسة المباحات، والمبايعة المفيدة للملكية الثمن، والمثمن، ونماء المستغلات المعدة للغلة، وعقد النكاح بالنسبة للصدّاق، وصيغة الخلع بالنسبة الى عوضه، والصلح المفيد للملك، ومنه التصالح على اختيار الدية في القتل والجرح العمديين، والوقف الخاص، والوصية التملكية بناء على اشتراط القبول فيها، والاجارة المفيدة للملكية الاجرة والمنفعة، والأخذ بالشفعة، وعمل العامل في الجعالة، والمضاربة بالنسبة الى حصته المالك العامل من الربح، والمزارعة بالنسبة الى حصة غير صاحب البذر، والمساقاة بالنسبة الى حصة العامل من الثمرة، والسبق في السبق والرمايه، والشرط المفيد للملك بنحو شرط النتيجة او مطلق، والاقراض، واخذ اللقطة بقصد التملك، واخذ المقرله المال المقربه بناء على تملكه بالاقرار ولومع الشك وعدم الاستحقاق في الواقع، وقبض السادة قبيل الامام للخمس، وقبض مستحقي الزكاة لها، وقبض الهبات والهدايا والصدقات والكفارات، واخذ السلب في موارد جوازه.

وغير ذلك من الاقسام، ويمكن تداخل بعضها في بعض لكن ذكرناها توضيحاً.

ثم ان الظاهر، انه لا حاجة الى اثبات ان اصل الملكية مفضاة في الشريعة الاسلامية، لوضوح ذلك غايته، ولو اردت البيان فنقول: ان الدليل عليه امور:

الاول: الاجماع من علماء الفريقين.

الثاني: ارتكاز ذلك في اذهان المشرعة، بحيث يعلم كونها من الاحكام الواضحة البديهية في الاسلام، كوجوب الصلاة والصوم، فاصل الملكية من ضروريات الدين، وان كان بعض مصاديقها ليس كذلك.

الثالث: السيرة القطعية من المسلمين على ترتيب اثار الملكية لما تملكه الشخص بالاسباب المزبورة في الجملة وان كان بعضها مورد الاختلاف.

الرابع: دلالة الآيات، والنصوص المتجاوزة حد التواتر عليها، وتوضيح الإستدلال بها، انه لا ريب في نسبة اموال في الآيات والاختبار، الى اشخاص او عناوين، بحيث يدل نفس الانتساب على الملكية لظهور اللآم، او الاضافة في ذلك ولو استشكل في دلالة اللام، او الاضافة على الملكية، بان الارتباط والانتساب المفهوم منها اعم من الملكية المقصودة في المقام.

امكن الاستدلال عليها بظهور الآيات الشريفة، في انه يحرم التصرف في تلك الاموال والاستيلاء عليها، لغير من نسبت اليه، الا باذنه وانه يجوز لمن نسبت اليه، ترتيب جميع آثار الملكية، وهذا ان الامران يدلان على ان المراد بتلك النسبة، الملكية المعهودة، وبالجمله الادلة تفيد اموراً ثلاثة: انتساب اموال الى اشخاص، وجواز تصرفهم فيها، وحرمة تصرف غيرهم فيها بدون رضاهم؛ والمجموع يثبت المطلوب قطعاً، اذ لانعني بالملكية الا اختصاصا اعتباريا يترتب عليه الامران: اما ما يدل على الاختصاص فكالآيات التالية:

قوله تعالى: «ولا تَوَثُّوا السّفهَاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً»^١، «لا تلهكم اموالكم ولا اولادكم»^٢، «وجاهدوا بأموالكم»^٣، «تلبثون في اموالكم وانفسكم»^٤، و «ان تبتغوا باموالكم محصنين»^٥ الى غير ذلك من موارد كثيرة.

واما ما يدل على تجويز التصرف، لمن اضيف اليه المال بانواع التصرفات، كالأيات الامرة صاحب المال، بالانفاق منه في سبيل الله، والأكل من لحوم انعامه، والاطعام منها للقانع والمعتّر، واخراج خمس، واعطاء زكاته، وتوريثه لورثته، والايات المسوغة لا يصابه لمن يشاء، وجعله صداقا لزوجته، ونفقته لحجّه، والمجوزة لبيعه من غيره، واخراج الدية منه، وغير ذلك من التصرفات التي لا تكون الا في الملك.

واما ما يدل على النهي عن التصرف في كل مال اضيف الى الغير، فكقوله

١. سورة النساء، الآية: ٥.

٢. سورة المنافقون، الآية: ٩.

٣. سورة التوبة، الآية: ٤١.

٤. سورة آل عمران، الآية: ١٨٦.

٥. سورة النساء، الآية: ٢٤.

تعالى: «ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل»^١، «ليأكلون اموال الناس بالباطل»^٢، «ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم انه كان حوباً كبيراً»^٣، «ولا تقربوا مال اليتيم الآبالي هي احسن»^٤، و«واكلهم اموال الناس بالباطل»^٥؛ الى غير ذلك.

واما الروايات: فاستفادة الملكية الشخصية والنوعية منها، وامضائها في الشريعة الاسلامية تصريحاً، وتلويحاً، وبدلالة المطابقة والالتزام في غاية الوضوح، بل يظهر للمتأمل فيها ظهوراً بيتاً ورودها في مقام بيان الاحكام المترتبة على الملك، بحيث لوحظ اصله مفروغاً عنه، وغير محتاج الى البيان فلاحظ ما يدل على وجوب اخراج الزكاة من الاموال التسعة، والخمس من السبعة، وابواب التجارة، والبيع، والرّبا، والاجارة، والمزارعة، والمضاربة، والمساقاة، والجمالة، والصدّاق، والهبة، والوقف، والوصية، والغصب، والحوالة، والضمان، وغير ذلك من ابواب الفقه، تجد الكلام في تلك الموارد وارداً مورد مفروغية ذهن السائل، والمسؤل، عن ثبوت اصل الملكية، ناظراً الى ترتيب احكام آخر عليها، تكليفية او وضعية.

تنبيه

الظاهر تحقق اكثر اسباب الملكية في حق الكافر ايضاً، كالارث، والتجارة، والاجارة، والمزارعة، والمضاربة، وغيرها؛ فلهم التملك بالطرق المضادة في الشريعة الاسلامية، واما ما حصلوه باسباب غير مملوكة في الشرع، كالقمار، والرّبا، ومعاملة الخمر، والخنزير، وسائر الوجوه المحرمة، فالظاهر ملكيتهم لما حصلوه من الطرق المشروعة عندهم، الزاماً لهم بما التزموا به، واما غيرها، كما اذا سرق بعضهم اموال بعض، او من المسلمين، فهم غير مالكين له، وعلى ما ذكر. فبين اسباب التملك للمسلم، والكافر، عموم من وجه. فالاحياء سبب للملكية المسلم، دون الكافر بناء على ما سيجي. وثمان الخمر ونحوه سبب للملكية الكافر دون المسلم.

١. سورة البقرة، الآية: ١٨٦.

٢. سورة التوبة، الآية: ٣٤.

٣. سورة النساء، الآية: ٢.

٤. سورة الاسراء، الآية: ٣٤.

٥. سورة النساء، الآية: ١٦١.

قوله:

«لا يجوز التصرف فيه الا باذنه»

اما بالنسبة الى اموال المسلمين:

١. فاجماع من علماء الاسلام بل هو من ضروريات الفقه او الدين. ان كان بنحو الغصب.
 ٢. وللسيرة المستمرة من المتشعبة.
 ٣. ولعله يحكم به العقل ايضاً في الجملة لانه من مصاديق الظلم.
 ٤. ولقوله — ص —: «الناس مسلطون على امواهم»، فان تصرف غير المالك في ماله مخالف لسلطنته فينفيه الخبر.
 ٥. ولما رواه الكليني (قده) مرسلًا عن مولانا الحجة — ع —: «لا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه»^١.
 ٦. وللعلوي ان النبي — ص — خطب يوم النحر الى ان قال — ص —: «ان حرمة اموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»^٢.
 ٧. ولما روي عن علي — ع —: «ولا يجوز اخذ مال المسلم بغير طيب نفسه».
 ٨. وللنبوي: «المسلم اخ المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفسه».
 ٩. ويمكن الاستدلال له ايضاً بالجملة المستثنى منها في قوله تعالى: «يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم»^٣.
- فان التصرف في مال الغير بغير رضاه، اكل للمال بالباطل فيشمله اطلاق الجملة الاولى وحيث ان الاستثناء في الآية، منقطع غير دال على الحصر ففادها يؤل الى جملتين مستقلتين: احدهما: ان اكل اموال الناس بالباطل حرام والأخرى: ان اكلها بتجارة عن تراض حلال. فخروج بعض مصاديق التصرف عن كلتا الجملتين غير قادح بالاستدلال، كالاكل بالضيافة والارث وسائر أقسام الاباحة المالكية

١. «وسائل الشيعة» ج ١٧، باب الغصب، ب ١، ح ٤.

٢. «المستدرک» ج ٣، ابواب الغصب، ص ١٤٥، ح ١.

٣. سورة النساء، الآية: ٢٩.

والشرعية. بل والاكل بسبب الهبة والعارية والوقف ونحوها، بناء على عدم كونها من اقسام التجارة. اذ هي ليست من الاكل بالباطل ولا من التجارة عن تراض. واما بالنسبة الى الكفار: فالظاهر جواز اخذ اموالهم والتصرف فيها بغير اذنبهم، اذا لم يكونوا من اهل الذمة. و اشار المصنف الى جواز تصرف اراضيهم بالاخذ منهم عنوة بالحرب ونحوه.

لا يقال: انه يمكن الاستدلال لحرمة التصرف في مالهم بعموم بعض الأدلة الماضية، كحكم العقل وخبر: «الناس مسلطون على اموالهم»، ومرسل الكليني عن مولانا الحجة — ع —، وان كان بعضها مسوقا لبيان حكم مال المسلم. لاننا نقول: اما حكم العقل، فبعد تسليم كون جميع الأشياء والاموال ملكاً لله تعالى، وكون الكافر عدو الله تعالى، فحكم العقل بقبح اخذه منه، والتصرف فيه غير مسلم. وان اجاز المالك الحقيقي لهم بالتصرف والتملك، فانه لاينا في عدم حكم العقل بنحو البت.

واما النبوي: فالظاهر شمول الجمع المحلى باللام فيه للمسلم والكافر، فعناه ان لكل احد من الناس ان يتصرف في ماله بجميع انواع التصرف، بناء على دلالة عموم في السلطنة ايضاً وكونه في مقام اثبات انواع التصرف للمالك. كما قاله الشيخ (ره) او ان معناه انه ليس ممنوعاً من التصرف في ماله. فالكلام مسوق لاثبات اصل السلطنة ردّاً لتوهم عدمه كما قاله بعض المحققين.

ونظيره في الدلالة مرسل الكليني، وان كان في سنده ضعف فعموم كلمة احد، واطلاق كلمة غيره يفيد ان حرمة تصرف الانسان في مال غيره بغير رضاه مسلماً كان او كافراً، لكن الظاهر لزوم تقييد اطلاقه بسائر الاخبار المقيدة بحرمة التصرف بمال المسلم، وكون المتقابلين مثبتين لا يمنع من ذلك، بعد احراز وحدة الحكم، فانه لم يقصد فيها انشاء تحريم متعلق بمال المسلم، وتحريم اخر متعلق بالاعم منه ومن مال الكافر، فالدليل هو عموم الناس مسلطون، وسيأتي ما يمكن ان يكون مخصصاً له.

فرع: حيث انجر الكلام الى البحث عن مال الكافر الحرابي، فبالحرى ان نشير الى بعض اقسام الكافر، وحكمه لارتباطه في الجملة بمسائل الكتاب، فنقول:
الكافر الحرابي، ينقسم بتقسيم الى ثلاثة اقسام:

الاول: العارف بالحق المنكر له متمعداً، عناداً. او لجهة اخرى، كما كثر علماء المذاهب غير الاسلامية الباحثين الفاحصين عن اكثر الاديان والمكاتب ومنها الاسلام. والعارفين باصولها وقوانينها، اذ الظاهر انه يظهر للمتابع في هذا المضمار، صدق شريعة الاسلام وحقية دينه ولما ينكره المنكر الالجهات نفسانية، كقوله تعالى: «وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلماً وعلواً»^١.

الثاني: الجاهل بالحق تقصيراً، كما كثر الكفار الموجودين في عصرنا الذين يستمعون دعوة الاسلام، فيحصل لهم التوجه اليها، ويحدث لهم بطبع الحال التردد في انفسهم. واحتمال صدق الداعي وحقية دعوته، ثم لا يعتنون بها لا شغلاهم بدنياهم فهم جاهلون بالعقائد الحقّة، والفروع الدينية عن تقصير.

الثالث: الجاهل به قصوراً، كاغلب العامة من صنوف الفرق المختلفة، الموجودين في المجامع الانسانية، ممن اعتقد من اول عمره بعقائد خاصة، لم تبلغه دعوة خلافها. اولم يحتمل صدق غيرها، وان قرعت سمعه اصوات. ومن هذا القسم، بعض علماء والمكاتب، الذين حصلت لهم العقائد الباطلة فصاروا قاطعين مستيقنين لشبهة البراهين، فلم يشكوا في عقائد هم ولم يحتملوا خلاف ما اعتقدوه.

وينقسم الحربيّ بتقسيم آخر ايضاً الى قسمين:

الاول: الكافر الساعي في اطفاء نور الله وابطال دينه، والاضرار بالمسلمين والافساد فيما بينهم قولاً وعملاً.

والثاني: الكافر الذي ليس كذلك، وقد ذكر الله تعالى في كتابه، في حق القسم الاول اموراً تكشف عن معنى ابتغائهم الفتنة والفساد، كمنعهم عن مساجد الله ان يذكر فيها اسمه، وسعيهم في خراب المساجد وعدم الوهم وانتهاهم عن الخبال والفساد وودهم عملاً وقوع المسلمين في العنت وظهور البغضاء من افواههم. وصدّهم عن سبيل الله ومكرهم وصدّهم عن المسجد الحرام، وانفاقهم الاموال في الصدّة عن سبيل الله، ونقضهم العهد. وقولهم للمسلمين اتبعوا سبيلنا ولنحمل خطاياكم. واشترائهم لهو الحديث لإضلال الناس وايجادهم الفتنة، التي هي اشدّ واكبر من القتل وغيرها.

ثم ان البحث عن الكفار مطلقاً يمكن ان يقع في جهات:
الاولى: في احترام نفوسهم ودمائهم، وانه هل يحرم قتلهم او انه لاحرمه
لدمائهم، فلا قصاص ولادية لواتفق ذلك .

الثانية: في جواز استرقاقهم، واسترقاق اولادهم وذرائعهم .

الثالثة: في جواز اخذ اموالهم وتملكها، والتصرف فيها .

وليعلم أولاً: بخروج موردين عن موضوع بحث القتل وغيره، للعلم بجوازه في
احدهما وحرمة في الآخر. احدهما: قتلهم بالجهاد للدعاء الى الاسلام باذن الامام،
فانه لا اشكال حينئذٍ نصاً وفتوى في وجوب قتالهم. فيباح قتلهم واسرهم واغتنام
اموالهم، والظاهر كون الامر كذلك فيما اذا امتنع اهل الذمة، من بذل الجزية. وفيما
اذا ابتداء الكفار بقتال المسلمين، فيباح القتل والاسر واخذ الاموال في مقام الدفاع
اذا ظفر المسلمون عليهم .

ثانيهما: قتل النساء والصبيان والمجانين من الكفار، فانه لا يجوز ذلك نصاً
وفتوى. ويدل عليه خبر حفص بن غياث عن الصادق - ع - : «نهى رسول
الله - ص - عن قتل النساء والولدان في دار الحرب، الا ان يقاتلن. ولو امتنعت ان تؤذي
الجزية لم يمكن قتلها، فلما لم يمكن قتلها رفعت الجزية عنها. ولو امتنع الرجال ان يؤدوا الجزية
حلّت دمائهم، وقتلهم. لان قتل الرجال مباح في دار الشرك . وكذلك المقعد من اهل الذمة،
والاعمى والشيخ الفاني والمرءة والولدان في ارض الحرب»^١.

اذا تبين ذلك فنقول: ان في جواز قتل الحربي، وكذا في جواز استرقاقه
مطلقاً اشكالا، نعم، الظاهر جواز اخذ امواله، فالاولى ملاحظة الادلة:

فنقول: اما قتله، فمقتضى الادلة التفصيل بين من يسعى في الاضرار على
الاسلام واهله، وبين غيره بجواز قتل الاول، وعدم جواز الثاني، فما استدل به على
عدم الجواز:

١ - قوله تعالى: «من اجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس
او فساد في الارض فكانما قتل الناس جميعاً ومن احياها فكأنما احيا الناس جميعاً»^٢.

١. «وسائل الشيعة» ج ١١، ابواب جهاد العدو، ب ١٨، ح ١.

٢. سورة المائدة، الآية: ٣٢.

فان ظاهره حرمة قتل الانسان مطلقاً، في غير موردين قاتل النفس فيقتل قصاصاً. والمفسد في الارض فيقتل لافساده. فيشمل قتل الكافر الحربيّ ايضاً، في غير الجهتين. والاشكال بان الحكم مكتوب في التوراة، فليس من احكامنا مدفوع، بان نقل الحكم في الكتاب الكريم من دون رده، ظاهر في ثبوته في هذه الشريعة ايضاً. كما انّ الاشكال بانّ الحربيّ مفسد في الارض بكفره وحره، فهو داخل في المستثنى الثاني غير وارد ايضاً. اذ المراد بالافساد كونه محاربا على النحو الذي تشير اليه الآية التالية:

«انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً ان يقتلوا»^١،
فالتمسك باطلاق كلمة النفس لا باس به، اذا لم يكن دليل مقيد.

وحمل القتل والاحياء فيها على الاضلال والهداية، ينا فيه قوله بغير نفس، او فساد فان الاضلال حرام، سواء اضلّ هو نفساً او قتلها ام لا كما انه حرام سواء افسد في الارض ام لم يفسد. نعم لا بأس بكون ذلك تأويلاً للآية الشريفة او بطنا من بطونها كما ورد في بعض الاخبار.

٢. قوله تعالى: «فانطلقا حتى اذا لقيا غلاماً فقتله قال اقتلت نفساً زكية بغير نفس

لقد جئت شيئاً نكراً»^٢.

قيل: هو وارد في غير البالغ. وهو المراد من قوله زكية وقد عرفت عدم جواز قتل الصبيان وان كانوا من الكافرين. فلا دلالة في الآية على حكم المقام، لكن حمل كلمة الزكية على غير البالغ، ينا فيه قوله بغير نفس للزوم لغوية القيد اذ القصاص غير مشروع في حق الصبيان.

فالاولى: القول بان المراد من زكاة النفس، جريان اصالة المصونية والحقن

في حقها. فالنبيّ الاقدس موسى — ع — اشار في كلامه الى اصل عقلائي جار عند الشك، كما هو ظاهر الحال في قضية الغلام وهو اصالة المحقونية في كل نفس ما لم يثبت مسوغ للقتل. وهو اما اصل برأسه في الانسان نشأ من كرامة ذاته نظير اصالة حريتها، اذ اوقع الشك فيها او انه يرجع الى استصحاب حكم المصونية عن حال

١. سورة المائدة، الآية: ٣٣.

٢. سورة الكهف، الآية: ٧٤.

صغره. وعلى أي حال فهو مقدم على اصالة جواز القتل اذا لم يكن عليه دليل.
 ٣. قوله تعالى: «لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبرؤهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين * انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم»^١.
 فانّ لازم البرّ والاقساط اليهم حرمة قتلهم واسترقاقهم واخذ اموالهم، لكنّ الانصاف ان مفادها عدم تحريم برّهم والاقساط اليهم، لا تحريم ترك البرّ والاقساط. فقتضى الاقساط انهم اذا لم يقصدونا بالحرب، والقتل ان لا نقصدهم بذلك لا انّ ذلك محرّم علينا.

٤. قوله تعالى: «ولا تقتلوا النفس التي حرّم الله الآ بالحق»^٢.
 بناء على أنّ الوصف توضيحي، نظير قوله تعالى: «ولا طائر يطير بجناحيه»^٣ فمن طبع النفس ولوازمها الشرعيّة انها محرّمة من عند الله، ممنوع قتلها وهتكها. لكن ينافيه احتمال كون القيد احترازيّاً، وان النفس منها ما لا حرمة لها، ومنها ما حرّمها الله كنفس المؤمن. ولا يجوز قتل الثانية الآ بعوارض طارية كالقصاص ونحوه.
 نعم، يؤيد عدم الجواز ما عن الرضا - ع - في جواب السائل: «حرّم الله قتل النفس لعلّة فساد الخلق في تحليه، لواحلّ وفنائهم وفساد التدبير»^٤، لكن السند محدوش.

هذا ويمكن الاستدلال على الجواز، بخبر اسماعيل بن الفضل قال: «سألت ابا عبد الله - ع - عن دماء الجوس واليهود والنصارى هل عليهم وعلى من قتلهم شيء اذا غشوا المسلمين، واظهروا العداوة لهم. قال: لا الآ ان يكون متعوداً لقتلهم». والخبر في سنده ابان بن عثمان وقد قرب العلامة في الخلاصه وثاقته وقال الكشي: انه ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه ومفاده التفصيل بين الساعي في الاضرار بالاسلام والمسلمين، وغيره. وهذا التفصيل حسن، وقد عرفت الاشارة في الآيات السابقة الى كيفية اظهارهم العداوة للمسلمين وغشهم ويؤيده التفصيل في آية الممتحنة، بين

١. سورة الممتحنة، الآيتان: ٨ و ٩.

٢. سورة الانعام، الآية: ١٥١.

٣. سورة الانعام، الآية: ٣٨.

٤. «وسائل الشيعة»، ج ١٩، ابواب القصاص في النفس، ب ١، ح ١١.

القسمين بعدم تحريم البرّ والاقساط في غير الساعيّ وتحريم التولي في الساعيّ هذا كله في القتل والاهلاك .

احكام الكافر الحربي بالنسبة الى استرقاقهم

واما الاسترقاق، فينبغي ان يعلم أنّ الاصل في الانسان الحرّية الا ان يقوم دليل على خلافه.

في صحيح ابن سنان: «قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: كان علي بن ابي طالب يقول: الناس كلهم احرار الا من اقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد او امة ومن شهد عليه بالرقّ صغيراً كان او كبيراً»^١ وفي نهج البلاغة في كتاب له - ع - : «ولا تكن عبد غيرك وقد جعلك الله حراً»^٢.

وحينئذ فنقول: اولاً: ان مقتضى الاصل عدم حدوث الرقيّة، فيمن اخذ بهذا القصد في مورد الشك . كما ان الاصل عدم حدوث الولاية عليه لآخذه، فانها ايضاً كالرقيّة حكم شرعي وضعي مسبوق بالعدم، كولاية الاب والجد وغيرهما.

وثانياً: ان ذلك تنفيه قاعدة سلطنة الناس على انفسهم، كسلطنتهم على اموالهم. ان قلت: ما هو الدليل على هذه السلطنة من الكتاب والسنة، قلت: يمكن استفادة ذلك من قوله تعالى: «النبّي اولى بالمؤمنين من انفسهم»^٣؛ لان هذه الجملة تنقسم الى ثلاث جمل: المؤمن له الولاية على نفسه، والنبّي ايضاً له الولاية عليه، وولاية النبيّ عليه اقوى من ولايته على نفسه؛ والظاهر ان مفاد الجملة الاولى اي سلطنة المؤمن على نفسه، ليس بما انه مؤمن بل بما انه انسان مختار. كما ان ولاية النبيّ له ايضاً كذلك اذ ليست ولايته التشريعيّة الالهية مختصة بالمؤمن، بل له - ص - الولاية على جميع الخلق والتخصيص بالمؤمنين، في الآية الشريفة بلحاظ قبولهم الولاية وفعليّة اثارها في حقهم. كما في قوله تعالى في حق القرآن انه: «هدى للمتقين»^٤ مع انه هدى للناس كلهم. فولايته - ص - التشريعيّة نظير ولايته التكوينية غير مختصة

١. «وسائل الشيعة»، ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٩، ح ١.

٢. نهج البلاغة كتاب ٣١، ص ٤٠١.

٣. سورة الاحزاب، الآية: ٦.

٤. سورة البقره، الآية: ٢.

بقوم دون قوم، بل هما من نعم الله السابغة على الناس كلهم كانوا شاكرين، ام كافرين.

لكن يمكن الاستدلال على نفوذ الاسترقاق بالنصوص التالية:

الاول: معتبر رفاة التخاس، قال: «قلت: لابي الحسن موسى - ع - ان القوم يغيرون على الصقالبة^١ والنوبة^٢ فيسرقون اولادهم من الجوارى والغلمان... فما ترى في شرائهم، ونحن نعلم انهم مسروقون، انما اغار عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم انما اخرجوهم من دار الشرك الى دار الاسلام»^٣. وترك الاستفضال من الامام - ع - دال على عموم الحكم، مع ان التعليل في آخر النص ظاهر في جواز ذلك فانه احسان له باخراجه من محيط الكفر الى فضاء الاسلام، لعله يتذكر او يخشى فيؤمن بالله العليّ الاعلى.

الثاني: خبر زكريّا بن آدم، قال: «سالت الرضا - ع - عن قوم من العدو صالحوا ثم خفروا ولعلّهم انما خفروا لانه لم يعدل عليهم ايصالح ايشترى من سبيهم؟ قال: ان كان من عدوّ قد استبان عداوتهم فاشتر منه، وان كان قد نفروا وظلموا فلا يباع من سبيهم»^٤.

الثالث: خبر عبد الله بن سليمان، قال: «قلت لابي عبد الله - ع - ان الناس يروون ان عليّاً - ع - قتل اهل البصره، وترك امواهم فقال: ان دار الشرك يحلّ ما فيها وان دار الاسلام لا يحلّ ما فيها»^٥. وهذا يدلّ على جواز القتل ايضاً فضلاً عن الاسترقاق الا ان في سنده ضعفاً بربيع بن محمد وعبد الله بن سليمان.

الرابع: خبر زرارة عن الباقر - ع - في الربا، قلت: «فالمشركون بيني وبينهم ربا، قال: نعم، قلت: فانهم ممالك فقال: انك لست تملكهم انما تملكهم مع غيرك، انت وغيرك فيهم سواء... لأن عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك»^٦. فانه يدل على كون

١. الصقالبة: هم جيل يقرب ديارهم من القسطنطينية والتي هي اسطنبول حالياً.

٢. النوبة: هم جيل من السودان.

٣. «وسائل الشيعة»، ج ١١، ابواب جهاد العدو، ب ٥٠، ح ٦.

٤. «وسائل الشيعة»، ج ١١، باب جهاد العدو، ب ٥٠، ح ٥.

٥. «وسائل الشيعة»، ج ١١، ابواب جهاد العدو، ب ٢٥، ح ٦.

٦. «وسائل الشيعة»، ج ٢، ابواب الربا، ب ٧، ح ٣.

المشركين عبيداً للمسلمين بالقوة، وان لم يستولوا عليهم فعلاً. فيكون كل فرد منهم مملوكاً مشتركاً بين المسلمين، الذين يقدرّون على الاستيلاء عليهم وهذا يقتضي جواز الاسترقاق ولو بغير الحرب. واكثر الأدلة مخدوشة سنداً والاحتياط حسن.

احكام الكافر الحربي بالنسبة الي أخذ اموالهم

واما: اخذ اموال الكافر الحربي فلا اشكال فيه قطعاً، اذا كانت ممن يجوز قتاله وقتله. او يجب بل ومن يجوز استرقاقه، باولوية ماله بالنسبة الى دمه وعرضه. ولو لم يكن في المقام دليل خاص على الجواز، لكن الظاهر جوازه مطلقاً ولو كانت ممن لا يجوز قتله او لم نقل بجواز استرقاقه، وذلك للوجوه الآتية التي يكون مجموعها دليلاً على المطلب، وان كان بعضها مخدوشاً.

الاول: اولوية المقام بالنسبة الى قتلهم واسترقاقهم بالحرب باذن الامام. وان لم نقل به في غير مقام الحرب، اذ الاشكال في اهوية اخذ مال الانسان بالنسبة الى قتله او اسره واسترقاقه. لكنّها مخدوشة بامكان كون الجواز حينئذٍ للدعوة الى الاسلام فلا اولوية.

الثاني: ما ورد في باب الرّبا كخبر عمرو بن جميع، قال: «قال رسول الله - ص -: ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا نأخذ منهم الف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نعطيهم». فان ظاهر قوله «ونأخذ منهم» انه جملة مستأنفة، تشمل اخذ اموالهم باي وجه كان.

الثالث: ما سيأتي من دلالة الأدلة، على انهم غير مالكيين لما في ايديهم.

قوله:

«وكذا ما به صلاح العامر، كالطريق
والشرب والقناة ويستوي في ذلك ما كان
من بلاد الاسلام وما كان من بلاد الشرك».

هنا امران:

الاول: تبعية ما به صلاح العامر له في الملكية وعدم جواز التصرف فيه. وذلك واضح، فان طريق الملك العامر ملك لصاحبه. ونحوه القناة والشرب وهو بالكسري يطلق تارة على النصيب من الماء المملوك واخرى على نفس النهر الذي هو المجرى وهو المراد هنا. وثالثة على الورد اعني محل ورود الانسان او المواشي الى النهر للشرب.

ثم ان كلاً من الملك العامر وما به صلاحه ان كان لواحد فهو والآ اشتركوا فيه والكلام هنا مسوق لبيان تبعية ما به الصّلاح للعامر من غير نظر الى الاختصاص والاشترك.

الثاني: قوله ويستوي في ذلك الى قوله بلاد الشرك ظاهر الكلام تعلقه بقوله: «لا يجوز التصرف فيه الا باذنه» لكن فيه اشكال فان الظاهر جواز التصرف فيما بايدي اهل الشرك بغير اذن منهم كما عرفت الكلام في ذلك، وان لم يكن بعنوان الغزو والغلبة قال في «المسالك» ما خلاصته: «لا اشكال في كون المعمور من الارض ملكا لمالكه مسلماً كان ام كافراً، مباح المال كالحربي، ام لا كالذمي. لأن اصل الملك لاينا في جواز اخذه منه قهراً بل يجامعه... لان هذا حكم طار، على كونها ملكا للكفار بل يترتب عليه. لكن قول المصنف لا يجوز التصرف فيه، الا باذنه لا يتم على اطلاقه، لان ما كان منها في بلاد الشرك يجوز التصرف فيه بغير اذن مالكة في الجملة. وكان الاولى ترك ذلك والتقيد بكونه ملكاً لمسلم او مسلم»^١. اى كان الاولى ان يقول: «ويستوي في ذلك ما كان لمسلم او مسلم».

قوله:

«غير ان ما كان من بلاد الاسلام لا يغنم وما
في بلاد الشرك يملك بالغلبة عليه»

اي لا يغنم ما للمسلمين من الاراضي والاموال، وان كانوا من الفرق

المحكوم بكفرهم وهم فرق ثلاث:

الحريّون حقيقة: وهم غير اهل الكتاب من الكفار.
والحريّون حكما: وهم اهل الكتاب منهم غير الملتزمين بالذمة، او غير
المعاهدين.

والمتحلون بالاسلام: المحكوم بكفرهم كالنواصب والغلاة والخوارج.
ثم انه لا اشكال في ان غلبة المسلمين على المشركين، يترتب عليها بالنسبة الى
اموال المشركين وانفسهم احكام. لان هنا امورا اربعة:

١. المنقول من اموال المشركين.

٢. والارضون العامرة وسائر ما لا ينقل من الأموال.

٣. والارضون الموات.

٤. واسرى المشركين ونسائهم وذرارهم.

فالاول والاخير: غنيمة يملكها الجيش الفاتح بشروط خاصة. والثاني يملكه
جميع المسلمين. والثالث: ملك للامام، والاحكام المتعلقة بها مذكورة في باب الجهاد.
واما المسلمون المحكوم بكفرهم: فالحروب التي وقعت في زمان امير
المؤمنين — ع — كانت كلها مع الخوارج، من القاسطين والناكثين والمارقين. اما
القاسطون فلم يحصل الغلبة عليهم، واما غيرهم فلم يعهد من الامام — ع — اخذ
الارضين، بل ولا غيرها من اموالهم، فضلا عن سبي نسائهم وذرارهم. قال في
الشرايع في حق البغاة على الامام — ع —: «لا يجوز تملك شئ من اموالهم التي لم
يجوها العسكر سواء كانت مما ينقل كالثياب والآلات او لا ينقل كالعقارات،
لتحقق الاسلام المقتضي لحقن الدّم والمال. وهل يؤخذ ما حواه العسكر مما ينقل
ويحول، قيل لا لما ذكرناه من العلة وقيل نعم عملاً بسيرة علي — ع — وهو الاظهر». وفي
«المسالك» ان هذا موضع وفاق، وقد ادعى الاجماع على ذلك جماعة من
الاصحاب، حتى «الشهيد» في «الدروس» ومنه يستفاد تحريم اموال سائر فرق
الاسلام، وان حكم بكفرهم مضافا الى ما دل عليه الكتاب والسنة فالحق التفصيل
في الاحكام المتعلقة بهم. اما قتلهم فالظاهر جواز قتل البغاة في الحرب وغيره، اذا كان
لهم مرجع قصدوا الالتجاء اليه لا ثارة نائرة الحرب او تجديد القوى في ادامتها،
للإفساد في الارض، وللنصوص الكثيرة.

وأما تملك نسايتهم وسبي ذرارهم واخذ الاموال التي لم يحوها العسكر منهم، فقتضى الاصل علام جواز ذلك. كما انه مقتضى سيرة علي - ع - في الناكثين والمارقين ويشهد له ايضاً، اطلاق ما دلّ من النصوص، على ان الاسلام سبب لترتب احكامه على من صدق عليه اسمه واقر بالشهادتين، اما الاموال التي حواها العسكر منهم ففيها اختلاف بين الاصحاب وكل من مثبت الجواز ونافيه تمسك في دعواه، بما وقع في محاربة علي - ع - مع اهل البصرة. حيث انه - ع - امر برد كل ما حواه عسكره عن جند المرّة من اهل البصرة وغيرهم. فالمجوز يقول انه لولا الجواز لما حواه العسكر اولاً مع انهم كانوا مؤتمرين بامرهم متعبدين بالشرع فلا مسرح لحمل افعالهم على الحرمة او الجهل. والمحرم يقول: لولا الحرمة لما امر بالاعادة.

لكن الظاهر الجواز وان الامر بالاعادة كان لمصلحة راعاها علي - ع - بالنسبة الى شيعته. ففعل ذلك صوتاهم عن القتل والسبي وغارة الاموال كما علمت حكمة فعله - ع - في مستقبل الازمنة وتفصيل المسألة في باب الجهاد.

قوله:

«واما الموات فهو الذي لا ينتفع به لعطلته.
اما لا نقطاع الماء عنه او لاستيلاء الماء عليه،
او لاستيغامه او غير ذلك من موانع الانتفاع
فهو للامام عليه السلام»

هيئنا امور:

الاول: ما هو الموات عرفاً ولغة.

الثاني: لمن هو الموات شرعاً ومن هو مالكة بالأصالة.

الثالث: هل الاذن الصادر في التصرف فيه تعم جميع الناس او تشمل

بعضهم.

الرابع: هل الاذن تختص بزمان الحضور، ويسقط اشتراطها في زمان الغيبة،

لعدم امكانها او تعم زمان الغيبة ايضاً.

اما الاول: فالموات بالضم والفتح ويقرب منه الميتة والموتان بالتحريك في

العرف واللغة عبارة عن الارض الميتة التي لامالك لها. وان كان في ذلك اختلاف في الجملة بين اللغويين. ولعله من ذلك نشأ الاختلاف في معناه بين الفقهاء (ره) ايضاً. فعن «الصحاح» و «المصباح» و «القاموس» انه الارض التي لامالك لها ولا ينتفع بها احد. وعن «المصباح» ايضاً انه الارض التي لم يجز عليها احياء. وفي «التذكرة» (الموات كل منفك عن الاختصاص وعنها ايضاً انه الارض الخربة الدارسة التي باد اهلها واندرس رسمها). وعن «المبسوط» انه الذي لم يجز عليه ملك مسلم. وعن «النافع» و «جامع الشرائع» و «التحريم» و «الدروس» و «اللمعة» و «المسالك» و «الروضة» و «الكفاية» نظير ما في المتن.

وقال «الفاضل الهمداني» في بحث الانفال في ذيل قول المصنف (والارضون الموات) بعد نقل تعاريف القوم ما ملحضه: (هي كل ارض معطلة غير ممكن الانتفاع بها الابعمارتها واصلاحها). اي يتوقف اعدادها واصلاحها الى ايجاد شرط. او رفع موانع او كليهما وهذا الاعداد هو الذي يسمّى بالاحياء. ولا فرق فيه بين المفاوز والاجام وقلل الجبال وبطون الاودية ولا بين سبق ملك انسان عليه وزواله، وبين عدمه. والظاهر ان مقصود الجميع واحد او متقارب واختلاف التعابير سعة وضيقاً غير مضر لانها من قبيل شرح الاسم فالاولى الرجوع الى العرف، وان كان قد يوجد مصداق مشكوك له عندهم ايضاً. كما في اغلب المفاهيم العرفية قال في «التذكرة» بعد ذكر معنى الموات في اللغة: (ومن عادة الشرع في مثل ذلك، ردّ الناس الى المعهود عندهم المتعارف بينهم كالقبض. فانه ورد في الشرع مطلقاً ولم ينص له على معنى فيرجع الفقهاء فيه الى الاستعمال المتداول بين الناس. وكذا الحرز ونظائره كثيرة)^١. وقال في «جامع المقاصد»: (والذي ينساق اليه النظر ان موت الارض معنى عرفي، يرجع فيه الى اهل العرف كما ان الاحياء امر عرفي على الأصح)^٢.

واما الامر الثاني: فالظاهر بل المقطوع به عند الاصحاب ان الموات للامام — ع — بمعنى كونه ملكاله، بعنوان رئاسته العامة على نحو كون العنوان حيثية

١. «التذكرة»، ج ٢، ص ٣٩٩.

٢. «جامع المقاصد»، ج ٢، ص ٤٠٨.

تقييدية للموضوع، لا بعنوان شخصه المقدس. ولو بنحو اخذ الامامة حيثية تعليلية للحكم ولذا لا يرثه بعده الا الامام المعنون بذلك العنوان دون وراثته. وهذا بخلاف امواله الشخصية في خبر ابي علي بن راشد قال: «قلت لابي الحسن الثالث: انا توتي بالشئي فيقال: كان هذا لابي جعفر عندنا. فكيف نضع فقال: ما كان لابي بسبب الامامة فهوي وما كان غير ذلك فهو ميراث على كتاب الله وسنة نبيه»^١.

والظاهر ان الحكم مما لا خلاف فيه، ويدل عليه:

اولاً: الاجماع المدعى من عدة من القدماء، في «الخلافة»: «الارضون العامرة في بلاد الاسلام التي لا يعرف لها صاحب معين للامام خاصة». وقال ابو حنيفة: «انها تملك بالاحياء اذا اذن الامام في ذلك». وقال الشافعي: «لا تملك، دليلنا اجماع الفرقة على ان تكون الارض الموات للامام خاصة، وانها من جملة الانفال»^٢. وفي «المبسوط»: «والارضون الموات عندنا للامام خاصة لا يملكها احد بالاحياء الا ان يأذن له الامام»^٣. وقال في «الغنية»: «والارضون الموات للامام خاصة دون غيره وله التصرف فيها بما يراه من بيع او هبة... ودليل ذلك كله اجماع المتكرر وفيه الحجة»^٤. وفي «القواعد»: «وهو للامام خاصة لا يملكه احد وان احياء ما لم يأذن له الامام». قال في «جامع المقاصد»: «باجماعنا». وفي «المسالك» في شرح عبارة المتن: وكون الارض الموات مطلقا للامام عندنا موضع وفاق، لقوله — ص —: «ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه».

وثانياً: الآية الشريفة لكون الموات من الانفال، قال الله تعالى: «يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم واطيعوا الله ورسوله ان كنتم مؤمنين»^٥. الانفال جمع نفل بالتحريك وهو الزيادة. يقال: نفلتك مائة بعد الالف اي اعطيتكها زيادة عليه وقد اختلف المفسرون في المراد بها، فقيل: غنائم بدر، وقيل: انفال السرايا، وقيل: سلب الرجل يقتل في الحرب؛ ومقتضى معناها اللغوي بقائها

١. «وسائل الشيعة»، ج ٦، ابواب الانفال، ب ٢، ح ٦.

٢. المسألة الاولى من كتاب احياء الموات.

٣. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٧٠.

٤. «الغنية» او اخر كتاب الجهاد.

٥. سورة الانفال، الآية: ١.

على العموم وشمولها لكل ما يصدق عليه عنوان النفل فتشمل الغنائم لحصولها للعسكر المقاتل، زيادة على مقصودهم الذي هو الغلبة على العدو. وتشمل ايضاً ما ورد في نصوص باب الانفال من الاراضي الموات والتي انجلى عنها اهلها، والتي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب وصفايا الملوك وغيرها مما سيأتي ذكره.

نعم، يمكن ان يدعى ان ظاهر الآية اختصاصها بالغنائم لولم نقل: بالاختصاص بغنائم بدر، فان قوله تعالى: «فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم»^١ مع ملاحظة ورود الآية او السورة جميعاً في وقعة بدر. وبُعديها يدل على وقوع المشاجرة بين اصحاب النبي - ص - في تلك الغنائم، فلعله كان يدعيها كل من المهاجرين والانصار او الشباب المبادرين للقتال والشيخوخ الباقيين مع النبي - ص -، المحافظين له، فنزعها الله منهم وجعلها لنفسه ولرسوله - ص - وامرهم بالتقوى واصلاح ذات بينهم الا ان الظاهر ان ورود الآية في مورد خاص، لا يستلزم اختصاص مفهومها بذلك المورد فلا مانع من القول بالعموم في معناها.

ثم انه ما هي النسبة بين موضوعي الحكيمين في آية الانفال وانه الخمس وهي قوله تعالى: «واعلموا انما غنمتم من شيء فان الله خمسه وللرسول ولذو القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ان كنتم آمنتم بالله وما انزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان»^٢. فهل هي التساوي بمعنى كون المراد من الانفال في آية الانفال هو الغنيمة بعينها في آية الغنيمة، فتكون الايتان متعارضتين لتنا في كونها لله والرسول فقط مع كونها للطوائف الست كما هو مقتضى آية الغنيمة.

او هي العموم المطلق بلحاظ ان الانفال عامة تشتمل: الغنيمة الحربية، والارض الموات وغيرها. والغنيمة الماخوذة في آيتها خاصة بالغنائم الحربية، او هي العموم من وجه، لشمول الغنيمة في آيتها لغير الغنائم الحربية ايضاً من الامور الست المذكورة في كتاب الخمس. فبين العنوانين عموم من وجه.

او هي التباين بمعنى كون المراد بالانفال عناوين خاصة لا ينطبق واحد منها على العناوين الماخوذة في الغنيمة. وجوه: اظهرها بملاحظة النصوص الواردة في المقام.

١. سورة الانفال، الآية: ١.

٢. سورة الانفال، الآية: ٤١.

وما ذكره الاصحاب هو الثالث، وذلك لأنهم قد ذكروا للانفال مصاديق كثيرة. فعدّوا في جملتها المعادن الظاهرة والباطنة، التي ليس لها مالك خاص، وقد عدّوها من مصاديق ما يجب فيه الخمس ايضاً. فهي مما تنطبق عليها آيتا الانفال والغنيمة، فيتعارضان فيها وحينئذ فالجمع بينهما يكون باحد وجهين:

الأول: انه وان كانت النسبة بين المفهومين عموماً من وجه كما مرّ. إلا ان مفاد الآيتين بالنسبة الى مورد التعارض هو، ان المعادن للامام. وان المعادن خمسها للامام، وهما من قبيل الظاهر والاظهر سواء فرضناهما من اقسام الاطلاق والتقييد او غيرهما. وبعبارة اخرى كما ان لكلمة الانفال عموماً افرادياً بالنسبة الى مصاديق النفل، فلها ايضاً ظهور في كون المملوك للرسول مجموع كل واحد من المصاديق لابعض منه، بعنوان الكسر المشاع او غيره. وعلى هذا فاللازم حمل آية الانفال على كون المراد بها ايضاً في مورد التصديق هو الخمس.

ويرد على هذا الوجه ان من المقرر في الاصول، هو ان الجمع الدلالي بين الادلة في جميع موارد الظاهر والاظهر، كالعام والخاص، والمطلق والمقيّد، والحاكم والمحكوم وغيرها؛ كاشف عن الارادة الجدّية. وانها في مقام الثبوت لم تتعلق إلا بالظاهر دون الظاهر مثلاً ومقتضاه في المقام، عدم كون الاربعة الاخماس من المعادن ملكاً للرسول او الامام من اول الأمر. ولازم ذلك كون المقدار المذكور غير مملوك لاحد قبل حيازة الغانم له. وهذا يخالف النصوص والفتاوى كما ستعرف.

الثاني: القول بكون المعادن كلها للرسول قبل ان يحوزه احدكم كما هو ظاهر في آية الانفال وكون المراد بآية الخمس، لزوم ايصال خمسها اليه وجواز التصرف في الاربعة الاخماس. والامر بايصال البعض لآيتنا في كون الكل مملوكاً له، فآية الغنيمة بالقياس الى آية الانفال نظير قوله — ص — : «من احيا ارضاً ميتة فهي له» بالقياس الى مادّة على أنّ الموات كله للامام.

وعلى اي تقدير فآية الانفال تدلّ على المطلوب. اعني كون الموات للامام — ع — لعموم كلمة الانفال، مضافاً الى ما ورد في تفسيرها بذلك كما سيأتي. وثالثاً: النصوص، قال في «التذكرة»: «روى العامة عن سعيد بن زيد ان النبي — ص — قال: «من احيا ارضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»». قال الترمذي: انه حديث حسن ورواه مالك في موطاه، وابوداود في سننه، وقال ابن عبد البر: انه

سند صحيح ويلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم. وعن عائشة، قال رسول الله — ص —: «من احيا ارضا ليست لاحد فهو احق بها». وعن سمرة: «ان رسول الله — ص — قال: «من احاط حائطاً على ارض فهي له». وعن سمرة: «ان النبي — ص — قال: «عادي الارض لله و لرسوله ثم هي لكم متي ايها المسلمون». يريد بذلك ديار عاد وقوم ثمود، وروي انه — ص — قال: «موتان الارض لله و لرسوله ثم هي لكم متي». واما من طريق اصحابنا فهي مستفيضة او متواترة تدل على ان الارضين الموات كلها للامام — ع —. وهي طائفتان:

الاولى: ما دل على ان الارض كلها او الارض وما فيها جميعاً للامام — ع —.

الثانية: ما دل على ان خصوص الارضين الغامرة للامام — ع —.

اما الطائفة الاولى: فعدة نصوص:

منها: صحيح ابي خالد الكابلي عن ابي جعفر — ع — قال: «وجدنا في كتاب علي — ع — ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين انا واهل بيتي الذين اورثنا الله الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا»^١.

ومنها: صحيح مسمع وقد حمل خمس ماله الى ابي عبد الله — ع — فقال: «أو مالنا من الارض وما اخرج الله منها إلا الخمس يا أبا سيار ان الارض كلها لنا فما اخرج الله منها من شيء فهو لنا»^٢.

ومنها: خبر محمد بن الريان، قال: كتبت الى العسكري — ع —: «جعلت فداك، روي لنا ان ليس لرسول الله من الدنيا الا الخمس، فجاء الجواب: ان الدنيا وما عليها لرسول الله — ص —»^٣.

ومنها: خبر جابر عن ابي جعفر — ع — قال: «قال رسول الله — ص —: خلق الله آدم واقطعه الدنيا قطيعة فما كان لآدم فلرسول الله وما كان لرسول الله فهو للائمة من

١. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ٣، ح ٢. و«الكافي»، ج ١، ب ان الارض كلها للامام.

٢. «الكافي»، ج ١، ب ان الارض كلها للامام، ح ٣.

٣. ذلك المدرك، ح ٦.

آل محمد»^١.

ومنها: صحيح حفص البخري عن ابي عبدالله — ع — قال: «ان جبرئيل كرى برجله خمسة انهار ولسان الماء يتبعه: الفرات ودجلة ونيل مصر ومهران ونهر بلخ فما سقت اوسقي منها فللامام والبحر المطيف بالدنيا للامام»^٢ وغير ذلك من نصوص الباب. واما الطائفة الثانية: فنصوص كثيرة واردا في باب الانفال من الوسائل وغيرها. وحيث انها في مقام عد الانفال مطلقا. وهي اعم من مورد البحث ننقل منها ما يرتبط بالمقام مما هو صريح فيه او ظاهر.

فمنها: صحيح حفص بن البخري عن ابي عبدالله — ع —، في حديث الانفال: «وكل ارض خربة وبطون الاودية فهو لرسول الله وهو للامام من بعده يضعه حيث يشاء»^٣.

ومنها: مرسل حماد عن العبد الصالح: «والانفال كل ارض خربة باد اهلها... وله رؤس الجبال وبطون الاودية والاجام وكل ارض ميمة لاربت لها»^٤.

ومنها: صحيح محمد بن مسلم عن ابي عبدالله — ع — في الانفال: «وما كان من ارض خربة او بطون اودية فهذا كله من الفيء اه»^٥.

ومنها: موثق اسحاق بن عمار، قال: «سألت ابا عبدالله — ع — عن الانفال فقال هي القرى التي قد خربت وانجلي اهلها فهي لله وللرسول... وما كان من الارض بخربة، فلم يوجف عليه بخيل ولا ركاب وكل ارض لاربت لها والمعادن منها»^٦.

فمنها: وفي النبوي — ص —: «موتان الارض لله ورسوله، من احيا اشياء منه فهو له» وعنه — ص —: «عادي الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني»^٧ وغيرها مما هو كثير.

١. «الكافي»، ج ١، ب ان الارض كلها للامام، ح ٧.

٢. ذلك المدرك، ح ٨.

٣. «وسائل الشيعة»، ج ٦، ابواب الانفال، ب ١، ح ١.

٤. ذلك المدرك، ح ٤.

٥. ذلك المدرك، ح ١٠.

٦. «وسائل الشيعة»، ج ٦، ابواب الانفال، ب ١، ح ٢٠.

٧. «المستدرک»، احياء الموات، نقلاً عن العوالي.

وهيها ابجاث:

الاول: انه يستفاد من هذه النصوص وغيرها بالنسبة الى ما يملكه الامام من الموات، عدة عناوين كعنوان: ١. كل ارض خربة. ٢. وكل ارض خربة باد اهلها. ٣. وكل ارض لاربت لها. ٤. وكل ارض ميتة لاربت لها. ٥. وكل ارض هلك اهلها، وموتان الارض وعادي الارض، وبطون الاودية ورؤس الجبال والآجام. ولعل الفقهاء قد انتزعوا تعاريفهم الماضية للموات من هذه العناوين. فاستفادوا منها انها في مقام بيان الموات وانها للامام فبين المقصود فيها بعبارات مختلفة بعضها عام وبعضها خاص.

الثاني: ان الاراضي التي باد اهلها وهلكوا بالحوادث والزلازل مع بقائها عامرة قابلة للانتفاع، ملك للامام — ع — اول غيره اشكال اظهره انها للامام — ع —، وان لم يصدق عليها عنوان الميتة، ولم يشملها تعاريف الاصحاب لكونهم بصدد بيان الموات وذلك لشمول بعض نصوص الباب لها، كقوله: «كل ارض لا ربت لها او كل ارض هلك اهلها فهي للامام» وتوهم لزوم تقييد اطلاق العناوين بما في بعضها الآخر من قوله: «وكل ارض ميتة لا ربت لها» وقوله: «وكل ارض خربة باد اهلها» وغير ظاهر لان القيد وارد مورد الغالب كقوله تعالى: «وربائبكم اللاتي في حجوركم»^١. اذ الغالب كون الارض التي لا ربت لها، او باد اهلها ميتة خربة بل الفرض المذكور في غاية الندرة. ودعوى ان ندرة الفرض سبب لانصراف المطلقات عنه مدفوعة، بان ندرة الوجود لا تضرب بالاطلاق.

نعم، يدخل المثال في عنوان ارث من لا وارث له، فيكون للامام من هذه الجهة ايضاً. وان فرض عدم شمول العناوين المذكورة له، وتظهر ثمرة الوجهين في مصرف ذلك المال قال الظاهر ان لتركته من لا وارث له مصرفاً معيناً.

الثالث: انه لو فرض وجود ارض بلا مالك مستعدة للانتفاع، قابلة له بالفعل لوجود شرائطه من ماء وغيره، وفقد موانعه من احجار مانعة ومياه مستوعبة، ففي شمول تعريف الموات لها. ثم في كونها ملكا للامام وجهان: اظهرهما عدم شمول التعاريف، وكونها ملكا للامام.

اما الأول: فانه قد عرفت ان ظاهرهم في تعريفه هو عدم امكان الانتفاع به الآ بعمارة واصلاح. كما ان مقتضى ما ارتكز في الأذهان من كون الموات محتاجا الى الاحياء، ذلك ايضاً فهي ليست بموات عرفاً بل وهذه هي التي ينبغي ان تسمى عامرة بالاصالة او محياة بالأصالة.

واما الثاني: فلشمول قوله: «كل ارض لا رب لها» للامام لهذه الصورة. كما ان الاخبار المستفيضة من الطائفة الاولى ايضاً، مؤيده وتوهم لزوم تقيد المطلق المزبور بما يقابله من المقيدات قد عرفت بطلانه.

الرابع: قد عرفت ان اخبار الباب طائفتان مفاد الأولى، كون موات الارض ملكا للامام عامرها بالاصالة و عامرها بل ظاهرها كون جميعها له حتى ماهي محياة للناس كائنة فعلا تحت ايديهم بل مقتضاها كون غير الارض ايضاً ملكا له مما هو فيها وعليها. سواء حازه احدام لم يجزه. فهينا امران: مالكية الامام لما بايدي الناس من الارضين. كما انه مالك للموات منها، ومالكيتها لما بايديهم من غيرها. مما هو خارج عن اسمها. والمقصود الأهم المتناسب لوضع الكتاب هو البحث عن الاول. ولعلنا نتكلم في الثاني ايضاً اجمالاً فيما يأتي انشاء الله، وان كان بعض ادلة المقام يشمله.

فنعول: يظهر من صاحب الجواهر(قده) عدم قول احد من علمائنا بمفاد تلك النصوص من العموم وهو كون الامام مالكا لما بايدي الناس من الارضين، سوى ابن عمير من اصحاب الكاظم — ع —، بل ادعى بدهة بطلان هذا القول ومنافاته للضرورة. قال في مقام تقريب احتمال ملكية الامام: «بل عن السندي بن الربيع، عن ابن ابي عمير حمل هذه الاخبار على ظاهرها لا باطنها، قال: انه اي ابن ابي عمير لم يكن يعدل بهشام ابن الحكم شيئاً، وكان لا يُعْب اتيانه ثم انقطع عنه وخالفه وكان سبب ذلك ان ابا مالك الحضرمي كان احد رجال هشام وقع بينه وبين ابن ابي عمير ملاحاة في شيء من الامامة، قال ابن ابي عمير: الدنيا كلها للامام على جهة الملك وانه اولى بها من الذين هي في ايديهم قال ابو مالك: ليس كذلك املاك الناس لهم الا ما حكم الله به للامام من النبي والخمس والمغنم فذلك له. وذلك ايضاً قديين الله للامام اين يضعه؟ وكيف يصنع به؟ فراضيا بهشام بن الحكم، وصارا اليه فحكم هشام لابني مالك على ابن ابي عمير، فغضب ابن ابي عمير وهجر هشاماً بعد

ذلك»^١. ثم قال: «مع احتمال عدم ارادته اي ابن ابي عمير ما عساه ينساق الى الذهن من المحكي من كلامه، مما ينافي ضرورية الحكم المذكور وبداهته وان ساعده ظاهر الاخبار السابقة المقطوع بعدم ارادته منها وان كان شرح ذلك باظهار باطنها وباطن ظاهرها محتاجا الى اطناب لا يسعه المقام»^٢.

هذا ولكن يشكل ما ادعاه (قده) من ضرورة بطلان القول بملكية الامام على الوجه المذكور. وبداهة عدم ملكيته، قال «المحقق الهمداني» (ره): في اول «كتاب الخمس» بعد نقل الطائفة الاولى من النصوص: «وربما يؤيده قوله — ص — في خطبة الغدير: «الست اولى بكم من انفسكم» واعتراف المخاطبين به. ثم اثباته لعلّي-ع- فان كونه اولى بهم من انفسهم، يستلزم كونه احق منهم بالتصرف في اموالهم. ولا نعني بالملكية الا هذا ولكن قد يقال: بعدم امكان الالتزام بهذا الظاهر، فانه كاد ان يكون مخالفا للضرورة. ولم ينقل عن احد من الاصحاب: التعبد بهذا الظاهر عدا ابن ابي عمير فيما حكاه عنه السندي بن الربيع» ثم قال (ره): «ولكنك خير بان الملكية التي قصدت بهذه الروايات ليست ملكيته منافية لملكية سائر الناس لما جعل الله لهم كسبهم من الخمس بل ملكيته من سنخ ملكية الله تعالى لما في ايديهم».

«فقضية التعبد بظاهر هذه الروايات هو الالتزام بان حال سائر الناس بالنسبة الى ما بايديهم من اموالهم بالمقايسة الى النبي — ص — واوصيائه — ع —، حال العبد الذي وهبه مولاه شيئاً من امواله، وخصه في ان يتصرف فيه كيف يشاء. فذلك الشيء يكون ملكا للعبد حقيقة بناء على ان العبد يملك، ولكن لا على وجه ينقطع علاقته عن السيد. فان مال العبد لا يزيد عن رقبته، فهو مع ماله من المال ملك لسيدته. ومتى شاء سيده ان ينتزع منه ماله جازله ذلك. فيصح اضافة المال الى سيده ايضاً، بل سيده احق به من نفسه. واولى باضافة المال اليه».

«فن الجائر ان يكون ما في ايدي الناس بالاضافة الى ساداتهم كذلك. فان الدنيا وما فيها اهون على الله ان يجعلها ملكا لاوليائه. ولا يمكن استكشاف عدمه من اجماع او ضرورة، فان غاية ما يمكن معرفته بمثل هذه الادلة هي ان الائمة كانوا

١. «الكافي»، ج ١، آخر باب ان الارض كلها للامام.

٢. «جواهر»، ج ١٦، ص ٤؛ «الكافي»، ج ١، باب ان الارض كلها للامام.

ملتزمين في مقام العمل بالتجنب عمّا في ايدي الناس وعدم استباحة شيء منها، الا بشيء من الاسباب الظاهريّة المقرّرة في الشريعة. وهذا لا يدل على انه لم يكن لهم في الواقع الآ هذا. فلا مانع عن التعبد بظواهر النصوص المزبورة المعتصدة بغيرها من المؤيدات العقلية والنقلية. نعم لو كان مفادها الملكية غير المجامعة للملكية سائر الناس كحصتهم من الخمس لكانت مصادمة للضرورة اه».

اقول: الذي تمسك به القائلون بعدم ملكية الامام في ايدي الناس من الارضين، على ما يظهر من كلماتهم او يمكن ان يتمسك به امور:

الاول: انه لا اشكال في استمرار سيرة المسلمين والمشرعين من زماننا هذا الى زمان المعصومين على تصرفهم فيما بايديهم من الارضين وغيرها، بجميع التصرفات التي منها ما يتوقف على الملكية. وانه لم يرد منهم ردع لعملهم لولم ندع ورود النصوص على امضائه. ومقتضى ذلك ملكيتهم لما بايديهم وعدم ملكية غيرهم والا لكان الناس مأمورين بالاستيذان منهم. وكان ذلك محكوما بالبطلان بدون ذلك وقد يقال: بان ذلك مقتضى قاعدة اليد ايضاً. اذ لا اشكال في كون الاموال التي تحت ايديهم ومورد استيلائهم وسلطنتهم محكومة بالملكية لهم بقاعدة اليد فهي لهم وليست لغيرهم.

الثاني: دلالة آيات الكتاب الكريم على ملكية الناس لما بايديهم من الارضين وغيرها تصريحاً في موارد وتلويحاً في اخرى. بحيث يظهر من الجميع، كون الناس مالكين له بالاستقلال:

كقوله تعالى: «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل»^١، «ياكلون اموال اليتامى ظلماً»^٢، «لا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم»^٣، «فلكم رؤس اموالكم»^٤، «جاهدوا باموالكم»^٥، «ينفقون اموالهم»^٦، «للرجال نصيب مما ترك

١. سورة البقرة، الآية: ١٨٨.

٢. سورة النساء، الآية: ١٠.

٣. سورة النساء، الآية: ٥.

٤. سورة البقرة، الآية: ٢٧٩.

٥. سورة التوبة، الآية: ٤١.

٦. سورة البقرة، الآية: ٢٦١.

الوالدان والاقربون وللنساء نصيب»^١، و«واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة»^٢ الى غير ذلك مما مرّ عدة منها. واما الروايات: فلا تحصى كثرة على اختلاف دلالتها على المطلوب مطابقة وتضمنا والتزاما.

الثالث: التزام النبي - ص - والائمة عليهم السلام في معاشرتهم مع الناس، بالاحتراز عن التصرف في اموالهم، فضلا عن اراضيهم بغير اذنهم. بحيث يظهر من احوالهم انهم يرون الاموال ملكا لاربابها ولا يرونها لانفسهم. والتزامهم بعدم استباحة شيء منها الا بالاسباب الشرعية كالشراء والتهاب والتوارث ونحوها. وعدم تعرضهم ولو احيانا للتصرفات المتلفة او الناقلة الصادرة عن الناس ولو لم يكن ملكا لهم لصدر ذلك منهم ولو في بعض الاحيان.

هذا والانصاف ظهورها في الملكية وتمامية دلالتها عليها بحيث لو لم يكن هنا معارض اقوى دلالة منها لا مسوغ للفقهاء ان يرفع اليد عنها. فاللازم حينئذ ملاحظة ما مضى من النصوص الدالة على كون الجميع للامام. ويمكن الجمع بينها بوجوه: احدها: طرح النصوص الدالة على كون الارض كلها، حتى ما كان بايدي الناس مما احيوه وعمره للامام او الحكم باجمالها وتشابهها او تاويل الملكية الى معنى اخر غير ما هو ظاهرها حتى لا ينافي في ملكية الناس.

ثانيها: حملها على ملكية الامام قبل احياء الناس المخرج لها عن ملكية الامام. فاطلاق المالك على الامام اطلاق على من انقضى عنه المبدء.

ثالثها: حملها على ملكية الامام الشائنية بمعنى انه يملك ان يملك فان مقتضى ولايته على النفوس والاموال تمكنه من سلبها عنهم وتملكها او تملكها لغيره.

رابعها: القول باجتماع مالكين على مملوك واحد ملكية عرضية فهي للامام وللناس في زمان واحد.

خامسها: حمل ما دل على ملكية الناس على الاولوية والاحقيه بمعنى كونها ملكا للامام. واما من هي في يده فهو احق بالتصرف من غيره، ولا يجري بعض هذه الوجوه في عدة من تلك النصوص، كذليل صحيح مسمع وخبريونس ومعلّى مما دل

١. سورة النساء، الآية: ٧.

٢. سورة الأنفال، الآية: ٤١.

على نفي ملكية غير الامام بالاضافة الى غير الشيعة. والظاهر ان الوجه الاول هو المشهور بين الاصحاب واما الوجهان بعده فلا تقبلها ظواهرها اصلاً ولا يبعد دعوى امكان الجمع بينها على النحو الرابع بل والخامس ايضاً بل ستعرف وجود القائل بكل واحد من الوجهين.

ان قلت: مفاد الوجه الرابع اجتماع ملكين في عرض واحد متعلقين بملوك واحد. والذي يظهر من الاصحاب (ره) في اجابتهم الفقهية والاصولية عدم امكان ذلك عند العقل، او عدم امضائه في الشرع فكيف التوفيق.

قلت: مقتضى التأمل في معنى الملكية، هو امكان ذلك بل وقوعه في موارد من الشريعة. وبيان ذلك يتوقف على مقدمات.

الاولى: ان الملكية الشرعية والعرفية ليست من مقولة الجدة الحقيقية، التي هي من الاعراض المتأصلة، ولا من مقولة الاضافة كذلك، ولا من الكيف بمعنى القدرة على التصرف في المال، ولا من الفعل بمعنى كونها نفس التصرف في الاعيان. فان جميع هذه العناوين من الاعراض المتأصلة. والملكية العرفية ليست منها بل هي امر اعتباري اعتبره العقلاء في نظامهم الاجتماعي. وحقيقتها كما سيأتي عبارة عن اعتبار مقولة الجدة او الاضافة. فهي عند العرف والشرع نحو اختصاص وضافة بين المالك والمملوك. او نحو احتواء واحاطة من المالك بالمال متحقق في عالم التصور والاعتبار. مفروض عند العرف والعقلاء مترتب عليه الاثار من ناحية الشرع والعرف.

الثانية: ان منشأ اعتبار الملكية قد يكون عملاً خارجياً كالاحياء والحيازة، وقد يكون انشاء ممن بيده الجعل والانشاء. اما لكونه ذا سلطنة حقيقية واحاطة واقعية كالحالق تعالى المحيط بكل شيء ذاتاً وعلماً وقدرة، او لكونه ممن تحقق له الاعتبار من طريق آخر. وقد يكون غيرهما كالموت والارتداد وليس منشأ انتزاعها الحكم التكليفي المجمعول في موردها، كجواز التصرفات كما ذهب اليه «المحقق الانصاري» (قده)، فان ذلك مخدوش بما ذكره في الكفاية وغيرها. اذ لا شبهة في صحة انتزاعها بمجرد الانشاء والعقد، ممن بيده الاختيار. مع انه لم يقصد الا انشاء الملكية دون الاباحة والحلية. ولو فرض حصول الجواز مع قصد الملكية. كان من قبيل عدم وقوع ما قصد، ووقوع ما لم يقصد. مع ان الملكية وجواز التصرف يختلفان مورداً.

فقد يتحقق الملكية دون الجواز وقد ينعكس الامر كما سيأتي.
الثالث: ان الاثار المترتبة على الملكية كثيرة، منها حلية التصرفات الانتفاعية للمالك كسكنى الدار ولبس الثوب. والتصرفات النقلية كالبيع والهبة والتصرفات الاتلافية كأكل الثمرة واحراق الشجرة. ولا يلزم ترتب جميع الاثار عليها اينما تحققت، اذ قد يتفق ترتب الجميع وقد يترتب البعض.

الاترى انهم يعتبرون ملكية العين الموقوفة في الوقف الخاص لكل من البطون المتعاقبة مع انه لا يترتب عليها الا جواز التصرفات الانتفاعية دون الاتلافية والنقلية. ويعتبرن ملكية العين المرهونة للراهن. فيترتب عليها جواز التصرفات النقلية دون الاتلافية والانتفاعية.

ويعتبرون ملكية العين المستأجرة للمؤجر فيجوز البيع والهبة ونحوهما ولا يجوز الأتلاف والانتفاع المنافي لحق المستأجر.

ويعتبرون الملك للمريض فيما زاد عن ثلث ماله. مع عدم جواز بعض التصرفات النقلية او الاتلافية بناء على المشهور.

ويعتبرون الملكية للمفلس والصغير والمجنون مع كونهم محجورين عن جميع التصرفات.

الرابعة: ان اجتماع المالكين بالنسبة الى المملوك الواحد يتصور على وجهين

وهما:

الاول: اجتماع المالكين الفعليين لكلا المالكين.

والثاني: اجتماع الملك الفعلي لاحدهما والشأني للآخر، بمعنى سلطنة

صاحب الملك الشأني على ازالة الفعلي وتملك المال فهو مالك لان يملك.

اما الأول: فيترتب عليه انه اذا تصرف احدهما في ملكه بالتصرف غير

المتلف، والناقل، كسكنى الدار ولبس الثوب فلا اشكال ولو تصرف بالاتلاف.

فكما تزول ملكيته بانعدام موضوعها تزول ملكية الآخر ايضاً لذلك. ولا يرد

اشكال.

ولو تصرف احدهما بالنقل كالبيع والهبة ونحوهما، فقتضى سلطنة الآخر

جواز فسخه للعقد الناقل، فيرجع المال الى المالكين. وهذا الفسخ ليس لان قياس

هذا البيع الى غير من صدر منه قياس البيع الفضوي الى المالك ليكون التزلزل حدودياً

بل هو بالنسبة اليه نظير البيع الخياري. فان مقتضى مالكيّة البائع صحة البيع وحدث النقل والانتقال ومقتضى مالكيّة الآخر تسلّطه على فسخه وابطاله. وعلى هذا فلو امضاه كان الثمن مملوكا للبائع فقط.

واما الثاني: فحال المالك الشأني في هذا الفرض حال الواهب في الهبة الجائزة، وحال من له الخيار في البيع الخياري. وعليه فلو تصرف المالك بالفعل بالاتلاف والنقل، فكما تزول الملكية الفعلية عنه تزول الشأنيّة من الآخر ايضا. والظاهر ان مراد الاصحاب من ملكيّة المولى والعبد ليس هذا المعنى، بل المعنى الأوّل. وهو المقصود اثباته للامام — ع — وللناس بالنسبة الى ما في ايديهم.

اذا عرفت هذا فيمكن ان يقال أولا انه لا مانع عقلا ولا نقلا من اعتبار الملكية بالمعنى اذ عرفت في حق شخصين، او اشخاص بالنسبة الى مملوك واحد اذا تحقّق في حقها شيء من مناشي اعتباره. او اقتضى ذلك دليل معتبر كيف وقد وقع القول بذلك في موارد. وافتي بعض الاصحاب بتحقيق الملكيتين فيها بالاضافة الى مملوك واحد.

فنها: قولهم بتملك العبد لما وهبه المولى، مع قولهم بعدم خروجه عن ملك المولى ايضا، كيف وان العبد وما بيده لمولاه. فقد اعتبر الاختصاص الملكي بنحو اعتبار الجدة او الاضافة لشخصين بالنسبة الى مملوك واحد.

ومنها: ما افتي به عدة منهم، من ان الارض المفتوحة عنوة يملكها الشخص بتبع البناء او الاشجار. ويجوز بيع الجميع فهي مملوكة للمعمر ما دامت العمارة باقية، مع انه لا اشكال في كونها للمسلمين. فهي حال كونها مشغولة بالبناء ونحوه ملك لفرد معين وملك للامة الاسلاميّة.

ومنها: ما ذهب اليه بعض المحققين في حاشيته على مكاسب «المحقق الانصاري» (ره) في العارية قال: ان مراد الاصحاب من قولهم ان العارية تفيد تمليك الانتفاع، انها تسليط على العين في مرتبة حفيفة. فعناها الملكية الضعيفة بترتب بعض الاثار الانتفاعيّة. فهنا ما لكان يترتب على ملك احدهما جميع الآثار، وعلى ملك الآخر بعضها.

وبالجملة: لو فرض قيام الدليل وتماميّة نصوص ملكيّة الامام سنداً ودلالة لا محيص عن اخذها والعمل بها. وهذا احد طرق الجمع بينها وبين ما دل على ملكيّة

الناس. ولعلّه ارجح مما ذهب اليه صاحب «الجواهر» (قده) من تأويل ظاهرها وحملها على معنى باطني لا نعلمه، بل هذا الحمل يساوق الطرح وترك العمل بها رأساً.

وثانياً: انه لو سلّمنا عدم مساعدة العقل والنقل على اجتماع المالكين على النحو المذكور. ولزوم طرح احد المتعارضين او تأويله او تأويل كليهما. فلقائل ان يقول: بالجمع بينها على النحو الخامس وهو ان ملكية ما بأيدي الناس من الارضين انما هي للامام حقيقة. فلم تخرج الارضون من اول الامر وهو حال ما قبل عروض الحياة عليها عن ملك اولياء الله في ارضه وخلفائه المعصومين — ع — الذين جعلهم ولاية الخلق وساسة العباد، باحياء الناس وتصرفهم وتداولها فيما بينهم بالمعاملات والتوارث وغير ذلك. فالمراد بالادلة والنصوص الدالة بظاهاها على ملكية الناس هو سلطنتهم على التصرف وحليته لهم. وان شئت فعبّر عنها بحق الاولوية لا على ملكية العين ولا مانع من الالتزام بترتب جواز التصرفات جميعاً. ونفوذها على الاولوية المذكورة وعلى هذا فالسيرة الجارية بين المشرّعة على ترتيب آثار الملكية لاتنا في هذا القول. واعتقادهم الملكية لا يضر بعد وضوح الامر في الواقع، ولا يرد عليه محذور لا من حيث الفتاوى والنصوص ولا من ناحية الوضع اللغوي في الفاظ بعض التصرفات.

اما الفتاوى: فلذهب عدة من فقهاثنا (رض) الى ترتب ذلك على المقبوض بالبيع المعاطاتي، والهدية المعاطاتيّة. فترى انهم أفتوا بان المعاطاة في البيع لا تفيد الملك، ولكنها تفيد اباحة جميع التصرفات. وكذا في الهدية اذا لم يتحقق فيها الايجاب والقبول ولو من رسول المهديّ.

قال «المحقق الانصاري»: في بحث المعاطاة في بيان القول الرابع من الاقوال الستّ فيها: «وعدم الملك مع اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك. كما هو ظاهر عبائر كثير بل ذكر في «المسالك» ان كل من قال بالاباحة يسوغ جميع التصرفات»^١. وقال ايضاً: «فان هذه الامور لا استبعاد في التزامها اذا اقتضى الاصل عدم الملكية. ولم يساعد عليها دليل معتبر واقتضى الدليل صحّة التصرفات

المذكورة. ومما يشهد على نفي البعد من ارادتهم الاباحة المجردة، انه قد صرح الشيخ في «المبسوط» و«الحلي» في «السرائر» كظاهر العلامة في «القواعد» بعدم حصول الملك باهداء الهدية بدون الايجاب والقبول ولو من الرسول. نعم يفيد ذلك اباحة التصرفات»^١.

واما النصوص: فلان ما تمسكوا به في المقام. نظير قوله: «لابيع الا في ملك»، «ولا عتق الا في ملك». وغيرهما، مما ورد في سائر التصرفات المتوقفة على الملك. فالظاهر ان المراد بها انه لا يبيع الا ممن يملك البيع لا ممن يملك المال. ولا عتق الا ممن يملك العتق لا العبد. وهكذا ويشهد له صحة وقوع البيع والعتق وغيرهما. مما ادعى توقفه على الملك من التصرفات من غير المالك الحقيقي اذا جاز ذلك في حقه بولاية او وصاية او غيرها. كبيع الحاكم لاموال الصدقة والاقواف وبيع الولي اموال الطفل والمجنون ونحو ذلك، ففي المقام ايضاً اذا حملنا ما دل على ملكية الناس لما بأيديهم من الارضين على الاولية والاحقية وجواز تصرفاتهم فيها يكونون ممن له البيع والوقف والهبة ونحوها بمعنى سلطنتهم على انشائها ونفوذها بذلك.

واما: المحذور الوارد من جهة اللغة فهو ما استشكله بعض الاصحاب. منهم «المحقق الانصاري» في مكاسبه من عدم تحقق البيع لغة فيما اذا لم يكن المعوض عيناً. فانه (قده) بعد ما نقل تعريف البيع عن المصباح وانه مبادلة مال بمال، قال: «والظاهر اختصاص المعوض بالعين ولا يشمل ابدال المنافع». ثم قال بعد نقل بعض اقوال الفقهاء في تعريف البيع: «فالاولى تعريفه بانه انشاء تملك عين بمال». وعليه فلا يصدق البيع على المبادلات الصادرة من الناس في نقل الارضين بعنوان البيع. اذ لا تملك للعين فيها، بل هي من قبيل تبديل الحقوق كحق التحجير ونحوه. لكن يرد عليه انه قد اختار للبيع معنى يغاير المعنى اللغوي المذكور في امرين، تغيير المبادلة بالتمليك واشتراط كون المبيع عيناً وكلاهما غير سديد.

اما الاول: فانه ربما يتحقق البيع. وليس فيه تملك كالموارد التالية. الاول: بيع العبد ممن ينعق عليه. فان ملكية الابن لابيّه مثلاً، وكذا سائر العمودين ممنوعة شرعاً. فلا تملك هنا بل نتيجة البيع خروج الاب عن ملك البائع

وانعتاقه. وفرض دخوله في ملك المشتري آنا مالا دليل عليه بل مقتضى اطلاقات الادلة عدم ملكه.

الثاني: بيع العبد من نفسه، فان الانسان لا يملك نفسه بالملكية الاعتبارية ولو آنا. فليس هنا تمليك قطعاً بل نتيجة البيع هنا انعتاق العبد كسابقه.

الثالث: شراء العبد تحت الشدة من الزكاة. فان البائع لا يملكه للمشتري حاكماً كان او من وجبت عليه الزكاة.

الرابع: بيع الدين ممن هو عليه، فلا يدخل المبيع في ملك المشتري ولو آنا بل يسقط في ذمته. ويتحقق المبادلة في هذه المسئلة بخروج المبيع عن ملك البائع، ودخول الثمن في ملكه بدون دخول المبيع في ملك المشتري. ولذا قال «المحقق الخراساني»: ان البيع بتبديل مال بمال.

الخامس: شراء الات المسجد والقنطرة من الزكاة او من غلة العين الموقوفة لتلك الجهات. فالمشتري لا يملك المبيع بل يقع فك ملك، وفي هذين الفرعين يتحقق المبادلة بين المالين فيخرج الزكاة عن ملك الجهة التي هي سبيل الله، ويدخل الات المسجد في محلها. وكذلك تخرج غلة المسجد عن ملكه وتدخل الات في ملكه.

واما الثاني: فلصدق البيع على بيع المنافع والاعمال والحقوق لدى العرف قطعاً، واطلاقه على ذلك في النصوص كثيراً. كما ورد في بيع خدمة العبد والجارية وبيع خدمة العبد المدبر وبيع سكنى الدار وبيع الاراضي الخراجية وبيع المرأة حق مضاجعتها من زوجها وغير ذلك.

قال «الفاضل الايرواني» في حاشية المكاسب في ذيل قول المصنف: «والظاهر اختصاص المعوض بالعين». ما لفظه: «بل المقطوع به خلافه وانه يعم ابدال المنافع». وقال ايضاً: «ان البيع يتعلق بكل ما للشخص سلطنة عليه واستيلاء عينه كان او منفعة او دينا جزئياً كان او كلياً ما لا كان او غير مال كبيع الحر عمله وبيع متعلق حق الاولوية وحق السبق في المساجد والمدارس. فالبيع اعطاء سلطان شخص لآخر بعوض بلسان التبديل بين الاصل والعوض»^١. وهذا يؤيد ما ذكرنا من العموم في البيع في بعض ابعاده.

١. «المكاسب»، وائل حواشي البيع.

وقال «المحقق الاصبهاني» في حاشيتها ايضاً في نفي لزوم عنوان التمليك والتملك في البيع، ما ملحظه: «يختلف اثر البيع بحسب الموارد فآثره تارة ملكية العوضين. كما في غالب افراده. واخرى انقطاع اضافة البايع عن المبيع كما في بيع العبد ممن ينعقد عليه. حيث انه لا يعقل دخوله في ملك المشتري فينعقد، والانعقاد زوال ملكية المالك. وثالثة انقطاعها عنه، مع كونه كلياً غير قابل للدخول في ملك المشتري. فيتحقق السقوط كما في بيع الدين ممن هو عليه. ورابعة: قيام كل من العوضين مقام الآخر فيما له من التعلق والاضافة باحد، او بجهة كالألات المشتراة من غلة العين الموقوفة. فتكون الآلات موقوفة وتكون الغلة مملوكة لملك الآلات. فآثر المعاملة البيعية هي الملكية من الطرفين في المورد القابل».

و خلاصة الكلام: ان الاولى اخذ تعريف المصباح وما يضاويه. والقول: بان البيع عبارة عن انشاء المبادلة بين المالين سواء اكانا عينين ام غيرهما. وسواء اكان المتبايعان مالكين للمال ام لا، كالمبايعة الصادرة من كل من اذن له الشارع فيها. كالحاكم وغيره من الاولياء والاصياء. وعلى هذا فصدق عنوان البيع على المعاملة الواقعة في محل البحث واضح. بل لوتسلمنا احد التصرفين المذكورين في كلام الشيخ (ره) وقلنا: بان البيع مبادلة عين بمال او تمليك مال بمال يصدق البيع على مورد البحث بلا اشكال. فان المتصرف في الارض يبادل العين بالمال الا ان المبادلة ليست في الاختصاص الملكي، بل في الاختصاص الحقيقي. او هو يملك المال وهو الحق الثابت له من جهة الاحياء وسائر الاسباب المملوكة. ويعرف من جميع ما ذكرنا حال الايات والروايات فان دعوى عدم دلالة اللآم والاضافة لغة وعرفا الا على الاختصاص المتحقق في حق كل من له السلطنة على العين، سواء كانت بنحو ملكية العين او المنفعة او الانتفاع، غير مجازفة فلاتنا في القول بعدم الملك في المقام. واما التزام النبي — ص — والولاية بعده بعدم التصرف فيما بأيدي الناس، ففيه ان ذلك لا يدل على عدم السلطنة لهم واقعاً، بل لانهم قد اباحوا للناس التصرف في الارضين وفيما عليها اباحة عامة لاقتضاء مصالح ملزمة لا باحتها. فلم يتصرفوا بعدها فيما اباحوه ولم يسلبوا ما ملكوه لعدم المصلحة في ذلك. فعدم تحقق التصرف منهم المصلحة او عدم تمكنهم منه، لا يدل على عدم الملكية بعد وجود الدليل على وجودها.

تنبيه

ما ذكره «المحقق الهمداني» فيما نقلناه عنه في ملكية النبي — ص — والامام — ع — بقوله: «ان هذه الملكية ليست ملكية منافية لملكية سائر الناس لما جعل الله لهم كسهمهم من الخمس، بل ملكيته من سنخ ملكية الله تعالى لما في ايديهم» لا يخلو من اشكال. فان ملكية الرب تعالى للاشياء ملكية حقيقية واحاطة واقعية، لا اقول: انها بمعنى الجدة المذكورة في المنطق. وهي احاطة جسم بجسم بحيث يتحرك المحيط بحركة المحاط، بل بمعنى احاطته تعالى بجميع الاشياء ذاتا وعلما وقدرة. كما قال الله تعالى: «وكان الله بكل شيء محيطاً»^١، «ان ربك احاط بالناس»^٢، «وان الله قد احاط بكل شيء علماً»^٣، و«وهو على كل شيء قدير»^٤.

وان ملكيته تعالى للاشياء عبارة عن كونه خالفا لها وحافظا ومدبرا ومغنياً، فهذه امور تنتزع عنها الملكية. وعلى اي تقدير فهي ليست متحققة في حق النبي — ص — والولي. ودعوى كون المراد بها في تلك الادلة الولاية التكوينية الثابتة للنبي — ص — والوصي — ع — فهي سلطنة من سنخ سلطان الله تعالى على الاشياء، مدفوعة بعدم كونها المراد. مما دل على ان الارض وما عليها للامام لمنافاته لظاهرها، من توريث خصوص الارض للمتقين وهم الائمة — ع — وتفريع وجوب اعطاء الطسق لهم على ملكيتهم وغير ذلك. فان ولايتهم التكوينية لا تنحصر في الارض بل تشمل غيرها ايضاً حتى نفوس الخلائق. وليس من شئون هذه الولاية اعطاء الاجرة للولي. والآ لتعلقت بالرؤس ايضاً. ويكون استحقاق الرب تعالى لها اقوى من النبي والولي. هذا مع ان قوله (قده) بملكية النبي والامام، بذلك المعنى ينافي تشبيها بملكية المولى لمال العبد. فان البحث هناك في الملكية الاعتبارية دون ما يثبت لله وللنبي — ص —.

واما الامر الثالث: وهو انه هل الأذن الصادر من الامام عام او خاص،

١. سورة النساء، الآية: ١٢٦.

٢. سورة الاسراء، الآية: ٦٠.

٣. سورة الطلاق، الآية: ١٢.

٤. سورة التغابن، الآية: ١.

وبعبارة اخرى المأذون له هل هو عنوان المؤمن او المسلم او الانسان؟
فنقول: فيه طائفتان من النصوص. احديهما تدل على الخصوص والاخرى
على العموم.

اما الاولى: فمنها قوله في صحيح الكابلي الماضي: «فن احيا ارضا من المسلمين
فليعمرها وليود خراجها»، وقوله في صحيح مسمع الماضي: «وكلما في ايدي شيعةنا فهم فيه
محللون واما ما كان في ايدي غيرهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا». وقوله
في خبر يونس او المعلّى بعد ذكر ان الارض التي سقت الاثمار الثمانية او استقت
منها للامام: «وليس لعدونا منه شيء، الا ما غصب عليه» وظهرها انحصار الاذن في
الاحياء في المؤمن. فلا جواز في حق غيره ولا ملكية. لكن ما يمكن الاستناد اليه منها
لاثبات ذلك هو صحيح مسمع. واما الآخران فلا باس بعدهما مؤيدي جابرين
لضعف صحيح الكابلي دلالة وخبر يونس سنداً.

واما الثانية: فعدة نصوص تدل على صدور الاذن من الامام — ع — على
النحو العام الشامل للمسلم والكافر. فاحياء الكافر سبب للملكية او الاولية كاحياء
المسلم.

منها: صحيح محمد بن مسلم قال: «سألته عن الشراء من ارض اليهود
والنصارى؟ قال: ليس به بأس الى ان قال: وايا قوم احيوا شيئاً من الارض او عملوه فهم
احق بها وهي لهم»^١.

ومنها: صحيح سليمان بن خالد: «سألت ابا عبد الله — ع — عن الرجل ياتي
الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه؟ قال: عليه الصدقة»^٢؛
ونظيره بعينه صحيح ابن مسلم الاخر وصحيح الفضلاء وصحيح زرارة وابن سنان
من ذلك الباب، ومعتبر السكوني من الباب الثاني. فصريح الأول منها عموم الاذن
للمسلم والكافر. كما ان ظاهر غيره المستفاد من عموم قوله — ع — في اكثرها:
«ايما قوم» و: «من احيا ارضا» ومن اطلاق قوله: «سألته عن الرجل» وقوله: «سأله
رجل» ذلك ايضاً.

١. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ١، ح ١.

٢. ذلك المدرك، ح ٢.

وعلى هذا فيتعارض الطائفتان وحيث ان خبر مسمع الدال على حرمة تصرف الكافر، اخص من عمومات الجواز واطلاقاته. فهو مقدم عليها فلا جرم يبقى التعارض بينه وبين صحيح ابن مسلم لصيرورة العموم، فيه نصا في اليهود والنصارى لعدم امكان اخراج المورد بل وفي غيرهم ايضاً. فالتعارضان في الحقيقة من الطائفتين هو خبر مسمع وابن مسلم والترجيح مع الثاني.

اما اولاً: فلكونه اقوى سنداً فيشملة قوله خذ بما يقول: اعد لها واوثقها في نفسك.

واما ثانياً: فلكونه موافقا للكتاب والسنة اما الكتاب، فكقوله تعالى: «والارض وضعها للأنام»^١، وقوله تعالى: «هوانشأكم من الارض واستعمركم فيها»^٢ وغيرهما. مما يدل على خلق الارض وما فيها للبشر الشامل للمسلم والكافر. واما السنة: فالاخبار الماضية الدالة بالعموم والاطلاق، سوى خبر ابن مسلم.

واما ثالثاً: فلتحقق الشهرة العلمية التي هي الملاك في الترجيح فيه دون معارضه. نعم خبر مسمع مخالف للعامه فهو راجح من هذه الجهة والمتحصل ترجيح صحيح ابن مسلم.

واقا الامر الرابع: وهو تعيين ان الأذن مختص بزمان الحضور. او شامل لزمان الغيبة ايضاً. فظاهر الادلة عدم التفصيل فيها بين زماني الحضور والغيبة فهي مطلقة شاملة لزمانين. وفي صحيح الكابلي الماضي التصريح بدوام الأذن من زمان صدوره وهو عصر حياة مولانا امير المؤمنين — ع — الى زمان ظهور القائم بالسيف من آل محمد — عجب —. ومورده وان كان خصوص المسلمين الا انك عرفت عمومه من هذه الجهة ايضاً.

ويظهر من «المحقق الكركي» (ره) اختصاص اشتراط الأذن في الاحياء بحال الحضور، واما حال الغيبة فلا يشترط. قال على ما في الجواهر: «ولا يخفى ان اشتراط اذن الامام انما هو مع ظهوره، أما مع غيبته فلا والآ لا تمتنع الاحياء».

بقي الكلام: فيما وعدنا ذكره في البحث الرابع من الابحاث المتعلقة بالاخبار

١. سورة الرحمن، الآية: ١٠.

٢. سورة هود، الآية: ٦١.

المتعارضة: وهو تبيان حال الاعيان الموجودة على الارض مما هو خارج عن اسمها. وداخل تحت عنوان المباحات الاصلية.

فنقول: ينبغي ان يعلم:

أولاً: ان هذه الكرة الارضية التي وضعها الله للانام واسكنهم فيها، تنقسم بمعناها الاعم الشامل لاراضيها وما هو فوقها وتحتها من حيث قابليتها للوقوع تحت ايدي الساكنين فيها. و مورد الاستيلائهم عليها وتصرفهم وانتفاعهم بها الى العناوين التالية:

الف: الارض بمعناها الاخص الشامل لسطحها وداخلها الى اي مقدار امكن للانسان ان يصل اليه. وللجبال وبطون الاودية وسيف البحار وشطوط الانهار وغيرها.

ب: المياه الشاملة لمياه البحار والانهار والعيون والآبار.

ج: المعادن ظاهرة كانت او باطنة جامدة كانت او مائعة.

د: النباتات النابتة عليها برية كانت او بحرية من اجام واشجار وغيرها.

هـ: الحيوانات الساكنة فيها بحرية كانت او برية جوية او غير جوية.

و: الهواء المكتنف عليها والمحيط بها الى اي مقدار يمكن للبشر ان يصل اليه

ويتصرف فيه.

اذا عرفت ذلك فنقول: ان الاصحاب قد صرحوا بكون القسم الاول ملكا للامام، قبل ان يقع تحت استيلاء الانسان بالاحياء كما مرّ بعض الابحاث في ذلك وسياتي بعضها الاخر. واما باقي الاقسام فظاهر المصنف بل وسائر الاصحاب ان القسم الثاني والثالث منها يدخلان في ملك الانسان بالحيازة والاحياء ولم يتعرضوا لغير القسمين الا استطرادا في بعض الموارد وخاصة في القسم الاخير منها. وعلى هذا فلبحث عن ان الاقسام الخمسة هل هي ملك لاحد قبل طرود عنوان الاحياء والحيازة عليها ام لا مجال او المحتمل | هنا امران.

احدهما: انها قبل استيلاء الانسان عليها غير مملوكة لاحد فهي من المباحات بالاصالة يجوز لمن سبق اليها اخذها وحيازتها ويملكها بذلك ويترائى من بعض العبائر. ان هذا امر مسلم مفروغ عنه.

ثانيها: انها ملك للامام المعصوم المنسوب من قبل الله تعالى للحكومة على

الناس. والولاية عليهم وتديير امور معادهم ومعاشهم وليس لاحد التصرف فيها الا باذنه. واما صدور الاذن منه — ع — لو ثبت كونها ملكاله فهو امر اخر. ولعله مقطوع به في الجملة وحينئذ فثمرة البحث تظهر في بعض الموارد كما سيأتي.

اما كونها ملكا للامام فظاهر الاصحاب عدمه ويمكن الاستدلال عليه بامور:

الاول: عدم وجود قائل بذلك بين الاصحاب الا نادرا كما مرّت الاشارة اليه.

الثاني: السيرة المستمرة الجارية على حيازة الناس للمباحات الاصلية من المعادن والمياه، فضلا عن الاحجار والاشجار والنباتات والحيوانات التي لم يسبق اليها غير الحائز ووقوع ذلك بمرئى ومنظر من الائمة — ع — وعدم ردعهم عنها. وهذا دليل قطعي على عدم كونها ملكاهم ولا لغيرهم. اذ لو كان الواقع ذلك لصدر منهم نهى عن التصرف فيها ولو احيانا. وهذه السيرة لو كشفت عن عدم الملكية جازت الحيازة لجميع الناس من غير فرق بين المسلم والكافر.

الثالث: ظواهر الآيات الكثيرة المرخصة على الانسان التصرف فيما على الارض على اختلاف انواعه وصنوفه الحاكية عن ان الجميع مخلوقة للانسان معدة لانتفاعه. بحيث يظهر منها عدم اشتراطه بشيء من الاستيذان ونحوه وعدم تحقق مانع عنه كقوله تعالى: «خلق لكم ما في الارض جميعا»^١، «كلوا مما في الارض حلالا طيبا»^٢، «كلوا من طيبات ما رزقناكم»^٣، «قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده»^٤، و«احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما»^٥ الى غير ذلك من الايات الشريفة والنصوص المتواترة.

ويدل على الوجه الثاني امور:

منها: صحيح مسمع فانه روى عمر بن يزيد قال: «رأيت مسمعا بالمدينة وقد كان حمل الى ابي عبد الله تلك السنة مالا، فرده ابو عبد الله. فقلت له لم رد عليك ابو عبد الله

١. سورة البقرة، الآية: ٢٩.

٢. سورة البقرة، الآية: ١٦٨.

٣. سورة الاعراف، الآية: ١٦٠.

٤. سورة الاعراف، الآية: ٣٢.

٥. سورة المائدة، الآية: ٩٦.

المال الذي حملته اليه؟ قال: فقال لي: اني قلت له حين حملت اليه المال اني كنت وليت البحرين الغوص فاصبت اربعمائة الف درهم وقد جئتك بخمسها بثمانين الف درهم، وكرهت ان احبسها عنك وان اعرض لها وهي حقك الذي جعله الله تعالى في اموالنا. فقال او مالنا من الارض وما اخرج الله منها الا الخمس يا ابا سيار ان الارض كلها لنا فما اخرج الله منها من شيء فهو لنا اه»^١.

ومنها: صحيح ابي خالد الكابلي: «عن ابي جعفر - ع - قال وجدنا في كتاب علي - ع - ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين. انا واهل بيتي الذين اورثنا الله الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا اه»^٢.

ومنها: معتبر محمد بن الريان، قال: «كتبت الى العسكري - ع - جعلت فذاك روى لنا ان ليس لرسول الله من الدنيا الا الخمس فجاء الجواب ان الدنيا وما عليها لرسول الله»^٣.

ومنها: مرسل احمد بن محمد قال: «الدنيا وما فيها لله تبارك وتعالى ولرسوله ولنا»^٤.

ومنها: خبر جابر عن ابي جعفر - ع - قال: «قال رسول الله - ص - خلق الله آدم واقطعه الدنيا قطيعة فما كان لآدم فلرسول الله وما كان لرسول الله فهو للامة من ال محمد - ع -»^٥. مع ان بعض ما هو مورد البحث من الانفصال التي لا اشكال في كونها للامام.

فيمكن الاخذ بظواهرها لاسيما بعد الالتفات الى ان الامام رئيس الدولة الاسلامية وولي الناس. ولا شك في ان اعطاء ما ينتفع به الامة من الارض وما فيها للامام وجعله تحت اختياره اصلح بحالهم. لانه يضعه حيث يقتضيه صلاح الامة وسياسة الجامعة. وهذا ليس بأبعد من جعل نفس الارض بيده يعطيها من يريد. ثم انه لا اشكال على تقدير كونها ملكهم في ابحاثهم اياها للمسلمين، بل

١. «الكافي»، ج ١، باب ان الارض كلها للامام.

٢. ذلك المدرك، ح ١.

٣. ذلك المدرك، ح ٦.

٤. ذلك المدرك، ح ٢.

٥. ذلك المدرك، ح ٧.

وجميع الناس. لفحوى ما ذكر من النصوص الكثيرة الدالة على اباحة احياء الارض للناس كلهم، فان الاعيان الخارجة عن اسمها ليس باغنى وانفع من نفسها. وبقوله — ص —: «من سبق الى ما يسبق اليه مسلم فهو احق به»^١. و قوله — ص —: «للعين ما رأيت ولليد ما اخذت» فان المعنى ان كل ما استولى عليه صاحب اليد وحازه فهو ملك له او هو احق به.

واما السيرة على عدم الملكية. فع الغض عن ان السيرة جارية على جواز الحيابة تكليفا ونفوذها وضعا؛ لا على عدم كون المحوز ملكا لاحد قبلها. انها بعد ملاحظة النصوص المذكورة تكون كاشفة عن صدور الاذن والاباحة منهم به بل كونها ناشئة من ذلك وقد ذكرنا انه لم يتفق للنبي — ص — والائمة — ع — زمان يكونوا فيه قادرين على العمل بجميع الاحكام الحكومية وتحكيمها وتنزيلها في مستوى الجوامع. فاباحوا بعض ما لهم الولاية عليه لمراعاة حال المسلمين او شيعتهم. كما اتفق ذلك بالنسبة للخمس في بعض الاحيان. ثم استولت عليهم وعلى المسلمين حكومة الجور الى زماننا هذا، فبقيت الاذن والاباحة لبقاء ملاكها. وشاعت فيما بين المتشرعين والمسلمين واستمرت الى الآن، ولعلها تستمر في اغلب اقطار الارض الى قيام القائم بالسيف منهم عليهم السلام.

واما الآيات الشريفة: فلا تبعد دعوى كونها مسوقة لبيان الحكم الذاتي لتلك الموضوعات. اعني الحكم الثابت لها من حيث عناوينها الاولية كحلية لحم الغنم وخبز الخنطة. فالارض وما عليها مخلوقة لاجل الانسان ومباحة له. بل قد امر الله تعالى الناس بعمارتها والانتفاع بها وذلك لايضا في جعلها تحت سلطنة من يتصدى لادارة امورهم وفي اختيار سائسهم ليقسمها بالعدل ويصونها عن الهرج. ولا يلزم ذلك تدخل الامام في معاملات الناس وتصرفاتهم في الاموال التي بايديهم. بل تظهر ثمرة ذلك فيما اذا اقتضت مصلحة الاجتماع اخذ المالية والطسوق من بعض اموالهم. او اخذ ما زاد عن مقدار معين منها للحاجة الشديدة الى اصلاح حالهم، او دفع بعض الشرور عنهم. او الامر باتلاف ذلك احيانا لصلاح عيشتهم كتوسعة الطرق وبناء المساجد والمدارس والمكتبات وغيرها. وهذه الامور وان كانت تحل لولي الامر بعنوان

١. «المستدرک»، ابواب احياء الموات، ب ١، ح ٤.

الولاية. ولولم نقل: بكون الاموال ملكاله لكن ذلك ايضاً يحتاج الى اقامة الدليل على ولايتهم بهذه المرتبة، وقد مرّ الكلام في بحث الارض هذا. ولكن الانصاف ان القول بملكيّة الامام في هذه المسألة في غاية الاشكال.

قوله:

«لا يملكه احد. وان احياءه، ما لم يأذن له الامام. واذنه شرط، فتي اذن، ملكه المحيي له اذا كان مسلماً، ولا يملكه الكافر، ولوقيل: يملكه مع اذن الامام عليه السلام، كان حسناً».

هنا مسائل: الأولى: ان اذن الامام شرط في الاحياء. فلا تأثير له في الملكية او الاولوية بدونه ويدل على ذلك:

أولاً: الاجماع المدعى من عدة كالشيخ في «الخلافة» والعلامة في «التذكرة». وعن «جامع المقاصد» انه اجماعي عندنا. وعن «التنقيح» انها تملك اذا كان الاحياء باذن الامام. وفي «المسالك» لاشبهة في اشتراط اذنه في احياء الموات فلا تملك بدون اتفاقاً.

وثانياً: ان دليل سببية الاحياء وتأثيره في ملكية المحيي او اولويته هو النصوص الصادرة عن المالك الاصلي للموات. وهي تلازم الاذن عرفاً كما في قوله — ص —: «من احيى ارضاً فهي له»، ونظائره. او ان مفادها ومعناها هو الاذن في الاحياء. والسببية قد انتزعت من ذلك كما في قوله فليعمرها ونحوه. وحينئذ فلو فرضنا عدم شمول الاذن لمورده فالاصل عدم السببية وفي «الجواهر» قال: «مضافاً الى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه». يعني ان الاحياء المحرم لا يكون سبباً لحدوث الحق.

وثالثاً: قوله — ص —: «الناس مسلطون على اموالهم» فان الحكم بتأثير الاحياء في ملكية المحيي بلا اذن من المالك، مناف لسلطنته منفي بدليلها. واستدل عليه في «الجواهر» بالنبوي — ص — «ليس للمرء الا مطايت به

نفس امامه»^١. ثم انه لو وجد قائل بعدم الاشتراط فهو مختص بزمان الغيبة.
الثانية: هل الاسلام شرط للملكية المحيي كالاذن ام لا، فيه وجهان، بل
قولان:

احدهما: انه ليس بشرط، فالاحياء سبب للملكية سواء اصدر من المسلم ام
من الكافر. قال في «الجواهر»: «ان المحكي عن صريح «المبسوط» و«الخلاف»
و«السرائر» و«جامع الشرايع» وظاهر «المهذب» و«اللمعة» و«النافع» عدم
اعتباره».

وفي «المبسوط»: «الارضون الموات عندنا للامام — ع — خاصة لا يملكها
احد بالاحياء الا ان يأذن له الامام فاما الذمي فلا يملك اذا احيا ارضا في بلاد
الاسلام وكذا المستامن الا ان يأذن له الامام — ع —»^٢.
واستدل له بظهور الفتاوى والنصوص في كون الاحياء سببا شرعيا للملكية
مطلقا سواء اكان المحيي مسلما ام كافرا اذ قد عرفت.

ان الصحاح الدالة على الاذن في الاحياء تشملهما. حيث ان مفادها الملكية
على المشهور فلا فرق بينها في الحكم ولا دليل آخر على شرطية الاسلام.
ويشهد له ايضا ما ذكره في «الجواهر»: من القطع بان ما يفتحه المسلمون
ويأخذونه عنوة من الكفار. من الارضين العامرة يكون ملكا للمسلمين. ولو ان
احيائهم فاسد لعدم الاذن لوجب ان يكون على ملك الامام ولا اظن احداً يلتزم
به (اه).

وثانيهما: ان الاسلام ايضا شرط. فالكافر لا يملك بالاحياء وان شمله
الاذن. ويكون اثر الاذن بالنسبة اليه جواز الاحياء وحصول الاولويه دون الملك.
وعن ظاهر «التذكرة» الاجماع عليه قال: «اذا اذن الامام لشخص في احياء الارض
ملكها المحيي اذا كان مسلما، ولا يملكها الكافر بالاحياء ولا باذن الامام له في
الاحياء فان اذن له الامام فاحياها لم يملك عند علمائنا». وفي «جامع المقاصد»
يشترط كون المحيي مسلماً فلو احياها الكافر لم يملك عند علمائنا. وان كان الاحياء

١. «الجواهر»، ج ٣٨، نقلاً عن «كنز الحقائق».

٢. «الجواهر»، ج ٣، ص ٢٧٠.

بإذن الامام — ع —، انتهى.

والظاهر انه لا دليل على هذا القول الا دعوى الاجماع في التذكرة و «جامع المقاصد» وهي مخدوشة لمكان من عرفت مخالفتهم.

الثالثة: ان الاحياء الماذون فيه هل هو سبب للملكية المحيي مطلقا. او لثبوت حق الاولوية له كذلك او هو سبب في حق المسلم دون الكافر. وجوه بل اقوال ظاهر المشهور هو الاول وقد عرفت ان مقتضى احد طرق الجمع بين النصوص المتعارضة في الباب هو الوجه الثاني.

واما الثالث: فهو الذي اختاره في «التذكرة» وادعى عليه الاجماع. ويدل على الاول صحيح محمد بن مسلم قال: «سألته: عن الشراء من ارض اليهود والنصارى قال ليس به باس الى ان قال: واما قوم احيوا شيئاً من الارض او عملوه فهم احق بها وهي لهم»^١ ونحوه صحيحة الاخر^٢.

وصحيحة الاخر عن ابي جعفر — ع — قال: «اما قوم احيوا شيئاً من الارض او عمروها فهم احق بها»^٣.

وصحيح الفضلاء عنها — ع — قالوا: «قال رسول الله — ص —: من احبب ارضا مواتا فهي له»^٤.

ومعتبر السكوني عن ابي عبد الله — ع — قال: «قال رسول الله — ص —: من غرس شجرا او حفر واديا لم يسبقه اليه احد او احبب ارضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله»^٥.

وصحيح ابن سنان عن ابي عبد الله — ع — قال: «سئل وانا حاضر عن رجل احبب ارضا مواتا، فكرى فيها نهرا وبنى فيها بيوتا وغرس نخلاً وشجرا فقال هي له وله اجر بيوتها وعليه فيها العشر فيما سقت السماء اوسيل وادي او عين وعليه فيما سقت الدوالي والغرب نصف العشر»^٦.

١. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ١، ح ١.

٢. ذلك المدرك، ح ٤.

٣. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ١، ح ٣.

٤. ذلك المدرك، ح ٥.

٥. ذلك المدرك، ب ٢، ح ١.

٦. ذلك المدرك، ب ١، ح ٨.

وصحيح زرارة عن ابي جعفر - ع - قال: «قال رسول الله - ص -: من احيا
ارضا مواتا فهو له»^١.

وصحيح ابي بصير قال: «سالت ابا عبد الله - ع - عن شراء الارضين من اهل
الذمة؟ فقال لا بأس بان يشتري منهم اذا عملوها واحيوا فهي لهم»^٢.

ويدل ايضاً ما نقلناه من «الجواهر»: من القطع بان ما يفتحه المسلمون
ويأخذونه عنوة من الكفار من الاراضي العامرة ملك للمسلمين. وان كان الكفار
ملكوه بالاحياء، ولو ان احيائهم فاسد لعدم الاذن. لوجب ان يكون على ملك الامام
ولا اظن احداً يلتزم به اه.

لكنك عرفت فيما سبق انه لو فرضنا تامة النصوص الدالة على كون الارض
مطلقا ملكا للامام المعصوم وولي امر المسلمين المتصدي للحكومة الاسلامية، واحلنا
اجتماع ملك الامام مع ملك المحيي كانت معارضة للمقام. وكان حمل هذه
النصوص على ان الاحياء لا يفيد الا السلطنة الضعيفة، التي يمكن التعبير عنها
بالاولوية والاحقية كما هو ظاهرها وجها قريبا للجمع بينها ويلتزمه القول بترتب
جميع اثار الملك على هذا الحق حتى البيع والهبة وغيرها. فالاعتماد في دعوى الملكية
بذكر اللام في النصوص مع كونها ظاهرة لغة وعرفا في الاختصاص بمعناه الاعم. ومع
اقترائه بكلمة الاحقية ونحوها وطرح الاخبار الصحيحة او تأويلها غير سديد. وما
ارتكز في اذهان العامة من ملكية الناس لها وامضاء الائمة - ع - انكارهم
بالسكوت تارة والتأييد بالقول اخرى وانما هو بلحاظ كون الاحقية المذكورة بحكم
الملكية المصطلحة في دوامها وعدم زوالها مادامت العمارة باقية ولو انتقلت من يد الى
اخرى ومن نسل الى آخر. وفي ترتب جميع الاثار عليها كما ان اطلاق الملك عليها في
كلماتهم بذلك الاعتبار؛ ودعوى قيام الاجماع على الملكية غير ظاهرة لذهاب
الشيخ (ره) الى عدم حصول الملكية بالاحياء مطلقا، مسلماً كان المحيي او كافراً.

قال في «المبسوط»: «فأما الموات فانها لا تغنم وهي للامام خاصة فان
احياها أحد من المسلمين. كان اولى بالتصرف فيها ويكون للامام طسقتها».

١. ذلك المدرك، ب ١، ح ٦.

٢. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، باب ٤، ح ١.

وعن «الفقيه» السيد محمد بحر العلوم: «انه مال الى منع افادة الاحياء التملك المجاتي من دون ان يكون فيه حق. فيكون للامام فيه بحسب ما يقاطع المحيي عليها في زمان حضوره وبسط يده. ومع عدمه فله اجرة المثل ولاينا في ذلك نسبة الملكية الى المحيي في اخبار الاحياء اي في قولهم — من احيا ارضا فهي له —. وان هي الآجارية مجرى كلام الملاكين للفلاحين في العرف العام، عند تحريضهم على تعمير الملك: من عمرها او حفر انهارها وكرى سواقيها فهي له. الذالة على احقيته من غيره وتقدمه على من سواه لا على نفي الملكية من نفسه وسلب الملكية عن شخصه فالحصة الراجعة الى الملاك المعبر عنها بالملاكة مسحقة له غير منفية عنه. وان اضاف الملك اليهم عند الترخيص والاذن العمومي»^١.

وقال الفقيه الشهيد «الصدر» (قده) بعد نقل كلام المشهور في مسألة الاحياء: «وهناك رأى فقهي آخريدؤ اكثر انسجاما مع النصوص التشريعية يقول: ان عملية الاحياء لا تغير من شكل ملكية الارض بل تظل الارض ملكا للامام او لمنصب الامامة. ولا يسمح للفرد بتملك رقبته وان احياها وانما يكتسب بالاحياء حقا في الارض دون مستوى الملكية. ويخول له بموجب هذا الحق استثمار الارض والاستفادة منها ومنع غيره ممن لم يشاركه جهده وعمله من مزاحمته، وانتزاع الارض منه مادام قائما بواجبها. وهذا القدر من الحق لا يعفيه من واجباته تجاه منصب الامامة بوصفه المالك الشرعي لرقبة الارض. فلأمام ان يفرض عليه الاجرة او الطسق — كما جاء في الحديث — بالقدر الذي يتناسب مع المنافع التي يجنيها الفرد من الارض التي احياها»^٢.

ونقل الشهيد المذكور (ره) عن عدة من فقهاء المذهب الحنفي: فيمن احيا ارضا ثم خربت. فاستأنف احيائها آخره، القول بان الثاني احق بها لان الأول ملك استغلاها لا رقبته فاذا تركها كان الثاني احق بها. ويؤيده ايضا عدم القول بالكية الكافر من بعض فقهاءنا كما يظهر من عبارة المتن. ودعوى العلامة في «التذكرة» الاجماع بعدم ملك الكافر قال: «اذا اذن الامام — ع — لشخص في احياء الارض ملكها المحيي اذا كان مسلما ولا يملكها

١. «بلغة الفقيه»، ص ٩٨.

٢. «اقتصادنا»، ص ٤٦٣.

الكافر بالاحياء ولا باذن الامام له في الاحياء فان اذن له الامام — ع — فاحياها لم يملك عند علمائنا^١. فان ادلة الاحياء في حق المسلم والكافر متساوية النسبة في الدلالة ان ملكا فلك وان حقا فحق.

هذا وتقتضي التأمل ان الحكم المتناسب لسائر قوانين الاسلام السامية. واحكامه الرضية الراقية وبرامجها العقلية الراهنة هو جعل ملكية الارض للامام. الذى هو رئيس الدولة وسائس الملة وقائد الامة. وجعل اختيارها بيده والغاء ملكية الرعية عنها. بحيث لا يكون لهم الا حق الاولوية الحاصلة بعملية الاحياء والعمارة، مع الاذن وزوالها بزوال الاذن او العمارة. وهذا مع الالتفات الى ما يترتب على ملكية الامام الدولية من مصالح المجتمع الاسلامي وعلى ملكية الاشخاص الحقيقية من المفساد او فوت المصالح واضح جدا. ولو امكننا اثباته من الادلة قطعاً كان من الاحكام التي تنادى بحقية الشريعة الاسلامية وعلم مشرعها الاقدس بمصالح الامور الكامنة. ومفاسدها الخفية التي لا يطلع عليها الا من اذن الله له. فان الارض لها موقفها الخاص من التأثير في معاش الناس وسهمها الاوفى في ثبات نظام الاجتماع الدنيوي ودوامه. وقيام اقتصاد الناس على ساقه وارتفاع معضلات المجتمع في معاشهم. ولواردنا بيان بعض ذلك خرجنا عن وضع الكتاب مع اننا لم نؤت من العلم في هذا المضمار الا قليلاً.

قوله:

«والارض المفتوحة عنوةً، للمسلمين قاطبة،
لا يملك احد رقبته، ولا يصح بيعها ولا
رهنها».

لا اشكال بل ولا خلاف في كون الارض المفتوحة عنوة العامرة وقت الفتح ملكاً لجميع المسلمين. بل في «الجواهر» عليه الاجماع بقسميه والمراد بالمسلمين الاعم من الموجودين وقت الفتح، والذين يوجدون بعد ذلك الى يوم القيامة. والكلام هنا في

معنى الارض المفتوحة عنوة وبيان حال الملكية المتعلقة بها والاشارة الى بعض الاحكام المترتبة عليها، واقامة الدليل عليها.

اما الاول ففيه اجاث:

الف: قد اشرنا فيما مضى ان المأخوذ من الكفار وبلادهم بالحرب امور خمسة:

الاول: الموات من الارضين.

الثاني: العامرة بايديهم منها.

الثالث: غير المنقول من الاموال غير الارضين كالطواحين والمكائن والاشجار

ونحوها.

الرابع: المنقول من الاموال.

الخامس: السبايا من رجالهم ونسائهم واطفالهم.

فالاول، للامام كالموات من اراضي المسلمين.

والثاني والثالث للمسلمين، ونظيرهما ارض الصلح اذا صالحوا بان تكون

اراضيهم للمسلمين.

والرابع والخامس للمقاتلين.

ثم انه لا اشكال في تعلق حق الخمس بهذين القسمين. واما الثاني والثالث

ففيها خلاف بين الاصحاب.

ب: انه يشترط في كون الارض خراجية امور ثلاثة:

الاول: كونها مفتوحة عنوة او صلحا كما عرفت. والآفلوانجلى عنها اهلها لم

تكن منها.

الثاني: ان يكون الفتح باذن الامام والآ تكون للامام او للمسلمين.

الثالث: ان تثبت كونها محياة حال الفتح والآ لم تكن منها.

ج: ثبوت كون الارض محياة حال الفتح، يتوقف على العلم بذلك. او قيام

امارة علمية كالشيع الموجب له وشهادة عدلين. وقيل بالشيع المفيد للظن المتأخم

للعلم بناء على قيامه مقام العلم. في كل ما يعسر الاطلاع عليه علما او قيام البيينة عليه

كالنسب والوقف، وغيرهما وفي «المسالك»، «يثبت كون الارض مفتوحة عنوة بنقل

من يوثق بنقله واشتهاره بين المؤرخين. وقد عدوا من ذلك مكة المشرفة وسواد العراق

وبلاد خراسان والشام. وجعل بعض الاصحاب من الأدلة على ذلك ضرب الخراج

من الحاكم، وان كان جابراً. واخذ المقاسمة من ارتفاعها عملاً بان الاصل في تصرفات المسلمين الصحة. وكونها عامرة وقت الفتح بالقرائن المفيدة للظن المتأخم للعلم. كتقادم عهد البلد واشتهار تقدمها على الفتح. وكون الارض مما يقتضي القرائن المذكورة بكونها مستعملة في ذلك الوقت، لقرها من البلد وعدم المانع من استعمالها ونحو ذلك».

وقال «المحقق الانصارى» (ره) بعد ذكر الشيع المفيد للعلم وشهادة العدلين والشيع المفيد للظن المتأخم للعلم. ما لفظه: «واما ثبوتها بغير ذلك من الامارات الظنية. حتى قول من يوثق به من المؤرخين، فحل اشكال لان الاصل عدم الفتح عنوة وعدم تملك المسلمين».

قال في «المبسوط» ظاهر المذهب ان النبيّ - ص - : «فتح مكة عنوة بالسيف ثم آمنهم بعد ذلك. واما ارض السواد فهي الارض المفتوحة من الفرس التي فتحها عمرو وهي سواد العراق. ثم ذكر ان عمر بعث عميراً اميراً وابن مسعود قاضياً وعثمان بن حنيف ماسحاً فمسحها فبلغ ٣٢ مليون جريباً. وروي ان ارتفاعها كان في عهد عمر ١٦٠ مليون درهماً، وكان زمن الحجاج ١٨ مليون»^١.

د: لو شك في كون الارض عامرة حال الفتح اولاً كان الاصل عدم العمارة، بتقريب ان موضوع الاحكام عبارة عن الارض المتصفة حال الفتح بعنوان العمارة. وهو عنوان مسبق بالعدم فاذا شك في عروضه على ارض فالاصل عدمه. ولا فرق بين كون الارض المشكوك فيها عامرة بالفعل او موأتا مع ان قاعدة اليد او اصالة اباحة الاحياء وغيرها محكمة.

ان قلت: العلم الاجمالي بوجود اراضي مفتوحة عنوة بين المشتبهات يمنع عن جريان الاصول وقاعدة اليد.

قلنا اولاً: ان كون الاطراف غير محصورة، مانع عن تأثير العلم الاجمالي. وثانياً: ان عدم الابتلاء ببعض الاطراف ايضاً مسوغ للتمسك بالاصول والقاعدة في محل الابتلاء. ومن ذلك يعلم قلة الجدوى في هذا البحث فان الارضين المفتوحة عنوة، كمكة المكرمة والعراق واغلب بلاد ايران والشامات وغيرها قد اشبهته

في هذه الاعصار. عامريوم الفتح بغامره في ذلك اليوم فتكون الموارد المشكوكة من المصاديق المشتبهة لعموم ادلة الفتح.

واما الثاني: وهو بيان ماهية هذا الملك فالظاهر انها نوع من الملكية المشتركة. وقسم خاص منها لا يشابه الملكية الشخصية كملكية زيد وعمر ولدارهما المشترك. اذ هي لهما بالخصوص ويجوز لهما بيعها وهبتها وتقسيمها فيما بينهما بالصلح والتقارع. وهذه الاثار ليست متحققة في المفتوحة عنوة.

وليست كملكية الموقوف عليهم للعين الموقوفة في الوقف الخاص. وان شابهها في عدم انحصار الملاك في الموجودين، وعدم جواز البيع ونحوه. الا انها تفارقها في ان منافع العين الموقوفة تتولد في ملك الموقوف عليهم الموجودين. وتكون ملكا لاشخاصهم. فلهم بيعها وهبتها واكلها وتقسيمها فيما بينهم. ومنافع الاراضي المفتوحة عنوة ليست كذلك. بل هي كنفس العين تصرف في منافع العامة.

وليست ايضا كملكية العين الموقوفة في الوقف العام. للعناوين الكلية كالفقراء والعلماء والغزاة مثلا. اما بناء على كون الوقف في هذا القسم على نحوك الملك لتدر منفعه على الموقوف عليهم كما هو الظاهر. فواضح اذ لا ملك في المقام. واما بناء على كون المالك هو العنوان فالعين مملوكة له على نحو يدخل منافعها في ملك كل فرد يقبضها ويتسلط عليها من افراد العنوان المذكور. وهنا لا يملك افراد المسلمين منافع العين المفتوحة عنوة ولو قبضها.

وليست ايضا كملكية السادة للخمس والفقراء للزكاة فانها على نحو لقبض واحد من مصاديق العناوين عين الخمس او الزكاة كانت ملكا له. وهنا لا يملك المسلم القابض للعين قطعا وحاصل معنى هذا الملك انه يصرف منفعه في مصالح ملاكها. فلو اقتضت المصلحة في زمان صرف عايدتها في تهية عدة الحرب او شق نهر او انهار من بحر او نهر لزم صرفه فيه ولا يملك احد منهم ذلك.

قال في «المبسوط»: «ويكون للامام النظر فيها وتقبيلها وتضمينها بما شاء وياخذ ارتفاعها ويصرفها في مصالح المسلمين وما ينوهم من سد الشغور ومعونة المجاهدين وبناء القناطر»^١.

وقال في التحرير: «يصرف حاصلها في المصالح مثل سد الثغور ومعونة الغزاة وبناء القناطير وارزاق الغزاة والولاية وصاحب الديون وغير ذلك من مصالح المسلمين»^١.

واما الثالث: اعني اثارها:

فمنها: توقف التصرف فيها مطلقا الى اذن الامام. فهو الذي يأذن فيها ويجعلها في ايدي الناس باجارة او مزارعة او اباحة بعوض بل او بغير عوض في مدة معلومة. اذا كان ذلك مصلحة للمسلمين فلا يجوز شيء من التصرفات بغير اذنه تكليفا ولا ينفذ وضعا.

ومنها: عدم جواز بعض التصرفات بعد الاذن ايضا. كالاتلاف وعدم نفوذها كالبيع والوقف والهبة ونحوها. ثم ليعلم ان البيع المتعلق بها يتصور على النحو: الاول: ان يبيع العين مستقلا وهو باطل لعدم الملكية. الثاني: ان يبيعها في ضمن الاعيان المحدثه فيها كالبناء والبستان وغيرها بان تنتقل الى المشتري ضمنا او تبعا وفيه اختلاف.

الثالث: ان يبيع الحق المتعلق بها وهذا ايضا محل اختلاف كما عرفت.

واما الرابع: اعني الدليل على كونها ملكا للمسلمين فيدل عليه:

اولاً: الاجماع الذي سبق ذكره.

وثانياً: النصوص المستفيضة او المتواترة وها اليك نبذاً منها:

الف: خبر ابي بردة في شراء ارض الخراج قال - ع - : «ومن يبيع ذلك هي

ارض المسلمين؟ قلت يبيعها الذي هي في يده. قال ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال اشترى حقه منها وتحول حق المسلمين عليه ولعله يكون اقوى عليها وامل بخراجهم منه».

ب: صحيح الحلبي، قال - ع - : «عن السواد ما منزلته؟ فقال هو لجمع

المسلمين لمن هو اليوم، ولمن هو يدخل في الاسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد. فقلت الشراء من الدهاقين؟ قال لا يصلح الا ان تشتري منهم على ان يصيرها للمسلمين. فاذا شاء ولي الامر ان يأخذها اخذها»^٢.

١. «التحرير»، ص ١٤٢.

٢. «وسائل الشيعة»، ج ١٢، ص ٢٧٤، احاديث ٥، ٧، ٨، ٩، ١٠.

قوله:

«ولو ماتت لم يصح احيائها، لان المالك لها معروف. وهو المسلمون قاطبة».

سيأتي البحث عنه بعد هذا في ذيل قوله ولا يجوز احيائها الا باذنه.

قوله:

«وما كان منها مواتا في وقت الفتح، فهو للامام عليه السلام».

ادعى عليه الاجماع. وقد عرفت شمول النصوص المذكورة في ذيل قول المصنف (قده): «واما الموات فهو للامام — ع —» له ايضاً. فراجع العناوين العامة المذكورة هناك نظيرة قوله: «كل ارض خربة للامام، وكل ارض لارت لها، وكل ارض يهلك اهلها، وموتان الارض، وعادي الارض، وبطون الاودية، ورؤس الجبال، والاجام للامام — ع —».

قال في «الخلافة» بعد ذكر ان الارض الغامرة في بلاد الاسلام وبلاد الشرك للامام: «دليلنا اجماع الفرقة على ان الارض الموات للامام خاصة وانها من جملة الانفال. ولم يفصلوا بين ما يكون في دار الاسلام وبين ما يكون في دار الحرب».

قوله:

«وكذا كل ارض لم يجر عليها ملك لمسلم».

قيد العنوان في «التحرير»، وغيره. بكونه في بلاد الاسلام واطلقه آخرون. وعلى اي تقدير فذكر هذه الكلية هنا لوجه له، فانها داخلة تحت ما مضى من قوله.

واما الموات فهو للامام. ولم ترد في النصوص موضوع بهذا التعبير مع انها منقوضة بما في «الجواهر». من انه اذا ملك الذمي ارضا في بلاد الاسلام فانت فاتها ليست للامام بل ملك للكافر. او وارثه مع ان العبارة تشملها. وكان الاولى تبديله بقوله «وكذا كل ارض لارب لها» فانه عنوان وارد في النصوص. وبيان لبعض مصاديق الموات او هو عنوان آخريه وبين الموات عموم من وجه على ما سبق تفصيله.

قوله:

«وكل ارض جرى عليها ملك لمسلم، فهي له او لورثته بعده. وان لم يكن لها مالك معروف معين فهي للامام. ولا يجوز احيائها الا باذنه. فلو بادر مبادر فاحياها من دون اذنه، لم يملك».

اقول: مفروض الكلام من اول بحث الموات الى قوله: «ان كان غائباً» زمان حضور الامام. وقوله «فهي له او لورثته» اي وان آلت الى الخراب؛ مع فرض معروفة صاحبها. ولا فرق في الحكم المذكور بين كونها في بلاد الاسلام او بلاد الكفر لو اتفق ذلك. ولا بين المسلم والذمي والتقييد بالمسلم لاخراج الحربي. فان لارضه حكماً آخر لا نقسامها الى ارض الصلح والجزية والى ما انجلى عنها اهلها طوعاً. والى ما اخذت عنوة باذن الامام وما اخذت بغير اذنه وغير ذلك.

ثم ان هنا اقوالاً خمسة مصبها على ما هو ظاهر الاصحاب. هو الارض الميتة المعروف صاحبها وانه هل لغيره احيائها وتملكها ام لا وان كان في بعضها احتمال التعميم والتخصيص. وهي مايلي.

الاول: بقاء ملك الاول وعدم زواله بموت الارض ولومات فهي لورثته ولا يجوز لاحد احيائها. ولعل هذا هو المشهور فقد نقل عن «المبسوط» و«المهذب» و«السرائر» و«الجامع» و«التحرير» و«الدروس» و«جامع المقاصد» بل قيل انه لا خلاف فيه.

الثاني: بطلان ملك الاول بالموت مطلقاً. فيملك الارض من يحيا بعده من دون استيذان من الامام وغيره. نقل عن «الوسيلة» واختاره في «التذكرة» ناقلاً له عن المالك وذهب اليه في «الكفاية» و«المفاتيح» بل عن «جامع المقاصد» انه المشهور.

الثالث: التفصيل بين كون الاول مالكا بالاحياء فيبطل ملكه بالموت. ويجوز احيائه لكل احد. وبين كونه مالكا بالشراء، والانتهاج والارث ونحوها فلا يبطل به ويظهر هذا من بعض الاصحاب.

الرابع: بقاء ملك الاول مع جواز الاحياء لكل احد بلا استيذان من احد. ووجوب اعطاء طسقتها للمالك نقله صاحب المسالك عن المصنف في كتاب الجهاد وعن الاكثر.

الخامس: الفرض مع وجوب الاستيذان من المالك. وان لم يمكن فمن الحاكم وان لم يمكن يسقط. وعلى اي تقدير يجب عليه الطسق للأول وهو للشهيد في «الدروس». ثم ان صاحب الجواهر ذكر ادلة الباب هنا. وجعل موردها ما عرف صاحبها، وكون تملكه لها بالاحياء. لكن الانصاف اطلاق مفادها فيشمل المالك المعروف والمجهول والارض المملوكة بالاحياء وبغيره من الشراء والانتهاج. بل لافرق في مفادها بين زمان الحضور والغيبة.

وكيف كان فالاولى نقل ما تيسرنا من ادلة الاقوال فاستدل في «الجواهر»

للقول الاول بامور:

الاول: عمومات بقاء الملك كقوله: «من احبب ارضاً فهي له» ومراده التمسك باطلاقها ودعوى كون مفادها: «من احبب ارضاً فهي له» دائماً. ثم ايد ذلك بقاعدة الملك.

الثاني: استصحاب بقاء ملك الاول.

الثالث: خبر سليمان بن خالد عن الصادق — ع — فيمن احيا ارضاً خربة:

«قلت: فان كان يعرف صاحبها قال فليؤد اليه حقه»^١.

واستدل للقول الثاني بامور:

١. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ١، ح ٣ وح ٢.

الاول: العمومات كقوله — ع —: «من احبى ارضا ميتة فهي له» فانها تشمل المحيي الثاني ايضاً.

الثاني: صحيح الكابلي الماضي: «فان تركها واخرها واخذها 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 — ع —»^١.

الثالث: صحيح معاوية عن ابي عبدالله — ع — فيمن احيا مواتاً: «فان كانت ارض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فاخرها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولن عمرها»^٢.

الرابع: صحيح عمر بن يزيد عن ابي عبدالله — ع —: «عن رجل اخذ ارضا مواتاً تركها اهلها فعمرها وكري انهاها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلاً وشجراً قال: فقال ابو عبدالله — ع —: كان امير المؤمنين — ع — يقول: من احبى ارضا من المؤمنين فهي له وعليه طسقتها يؤديه الى الامام في حال الهدنه، فاذا ظهر القائم — ع — فليوطن نفسه على ان تؤخذ منه»^٣.

الخامس: ما ذكره في المسالك: من ان الارض اصلها مباح. فاذا تركها فخربت رجعت الى اصلها. فالمقام نظير اخذ الماء من دجلة ثم صبّه فيها. وايضاً: ان علة الملك كانت هي الاحياء. فاذا زالت العلة زالت الملكية. فاذا اوجدها الثاني حصلت الملكية له. كما اذا ضاعت اللقطة فالتقطها آخر فان الثاني اولى بها. ويمكن ان يكون التقرير الاول مبنياً على القول بان الاحياء سبب للملكية، والثاني على القول بانه سبب للاولوية.

وناقش صاحب الجواهر في الأول بعدم دلالة العمومات على حكم المورد، قال فيها: «واما العمومات فلا دلالة فيها على ذلك. بل لعل ظاهر التملك المستفاد من ظاهر اللام فيها، عدم انقطاعه بموتها بعد احياؤها كما هي مقتضى قاعدة الاملاك. ومقتضى الاستصحاب الذي لاينا فيه سببية الاحياء للتمليك في الجملة.

١— «وسائل الشيعة» ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ١، ح ٢ و٣.

٢. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ١، ح ١.

٣. «وسائل الشيعة»، ج ٦، ابواب الانفال، ب ٤، ح ١٣.

اذ من المحتمل كونه سبباً للابتداء والاستدامة وان ماتت^١.
والظاهر ان مراده انه ان قلنا بان العمومات مسوقة لبيان اصل سببية
الاحياء للملكية وانها تحدث بمجرد تحققه امكن التمسك بها للقول الثاني. واثبات
ملكية المحيي الثاني ايضاً كالاول لكن ظاهر اللام التملك الدائم. وعليه فاذا شملت
العمومات الاحياء الاول، امتنع شمولها للثاني لدالتها على بقاء ملكية الاول ودوامها
المؤيدة بقاعدة الملك والاستصحاب.

وفي الثاني:

أولاً: بانه من جملة النصوص الدالة على ان الأرض كلها للامام. وقدمر
منه (قده) لزوم تاويلها وحملها على معنى باطني لانعلمه، او لا مجال لتفصيله.
وثانياً: انه من المتشابه لان اعطاء طسق الارض للامام في زمان الغيبة الذي
لا امام فيه لا يرجع الى حاصل. مع ان سائر الأدلة يدل على ان الارض للمحيي ولا
يستحق عليه الطسق؛ ولو اريد زمان الظهور فالامر اشكل.
وثالثاً: بما ذكروه من الاشكال بان آخره يدل على ان الامام ينتزع الارض
من يد مالكيها.

ورابعاً: باعراض المشهور عنه.

وفي الثالث: بانه مجمل او كالمجمل ومراده الاجمال في كلمة «ولمن
عمرها». حيث يحتمل المالك الاول والمحيي الثاني.
وفي الرابع: بانها لا يطابقان اصول الامامية. وانما ذكرهما الفاضل في
«التذكرة» دليلاً للمالك على اصوله هذا ونقول: اما عدم شمول العمومات للمقام فهو
مشكل. وتوضيحه ان هنا طائفتين من العموم.

احديهما: قوله — ع —: «كل ارض ميتة فهي للامام» او كل ارض خربة
فهي له ونحوهما.

والثانية: قوله — ع —: «من احيا ارضاً ميتةً فهي له او فهو احق به». و
الطائفتان بمنزلة الصغرى والكبرى لاثبات ملكية المحيي. وح نقول: اما الطائفة
الاولى، فالظاهر انه لا بأس بالتمسك بعمومها. او اطلاقها في المقام. فان الفرض وان

كان خارجاً عنه حال عمارته لكنه داخل تحته بعد عروض الموت. نظير صيرورة زيد العالم جاهلاً في مدة من الزمان لمرض او نسيان. ثم صيرورته عالماً فيشملة قوله اكرم العلماء. وكذا الكلام في قوله اصف الفقراء اذا صار الفقير غنياً ثم عاد الى الفقر. وح يكون عمومات ما دل على حكم العالم والفقير مقداً على استصحاب حكم الجهل والغنى. وما يذكر في الاصول من ان استصحاب حكم المخصص والمقيد مقدم على العموم. والمطلق فهو في الاستصحاب الموضوعي لا الحكمي. فلو شك في المثالين في بقاء جهل زيد او غناه وارتفاعها جاز اثبات جهله وغناه. فيقدم على عموم اكرم العلماء واصل الفقراء.

واما الطائفة الثانية فدعوى كون مفاد الجملة الجزائية فيها، اعني قوله: فهي له. هو الملكية الدائمة خلاف الظاهر جداً فانها مسوقة لبيان اصل ترتب الملك على الاحياء فلا وجه للتمسك بها لاثبات حق للأول. واما دعوى شمول الجملة الشرطية فيها لعمل المحيي الثاني. وبعبارة اخرى شمول كلمة الارض الميتة محل الكلام فهي ايضاً غير ظاهرة. فلا يجوز التمسك بالكلام المسوق لبيان اثبات اصل السبعية لشمول عنوان.

الموات وعمومه فالمتيقن منها هو الموات الذي ثبت كونه للامام ولا يشمل الموات المسبوق بملكية غيره. لكنه بعد شمول الطائفة الاولى لمورد الكلام واحراز كونه من الموات، التي هي ملك للامام جاز التمسك بها.

واما ما اورده على صحيح الكابلي فلا يقدر في دلالته. فان كونه من اخبار ملكية الامام غير ضائر بعد ما عرفت من الالتزام بذلك. لاسيما بالنسبة الى الارضين. وخاصة في الموات منها، وليس هو من المتشابهات جزماً. لان لازم كونها للامام جواز اخذ الطسق منها وجواز اسقاطها في زمان حضورهم او غيبتهم لمصالح في ذلك كاسقاطهم الخمس في بعض الاعوام ارفاقاً لشيعتهم. واما اسقاط امير المؤمنين — ع — له بعد زمانه الى ظهور القائم ارواحنا فداه، فقد اريد به ازمة عدم تشكيل الحكومة الاسلامية ولو بواسطة نوابه العامة. ومن اثار تلك الملكية جواز انتزاعها من ايدي الناس بعد ظهوره — ع — واقامة الدولة العادلة.

واما دلالة سائر الادلة على ان الارض لمحيتها فقد عرفت وجه الجمع بينها وبين هذا الصحيح. وما يوافق في المفاد وان الاحياء لا يفيد الا الاولوية وعدم

اشتغال ذمته بالطسق، اما هو للنفو لا لعدم الاسحقاق بشهادة قوله في صحيح مسمع عن ابي عبد الله ع —: «وكل ما كان في ايدي شيعتنا من الارض فهم فيه محللون، ومحلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا. فيجيبهم طسق ما كان في ايدي سواهم»^١. وخبر النصري عن ابي جعفر ع — بعد ذكره ان الخمس والانفال لهم. قال: «اللهم انا قد احللنا ذلك لشيعتنا»^٢، وغيرهما.

واما اعراض المشهور فلو سلمنا كونه قادحا، فهو اذا لم يكن ذلك بواسطة الخدشة في دلالة او جهته، او تقديم المعارض عليه، والا فلا يقدر في سنده. والمخالفة معهم في الدلالة او الجهة غير ضائر.

واما المناقشة في الثالث بكونه مجملا فالانصاف انه لا اجمال فيه لظهور قوله ع —: «ولن عمرها» في المحيي الثاني. وهو العامر الذي ذكر في صدر الصحيح. ولم يظهر منه كون صاحب الارض السابق عامراً لها بل ولا من سبقه في الملك. الى ان ينتهي الى من ملكها بالعمارة لاحتمال تملكهم لها بالارث والشراء ونحوهما.

واما في الرابع: فلامر كما ذكره بالنسبة الى التقرير الاول. اذ مع انه قياس باطل غير صحيح في المقيس عليه. لا مكان ان يقال ان صب الماء على البحر بعد اخذه منه وتملكه لا يكون سببا للعود الى الاباحة. بل هو باق على الملكية وان لم يكن اخذه كالحاتم الواقع في البحر. او يقال انه اتلاف له عرفاً، ولذا يضمنه لو فعله غير المالك. والمقام ليس كذلك.

واما التقرير الثاني فهو وان اشبه المقام في الجملة لكنه ايضاً قياس. ثم انه بعد المناقشة فيما اجاب به صاحب الجواهر (قده) عن ادلة القول الثاني. فاللازم في مقام علاج ادلة القولين. ان يقال انه قد بينا بطلان التمسك بالعموم للقول الاول. والاستصحاب الذي تمسكوا به لذلك لا يقاوم الدليل. فينحصر دليل المشهور في خبر سليمان بن خالد وهو مخدوش عند بعض من حيث السند والدلالة. اما السند فلاشتراك النضر فيه بين الثقة والمجهول. وان كان الانصاف دلالة نقل الحسين بن سعيد عنه، على كونه النضر بن سويد الثقة، واخرى لاجل سليمان بن

خالد. فان خروجه مع زيد مع عدم خروج احد من اصحاب ابي عبدالله — ع — معه غيره يخدشه. الا ان الكشي ادعى انه تاب ورجع. وقد تمسك به صاحب الجواهر بدعوى جبرانه بالعمل.

واما الدلالة فلائنه لا يظهر فيه في قول المشهور، بل هو محتمل له، وللقول الثالث فان الحق لو كان بمعنى نفس الارض على بعد فيه، كان معناه رد الارض الى اهله وبيعه سكوت الامام — ع — عن رد اجارة الارض وعن حال ما احدثه المحيي الثاني فيها من البناء والغرس ونحوهما. وان كان بمعنى الطسّق انطبق على القول الثالث وهذا اظهر من الاول. ولو اغمضنا عن هذه الخدشة ايضاً وقايسناه مع ادلة القول الثاني كان مقدماً على عموم قوله: «كل ارض موات فهي للامام» وما اشبهه. وعموم قوله: «من احبب ارضا ميتة فهي له» ونحوه، لكونه اخص منها. فيخصصها بميتة لم يجز عليها ملك لمسلم كما انه مقدم على اطلاق صحيح عمر بن يزيد المتقدم فيكون مقيداً له بالتي باداهلها ولم يعرف صاحبها. فيبقى التعارض بينه وبين صحيحي الكابلي ومعاوية. ولا يمكن الجمع الدلالي بينهما بحمل الصحيحين على الموات الذي باداهله. وخبر سليمان على المعلوم المالك وان كان يقربه التصريح في خبر سليمان بعروفية المالك وعدم التصريح بها فيها لقوة ظهور الصحيحين، في ان الملاك في جواز تصرف الثاني وتملكه او حصول الاحقية له هو موت الارض وخرابها بترك الاول وحدوث العمارة فيها باحياء الثاني، فلا يمكن حملها على غير ما يقتضيه ملاك الحكم. ومنه يعلم عدم صحّة الجمع بينهما بحمل الصحيحين على صورة الاعراض. وخبر سليمان على صورة قصد العود والعمارة، مع ان استعمال الترك والاحراب فيما اذا اوقعا لاجل الضرورة ايضاً شايع. وبالجمله فهما متعارضان والرجحان مع خبر سليمان من حيث الشهرة العلمية ومع الصحيحين من حيث السند لا وثيقة رواتهما. وكذا من حيث الموافقة للكتاب والسنة. اما الكتاب فكقوله تعالى: «هوانشأكم من الارض واستعمركم فيها»^١ و«والارض وضعها للانام»^٢ و«فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه»^٣. واما السنة فكقوله: «كل ارض خربة للامام» و«وكل ارض ميتة فهي

١. سورة هود، الآية: ٦١.

٢. سورة الرحمن، الآية: ١٠.

٣. سورة الملك، الآية: ١٥.

للإمام» و«من أحيى أرضاً ميتة فهي له» و«من أحيى أرضاً خربة فهو أحق بها» وغيرها. كما أنهما راجحان من حيث مخالفة العامة أيضاً. كما ظهر مما نقله في «التذكرة» عن ابن عبد البر.

هذا كله بالنسبة إلى القول الأول والثاني. وأما الثالث فالظاهر أنه قول تولد من دعوى العلامة عدم الخلاف في بقاء ملك الأول إذا كان تملكه بالشراء ونحوه. ونقله الإجماع فيه عن بعض أهل الخلاف. قال في «التذكرة»، في الأرض الموات التي جرى عليها ملك مسلم: «فلا يخلو أماً أن يكون المالك معيناً، أو غير معين. فإن كان معيناً فأمّا أن تنتقل إليه بالشراء أو العطية وشبههما أو بالأحياء فإن ملكها بالشراء وشبهه. لم تملك بالأحياء بخلاف قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء، على أن ما عرف يملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز أحيائه لأحد غير إربابه». ويرد عليه أنه لا حجية في نقل عدم الخلاف، إذ هو مجتمع. مع عدم فتوى كثير من الأصحاب، أو أكثرهم في المسئلة. ولو فرضنا كونه بحكم نقل الإجماع. ففيه: أولاً أن المنقول منه ليس بحجة مع قرب احتمال كون مورده هو الشراء أو العطية من الإمام. فإنه لا بأس بالقول بحصول الملكية للمشتري وعدم خروجه عن ملكه بالموت وغيره.

وأما الرابع: فنشأه حمل أدلة الأحياء بالنسبة إلى الثاني على الأول. وحصول الإحقية بلاملك وإبقاء ملك الأول بالاستصحاب.

وأما القول الخامس: فدركه ما ذكر. ولعلّ إضافة الاستيذان لرعاية الاحتياط، قال في «المسالك»: «أما حاولوا في هذين القولين الجمع بين الأخبار بحمل أحقية الثاني، في الأخبار الصحيحة على أحقية الانتفاع بها بسبب الأحياء، وإن لم يكن مالكا. ووجوب الطسق من خبر سليمان بن خالد... وفي قيود الشهيد مراعاة لحق المالك ولحق الأخبار. وأما القول الأول ففيه أطراح الأخبار الصحيحة جملة فكان ساقطاً أقول: بناء على القولين يمكن التمسك في لزوم الطسق بقاعدة احترام الأموال وقاعدة الاتلاف. بناء على شمولها للمنافع أيضاً وعموم الموصول في قوله — ع —: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» بناء على عموم الموصول للمنافع أيضاً. وبقاعدة نفي الضرر على أشكال.

قوله:

«وان لم يكن لها مالك معروف معين فهي
للامام. ولا يجوز احيائها الا باذنه. فلو بادر
مبادر فاحياها من دون اذنه لم يملك».

هل المراد بالعبارة ارض المسلم المجهول مالکها، بان ملكها مدة فغاب وترك
حتى ماتت. فالجملة معطوفة على قوله: «فهي له». او المراد الارض التي كان لهارب
فمات وانقرض نسله كما في الخربة التي تظهر فيها اثار الحياة. فالكلام معطوف على
قوله: «وكل ارض جرى اه». او المراد الاعم من الفرضين وجوه اظهرها اوسطها. فان
المصنف لما تعرض للموات بالاصالة الذي لم يملكها احد في اول البحث بقوله: «واما
الموات... فهو للامام». وللموات بالعرض في الاراضي المفتوحة عنوة بقوله: «ولو
ماتت لم يصح احيائها». وللموات من ارض الشرك عند الفتح بقوله: «وما كان
منها مواتا في وقت الفتح». ذكر الموات الذي سبق اليه ملك الانسان ثم باد وانقرض
نسله، فعادت الارض الى الخراب. وكان يمكنه ادراج الاقسام الثلاثة في الاول، الا
انه خص كل واحد منها بالذكر. لدفع توهم عدم شمول الحكم له ولو وجد الاختلاف
فيها في الجملة. ويشهد بذلك حكمه بان هذا القسم للامام. اذ لو كان المراد المجهول
المالك، لم يكن ملكا له. بل كان له ولاية التصرف فيه وبالجملة هذا القسم نظير
الموات بالاصالة في جميع الاحكام لشمول الادلة المذكورة سابقاً له. وحيث ان
مفروض الكلام حال الحضور، كان الحكم بعدم جواز الاحياء الا باذنه. وبطلان
الاحياء بدون الاذن مطابقاً لمذهب المصنف والاصحاب.

قوله:

«وان كان الامام عليه السلام غائباً كان
المحيي احق بها. مادام قائماً بعمارتها. فلو
تركها فبادت اثارها، فاحياها غيره ملكها.

ومع ظهور الامام عليه السلام يكون له رفع يده عنها».

الكلام راجع الى اول البحث. وكان المفروض الى هنا زمان حضور الامام - ع - . وتعرض هنا لحال غيبته - ع - ، فذكر مسائل ثلاث: اولها: ان الاحياء سبب لحصول الاولوية. وثانيها: ان ترك الارض حتى يؤل الى الخراب مسوغ لتملك غيره بالاحياء. وثالثها: ان الامام اذا ظهر، رفع يد المحيي او من ترتبت يده عليها عنها. والظاهر عدم الفرق من حيث الدليل بين كون الارض في بلاد الاسلام او بلاد الكفر. وبين كون المحيي مسلماً او كافراً ذمياً او حربياً وان وقع الاختلاف في بعض فروض الكلام.

ثم انه يظهر من «التذكرة»، القول بحصول الملكية للمحیی في زمان الحضور، اذا كان الاحياء باذنه. فان تركها واخرها فاحياه الثاني ملكها ايضاً. وقال بمثل ذلك في زمان الغيبة مع القول فيه بسقوط اشتراط اذن الامام من المحيي الاول ايضاً. ولذا استشكل عليه في «جامع المقاصد».

اولاً: بانه كيف يملكها الثاني في زمان الحضور. بل وكيف يملكها الاول والثاني في زمان الغيبة بدون اذن الامام. مع كون اصل الملك له فانه لو كان الاحياء سبباً تاماً للملكية، كان الاحياء الاول ايضاً كذلك. ولو كان ملك الامام مانعاً عن ذلك وكان اذنه شرطاً كان غيره ايضاً كذلك.

وثانياً: باننا لانجد دليلاً معتبراً في النصوص يدل على التفرقة المذكورة. قال في «جامع المقاصد» بعد نقله كلام «التذكرة» ما ملخصه: «فيجىء هنا كلامان، الاول: ان هذا الموات المحيي في الاصل للامام عليه السلام. فان كان حال ظهوره فلا بد من اذنه ليملكه المحيي. فكيف استحق آخر ملكه بعد عوده خراباً اذا احياه مع ملك الاول له. وان كان في حال الغيبة فكيف يملكه واحد منها خصوصاً الثاني. مع انه ملك الامام فان كان الموت سبباً في التملك بالاحياء فهو قائم في الموضوعين. وان كان المانع الامام فهو في الموضوعين حق. الثاني: اننا لانجد دليلاً في

النصوص يدل الى التفرقة اه»^١.

وعبارة القواعد مطابقة للمتن، الا في الاحياء الثاني في حال الغيبة. فحكم فيها بمحصل الاولوية له وح فيرد على المتن وعلى عبارة «القواعد»: اولاً: انه ما هو الفارق في الاحياء الاول بين زمان الحضور والغيبة. حيث قالوا بالملكية في الاول والاحقية في الثاني. ولو اولنا الاحقية في المتن بالملكية، لا يمكن ذلك في عبارته من صرح بعدم الملك في زمان الغيبة، كالفاضل في «التذكرة».

وثانياً: ما هو الوجه في الحكم ببقاء حق الاول بعد موت الارض. وعدم جواز احيائها لاحد في زمان الحضور كما عرفت من كلامهم. وجواز ذلك في زمان الغيبة. ويرد على المصنف انه ما هو الفارق بين الاحياء الاول والثاني في زمان الغيبة. حيث حكم بكون الاول سبباً لاحقية والثاني للملكية. واتعاب النفس في دفع الاشكال عنهم غير لازم. وانما المهم بيان ما تدل عليه النصوص في حال الغيبة. وقد عرفت اختلاف الاقوال فيما جرى عليه ملك المسلم، ثم عرض له الموت في زمان الحضور. وعرفت ايضاً عدم الفرق بين الزمانين من حيث دلالة النصوص، فيمكن جريان الوجوه والاقوال السابقة هنا. والراجح منها هناك راجح هنا ايضاً. واما تفصيل المصنف بين الاحياء الاول بالقول بالاحقية والاحياء الثاني بالقول بالملكية، فقد يفسر الاحقية في عبارته بالملكية. وقد تحمل العبارة على عكس ذلك وكلاهما محتمل، والارجح بالنظر الى الادلة هو الثاني.

قال في الجواهر في ذيل عبارة المتن: «ومن هنا يظهر ان ارجاع الملكية في كلامه الى الاحقية اولى. حتى يكون موافقاً لاحد الاقوال السابقة والا كان خارجاً اه»^٢ والله اعلم بالصواب.

واما ان الامام بعد ظهوره يرفع ايدي المحيين عن الارض ويتصرف فيها كيف شاء فهو اما حكم غالبى، بعد ملاحظة ان اكثر التصرفات الصادرة من الناس، لا سيما بالنسبة للارضين، مبنية على خلاف العدالة وعلى الغضب والعدوان

١. «جامع المقاصد»، ص ٤٠٩.

٢. «الجواهر»، ج ٣٨، ص ٢٩.

و النواقل الباطلة و التوارث الفاسد، وان كان بعضهم خاطئاً معذوراً. واما انه مالك لجميع الارضين كما عرفت صراحة النصوص في ذلك. فمقتضى اقامة الحكومة العادلة و ملاءة الارض قسطاً و عدلاً أخذها و قبضها و قسمتها على نحو العدل و القسط و الاعطاء لكل ذي فضل فضله، و لكل مستحق ما يستحقه. و قد عرفت ان النصوص الصحيحة ناطقة بان الاذن في الاحياء منهم «عليهم السلام» قد صدر مشروطاً، باعطاء الطسق مهياً طلبوا. و بتوطين النفس على اخذ الارض منهم اذا ظهرت دولتهم فقد مرّ صحيح عمر بن يزيد عن ابي عبد الله - ع - قال: «كان امير المؤمنين - ع - يقول: من احبب ارضاً من المؤمنين فهي له، و عليه طسقتها. يؤذيه الى الامام في حال الهدنة. فاذا ظهر القائم - ع - فليوطن نفسه على ان تؤخذ منه»^١.

و صحيح مسمع عن ابي عبد الله - ع - : «كل ما كان في ايدي شيعتنا من الارض فهم فيه محللون و محلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيحببهم طسق ما كان في ايديهم. و ترك الارض في ايديهم و اما ما كان في ايدي غيرهم... فياخذ الارض من ايديهم»^٢. و صحيح الكابلي في الموات التي احياها المسلمون باذن الامام في كتاب على - ع - : «وله ما اكل منها حتى يظهر القائم من اهل بيتي بالسيف، فيحورها و يمنعها و يخرجهم منها»^٣.

و المراد من المؤمنين في صحيح ابن يزيد المسلمون، فيطابق الصحيحين الآخرين.

تذنيب: عنون الاصحاب «قداهم» في البحث عن الارض التي اسلم اهلها عليها طوعاً، فملكوها باسلامهم. انهم ان تركوا عمارتها مدّة و لو لم تثل فيها الى الخراب. ان للامام ان يقبلها من شاء بما شاء. فوقع الاختلاف في المسألة في جهات: الاولى: في اختصاص الحكم بالارض المفتوحة عنوة و عدمه. فيظهر من كلمات عدة، الاختصاص. و يظهر من عبارات آخرين العموم لكل ارض من مسلم ترك عمارتها مدة. قال في «الشرايع» في خاتمة بحث الارضين من كتاب الجهاد: «خاتمة كل ارض ترك اهلها عمارتها، كان للامام «عليه السلام» تقبيلها ممن يقوم

١ و ٢. «وسائل الشيعة»، ج ٦، ابواب الانفال، ب ٤، ح ١٣ و ح ١٢.

٣. «الكافي»، ابواب ان الارض كلها للامام.

بها وعليه طسقتها لاربابها»^١. قال في «القواعد»: «واما ارض من اسلم اهلها عليها، فهي لهم خاصة. وليس عليهم سوى الزكاة مع الشرائط. وكل ارض ترك اهلها عمارتها فللأمام ان يقبلها ممن يعمرها ويأخذ منه طسقتها لاربابها»^٢. وقال في «اللمعة»: «وكل ارض ترك اهلها عمارتها فالمحبي احق بها». وقال الشهيد الثاني في شرح العبارة: «لا بمعنى ملكه لها بالاحياء لما سبق. من ان ماجرى عليه ملك مسلم لا ينتقل عنه بالموت، فبترك العمارة التي هي اعم من الموت اولى بل بمعنى استحقاقه التصرف فيها. وعليه طسقتها اي اجرتها لاربابها»^٣. وعن «المسالك» في ذيل قول المحقق: «وكل ارض ترك اهلها عمارتها كان للامام». قال وذلك كالارض التي اسلم اهلها عليها وارض الجزية وغيرها من المملوكات.

والثانية: في خروجها عن ملك صاحبها وعدمه. فيظهر من ابن ابي حمزة وابن البراج والشيخ في «النهاية»، والعلامة في «التحرير» والشهيد الثاني في «المسالك» انها تخرج عن ملك صاحبها وتكون للمسلمين قاطبة. وينسب الى المشهور بقائها في ملك صاحبها.

والثالثة: في عوائدها ومنافعها، فعن الشيخ في «النهاية» وابي الصلاح والشهيد في «الدروس» انها تصرف مصالح المسلمين بعد اعطاء طسق الارض لصاحبها. وعن قاطعة اللجاج نسبة ذلك الى الشهرة. وصرح بلزوم الطسق في «الشرايع» و«النافع» و«الارشاد» و«التبصرة» و«القواعد» وموضع من «التذكرة». ثم ان عمدة الدليل على حكمهم في المقام هي صحيح البنزطي والاختلاف نشأ من اختلاف فهم معنى الحديث.

ففي الكافي عن احمد بن محمد بن يحيى واحمد بن محمد بن ابي نصر جميعاً قالوا: «ذكرنا له الكوفة وما وضع عليها من الخراج، وما سار فيها اهل بيته. فقال من اسلم طوعا تركت ارضه في يده واخذ منه العشر مما سقى بالساء والانهار ونصف العشر مما كان بالرشاء فيما عمروه منها. وما لم يعمره منها اخذه الامام قبله ممن يعمره وكان للمسلمين اه»^٤. وهذا الصحيح مضمهر والظاهر اتحاده مع الصحيح بعده. وفيه قال الرضا

١ و ٢. «الشرايع»، كتاب جهاد، ص ٩١ و ١٠٦.

٣. «لمعة»، كتاب احياء الموات.

٤. «الكافي»، ابواب جهاد العدو، ب ٧٢، ح ١.

«عليه السلام»: «العشر ونصف العشر على من اسلم طوعاً تركت ارضه في يده، واخذ منه العشر ونصف العشر فبا عمر منها. وما لم يعمر منها اخذه الوالي فقبله من يعمره وكان للمسلمين». وظاهرهما اختصاص الحكم بالارض التي اسلم اهلها عليها طوعاً. وخروجها عن ملك صاحبها ودخولها في ملك المسلمين، وعدم استحقاق صاحبها الطسق. وكون عوائدها للمسلمين من جهة تبعيتها لنفس الارض. وحمل ما لم يعمر على الارض الميتة حال اسلامهم. او حمل عدم العمران على تركها الى ان تخرب، ينفيها الحكم بان الامام يقبلها وانها تكون للمسلمين. اذ ليس ذلك من احكام الموات بالاصالة او بالعرض كما عرفت هذا. ولكن التعدي عن مورد الرواية الى مطلق الارض المتروكة. كما ذهب اليه عدة من الاصحاب ليس بذلك البعيد لاشعار عدم العمران بملاك الحكم. ويقربه عدم ظهور الخصوصية للارض المذكورة من جهة كون اهلها حديثي العهد بالاسلام ونحو ذلك. مع ان ايكال الامر الى الوالي يهون الخطب ويسهله. واما خروجها عن ملك صاحبها المبني على ارجاع الضمير في كان الى الموصول المراد به الارض. فهو وان كان ظاهر الكلام الا انه مخالف للاصل. وقاعدة احترام الاموال وقاعدة سلطنة الناس على اموالهم. ففقتضى الجمع بينها وبين الصحيح اما ارجاع الضمير الى حق القبالة المستفاد من كلمة التقبيل. او جعل اللام في المسلمين للانتفاع دون الملكية. وح يمكن القول ببقاء الارض على ملك صاحبها. ويكون حكم الاصحاب باستحقاقه الطسق موافقاً للقاعدة. ومنه يعلم ان ما يبق من حق القبالة بعد اخراج طسق الارض يكون للمسلمين. واستدل على الحكم ايضاً بقاعدة الاحسان. فان تقبيل الارض من القادر على عمارتها، واعطاء الطسق لمالكها. وصرف ما زاد عن ذلك من حق القبالة في مصالح المسلمين. احسان محض يشمله قوله تعالى: «ما على المحسنين من سبيل»^١. وبان النبي ووالي اولى بالمؤمنين من انفسهم. فلهما الولاية على اموالهم بالطريق الاولى.

والظاهر ان شمول قاعدة الاحسان لمواردها يحتاج الى جبرها بالعمل. واما ولاية الامام فدأثرتها اوسع من المورد.

قوله:

«وما هو بقرب العامر من الموات يصح
احياؤه».

لعله لاخلاف فيه بين المسلمين الا ابي حنيفة وليث لا تطلق ادلة الاحياء، وعدم دليل على مانعية قرب الارض من العامر عنه. الا اذا كانت من جملة حريمه ومرافقه، كما سيأتي في شروط الاحياء. وفي ذكر المسألة اشارة الى رد ابي حنيفة وليث حيث قالوا: بعدم الجواز لانه قد يحتاج اليها العامر. ولعل مرادها ملاحظة الحريم بالقوة. وحدد ابو حنيفة القرب بما اذا صاح الرجل لا يسمع المصغي اليه صوته. وعن غيره تحديده بغلوة سهم.

قوله:

«ويشترط في التملك بالاحياء شروط
خمسة».

هنا امور:

الاول: ان الامور الخمسة التي جعلها المصنف شروطاً للاحياء. ليس واحد منها بشرط حقيقة. فان الشرط عبارة عن الامر الوجودي الذي له دخل في فاعلية الفاعل او قابلية القابل. هذه امور عدمية. فهي من قبيل عدم المانع والشرط الحقيقي في المقام امران: اذن الامام الذي ذكره سابقاً ونية التملك بناء على القول بشرطيتها فتسميتها شرطاً مبنية على المسامحة. فان مانعية شيء وجودي لا مريلازم انتزاع الشرطية لعدمه، وان كان العدم غير مؤثر شيئاً. فالاولى ح ان يقال: ان الاحياء سبب للملكية ولها شرطان. وموانع ستة لا بد من انتفائها. وهي ثبوت يد المسلم على الارض، وكونها حريماً لعامر، ومشعراً، واقطاعية، ومحجرة، وحمي، والضابطة الكلية في انتزاع المانعية والشرطية، هي انه لو كان المجمعول شرطاً امراً عدمياً، يعلم منه ان

الشرطية منتزعة من مانعية نقيضه. كما اذا قيل من شرائط الصلاة عدم كون لباس المصلي من اجزاء غير المأكول، فيرجع الكلام الى مانعية غير المأكول. واما اذا لم يكونا نقيضين بل كانا متضادين مثلاً كشرطية طهارة البدن والثوب في الصلاة، فلاوجه ح لارجاع ذلك الى مانعية ضده، فلوصرح في المثال بالمانعية ايضاً كان اللازم القول بكلا الامرين اعني شرطية الطهارة، ومانعية النجاسة وتظهر الثمرة عند الشك.

الأمر الثاني: ذكر المصنف (قده) هنا للاحياء شروطاً خمسة واطاف اليها في الجواهر شروطاً ثلاثة هي اذن الامام، وعدم كون المحل حمى، وكيفية الاحياء، وزاد في «الدروس» شرطاً رابعاً وهو قصد التملك. فنقول:

اما: الاذن فقد ذكره المصنف في اول الكتاب. حيث قال: «واذنه شرط فتى اذن ملكه المحيى له». الا انك عرفت الاختلاف في ذلك، فن قائل بسقوطه في زمان الغيبة لعدم التمكن منه، ومن قائل بثوبته، وان الامام «عليه السلام» اذن في ذلك في زمان حضوره، بحيث يشمل زمان الغيبة ايضاً، وعليه كان المناسب ان يذكره هنا.

واما الثاني: فالمصنف قائل بشرطيته ايضاً. وقد اشار اليه في اواخر الشروط بقوله: «وللنبي صلى الله عليه وآله ان يحمى لنفسه ولغيره» وكان الاولى ايضاً ذكره هنا.

واما الثالث: فهو من حالات السبب، وخصوصياته. وليس شرطاً، فاحياء الارض الذي عبارة عن تخلية احجار المحل وقطع مائه المحيط به وقلع اشواكه المانعة ونحو ذلك سبب للملكية. وكيفيته من حالات السبب لامن شروط السبب.

واما الرابع: فذهب صاحب «المسالك» الى شرطيته. واعتذر عن ترك تصريح المصنف له، بانه اشار اليه بقول: «ويشترط في التملك» فان التملك هو ارادة الملك. لكن في «الجواهر» انه لا دليل على اشتراط ذلك. بل عدمه مظنة الاجماع كما ان ظواهر الادلة ايضاً تقتضي عدمه. بيان ذلك ان مقتضى قوله: «من احبب ارضاً فهي له او فهو احق بها» سببية الاحياء للملكية او الاحقية مطلقاً. ولا يستفاد منه القصد الى المسبب عند ايجاد السبب، بل هو كسببية الملاقات للنجاسة والاتلاف للضمان. فالقول بعدم لزوم القصد بل وعدم قدح قصد العدم ايضاً قوى. ضرورة انه متى وجد مصداق الاحياء وجدت الملكية، وترتبت عليه قهراً.

ان قلت: لو كان الامر كذلك لزم مالكية الزكيل والاجير الخاص للارض الحياة بالاحياء دون الموكل. والمستأجر وان قصدهما بالعمل وهو باطل. قلنا: ان قصد النيابة يجعل فعل الوكيل والاجير فعلاً للموكل والمستأجر. ولازم ذلك كون مسببه المرتب عليه، وهو الملكية ايضاً لهما وسيأتي الكلام في توضيحه.

الامر الثالث: ذكر صاحب العروة (ره) في كتاب الاجارة في المسألة الثانية من «فصل لا يجوز اجارة الارض» ان في سببية الحيازة للملكية وجوهاً ثلاثة. والاشارة اليها بتلخيص منا تناسب المقام، وان كان البحث عنها من بعض الجهات مرتبطاً بباب الاجارة.

قال (قده) في بيان الوجوه الثلاثة:

احدها: ان نقول: ان مقتضى الادلة سببية الحيازة، او الاحياء للملكية الحائز. اعني من صدر منه الحيازة مباشرة ملكاً قهرياً غير اختياري. فيكون ترتب الملكية الاعتبارية ح على الحيازة، كترتب الآثار العقلية عليها من التعب والاعياء. او حصول القدرة في العضلات او غيرها.

وثانيها: القول بان مقتضاها سببية الحيازة للملكية مالك الحيازة للمحوز ملكاً قهرياً. سواء كانت الحيازة للمباشر لها ام كانت لآخر بالاجارة او الجعالة. او التبرع على اشكال فيه.

وثالثها: ترتب الملكية على قصد الحائز ودورانها مداره كانت الحيازة له او لغيره. فلو قصد الاجير كون المحوز لنفسه كان له ولو قصد كونه للغير كان للغير. ثم رتب على ما ذكره صحة الاستيجار للحيازة على بعض الوجوه وفساده على بعضها الآخر.

اقول: الظاهر ان غرضه كون كل واحد من تلك الوجوه محتملاً من ادلة الباب بحيث يمكن للمفقيه حملها عليه حسب استظهاره وتأديه نظره. ففاد قوله: «من احيا ارضاً فهي له» وقوله: «لليد ما اخذت» على الوجه الاول «من صدر عنه الاحياء مباشرة فهو مالك للمحيى» و على الوجه الثاني «من هو صاحب الاحياء ومالكة فهو مالك المحيى». وعلى الوجه الثالث: «من قصد له الملكية حين الحيازة فهو مالك للمحيى».

لكنّ الانصاف عدم الاشكال في كون ظاهر الحديث وامثاله. ان من صدر منه الاحياء وانتسب عليه فهو يملك الارض، ويكون احق بها. والذي ينبغي ان يبحث عنه ح امران:

احدهما: وهو الذي يرتبط بالمقام، انه هل يتوقف ذلك الترتب اي ترتب ملكية الارض لصدور الاحياء. وبعبارة اخرى سببية صدور الاحياء من شخص لملكية الارض على قصده التملك ام لا ومقتضى اطلاق الادلة عدمه. وعليه فلا دليل على ما ادعاه الشهيد (ره) في دروسه. من اشتراط القصد ولا وجه لحمل الشهيد الثاني (قده) عبارة المتن عليه، مدعيا استفادته من كلمة التملك. ولعل القول بالاشتراط نشأ من دعوى انصراف الادلة الى صورة القصد لندرة تحقق الاحياء بدونه. فيبقى المورد النادر خارجا عن شمول الادلة. فتكون اصالة عدم حصول الملكية محكمة. الا ان يقال ان الانصراف الناشي عن ندرة الوجود، كما في المقام. لا يمنع عن شمول الدليل والمانع هو الانصراف الناشي عن ندرة الاستعمال. فاللازم هو القول بالسببية المطلقة كما ذهب اليه صاحب الجواهر قال فيها: بعد ما نقل اعتبار النية في التملك عن الشهيدين ما لفظه: «وفيه انه لا دليل على اشتراط ذلك بل ظاهر الادلة خلافه والاجماع مظنة عدمه لا العكس». كما ان دعوى الانسياق من النصوص. ولا اقل من الشك واضحة المنع وان مال اليه في الرياض... الى ان قال: «فالتجّه ارادة الملك من التملك وانكار ذلك شرطاً»^١. ومراده من قوله ارادة الملك من التملك يعني به، ما وقع في عبارة المتن. حيث استظهر الشهيد الثاني من ذلك اشتراط الماتن قصد التملك.

ثانيهما: انه هل يعتبر في صدق صدور الفعل عن شخص وانتسابه اليه المباشرة. او يصدق على الصدور بنحو التسبب ايضاً. اظهره الثاني فانه لا اشكال لدى العرف في صدق الاحياء والحيازة على استخراج المعادن واحياء الاراضي بالاستيجار والجمالة ونحوها. بل لا يتيسر ذلك في الغالب لارباب المعادن والاملاك. الا بالتسبب مع صدق الانتساب الى اربابها قطعاً. فاللازم الحكم بملكية من انتسب اليه الاحياء والحيازة. سواء اكانت حيازته بالمباشرة ام بالتسبب باجارة او جمالة او

نحوهما. وسواء قصد على الاول ملكية نفسه ام ملكية غيره ام لم يقصد شيئاً. وعلى تقدير اعتبار النية، اذا لم ينو الملكية لم تحصل مطلقاً وتبقى الارض الحياة او الاشياء المحوزة على اباحتها الاصلية. فيجوز لكل احد تملكها.

نعم هنا امر آخر وهو ان الاصحاب عنونوا في موارد من الفقه انه يشترط في النائب قصد النيابة. والا لم يقع فعله فعلاً للمنوب عنه ولم يكن مرتبطاً اليه. فيأتي نظير الكلام في المقام ايضاً. فيشترط في استناد فعل الاجير الى المستأجر قصد كونه له. فان وقوع فعل الانسان لغيره وانتسابه اليه عنوان قصدي كعنوان الصلاة والصوم ونحوهما. فاذا لم يقصد الاجير ذلك لم يستند الفعل الى المستأجر، فلا يملك آثاره. وهذا لان التملك بالاحياء او الحيازة يتوقف على قصد الملكية. بل لان الاحياء لم يقع من المستأجر حتى يترتب عليه اثره. فاستفادة اشتراط نية التملك في الاحياء والحيازة امر واشتراط نية النيابة في انتساب الفعل الى غير المباشر امر آخر، قال المحقق البروجردي في تعليقه على المسألة السادسة من الباب السابق: «فهل استحقاق المستأجر عمل الاجير او منفعته. يجعل استيلائه استيلاء المستأجر مطلقاً او فيما اذا لم ينو الاجير خلافه. او لا ينصرف اليه الابنية كونه له او عنه او اداء ما استوجر عليه وجوه اظهرها الاخير. واما اعتبار نية التملك في حصول الملك بالحيازة وعدمه فاجنبني عن ذلك رأساً».

تنبيه: لو استأجر شخصاً لاحياء ارض موات او حيازة شيء من المباحات باجارة خاصة. كعمل الاحياء في يوم السبت مثلاً، فخالف الاجير فأجر نفسه لزيد في ذلك اليوم بذلك العمل، او عمل له ذلك بنحو الجمالة، يستفاد من كلمات الاصحاب ان المستأجر الاول يتخير بين امور اربعة:

الاول: ان يفسخ اجارة نفسه، وحكمه انه يرجع الى الاجرة المسماة فيها.

الثاني: ان لا يفسخها ويميز الاجارة الثانية، وحكمه انه يأخذ الاجرة المسماة

في تلك الاجارة او الجعل، بناء على جريان الفضولية فيها.

الثالث: ان لا يفسخها ايضاً ويفسخ الاجارة الثانية، ويطلب اجرة المثل

للعمل من الاجير لتفويته ذلك وضمائه.

الرابع: الصورة مع مطالبة اجرة المثل من المستأجر الثاني لانه قد استوفاه،

والظاهر انه على جميع التقادير يكون الارض الحياة او المال المحوز للمستأجر الثاني

لمامر أنفا من استناده العمل اليه بواسطة قصد الاجير، وقد عنون المسألة المحقق اليزدي (قده) في اجارة «العروة» في المسألة ٤ من الفصل الخامس.

قوله:

«الاول ان لا يكون عليها يد لمسلم».

في «الجواهر» بلاخلاف اجده بين من تعرض له، وقد يتوهم لغوية هذا الشرط، فان يد المسلم على الموات لا تكون الا بكونه حريماً لملكه او مما اقطعه الامام «عليه السلام» اياه، او محجراً له او حمى والكل مذكور في المتن لكنه فاسد لصدق الشرط.

أولاً: فيما اذا جرى على الموات ملك المسلم، فتركه حتى خربت. فان ملكه ثابت على المشهور في زمان الحضور، بل وفي زمن الغيبة ايضاً على المشهور. فاليد هنا موجودة وليس من المذكورات.

وثانياً: في موارد الشك، فاذا رأينا ارضاً مواتاً تحت استيلاء احد بايجاده جداراً او حاجزاً حولها وتصرفه فيها احياناً، ولو بعمل المسابقة فيه والمرامة فوجود اليد بهذا النحو كاف في المنع عن الاحياء. وان احتمل كونه من احد المواضع الآتية فيفترق عنها في صورة الشك، وبالجملة فعدم اليد بنفسها شرط من شروط الاحياء، لكن مع احتمال صحتها، لامع العلم بفسادها كالغصب ونحوه. وكان اللازم على المصنف ان يعبر عن هذا الشرط بقوله: «ان لا يكون عليها يد صحيحة ممضاة» ليشمل ما كانت تحت يد المعاهد ايضاً. والشهيد (قده) جعل انتفاء الملك السابق شرطاً بعد اشتراط عدم اليد، فالمراد بالاول هو صورة تحقق اليد مع الشك في سببها.

ثم ان الدليل على هذا الشرط في الموات الذي جرى عليه ملك لمسلم معروف هو ما عرفت من مذهب المشهور من الاصل والعمومات وخبر سليمان بن خالد، فلا مسرح للحكم بمجواز الاحياء. ومنه يعلم ان عدم اليد بهذا المعنى شرطاً مبني على هذا القول. واما بناء على خلاف ذلك كما عرفت تقريبه فلا يكون شرطاً كما هو واضح. واما في غير هذه الصورة فوجوه:

اولها: انصراف ادلة الاحياء عما تعلقت به سلطنة الغير. وعلى فرض الشمول كانت معارضة مع ادلة اليد. فتقدم الثانية بشهادة اشتراط المشهور عدم اليد في الاحياء.

وثانيها: قاعدة نفي الضرر. فان منع ذي اليد عن متعلق يده ضرر عليه، فيشملة قوله: «لا ضرر ولا ضرار».

وثالثها: مفهوم النبوي المنقول عن سنن البيهقي^١: «من احبب ميتة في غير حق مسلم فهي له». قال في الجواهر بعد ذكر الخبر: «انه وان لم يكن منقولاً بطرقنا، لكنه منجبر بالعمل فيمكن اخذه دليلاً مستقلاً. فضلاً عن حصول الشك به»^٢. ومراده بقوله فضلاً عن حصول الشك، انه لولم يدل على المطلب فلا اقل من توليده الشك في صحة الاحياء وعدمها. فيجري اصالة عدم التملك. لكن الاصل متوقف على عدم شمول دليل الاحياء كما عرفت.

قوله:

«الثاني ان لا يكون حريماً لعامراً».

ادعى على الحكم عدم وجود الخلاف فيه. ونظير المتن ما في «التحرير». وقال في «القواعد»: «ونعني بالميت ما خلا عن الاختصاص». ثم قال واسباب الاختصاص ستة فعد منها، العمارة، ثم ذكر الخمسة التي في المتن. وكان الصواب ذكر الحمى بدل العمارة اذ هي خارجة عن مورد البحث. لان الكلام في الموات وبالجملة احترز اكثر الاصحاب عن الحریم. باشتراطهم عدم الاختصاص. ك«النافع» و«التذكرة» و«التحرير» و«الارشاد» و«اللمعة» و«الدروس» كما في «مفتاح الكرامة». ثم قال: «الثالث حریم العمارة. فاذا قرر البلد بالصلح لاربابه، لم يصلح احياء ما حواليه من الموات من مجتمع النادی، ومرتكض الخيل ومناخ الابل ومطرح القمامة وملقى التراب ومرعى الماشية وما يعد من حدود

١. ج ٦، ص ١٤٢.

٢. «جواهر»، ج ٣٨، ص ٣٤.

مرافقهم والطريق والشرب وحریم البئر والعين»^١.

وقال في «التذكرة»: «لأنعلم خلافاً بين علماء الامصار. ان كل ما يتعلق لمصالح العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته وملق ترابه والاته. او بمصالح القرية كقناتها ومرعى ما شيتها ومحتطها ومسيل مياهها لا يصلح لاحد احيائه. ولا يملك بالاحياء. وكذا حریم الابار والانهار والحائظ والعيون. وكل مملوك لا يجوز احياء ما يتعلق لمصالحه لقوله: من احيى ميتة في غير حق مسلم فهي له. اذ مفهومه ان ما يتعلق به حق مسلم لا يملك بالاحياء اه»^٢. وعن «جامع المقاصد» دعوى الاجماع عليه.

واستدل عليه بامور:

منها: الاجماع. الذي ادعاه عدة من الاصحاب.

ومنها: عمومات ادلة الاحياء. فانها كما تدل بالمطابقة على كون المحيي مالكا لما احياه. تدل بالالتزام على استحقاؤه الحریم له. وهو كلما يتوقف عليه انتفاعه بالحميا. ويشهد له بعد الاجماع المزبور النصوص الخاصة الدالة على الحریم في موارد خاصة. كقوله «عليه السلام»: «حریم الشرب حافظاه. وحریم بئر المعطن اربعون ذراعاً وبئر الناضح ستون ذراعاً وغير ذلك». ولعل المراد بقاعدة الملك ان طبيعة الملكية عند العقلاء، تقتضي الدوام والبقاء، ما لم يرفعها رافع، فالمراد من القاعدة بناء العقلاء عليه في خصوص المقام، ولو لم يثبت بنائهم عليه في كل ما ثبت. وجوده فتفرق عن الاستصحاب.

ثم انه بعد ثبوت الاستحقاق المذكور، يمكن الاستدلال عليه ايضاً بمفهوم النبوي المزبور: «من احيى ميتة في غير حق مسلم فهي له». فان احياء حریم الغير يكون ح احياء في حق مسلم. والاستدلال بقاعدة نفي الضرر. فان التصرف في حریم الغير مع كونه ممّا يتوقف عليه انتفاعه بملكه اضرار بلا اشكال. فننتفيه قاعدة نفي الضرر.

ومنها: مصحح البنزطي عن محمد بن عبدالله قال: «سألت الرضا عن الرجل تكون له الضيعة، وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً او اقل او اكثر. يأتيه الرجل فيقول اعطني من مراعي ضيعتك، واعطيك كذا وكذا درهماً؟ فقال ان كانت الضيعة له فلا

١. «مفتاح الكرامة»، ج ١، ص ٢٢٠.

٢. «مفتاح الكرامة»، ص ١٤.

بأس»! والاستدلال به يتوقف على كون الحدود التي تبلغ عشرين ميلا خارجة عن الضيعة المعمورة. معدودة من حريمها ومراعيها فتقع المعاملة البيعية او غيرها عليها. او على العلوقة المباحة النابتة عليها، فثبت الاولوية المانعة عن الاحياء. واما اذا كانت الحدود المذكورة من الضيعة والعلف مزروعاً، مملو كالصاحبها، فالصحيح خارج عن محل البحث.

ورواه في الوسائل عن البنزطي عن ادريس بن زيد عن الرضا: «قال قلت له ان لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غم وابل، ومحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه. أيجل له ان يحمى المراعى لحاجته اليها؟ فقال اذا كانت الارض ارضه فله ان يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه. قال وقلت له الرجل يبيع المراعى فقال اذا كانت الارض ارضه فلا بأس»^٢. بناء على كون المراد بالحدود حدود الحرم بقريئة سؤاله عن حماه لحاجته وقوله اذا كانت الارض ارضه سيق لبيان استحقيقه الحرم. فان ملكية ارض الضيعة سبب لتحقق الحرم. ومسوّخ لتصويره في حوائجه وبيعه لغيره. ثم ان في كون الحرم مملوكاً لمالك ذي الحرم اختلافاً بين الاصحاب. فاستدل في الجواهر مصحح البنزطي المزبور على الملكية. ولما في خبر ادريس: «قلت له الرجل يبيع المراعى؛ فقال اذا كانت الارض ارضه فلا بأس». وخبر محمد: «اعطني من مراعى ضيعتك واعطيك كذا درهماً». فالبيع والاعطاء بالدرهم الذي ظاهره البيع، يدلان على الملكية.

واستدل له ايضا بامور:

منها: ما قيل انه مكان استحققه المحيي بالاحياء، فملك كالمحياة.
ومنها: ما قيل: ان معنى الملك موجود فيه، لانه يتبعه في بيع العين. ولانه ليس لغيره احيائه والتصرف فيه بغير اذنه.
ومنها: ثبوت حق الشفعة فيه، وليس ذلك الا في ملك. فاذا كان هناك داران تشر كان في الطريق الذي هو حريمها، فبيع احد الدارين يثبت حق الشفعة لصاحب الدار الاخر لاجل الطريق.

١. ابواب احياء الموات، ب ٩، ح ١.

٢. «وسائل الشيعة»، ج ١٢، باب ٢٢، ح ١.

ومنها: ان الحرم محيي لان احياء كل شيء بحسبه فيشملة دليل الملكية. هذا ولكن قد استشكل في «الجواهر» في مانعية الحرم عن الاحياء. بان السيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار تقتضي عدم اجتناب ما هو حريم للقرية مثلاً. وتوضيح ذلك انه اذا فرض تكوّن قرية في محل مباح وكانت لها مواش واحشام. فالمقدار اللازم لرعى مواشيمهم حول تلك القرية بالغاً ما بلغ يكون حريماً لهم. ولازم ذلك جواز ان ينعوا اللاحقين بهم للمجاورة معهم لتصرفهم في حريم السابقين. مع ان السيرة كما ادعى جارية بالالحوق والمجاورة. ولا يحكون للوارد المتصرف بالتعدي. ولا تحصل الممانعة من المورودين. ونظير ذلك ما اذا تكاثر اهل مجتمع واحد، فخرج عدة منهم من المحيط الاول فبنوا دوراً في خارجه، في غير المحياة من ارضهم. فانهم ايضاً يتصرفون في حريم القرية، وان كان لهم ايضاً نصيب من الحرم. هذا ولكن دعوى السيرة على وقوع هذا العمل على مدعيها. وسيأتي ما فيه ومع الشك فاصالة عدم سببية الاحياء للملك محكمة.

قوله:

« كالطريق والشرب وحريم البئر والعين
والحائط ».

فالطريق حريم لذى الطريق. والشرب بكسر الشين، وهو النهر الذي يجري فيه الماء حريم لما يحتاج اليه. وسيأتي تحديد كل واحد من الامور المذكورة.

قوله:

« وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج اليه في
الارض المباحة خمس اذرع، وقيل سبع اذرع.
فالثاني يتباعد هذا المقدار ».

ظاهر العبارة كعبارة «القواعد» بيان حال طريق الاملاك. سواء اتخذت من المباح او من غيره. مع كون الطريق المحتاج اليه في المباح. مع ان الظاهر كما

ذكره في «المسالك» ايضاً، ان الحكم عام لمطلق الطريق المتخذ من المباح. سواء أكانت للاملاك ام غيرها كالطريق بين القريتين لفرد كان او لجماعة. فلو سلك انسان طريقاً من قرية الى اخرى واتخذ مسلكاً لنفسه. وطريقاً جرى فيه الحكم المزبور. كما انه اذا نزلت عدة في محل مباح، وارادوا بناء المساكن فيه. وجعلوا الفواصل والطرق بين الدور، كان الحكم كذلك. ولم يجوز لواحد منهم التعدي عن المقدار المذكور. ولذلك قال في «المسالك» ما خلاصته: «يظهر منه ان هذا طريق خاص، وهي طريق الاملاك. وتقدير العبارة ان حد الطريق الثابتة لمن ابتكر شيئاً يحتاج الى طريق في ارض مباحة مقدار خمس اذرع او سبع. بمعنى انه على المحيي بعده ان يتباعد هذا المقدار. وبعضهم جعله حد الطريق مطلقاً وهو اولى».

ويظهر من «المسالك» ايضاً، انه لا يلزم كون الطريق مبتكراً. بل يجري الحكم لتعيينه ولو من الطريق القديم. كالباحات المتسعة في اواسط القرى والبلاد او الطرق الواسعة جداً. فاذا اراد احد احياء طرف منها او شيئاً من طرفها جاء فيه التحديد المزبور. لاسيما مع التشاح، وان كان يظهر من بعض الاصحاب كون الطريق مبتكراً. قال في «التحرير»: «وحد الطريق المبتكر في الارض المباحة خمس اذرع، وقيل سبع اذرع وهو الاقوى فيتباعد الثاني عن الاول بهذا المقدار»^١. وفي «المختصر النافع» الطريق المبتكر في المباح. اذا تشاح اهله فحده خمسة اذرع وفي رواية سبعة اذرع. بل ويجري الحكم في الاراضي المملوكة ايضاً. فلو ملك عدة ارضاً بيضاء وارادوا بناء الدور فيها، فجعلوا مسالك وطرقاً فيما بين الدور. كان حكمها حكم المباح في شمول الادلة المذكورة لدى التشاح. نعم التعدي عن السبع الاذرع. هي هنا لملاحظة مصلحة البعض مع عدم رضا الاخرين مشكل جداً. فاللازم التراضي في الزائد عن المقدار المعين في الرواية.

ثم ان في تحديد مقدار الطريق الذي يراد اتخاذه ابتداء او مطلقاً على ما عرفت. اقوالاً للاصحاب.

الاول: كون مقداره شرعاً خمس اذرع اختاره المصنف في المتن. والعلامة في بعض كتبه. وفي المقتصر ونسبه فخرالدين الى الكثير و«الارشاد» الى الاكثر.

الثاني: كونه سبع اذرع. ذهب اليه القاضي والشيخ والتقي الحلبي والحلي ويحيى بن سعيد والفاضل في جملة من كتبه. وولده والشهيد ان والكركي.

الثالث: التفصيل بين صورة عدم الحاجة الى الزائد فالخمس، وبين صورة الحاجة اليه فالسبع. ذهب اليه المحقق الثاني في «جامع المقاصد».

الرابع: التفصيل بين طريق الاملاك الشخصية التي لا تمرّ عليها القوافل فالخمس. وبين ما تمرّ عليه القوافل فالسبع. ولواحتياج الى ازيد، كالذي يمر عليه الحجاج مع الكنائس والهواذج فاكثر من ذلك ذكره في «المسالك».

واستدل للقول الاول بموثق البقباق عن الصادق «عليه السلام»: «اذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم: سبع اذرع وقال بعضهم: اربع اذرع فقال ابو عبد الله «عليه السلام»: «لا بل خمس اذرع»^١.

واستدل ايضاً بالاصل ذكره في «المسالك». والمراد اصالة عدم وجوب اجتناب المحيي الثاني عما زاد عن الخمس اذرع. وجعله في «المسالك» و«جامع المقاصد» و«الجواهر» معارضاً لاصل آخر. وهو اصالة عدم حرمة منع الاول عن احياء الثاني ما زاد عن الخمس اذرع. وبعبارة اخرى يتعارض جواز الاحياء وجواز المنع من الطرفين.

واستدل على القول الثاني بمعتبر السكوني عن ابي عبد الله «عليه اسلام»: «والطريق يتشاح عليه اهله، فحدده سبع اذرع»^٢. ورواه مسمع بن عبد الملك عن الصادق «عليه السلام»: مثله^٣.

ثم انه لا اشكال في تعارض الدليلين. فهل اللازم الجمع بينهما سنداً باخذ احدهما وطرح الاخر او دلالة كما ذهب اليه عدة من الاصحاب بجمل السبع على الاستحباب او حمل الاختلاف على اختلاف حاجة المارة وجهان؛ قال الشهيد (ره) في «المسالك»: «ويمكن حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق. فان منها ما يكفي فيه الخمس كطرق الاملاك. والتي لا تمرّ عليها القوافل ونحوه غالباً. ومنها ما

١. ابواب الصلح، ب ١٥، ح ١.

٢. ابواب احياء الموات، ب ١١، ح ٥. وابواب احكام الصلح، باب ١٥، ح ٢.

٣. ذلك المدرك، ح ٧.

يحتاج الى السبع وقد يحتاج بعضها الى ازيد من السبع كالطريق التي يمر عليها الحاج بالكنائس ونحوها. فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة الى الزائد على المقدر اما النقصان فلا»^١. هذا كله اذا اريد الاستطراق ابتداء. واما لو استطرق المحيي او غيره من محلّ مباح واتخذوه طريقا اوسع من المقدار المنصوص. ثم انه لو كانت الارض محيية لغرض لا يمكن استيفائه الا باتخاذ طريق اوسع من سبع اذرع. كان الزائد محسوبا من مرافق الارض. فيشملة ادلة المرافق والحريم وقاعدة نفي الضرر اذا كان التصرف فيه اضراماً لصاحب الارض المحيية. فيثبت عنوان الطريقة على الجميع فلا يجوز التصرف فيه واحيائه. قال الشهيد في «المسالك»: «ولوزادوها على السبع واستطرت صار الجميع طريقا. فلا يجوز احداث ما يمنع المارة في الزائد». ويشهد له موثق البقباق عن ابي عبدالله «عليه السلام»: «قلت له الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء اذا لم يضرب بالطريق؟ قال لا»^٢. وسيأتي وجود الخلاف في المسئلة.

ثم انه قال في «الجواهر»: «والظاهر زوال حرمة الطريق باستتجامها وانقطاع المرور عليها، وان توقع عودها. فضلا عن ما لو استطرق الناس غيرها وادى ذلك الى الاعراض عن الاول رأساً».

ولا بأس بالقول به بناء على عدم كون الطريق ملكا لصاحب الارض المحيية. كما هو الظاهر، كسائر المرافق المربوطة بها. واما بناء على القول بكونه ملكاً له تبعاً للملكية المحيية. كما مال اليه صاحب الجواهر فيما سبق، فحكم عروض الموات له كعروضه للملك المحيية. ثم ان الطريق على قسمين: خاص وعام.

والاول: ما يكون حريماً للملك يحتاج اليه. كان لشخص معين او اشخاص معينين، كما عرفت من اغلب الامثلة المذكورة. وهذا يمكن ان يكون مملوكا لملك ذي الحريم. ومن ذلك السكك المسدودة التي تكون لمن يفتح باب بيته اليها. والثاني: الطرق النافذة والشوارع. التي هي من المشتركات وسيأتي بيان حكمها.

١. «المسالك»، ج ٣٨، ص ٣٨.

٢. ابواب عقد البيع، ب ٢٧، ح ١.

قوله:

«وحریم الشرب بمقدار مطرَح ترابه. والمجاز
على حافتيه».

الشرب بالكسر بمعنى الحظ والنصيب من الماء نهراً او قناتا او غيرهما. وقد يطلق على نفس النهر الذي يجري فيه الماء وهو المراد هنا. والدليل على كونه حرماً هو الدليل على مطلق الحریم. وقد مر في اول البحث.
قوله: «ولو كان النهر في ملك الغير، فادعى الحریم قضى له به مع يمينه. لانه يدعي ما يشهد به الظاهر. ولكن فيه تردد» ويقرب منه عبارة القواعد. الا انه قال في اخرها على اشكال.

اقول ليس الكلام فيما لو علم ثبوت يد صاحب النهر على الحریم وعدم ثبوت يد صاحب الملك. ولا في عكس الفرض ولا فيما علم بشراء صاحب النهر نهراً بنحو الاطلاق او علم احيائه النهر في مكان مباح. ثم احياء صاحب الملك حواليه فان الحكم في الجميع واضح وهو خارج عن محل البحث. وانما الكلام فيما اذا علم بكون النهر لزيد وملك لعمر ومثلاً ولم تقم اماره على كيفية ملكهما. فالكلام هنا يرجع الى مسألة التنازع. واللازم تشخيص المدعي والمنكر اولاً. فذكر المحقق (ره) هنا احتمالين:

الاول: كون المدعي صاحب الملك، والمنكر صاحب النهر. فان قوله مطابق للظاهر اذ الظاهر من ملكيته للنهر استحقاقه حریمه. فلا تنفك عنه غالباً فقوله مطابق للظاهر المتعارف لدى العرف.

الثاني: عكس ذلك فالمدعي صاحب النهر والمنكر صاحب الملك، لعدم العلم باستحقاقه الحریم. كما لو اشترى من صاحب الملك خصوص النهر. نعم لو اشترى النهر مطلقاً امكن دعوى دخول الحریم في المبيع ايضاً. كما انه لو احدث النهر في الارض المباحة فاحياها شخص آخر. ثبت الحریم للتهدر لسبقه. ففي مورد الشك لا اصل يقتضيه. واما صاحب الملك فيده على الملك يقتضي عمومها لحریم النهر ايضاً. وبعبارة اخرى البستان للمالك قطعاً. ونفس النهر لصاحبه كذلك. وحریمه

هو المتنازع فيه بينها. وحيث لا اصل لصاحب النهر، فظاهر يد المالك يقتضي كونه منكراً. وعلى هذا ان كان لاحدهما بينة دون الاخر ثبت مدعاها. وان اقام كل واحد منها بينة قدمت بينة صاحب النهر لانه خارج. وبينته مقدمة لظهور قوله «عليه السلام»: «البينة للمدعي». في ان وظيفته الاولية هي اقامة البينة بخلاف المنكر. فالبينة المطابقة للوظيفة اولى من غيرها. وان لم يكن بينة لاحدهما فالقول قول مالك الارض، ولو فرضنا عدم ثبوت يد المالك على المشكوك بتقريب. ان ثبوت يد المالك على الحرم هو اول الدعوى. اذ لو كان الحرم لمالك النهر فليس له يد على ذلك. وح فان كان لاحدهما بينة قدمت. وان كانت البينة لكليهما تعارضتا وتساقتا. وكان المقام بحكم صورة عدم قيام البينة. والظاهر ان الحكم فيه اما القسمة لو كان الحرم قابلاً لها. ولو بان يكون احدى الحافتين لاحدهما والاخرى للآخر، او القرعة. فانها لكل امرئ شئته او التصالح، فانه جاز بين المسلمين.

قوله:

«وحريم بئر المعطن اربعون ذراعاً وبئر
الناضح ستون».

يقال: عطن البعير يعطن. اي روى ثم برك، والمعطن بكسر الطاء والعطن بفتحيتين مبرك الابل حول الماء وهنا امور:

الاول: الحكم المذكور في الفرعين هو المشهور بين الاصحاب. بل نسب الى علمائنا والى ان عليه عمل الاصحاب، لكن سيأتي من يظهر منه المخالفة. قال في «النهاية»: «وحد ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعاً. وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً»^١. وقال في «المبسوط»: «حريم البئر اربعون ذراعاً وقد فصلناه في «النهاية». فان اراد ان يحفر انسان بئراً بجانب تلك البئر ليسوق مائها منها لم يكن له ذلك»^٢. وقال: «وحريم بئر المعطن اربعون ذراعاً والناضح ستون»^٣.

١. «الجامع الفقيه»، ص ٣٤٥.

٢. «المبسوط»، ج ٣، ص ٣٦٩.

٣. «القواعد»، ص ٢٢٠.

وقال في «التحرير»: «وحرّم بئر المعطن وهي التي يستقي منها الابل اربعون ذراعاً. فلو اراد الثاني حفر بئر اخرى ليستقي ابله، تباعد هذا القدر. وحرّم الناضح وهي التي يستقي منها بالناضح. وهو الجمل تستقي الزرع ستون ذراعاً. فيتباعد الثاني في بئرناضحه هذا القدر». وقال في «المسالك» في بئر المعطن: «يكون حرّمها اربعين ذراعاً من كل جانب. بمعنى عدم جواز احيائه بحفر بئر اخرى ولا غيره. والناضح هي البعير الذي يستقي عليه للزرع»^١.

الثاني: قال في المسالك مستند التقدير. في هذين رواية عبد الله معقل ان النبي «صلى الله عليه وآله» قال: «من احتفر بئراً فله اربعون ذراعاً حولها لعطن ماشيته». واما من طرفنا، فيدل عليه معتبر السكوني عن الصادق «عليه السلام» ان رسول الله «صلى الله عليه وآله» قال: «ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعاً. وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً»^٢.

ونظيره خبر مسمع ايضاً^٣ لكن في سنده عبد الله بن عبد الرحمن الاصم وهو ضعيف. وصحيح حماد عن ابي عبد الله «عليه السلام»: «حرّم البئر العادية اربعون ذراعاً حولها»^٤، بناء على حمله على بئر المطعن.

واما خبر وهب بن وهب عن الصادق «عليه السلام»: «ان علياً ع — كان يقول: حرّم البئر العادية خمسون ذراعاً. الا ان يكون الى عطن، او الى طريق. فيكون اقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعاً»^٥. «ورواية اخرى خمسون ذراعاً. الا ان تكون الى عطن او الى الطريق. فيكون اقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعاً»^٦. ونظيره^٧ فهي مع ضعف سندها محمولة على اختلاف حاجة اهل الآبار.

الثالث: ان ملاك الحرّم المذكور في الفرعين هو الاحتفاظ بحقوق اهل الآبار في انتفاعهم بها لسقي مواشيهم وبروك آباهم واغنامهم. ولا تتفاعد منهم من بئر الناضح لزرعهم. لا المحافظة على مياه الآبار وحفظها عن النقصان باحداث امثالها فيما نقص

١. «المسالك»، ص ٣٥٨.

٢. ابواب احياء الموات، ب ١١، ح ٥.

٣. ابواب احياء الموات، ب ١١، ح ٦.

٤. ابواب احياء الموات، ب ١١، ح ١.

٥ و ٦ و ٧. ابواب احياء الموات، ب ١١، ح ٨ و ٢ و ٩.

عن التقديرين فانه غير مراد في المقام. قال في «المسالك» بعد ذكر فائدة حريم العين ما لفظه: «بخلاف حريم البئر المتقدم، فان فائدته منع الغير من احياء ذلك المقدار مطلقا حتى بالزرع والشجر. لان الغرض منه الانتفاع بالبئر فيما اعدله وما يحتاج اليه عادة». وقال ايضا: «مما يحتاج اليه في السقي منها. وموضع وقوف الناضح. والدولاب ومتردد البهائم ومصب الماء. والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره»^١. ومن ذلك يعلم ان الحاجة الى الحريم في بئر الناضح اكثر منها في بئر العطن. ولو فرض الاضرار بالماء هنا، نظير ما سيذكره المصنف في العين. فالحكم عندئذ حكم العين. لشمول دليلها للمقام ايضا، كما سيأتي في المسألة التالية.

قوله:

«وللعين الف ذراع في الارض الرخوة. وفي الصلبة خمسمائة ذراع. وقيل حد ذلك ان لا يضر الثاني بالاول والاول اشهر».

ادعى على الحكم الاول اجماع الفرقة واخبارهم، وان عليه عمل الاصحاب. وانه كذلك عند علمائنا وان عليه اطباق الاصحاب. والظاهر ان المراد من تعبيرهم بالعين والقناة والبئر واحد. اذ المراد بالبئر هنا هوام الابار من القناة. قال في «النهاية»: «ما بين العين الى العين خمسمائة ذراع اذا كانت الارض صلبة. واذا كانت رخوة فالذراع»^٢. وقال في «النافع»: «والعين الف ذراع وفي الصلبة خمسمائة»^٣. وقال في «القواعد»: «والعين الف في الرخوة وخمسمائة في الصلبة»^٤. وقال في «التحرير»: «وحد ما بين العين الى العين خمسمائة ذراع في

١. «المسالك»، ص ٣٥٨.

٢. «الجوامع الفقهية»، ص ٣٤٥.

٣. «النافع»، ص ٢٥٩.

٤. «القواعد»، ص ٢٢٠.

الارض الصلبة. والف ذراع في الرخوة»^١. وقال في «التذكرة»: «حريم العين في الارض الصلبة خمسمائة ذراع. وفي الرخوة الف ذراع عند علمائنا. وهو قريب من قول ابي حنيفة، لانه جعل حريم العين خمسمائة ذراع واطلق. ولم يفصل الارض الى الرخوة والصلبة». ثم روي عن ابي هريرة عن النبي «صلى الله عليه وآله» انه قال: «حريم البئر اربعون ذراعاً. وحريم العين خمسمائة ذراع»^٢.

واما: ادلة الباب فهي وان كانت مختلفة من حيث الاطلاق في بعضها والتفصيل في بعضها الآخر. الا انه يظهر من المشهور انهم اعتمدوا في فتاواهم على خبر محمد بن عبد الله عن ابي عبد الله «عليه السلام» قال: «يكون بين البئر اذا كانت ارضا صلبة خمسمائة ذراع. وان كانت ارضا رخوة فألف ذراع»^٣.

واما اطلاق معتبر السكوني وما ورد عن مسمع بن عبد الملك عن ابي عبد الله «عليه السلام»: «وما بين العين الى العين يعني القناة خمسمائة ذراع»^٤ ونظيره^٥ واطلاق خبر محمد بن حفص عن رجل عن ابي عبد الله «عليه السلام». وفيه: «يكون بين العينين الف ذراع»^٦ فيحمل الاول على صورة كون الارض صلبة. والثاني على كونها رخوة.

وهنا: صحيح آخر رواه محمد بن احمد بن يحيى عن محمد بن الحسن قال كتبت الى ابي محمد «عليه السلام»: «رجل كانت له قناة في قرية. فاراد رجل ان يحفر قناة اخرى الى قرية له كم يكون بينها في البعد حتى لا تضرب احدهما بالاخرى في الارض اذا كانت صلبة اورخوة؟ فوقع «عليه السلام» على حسب ان لا تضرب احدهما بالاخرى ان شاء الله»^٧.

والظاهر ان محمد بن الحسن هنا هو محمد بن الحسن بن فروخ الصفار. وفي نسخة من الوسائل ذكر الحسين بدل الحسن. وعليه فالظاهر انه محمد بن الحسين ابي الخطاب ابو جعفر الزيات الهمداني وعلى التقديرين فالسند صحيح. وقد ذكر

١. «التحرير»، ص ١٣١.

٢. «التذكرة»، ج ٢، ص ٤١٣.

٣ و ٤ و ٥. ابواب احياء الموات، ب ١١، ح ٣ و ٥ و ٦.

٤. ابواب احياء الموات، ب ١٣.

٥. ابواب احياء الموات، ب ١٤.

باسناد آخر ايضاً. وعلى اي تقدير فلا يبعد كون الملاك هو ما اشتمل عليه هذا الصحيح. فاللازم الجمع بينه وبين الاخبار بالحمل على الاضرار وعدمه. ولعله كان الغالب في بلاد السائلين عندئذٍ عدم الاضرار في الصلبة بالخمسمائة وفي الرخوة بالالف. قال في «الرياض» وحده الاسكافي بما ينتفي به الضرر ومال اليه في «المختلف». واختاره شيخنا الشهيد الثاني (قده) وبعض من تبعه: «جمعا بين مادّة على نفي الضرر وعلى جواز الاحياء من غير تحديد لضعف تلك الاخبار. وللصحيح في رجل اه» ثم ذكر المكتوبة المذكورة. وفي الجواهر انه اختار هذا القول في «الروضة» ومال اليه العلامة في «المختلف» ويؤيد ذلك او يدل عليه خبر عقبة بن خالد عن ابي عبد الله عـ، في رجل اتى جبلا فشق فيه قناة. فذهبت الآخر بما قناة الاول قال: «يتقايسان بحقائب البئر ليلة ليلة فينظر ايتهما اضررت بصاحبها فان رأيت الاخيرة اضررت بالاولى فلتعور»^١. وحقائب البئر اعجازها. وعن الوافي «عقائب البئر» والمراد اواخر القناة التي يخرج منها الماء، والمقصود انه يجبس ماء القناة عن الجريان ليلة هذا وليلة ذاك فايهما زادت يجبس الاخرى ونقصت بارسالها فهي التي تتضرر من الاخرى. وح فان كانت الاولى اعورت الثانية ولا عكس ولو كانت كلتاهما كذلك، فالحكم ايضا كذلك. ورواه الصدوق ايضا باسناده عن عقبة بن خالد لكن سنده اليه مجهول ورواه الشيخ ايضا بذلك السند.

ثم ان صاحب الجواهر (ره) قال: «ان الحريم هنا يمنع عن احداث عين اخرى. فلا يضرّح احياء ما زاد على ما تحتاج اليه العين من نزع ونحوه بخلاف بئر المعطن. التي قد عرفت الحال فيها»^٢ وعلى هذا فيكون للعين حريمان: حريم لمائها وحريم لا مكان الانتفاع بها. فالاول يقتضي البعد المقدّر، ولا يقتضي عدم احياء حوايلها بالزرع وغيره في غير ما تحتاج اليه العين من نزع ونحوه.

١. ابواب احياء الموات، ب ١٦، ح ١.

٢. «الجواهر»، ج ٣٨، ص ٤٦.

قوله:

«وحریم الحائط في المباح مقدار مطرح تراه
نظراً الى امساس الحاجة اليه لو استهدم».

لاخلاف في المسألة على الظاهر. قال في «مفتاح الكرامة» وبه صرح في «التحرير» و «الارشاد» و «اللمعة» و «جامع المقاصد» و «المسالك» و «الروضة» و «الكفاية» و «المفاتيح» اه. ويلوح من «التذكرة» الاجماع عليها. ثم انه لافرق في الحائط بين حائط الدار والبستان ومحل السيارات ومرابض الابل والغنم والبقر وغيرها. وايضاً لافرق بين الحائط القصير والطويل والمبني بالطين او بالطوب والآجر والاحجار او بالحصّ والنورة وسائر ما تعرف اليوم لبناء الحائط. وح فيختلف مقدار الحریم بقصر الحائط وارتفاعه فقد يحتاج الى ذراعين او ثلاث وقد يحتاج الى عشر اذرع او اكثر.

قوله:

«وقيل: للدار مقدار مطرح تراه، ومصّب
مياها ومسلك الدخول والخروج».

هنا امور:

الاول: ان المراد من الدار هو المسكن للانسان سواء اكان بيتاً واحداً ام بيوتاً كثيرة. وسواء اكان له حائط من جوانبه ام لم يكن.
الثاني: ان ملاك انتزاع الحریم لها ليس ملاحظة حال نفس البناء من دون رعاية حال ساكنها. كحریم الحائط والبستان والنهر والطريق فانه بهذه الملاحظة تدخل الدار في الحائط. ويعني ذكر الحریم له عن حریمها بل ملاكه رعاية حقوق الساكن فيها. ولذا يذكرون في مقام تحديد هذا الحریم المكان الذي يستلزمه القاء قمامتها ورمادها وثلوجها وما يلزمه الدخول فيها والخروج عنها. فللدار حریمان

ينتزعان من ثبوت حقين. ورعايته من جهتين جهة نفس البناء وجهة ساكنه وعيشه فيه.

الثالث: يظهر من المحقق (قده) ترده في ثبوت الحرم للدار. مع ان الظاهر انه لاختلاف فيه بين الاصحاب. بل قيل ان المخالف بعض الشافعية فقط. واحتمل في «الجواهر» ان يكون وجهه عدم ورود النص عليه بالخصوص اولاً. وان السيرة جارية بين المسلمين على عدم مراعات هذا الحرم ثانياً.

وتوضيحه: انه لا يرى في القرى والرساتيق لكل دار حريم خاص بها مع وضوحه ان في كل قرية متشكلة من مائة بيت مثلاً، لم يرد الجميع دفعة واحدة في ارض واسعة مباحة. فيشتغلوا ببناء الدور متصلاً بعضها ببعض حتى لا يثبت لاحد منهم حريم بالنسبة الى الآخر لعدم الاولوية؛ بل من الطبيعي انه قد ورد بعض منهم مكاناً مباحاً من الارض، وبنى فيه داراً لنفسه ومسكناً لمواشيه. ثم اتصل به بعض آخر وبنى مسكنه في جنب الاول متصلاً به وهكذا. ويكشف ذلك مع ما يرى من اتصال بيوتهم بالفعل عن عدم مراعاتهم حريماً لدورهم ومسكنهم من اول الامر.

والاول: مخدوش بما ذكره في «الجواهر» من ان الحائط ايضاً مما لم يرد فيه نص خاص. وقد ذكر له حريماً مع انه لا حاجة الى نص خاص لتعيين الحرم في كل ما يحیی من الموات. لدلالة النصوص والفتاوى على لزوم رعاية الحرم وتشريعه فيما يحیی مطلقاً. وقد مرت ما دل على ذلك عموماً وخصوصاً في بحث الحرم.

واما الثاني: اعني دعوى السيرة على كون حدوث القرى والرساتيق والبلاد على نحو الاجتماع والانضمام التدريجي. فعهدتها على مدعيها. كيف او من المحتمل قريباً كون اللاحق من نسل السابق. فبنى مسكنه فيما كان حريماً لانفسهم. او لعله استجاز من السابق، او اشترى منه. او رضى السابق بانضمام اللاحق اليه، ولو في حريمه ليتعاضدوا في حياتهم. او لدفع اعدائهم او لغير ذلك من الاسباب المانعة عن الاطمينان بالسيرة المدعاة هذا.

وقد يقال: ان مقتضى الادلة ثبوت الحرم لما يحدث في المباح من البناء والحائط والاشجار ونحوها. كما ورد: «وحرم النخلة طول سعفها»^١. ولا دلالة فيها

على ثبوت الحرم للساكن بما هو ساكن. فما استلزمته السكنى من الحرم زائداً على ما يقتضيه البناء، لا يكون مدلولاً للدالة. فلا مانع من استيلاء الغير على ذلك المقدار. وفيه ان هذا التفصيل خلاف فتاوى الاصحاب ولا تحتمله ادلة الباب. فان النبوي «صلى الله عليه وآله»: «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق». شامل للمورد اذ المقدار من المرافق والحرم الذي يحتاج اليه الساكن بما هو كذلك يصدق عليه. انه قد سبقه المسلم فلا مجال لغيره سبق اليه. كما ان قاعدة نفي الضرر ايضاً دالة على نفي تصرف الغير فيما يتضرر الساكن بتصرفه. وقال في «الجواهر»: «على انّ ما يحتاجه الساكن فيها راجع اليها ايضاً نحو بئر المعطن المحتاجة الى الحرم باعتبار الابل والماشية التي تسقى منها»^١. وعبارة «الدروس» ايضاً تشهد باتحاد حريم القرية وساكنيها. حيث عد من حريم القرية. ما هو حريم للساكن فيها. قال على ما في «الجواهر»: «انّ حريم القرية مطرح القمامة والتراب والوحد ومناخ الابل ومرايض الخيل والنادى وملعب الصبيان وسبيل المياه ومرعى الماشية ومحتطب اهلها مما جرت العادة بوصولهم اليه. وليس لهم المنع مما لا يضرهم مما يطرقونه. ولا يتقدر حريم القرية بالصيحة من كل جانب. ولا فرق بين قرى المسلمين واهل الذمة».

الرابع: ان المراد بمسلك الدخول والخروج هو الطريق. فثبوت اصل الطريق لصاحب الدار لاجل كونه من مرافقها وحريمها. ولا يمكنه الانتفاع من داره او غيرها مما احياه الآبه، فلا يجوز للغير احياء ما حولها، بحيث لا يبقى له مسلك للخروج والدخول. الا انّ الكلام في مقداره عرضاً وطولاً. اما العرض فقد سبق انه خمس اذرع او سبع او ازيد كما مرّ. واما الطول فالى ما قصدوا من الشارع العام او بعض الميادين والاسواق، وهو ظاهر لدى العرف. فلو كان بين باب الدار والشارع او الميدان مثلاً مسافة معيّنة فلا يستحق طريقاً مستقيماً لا يكون فيه انحراف واعوجاج. بل يجوز لغيره احياء ما يقابل الباب بما يحوجه الى اعوجاج وازدرار الا ان يكون بحيث يتضرر به لكثرة اعوجاجه او بعد غير معتاد لمثله.

قال في «جامع المقاصد»: «ليس المراد من استحقاق الممرّ في صوب الباب

استحقاق الممر من قبالة الباب على امتداد الموات. بل يجوز لغيره احياء ما في قبالة الباب اذا ابقى له الممر. فان احتاج الى ازدرار وانعطاف جاز. لان الحاجة تمس الى ذلك ذكره في «التذكرة» لكن ينبغي تقييده بما اذا لم يحصل ضرر كثير عادة. لاستدعائه افراط طول الطريق ونحوه^١. نعم لو استطرق من محل خاص، بحيث جعله طريقاً. ولو في مدة قليلة تثبت حقه فيه. فلا يجوز احيائه وتغيير مسيره وسبيله الى غيره.

قوله:

«وكل ذلك انما يثبت له حريم اذا ابتكر في الموات اقاماً يعمل في الاملاك المعمورة فلا».

دليل المسألة قاعدة سلطنة الناس على امواهم. فمن اشترى بستاناً او داراً متصلاً بملك الغير، فالحكم بكون مقدار الحريم من اطراف الدار لصاحبها. تنفيه قاعدة السلطنة الثابتة للغير. مع ان لنا السؤال عن دليل هذا الحكم. فان قيل انه اطلاقات ادلة الحريم فيقال:

أولاً: انها واردة في خصوص الحياة من الموات. ولو وجد اطلاق شامل لغيره، فهو منصرف اليه. او مقيد به بالاجماع والسيرة. اذ فلا معارض لقاعدة سلطنة الغير على ماله مع ان الادلة هنا متعارضة. فان الاطلاق الحاكم بكون مقدار من ملك زيد حريماً لملك عمرو معارض بمثله فيتساقطان.

ثم ان صاحب الجواهر قد تعرض في المقام بقاعدة الضرر بمناسبة جواز تصرف كل منها في ملكه وعدم جوازه في ملك الآخر. ولا يلزمنا البحث هنا عن ذلك. اذ هي قاعدة مستقلة ينبغي البحث عنها مستوفى في محلها.

فرع

قوله:

«لواحيى ارضاً وغرس في جانبها غرسا تبرز اغصانه الى المباح. او تسري عروقه اليه لم يكن لغيره احيائها ولو حاول الاحياء كان للغارس منعه».

لأن الغرس احياء للارض بنحو من الاحياء، فيستحق من المباح حريماً متناسباً له. وهو هنا مبلغ اغصان المغروس اذا فرض كبره على النحو المتعارف. ومبلغ وصول عروقه واصوله كذلك. وعليه فيختلف مقدار الحريم باختلاف ما يغرس، ان لوزاً فبقدره وان جوزاً فبحسبه. ويدل عليه ما ذكرنا من ادلة مطلق الحريم. واطلاق مرسل الصدوق المنجبر بالشهرة: «ان النبي «صلى الله عليه وآله» قال: حريم النخلة طول سعتها»^١. والظاهر ثبوت هذا الحكم لواعد الارض وحيائها للغرس. فيستحق من الحريم بمقدار ما يغرسه فيها. ونظيره في استحقاق الحريم ما لوحف البنيان. ولما يرفع قواعد البيت او البستان.

ثم انه يمكن القول بان من ملك الارض بسبب غير الاحياء. وكانت مجاورة للموات. فحكم الغرس فيها حكم الغرس في الموات. الاحياء في استحقاق الحريم من الموات بالمقدار المذكور. لشمول قوله «صلى الله عليه وآله»: «من سبق الى ما لم يسبق اليه احد فهو احق به»، ولقاعدة نفي الضرر. فيمنع من اراد احياء مقدار الحريم، بل ومثله، ما لو كان له حائط او دار مملوكة بغير الاحياء. فيستحق الحريم لهما من الموات المجاور لهما.

فرع في فرع

لو ملك شخص شجراً واحداً او اكثر في ارض الغير كما لوباع صاحب البستان شجراً من غيره. او وهبه اياه او اوصى له بذلك او اجاز له في غرسه في ذلك المحل فغرسه. فهل يثبت لصاحب الشجر الحريم ام لا؟ اقواه الثبوت. اما في الشراء ونحوه فلان اطلاق البيع يقتضي دخول ما يلزم بقائه وانتفاع صاحبه به. فيستحق من الهواء والفضاء مقدار ما ينمو فيه اغصان الشجر، ومن الارض مقدار ما يحتاج اليه سقيه او جنى ثمره. ومن الطريق مقدار ما يتمكن به من الدخول والخروج، لا الخمس او السبع اذرع. والاجازة في الغرس كذلك ايضا. فالدليل هو ادلة تلك التصرفات بالملازمة العرفيه. ويشهد له ايضاً: معتبر السكوني عن ابي عبد الله «عليه السلام» قال: «قضى النبي «صلى الله عليه وآله» في رجل باع نخلا واستثنى عليه نخلة. فقضى له رسول الله «صلى الله عليه وآله» بالمدخل اليها والمخرج منها ومدى جرائدها»^١. وخبر عقبة بن خالد: «ان النبي «صلى الله عليه وآله» قضى في هوائر النخل ان يكون النخلة والنخلتان للرجل في حائط الآخرة، فيختلفون في حقوق ذلك. فقضى فيها ان لكل نخلة من اولئك من الارض مبلغ جريدة من جرائدها حين بعدها»^٢. والهوائر جمع هائر وهو الساقط. ولعل المراد مقدار من الارض تحتاج اليه السواقي من ثمار النخلة. ويوضحه الكلام بعده. والظاهر ان مورد الرواية جهل المختلفين بكيفية الحقوق. كما اذا ملك كل واحد منهم حصته بالارث مع جهلهم بحال المورثين. ويظهر من الجواهر استفادة حكم الحريم للنخلة من الموات من هذه الرواية. ولعله لانفهام كون المقدار المزبور مما يقتضيه طبع النخلة فيما لا مانع من التعدي او بطريق الاولوية. وقال في «الرياض»: «وتقتضي هذا الدليل انسحاب الحكم في كل ما يشابه محل البحث، من نحو بيع الدار واستثناء بيت منها او نحو ذلك». ولا بأس بذلك.

١. «الكافي»، ج ٥، ب جامع في حريم الحقوق.

٢. ح ٤.

قوله:

«الثالث ان لا يسميه الشرع مشعراً للعبادة
كعرفة ومنى والمشعر».

الاولى: ان نبيّن:

اولاً: معنى المشعر لغة وشرعا.

و ثانياً: ما ذكره من الدليل على عدم جواز احيائه تكليفاً ووضعاً.

وثالثاً: انه هل يجوز احياء شيء قليل منه لا يضرب بالمتعبدين ام لا؟

اما الاول: فالمشعر في اللغة محل الشعر والشعور، اي العلم والحس. وفي الاصطلاح عبارة عن المحلّ المجعول من قبل الله تعالى للعبادة والاعمال القربية الخاصة، كالصفا والمروة وعرفات ومنى والمشعر وغيرها. سميت بذلك لشعور القلوب فيها باثار العبود ومظاهر وجود وتوجهها اليه تعالى بواسطة المناسك المجعولة لها والعلام المنصوبة فيها. قال الله تعالى: «ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت او اعتمر فلا جناح عليه ان يطوف بهما»^١. والشعائر جمع شعيرة وهي العلامة. وليس المراد ان الجبلين من علام التوحيد تكويننا. اذ لافرق في هذه العلامة بينهما وبين سائر الاشياء. فالمراد انها علامتان مجعولتان من عند الله تشريعاً. والمراد بهما نفس الجبلين وما بينهما من المساحة. فكل تلك المواضع قد جعلت مشعرا من قبل الله تعالى.

وقال الله تعالى: «جعل الله الكعبة البيت الحرام قياما للناس»^٢. وقوله تعالى:

«ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا»^٣. فجعل ذلك المحل الشريف قياماً ووضع للناس عبارة عن تعيينه مشعرا ومنسكا.

وفي صحيح معاوية بن عمّار عن ابي عبد الله «عليه السلام»، قال: «قف في

ميسرة الجبل. فان رسول الله «صلّى الله عليه وآله» وقف بعرفات في ميسرة الجبل. فلما وقف،

١. سورة البقرة، الآية: ١٥٨.

٢. سورة المائدة، الآية: ٩٧.

٣. سورة آل عمران، الآية: ٩٦.

جعل الناس يبندرون اخفاف ناقته فيقفون الى جانبه. فنحاها ففعلوا مثل ذلك. فقال ايها الناس انه ليس موضع اخفاف ناقتي الموقف، ولكن هذا كله الموقف وشاربيده الى الموقف فقال: هذا كله موقف. وفعل مثل ذلك في المزدلفة اه^١ ومعتبر مسمع عن ابي عبد الله «عليه السلام»: «قال عرفات كلها موقف وفضل الموقف سفح الجبل»^٢ وصحيح ابن عمار ايضاً: «قال حدة المشعر الحرام من المأزمين الى الحياض الى وادي محسر»^٣. ونحوه اكثر احاديث هذا الباب. فالحكم فيها بكون الامكنة المحدودة بتلك الحدود مواقف لا يراد به الاخبار عن موضوع خارجي بحت بل هو بيان لما حده الله تعالى. وجعله منسكا وموضعا للوقوف العبادي وسائر المناسك.

ثم ان الظاهر ان مسجد الكوفة وبيوت النبي والائمة عليهم السلام ايضاً من هذا القبيل. اما مسجد الكوفة فانه يظهر من عدة نصوص، انه ليس من قبيل المساجد التي وقفها الناس. بل هو مسجد يجعل الله تعالى وتشريعه. ففي خبر ابن مهزيار عن الصادق «عليه السلام» قال: «حده مسجد الكوفة آخر السراجين خطه آدم. وانا اكره ان ادخله راكبا قلت فن غيره من خطه. قال اما اول ذلك فالطوفان في زمن نوح، ثم غيره اصحاب كسرى والنعمان. ثم غيره زياد بن ابي سفيان»^٤. وفي خبر ابي بصير عن ابي عبد الله «عليه السلام»: «انّ علياً كان يقوم على باب المسجد ثم يرمي بسهمه فيقع في موضع التمارين فيقول ذلك من المسجد»^٥.

وفي خبر مفضل عن الصادق «عليه السلام»: «انه كان معه بالكوفة. ففضي حتى انتهى الى طاق الزياتين وهو آخر السراجين. فنزل وقال انزل فان هذا الموضع كان مسجد الكوفة الأول. الذي خطه آدم وانا اكره ان ادخله راكبا»^٦. فان الظاهر ان تخطيط آدم وتحديد مكان المسجد كان من قبل الله تعالى، وبتعليم جبرئيل، ان المكان المزبور قد شرفه الله وجعله موضع رحمته ومحل عبادته، نظير ما ورد في الكعبة والمسجد والحرم. ولذا قد لوحظ في سعته حال العباد الذين يأتون في المستقبل. بل والذين يحتاجون الى اتيانه بعد ظهور الحجّة، او الى يوم القيمة. لا ان آدم قد احتاج هو او بعض ابنائه

١ و ٢. «وسائل الشيعة»، ج ١٠، ابواب احرام الحج باب ١١، ح ٤١ و ٤٢ و ٤٣.

٣. ابواب الوقوف بالمشعر، ب ٨، ح ١.

٤ و ٥. «وسائل الشيعة»، ج ٣، ابواب احكام المساجد، ب ٤٤، ح ٢ و ٨.

٦. «وسائل الشيعة»، ج ٣، ابواب احكام المساجد، ب ٤٤، ح ٩.

واحفاده الى المسجد. فوقف ارضا وجعله مسجداً فان ذلك لا يحتاج الى تلك السعة. واما بيوت اهل العصمة ومشاهدهم المشرفة. فتدل الاية الشريفة وعدة من النصوص على كونها مخصصةها الله تعالى بعلو الرتبة والفضيلة. وجعلها بحكم مساجده بل واعلى درجة منها قال الله تعالى: «في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال رجال لانهم هم تجارة ولا بيع عن ذكر الله»^١. فعن تفسير علي بن ابراهيم عن الباقر «عليه السلام» في قول الله تعالى: «في بيوت اذن الله ان ترفع اه» قال هي بيوت الانبياء وبيت علي «عليه السلام» منها^٢. وعن العيون عن مولانا الجواد «عليه السلام»: «خلقكم الله انواراً فجعلكم بعرضه محدقين، حتى من علينا بكم فجعلكم في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه»^٣.

وعن كتاب اكمال الدين عن الباقر «عليه السلام» قال: «في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه هي بيوتات الانبياء والرسل والحكماء وائمة الهدى» وعن طريق اهل السنة: «اخرج ابن مردويه عن انس وبريده قالوا قرء رسول الله «صلى الله عليه وآله» هذه الاية «في بيوت اذن الله ان ترفع» فقام اليه رجل فقال اي بيوت هذه يا رسول الله؟ قال بيوت الانبياء. فقام اليه ابوبكر فقال يا رسول الله هذا البيت منها لبيت علي وفاطمة «عليها السلام» قال نعم من افاضلها»^٤. فيظهر منها ان الله خصها بالفضيلة وجعلها من مشاعره كالبيت الحرام والمشاعر العظام.

ويظهر من بعض النصوص تفسير البيوت بنفس الحجّة والولي المعصوم. كما رواه في المناقب عن ابي حمزة الثمالي: «لما كانت السنة التي حج فيها ابو جعفر محمد بن علي «عليها السلام» ولقيه هشام بن عبد الملك اقبل الناس يتسائلون عليه، فقال عكرمة من هذا عليه سيم زهرة العلم لأخزنيه؟ فلما مثل بين يديه ارتعدت فرانصه واسقط في ايدي ابي جعفر «عليه السلام». وقال يابن رسول الله لقد جلست مجالس كثيرة بين يدي ابن عباس وغيره فما ادركني ما ادركني انفا. فقال له ابو جعفر ويلك يا عبيد اهل الشام انك بين يدي بيوت اذن

١. سورة النور، الآية: ٣٦.

٢. «نور الثقلين»، ج ٣، ص ٦٠٧.

٣. «نور الثقلين»، ج ٣، ص ٦٠٨.

٤. «الميزان»، ج ١٥، ص ١٥٣.

الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه»^١. وعن الكافي عن ابي عبد الله «عليه السلام» قال في حديث: «والتمسوا البيوت التي اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه فانه اخبركم انهم رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله اه»^٢.

ونظيره ما رواه في الكافي ايضا عن ابي جعفر «عليه السلام» في حديث طويل وفيه: «ان قتاده قال اصلحك الله. والله لقد جلست بين يدي الفقهاء وقد امهم فما اضطرب قلبي قدام واحد منهم ما اضطرب قد امك. فقال ابو جعفر «عليه السلام» اتدري اين انت بين يدي «بيوت اذن الله ان ترفع» فانت ثم ونحن اولئك. فقال قتادة صدقت والله جعلني الله فداك والله ماهي بيوت حجارة ولاطين»^٣. وهذا المعنى من بطون الاية الشريفة ولاينا في حمل ظاهرها على البيوت الظاهرة المبنية من الطوب والحجر. واما الثاني: فقد يظهر من الاصحاب الاستدلال على عدم جواز احيائه تكليفاً او وضعاً بامور:

الاول: الاصل اي اصالة عدم تملك المحيي له او عدم حدوث حق الاولوية له. بعد دعوى انصراف ادلة الاحياء عن المقام. قال في «الرياض»: «للاصل واختصاص النصوص الدالة على تملك الارض بالاحياء بحكم التبادر، بغير الاراضي المزبورة». وفيه ان دعوى الانصراف حتى عن المقدار القليل الذي لا يضرّ بالمعتبين كما وقع في كلمات عدة من الاصحاب. واختاره الماتن غير ظاهر نعم لا يبعد ذلك في الجملة.

الثاني: كون احيائه مخالفاً لمصلحة الموقف. فان تشريع كون المحل موقفاً. انما هو لصلاح حال الامة بجعله محلاً لعبادتهم ووقوفهم وقيامهم بوظائف الحج ومناسكه. وهذا ايضاً لو تمّ بنفسه لم يمنع المقدار غير المضرّ.

الثالث: انه قد تعلقت حقوق الناس بالمشاعر، بعد ان جعلها الله تعالى محلاً لعبادتهم وموضعاً لنسكهم ووقوفهم. فالتصرف فيها وتملكها بالاحياء مناف لذلك. وفيه ان استفادة الحق للناس بمعنى الامر المجعول الوضعي، نظير حق التحجير او حق السبق ونحوهما من تشريع المشعريّة غير ظاهر كدعوى تعلق حق الناس بالمسجد بعد جعله مسجداً. بل القدر المسلم استحباب الدخول والعبادة فيه، او وجوبه نعم

١ و٢. المناقب، ص ٦٠٧ و٦٠٨.

٣. المناقب، ص ٦١٠.

يكون السابق اليه احق به ما دام فيه وهو غير المدعى .

وهذا ان الدليلان يرجعان الى القول بتخصيص عمومات الاحياء بملاك جعل المكان مشعرا او لتعلق حق الناس به وكان الاولى الاستناد في تخصيصها بنفس الدليل الدال على المشعرية. فانه اي امر كان هو المعارض المانع عن العموم، والملاك . او تعلق الحق قد استفيد من ذلك واثق الكلام هنا ان يقال. ان خروج المشاعر عن تحت ادلة الاحياء خروج تخصصي وليس من باب التخصيص. فانها واجدة لاجل مصاديق الحياة. اذ الحياة لا تنحصر في بناء الدور والبيوت واحداث البساتين ونحوها. فاجتماع الناس في محلّ ليعبدوا ربهم ويقيموا مناسكهم ويشهدوا منافع لهم. وصدور ذلك منهم على نحو التوالي، لاسيما اذا عينه المالك الحقيقي لذلك الغرض احياء له. ومحقق لاكمل مصاديقه.

قال في «الجواهر»: «فهي في الحقيقة ليست من الموات الذي هو بمعنى المعطل عن الانتفاع. فضلا عن وضع يد سائر المسلمين عليها. وتعلق حقوقهم بها. بل هي اعظم من الوقف الذي يتعلق به حق الموقوف عليهم بجران الصيغة من الوقف». ونتيجة الكلام هنا انه اذ الوحظ نفس ادلة المشعر مع عموم الاحياء كان المورد من قبيل التخصص. واذ الوحظ ما حصل في الخارج بعد تشريع كون المكان مشعراً وتوجه الناس اليه كان من قبيل التخصص.

واما الثالث: وهو ما ذكره في المتن، من ان الاحياء الذي لا يضر بالمعتبين غير ممنوع ففي «المسالك» في ذيل العبارة بعد توجيهها. قال: «وليس ببعيد لعدم الاضرار ولا يفوت معه المصلحة المطلوبة منها، ولا هو ملك لاحد ولا موقوف».

وفيه انه بعد فرض ان مشعرية تلك الامكنة مجعولة من قبل الله تعالى، فتكون بحكم المسجد. بل اولى بالحرمة واجدر بمراعات الحدود منه. ولا مسرح لقاعدة نفي الضرر في المقام. والمصالح الملحوظة حكمة للجعل لاعلة له. فتعجب صاحب الجواهر من اجاز الاحياء بهذه العلة في محله. واعجب منه تردهم في الحكم فيما اذا احيها احد في فرض الجواز. بانه هل يجوز الوقوف في المحلّ المحيي ام لا؟ مع انه على فرض جواز الاحياء يمتلكه المحيي. فكيف يجوز لغيره الوقوف فيه بغير اذنه. مع ما قرره في الاصول من عدم جواز اجتماع الامر والنهي واقتضاء النهي عن العبادة فسادها.

قوله:

«الرابع: ان لا يكون مما أقطعه امام الاصل
ولو كان مواتا خاليا من تحجير الخ».

لا اشكال في جواز اقطاع النبي «صلى الله عليه وآله» او الولي شيئا من الموات قليلا كان او كثيراً، واعطائه لمن شاء. فانه ملك للامام كتابا وسنة واجماعا كما عرفت. ومقتضى سلطنة الناس على اموالهم جواز بذل ما شاء منها لمن اراد. ولا حاجة الى الاستدلال بقوله تعالى: «النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم»^١. فهو اولى منهم باموالهم، كما وقع في «الجواهر». اذ ليس الموات مالا للناس مطلقا في حال حضور المعصوم وغيبته. نعم قد اجاز للناس في تصرفه وتملكه لانهم يملكونه قبل التصرف. وعليه فلا تشمل ادلة الاحياء موارد الاقطاع. اما لان ادلة الاحياء عام فتفيد اباحة احياء جميع قطعات الارض. وادلة الاقطاع لا تشمل الاموارد خاصة. فالدليلان من قبيل العام والخاص. واما لأن ادلة الاحياء بعد تقيدها في نفسها بان لا يكون فيما تعلق به حق شخص آخر لا تشمل المقام. الا ان هذا بالنسبة الى بعض ادلته.

واما وقوع الاقطاع فالظاهر انه لم يفعله النبي «صلى الله عليه وآله» بالنسبة لنفسه وان كان له ذلك قطعاً. فكم له — ص — من موارد التصرف والاخذ والقبض تقتضي جوازها ولايته التكوينية او التشريعية. منعه عنها عظم مقامه ورأفته ورحمته لا وليائه واعدائه.

واما بالنسبة الى غيره — ص — فقد نقل انه اقطع عبد الله بن مسعود موضعاً بالمدينة. بين ظهرا في بيوت الانتصار سموه (بالدور) لانه — ص — اقطعه اياه ليتخذها داراً لنفسه وغيره.

وانه — ص — اقطع الزبير حفر فرسه. اي بمقدار عدوه وقيل انه اجرى فرسه حتى وقف، ثم رمى سوطه الى امامه. فقال — ص — اعطوه الى موقع سوطه. وانه — ص — اقطع بلال بن حارث العقيق.

ثم ان ظاهر الاقطاع التملك فيتملك المقطع له للمكان المقطع الا ان تقوم قرينة على الخلاف. وقد احتمل بعض كون الاقطاع يفيد الاولوية. وهو خلاف ظاهر اعطاء المالك شيئاً لغيره. وعلى اي حال فالظاهر بقاء تلك الملكية او الاولوية. وعدم زوالها الا بما تزول به سائر اقسام الملك من البيع والهبة والارث وغيرها. ومنه عروض الموتان له لوقلنا به في الموت في سائر الموارد.

وقد يقال: هنا ببطلان الاقطاع فيما اذا بطل الغرض منه، كما اذا اقطع مرعى لغنم الصدقة او اقطع محلا لنزول المسافرين في قرب الشوارع العامة، كالربط القديمة. او اقطع ميداناً لمسابقة الخيول والآبال ونحو ذلك. فزال الحاجة اليها بالكلية ولا يبعد القول بالبطلان ح فان الحكم تابع لمناطه المحرز في المقام.

قوله:

«الخامس: ان لا يسبق اليه سابق بالتحجير، فان التحجير يفيد الاولوية لا ملكا للرقبة وان ملك به التصرف. حتى لو هجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه ولو قاهره فاحياها لم يملكه».

هنا امور:

الاول: قال في «التذكرة» ما خلاصته: «الرابع: ان لا يكون قد سبق اليه من حجره. فان الحجر عند نال يفيد الملك، بل الاولوية والاحقية. وان ملك به التصرف. والشارع في احياء الموات محجر ما لم يتمه. وقال بعض الشافعية ان التحجير يفيد التملك. والمشهور انه يفيد الاولوية. لان الاحياء اذا افاد الملك وجب ان يفيد الشروع فيه الاحقية كالاستيلاء مع الشراء»^١.

وقال في «الرياض»: «ان التحجير يفيد اختصاصا. واولوية بلاخلاف اجده بل عليه الاجماع في كلام جماعة. ك«المسالك» وغيره. فلا يصح لغيره التخطي

١. «التذكرة»، ج ٢، احياء الموات.

اليه، وان كان لا يفيد ملكا على الاشهر الاقوى للأصل. واختصاص النصوص الدالة على التملك بالاحياء به دون التحجير»^١. وما ذكره من دعوى صاحب المسالك الاجماع. لعله ما ذكره في ذيل عبارة الكتاب الآتية: في ان التحجير احياء عند بعض الفقهاء بقوله: «ومن ثم افاد حقا في الجملة اجماعا».

وفي «الجواهر»: «انه يمكن تحصيل الاجماع عليه نعم. يحكي عن جامع الشرائع انه يملك الآخر ويكون قد اساء ولم اتحقق وجهه اه»^٢. الامر الثاني: ما هو الدليل على ثبوت هذه الاولوية. فنقول ليعلم اولاً ان مقتضى الاصل عدم ثبوتها بالتحجير. فان ادلة الاحياء غير ناظرة الى حال قبل حصوله. فالاصل محكم لكن يترأى من كلمات الاصحاب الاستدلال عليها بامور. منها: دعوى الاجماع من عدة، كما عرفت. والظاهر ان هذا هو العمدة في الباب. وغيره من الادلة مخدوشة.

ومنها: النبوي: «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به»^٣؛ بناء على كون المراد من سبق التحجير ومن الاحقية الحق دون الملك. والا فهو من ادلة الاحياء ويحتمل الحمل على الاعم ايضا.

ومنها: ما عن غير طريقنا ايضاً: «من احاط حائطاً على الارض فهي له». وفيه انه كثيراً ما يكون تحويط الحائط احياء للارض ولقله المراد هنا.

ومنها: ما في «المسالك» و«التذكرة»: «من ان الاحياء اذا افاد الملك وجب ان يفيد الشروع فيه الاحقية كالاستيلاء مع الشراء». وفيه انه لا ملازمة بينهما. فهو اشبه شيء بالقياس. وكيف كان الظاهر ثبوت هذا الحق، اما للاجماع او النبوي المنجبر به.

ثم انه بعد ثبوت حق الاولوية يظهر وجه ما ذكره المصنف (ره)، من جواز منع الغير عن الاحياء. وانه لو بادر الى الاحياء او قاهر المحجر فاحياها لم يملك. لان ثبوت الحق مانع عن شمول ادلة الاحياء لمورده. ولتقييد اطلاقات الاحياء بقوله «صلّى الله عليه وآله» في النبوي: «من احيا ميتة في غير حق مسلم فهي له». المنجبر

١. «الرياض»، ج ٢، ص ٣٢١.

٢. «الجواهر»، ج ٣٨، ص ٥٦ و ٥٧.

٣. «المستدرک»، احياء الموات، ب ٤١، ح ٤.

بالعمل كما عرفت. والنبوي: «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به»^١. فيكون مفاد المجموع «من احيا ارضاً لم يسبق اليها مسلم آخر فهي له» فلا يشمل وللنبوي: «ليس لعرق ظالم حق».

ولقاعدة نفي الضرر ومرجع غير الثاني الى دعوى المانع من شمول ادلة الاحياء. ومرجع الثاني الى عدم الاقتضاء فيها لتقييد بعضها بالبعض الآخر. الامر الثالث: صرح بعض الاصحاب بان الاولوية الثابتة بالتججير حق من الحقوق، وليست من قبيل الملك. والفرق بينهما يظهر ببيان جهتين:

الاولى: انه قد ذكرنا سابقاً، ان الملكية عند الشرع والعرف امر اعتباري. ينشأ من اسباب شتى وليس لها بهذا الاصطلاح تأصل وتحصل واقعي. الا انه لا بد في اعتبارها من ملاحظة الشيء المعبر اولاً ثم اعتباره. وبعبارة اخرى ان الاعتبار عبارة عن فرض وجود شيء من المتأصلات في عالم التصور ووعاء الاعتبار. فلا بد من تعلقه بالاعيان الخارجية، او احد الاعراض المتصلة. بحيث لو فرض تحقق المعبر خارجاً وخروجه من وعاء الاعتبار الى ظرف التحقق، لكان احد المتأصلات الخارجية. الا ترى ان اهل العرف اذا قالوا زيد اسد، فقد فرضوا زيداً في عالم الاعتبار شيئاً لو تحقق في الخارج كان عيناً من الاعيان القائمة بنفسها وهي الاسد. واذا قالوا زيد فوق عمرو في العلم. كقوله تعالى: «وفوق كل ذي علم علم»^٢. فقد اعتبروا في زيد امراً لو تحقق لكان شيئاً من مقولة الاضافة كفوقية السقف. واذا قالوا قلب زيد ابيض وقلب عمرو اسود. فقد اعتبروا شيئاً لو وجد لكان من مقولة الكيف وهكذا.

وعلى هذا فقد يقال ان المعبر في الملكية هو مقولة الجدة. وهي في اصطلاح المنطق عبارة عن احاطة جسم بجسم آخر. بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط كلبس العباء والحركة بها. فيعتبر كون المالك كانه محيط بماله اينما ذهب ذهب معه لبقاء استيلائه على ماله اعتباراً. وقد يقال ان المعبر في الملكية هو مقولة الاضافة وهي المسماة بالاختصاص. والنسبة المكرره كالبوة والبنوة والاخوة والراكية والمركوبية مما كان المبدء مبدء انتزاع المتضايين متمثلاً او مختلفاً. فالمال كانه ينسب الى المالك

١. «المستدرک»، احياء الموات، ب ١، ح ٤.

٢. سورة يوسف، الآية: ٧٦.

ويختص به. ولذلك قد رتب العقلاء والشرع عليه احكاما تكليفية ووضعية. وعلى هذا فالمتحصل ان الملكية الشرعية والعرفية اما هي الاحاطة الاعتبارية او هي الانتساب والاضافة كذلك. لكن ليعلم ان الاثر المترتب على المعتر والمنتزع يخالف آثار المنتزع عنه. اذا الثاني امر تكويني متأصل، فتكون آثاره ايضاً كذلك. ففي اعتبار زيد اسدا لا يترتب عليه جعله في قفص من الحديد في المسبعة والقاء لحم الميتة امامه. بل جعله في ميدان البراز مقابلا لمائة مبارز محارب مثلاً. وكذلك تأثير العبادة والقميص في البدن. عبارة عن حفظها له وصونها اياه عن الحوادث. وآثار واثر الابوة والبنوة تبعية الولد للاب وانتفاع الاب به.

الجهة الثانية: ان الحق لغة هو الثبوت. وقد يستعمل بمعنى الفاعل، فيكون بمعنى الحاقّ والثابت. او هو صفة مشبهة كالحقيق. والاستعمالات القرآنية ايضاً تؤيد هذا المعنى؛ كقوله تعالى: «ومحق الله الحق»^١ اي يأتي بمقدمات ثبوت ما ينبغي ثبوته ليثبت ويتحقق وقوله تعالى: «وكان حقاً علينا نصر المؤمنين»^٢ اي ثابتاً. وقوله تعالى: «حقيق على ان لا أقول على الله الا الحق»^٣ ثابت. وقوله تعالى: «الحاقّة، ما الحاقّة»^٤ اي القضية الثابتة بلا ريب.

واما: في الاصطلاح فهو امر اعتباري قابل للجعل والانشاء باللفظ. لكن قد وقع الاختلاف فيه وقيل في بيان حقيقته امور:

الأول: انه بمعنى الحكم. فعنى حق الخيار ان الله اباح لاحد طرفي العقد او لكليهما فسخه وحلّه. ومعنى حق الرهانة انه اباح للمرتهن التصرف في العين لاستيفاء دينه منها. وفيه ان الحكم عبارة عن انشاء خاص تكليفي او وضعي من قبل الشارع لا يقبل الاسقاط والنقل والمعاوضة والارث.

والحق هو امر اعتباري عرفي او شرعي يترتب عليه الاسقاط والنقل بالمعاوضة والارث وغيرهما. فهما امران متغايران ولذا ترى انفكاك كل منهما عن الآخر نظير انفكاك الملك عن الحكم. فكما ان الملك ينفك عن جواز التصرف تكليفاً

١. سورة يونس، الآية: ٨٢.

٢. سورة الروم، الآية: ٤٧.

٣. سورة الاعراف، الآية: ١٠٥.

٤. سورة الحاقّة، الآيتان: ١ و ٢.

ووضعا في مورد اموال القاصرين، فهم لها ما لكون والاولياء يجوز لهم التصرف. كذلك الحق ينفك عن الحكم. ويكون المولى عليه ذاقق والولي جائر التصرف. الثاني: انه بمعنى الملك او مرتبة ضعيفة منه. وهذا ايضا لا ينطبق على جميع موارد، نظير حق الاختصاص بالخمر التي يراد تخليلها. وحق الاولوية في التحجير فانه لا يملك الخمر كما لا يملك قبل الاحياء.

الثالث: انه بمعنى السلطنة الاعتبارية. وهذا هو المعروف بين الاصحاب. ويؤيده قوله تعالى: «ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا»^١. فالمجوعول في حق القصاص هو السلطنة. وهي امر اعتباري يترتب عليه جواز القتل والعفو واخذ الدية. وعليه فالملك هو اعتبار الجدة او الاضافة. والحق هو اعتبار السلطنة الاعتبارية، ويترتب عليها احكام خاصة على اختلاف مواردھا. وبعبارة اخرى ان المجوعول في مورد الملك امران اعتباريان الاضافة الخاصة والسلطنة. اما الاضافة فبمقتضى العقود المملكة وغيرها من اسباب الملك. واما السلطنة فلقلوه «صلّى الله عليه وآله»: «الناس مسلطون على امواھم». فان السلطنة المجعولة فيه مترتبة على المال المضاف الى الناس. فهنا مجعول اولى موضوعي وثانوي حكيم. وينفك كل منها عن الآخر في الاعتبار. فالمجوعول في حق القاصرين هو الاول دون الثاني. وفي مورد القصاص والجنایة الثاني دون الاول. وكل منها اعتبار خاص تباين ماهيته الآخر. وقد اصطلح الاصحاب باستعمال الملك في الاول بنحو اللابشرط عن تحقق الثاني في موردھ. وباستعمال الحق في الثاني فيما اذا تحقق مستقلا عن الاول، فبينهما فرق جوھري. لانھا متحدان ماهية ويتغايران بالعرض كقتل المؤمن الحرام وقتل الكافر الواجب.

الرابع: انه في كل مورد من موارد امر اعتباري خاص مجعول من ناحية الشرع، مترتب عليه آثار خاصة. فالمجوعول في حق الولاية والوصاية والتولية هو الولاية. اي ولاية الحاكم والوصي على المال والا ولاد. وولاية المتولي على الاوقاف. فاضافة حق الولاية بيانية والمجوعول في حق التحجير مجرد كون الحجر اولى بالارض من غيره. وفي حق الاختصاص بالخمر مجرد اختصاصھا به فيملكھا بتخليه. وفي حق

الشفعة والخيار. وحق الجناية السلطنة على الاخذ والفسح والاسترقاق. وهكذا وارجح الاقوال ثالثها.

الامر الرابع: ان متعلق الملك؛ اما ان يكون عيناً خارجية: كالدار والبستان، أو عيناً ذمية كمن من حنطة في ذمة زيد، او منفعة للعين كسكنى الدار او عملاً للحر كالاجير.

واما متعلق الحقوق فقد يكون انساناً كما في حق القذف والشم والايذاء والغيبة ونحوها، وحق القصاص، وحق نفقة الاقارب وحق الحضانة وحق القسم. او قد يكون عيناً خارجية: كحق الشفعة وحق الرهانة وحق التحجير وحق الغرماء في تركة الميت، وقد يكون امراً اعتبارياً: نظير العقد كحق الفسخ في البيوع والانكحة وغيرهما. كما انه قد يكون عملاً من الحر او العبد. او منفعة للعين الخارجية، كما اذا اوصى الميت بكون اختيار الخياطة والكتابة من عبده. او منفعة داره بيد الوصي استيفاءً وبذلاً وتبديلاً، فيكون الوصي ذاق حق على العمل، او المنفعة. اذا فتعلق الحق اوسع دائرة من متعلق الحكم.

ثم ان صاحب العروة (قده) اشار في حاشية المكاسب الى اقسام الحقوق، فقال: «اما الحقوق فهي بحسب صحة الاسقاط والنقل بعوض او بلاعوض، والانتقال القهري بارث ونحوه اقسام» ثم ذكر ما حاصله:

فنها: ما لا ينتقل بالموت ولا يسقط وينقل كحق السبق في الرماية وحق الوصاية، اعني ولاية الوصي على تصرفه فيما اوصى به الموصي.

ومنها: ما يجوز اسقاطه ولا يصح نقله ولا ينتقل بالموت، كحق القذف والغيبة والشم والايذاء بناءً على عدم كفاية التوبة.

ومنها: ما ينتقل بالموت ويجوز اسقاطه ولا يصح نقله، كحق الشفعة.

ومنها: ما يصح نقله واسقاطه وينتقل بالموت كحق الخيار وحق القصاص وحق الرهانة وحق التحجير وحق الشرط ونحوها.

ومنها: ما هو محل الشك في صحة الاسقاط والانتقال والنقل، كحق الرجوع في العدة الرجعية وحق النفقة في الاقارب وحق الفسخ بالعيوب في النكاح وحق الفسخ في العقود الجائرة انتهى.

في معني التحجير

قوله:

«والتحجير: هو ان ينصب عليها المروز او يحوطها بجائط».

التحجير لغة هو وضع الحجر حول الشيء والظاهر كونه مصدراً جعلياً مشتقاً من الحجر بفحيتين وليس مصدراً من باب التفعيل مشتقاً من حجره بمعنى منعه، فانه حينئذ يستعمل لازماً بمعنى التحجير. يقال: حَجَّرَ الطين اذا صار صلباً كالحجر. ثم انه فسرّه بعض الاصحاب بالشروع في الاحياء قبل تمامه. وآخرون باحداث ما يكون اماره على قصد الاحياء وبين العنوانين عموم مطلق، فان الثاني اعم من الاول. اذ كلّ عمل مصداق للشروع، اماره على ارادة الاحياء كماكثر الامثلة التي ذكروها وان كان يختلف مصاديق الشروع. فحفر محلّ البناء شروع بالنسبة للجائط. وايجاد المروز حول المحلّ شروع بالنسبة لما يحتاج الى ذلك. وحفر النهر او الساقية في الارض شروع بالنسبة الى المقدار القابل للشرب منها، من احد طرفيها، او من كلا الطرفين، وهكذا. وليس كلّ اماره على الاحياء مصداقاً للشروع، كنصب الاحجار او الاخشاب والسلك المشوك ونحوها، فانها غالباً لا تكون من مقدمات الشروع بل قد تكون مانعة عنه. فلاحظ بعض كلمات الاصحاب قد هم.

قال في «المبسوط»: «والتحجير: ان يؤثر فيها اثرًا لم يبلغ حدّ الاحياء مثل أن ينصب فيها المروز او يحوط عليها حائطاً وما اشبه ذلك من الآثار»^١. وقال في «القواعد»: «هو ينصب المروز او التحويط بجائط او بجفر ساقية محيطه او ادارة التراب حول الارض او احجار»^٢.

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٧٣.

٢. «القواعد»، ج ١، ص ٢٢٠.

وعن «التحرير»: «والتحجير يكون بنصب المروز وحفر الخندق»^١.
وفي «المسالك»: «التحجير: هو الشروع في الاحياء قبل اتمامه وكذا لو علم عليه علامة العمارة من نصب احجار او غرز اخشاب او قصبات او جمع تراب او خط خطوط»^٢.

وقال في «الرياض»: «واعلم ان التحجير ان ينصب عليها مرزا او يجمع حوالها تراباً او يغرز فيها خشبات، او يخط عليها خطوطاً او نحو ذلك. ومنه ان يحفر النهر ولم يصل الى الماء وان يعمل في المعادن الباطنة عملاً يبلغ نيلها، اما بلوغه فهو احياء»^٣.

ثم انه لا دليل عام او مطلق في المقام قابلاً للتمسك به عند الشك. فلو شك في صدق التحجير وعدمه مفهوماً او مصداقاً فاصالة عدم تحقق الاولوية محكمة.

قوله:

«ولو اقتصر على التحجير واهمل العمارة
اجبره الامام على احد الامرين: اما
الاحياء. واما التخلية بينها وبين غيره. ولو
امتنع اخرجها السلطان من يده لئلا يعطلها.
ولو بادر اليها من احياها لم يصح ما لم يرفع
السلطان يده او يأذن في الاحياء».

هنا فروع:

الاول: قوله: «واهمل العمارة» الظاهر انه لامدة للاهمال معينة من جانب الشرع، بل هي موكولة الى العرف ولذا قال في «التذكرة»: «وليس لطول المدّة

١. «التحرير»، ج ٣٨، ص ٥٨.

٢. «المسالك»، ج ٢، ص ٣٦٠.

٣. «الرياض»، ج ٢، ص ٣٢١.

الواقعة بعد التحجير حدّ معين وأنها الرجوع فيها الى العادة». وقال ابوحنيفة: «مدّته ثلاث سنين فاذا مضت بطل حقه، فاذا بادر انسان على عمارتها ملكها»^١.

الثاني: ليس لامهال الايام ايضاً مدّة محدودة بل هو موكول الى نظره. قال في «التذكرة»: «فان طلب المحجّر التأخير من السلطان امهله مدّة قريبة ولا يتقدر تلك المدّة بقدر، بل يجب ما يراه السلطان، وهو احد وجهي الشافعية، وفي الثاني انها تتقدر بثلاثة ايام وليس شيئاً لعدم دليل عليه، فاذا مضت المدّة ولم يشتغل بالعمارة بطل حقه»^٢.

الثالث: الظاهر انه لاخلاف في الحكم المذكور في المتن ونظيره. عبارة «القواعد» ونسبه في «مفتاح الكرامة» الى «المبسوط» و «المهذب» و «الوسيلة» و «التذكرة» و «التحريير» و «الارشاد» و «الدروس» و «المسالك» و «الروضة» و «مجمع البرهان».

قال في «المبسوط»: «فان اخر الاحياء، فقال له السلطان اما ان تحيها او تخلى بينها وبين غيرك حتى يحيها، فان ذكر عذراً في التأخير مثل ان يزعم ان الآلة قد عابت يريد اصلاحها او اصحابه واكرته هربوا او عيبه ابقوا واستأجل في ذلك، اجله السلطان في ذلك. وان لم يكن له عذر في ذلك وخيره السلطان بين الامرين فلم يفعل اخرجها من يده. فان بدر غيره قبل ان يخرجها السلطان من يده فاحياها لم يملك بذلك، لانه لم يأذن له السلطان، وفيهم من قال اساء وملك»^٣.

وقال في «التذكرة»: «ولو كان للمحجّر عذر في التأخير وكان حقه باقياً فبادر غيره واحياها ففي ثبوت الملك اشكال. وللشافعية ثلاث اوجه: اصحها عندهم ان الثاني يملك لانه حقق سبب الملك. نظير من دخل سوم الغير والثاني: لا يملك لانه احسب في حق غيره كمرافق غيره. والثالث: يفرق بين ان يضمّ الى المحجّر اقطاع السلطان فلا يملك وبين ان لا يضمّ فيملك».

الرابع: مقتضى القاعدة عدم زوال حق المحجّر الا بما يدلّ على بطلانه بالقطع كتخليته بينها وبين غيره او اخراج الامام الارض من يده او انشائه ابطال حقه، او

١. ج ٢، ص ٤١٠.

٢. ذلك المدرك.

٣. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٧٣.

اذنه بتصرف الغير فيه. ومنه يعلم ان مبادرة الغير لاجرائها غير مؤثرة فيه. سواء كانت بعد اهمال المحجر وقبل وصول الامر الى الامام او بعد اجباره على احد الامرين، وقبل احراز اختياره او امتناعه او بعد الامتناع وقبل اخراج الارض من يده او اذنه في الاحياء للغير. ثم انه قد يكون مفاد فعل الامام او قوله هو ابطال حقه فقط من دون نظر الى الاذن للغير وقد يفيد ذلك ايضاً. وعلى الاول فاحياء غيره يحتاج الى اذن عام او خاص، ويأتي فيه الاختلاف كما مضى.

الخامس: سلطنة الامام على اجبار المحجر ثم اخراج الارض من يده على فرض الامتناع هي التي نقيضه قواعدنا بعد فرض كون الارض له عليه السلام وولايته عليها. وعلى فرض عدمها ايضاً فله او لثابته الاجبار مع اقتضاء المصلحة له لولايته على الناس. وعللوا الحكم ايضاً: «ببقي تعطيل العمارة التي هي منفعة الاسلام» وهذا ليس دليلاً مستقلاً بنفسه نعم قد يكون داعياً لاجبار الامام عليه السلام واستدل عليه في «الجواهر» بخبر يونس عن الكاظم عليه السلام: «ان الارض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده. فمن عطل ارضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علة اخذت من يده ودفعت الى غيره»^١. والمراد بالوقف هنا الوقف التكويني. فان الله تعالى حفظها كسائر اجزاء السماوات والارض ليعيش فيها عباده. وهذا الحديث مخدوش سنداً بوجود «السهل» فيه، وان كان الامر فيه سهلاً وعدم علم سهل بانه رواه عن الريان او بواسطة رجل مجهول، ودلالة لشموله لكل ارض مملوكة فضلاً عن المحجرة ولم يعمل الاصحاب بهذا الاطلاق وان قالوا به في الجملة كما مر، ولو حمل على خصوص المحجر المتروك يبقى عليه. ان الاصحاب لم يحدوا الاهمال بتلك المدة ولعله يحصل باقل منها او اكثر. ثم ان ظاهر الاصحاب عدم استحقاق المحجر عوض تحجيريه، مع انه مال يقابل بالمال ويورث. وتقتضي القاعدة لزومه لان سلب الشيء عنه لمصلحة عامة، لا يلزم تفويت المال عنه كأكل ماله عند المحمصة. ويمكن ان يكون ذلك لكونهم في مقام بيان جواز احياء المحجر واخذ الارض منه لاسلب مالية حقه. او يدعى ان ذلك اجماع منهم على سلب الحق بلا بدل.

وايضاً قد يحكى عن بعض الاصحاب ان ذلك فيما اذا بقيت آثار التحجير

والآ عادت موأأمع أن مقتضى الاستصحاب بقاء الحق مطلقاً. قال في «الجواهر»: «فمقتضى الاستصحاب بقاء الحق وان زالت الآثار، اذهي وان كانت سبباً في ثبوت الحق لا يقتضي زواله بزوالها للاصل. وخصوصاً اذا ازاله الظالم او غيره»^١.

قوله:

«وللنبيّ صلى الله عليه وآله ان يحمي لنفسه
ولغيره من المصالح كالحمي لنعم الصدقة
وكذا عندنا لامام الاصل».

الشرط السابع للاحياء

قد عرفت ان هذا الشرط مع فرض كون اذن الامام ايضاً شرطاً للاحياء كما ذكره في اول الكتاب، يكون سابع شروط الاحياء وان لم يذكره بصورة الشرط. ومعنى حمى الشيء من باب ضرب وأحماه منع الناس عنه وحفظه. والحمي بالكسر مقصوراً وممدوداً، الشيء الذي يحفظ ويدافع عنه. والمراد هنا جعل الارض حمى بالانشاء لفظاً او بكتابة او اشارة او نحو ذلك. وهذا بحكم النص الصادر من المعصوم المنشأه اختصاص الارض برعي المواشي المملوكة للمعصوم عليهم السلام. ان حماه لنفسه او لما يتعلق بطائفة من المسلمين او جميعهم. كنعم الصدقة والخمس والجزية وخيل المجاهدين وما يوقف من الانعام على المسلمين. او يوصى به لهم واللقطة والمجهول مالكة وغيرها فالحمي امر يشبه بالوقف لجهة خاصة في بعض الآثار ولا يصح الآ من النبيّ والوصي.

قال في «المبسوط» في مسألة الحمى ما خلاصته: «والناس في ذلك على ثلاثة اضرب النبيّ، والائمة عليهم السلام وآحاد المسلمين». اما النبيّ فكان له ان يحمي لنفسه ولعامّة المسلمين بقوله: «لاحمي الآ لله ولرسوله». وروى نافع عن ابن عمر: «انّ النبيّ حمى النقيع لحيل المجاهدين ترعى فيه. واما آحاد المسلمين فليس

لهم ان يحموا واما الائمة فان حموا كان لهم ذلك. وفي المخالفين من قال: ليس للامام ان يحمى لنفسه شيئاً وكذا للمسلمين»^١.

وفي «التحرير»: «للتبّي ان يحمى لنفسه وللمسلمين كما حمى النقيع لخليل المهاجرين وليس لآحاد المسلمين ان يحموا لانفسهم ولا لغيرهم اجماعاً. واما امام الاصل فان له ان يحمى لنفسه وللمسلمين عندنا و لخليل المجاهدين وابل الصدقة ونعم الضوال والجزية»^٢.

وفي «الرياض» بعد ذكر عدم جواز حمى الانسان لنفسه: «بلاخلاف اجده بل عليه الاجماع في «المسالك» وغيره وهو الحجة، مضافاً الى منطوق النبوي لاهمى الا لله ولرسوله»^٣.

ثم انّ الدليل على جوازه للتبّي والوصي واضح بعد ثبوت كون الموات لهما مع ما رواه الفريقان من قوله عليه السلام: «لاحمى الا لله ولرسوله صلى الله عليه وآله». والظاهر ثبوته لنائب الغيبة ايضاً، لعدم كون الحكم من مختصات المعصوم.

قوله:

«وليس لغيرهما من المسلمين ان يحمى لنفسه فلو احياه محمي لم يملكه مادام الحمي مستمرا وما حماه النبي صلى الله عليه وآله او الامام عليه السلام لمصلحة فزالت جاز نقضه وقيل: ما يحميه النبي - ص - خاصة لا يجوز نقضه لان حماه كالتص».

اما عدم جواز حمى الناس لانفسهم فلعدم الخلاف فيه بل قد ادعى الاجماع عليه في «التحرير» ونقله في «الرياض» عن «المسالك» ويترائى من غيرهما ايضاً. وللتبوي الماضي: «لاحمى الا لله ولرسوله صلى الله عليه وآله». وهذا منقول

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٧٠.

٢. «التحرير»، ج ٢، ص ١٣١.

٣. «الرياض»، ج ٢، ص ٣٢٣.

بطريق اهل السنة، وتمسك به بعض اصحابنا ايضاً. ولمفهوم خبر ابي نصر البرزطي عن ادريس بن زيد عن ابي الحسن عليه السلام: «ان لنا ضياعاً ولها حدود وفيها مراعى ولرجل متاغم وابل يحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه أبتل له ان يحمى المراعى لحاجته، فقال: اذا كانت الارض ارضه فله ان يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه»^١. والراوي لهذا الحديث ادريس بن زيد وليس له اسم في كتب الرجال ولعله مصحف ادريس بن زياد الثقة ويقربه تعبير سيد الرياض وصاحب الجواهر (قدهما) باعتبار الحديث بل قربه من الصحيح.

وقد يتوهم دلالة خبر موسى بن ابراهيم عن ابي الحسن عليه السلام على خلاف ذلك فانه قال: «سألته عن بيع الكلاء والمرعى فقال: لا بأس به قدمي رسول الله صلى الله عليه وآله النقيع لغيل المسلمين»^٢. لظهور ذلك في جواز حمى الناس فان جواب الامام، كاشف عن كون مورد السؤال بيع ما حاه من الموات لنفسه. لكنته مع ضعف سنده بعبيد الله وموسى بن ابراهيم مخدوش، دلالة بعدم ارتباط الجواب بالسؤال. مع انه يمكن حمل الكلاء على الكلاء والمرعى في ارضه المملوكة او في الارض التي حاها له المعصوم او استتاب عنه لحمى ارض لنفسه فحماها ويؤيده خبر ادريس الماضي.

واما عدم ملك من احبب الحمى وهو معنى شرطية عدمه للاحياء او مانعية وجوده عنه، فلان الحمى الصادر من اهله لا يتعلق الا بجزئي خارجي من الارض ومقدار منها محدود. فتكون النسبة بينه وبين قوله «عليه السلام»: «من احبب ارضاً فهي له» نسبة الخاص الى العام، مع ان مفهوم الحمى هونفي تعرض الغير للمكان ولو بنحو الاحياء فهو كالدليل الحاكم على اطلاقات الاحياء. والظاهر انه لاخلاف في الحكم بين المسلمين.

واما جواز نقض ما حاه النبي (ص) والامام (ع)، فيما اذ ازلت المصلحة المقتضية لجعل الحمى فلان الحكم تابع لملاكه ومعلول له فلا بد ان يزول بزواله. فاذا حمى النبي (ص) والامام (ع) ارضاً لنعم الصدقة او خيول الغزاة فلا تبق العلة في زمان او مكان لا يملك الناس نعماً حتى يتصدقوا منها، ولا خيلاً للركوب حتى يغزوا بها

١. «الوسائل»، ج ١٢، ص ٢٧٦، ابواب عقد البيع، ب ٢٢، ح ١.

٢. «الوسائل»، ابواب احياء الموات، ب ٩، ح ٣.

وبه قال الفاضل والشهيدان والمحقق الثاني.

وقوله: «لان حماه كالنص» اشارة الى استدلال بعض القائلين بعدم جواز النقض. بان نقض حماه كابطال نصه بالاستدلال في مقابله وهو غير جائز. قال في «المبسوط»: «فاما ما حماه رسول الله فانه لا يجوز للامام القائم مقامه نقضه. وحله لان فعله حجة يجب اتباعه وما يفعله الامام القائم مقامه لا يجوز لاحد تغييره وان غيره هو او من بعده من «الائمة عليهم السلام» او اذن واحد منهم لغيره في احياء ميت فاحياه. فانه يملكه فاما من يحييه بغير اذنه فانه لا يملك به»^١.

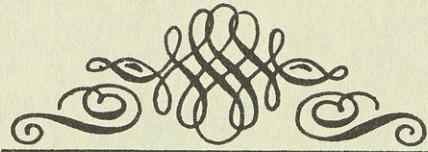
وقال في «الخلاف» في المسألة (٨): «ما حماه رسول الله (ص) فانه لا يجوز حله ولا نقضه لاحد بعده» وقال الشافعي: «ينظر فان كان السبب الذي حماه له باقياً لم يجز نقضه. وان كان السبب قد زال فيه وجهان: احدهما يجوز لان المعنى الذي له حمى قد زال، والثاني وهو الصحيح عندهم انه لا يجوز»^٢. وما فرق به بين النبي (ص) والامام (ع) بعدم جواز نقض حمى النبي (ص) للامام (ع) وجواز نقض حماه بمن بعده، من الامام (ع) لا يطابق اصول الامامية، اذ لافرق بين النبي (ص) والوصي (ع) مطلقاً حتى في الاحكام فضلاً عن الانشاءات الاعتبارية الموضوعية.

اما الاحكام فالحكم الشرعي الالهي الذي اخبر به النبي صلى الله عليه وآله لا يجوز لاحد نقضه ونسخه حتى نفسه الشريفة، فضلاً عن الامام بعده. ولو قلنا بجواز نسخه بان الهمة الله تعالى وقت انقضائه فيخبر به النبي صلى الله عليه وآله عنده فهو جائز في حق الامام (ع) ايضاً. فيودعه النبي اعلام انقضاء الوقت ليخبر بذلك.

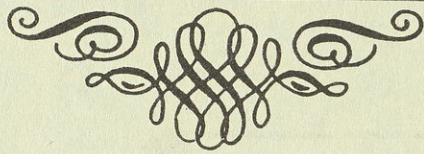
واما غير الاحكام كمنصب القضاة وامراء السرايا وائمة الجمعة وتعيين المتولين للاوقاف والوصايا والمتصرفين في اموال القصر والغيب وكاقطاع الارض للاشخاص وما اشبه ذلك، فالنبي (ص) والائمة (ع) في ذلك بحكم شخص واحد فينصب بعضهم احداً لاقتضاء المصلحة في وقت ويعزله الاخر لتمام ذلك في وقت آخر.

١ ج ٣، ص ٢٧١.

٢ ج ٢، ص ٢، كتاب احياء الموات.



الطرف الثاني



في كيفية الاحياء

قوله:

« في كيفية الاحياء والمرجع فيه الى العرف
عدم التنصيص شرعاً ولغة ».

لابد في الالفاظ الصادرة من الشارع الحاكية عن الاحكام الشرعية التكليفية او الوضعية. وكذا الحاكية عن الموضوعات المحمولة عليها الاحكام وسائر ماله دخل فيها من حملها على المعاني الشرعية لو كانت لها حقائق كذلك، والآ فان كانت لها في زمان صدورها معان لغوية او عرفية عامة او خاصة، بحيث كانت تنصرف عند الاطلاق اليها فلتحمل على ذلك ولو كان الجميع موجوداً عندئذ. ولم يعلم ظهورها في احد المعاني كانت جملة مرددة بينها فاللازم الرجوع الى الاصول العملية.

هذا على النحو الكلي واما في المقام فالحياة لغة وعرفاً عبارة عن كون الجسم ذا حياة حيوانية. والاحياء متحد معه ذاتاً وان اختلفا اعتباراً كالايجاد والوجود فالمعنى الحقيقي للحَيِّ هو الحيوان المتصف بهذه الصفة واطلاقه على النبات ايضاً لعله مسامحي كما ان اطلاقه على بعض الجوامد كالمسجد والارض ونحوهما اطلاق مجازي، يكون بمعنى العمارة فعنى احياء الارض عمارتها وجعلها قابلة للانتفاع وحيث انه لم

يرد في الشرع ما يدل على كيفية ذلك فاللازم الرجوع فيه الى العرف، كما في لفظ الحرز والقبض والتفرق والوطن والمعدن وغيرها.

قال في «المبسوط»: «وإما ما به يكون الاحياء فلم يرد الشرع ببيان ما يكون احياء دون ما لا يكون، غير انه اذا قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «من احيى ارضاً فهي له» ولم يوجد في اللغة معنى ذلك فالمرجع في ذلك الى العرف والعادة. فما عرفه الناس احياء في العادة كان احياء وملكت به الموات كما انه لما قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا، وأنه نهى عن بيع ما لم يقبض وان انقطع يجب في قيمة المجن رجوع في جميع ذلك الى العادة»^١.

وقال في «التحرير»: «والمراجع في الاحياء الى العادة لعدم تنصيص الشارع عليه ويختلف باختلاف الغايات»^٢. هذا مما لا اشكال فيه، الا انه لما كان بعض مصاديقه محتاجاً الى تحقيق وتوضيح تعرضوا لبيانه فقالوا ان العمل المحقق له يختلف باختلاف ما يقصد به من علله الغائية. فالاحياء للسكني يخالف الاحياء للزراعة مثلاً وهكذا. ومقتضى عبارة المتن ان الاحياء لغرض السكني يتحقق بامرین:

احدهما: تحويط الحائط وتسقيف شيء من بيوته، لو كانت متعددة ولو كان الغرض بيتاً واحداً. فبرفع جدرانته وتسقيفه والاحياء لغرض الحظيرة بتحقيق بالتحويط فقط. ولغرض الزراعة بامرین: احدهما: التحجير بمرز او مسناة وهي بمعنى المرزا واكثر منه تراباً. ونظير ذلك نصب القصب والشوك ونحو ذلك؛ وثانيهما: سوق الماء اليها، ويلازمه ترتيب النهر باحداث او اصلاح. ولذا ذكرها في «المبسوط» شرائط ثلاثة: المرز، وترتيب الماء بحفر الساقية، ونحوها. وسوقه، هذا بناءً على كون عبارة المتن، (وسوق الماء) بالواو. ويظهر من «المسالك» ان الكلمة او مكان الواو حيث قال: «واكتفى المصنف في الاحياء للزرع بذلك، او سوق اليها بساقية او شابهها... وبعضهم اعتبر فيه الامرین وهو حسن». ولعل نسخة الكتاب كانت عنده كذلك.

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٧١.

٢. «التحرير»، ج ٢، ص ١٣٠.

ولا يخفى عليك عدم اشتراط فعلية سوق الماء في تحقق الاحياء، بل اللازم التهيئة لذلك وهي تحصل باحداث التهر ومجرى الماء وسيأتي الاشارة اليه.
واما: الاحياء لغرس البستان، فقد حمل صاحب المسالك عبارة المتن اي قوله: «ولو غرس ارضاً اه» على ارادة ذلك، فقال: «والمصنف اعتبر فيها احد الامور:

اما: غرسها بالفعل مع نبات الغرس وسوق الماء. واما عضد شجرها واصلاحها. واما بقطع المياه الغالبة عنها وتثبيتها للعمارة. وظهره ان كل واحد من هذه الثلاثة كاف في الاحياء محتجاً بدلالة العرف عليه، وانما اعتبر غرس الاشجار ونباتها. لان اسم البستان لا يقع على الارض المهيأة قبل الغرس بخلاف المزرعة فانها تقع على الارض قبل الزراعة، ولان الغرس يدوم فالحق ببناء الدار والزرع بخلافه».
وانت خبير بان لو كان مراد المصنف ذلك ورد على الامر الاول عدم لزوم سوق الماء بالفعل لولم نقل بعدم لزوم نبات الغرس ايضاً. وعلى الاخيرين بعدم كفاية قطع الموانع في صدق البستان ومخالفة ذلك مع الامر الاول.

والظاهر ان مراد المحقق عدم لزوم الغرس بالفعل في الاحياء للغرس والزرع كما صرح بذلك الشهيد في «الدروس». والشهيد الثاني في «المسالك». وقوله: «ولو غرس ارضاً فنبت اه» يعني به تحقق الاحياء بذلك قطعاً لا اشتراطه بذلك كما يشهد به قوله وكذا اه. ومن المحتمل في العبارة كون اولها اعني قوله: «ولو غرس» بياناً للاحياء لغرض البستان، فاشتراط فيه فعلية الغرس ونباته. واما قوله: «وكذا لو كانت» وقوله: «وكذا لو قطع» فبيان لحال ارادة مطلق الاحياء بلا تصور عنوان خاص، كما يؤيده التعليل في ذيله، فعنى العبارة انه يشترط في الاحياء المطلق مع عدم قصد عنوان خاص. رفع الموانع بعضد الشجر وقطع الماء وغيرها واعداد الارض للانتفاع. وعليه فهل يشترط مضافاً الى ذلك احداث المرز والنهر ونحوهما ام لا، لا يبعد الاشتراط.

وهنا أمران:

الاول: ان ظاهر الاصحاب كما عرفت توقف ملكية الارض، على صدق العنوان المقصود له الاحياء كالدار والحظيرة ونحوهما، ولو باقل مرتبة الصدق؛ والا فيكون فيما قبل ذلك تحجيراً فاحاطة الحائط للدار مع عدم التسقيف تحجير. ولو اراد به

الحظيرة كانت احياء. وعلى هذا فيشكل الامر فيما اذا حوط بقصد الدار. ثم اراد اتخاذ حظيرة. وان امكن القول بحصول الملكية بعد القصد. قال في «الجواهر»: «كما يجوز العدول عن قصد الدار بعد التحويط واتخاذها حظيرة فانه يملكها بذلك»^١.

وقال في «التذكرة»: «لوقصد نوعاً وفعل احياء يملك به نوعاً آخر كما اذا حوط بقصد السكنى الدار، وهذا الاحياء انما يتحقق في ملك حظيرة الغنم وشبهها بل يفيد الملك؟ الوجه عندي ذلك فانه مما يملك به الحظيرة لوقصدها وهو احد وجهي الشافعية والثاني انه لا يملك به والا لزم الاكتفاء بادنى العمارات ابدأ واستحالة التالي ممنوعة» وظاهره ارتضائه والاكتفاء بادنى العمارات ابدأ وهو كما ترى. واما عكس ذلك بان حوط بقصد الحظيرة فاراد اتخاذ داراً فلا اشكال في ذلك لتملكه بالتحويط فله ان يفعل ما شاء.

الثاني: ان الاصحاب ذكروا في هذا الباب لما يقصد له الاحياء عناوين اربعة: المسكن، والحظيرة، والمرزعة والبستان ولعلها كانت اهم ما يحتاج اليه الناس في تلك الاعصار. ولكن الآن قد احتاجت الجوامع البشرية الى امكنة ومساكن ومصانع ومرافق وغيرها تختلف محالها في كيفية الاحياء وما هو يتوقف عليه، كما اشرنا اليه في بحث الحريم. فان الاحياء يشبه فكما انه كان مختلفاً في الكمية وتابعاً في ذلك لذي الحريم، فالاحياء مختلف في الكيفية تابع لما يقصد منه. فالمعامل الحديثة نظير معمل قطع الاحجار والاشخاب ومعمل صنعة السيارة ومعمل النسيج باقسامه ومعمل ذوب الحديد ومصنع الطوب وموقف السيارات والقاطرات ومطار الطائرات وغيرها تختلف في كيفية الاحياء كما انها تختلف في كمية الحريم.

قوله:

«ومن فقهاؤنا الآن من يسمّى التحجير احياء
وهو بعيد».

هو شيخ الفقهاء في عصره واحد مشايخ المصنف نجيب الدين ابوابراهيم محمد بن جعفر بن نما الحلي ويحتمل كون مراده ان التحجير مثل الاحياء في افادة الاولوية دون الملك كما نقلنا القول بذلك عن بعض فقهاؤنا.

ففي «المبسوط» بعد ذكر التحجير: «فأما عند نافلا يصح بيعه لانه يملك رقبة الارض بالاحياء وانما يملك التصرف بشرط ان يؤدّي للامام عليه السلام ما يلزمه عليها» وعن «المهذب» و «السرائر» ما يشبهه. وحمل صاحب الدروس كلامه على الارض المعدة للانتفاع طبعاً لعدم استيجامها ولا غلبة الماء عليها ولا احتياجها الى اجراء الماء لكان الغيوث بمقدار الحاجة، فان فعل التحجير حينئذٍ ولو برز ونحوه يعد احياءً لها، فيتحد هنا عنوان التحجير والاحياء.

ويظهر من «المسالك» حمل كلامه على القول بكون مطلق التحجير مفيداً للملكية. قال فيها بعد نقل عبارة المتن: «اشار بذلك الى شيخه الفقيه نجيب الدين بن نما فجعل مطلق التحجير احياء مفيداً للملك، وهو قول بعض الشافعية لخروجه بالشروع في احيائه عن حدّ الموات ومن ثم افاد حقاً في الجملة اجماعاً اه».

اقول: اما الوجه الوسط فالظاهر اختلاف حقيقة الاحياء والتحجير. اذ هو اما شروع في الاحياء اذا كان امرأً تدريجياً او نصب العلامة الدالة على ارادة الاحياء. ولا يعقل ان يكون الشروع في الشيء خاتمة ولا الدال على ارادته نفسه مع انك قد عرفت فيما مضى ان امثال ذلك من الاراضي من قبيل الحياة بالاصالة، فلا تشملها ادلة الاحياء فيكون حكمها كسائر اقسام الانفال مما لا احياء فيه او كسائر ما على الارض من المباحات الاصلية التي يتملكها الانسان بالقبض والاستيلاء. واما الوجه الاخير فكونه مراد ابن نما مستبعد جداً فاقرب الاحتمالات من كلامه هو الوجه الاول.



الطرف الثالث

في المنافع المشتركة

قوله:

«في المنافع المشتركة وهي الطرق والمساجد
والوقوف المطلقة كالمدارس والمساكن».

والربط والخانات ومقاعد الاسواق والمقابر والقناطر والميادين والحدائق
العامة والموات، اذا لم يقصد احيائه وغيرها.
قال في «التذكرة»: «كل رقبة ارض فاما ان تكون مملوكة ومنافعها تتبع
الرقبة فلما لكها الانتفاع بها دون غيره الاباذنه بالاجماع، واما ان لا تكون مملوكة فاما
ان تكون محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر والربط او تكون
منفكة عن الحقوق الخاصة والعامة وهي الموات»^١.

قوله:

«أما الطرق: ففائدتها الاستطراق والناس فيها شرع فلا يجوز الانتفاع فيها بغيره إلا ما يفوت به منفعة الاستطراق كالجلوس غير المضرب بالمازّة».

اقول: أما كون الناس فيها شرعاً فيدلّ عليه الاجماع من المسلمين والكتاب والسنة بل هو ضروري غير محتاج الى الاستدلال.

وأما عدم جواز الانتفاع به في غير الاستطراق فقد ادعى عليه الاجماع كما عن «التذكرة» و «جامع المقاصد» و «المسالك» و «الروضة».

فورد الحرمة على ما تقتضيه العبارة هو الوقوف والجلوس ونحوهما المانع عن الاستطراق فضلاً عن احداث الدكّة فيه او احيائه لمقاصد اخرى.

لكن الظاهر ان الوقوف والجلوس ووضع الاحمال وما يشبهها من التصرفات العادية الملازمة للاستطراق جزء من الاستطراق وليست خارجة عن مقاصده. فجعل الاستطراق اصلاً في الانتفاع من الطريق مقدماً على غيره عند التزاحم غير ظاهر، لجرى السير على الارتفاق بها مثله.

وتظهر الثمرة في الضمان فيما اذ اصادف الماشي مع الواقف او الجالس فتلفت نفسه او شيء من امواله فعلى اصالة الاستطراق فقط يكون الضمان على الواقف. وعلى العدم يذهب دم التالف وماله هدرأ.

والظاهر ان جريان السير على الاتيان ببعض التصرفات. او على تركه في الطرق والشوارع يكون متبعاً. ويكون المتخلف منها ضامناً لما تلف بسببه، بل الظاهر ان القوانين الموضوعية في عصرنا هذا للعبور من السكك والشوارع العريضة وغيرها لازم الاتباع، بمعنى كون ضمان التلف نفساً ومالا على المتخلف دون غيره، فيحسب ما عينته القوانين الاجتماعية وظيفة لكل محلّ من وقوف الشخص او جلوسه، وايقاف راحلته او سائر مراكبه، ومن استطرقه وحركته بل وكيفية الحركة من السرعة والبطوء بحكم الوظيفة الشرعية فيترتب على العامل والمتخلف ما حكم عليها شرعاً من الضمان وعدمه.

قوله:

«واذا قام بطل حقه ولو عاد بعد ان سبق
الى مقعده لم يكن له الدفع اما لو قام قبل
استيفاء غرضه لحاجة ينوي معها العود قيل:
كان احق بمكانه».

هنا امور:

الاول: ان المراد من قوله اذا قام القيام بعد استيفاء الغرض، مع عدم نية العود بقريته ما سيذكره في مقابله. وهذا هو المشهور وتشهد له السيرة العقلية ايضاً. وفي «الجواهر»: «بل يمكن تحصيل الاجماع عليه». وقوله: «قيل كان احق بمكانه» يظهر من اسناد بقاء الحق الى القيل ضعف القول به عنده. ولعله لاجل انه لا يستفاد من ادلة ثبوت الحق في المقام من السيرة والاجماع المنقول. وقوله «صلى الله عليه وآله»: «من سبق الى ما لم يسبق اليه احد فهو احق به» وغير ذلك. الا اصل ثبوت الاولوية ولا دلالة فيها على حال البقاء. والاصل يقتضي عدمه، بتقريب ان المتيقن من حق الاولوية هو الثابت مادام الشخص باقياً في المحل. فاذا تنحى عنه وابتعد فلا دليل على حدوث حق آخر بعوده فاصالة عدم حدوثه محكمة.

وعلى اي تقدير فليس الحق الثابت هنا من الحقوق المالية المستلزمة للضمان بغصبها. قال في «الجواهر»: «لعل الوجه في اصل المسألة ان حقيقة الطريق للجالس بالسبق ووضع الرجل ونحو ذلك ليست كحقيقة التحجير التي تنتقل بالصلح والارث ونحوهما بل هي لاتزيد على حرمة الظلم بدفعه عن مكانه وبالتصرف في رحله الموضوع في مكان كان يجوز له وضعه فيه. ومن هنا صرح في «التذكرة» بانه لو دفعه عن مكانه اثم وحل له مكثه فيه وصار احق من غيره به. وبذلك يظهر انه لا يدخل في موضوع الغصب ولا يترتب عليه ضمان ضرورة عدم كونه من الاموال او الحقوق المالية»^١. واما وجه القول بالبقاء فلدعوى جريان استصحاب بقاء الحق الثابت في

المقام، كما اشار اليه في الجواهر ايضاً. وان ادعى امكان منعه فانه لا اشكال في ثبوت حقّ للسابق بسبقه الاوّل وحصول الشكّ في بقاءه بالقيام. وحينئذٍ فان فرضنا تعين الحقّ الثابت ولو في الجملة. وشككنا في زواله وبطلانه بانقضاء امده بالقيام عن المحل. نظير ما اذا شكّ في بطلان حقّ التحجير بترك العمارة مدة لم يكن مانع عن جريان الاستصحاب بناء على القول به في الشكّ في المقتضي كما هو الحقّ.

وان قلنا: بجهالة ماهية الحقّ وتردها بين السلطنة القويّة كحقّ التحجير، والضعيفة كحقّ السبق الى المسجد مثلاً مع العلم ببقاءه مع القيام عن المحلّ. اذا كان من قبيل الاوّل وزواله اذا كان من الثاني كان المقام من قبيل القسم الثاني من استصحاب الكلّي. كان الاستصحاب في اصل الحقّ جارياً، وان لم يثبت به خصوص احد الحقيّن. وربّما يستشهد له بمرسّل محمد بن اسماعيل عن ابي عبدالله «عليه السلام»: «قال: «قلت له: نكون بمكة او بالمدينة والحيرة او المواضع التي يرجى فيها الفضل فربّما خرج الرجل يتوضّأ فيجئ آخر فيصير مكانه؟ فقال: من سبق الى موضع فهو احقّ به يومه وليلته»^١. وخبر طلحة بن زيد عن ابي عبدالله «عليه السلام» قال: «قال امير المؤمنين «عليه السلام»: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احقّ به الى الليل»^٢.

وهما ضعيفان سنداً بالارسال في الاوّل وعدم توثيق طلحة في الثاني. ودلالة بظهورهما في بقاء الحق في المدّة المذكورة مطلقاً نوى العود الى ذلك المكان ام لا، اعرض عنه ام لا، بقي رحله هناك ام لا، ولم يقل بذلك احد.

الثاني: فصل بعض الاصحاب في المسألة، بين بقاء رحل السابق في المحلّ بعد قيامه وعدمه، ببقاء حقه على الاوّل وبطلانه على الثاني. وهل يريد ان الوجه في الثبوت كون الرحل حاكياً عن بقاء يده على المكان فكانه بنفسه شاغلٍ له، او انه مانع عن الغير ليتمكن من السبق ثانياً وجهان او جههما الثاني بناءً على اصالة عدم الحقّ لولا الرجل كما هو ظاهر كلامهم.

الثالث: انه هل يجوز للمتصرّف في الطريق بما لا يضرّ المارة التظليل بما

١. «وسائل الشيعه»، ج ٣، ابواب احكام المساجد، ب ٥٦، ح ١.

٢. «وسائل الشيعه»، ج ٣، ابواب احكام المساجد، ب ٥٦، ح ٢.

لا يزاحمهم بثوب او بارية، او بناء دكة او غيرها فيه خلاف ومقتضى الاصل جواز الجميع مع عدم الضرر وقد يفصل بين التظليل وبناء دكة.
قال في «الجواهر» ما ملخصه: «الاصل والسيره القطعية يقتضيان جواز سائر وجوه الانتفاع بالمنافع المشتركة، اذا لم تعارض اصل المنفعة المقصودة منه من غير فرق بين ما يدوم اثر التصرف، كالبناء ونحوه وبين ما لا يدوم مع عدم اخراجه عمّا عدله. وليس للمستطرق اختيار هذه القطعة للاستطراق كما ليس له ازعاج الجالس غير المضرّ. ومنه استمرار الناس على الانتفاع بالمساجد بغير العبادة، مع عدم المزاحمة للعبادة»^١.

قوله:

«ولو جلس للبيع او الشراء فالوجه المنع الآ
في المواضع المتسعة كالرحاب. نظرا الى
العادة ولو كان كذلك، فقام ورحله باق،
فهو احقّ به ولورفعه ناويا للعود فعاد. قيل:
كان احقّ به لئلا يتفرق معاملوه فيستضرّ
وقيل: يبطل حقه اذ لا سبب للاختصاص
وهو اولى».

اشار في العبارة الى امرين:

الاول: حكم الجلوس في الطريق للبيع والشراء وظاهره المنع في غير المواضع المتسعة. والجواز فيها فان كان المراد بها الرحاب اي المواضع الواسعة حول بعض الطرق الخارجة عنها المعتدة لارتفاق المارة وغيرهم. فيرد عليه أولا: عدم كونها داخله في عنوان الطريق حتى يستثنى. وثانياً: كون حكمها حينئذ معلوماً. اذ لا اشكال في الجلوس فيها لاي غرض كان. ولوزاحم المستطرقين فما يستفاد من لحن الكلام من ان الوجه فيه الجواز غير وجيه لانه مقطوع الجواز. وثالثاً: مقتضى اطلاق الجملة المستثنى

منها عدم جواز الجلوس سواء اكان مضرراً للمآزة ام لم يكن، مع انه لا وجه له في صورة عدم الاضرار. ويمكن ان يكون المراد من المواضع المتسعة هو غير المضرّ للمآزة من الطريق ويقابلها التي تضرّ بهم منه. ثم ان ظاهر العبارة الاستدلال للحكم بالعادة، فان كانت جارية من المشرّعة بحيث تكشف عن امضاء الشارع لها. كما ليس بذلك البعيد والآ كانت اصالة جواز التصرف محكمة.

الثاني: بقاء حقّه في صورة جواز الجلوس، مع بقاء رحله، وعدمه مع رفعه. وقد عرفت الحال في البقاء ولا فرق بين وجود الرحل وعدمه اذ الرحل لا يوجب بقاء الحق بل المانع حينئذٍ التصرف في نفس الرحل، فلورفعه احد عصياناً أو نسياناً جاز التصرف في المكان هذا. ولكن قد مرّ ان جريان استصحاب بقاء الحق هنا لتماميّة اركانه غير بعيد.

وامّا: الحكم ببقاء الحقّ مع نيّة العود لثلاً يتضرّر، ففي «الجواهر» انه لامدخليّة لتضرّره بثبوت الحقّ المشترك بين الناس اجمع، من الذين يتضرّرون بذلك ايضاً. والمراد انه بعد الحكم بسقوط حقّ الاوّل بالقيام لا يجوز له دفع الثاني، ومزاحمته لدفع الضرر عن نفسه فان دفعه ايضاً ضرر لكن الظاهر انه لا فرق بين تضرّر الثاني بالدفع وعدمه، فالدليل اخص من المدعى.

فرعان:

الاول: قال في «التذكرة»: «كما ان موضع الجلوس يختص بالجالس فلا يزاحم فيه كذا ما حوله قدر ما يحتاج اليه لوضع متاعه ووقوع المعاملين فيه وليس لغيره ان يقعد حيث يمنع من رؤية متاعه او وصول المعاملين عليه. او يضيق عليه الكيل والوزن والاخذ والاعطاء»^١. واستند في ذلك الى ما اشار اليه قبيل الكلام من قول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احقّ به الى الليل». وغيره، ممّادّل على أحقيّة السابق وقدم بعض ذلك.

١. «التذكرة»، ج ٢، ص ٤٠٤.

الثاني: نقل فيها ايضاً عن الجويني وهو احد علماء السنة التفصيل في المسألة: «بأنه ان مضى زمان ينقطع فيه الذين الفوا المعاملة معه. ويستفتحون المعاملة مع غيره بطل حقه وان كان دونه لم يبطل، لان الغرض من تعيين الموضع ان يعرف فيعامل». وفيه أنه ان لم نستفد من الادلة ثبوت حق له بعد القيام، فاثباته بعدم انقطاع معاملته مبني على الاستحسان الذي لانقول به.

قوله:

«وليس للسلطان ان يقطع ذلك كما لا يجوز
احياؤه ولا تحجيره».

قد عرفت ان الاقطاع والاحياء والتحجير من احكام الارض الموات، لانه بعد ما ثبت كون الموات للامام عليه السلام فله اقطاعه من شاء وله الاذن في الاحياء. واما اقطاع الطريق بعد كونه كالمسجد والرباط مما خرج عن الموات فصار محرراً او ملكاً للمسلمين فلا اقطاع فيه. ولو فرض ان الامام اقطع احداً شيئاً من ذلك فمقتضى ولايته التامة على الانفس والاموال نفوذ الاقطاع. ويكون ذلك من شئون ولايته، كما لو اخذ ملك زيد وبذله لعمر ولا فرق حينئذ بين كون الأقطاع مضرراً للمارة او غير مضر. فان فعله «عليه السلام» كاشف عن وجود مصلحة في ذلك راجحة على المفسدة الموجودة فيه.

فرعان:

الاول: لافرق في جواز الاستطراق بين المسلم والكافر وربما قيدوا الكافر بالذمي، ومقتضاه عدم جواز انتفاع الحربي بالمشترك بين المسلمين سواء الطريق وغيره من المسجد والرباط والمدرسة ونحوها. الظاهر أنه لا اشكال في الجوازي في الذمي بالنسبة الى الطريق، لكونه من لوازم الذمة، فيدخل تحت شرائطها وان لم يصرح به في عقدها، فيما اذا كان الذمي داخلاً فيما بين المسلمين وقاطناً في بلادهم. ولجريان العادة على استطراقه في شوارع المسلمين واسواقهم وما يشبه ذلك مع عدم النكير منهم على ذلك، واتصال هذه الحالة الى زمان الائمة «عليهم السلام». واما

غير الطريق فالظاهر عدم الجواز ما لم يعلم عموم غرض الواقف فيما امكن اشتراكهم في الانتفاع من تلك الامكنة، كالرباط مثلاً، ولا يبعد كون الحكم كذلك في الحربي ايضاً. اللهم الآ بناءً على ما قلنا، من كون الارض وما فيها للامام «عليه السلام». وعدم اذنه (ع) لتصرفه فيها مطلقاً هذا ما هو التكليف المتعلق به بينه وبين الله. واما وظيفة المسلمين في تمكينه وعدمه فهو امر آخر يرجع فيه الى ولي امرهم.

الثاني: ذكر اصحابنا (رض) انه اذا استبق اثنان او اكثر لتصرف الامكنة المشتركة ولم يكن المحل قابلاً لاشتراكهما كان المرجع حينئذ هو القرعة اذ هي لكل امر مشكل. وعن الشهيد (ره) انه يقدم الاحوج لكتنه لادليل على ذلك مع انه لم يبين حكم تساوى الحاجتين، والاستشكال في القرعة بانها لتعيين المجهول في الظاهر المعلوم، في الواقع كما لو جهل ما عينه الموصي للأعتاق مثلاً حين الوصية. لا المهم الذي ليس له واقع محفوظ، كما لو اوصى بعق احد العبيدين وما نحن فيه من هذا القبيل، غير ظاهر لا طلاق دليلها وصدق المجهول والمشتبه ونحوها من التعابير الواقعة في نصوص القرعة على المجهول والمبهم كليهما.

قوله:

«واما المسجد فمن سبق الى مكان منه فهو احق به مادام جالساً فلو قام مفارقاً بطل حقه ولو عاد، وان قام ناوياً للعود فان كان رحله باقياً فيه فهو احق به والا كان مع غيره سواء وقيل ان قام لتجديد طهارة او ازالة نجاسة وما اشبهه لم يبطل حقه ولو استبق اثنان فتوافيا فان امكن الاجتماع جاز وان تعاسرا اقرع بينهما».

ذكر المصنف (قده) في المقام مسائل خمس من احكام المسجد وذكروا له احكاماً آخر في كتاب الصلاة. عند ذكر مقدماتها، والمسجد عبارة عن المكان المعد للعبادة سواء كان بتعيين الرب تعالى كالمسجد الحرام ومسجد الكوفة على احتمال،

او بانشاء الواقف. ووقفه كسائر المساجد، والمسجدية عنوان قصدي وحكم وضعي قابل للجعل بالانشاء بلفظ او اشارة، ويتم بحصول القبول بعده. فالسبب الموجب لتحقيقها هو عقد الوقف المركب من ايجاب وقبول، وقد يتحقق بالفعل. كما اذا بنى محلاً للمسجدية فصلّى احد فيه ركعتين مثلاً باذنه.

فالمسألة الاولى: حصول الاولوية للسابق الى محلّ من المسجد ولا خلاف ظاهر فيه، بل في «الجواهر». يمكن تحصيل الاجماع عليه ولا فرق بين كون الجلوس للصلاة او غيرها من العبادات كالتدريس والافتاء والقضاء بل ولغير العبادة كالجلوس للاستراحة. نعم لو حصل التزاحم بين العبادة وغيرها قدمت العبادة. ولو حصل بين الصلاة وغيرها من العبادات كقراءة القرآن وتدريسه فهل تقدّم على غيرها في «الجواهر»: «وجهان اقواهما ذلك ولكن لم اجده في كلام احد من الاصحاب». لكن لادليل على قوته الآتوهم ان الصلاة هي أهمّ الاغراض للواقف. وفيه أنه بعد فرض كون غرض الواقف هو عنوان المسجدية وكون انشائه عبارة عن تحرير الملك وفكّه، كان غرض الواقف كالحكمة في تشريع الاحكام لا يدور مداره المنشأ بل يترتب على ذلك ما هو من آثار عنوان المسجد، وهو مطلق العبادة بل يمكن ان يقال: انه لو وقفه للصلاة فيه فقط، امكن الخدشة في نفوذ الشرط.

نعم لو قلنا بان وقف المسجد تمليك لجهة الانتفاع، كما قيل في الوقف على العناوين. امكن صحّة ما قاله (ره) لكن المبنى حينئذ غير صحيح.

الثانية: بطلان حقّه بالقيام عن المحلّ معرضاً عنه وهذا ممّا لا شبهة فيه، لانه من لوازم اشتراك المكان. فالمتبقّن من نصيب كل واحد منه هو الزمان الذي شغله بالعبادة ونحوها. فينقضي قطعاً اذا قام معرضاً عنه مع انه من المرتكز عند المتشرّعة.

الثالثة: حكم بقاء حقّه فيما اذا قام عن المحلّ. وفي المسألة صور، فانه اما ان يرفع رحله او يتركه في مكانه وعلى التقديرين، اما ان ينوي العود او ينوي عدمه او يكون متردداً. اما في صور رفع الرحل فظاهر الاصحاب عدم بقاء حقّه مطلقاً، لكن قد عرفت احتمال جريان استصحاب الحقّ مع نية العود لولم نقل بجريانه مع ترده ايضاً. واما صور بقاء الرحل فقد ادعى ان المشهور بقاء الحقّ اذا نوى العود. وعن الخلاف انه لا خلاف فيه. وقال بعض الاصحاب ببقاء الحقّ حينئذ ما لم ينو الاعراض، واستدلّ عليه بنفي الخلاف عنه في الخلاف. وما ارسله فيه ايضاً وهو

قوله: «وفيه نصّ لنا عن الائمة عليهم السلام». وبما روي عن غير طرفنا: «إذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد اليه فهو احقّ به»^١. ومرسل الصدوق عن امير المؤمنين «عليه السلام»: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احقّ به الى الليل»^٢. وكذا مرسل ابن ابي عمير^٣ واطلاقها ان كان يشمل جميع الصور المذكورة، الاّ أنّه لا يمكن القول بذلك، لارسالها. فيعمل بها في مورد تحقق الشهرة وهو صورة بقاء الرّحل مع نيّة العود.

وامّا التفصيل بين القيام للضرورة وبين غيره، كما في العبارة فلا يبعد القول به على ما اشرنا اليه من جريان الاستصحاب في كلّ مورد تمت اركانه من الشكّ في البقاء بعد العلم بالحدوث.

المسألة الرابعة: صورة توارد السابقين مع ضيق المكان وتعاسرهما، والحكم فيها القرعة كما مرّفانّه لكلّ امر مشكل.

قوله:

«وامّا المدارس والرّبط فمن سكن بيتاً ممّن له السّكنى فهو احقّ به وان تطاولت المدة ما لم يشترط الواقف امداً فيلزمه الخروج عند انقضائه. ولو اشترط مع السّكنى الشاغل بالعلم فاهمل، الزم الخروج فان استمرّ على الشّروط لم يجز ازعاجه. وله ان يمنع من يساكنه مادام متّصفاً بما به يستحقّ السّكنى ولو فارق لعذر. قيل هو اولى عند العود وفيه تردّد ولعلّ الاقرب سقوط الاولويّة».

المدرسة والرّباط ونحوهما من قبيل الوقف على العناوين وحقيقته تحرير

١. «سنن بيهقي»، ج ٦، ص ١٥١.

٢ و ٣. «وسائل الشيعه»، ج ١٢، ابواب آداب التجارة، باب ١٧، ح ١ و ٢.

الملك وفك رقبتة، بقصد انتفاع عنوان خاص او عناوين مخصوصة في جهة معينة اوجهات. وقد يقال: بانها من قبيل التملك على تلك العناوين.

ثم انه اذا سكن بعض من يشمله العنوان فيه، كان احق به بلا توقيت في ذلك. الا ما كان مشروطاً في ضمن الوقف فيكون ازعاجه المخالف لأنشاء الواقف محرماً شرعاً وظلماً عقلاً.

وعن «التحرير» جواز الازعاج اذا طال المكث بحيث اشبه بالملك. وفيه ان المشابهة بالملك لا تكون دليلاً مع بقاء الاستحقاق بالنظر الى شرائط الوقف. الا ان يكون المكث سبباً لوقوع الوقف في معرض الزوال، فيتجه حينئذ الازعاج حفظاً لغرض الواقف.

وقوله: «الزم بالخروج» لخروجه عما قصده الواقف الحاكي عنه انشائه. ولا فرق بين كون الخروج لفقد العنوان المأخوذ في الموقوف عليه او فقد القيد المشروط فيه. فان قوله: «الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها» يوجب اتباع المنشأ كائناً ما كان.

ثم انه ذكر في «المسالك» ان المدارس ونحوها تزيد على المساجد بانه لا يبطل حق الساكن بالخروج لحاجة، كشرء مأكول ومشروب وثوب وقضاء حاجة قطعاً اه.

وهذا ظاهر فيما اذا بقي رحله او سائر اثاث مسكنه فيه. واما فيما لم يكن كذلك كان يكون المحلّ بنفسه مجهزاً بجميع وسائل العيش. فدعوى القطع ببقاء حقه فيما اذا فارق المكان عهدتها على متدعيها. وبالجملة يمكن الخدشة في بقاء حق الفارق عن الوقف المذكور مع عدم وضع الرحل فيه؛ اولاً: بعدم صدق كونه زائداً عن المكان حينئذ فلاوجه لبقاء حقه. وثانياً: بان منافع الوقف لا تستحق بالاستيفاء الذي هو امر تدريجي. ولا يملك المستقبل منها الاً باجارة ونحوها من المتولّي او الحاكم. كما اذا وقف داراً او بستاناً لتصرف منافعها في الفقراء فأجرها الحاكم لذلك، فالساكن في المدرسة والرباط له حق استيفاء المنفعة ولا يجوز مزاحمته لا انه مالك لما يستقبل من المنافع، فالمدعى عدم امكان ملكية المنافع للموقوف عليه في امثال هذا الوقف، اذ هي قبل الاستيفاء غير مملوكة وبعده غير موجودة. وعلى أيّ تقدير فاذا فارق المحلّ لا يثبت

له حق فيه.

وبالجملة لا بأس بالقول بأن المدرسة والرباط ونحوهما مثل المسجد في كيفية انتفاع الموقوف عليهم بها، واستيفائهم منافعها المقصودة فلا يثبت للسابق الآجواز الاستيفاء وتقدمه على غيره عند التعارض وبطلان حقه بالابتعاد عنها بدون وضع الرّحل. ويترتب عليه جواز الانتفاع بها بغير منافعها المقصودة من وقفها إذا لم يكن معارضاً للمقصودة.

قال في «الجواهر»: «فالموافق لما عليه سيرة الناس وعملهم في جميع الاعصار، أنّ المدرسة والرباط ونحوهما إذا لم يشترط الواقف كيفية خاصة وحالا مخصوصاً أو لم يعلم بحاله كالمسجد في جواز الانتفاع وأنه أحق من غيره في استيفاء المنفعة المشتركة بينه وبين غيره، بالسبق على الوجه الذي ذكرناه، والمنفعة المقصودة للواقف. الملاحظة لا على وجه الشرطية فائدتها الترجيح عند المعارضة لاعدم جواز الانتفاع بغيرها مع عدم المعارضة»^١.

ان قلت لوسلمنا بطلان حق السابق بالمفارقة بدون وضع الرّحل وان كان من نيته العود لاشكل الامر في جواز الانتفاع بتلك الاوقاف بغير المنفعة المقصودة للواقف. ولولم تتراحم المنفعة المقصودة لأنه لا بد في التصرف في الاعيان الموقوفة من ملاحظة غرض الواقف. والسبيل الذي حبس الاصل لاجل تسبيله وان لا يتعدى عن ذلك فالحكم بجوازه مخالف لغرض الواقف المحكوم بوجود حفظه بقوله: «الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها» فان المراد به لزوم الجري العملي فيها على وفق غرض الواقف.

قلت: المراد بحفظ غرض الواقف؛ اما حرمة جميع التصرفات غير الملحوظة للواقف حال انشاء الوقف. واما تقديم الملحوظ منها على غيرها عند التعارض. والظاهر هو الثاني فان جريان السيرة على الانتفاع بنحو ما عرفت، كاشف عن كون مقصود الواقف ايضاً ذلك. مع أنه يمكن ان يقال: أنه اذا اخرج الواقف العين عن ملكه وحررها بقصد العبادة، او السكنى ولم يشترط المنع عن سائر التصرفات كانت اصالة اباحتها محكمة. وقال: في «الجواهر» بعد ذكر ما ورد من ان المسجد بيت الله

وانه منزل الغرباء والضعفاء: «بل قد يحتمل أنّ ذلك اذن شرعى باعتبار خروج المال عن يد الواقف لاعلى جهة خاصة. فصار امره الى الشرع الذي مقتضاه ما عرفت»^١. وقوله: «وله ان يمنع من يساكنه» اي اذا لم يشترط في الوقف سكنى الازيد، او لم تجر العادة الكاشفة عن غرض الواقف بذلك، والآ فلابد من قبوله الى ان يبلغ النصاب المجعول او المتعارف.



الطرف الرابع

في المعادن الظاهرة

قوله:

«وهي التي لا تفتقر الى اظهار كالمح والنفط والقار، لا تملك بالاحياء ولا يختص بها الحجر وفي جواز اقطاع السلطان المعادن والمياه تردّد وكذا في اختصاص المقطع بها».

هنا امور:

الاول: اختلفت في معنى المعدن كلمات اللغويين وفقهائنا (رض) عند التعرض له في ابجاث التيمّم. وما يجوز السجود عليه وفيما يجب فيه الخمس. وفي المقام فعن «القاموس»: «المعدن كمجلس منبت الجواهر من ذهب ونحوه، لاقامة اهله فيه دائماً او لانبات الله تعالى آياه فيه ومكان كلّ شيء فيه اصله».

وعن الصحاح: «عدنت البلد توطنته وعدنت الأبل بمكان كذا لزمته فلم تبرح منه. وجنات عدن اي جنات اقامة، ومنه سمّي المعدن بكسر الدال لان الناس يقيمون فيه صيفاً وشتاءً ومركز كلّ شيء معدنه».

وعن النهاية الاثيرية: «المعادن التي يستخرج منها جواهر الارض كالذهب والفضة والنحاس وغير ذلك واحدها المعدن والعدن الاقامة والمعدن مركز كل شيء».

وفي «لسان العرب»: «عدن بالمكان يعدن عدنا وعدوناً اقام وعدنت البلد توطنته ومركز كل شيء معدنه. وجنات عدن منه: اي جنات أُقيمت لمكان الخلد. الى ان قال، ومنه المعدن بكسر الدال وهو المكان الذي يثبت فيه الناس. لان اهله يقيمون فيه ولا يتحولون عنه شتاءً ولا صيفاً، ومعدن كل شيء من ذلك. ومعدن الذهب والفضة سمي معدناً لانبات الله فيه جوهرهما واثباته اياه في الارض حتى عدن اي ثبت فيها اه».

وفي «مجمع البحرين»: «يقال عدن بالمكان عدنا وعدوناً من باب ضرب وقعد اذا اقام به ومنه سمي المعدن كمجلس لان الناس يقيمون فيه الصيف والشتاء ومركز كل شيء معدنه والمعدن مستقرّ الجواهر».

وعن «المسالك»: «المعادن جمع معدن بكسر الدال وهو هنا كلما استخرج من الارض مما كان منها بحيث يشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها ومنها الملح والجص واشتقاقها من عدن بالمكان اذا اقام به لاقامتها في الارض».

وعن «الروضة»: «المعدن بكسر الدال وهو ما استخرج من الارض مما كانت اصله».

وعن «التذكرة»: «المعادن كلما خرج من الارض مما يخلق فيها من غيرها مما له قيمة». ثم قسمها الى اقسام ثلاثة: «ما ينطبع بانفراذه كالرصاص والصفرا ومع غيره كالزئبق، وما لم يكن منطبعاً كالياقوت والفيروزج، وما كان مايعاً كالقير والنفط». ونظير ذلك، اكثر عبارات الاصحاب من القدماء والمتأخرين وسيأتي عدة وافية منها فيما يلي.

الثاني: يظهر مما ذكر من تعاريف اهل اللغة ان المعدن اسم للمحل الذي توجد فيه الجواهر المطلوبة والاعيان التي لها خصوصية يعظم الانتفاع بها كما ان ظاهر كلمات الفقهاء يعطي ان المعدن اسم للحال. وهونفس الجواهر المتكوّنة في المحل. والاول: هو المطابق للقياس ومقتضى المعنى اللغوي لكلمة المعدن مع لحاظ الاشتقاق ووجه الفقيه الهمداني في مصباحه اصطلاح الفقهاء، بانه لم يتعلّق غرضهم الاببيان

ما تعلق به الحكم الشرعي، وهو ما استخراج من المعدن لانفسه فسموه معدناً تسمية للحال باسم المحل.

الثالث: يظهر ايضاً من كلمات اللغويين ان للمعدن اطلاقين: خاصاً وعماماً، فاذا اطلق بلا اضافة الى شيء أريد به المعنى الخاص اي مكان الجوهر او نفسه على الاصطلاحين. وهو مورد البحث في الفقه ومصّب الاحكام المختلفة من عدم جواز التيمّم والسجود عليه ووجوب اخراج خمسة وانقسامه الى ظاهرة وباطنة وجريان الاحياء والتحجير في بعض اقسامه وعدمه في بعضها الآخر، واذا اطلق مع اضافته الى شيء آخر يصح ان يراد به مركز كل شيء ومكانه الذي كثفها وجوده اما بالطبع كالارض التي فيها نوع خاص من التراب او الحجر او بالعرض كالرجل كثير العلم والمؤمن كثير التقوى فيقال انه معدن العلم والتقوى.

الرابع: ان الاصحاب (رض) قسموا المعادن الى قسمين: ظاهرة وباطنة وكلماتهم في تفسيرهما وان كانت متقاربة تلوح من الجميع وحدة المراد، في كل واحد من القسمين، الا انها غير خالية عن الاجمال في بعض المصاديق كالمعدن الذي يحتاج الى العمل الكثير في الوصول الى نيله ولا يحتاج بعد ذلك الى التصفية والعلاج في تحصيل جوهره كالنفط في ازماننا هذه. وبعبارة اخرى: المعادن اما ان تكون مرتبة بارزة في ظاهر الارض او تكون باطنة في داخل اطباقها وعلى التقديرين اما ان تكون خالصة ناجزة غير محتاجة الى تخليص وتطوير في اخذ جوهرها كالنفط والقار والكبريت او تكون مخلوطة بالتراب ونحوه. محتاجة الى التخليص، لاشكال في الظاهرة الناجزة وانها من الظاهرة موضوعاً وحكماً. ولا في الموجودة تحت اطباق الارض المحتاجة الى التخليص بعد الاستخراج، وانها من الباطنة كذلك.

واما: الظاهرة على وجه الارض المختلطة بغيرها المحتاجة الى التخليص، فالظاهر انها ايضاً من الباطنة موضوعاً وحكماً. وان عبر عنها بعض بالظاهرة وصرح آخرون بكونها من اقسام الباطنة. واما الخالصة الناجزة الموجودة في اعماق الثرى المحتاجة الى بذل الجهد في استخراجها فهي التي يعترها الاجمال في بعض العبائر الا ان الاقوى كونها من الباطنة. وعليك بالتأمل فيما يلي من عبارات الاصحاب (ره) في الوصول الى انظارهم بالنسبة الى الاقسام المذكورة موضوعاً وحكماً.

قال في «المبسوط»: «واما الظاهرة فهي الماء والقيروالنفط والموميا، واما

الباطنة مثل الذهب والفضة والنحاس والرصاص وحجارة البرام وغيرها ممّا يكون في بطون الارض والجبال ولا يظهر الا بالعمل فيها والمؤنة عليها»^١.

وقال في «السراثر»: «واما الظاهرة فهي الماء والقيروالنفط والموميا والكبريت والملح وما اشبه ذلك الى ان قال: واما المعادن الباطنة مثل الذهب والفضة والنحاس والرصاص وحجارة البرام والفيروزج وغير ذلك ممّا يكون في بطون الارض والجبال ولا يظهر الا بالعمل فيها والمؤنة عليها»^٢.

وقال في «القواعد»: «واما الظاهرة وهي التي لا تفتقر في الوصلة اليها الى مؤونة كالمح والنفط والكبريت والقار والموميا والكحل والبرام والياقوت الى ان قال: واما الباطنة وهي التي تظهر بالعمل كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فان كانت ظاهرة لم يملك بالاحياء ايضاً فان لم تكن ظاهرة فحفرها انسان واطهرها واحياها ملكها»^٣.

وقال في «التحرير»: «والظاهرة ما لا يفتقر تحصيلها الى طلب واستنباط وتوصل الى ما فيها من غير مؤونة كالمح والنفط آه، والباطنة ما لا يوصل اليها الا بالعمل والمؤونة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج وغير ذلك مما يكون في بطون الارض والجبال ولا يظهر الا بالعمل والمؤونة عليها»^٤.

وقال في «التذكرة»: «والمراد بالظاهرة ما يبدو جوهرها من غير عمل وانما السعي والعمل لتحصيله اما سهلاً او متعباً ولا يحتاج الى اظهار كالمح والنفط والقار الى ان قال: والمعادن الباطنة وهي التي لا تظهر الا بالعمل ولا يوصل اليها الا بعد المعالجة والمؤونة عليها كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والبلور والفيروزج والياقوت وسائر الجواهر المبتوثة في طبقات الارض كحجارة البرام وغيرها ممّا يكون في بطون الارض والجبال»^٥.

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٧٧.

٢. «السراثر»، آخر المتاجر، بيع المياه.

٣. «القواعد»، ج ١، ص ٢٢٢.

٤. «التحرير»، ج ٢، ص ١٣١.

٥. «التذكرة»، ج ٢.

وقال في «الروضة»: «المعادن قسمان: ظاهرة وهي التي لا يحتاج تحصيلها الى طلب كالياقوت وباطنة وهي المتوقف ظهورها على العمل كالذهب والفضة آه».

وقال في «المسالك»: «فالظاهرة التي يبدو جوهرها من غير عمل وأما السعي والعمل لتحصيله، ثم تحصيله قد يسهل وقد يلحقه تعب وذلك كالنفظ واحجار الرحي والبرمة والكبريت والقار الى ان قال: والباطنة هي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة كالذهب والفضة وسائر الجواهر المبتوثة في طبقات الارض سواء كانت في ظاهر الارض بحيث لا يتوقف الشروع فيها على حفر شيء من الارض خارج عنها ام في باطنها لكن القسم الاول منها في حكم المعادن الظاهرة بقول مطلق»^١.

والتأمل في الجميع يعطي ان مرادهم بالظاهرة هي التي لم يحتاج الى التصفية والتخليص لبدو جوهرها وعدم استنزام الوصول اليها عملاً من حفر ابار في الارض وشق كهوف في الجبل ونحو ذلك، والباطنة ما يحتاج في الوصول الى جوهرها الى تطوير وتخليص او حفر ونحوه فالمعدن الظاهر له قيدان: بدو جوهره ذاتاً وعدم احتياج الوصول اليه الى حفر ونحوه وبانتفاء كل قيد تتحقق مصداق للمعدن الباطن، كتراب الحديد والذهب ولوفي ظاهر الارض وكالنفظ الموجود تحت الارض.

وذكر المحقق الشهيد الصدر (ره) في كتاب اقتصادنا مايلي: «فالمعادن الظاهرة هي المواد التي لا تحتاج الى مزيد عمل وتطوير لكي تبدو على حقيقتها ويتجلى جوهرها المعدني كالمح والنفط مثلاً فنحن اذا نفذنا الى آبار النفط فسوف نجد المعدن بوجهه الحقيقي ولن نحتاج الى جهد في تحويله الى نפט وان كنا بحاجة الى جهود كبيرة في الوصول الى آبار النفط واكتشافها وفي تصفية النفط بعد ذلك فالمعدن الظاهر في العرف الفقهي ليس هو ما يبدو من معنى اللفظ لغة اي الظاهر الذي لا يحتاج الى حفر ومؤونة في التوصل اليه بل هو كل معدن تكون طبيعته المعدنية بارزة سواء احتاج الانسان الى حفر وجهه كبير للوصول الى آباره وعيونه في اعماق الطبيعة او وجده يبسر وسهولة على سطح الارض.

وأما المعادن الباطنة فهي كل معدن احتاج في ابراز خصائصه المعدنية الى عمل وتطوير كالحديد والذهب. فان مناجم الحديد والذهب لا تحتوي على حديد او ذهب ناجز ينتظر ان يصل الانسان الى اعماقه ليأخذ منه ما شاء وانما تضم تلك المناجم مواداً يجب ان ينفق عليها كثير من الجهد والعمل لكي تصبح حديداً وذهباً فظهور المعدن وبطونه في المصطلح الفقهي يرتبطان بطبيعة المادة ودرجة انجاز الطبيعة لها لا بمكانها ووجودها قريباً من سطح الارض او في اعماقها واغوارها^١.

ثم استشهد على ما ادعاه من الاصطلاح الفقهي بكلام العلامة في «التذكرة» الماضي ذكره.

وهذا كما ترى يخالف ما ذكرناه في المعادن البادية جواهرها المحتاجة الى حفر ونحوه كالنفط في اعصارنا وقد عرفت ظواهر كلمات الاصحاب مع اختلافها في الظهور مع انه لو سلمنا كونه من المعادن الظاهرة موضوعاً لكنته من الباطنة حكماً ولعله المراد من بعض العبارات التي يلوح منها كونه من الظاهرة فيوافق كلام صاحب الجواهر حيث قال: «كما ان ما كان من الظاهرة لو فرض كونه في طبقات الارض على وجه يحتاج الى حفر وعمل كان له حكم ما سمعه من حكم الباطنة»^٢. مع انه لا فائدة مهمة في البحث عن معنى اللفظتين اذ لم يقعا في موضوع حكم خاص بل اللازم الرجوع في ما لكهما وكيفية تملكهما واحيائهما الى ما يناسب المقام من الادلة كما سيأتي.

الخامس: تردد المصنف (ره) في جواز اقطاعها من جهة ان مقتضى بعض الادلة كون المعادن الظاهرة ملكاً للامام كما ذكرناه في اوائل البحث. وقد وقع التصريح بها في نصوص الانفال، فله اقطاعها من اراد ومن حيث ان المشهور عدم كونها مملوكة لاحد، بل من الاعيان المشتركة والناس فيها شرع سواء كما سيأتي البحث عنه.

هذا ولكن الظاهر جواز اقطاعها مطلقاً ولو لم نقل بكونها ملكه لثبوت ولايته على النفوس اقوى من ولايتهم عليها فله الولاية على الاموال المخلوقة لاجلهم بالاولوية

١. «اقتصادنا»، ص ٤٩٤.

٢. «الجواهر»، ج ٣٨، ص ١١٠.

وله تخصيصها ببعض الناس دون بعض. والبحث عن جوازه له وعدمه او اشتراط المصلحة في فعله ونحو ذلك مبني على مذهب غير نالعدم قولهم بعصمة ائمتهم بل قولهم بجواز ارتكابهم القبائح والمعاصي الكبيرة، كما عن احمد بن حنبل امام الحنابلة انه قال: «ومن غلبهم بالسيف حتى صار خليفة وسمى امير المؤمنين لا يحلّ لاحد يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت ولا يراه اماماً عليه برّاً كان او فاجراً فهو امير المؤمنين»^١. وقال في «الجواهر»: «وبالجمله هذه المسئلة كنظائرها المذكورة في هذا الكتاب قد ذكرها العامة بناءً على اصولهم في ائمتهم الذين يجوزون عليهم — ان لم يكن قد وقع منهم — كل قبيح لان الاحكام الصادرة منهم عن اجتهاد ورأى وغير ذلك من الامور الفاسدة كما لا يخفى على من له ادنى خبره باحوالهم بخلاف الامام عندنا الذي لا ينطق عن الهوى وان هو الاوحي يوحى ولا طلاعه عن المصالح الواقعية وكونه معصوماً عن ترك الاولى فضلاً عن غيره صار اولى من المؤمنين بانفسهم فالمتجه حينئذٍ سقوط هذا البحث ضرورة ان له الفعل وان لم يسم اقطاعاً عرفاً. نعم لا يجوز ذلك ونحوه مما هو متوقف على المصالح الواقعية للتائب العام لعدم عموم نيابته على وجه يشمل مثل ذلك ممّا هو مبني على معرفة المصالح الواقعية وليس له ميزان ظاهر اذنوا فيه فهو من خواص الامامة لا يندرج في اطلاق مادّة على نيابة الغيبة المنصرف الى ما كان منطبقاً على الموازين الشرعية الظاهرة كالقضاء والولاية عن الاطفال ونحو ذلك لانحو الفرض»^٢.

قوله:

«ومن سبق اليها فله اخذ حاجته ولوتسابق
اثنان فالسابق اولى ولوتوافيا وامكن ان
ياخذ كل منها بغيته فلا بحث والا اقرع بينهما
مع التعاسر وقيل يقسم وهو حسن».

لا اشكال في عدم جريان الاحياء والتججير في المعادن الظاهرة فان الاحياء

١. «الاحكام السلطانية»، ص ٢٠، سطر ٨.

٢. «الجواهر»، ج ٣٨، ص ١٠٣.

عبارة عن السعي والعمل في تحصيل جوهر المعدن وتخليصه من الخليط او اخراجه من داخل الارض. او الجبل مثلاً ولا معنى لذلك في المعدن البارز على وجه الارض الخالص الناجز والتحجير هو الشروع في الاحياء، كما انه لا ريب في جواز تملكها بالحيازة من كل احد بالاجماع والسيرة القطعية بل وبالضرورة من الدين كسائر المباحات الاصلية ولا تحديد من الشرع لمقدار ما تجوز حيازتها بالنظر الى حكمها الذاتي المستفاد من ادلتها الاولية ولا فرق في جميع ذلك بين القول بكونها غير مملوكة لاحد او كونها ملكاً للامام وان كان في اباحتها للكافر على الثاني اشكال على بعض الاحتمالات فليس ذلك الا كالمياه السائلة في الانهار الكبيرة ومياه البحار وسائر اقسام الانفال.

نعم قد يعرضه التحديد بطرّو العناوين الثانوية كترتب المفسدة على مالكية الحائز لما زاد عن حاجته لكثرة المحتاجين غيره. او استنزام ذلك فنائها المضرب بالنسبة الى سائر من له حق فيها. او اعمال الولاية من قبل الحاكم لمصلحة الاجتماع في دنياهم او دينهم وغير ذلك، من مقتضيات الزمان والمكان ولوقلنا: بكون معادن النفط وغيره الموجودة تحت اطباق الارض من الظاهرة موضوعاً وحكماً كما قيل كان الوصول اليها ولو بعد الجهد الكثير وحفر الآبار البعيدة الغور بمنزلة الوصول الى جانب النهر والبحر. فما اخذ منها فهو حيازة ولا يرد حينئذ ما يستشكل من المحاذير الاجتماعية في ملكية الشخص للمعادن الكبيرة اذ لا يكون ما يأخذه الا حيازة من دون تملكه لشيء من اصل المعدن. نعم لا يجوز للاحق ان يأخذ منها من طريق الحفر والآبار التي احدثها السابق فان عمله ذلك احياء بالنسبة الى نفس البئر وارضها ويكون ما حولها من المرافق المحتاج اليها حريماً للاخذ وهو غير تملك نفس المعدن وهذا جار في المعادن الباطنة ايضاً كما سيأتي.

قال في «التذكرة» في المعادن الظاهرة: «فن سبق اليها كان له اخذ حاجته منها ولو ازدحم اثنان وضاق المكان فالسابق اولى وبأي قدر يستحق المتقدم؟ عبارة اكثر الاصحاب تقتضي انه يتقدم باخذ قدر الحاجة ولم يبينوا ان المراعى حاجة يومه او سنته والاولى الرجوع في ذلك الى العرف فيأخذ ما يقتضيه العادة لامثاله ولواراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق فالاقرب ان له ذلك دفعاً للحاجة مطلقاً

ولقوله من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به ويحتمل ان لا يمكن وينزع عنه فان عكوفه عليه كالتحجير والتحويل المانع للغير»^١.

وقال في «التحجير»: «بل هي مباحة كالمياه الجارية فمن سبق الى موضع منه لم ينزع قبل قضاء وطره ولو اقام يريد اخذ فوق حاجته فالوجه انه لا يمنع»^٢.
وقوله: — فالسابق اولى — لبناء العقلاء على ذلك في امثال المقام ولان منع السابق وتقديم المسبوق في مورد تساوي الاستحقاقين بالذات، ظلم وعدوان فيقبح عقلاً ويمنع شرعاً.

واما الاستدلال له بقوله (صلى الله عليه وآله): «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به». ففيه اشكال لان الظاهر ان المراد بالسبق فيه اما السابق بالاحياء او بالتحجير فيتحقق الاولوية حينئذٍ بعدها ولا يشمل السابق بالوصول الى الشيء كما في المقام. كما لا يشمل السابق بالعلم والارادة وكيف كان فللسابق اخذ ما اراد فان لم يبق منها شيء والا كان الباقي للثاني.

وقوله: مع التعاسر يفرض تارة في طريق المعدن مع كون نفسها وافية بحاجتها واخرى في نفسها بان لم تف بحاجتها وثالثة في كليهما، بان كانت غير وافية وطريق الوصول اليها غير واسعة ثم انه لا اشكال في الرجوع الى القرعة في التعاسر لاجل الطريق لتعارض استحقاق المتعاسرين في سبب الملك الذي هو الاستيلاء على المعدن وعدم ترجيح لاحدهما ان كانا مقدمين على غيرهما.

ثم انه ان كانت نفس المعدن وافية فيأخذ المتقدم بالقرعة حاجته اولا ثم يأخذ الثاني ولوتغلب الثاني كان اثماً وملك ما اخذه وان كانت غير وافية وتغلب الثاني فهل يملك الجميع بالاخذ اولا يملك الامقدار ما يقتضيه القرعة او القسمة وجهان؛ قال في «جامع المقاصد» في المسألة: «ثم ان كان المعدن واسعاً ملك ما اخذه لانه لم يأخذ ما استحقه الآخر والا لم يملك الا ما تقتضيه القسمة استحقاقه اياه ومثله ما لو ازدحا على ماء غدير ونحوه مما لا يقطع بكونه وافياً بغرضها فان الاولوية لهما فلا يملك القاهر ما اخذه الا بعد القسمة». وفيه انه وجه للقول بعدم ملكية

١. «التذكرة»، ج ٢، ص ٤٠٢.

٢. «التحجير»، ص ١٣١.

الجميع بعد ما اوجد سببها واما التغلب في السبب فلا يزيد ذلك على الاثم اذ لا دليل على هذه الاحقيقة، الا حكم العقلاء بتقدم السابق وكون المتغلب ظالماً لمن سبقه ولا يوجب ذلك حقاً بالنسبة الى مورد السبق ولا ملكاً والحديث لا يدل الا على السبق بالاستيلاء او الملكية كالا حياء فلا يشمل المورد ومنه يعلم حكم ضيق الطريق وعدم وفاء المعدن فالمتغلب يملك ما اخذه ويكون اثمًا بسبقه.

واما التعاسر في نفس المعدن اي عدم وفائها بم حاجتها فهل الحكم حينئذٍ القرعة او القسمة او ان الامام يجتهد فيقدم الاحوج كما عن بعض الشافعية وجوه: اوجهها الاول: لعين ما ذكر، واما القسمة فلا تأتي فيما لم يدخل في ملك المتقاسمين بعد كما انه لا دليل على تقديم الاحوج من نص او اصل ولو تغلب احدهما على الآخر فاخذ الجميع اثم وملك المجوز كما مر. ثم انه قد يقال: بالقرعة فيما لم يقبل القسمة كالباقوتة ونحوها.

قوله:

«ومن فقهاؤنا من يخص المعادن بالامام
عليه السلام فهي عنده من الانفال وعلى
هذا لا يملك ما ظهر منها وما بطن ولوصح
تملكها بالاحياء لزم من قوله اشتراط اذن
الامام عليه السلام وكل ذلك لم يثبت».

اقول: الكلام مسوق لبيان اختلاف اصحابنا في حكم المعادن وانها لمن هي قبل ان يتملكها الانسان وللإشارة الى اشتراط جريان الاحياء والتحجير حينئذٍ باذن الامام فاللازم التأمل في عبائرهم.

قال في «المبسوط» في المعادن الظاهرة: «فهذا لا يملك بالاحياء ولا يصير احد اولى به بالتحجير من غيره وليس للسلطان ان يقطعه بل الناس كلهم فيه سواء يأخذون منه قدر حاجتهم بل يجب عندنا فيها الخمس ولا خلاف في ان ذلك لا يملك»^١. ونظيره بعينه عبارة السرائر الا أنه اضيف فيها بعد قوله فيها الخمس قوله

«ما عدا الماء»^١.

وقال في المعادن الباطنة: «فهل تملك بالاحياء ام لا قيل فيه قولان احدهما: أنه يملك وهو الصحيح عندنا... فاذا ثبت أنها تملك بالاحياء فان احيائه ان يبلغ نيله ومادون البلوغ فهو تحجير وليس باحياء فيصير اولى به مثل الموات»^٢.
وقال في النهاية في بيان اقسام الارضين: «ومنها ارض الانفال وهي كل ارض انجلى اهلها عنها من غير قتال والارضون الموات ورؤس الجبال والآجام والمعادن وقطائع الملوك وهذه كلها خاصة للامام يقبلها من شاء بما اراد وبها ويبيعها ان شاء حسب ما اراد»^٣.

وقال في «القواعد» في حكم المعادن: «اما الظاهرة وهي التي لا تفتقر في الوصلة اليها الى مؤونة كالمح والخبث فهذه للامام، يختص بها عند بعض علمائنا والاقرب اشترك المسلمين فيها. واما الباطنة وهي التي تظهر بالعمل كالذهب والفضة فقيل انها للامام «عليه السلام» خاصة والاقرب عدم الاختصاص فان كانت ظاهرة لم تملك بالاحياء وان لم تكن ظاهرة فحفرها انسان واظهرها احياءا وملكها ولو لم يبلغ بالحفر الى النيل فهو تحجير»^٤.

وقال في «التذكرة»: «فالظاهرة عند اكثر علمائنا من الانفال يختص بها الامام وقال بعضهم ان الناس فيها شرع سواء وهو قول العامة وهذه لا يملكها احد بالاحياء والعمارة. وان اراد بها النيل اجماعاً ولا يختص بها بالتحجير: والمعادن الباطنة اما ان تكون ظاهرة اولاً فان كانت ظاهرة لم يملك بالاحياء ايضاً لما تقدم في الظاهرة وتكون للامام، عند بعض علمائنا وعند الباقيين تكون لجميع المسلمين، لان الناس فيها شرع وان لم تكن ظاهرة بل انما يظهر بالانفاق عليها والعمل فيها فهي للامام ايضاً عند بعض علمائنا وعند الباقيين أنها لجميع من سبق اليها واحياها»^٥.
والمحصل منه وجود الاختلاف في كلا القسمين من حيث كونها غير مملوكة او ملكاً

١. «السرائر»، اواخر كتاب البيع.

٢. ص ٢٧٧.

٣. «النهاية»، طبع جديد، ص ٤٢٠.

٤. «القواعد»، ج ١، ص ٢٢٢.

٥. «التذكرة»، ج ٢، ص ٤٠٣.

للامام ووجود الفرق بينها في عدم جريان الاحياء والتججير في الاولى دون الثانية. وقال في «الدروس»: «وبعض علمائنا يخصص المعادن بالامام (عليه السلام) سواء كانت ظاهرة او باطنة فتتوقف الاصابة منها على اذنه مع حضوره لامع غيبته. وقيل: باختصاصه في الارض المملوكة له، والاوّل يوافق فتواهم بان موات الارض للامام فانه يلزم من ملكها ملك ما فيها، والمتأخرون على ان المعادن للناس شرع اّما لاصالة الاباحة واما لطعنهم في ان الموات للامام واما لاعترافهم به وتخصيص المعادن بالخروج عن ملكه والكل ضعيف»^١.

وقال في «المسالك» ما خلاصته: «القائل باختصاص المعادن ظاهرة وباطنة للامام «المفيد» و«سلاّر» وقيل يختص بما كان في ارضه كالموات لاما كان في المحيي واكثر الاصحاب على ان المعادن مطلقا للناس شرع عملاً بالاصل مع عدم المخرج عنه وهذا اقوى»^٢.

فالمتحصل من عبارتهم بالنسبة الى ملكية المعادن اقوال ثلاثة:

احدها: انها ملك للامام نقل هذا القول عن «المفيد» و«سلاّر» و«الكليني» وشيخه «علّي بن ابراهيم»، وبه افتى في النهاية ونسبه في «الدروس» الى بعض علمائنا. وفي «التذكرة» الى اكثرهم في المعادن الظاهرة. ونسب الباطنة الى بعضهم وظاهر عبارات الجل لولا الكل اطلاق القول بذلك سواء اكانت في الارض الموات ام في العامرة التي هي ملك للامام كالمأخوذة من الكفار بغير اذنه والقطايع المقطوعة باذنه، ام كانت في الارض المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين واما الموجودة في الاملاك الشخصية فسيأتي حكمها.

ثانيها: انها غير مملوكة لشخص مطلقا والناس فيها شرع سواء كسائر المباحات وهو ظاهر «المبسوط» و«السرائر» و«القواعد» ونسبه الشهيد (ره) الى المتأخرين والشهيد الثاني الى الاكثر ثم اختاره.

ثالثها: التفصيل بين ما كان في الموات فهو للامام تبعاً للارض وبين غيره اختاره في «التحريير» ونقله في «الايضاح» عن «السرائر» واستحسنه في خمس

١. «الدروس»، ص ٢٩٦.

٢. «المسالك»، ج ٢، ص ٣٦٣.

«الروضة» ولعلّ هنا قولاً رابعاً يظهر من خلال ما سلّكه في المطلب. وهو التفصيل بين المعادن الظاهرة بكونها غير مملوكة لاحد وبين الباطنة بكونها ملكاً للإمام «عليه السلام».

واستدل للقول الأوّل بوجوه:

منها: أنّها جزء من الارض التي هي ملك للإمام «عليه السلام» فتتبعها في الملكية. وهذا الدليل اخصّ من المدعى لو كان شاملاً لما في المفتوحة عنوة ايضاً.

ومنها: معتبر اسحاق بن عمّار قال: سألت ابا عبدالله عن الانفال، فقال:

«هي القرى التي قد خربت وانحلت اهلها فهي لله وللرسول «صلى الله عليه وآله» وما كان للملوك فهو للإمام «عليه السلام» وما كان من الارض بخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب وكل ارض لارب لها والمعادن منها»^١. وظاهر الكلام كون الموصول في قوله: «وما كان من الارض» مبتدأ وقوله منها في آخر الكلام خبراً له فالضمير المجرور راجع الى الانفال وعموم المعادن يشمل جميع اقسامها حتى ما كان في الاملاك الشخصية فضلاً عن الموجودة في المفتوحة عنوة وان كان رجوع الضمير الى كلمة الارض ايضاً محتملاً. ويؤيد الأوّل الخبران الآتيان لصراحتها في عد المعادن من الانفال مطلقاً في مقابل الارض والآجام وغيرها ويؤيده ايضاً أن طبع حالها بلحاظ خلقها التكوينية يقتضي استقلالها في هذا الحكم كسائر احكامها تبعاً لاستقلالها في الاسم والخواص.

ومنها: ما رواه العياشي في تفسيره عن ابي بصير عن الباقر «عليه السلام»: «قال لنا الانفال، قلت: وما الانفال قال: منها المعادن والآجام وكل ارض لارب لها وكل ارض باداهاها فهو لنا»^٢.

ومنها: ما رواه العياشي ايضاً عن داود بن فرقد عن ابي عبدالله «عليه السلام» في حديث قال: «قلت: وما الانفال قال: بطون الاودية ورؤس الجبال والآجام والمعادن اه»^٣.

ومنها: عموم النصوص الدالة على ان الارض وما فيها كلّها للإمام «عليه

١. «الوسائل»، ج ٦، ابواب الانفال، ب ١، ح ٢٠.

٢. «الوسائل»، ج ٦، ابواب الانفال، ب ١، ح ٢٨.

٣. «الوسائل»، ج ٦، ابواب الانفال، ب ١، ص ٣٢.

«السلام» وقد مرت عدة منها، فراج اخبار باب الانفال وبعض نصوص هذا الباب لكنك قد عرفت عدم قبول المشهور هذه الاخبار على ظاهرها.

واستدلّ للقول الثاني ايضاً بوجوه:

منها: ما يلوح من عبارة «المبسوط» و«السرائر» من نفي الخلاف في المسألة، لكن فيه مع الاغماض عن حال نفي الخلاف ان مورده عدم تملك المعادن الظاهرة بالاحياء والتحجير لا عدم كونها ملكاً للامام او غيره قبل التصرف نعم ظاهر مختارهما ذلك.

ومنها: جريان السيرة المستمرة على الاخذ منها والاستيلاء عليها بلا استيدان من الائمة ولا من نائب الغيبة. وحاصل الاستدلال كما اشار اليه في «الجواهر» ان مقتضى تبعية الجزء للكل في التكوين كونه تابعاً له في التشريع، ويلزمه كون ما في الموات للامام وما في الارض المفتوحة عنوة للمسلمين وهكذا الا ان السيرة المذكورة تكشف كشافاً قطعياً عن خروجها عن التبعية حكماً وصورتها من المباحات التي الناس فيها شرع سواء يملكها منهم من سبق اليها ولذلك جزم صاحب الجواهر (ره) بكونها ملكاً لحائزها ثم قال: ولعلها بنفسها في حكم الموات وان كانت في ارض معمورة.

وفيها: ايضاً بعد الاشارة الى رد رواية اسحاق الآتية الدالة على انها للامام «عليه السلام»: «لعدم جابر للخبر المزبور بل الموهن متحقق فان المشهور نقلاً وتحصيلاً على ان الناس فيها شرع سواء»، ثم قال ما ملخصه: «مضافاً الى السيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار في زمن تسلطهم وغيره على الاخذ منها بلا اذن حتى ما كان في الموات الذي قد عرفت انه لهم منها او في المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين فانه وان كان من اجزاء الارض واللازم تبعية لها في الملك الا ان السيرة العاضدة للشهرة. وقوله تعالى: «خلق لكم ما في الارض» ولشدة حاجة الناس الى بعضها يوجب الخروج عن ذلك كما في الماء والكلاء»^١.

وقال في «المستمك» في باب الخمس بعد نقل بعض ما ذكرنا: «ولعل في هذا المقدار كفاية في جواز الخروج عن قاعدة التبعية ولا سيما مع تأيد ذلك

بخلونصوص الباب وغيرها عن التعرض للمنع عن اخذها من الموات او العامرة التي هي ملك لهم «عليهم السلام» وللمسلمين فانها وان لم تكن واردة لبيان هذه الجهات كى يحسن التمسك باطلاقها لكن اهمالها التعرض لذلك مع ارتكاز اباحة الاخذ وعموم الابتلاء بالمعادن عن اختلاف انواعها طريق عرفي لجواز الاخذ وترتيب آثار الملك نعم القدر المتيقن صورة الاذن من ولي المسلمين فاللازم الاقتصار في الحكم بالملك عليه». والمراد بما ذكره من النصوص المؤيدة لخروجها عن تبعية الارض، نصوص الخمس، فانها تثبت ما هو المقصود بالبحث في المقام ايضاً وهو عدم كونها ملكاً للامام والحاصل من الجميع. ان ما استدلت به الخصم من النصوص غير مجد لاثبات مدعاه لاعراض المشهور عنه وللارسل في بعضه ولعدم تعرض الامام «عليه السلام» في نصوص الخمس مع كثرتها للزوم استيذانه في استخراج المعادن ولجريان السيرة على اخذها وتملكها بدون الاستيذان من احد.

هذا ولكن الانصاف ان الاعراض غير ثابت او غير موهن والخبر الاول معتبر يعضده الاخيران وعدم تعرض نصوص الخمس له لصدور الاذن منهم «عليهم السلام» باباحة ما كان لهم لشيعتهم او مطلقاً كالاراضي الميتة على ما عرفت. ومنه يعلم ان السيرة لا تخلو من خدشة فان قيامها عليه ليس الا كقيامها على احياء الارض الموات من دون استيذان واما جريانها على التصرف فيما يوجد في الارض المفتوحة عنوة. فاحراز ذلك في خصوص ما كان عامراً في حال الفتح مشكل جداً وجريانها في حال الحضور على فرض التسليم منشأها الاباحة المذكورة.

ثم انه على تقدير ضعف ادلة الطرفين وعدم وفائها باثبات المقصود فهل المرجع عموم الآيات كقوله تعالى: «خلق لكم ما في الارض جميعاً» وقوله: «كلوا مما في الارض حلالاً طيباً» او عموم الروايات كالنصوص الدالة على ان الارض وما فيها كلها للامام وان الله خلق الارض واقطعها لآدم، وما كان لآدم فهو لرسول الله (ص) وعموم قولهم «عليهم السلام» ان الارض كلها لنا وغير ذلك مما ذكر في اول الكتاب وجهان: ويضعف الاول بان المراد بالآم في قوله تعالى: «خلق لكم» نظير قوله: «وضعها للانام» ليست للملكية بل للانتفاع والمراد ان الارض مخلوقة لاجل الناس ولان تقع مورد انتفاعهم وهو لا يقتضي تمليك كل شيء منها لكل احد من ساكنيها، ليستلزم اختلال النظام والهرج. ولاينا في جعل اختيارها تحت ارادة ولي

امرهم ليقسمها بينهم بالعدل ويعطي كلّ ذي حقّ حقه والامر بالاكل في الآيات الآخر ترخيص للتصرف كذلك وهو ايضاً لاينا في ما ذكر. وبالجملة لو فرضنا قيام دليل على ملكية الارض او المعادن او غيرها مما في الارض للامام «عليه السلام» فالآيات الشريفة غير نافية لذلك ولا معارضة فاللازم الاخذ بالنصوص المزبورة. الا انك عرفت عدم قبول الاصحاب لظاهرها ومقتضاه الرجوع الى اصالة التبعية فيكون ما في الارض المفتوحة عنوة للمسلمين وما في غيرها من اراضي الانفال للامام «عليه السلام». فيثبت القول بالتفصيل لكن الانصاف عدم المبرر لرفع اليد عن معتبر اسحاق بن عمار وسائر اخبار باب الانفال مع تأييده بعموم كون ما في الارض لهم «عليهم السلام». وفي الاعراض عن كلتا الطائفتين ما عرفت فالحكم بكونها من الانفال حسن جداً.

قوله:

«ولو كان الى جانب المملحة ارض موات
اذا حفر فيها بئر وسبق اليها الماء صار ملحاً
صح تملكها بالأحياء واختص بها المحجر ولو
اقطعها الامام «عليه السلام» صح».

لعلّ الوجه في ذكر هذا الفرع، دفع توهم أنّ وقوع الارض الموات في جانب المملحة. ولا سيما مع صيرورة الماء ملحاً فيها يجعلها بحكم المعادن الظاهرة. فلا يصح احيائها ولا اقطاع الامام لها، لكنه فاسد اذ الموات باق على حكمه وحفرها وجعلها معداً لجريان الماء احياء لها سواء جرى الماء فيها بالفعل ام لا. ويملك الماء الجاري فيها كالصيد الواقع في الشبكة، ولذلك رتب في المتن عليها آثار الموات من التملك بالاحياء والاولوية بالتحجير وجواز الاقطاع لكنه لم يتعرض لحكم الماء المنجمد فيها ملحاً.

قوله:

«والمعادن الباطنة هي التي لا تظهر الا بالعمل كمعادن الذهب والفضة والنحاس فهي تملك بالاحياء ويجوز للامام اقطاعها قبل ان تملك وحقيقة احيائها ان يبلغ نيلها ولو حجرها وهو ان يعمل فيها عملاً لا يبلغ به نيلها كان احقّ بها ولم يملكها ولو اهمل أجبر على اتمام العمل او رفع يده عنها ولو ذكر عذراً انظره السلطان بقدر زواله ثم الزمه احد الامرين».

قد مرّ الكلام مستقصى في المراد من المعادن الباطنة وفي أنّها ملك للامام. او أنّها غير مملوكة لاحد وعمدة الكلام في المقام في جريان الاحياء والتحجير فيها وجواز اقطاعها من قبل الامام وبيان المراد من احيائها وتحجيرها.

فنقول: مقتضى ظواهر كلمات جلّ الاصحاب هنا انها تملك بالاحياء، والظاهر ان الاحياء في القسم الظاهر من الباطنة هو ايجاد عملية التخليص والتطوير ليتملك الحاصل من الجوهر الخالص الناجز. والتحجير حينئذٍ هو الشروع في جمع التراب والاحجار المعدنية فليس لاحد التصرف فيما جمعه السابق كما انه ليس له منع اللاحق عن اخذ ما لم يجمعه.

وامّا الاحياء في القسم الباطن منها فالظاهر كما يقتضيه كلمات الاصحاب ايضاً انه يحصل بحفر البئر ونقب الجبل ونحو ذلك من العملية حتى يصل الى المعدن، فيملك المعدن بالوصول اليه ونظير ذلك. معادن النفط اليوم اذا قلنا بكونها من القسم الباطن منها حقيقة او حكماً كما مرّ البحث عنه. ولازم هذا الاطلاق تملك المحيي لجميع المعدن الذي وصل اليه بالحفر مثلاً كائناً ما كان في السعة والعمق فلا يجوز لغيره الاخذ منه ولو بالحفر من مكان آخر، وهذا مع استبعاد كونه المراد للاصحاب يؤدي في الغالب ولا سيما في زماننا هذا الى مفاسد كثيرة اجتماعية وسياسية فلا بد من

التأمل في كلمات الاصحاب وفيما يمكن ان يكون دليلاً في الباب لاستفادة ما يصح ان يملكه الفرد من المعادن التي وصل اليها بحفر ونحوه.

أما كلمات الاصحاب فلا تخلو من اجمال فيظهر من بعضها انه ليس للواصل اليها الا ما يأخذه منها ويجوزه كما في سائر موارد الحيازات. ومن اخرانه يملك ما وصل اليه وحرمة وهو الذي يتوقف عليه الاخذ من المعدن والاستخراج من اجزائه من اطرافه وجهة عمقه ومن ثالث انه لو كان المعدن في ملكه فيملك منه ما كان في ملكه من عروقه دون ما خرج عن حدود ملكه ومن رابع اكثر من ذلك.

قال في التذكرة: «انما تملك المعادن الباطنة بالاحياء وهوان يحفرها حتى يبلغ النيل ويظهره مع قصد التملك. كما اذا حفر بئراً في الموات على قصد التملك ملكه اذا وصل الى الماء وكذا لو حفر المعدن ولم يصل اليه لم يملكه ويكون ذلك تحجيراً بالسبق اليه، والعمل فيه. الى ان قال: «واذا اتسع الحفر ولم يوجد النيل الا في الوسط او بعض الاطراف لم يقتصر الملك على محل النيل بل كما يملكه يملك ما حواليه ما يليق بحريمه وهو قدر ما تقف الاعوان والدواب، ومن جاوز ذلك وحفر لم يمنع وان وصل الى العرق سواء قلنا ان المعدن يملك بحفره او لم نقل لانه لو ملكه فانما يملك المكان الذي حفره. واما العرق الذي في الارض فلا يملكه بذلك ومن وصل اليه من جهة اخرى فله اخذه ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل في ارضه فحفر انسان من خارج ارضه كان له ان يأخذ ما يخرج عن ارضه لانه لا يملكه انما يملك ما هو من آخر ارضه وليس لاحد ان يأخذ ما كان داخلياً في ارضه من اجزاء الارض الباطنة كما لا يملك اخذ اجزائها الظاهرة»^١ ونظير ذلك في المسالك.

وقال في القواعد: «ولا يقتصر ملك المحيي على محل النيل بل الحفر التي حواليه ويلىق بحريمه يملكها ايضاً»^٢. والمراد بالحفر ما كان كذلك بالقوة بان تكون مما يلزم الاول او يناسبه عرفاً وقال ايضاً: «لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية اخرى فاذا وصل الى ذلك العرق لم يكن له منعه منه لانه يملك المكان الذي حفره وحرمة»^٣. لكن قال في التحرير: «ولو ظهر في ملكه معدن بحيث

١. «التذكرة»، ج ٢.

٢. «المسالك»، ج ١، ص ٢٢٢.

٣. ذلك المدرك.

يخرج النيل عن ارضه فحضر انسان من خارج ارضه فهل له الاخذ مما خرج عن ارضه فيه اشكال». بل قال في مورد آخر: «اما لو وصل الاول الى العرق فهل للثاني الاخذ منه من جهة اخرى الوجه المنع»^١. ويقرب مما ذكره في التحرير قول الشهيد (ره) في الدروس في مطلق المعادن: «من ملك معدناً ملك حريمه وهو منتهى عروقه ومطرح ترابه وطريقه وما يتوقف عليه عمله ان عمل عنده» وظاهره القول بملك الاول للمعدن الى منتهى عروقه وكونه حريماً لما ملكه.

وقال في الجواهر بعد ذكر العبارة: «فانه ان لم يحمل على ارادة ما لا يزيد على حريمه من منتهى عروقه اشكل بما هو المعلوم المصرح به في كلام غير واحد، من انه لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر في ناحية اخرى فاذا وصل الى ذلك العرق لم يكن له منعه لانه يملك المكان الذي حفره وحريمه»^٢. ويظهر منه (قده) انه لا بأس بالقول بان الاول يملك من جوهر المعدن وعروقه المنتشرة بمقدار سعة الحرم، فالاولى الرجوع الى الادلة ومفروض الكلام فعلاً هو المعادن الموجودة في الارضين الموات. واما الموجودة في المملوكة بالاحياء او الشراء مثلاً فسيأتي البحث عنها. وما يمكن الاستدلال به للمقام من الدليل اما عمومات اباحة ما في الارض او اباحة الانفال او ما دلّ على حق السبق او نصوص الاحياء او ادلة خمس المعادن.

فنقول: اما ما ذكره من ادلة جواز انتفاع الناس بالمباحات الاصلية وحيازتهم لها فتشمل المقام بناءً على القول بكون المعادن الباطنة منها فلا دلالة فيها على ملكية المعادن بالوصول اليها، فان مفادها التملك بالاخذ والحيازة لا بالوصول الى الشيء المباح من دون تحقق عنوان الاخذ والحيازة. فلاحظ ادلة جواز انتفاع الناس بالمباحات الاصلية من الاجماع والسيرة والضرورة واما عمومات الآيات والنصوص فما هو لبّي لا يستفاد منه الا ملكية ما حازه الانسان وما هو ناطق منها كقوله للعين مارأت (وليد ما اخذت) فلا ينطق ايضاً الا عما يستفاد من الدليل الصامت.

واما ما دلّ اباحة الانفال وغيرها للشيعة او للمسلمين كقوله «عليه السلام»: «فما كان لنا فهو لشيعتنا وانّ ولينا لني اوسع بن ذه وذه» وقوله

١. «التحرير»، ص ١٣٢.

٢. «الجواهر»، ج ٣٨، ص ١١٣.

«عليه السلام»: «الدنيا وما فيها لله ولرسوله ولنا فمن غلب عن شيء منها فليترك الله وليؤد حق الله». بناء على كون تلك المعادن ملكاً للامام «عليه السلام» فهو ايضاً لا يثبت مطلوب المدعى فان ظاهره او القدر المتيقن منه ملكية ما يقبضه الشخص ويجوزه منها وبعبارة اخرى سببية الاخذ والقبض للملكية لا الوصول الى الشيء اما سهلاً او متعباً.

واما النبوي المذكور: «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به» فع ضعف سنده قد عرفت ان للسبق اقساماً كالسبق في المسجد ونحوه. والسبق بالحيازة وبالاحياء وبالخضوع ونحوه. وقد تحقق في المقام السابق بالاحياء والحيازة بالنسبة الى نفس البئر. واما بالنسبة الى المعدن فلم يتحقق شيء غير الوصول اليه وهو غير مفيد للملك والآن لم يثبت القول بملكية الانهار والبحار لمن حضرها بقصد الملكية. واما النصوص الماضية الدالة على سببية الاحياء لملكية الارض ففادها الحكم بان من اوجد عمل العمارة متعلقاً بموضوع خاص وهو الارض صار مالكاً له او احق به فلاحظ قوله: «من احبب ارضاً ميتة فهي له» وقوله: «اتما قوم احبوا ارضاً ميتة فهم احق بها» ونحو ذلك والتعدي عن ذلك الى سببية حفر البئر الواصلة الى المعدن للملكية، مستبعد جداً فهذه الادلة واردة لبيان حكم نفس الارض وناظرة الى حالها في نفسها ولا يستفاد منها حكم عنوان آخر خارج عن حقيقتها وان كان محلها في داخلها وجوفها ولا اقل من انصرافها عن ذلك فما اسنده صاحب الجواهر (قده) الى بعض الاصحاب من قوله: «واحياء كل شيء بحسبه الظاهر في استفادة ذلك من ادلة احياء الارض غير ظاهر الوجه».

واما ادلة خمس المعادن الدالة على جواز تملك الشخص للمعادن الباطنة فهي غير مسوقة الا لبيان تعلق الخمس بها. وان خمسها لاهله وانه يجب لمن تملكها اخراج ذلك الحق وايصاله الى مستحقه. واما كيفية تملكه لها فلا نظر اليها قطعاً وان شئت فلاحظ قوله في صحيح ابن مسلم «قال: سألته عن معادن الذهب والفضة والصفير والحديد والرصاص؟ فقال: عليها الخمس»^١. وهكذا غيره وفي بعضها: «وعن المعادن كم فيها قال: الخمس» وفي بعضها: «ما فيها قال: الخمس» وغير ذلك.

١. «الوسائل»، ج ٦، ابواب ما يجب فيه الخمس، ب ٣.

فقتضى الانصاف هنا بعد التأمل في ما افادوه في المقام، وجود الاشكال في
مقامين:

احدهما: عدم تحقق اتفاق واجماع تطمئن به النفس في اصل جريان الاحياء
بالنسبة الى المعادن الباطنة.

وثانيهما: اجمال مراد المدعين للملكية المعدن بالاحياء على فرض ثبوت ذلك.
وبعبارة اخرى عدم معلومية معقد الاجماع وانه ما هي الحياة وما هي حدودها من
جهة الطول والعرض والعمق ووقوع الاشارة الى ذلك في الجملة. في كلمات بعض
المجمعين مع الاختلاف في حده وقدره كما عرفت لا يغني من جوع، اذاً فلا بأس
بالقول بانه لا طريق الى تملكها الا الحيازة كالمعادن الظاهرة. ولا يتملك الواصل
اليها الا ما حازه وقبضه وان كان الاحوط القول بملكية الواصل اليها بالمقدار المتيقن
من كلماتهم ولعله المقدر عرفاً بما يحاذى الحفرة المنتهية اليه سعة وعمقاً، مع ما سموه
حريماً. وهو اطرافه التي يتوقف الاخذ من المملوك على ذلك والله العالم.

فرع:

قوله:

«لواحيا ارضاً وظهر فيها معدن ملكه تبعاً لها
لانه من اجزائها».

ونظير العبارة ما في «المبسوط» و«السرائر» و«المهذب» و«التذكرة» و
«التحرير» و«الارشاد» و«الدروس» و«جامع المقاصد» و«المسالك» و
«الروضة» و«مجمع البرهان» على ما في «مفتاح الكرامة».

قال في المبسوط: «اذا احيا مواتاً من الارض فظهر فيها معدن ملكها
بالاحياء وملك المعدن الذي ظهر فيها بلاخلاف لان المعدن مخلوق خلقه الارض فهو
جزء من اجزائها. وكذلك اذا اشترى داراً فظهر فيها معدن كان للمشتري دون
البايع، فاما اذا وجد فيها كنزاً مدفوناً فان كان ذلك من دفن الجاهلية ملكه بالاصابة

والظهور عليه وحكمه حكم الكنوز، وان كان من دفن الاسلام فهو لقطه اه»^١.
ونظيره عبارة «السرائر» مع اختلاف يسير.

وقال في «القواعد»: «ولو احيا ارضاً ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعاً لها
ظاهراً كان او باطناً بخلاف ما كان ظاهراً قبل احيائها»^٢.

وفي «التحريير»: «الارض الموات اذا احياها انسان ملكها فان ظهر فيها
معدن ملكه تبعاً لها لانه من اجزائها سواء كان ظاهراً او باطناً... وكذا لو اشترى
ارضاً فظهر فيها معدن فهو له دون البايع بخلاف الكنز»^٣.

وفي «الروضة»: «فلو كان في ارض مملوكة فهي بحكمها وكذا لو احيا ارضاً
مواتاً ظهر فيها معدن فانه يملكه»^٤.

وقال في «المسالك» في شرح العبارة: «المراد بالمعدن الظاهر هنا هو الباطن
بمعنيته كما يرشد اليه التعليل بكونه من اجزائها فيملك باحيائها كما يملك جميع
اجزائها به»^٥.

وقال في «جامع المقاصد» في شرح قول الماتن: «فان كائت في ملكه
ملكها» ما خلاصته: «لا يملكه بالاحياء بل هو مملوك لكونه من اجزاء ارضه ويمكن
تنزيل العبارة على معنى صحيح، وهوان من احيا معدناً في ارضه ملكه على حسب ما
يقتضيه الحال وان خرج بعضه عن ارضه الى موات فليس لاحد ان يحفر في الموات
بحيث يأخذ مما استحقه الاوّل وان لم يكن في ارضه. فقوله: ملك بالاحياء يفيد
ذلك لانه يملك ما احياه ويستحق حريمه وان لم يكن في ملكه»^٦.

والظاهر من الجميع ملكية مالك الارض للمعدن الواقع فيها سواء كان على
وجه الارض او باطناً مستوراً كما صرح به في «المسالك» والظاهر من بعضها انه
لوحكمنا بملكه للجزئية وتبعيته للاصل فلا يملك الا ما كان داخل في الارض غير

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٧٧.

٢. «القواعد»، ص ٢٢٢.

٣. «التحريير»، ج ٢، ص ١٣٢.

٤. «الروضة»، ج ٢.

٥. «المسالك»، ج ٢، ص ٣٦٤.

٦. «جامع المقاصد»، ص ٤١٢.

خارج عن محيطها ولو في اعماقها، وان ظهر له بالحفر والاحياء فهو يملكه بعروقه وان خرجت عن ملكه الى الموات كما هو مقتضى كلام المحقق الثاني وتوجيهه عبارة «القواعد».

وكيف كان فيظهر من تلك العباثر عدم الخلاف في ان مالك الارض بالاحياء او الشراء يملك المعادن الباطنة الموجودة فيها لجهة الجزئية وبملاك تبعية الجزء للكل في الملكية. والظاهر ان هذا النحو من عدم الخلاف لا يكون دليلاً تعديلاً ولو فرض وصوله الى حد الاجماع لكون المسألة من الفروع المستنبطة من الاصول الاولية، والحكم فيها مبني على الاستظهارات النظرية مع وقوع الاشارة الى علة الحكم بل التصريح بها في بعض العباثر. وان الملاك هي الجزئية والتبعية وليس هنا نص خاص دال على المطلب وح.

فقول: ولا انه يمكن الخدشة في كون المعدن مطلقاً جزء من الارض التي هو فيها ولذلك استثنى الاصحاب المعادن من حكم الارض المفتوحة عنوة فلم يحكموا بكونها للمسلمين معترفين بانها ليست من الارض ولا يجوزون التيمم والسجود عليه مستدلاً على ذلك بخروجه عن عنوان الارض فهو اشبه شيء بالكنز المدفون فيها، ولذا اشترك معه في وجوب تخميسه، ولو سلمنا الحرمة فانها هي في المعادن الصغار التي كانت ممتزجة بالتراب غير ظاهرة الجواهر كالحديد والتحاس مثلاً اذا لم يكن محيطاً ما تحت الارض وداخلها.

واما المعادن الخالصة جوهرها كالنفط في اعصارنا هذه فدعوى كونها جزء من الارض لاسيما اذا كانت واسعة كثيرة محيطاً بجميع ارضه من تحت كنهجار او بحر اراكد فيما تحت الارض عهدتها على مدعيها بل المقطوع به بطلانها.

وثانياً: ان تبعية اجزاء الارض المملوكة لها في الجزئية مطلقاً غير مسلم ولا يصلح القول بان من ملك ارضاً بالاحياء او الشراء مثلاً، فقد ملك من حيث العمق جميع اطباقها واعماقها الى اي مكان يمكن للبشر ان ينفذ فيه. او ملكها من جهة الفوق الى عنان السماء ولذلك لا يحسب اهل العرف من اقدم على احداث قناة مارة من تحت الارضين المملوكة للناس بنياً وزرع وغيرهما في عمق مائة متر مثلاً ظالماً لهم غاصباً لارضهم. كما لا يحسبون الطائرات المارة من فوق رؤسهم متصرفه في املاكهم بغير اذن والسرفي ذلك ان ملكية الارض ونحوه حدّاً عرفياً من حيث العلو والسفل

تتبعه الملكية، ولو فرض شك في مقدار ذلك واجمال فاصالة عدم ملكية المشكوك محكمة.

والحاصل: انه لو فرض وجود المعادن في اعماق بعيده الغور في الاراضي المملوكة او كانت كثيرة واسعة بحيث تمتاز عن الملك عند اهل العرف كالاراضي الواسعة جداً المعدة للزرع والبستان فعلم بوجود معدن النفط تحتها كبحر تيار لا يمكن الحكم بملكيتها لصاحب الارض تبعاً لها فلا تشملها الادلة الدالة على ان من احبب ارضاً ميتة فهي له، ولا ادلة سائر اسباب الملكية من الشراء والاتهاب ونحوها. نعم هو كغيره من الناس في جواز الوصول الى النيل والاخذ منه بلاملكية لاصله ولغيره ايضاً ان يأخذ منه اذا وصل اليه من محل آخر.

قوله:

«واقا الماء فمن حفر بئراً في ملكه او مباح
يملكه فقد اختص بها كالحجر فاذا بلغ الماء
فقد ملك البئر والماء ولم يجز لغيره التخطي
اليه ولو اخذه منه اعاده».

ليعلم اولاً: ان المستفاد من القرآن الكريم والنصوص الواردة عن اهل بيت الوحي «عليهم السلام» ان المياه على وجه الارض على اختلاف اسمائها وعناوينها الاعتبارية قسمان: هما مجري ساكن ناعم، وبري متحرك جار وينتهي الثاني بجميع انواعه الى الاول فنه يبدء وينشأ واليه يعود ويرجع، فترى الكتاب الكريم يعلن ويصرح بان جميع ما يستفيد منه الانسان والحيوان والنبات من المياه قد نشأ وتولد من ماء السماء سواء كان مما ظهر على وجه الارض ام كان مما بطن كما هو المحسوس في الجملة: والمعلوم بالمشاهدة والتجربة، فان اشراق الشمس على البراري والبحار يوجب صعود بخارها الى الجوّ بصورة السحاب ثم تسوقه الرياح نحو الصحاري والقفار والادوية والجبال فتنزل الامطار عليها غيثاً ووابلاً وطلاً وهاطلاً. فنها: ما يسيل على وجه الارض ومنها: ما يسلك في بطنها والكل يجري الى صوب البحار التي منها بدأت حركته، وهذا السير المستدير دائم غير متوقف اذبه يحصل تصفية المتصاعد الذي كان

ملحاً اجاجاً فيعود بهذه الحركة عذباً فراتاً فكانَ هناك بحرين متحرك سائر عذب ومتوقف راكد اجاج وكانَ بينها حاجزاً من قدرة الله تعالى لئلا يتأجج ويمتلح هذا فيفسد للبشر عيشه، ولئلا يعذب ذاك فيفسد بالركود والنقع كما قال الله تعالى:

«مرج البحرين يلتقيان بينهما برزخ لا يبغيان»^١، «وهو الذي مرج البحرين هذا عذب فرات وهذا ملح اجاج وجعل بينهما برزخاً وحجراً محجوراً»^٢.

ويشير الى ما ذكرنا من كون جميع المياه الموجودة في غير البحر حاصلة من الامطار النازلة اطلاق قوله تعالى: «هو الذي انزل من السماء ماءً لكم منه شراب ومنه شجر»^٣، «وانزلنا من السماء ماءً بقدر فاسكتناه في الارض»^٤، «الم تر ان الله انزل من السماء ماءً فسلكه ينابيع في الارض»^٥.

ثم ان المصنف (قدس سره) تعرض في المقام اولاً لحكم ماء البئر وقسمها الى اقسام ثلاثة، البئر المحفورة في الملك والمحفورة في الموات بقصد التملك والمحفورة فيه لا بقصده فقدم حكم القسمين الاولين، الا ان في العبارة اشكالاً من حيث ظهورها في جريان التحجير وحدوث ملكية البئر والماء بالاحياء فيما يحفر في الملك الشخصي ايضاً مع انه لا يكون الا فيما يحفر في الموات. لكن يمكن ان يقال: كما في «الجواهر» بظهور فائدة التحجير بالنسبة للحريم لمن اراد حفر بئر اخرى في المباح المجاور لملكه فانه اذا كان حافراً للبئر فيها فله منع الغير مع فرض تضرره بخلاف ما اذا لم يكن حافراً، وظهور الفائدة في تملك الماء بناءً على القول بعدم كون الانسان مالكاً للماء الذي تحت الارض ولو كانت الارض ملكه فالاحياء يفيد ملكية ما يحصل في البئر من المياه، وكيف كان فحكم البئر التي تحفر في الموات حكم المعادن الباطنة في تحقق الاولوية بالتحجير وحصول ملكية نفس البئر والماء بالاحياء الذي هو الوصول الى الماء، لكن نقل الشيخ في المقام بالنسبة الى لزوم بذل المالك ما زاد عن حاجته من ماء البئر لغيره وعدمه اقوالاً اربعة.

١. «سورة الرحمن»، الآية: ٢٠.

٢. «سورة الفرقان»، الآية: ٥٣.

٣. «سورة النحل»، الآية: ١٠.

٤. «سورة المؤمنون»، الآية: ١٨.

٥. «سورة الزمر»، الآية: ٢١.

قال في «المبسوط»: «فكل موضع قلنا انه يملك البئر فانه احق من مائها بقدر حاجته بشربه وشرب ما شيته وسقي زروعه فاذا فضل بعد ذلك شيء وجب عليه بذله بلا عوض لمن احتاج اليه لشربه وشرب ما شيته... فأما لسقي زرعه فلا يجب عليه ذلك لكنه يستحب وفيهم من قال يستحب ذلك لشرب ما شيته وسقي زرعه ولا يجب وفيهم من قال يجب بذله بلا عوض لشرب ما شيته ولسقي الزرع وفيهم من قال يجب عليه بالعوض فاما بلا عوض فلا، وانما قلنا ذلك لما رواه ابن عباس «ان النبي (ص) قال: الناس شركاء في ثلاث: النار والماء والكلاء» وروى جابر: «ان النبي نهي عن بيع فضل الماء»^١. واختار ذلك في الخلاف ايضاً مع اسناد ما ذكره من الاقوال الى اهل الخلاف. والصواب هو القول الثاني فانه بعد فرض ملكية الماء لصاحب البئر كما هو المفروض. فلا دليل على وجوب بذله بعوض او بدونه للشرب او لغيره الا لطرؤ عنوان ثانوي مقتض لا يجابه مطلقاً او في الجملة وهو خارج عن مورد الكلام والاستحباب لا اشكال فيه اذا كان بقصد الاعانة على البئر ونحوه، وأما ما استدل به الشيخ (ره) لما اختاره فسيأتي بيان عدم نهوضه لاثبات ذلك.

واستدل على تملك الحافر للماء الحاصل في البئر بامور:

منها: انه اجماع وما يظهر من «المبسوط» من وجود المخالف في ذلك مخدوش اولاً بذكره وجهاً في المسألة لا قولاً، وعلى فرض كونه قولاً فالقائل به غير معلوم ولعله من غيرنا.

ومنها: جريان السيرة القطعية على ترتيب آثار الملك عليه من بيعه ونحوه.

ومنها: ان ذلك بحسب نماء للملك كثمرة الشجر ولبن الحيوان المملوك.

ومنها: ان ذلك من قبيل الحيازة كالصيد الواقع في الشبكة ونحو ذلك.

ومنها: فحوى ماورد من النصوص الدالة على جواز بيع الشرب لصاحب الماء

كما سيأتي نقلها.

ومنها: ان ذلك احياء للماء كاحياء المعدن بالوصول اليه.

ومنها: ان الماء جزء من الارض وان لم يكن من جنسه فيملك تبعاً للكُل.

وقول «المصنف»: «ولم يجز لغيره آه» لكونه حينئذٍ غصباً يترتب عليه اثره

التكليف والوضعي.

قوله:

« ويجوز بيعه كيلاً ووزناً ولا يجوز بيعه اجمع
لتعذر تسليمه لا اختلاطه بما يستخلف».

قال في «المبسوط» في ماء البئر: «ومن قال هو مملوك له قال يجوز ان يبيع منه كيلاً او وزناً ولا يجوز ان يبيع جميعه لانه لا يقدر على تسليمه فانه يختلط به غيره»^١.

وقال في «السرائر»: «فاذا اراد بيع شيء منه وهو في البئر وشاهده المشتري جاز ذلك كيلاً او وزناً ولا يجوز بيع جميع ما في البئر لانه لا يمكن تسليمه لانه ينبع ويزيد كلما استسقى منه فلا يمكن تمييز المبيع من غيره». ولعل مراده ان يبيع المجموع ان كان بعنوان تقديره بمقدار كيل معين او وزن فيصح، والا فيبطل وعلى هذا فلا حاجة الى قوله وشاهده المشتري.

وقال في «التذكرة»: «ويجب ان يكون معلوم القدر بالكيل او الوزن... ان كان في بئر ينبع الماء منها او قناة كذلك لم يجز بيعه باسره لجهالته ولا متزاجه بغيره مما ينبع شيئاً فشيئاً ولا يمكن التسليم ولو باع منه اصواعاً معلومة فان كان جارياً كالقناة لم يصح ايضاً اذا لم يمكن ربط المقدر بقدر مضبوط لعدم وقوفه وان لم يكن جارياً كما ماء البئر فالوجه الجواز»^٢.

وقال ايضاً: «واعلم ان جماعة منعوا من بيع الماء المملوك الا اذا كان محرراً في آنية وشبهها لان النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع فضل الماء والحق جوازه لانها عين مملوكة يقبل النقل اه».

وقال في «الدروس»: «ويباع كيلاً ووزناً ومشاهدة اذا كان محصوراً اما ماء البئر والعين فلا الا ان يريد به على الدوام فالاقرب الصحة. سواء كان منفرداً او تابعاً للارض»^٣. وقال في «القواعد»: «ولا يجوز بيعه اجمع لتعذر تسليمه». قال

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٨٣.

٢. «التذكرة»، ج ٢، ص ٤٠٨.

٣. «الدروس»، ص ٢٩٥.

المحقق الثاني في شرح العبارة: «وانما تعذر تسليمه لانه ينبع شيئاً فشيئاً فيختلط المبيع بغيره ولا يمكن التمييز ولا منع الاختلاط».

اقول: بيع الماء في المسألة ونظائرها يقع على صور:

منها: ان يبيع من ماء البئر أو العين مقداراً معيناً جزئياً بالكيل أو الوزن وهذا ممّا لا اشكال فيه بل ولا خلاف كما في «الجواهر» ونظيره على الظاهر يبيع ما في البئر اجمع مقداراً بانّه هذا المقدار من الكيل أو الوزن فيكون من قبيل اخبار البائع بالكيل ونحوه.

ومنها: ان يبيع الكلي الموصوف المحدود بالكيل أو الوزن من ماء تلك البئر أو الموصوف المحدود بالزمان من ماء العين على نحو بيع الصاع من الصبرة واستشكل في صحة هذا القسم العلامة في «التذكرة». وفي «جامع المقاصد» في ذيل عبارة «القواعد»: «ولا يجوز بيعه اجمع لتعذر تسليمه» قال: «ولو بيع اصواعاً معلومة فقد اختار المصنّف في «التذكرة» الجواز كما لو باع من صبرة قدرأ معلوماً ويحتمل العدم لتجدد الماء الموجب لاختلاط المبيع فان صاعاً من ماء معين مغاير بصاع من ذلك الماء اذا صبّ عليه بعد العقد ماء آخر فيتعذر التسليم ومثله ما لو باع صاعاً من صبرة فصبت عليها صبرة اخرى قبل التسليم ذكر هذا الاحتمال في «التذكرة» ايضاً».

ومنها: ان يبيع الموجود من الماء في البئر أو ما هو في الخارج من ماء العين المجتمع في محلّ أو في امتداد نهرها مثلاً مشاهدة وهذا القسم هو الذي استشكل اكثر الاصحاب في صحته، من جهة تعذر تسليم المبيع اذ يختلط في البئر لسبب النزح ما يخرج من المادة بالمبيع فلا يمكن تسليم عين ما هو ملك المشتري وبعضهم من حيث جهالة مقداره كما عرفت ذلك من عبارتهم، والظاهر صحته وعدم لزوم الغرر فيه لان حيث المقدار لكفاية المشاهدة في الماء بهذا النحو وان كان يبعه بالكيل والوزن احوط ولا من جهة تعذر التسليم فانه لا محذور في ذلك وغايته حصول الاختلاط والشركة فيفرز المالان بالقسمة والصلح ونحوهما هذا في البيع واما النقل بالهبة والصلح ونحوهما فالامر فيها اسهل.

ومنها: ان يبيع الموجود المفروض في الصورة السابقة مع ضم مقدار محدود ممّا يستخرجه المشتري من البئر بالنزح أو يخرج بنفسه من العين من تعيين النخرج وتقديره بالزمان ونحوه. والظاهر صحّة هذا القسم ايضاً ولا يصحّ ذلك لولم تعين الضميمة

بما يجب تقدير المبيع به.

ومنها: ان يبيع ماء البئر او العين دائماً مستقلاً او مع نفس البئر ومحل العين والظاهر صحته ايضاً لصدق البيع والتجارة وعدم وجود غرر فيه عرفاً.

ومنها: ان يبيع الشرب اي الحصّة المعيّنة والنصيب المحدود بساعة او ساعات او يوم او ايام من ماء البئر او القناة او النهر بدعوى ان التحديد بالزمان في امثال المقام نوع تعيين وتقدير للمبيع عند العرف والعقلاء وان لم يدخل تحت احد المقدرات المعروفة من الكيل والوزن ونحوهما، فيرتفع الغرر بذلك.

ويدل على الصحة في هذا القسم مضافاً الى عمومات حلية البيع والتجارة ووجوب الوفاء بالعقود والشروط خصوص صحيح الاعرج: «عن ابي عبد الله عليه السلام» قال سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه ايبيع شربه؟ قال نعم انشاء باعه بورق وانشاء باعه بجنطة^١.

وصحيح الكاهلي قال: «سئل رجل ابا عبد الله (ع) وانا عنده عن قناة بين قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغني رجل منهم عن شربه ايبيع بجنطة او شعر قال يبيعه بما شاء هذا ليس ممّا فيه شيء»^٢. وخبر ابن جعفر عن اخيه موسى «عليه 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 لا بأس»^٣. والشرب بالكسر الحظ والنصيب من الماء، قال الله تعالى: «قال اهذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم»^٤، «وتبتهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر»^٥، «ولهم فيها منافع ومشارب افلا يشكرون»^٦. وهذه النصوص ظاهرة الانطباق على البيع على النحو الاخير.

ثم ان هناك نصوصاً اخرى يدعى ظهورها في عدم جواز بيع الماء المملوك فهي اما معارضة لها او مخصّصة لعمومها منها ما في الموثق عن ابي عبد الله قال: «نهى رسول الله (ص) عن النطاف والاربعاء ان يسنى مسناة فيحمل الماء فيسقي به الارض ثم يستغني

١ و ٢. «وسائل الشيعه»، ج ١٢، ابواب عقد البيع، ب ٢٤، ح ١ و ح ٣.

٣. «وسائل الشيعه»، ج ١٢، ابواب عقد البيع، ب ٢٤، ح ٥.

٤. «سورة الشعراء»، الآية ١٥٥.

٥. «سورة القمر»، الآية ١٢٨.

٦. «سورة يس»، الآية ٧٣.

عنه قال فلا تبعه ولكن اعره جارك والنطاف ان يكون له الشرب فيستغني عنه يقول: لاتبعه اعره اخاك او جارك»^١. والنطاف جمع نطفة وهي الماء والمراد في المقام نصيب الشخص من ماء العين ونحوها، والاربعاء جمع ربيع وهو الحاجز المبني على وجه السبيل والماء ليركب على النهر المنشعب على الوادي. او على الارض التي تسقي والحديث مطلق يشمل الماء المملوك والمباح والمراد باعارة الماء، اما بذل عينه بغير عوض كما يبذل منافع العين في العارية واما اقراضه بقصد اخذ البدل والظاهر الاول ويؤيده الخبر الآتي.

وخبر موثق عبد الرحمان البصري عن ابي عبدالله في حديث قال: «والنطاف شرب الماء ليس لك اذا استغيت عنه ان تبيعه جارك تدعه له والاربعاء والمسناة تكون بين القوم فيستغني عنها صاحبها قال يدعها لجاره ولا يبيعها اياه»^٢.

وخبر عقبه بن خالد عن ابي عبدالله «عليه السلام» قال: «قضى رسول الله (ص) بين اهل المدينة في مشارب النخل انه لا يمنع نفع الشيء وقضى بين اهل البادية انه لا يمنع فضل ماء يبيع فضل كلاء فقال لا ضرر ولا ضرار»^٣. ونقل في الوافي الحديث عن الكافي هكذا: «قضى رسول الله بين اهل المدينة في مشارب النخل انه لا يمنع نفع البئر» والنقع بالقاف الرّي او اجتماع الماء في محل. وفي النهاية الاثرية: «نهي ان يمنع نقع البئر» اي فضل مائها لانه ينقع به العطش اي يروي وشرب حتى نقع اي روي وقيل النقع الماء الناقع وهو المجتمع، ومنه الحديث: «لا يباع نقع البئر ولا رهو الماء».

وقال في «الوافي»: وتعليل النهي عن منع فضل الماء بالمنوعة من فضل الكلاء، اما لان طائفة منهم كانوا على الماء واخرى على الكلاء او المراد به انهم اذا منعوا فضل مائهم منعهم الله فضل الكلاء وقيل كان بعضهم يمنع فضل الماء من مواشي المسلمين حتى لا تأكل مواشيهم العشب والكلاء الذي حول مائه فنهى «عليه السلام» عن المنع لانه لو منع لم ينزل حول بئر احد فحرموا الكلاء المباح (ح). وظاهر هذا الخبر ان المنع عن بيع الماء لكونه سبباً لمنع الكلاء المباح فلا يدل على

١. «وسائل الشيعة»، ج ١٢، ابواب عقد البيع، ب ٢٤، ح ٢.

٢. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ٧، ح ١.

٣. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ٧، ح ٤.

٤. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ٧، ح ١.

مطلوب المستدل.

ومرسل «الصدوق» قال: «قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فِي أَهْلِ الْبِوَادِي أَنْ لَا يَمْنَعُوا فَضْلَ مَاءٍ وَلَا يَبِيعُوا فَضْلَ كَلَاءٍ»^١ وَالنَّبِيُّ (ص) الَّذِي رَوَاهُ جَابِرٌ: «أَنَّهُ (ص) نَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ»^٢. وَخَبْرُ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْهُ «عَلَيْهِ السَّلَامُ»: «مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلَاءَ مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ»^٣.

إِذَا عُرِفَتْ هَذَا فَقَدْ يَجْمَعُ بَيْنَ الطَّائِفَتَيْنِ بِجَمَلِ الطَّائِفَةِ الْمَانِعَةِ عَلَى الْمِيَاهِ غَيْرِ الْمَمْلُوكَةِ وَهَذَا أَظْهَرَ وَجْهَ الْجَمْعِ لظُهُورِ الطَّائِفَةِ الْأُولَى أَوْ صِرَاحَتِهَا فِي الْمِيَاهِ الْمَمْلُوكَةِ، فَتَكُونُ مَقِيدَةً لِلطَّائِفَةِ الثَّانِيَةِ لَوْ كَانَتْ لَهَا إِطْلَاقٌ فِي الْأَعْمَامِ. وَقَدْ يَجْمَعُ بِجَمَلِ الثَّانِيَةِ عَلَى الْكِرَاهَةِ لظُهُورِ الطَّائِفَتَيْنِ فِي وَحْدَةِ مَوْضُوعِ الْحَكْمِ وَهُوَ الشَّرْبُ وَنَحْوُهُ مِنْ الْعِنَاوِينَ فَيَحْمَلُ النَّهْيُ الْمُتَعَلِّقُ بِهِ عَلَى الْكِرَاهَةِ بِقَرِينَةِ التَّرْخِيصِ، وَلَكِنْ فِيهِ أَنْ يَكُونَ هَذَا النَّحْوُ مِنَ الْجَمْعِ مِنْ قَبِيلِ الْجَمْعِ الْعَرْفِيِّ الَّذِي يَفْهَمُهُ أَهْلُهُ إِذَا تَقَى إِلَيْهِمُ الْكَلَامِينَ مُشْكَلاً جِداً وَأَنْ كَانَ يَتَرَأَى مِنْ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ وَلَوْ فَضَّلْنَا تَعَارُضَ الطَّائِفَتَيْنِ وَعَدَمَ امْتِكَانِ جَمْعِهِمَا دَلَالَةً فَالظَّاهِرُ لَزُومُ الْإِخْذِ بِالْأَخْبَارِ الْمَجْرُوزَةِ لِكُونِهَا أَصْحَحَ سَنَدًا وَمُوَافِقَةً لِلشَّهْرَةِ الْعَمَلِيَّةِ وَلِظَاهَرِ الْكِتَابِ وَالسَّنَةِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قوله:

«وَلَوْ حَفَرَهَا لَا لِلتَّمَلُّكِ بَلْ لِلانْتِفَاعِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَدَّةَ مَقَامِهِ عَلَيْهَا. وَقِيلَ يَجِبُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْفَاضِلِ مِنْ مَائِهَا عَنْ حَاجَتِهِ وَكَذَا قِيلَ فِي مَاءِ الْعَيْنِ وَالنَّهْرِ وَلَوْ قِيلَ لَا يَجِبُ كَانَ حَسَنًا وَإِذَا فَارَقَ فَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِالانْتِفَاعِ بِهَا».

١. «مسائل الشيعة»، ج ١٧، أبواب أحياء الموات، ب ٧، ح ٣.

٢. «سنن البيهقي»، ج ٦، ص ١٥.

٣. «كنز العمال»، ج ٣، ص ٥١٨.

هنا امران: الاول ان كلاً من حفر البئر واخراج العين وشق النهر عن المباح او البحر اذا حصل بدون قصد التملك هل يفيد الملكية او الاحقية نظير حق التحجير او مطلق الاولوية كالجلوس في شاطئ النهر للانتفاع به، والسبق الى مكان من المسجد فان حقيتها لاتزيد عن حرمة ازعاجه عن محله من دون استتباعه امرا آخر وجوه: المشهور هو الثاني ولازمه ان يكون الحق المتولد من ذلك مانعاً عن تصرف الغير في متعلقه ولا يملك لو تصرف ويكون قابلاً للتوريث والاسقاط والنقل بعوض وبدونه، كما ان من آثاره ايضاً عدم سقوط حقه بمجرد مفارقة المحل اذا لم يكن بقصد الاعراض. ولكن قدمر في اول الكتاب الاستشكال في ذلك وامكان دعوى ظهور الادلة في سببية الاحياء للملكية مطلقاً قصدها ام لا، بل ولو قصد عدمها كسببية الغسل لزوال الخبث والاتلاف للضمان.

ونسب في «الجواهر» الى عدة من القدماء والمتأخرين الاستدلال للاحقية المزبورة باولوية ذلك عن التحجير فان حفر شيء من البئر مثلاً مع عدم وصوله الى الماء اذا افاد الاحقية التي سموها بالتحجير فالحفر والوصول اليه يفيدها بالاولى لكنه واضح الضعف فان قصد التملك المتحقق في الاول له دخل عند الاصحاب في الملكية وهو يمنع عن الاولوية.

ويستدل له ايضاً بقوله (ص): «من سبق الى من لم يسبق اليه مسلم فهو احق به»، وفيه انه بعد ما عرفت محتملات الحديث وانه يشمل السبق الى المسجد ونحوه ايضاً، فلا يمكن استفادة ازيد من مقدار حق السبق الى المسجد ونحوه، وعليه فيجوز في المقام لكل احد الانتفاع بالبئر المزبورة بما لا يزاحم الحافر ولوزاحمه واخذ منه الماء ملكه.

الثاني: هل يجب على الحافر بذل الزائد عن حاجته لغيره ممن يحتاج اليه ام لا وجهان نسبة المصتف الى القيل. لكن في «الجواهر» انه لم نتحقق القائل بذلك نعم لازم قول «الشيخ» بوجوده في البئر المملوكة وجوبه هنا بالاولى كما يلوح ذلك من الفاضل في «التذكرة» والظاهر انه لا دليل على وجوب البذل مطلقاً، بل اللازم ابتناء الكلام على ما مر في الامر السابق فانه على القول بحصول الملكية قهراً بالحفر ونحوه او على حصول الاحقية نظير حق التحجير كان الراجح عدم وجوب البذل لعموم سلطنة الناس على اموالهم. والتحجير بحكم الملك ولأصالة عدم الوجوب.

وأما بناءً على الحق الضعيف كما عرفت فالظاهر وجوب ذلك بمعنى عدم جواز مزاحمته لانتفاع الغير فيما لم يكن مزاحماً لانتفاعه كما هو المفروض فاطلاق كون الناس فيها شرعاً سواء يشمل المقام. ويحتمل في العبارة ان يكون قوله: «وقيل يجب عليه بذل الفاضل» متعلقاً بالضريين السابقين من البئر المملوكة، فالكلام اشارة الى قول الشيخ (ره) لكنه بعيد عن سياق العبارة، خصوصاً بعد ملاحظة قوله: «وإذا فارق اه» وتبعده ايضاً ملاحظة عبارات سائر الاصحاب.

ثم انه لو قيل ان عدم وجوب البذل معلوم من الشرع من جهة الفتوى والسيره وغير ذلك كما اسنده في «الجواهر» الى الدعوى فليكن ذلك لوصح دليلاً على عدم اشتراط القصد في سببية الاحياء للتملك لاعلى جواز منع الغير مع عدم حصول الملك او الحق المزبور لكن الدعوى المزبورة غير معلوم المنشأ.

ثم ان قوله وكذا قيل في ماء العين والنهر، الظاهر ان المراد هو العين والنهر غير المملوكين نظير البئر المحفورة لا بقصد التملك ولو كان المراد بهما الاعتم كان حكم القائل بالنسبة الى المملوكين منها محجوجاً بما عرفت في البئر المملوكة. لكن الظاهر عدم وجود القائل بذلك فيهما.

ثم ان قول «المصنف»: «وإذا فارق اه» فيه انه ينافي ما اختاره من عدم وجوب بذل الزائد عن حاجته فان مقتضاه حصول الاحقية للحافر نظير حق التحجير كما صرحوا بذلك ولازم ذلك عدم سقوط ذلك الحق بمجرد المفارقة ما لم تكن عن اعراض ولو فرض كون الحق الثابت نظير حق السبق الى المسجد اشكل حكمه، بعدم وجوب بذل الفاضل. ولذلك قال في «الجواهر»: «ان كلامهم غير منقح لان مقتضى السقوط بطلاق المفارقة كونه كالسبق الى المباح ومقتضى عدم وجوب بذل الزائد ان يكون له فيه حق كحق التحجير»^١.

قوله:

«واما مياه العيون والابار والغيوث فالناس
فيها سواء ومن اغترف منها شيئاً باناء او حازه
في حوضه او مصنعه فقد ملكه».

اي ملك خصوص ما حازه فلا يجوز لغيره التصرف فيه ويجوز لكل احد الاخذ من المادة او النهر الكبير من طريق آخر لبقائها على الاباحة الاصلية. وان شئت قلت في المقام ان المياه في الشريعة الاسلامية كسائر المباحات الاصلية من اجزاء الارض ومعادنها وحيوانها وهوائها لا تدخل في ملك الاشخاص الا بتحقيق سعي منهم وحصول عمل.

وهنا امور:

الاول: ان الاصل في المياه الاباحة بمعنى جواز تصرف كل احد فيها بما شاء من التصرفات، التي منها تملكها لانها مخلوقة لاجل الناس غير مملوكة بطبعها لفرد خاص منهم. فهم بالنسبة الى الاخذ منها وتملكها شرع سواء وينحصر طريق تملكها بالحيازة فمن سبق الى شيء منها فحازه في اناء او حوض او مصنع او بركة او بئر. او ادخله في انبوبة من نهر كبير او بحر او اجراه في نهر شقة ووصله الى مباح او استخراج شيئاً منه بغير بئر. او اخرج عيناً في ملكه او في ارض مباحة او قناة كذلك ملك رقبة الماء المأخوذ بالحيازة والادخال تحت الاستيلاء من دون ان يملك الاصل والمادة التي اخذ المحوز منها، فالماء المجتمع في البئر او النابع من العين مملوك دون المادة، والماء الداخل في الانبوبة او الجاري في النهر الصغير مملوك لحائزه دون النهر الكبير او البحر. وهذا هو الظاهر من الفتاوى والنصوص وان خالف في الحكم بعض الاصحاب كما سيأتي والمراد بالعيون والآبار في المتن ما كان غير مملوك لاحد بالفعل وبالغيوث هو المجتمع منها في محل، او الجاري على وجه الارض او عن تحتها ولو كانت الارض مملوكة لشخص ما لم يقصد حيازته وعلى هذا فالغيوث شاملة للاولين ايضاً.

نعم لو لم يكف مادة الآبار او التهر المنشعب منه الانهار لحاجة الجميع جرى فيه حكم التزاحم والقسمة، ونفي الضرر والضرار وهو امر آخر غير ما نحن بصدد

وهو كون الاصل في المباح الاباحة.

قال في «المبسوط» في حكم المياه: «فهي على ثلاثة اضرب مباح ومملوك ومختلف فيه، فالمباح مثل ماء البحر والنهر الكبير مثل دجلة والفرات والنيل وجيحون وسيحان ومثل العيون النابعة في موات السهل والجبل فكل هذا مباح ولكل احد ان يستعمل منه ما اراد كيف شاء بلاخلاف» الى ان قال: «واما المملوك فكل ما حازه من الماء المباح في قرية او جرة او بركة او بئر جمعه فيها» الى ان قال: «واما المختلف في كونه مملوكاً فهو كل مانع في ملكه من بئر او عين وقلنا ان الاقوى فيه على مذهبننا انه مملوك لانه نماء في ملكه»^١. فقد ادعى (قده) عدم الخلاف في القسم الاول. وكون الملك في القسم الثالث وهو الخارج عن المادة في الارض المملوكة مذهب الامامية.

وقال في «التذكرة» ما ملحظه: «المياه ثلاثة محرز في الآنية وشبهها وهنا مختص بمالكة وعام وهو الذي لم يظهر بعمل ولا جرى بحفر نهر وينبع في مواضع لا تختص باحد ولا صنع للآدميين في انباته واجرائه كماء الفرات وجيحون وجميع اودية العالم والعيون التي في الجبال وغيرها وسيول الامطار والناس فيها شرع سواء. والثالث: المياه المترددة بين العموم والخصوص وهي مياه الآبار والقنوات. فانها من حيث انها حاصلة في الموضوع المختص بالانسان يشبه الماء المحرز في الاناء. ومن حيث انها تبذل وتبسط الناس فيها تشبه المياه العامة وهي مخصصة بصاحب البئر. والقناة والمياه العامة مباحة للناس كافة. كل من اخذ منها واحرزه ملكه ولا فرق في ذلك بين المسلمين وغيرهم ولوزاد المباح فدخل شيء منه في ملك انسان فهل يملكه؟ قال الشيخ: لا يملكه وهو اصح قول الشافعية كما لو وقع في ملك الغير مطر او ثلج فكث في ملكه او قترخ طائر في بستانه او توحل ظبي في ارضه او وقعت سمكة في سفينته لم يملكه بذلك بل بالاخذ والحيازة»^٢.

الأمر الثاني: يدل على الاباحة الاولى للماء الاصل والاجماع بقسميه كما في «الجواهر» بل الضرورة. والآيات الدالة على ان ما كان من مياه البحار والانهار

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٨٢.

٢. «التذكرة»، ج ٢، ص ٤٠٥.

الجارية فوق الارض والموجودة تحتها انما خلقها الله للناس بمعنى كون مجموعها لمجموعهم ومسخرة تحت قدرتهم مخلوقة لانتفاعهم فهم فيها شركاء والكل فيها شرع سواء فلاحظ قوله تعالى: «الله الذي سَخَّرَ لكم البحر لتجري الفلك فيه بامرهِ ولتبتغوا من فضله ولعلَّكم تشكرون»^١ و«سَخَّرَ لكم الانهار»^٢ و«انزل من السماء ماءً فسالت اودية بقدرها - الى ان قال - واما ما ينفع الناس فيمكث في الارض»^٣ و«افرايتَ الماء الذي تشربون ءانتم انزلتموه من المزن ام نحن المنزلون»^٤ و«وجعلنا فيها رواسي شامخات واسقيناكم ماءً فراتاً»^٥. وقول النبي (ص) «الناس شركاء في ثلاث: النار والماء والكلاء»^٦.

وخبر ابن سنان عن ابي الحسن «عليه السلام»: قال: «سألته عن ماء الوادي فقال ان المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء»^٧ ثم ان هذه الادلة تدل على جواز تصرف كل انسان في تلك المياه بما شاء واراد واما نفوذ حيازته وكونها سبباً للملكية فلو استشكل في دلالتها عليه فيكفي في اثباته الاجماع او الضرورة.

وقوله «عليه السلام»: «للعين مارأت وللبد ما اخذت» وغيره. والتبوي الماضي: «من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به».

وهذا كله واضح بناء على المشهور في المسألة من كونها من المباحات الاصلية، واما بناءً على القول بكون ما في الارض كلها ومنه المياه للامام «عليه السلام» على ما مرّ الكلام فيه. فالقول به ايضاً لا ينافي في الادلة المذكورة وجواز تصرف الناس كلهم فيها وانتفاعهم، بل وتملكهم لها بالحيازة فانهم «عليهم السلام» قد اذنوا في ذلك اذنًا عامًا فتخرج بالحيازة عن ملكهم وتدخل في ملك المحيي او يتوارد للملكان على ما سبق بيانه كما سبق الاستشكال في اباحتها للكافر الحرّبي.

١. «سورة الجاثية»، الآية: ١٢.

٢. «سورة ابراهيم»، الآية: ٣٢.

٣. «سورة الرعد»، الآية: ١٧.

٤. «سورة الواقعة»، الآية: ٦٨.

٥. «سورة المرسلات»، الآية: ٢٧.

٦. «المستدرک»، كتاب احياء الموات، ب ٤، ح ٢.

٧. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ٥، ح ١.

الأمر الثالث: ان الاصحاب لم يتعرضوا في المقام لحكم البحار وكيفية الحيازة منها والانتفاع بها، مع انها من اعظم المباحات الاصلية واوسع ما يشترك فيه الناس، بعد الهواء ولعله لاجل انها لم تكن في تلك العصور مورداً لابتلاء بني آدم مثل زماننا هذا حيث صارت محلاً لانتفاعاتهم ومضماراً لتسابقهم في امورهم الاقتصادية ومجلباً للمنافع العظيمة، ومعبراً لاختلافهم في اقطار العالم. اذ لم تكن الجوامع البشرية آنئذٍ تنتفع من البحار الا بركوب شيء منها والانتفاع بمقدار قليل من صيدها وجواهرها بحيث لم يتصور التزاحم والتنافس وعليه فهل يتحقق الحيازة والاحياء والاقطاع بالنسبة اليها ام لا؟ الظاهر انه لا اشكال في حصول الاولوية والاحقية في الجملة فحالتها حال البراري والقفار فما جعل منها طريقاً مسلوفاً للفلك الجارية يترتب عليه حكم الشوارع العامة وما جرت الحوائج اليه من كونه موقفاً للسفن او ميداناً لمسابقتها او فضاء لحفظ ثغور الممالك المرتبطة به او موضعاً للاصطياد واستخراج الحلل منه او غير ذلك تكون السابق اليه احق واولى به فلا يجوز لغيره التصرف المنافي لحقه ويجوز بما لاينا في ذلك ويدل عليه بعض ما ذكر من الآيات والنصوص.

قوله:

«وهنا مسائل: الاولى ما يفيضه النهر المملوك من الماء المباح. قال الشيخ (ره) لا يملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى ارض مملوكة بل الحافر اولى بمائه من غيره لان يده عليه».

هنا امور:

الاول: المسألة مسوقة لبيان حكم الماء المباح اذا قبضه النهر المملوك وجرى فيه من النهر الكبير المباح واما حكم نفس النهر اذا حفر لحيازة الماء فسيأتي في المسألة التالية. ثم ان هذا الماء هل يملكه صاحب التهرام لا، فيه اقوال:
الاول: عدم الملكية مطلقاً، قال به الشيخ (قده) في «المبسوط».
والثاني الملكية مطلقاً ذهب اليه المشهور من القدماء والمتأخرين وهو المحتمل

من عبارة الكتاب أيضاً.

والثالث: التفصيل بين ان يعمل الحافر ما يصلح لسد التهر وفتح من المباح فيملك وبين عدم ذلك فلا يملك نسب الى ابن الجنيد فالحياسة عنده مقتضى للملكية لكنها لا تتم الا اذا وقع جريان الماء في التهر في اختيار الحافر وجوداً وعدمًا.

قال في «المبسوط» بعد بيان حكم النهر المذكور: «فاذا تقرر هذا فالماء اذا جرى فيه لم يملكه كما اذا جرى الفيض الى ملك رجل واجتمع فيه لا يملكه لكن يكون اهل التهر اولى به لان يدهم عليه وليس لاحد مزاحمتهم فيه لان التهر ملك لهم ولكل واحد منهم ان ينتفع به على قدر الملك لان الانتفاع به لاجل الملك»^١. ومراده من الملك الاراضي التي تشرب من التهر المذكور، والغرض انه حيث لم نقل بملكية الماء فاللازم كون تقسيطه على حسب الاملاك لكون الماء مأخوذاً لاجلها ولو كانتا قائلين بملكية الماء فاللازم كونه تابعاً للملكية التهر تبعية المسبب لسببه.

وقال في «التذكرة»: «فهل يملك حافر التهر الماء الذي جرى فيه من الوادي او التهر العظيم. قال الشيخ لا يملكه وهو قول العامة ويكون الماء باقياً على اصل اباحته لانه مباح دخل ملكه فاشبه ما لودخل صيد بستانه نعم يكون صاحب التهر احق بذلك الماء من غيره كالسيل يدخل ملكه — الى ان قال — ولا يبعد عندي ان صاحب التهر يملك ذلك الماء لان التهر اتخذه الحافر آلة في تحصيل الشيء المباح فلكه كالشبكة»^٢.

وقال في «الدروس»: «اما الماء فاصله الاباحة ويملك بالاحراز في اثناء او حوض وشبهه وباستنباط بئر او عين او اجراء نهر من المباح على الاقوى»^٣. وفي «المسالك»: «ما ملخصه: «وهذا هو القسم الذي اختلف في تملكه ولا خلاف في اولوية الحافر بالماء المذكور وانه ليس لاحد مزاحمته فيه، وانما الخلاف في ملكيته. فالمشهور بين الاصحاب خصوصاً المتأخرين انه يملك كما يملك الخارج بحفر البئر والعين لا اشتراكهما في المقتضى وهو الاخراج والكلفة عليه. وذهب الشيخ في

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٨٤.

٢. «التذكرة»، ج ٢، ص ٤٠٦.

٣. «الدروس»، ص ٢٩٥.

«المبسوط» الى عدم ملك الماء بذلك لانه مباح دخل في ملكه فيبقى على اصل الاباحة وللأخبار السابقة وانما يكون الحافر اولى به لان يده عليه. وفي المسألة قول ثالث لابن الجنيد وهو ان حافر التهر انما يملك مائه اذا عمل له ما يصلح لسده وفتحه من المباح والاشهر انه يملك الماء لانه صار آلة لتحصيل الماء كالشبكة للصيد»^١.

ثم ان الظاهر هو القول بملكية الحافر للماء بوروده في التهر الذي هو حيازته لجريان السيرة على التملك بذلك وشمول قوله: «للبيد ما اخذت»^٢.

قال في «الجواهر»: «مضافاً الى خبر اسماعيل بن الفضل المروي في الكافي والفقهاء قال: سئلت ابا عبد الله عن بيع الكلاء اذا كان سيجاً فيعمد الرجل الى مائه فيسوقه الى الارض فيسقيه الحشيش وهو الذي حفر التهر وله الماء يزرع به ما شاء؟ فقال اذا كان الماء له فليزرع به ما شاء وليبعه بما احب»^٣، بناءً على كون مراد السائل من قوله وله الماء هو الماء المباح الذي اجراه في التهر فلعله بذلك فقرر الامام ما ارتكز في ذهنه من الملكية بالحيازة.

واما ما اختاره الشيخ (قده) فهو مع انه لم يقل به احد من اصحابنا غيره فدلله الاصل وما استند اليه من الاخبار العامة وهما لا ينهضان لرد دليل المشهور. اما الاصل ويعني به استصحاب بقاء الماء على الحالة قبل الورود في التهر المملوك اي الاباحة الاصلية فلا يعارض الدليل، واما الاخبار العامة فهي مخصصة بادلة المشهور او هي لاتدل الاعلى الحكم الحيثي اي الحكم الاول المرتب على عنوان الماء بما هو ماء. وهذا لا يعارض مادلاً على الحكم المخالف له اذا رتب على العناوين الثانوية الطارئة كالمحوز والمغصوب والمضرو وغير ذلك. واما قول ابن الجنيد فيرده انه لا اشكال في صدق الحيازة اي الاخذ والاستيلاء على جريان الماء في التهر في مفروض الكلام ولا دليل على توقفها على القدرة على ابقاء المحوز وازالته دائماً واطلاق الادلة المذكورة كاف في اثباته.

الامر الثاني: ان كان اصحاب التهر كثيرين ففي تعيين الانصباء ومقدار استحقاقهم من الماء سواء قلنا بالملكية او الاولوية اذا لم يف بجاجة الجميع وتعاثروا

١. «المسالك»، ج ٢، ص ٣٦٥.

٢. ابواب اللقطة، ب ١٥.

٣. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ٩، ح ٩.

في الحق اختلاف بين الاصحاب فمنهم من قال بالقسمة على حسب الملك الذي يشرب من ذلك الماء واليه ذهب الشيخ (ره) في «المبسوط» قال: «ولكل واحد منهم ان ينتفع به على قدر الملك لان ارتفاع به لاجل الملك»^١. ومراده بالملك الضياع تحت ذلك التهر. وهذا مبني على مذهبه من عدم تملكهم للماء ومقتضى اولويتهم ان يستوفي كل منهم مقدار حاجته.

ومنهم من قال بالقسمة على حسب انصباثهم من النهر وهو ظاهر عبارة المتن قال في «الدروس» في ذكر المياه: «ويملك بالاحراز في اناء او حوض وشبهه. وباستنباط بئر او عين او اجراء نهر من المباح على الاقوى ولو كانوا جماعة ملكوه على نسبة عملهم لا على نسبة خرجهم الا ان يكون تابعاً للعمل»^٢. وقال في «التذكرة»: «واما ان كان الماء يضيق عن كفايتهم وتشاحوا فيه قسم الحاكم ذلك بينهم قدر انصباثهم فيه وليس للاعلى هنا حبس الماء على الاسفل بخلاف ما اذا لم يكن الموضع مملوكاً وقال بعض العامة حكم هذا الماء في هذا النحر حكمه في نهر غير مملوك لان الاسبق احق بالسقي منه ثم الذي يليه لان الماء لا يملك عنده فكان الاسبق اليه احق». وهذا الذي نسبه (قده) الى العامة قول ثالث في القسمة يوافق قول الشيخ في عدم ملكية الماء ويخالفه في القسمة، فان الشيخ جعل قسمته على نحو المملوك وهذا القائل جعله كالتهر غير المملوك كما سيأتي في المسألة الثالثة.

الأمر الثالث: قسمة الماء بعد معلومية الحصص المملوكة يمكن ان تكون بنحو المهياة مع التراضي وهي القسمة بالساعات او الايام مثلاً وان يكون بتقسيم نفس الماء. وعلى الاول فقد صرح عدة من الاصحاب بعدم لزوم تلك القسمة فلكل واحد من الشركاء حتى من استوفى نصيبه منه الرجوع عنها وابطالها وعللوا ذلك بعدم كون هذا النحو من القسمة من العقود الملزمة. وانما هو مراضاة ومواعدة على شيء والاصل عدم اللزوم، ولعله لاجل ان القسمة لا تكون الا في الاعيان المشتركة الموجودة في الخارج والمياه المقسومة مهياة غير موجودة بالفعل لكن يمكن القول بان الماء الجاري المستمر جريانه مفروض الوجود عند العرف، فكان الجميع موجود واحد قسم بمكيال

١. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٨٥.

٢. «الدروس»، ص ٢٩٥.

الزمان فاذا عينوا الحصص بهذا النحو وميزوا ما يخص كل واحد منهم بالقرعة فلا مانع عن القول باللزوم.

وعلى الثاني: فاذا تراضوا بها مع القرعة او بدونها واستوفى الكل او البعض نصيبه لزم القسمة فلو سقي البعض بحصته زرعه واجتمع نصيب الآخر في مصنع او بركة ليس للمستوفي ابطاها ومطالبة الشركة في الموجود، اذ هي لازمه كقسمة سائر الاعيان المشتركة القابلة للقسمة. ثم انه لو قلنا بعدم لزوم القسمة او تقايلا فيها بعد استيفاء البعض نصيبه فعلى المستوفي ضمان حصة الباقي فيقع الاشكال فيما اشتغلت ذمته به وفي كيفية ابرائها فقالوا حيث ان الماء من المثليات واداء المثل لا يكون الا اذا علم مقداره بالكيل او الوزن، وهما متعذران في المقام غالباً والرجوع الى القيمة ايضاً متعذر لذلك فاللازم الرجوع الى اجرة المثل للتهر وفيه انه مع قطع النظر عن الاشكال في صحة اجارة النهر للانتفاع بمائه. انه يمكن ضمان الماء بالمثل في المقام فان اخذ المضمون له من ماء ذلك النهر في زمان مساو بالدقة لزمان الآخر قبض للمثلي بمثله مع ان تعذر معرفة كيل التالف او وزنه، لا يوجب سقوط الحق فليرجع الى المصالحة ونحوها. قال في «الجواهر» بعد نقل القول بوجوب الرجوع الى اجرة المثل: «انه كما ترى لا يصلح مخصصاً لمادل على ضمان المثلي بمثله ومع التعذر فقيمته وان ادى ذلك هنا الى الرجوع للصلح ونحوه»^١. هذا كله لولم نقل بخروج الماء الكثير خاصة الجاري عن عنوان المكيل والموزون والآ فيكفي المشاهدة.

الأمر الرابع: ذكر بعض الاصحاب انه لو طغى الماء في البحر او التهر المباح فدخل في التهر المملوك اكثر من المقدار المعتاد. او خرج من النهر ايضاً بطغيانه ودخل في مباح او في ملك الغير فهل الزائد ملك لمالك النهر فيه وجهان واحتمل بعض ان قول «المصنف»: «ما يقبضه التهر» اشارة الى ما يدخله بحسب استعداده فالزائد عليه ليس مملوكاً لهم.

وبالجملة فيمكن ان يكون الزائد كالمطار المجتمعة في الارض المملوكة وكالطائر المتعشش في البيوت لا يملكه صاحب التهر فلكل احد الانتفاع به. ويمكن كونه كالصيد الواقع في الشبكة المنصوبة لاجله او المطر المجتمع في الظروف الموضوعه

لذلك والارجح بعد عدم الدليل على دخوله في ملك صاحب النهر ولا في ملك مالك الارض بقاءه على الاباحة الاصلية والله العالم.

قوله:

«الثانية: اذا استجد جماعة نهراً فبالحفر يصيرون اولى به فاذا وصلوا منتزع الماء ملكوه وكان بينهم على قدر النفقة على عمله».

المسألة مسوقة لبيان حكم نفس النهر اذا حفر في الارض المباحة والكلام في المقام في ملكية التهر ومقدار نصيب كل واحد من الحافرين.

قال في «المبسوط»: «واما الذي في نهر مملوك فهو ان يحفروا في الموات نهراً صغيراً ليحيوا على مائه ارضاً فاذا بدأوا بالحفر فقد تحجروا الى ان يصل الحفر الى النهر الكبير، الذي يأخذون منه الماء فاذا وصلوا اليه ملكوه» والمراد ملكية النهر لا الماء لانه قد صرح فيما بعد العبارة بعدم ملكية الماء.

وقال في «التحرير»: «وان كان النهر يأخذ من الماء المباح، بان يأخذ من نهر كبير فما لم يتصل الحفر لايملكه، وانما هو تحجير وشروع في الاحياء. فاذا اتصل الحفر كمل الاحياء وملكه وان لم يجز الماء فيه لان الاحياء يحصل بالتهيئة للانتفاع ويصير مالكا لقرار النهر من كل جانب ولحريمه ايضاً»^١.

وقال في «القواعد»: «فما لم يصل الحفر الى الماء لايملكه وانما هو تحجير وشروع في الاحياء فاذا وصل فقد ملك بالاحياء سواء اجرى فيه الماء اولاً فان كان جماعة فهو بينهم على قدر عملهم او النفقة عليه»^٢.

وقال في «التذكرة»: «اذا اجتمع جماعة في حفر نهر او ساقية في ارض موات وبلغوا حد الوصول الى الوادي العظيم او النهر العظيم ملكوه بالشركة على قدر

١. «التحرير»، ج ٢، ص ١٣٣.

٢. «القواعد»، ج ١، ص ٢٢٣.

عملهم ونفقتهم عليه ويملكون حقوقه لانه انما ملك العمارة والعمارة بالنفقة»^١. ونقول: اما ملكية التهر للحافر فالدليل عليها هو النصوص الماضية الدالة على ان من احيا ارضاً ميتة فهي له، فان حفرها للنهر احياء لذلك المقدار من الارض بهذا العنوان. ويكون الشروع فيه تحجيراً للأولوية ويكون ما حوله حريماً له بمقدار ما يتوقف عليه الانتفاع به. فاذا وصل الحفر الى قرب الماء المباح بان صار معداً لجريانه فيه، وان لم يجز بالفعل تحقق الاحياء المملك.

واما تعيين حصص الحافرين فالظاهر الرجوع في ذلك الى مقدار عملهم فيملك كل على حسب عمله، سواء صدر منهم بالمباشرة او بالاستيجار عليه. ويصدق انقسام الملك على حسب النفقة ايضاً، اذا كانت اجرة الجميع متساوية. واما مع الاختلاف بان استاجر البعض بدرهم والآخر بدرهمين مع تساوى الاجراء في العمل فلا يكون الملك على حسب النفقة.

وبالجمله الملاك في الملك هو العمل وان خالف النفقة لا النفقة وان خالفت العمل واطلاق بعض الاصحاب. القسمة على حسب النفقة مبني على تساويهما. والوجه في تبعية الملك للعمل ان الاحياء الذي هو سبب الملك ليس الا العمل فالاكثر عملاً هو الاكثر احياء فيكون اكثر ملكاً.

ثم انه لو وقع الحفر باشتراك الجميع في اجزاء التهر فهو والا فلو حفروا بتقسيم الاجزاء كما اذا فرض طول النهر ستة اميال فحفر كل من الشركاء مقداراً منه بالتساوي او بالاختلاف فهل يختص كل واحد منهم بمقدار ما حفره او يشترك الكل في الكل وجهان:

قال في «الجواهر»: «هذا كله مع الاشتراك في الحفر على وجه يكون جميع اجزاء الحفر مشتركاً. اما اذا حفر كل منهم بعضه مستقلاً عن الآخر فالتوجه ملك كل واحد مقدار حفره الا ان يتعاضوا فيجعل كل منهم من حفره قدر ما له في حفر الآخر بعد مراعات النسبة بين الجميع فيكون ملك التهر حينئذ على حسبها»^٢. لكن لا يبعد القول بان احياء كل واحد منهم سبب لاشتراك الجميع في مقدار ما احياه. فالسبب

١. «التذكرة»، ص ٤٠٦.

٢. «الجواهر»، ج ٣٨، ص ١٢٩.

وان كان هو الفعل الصادر من واحد الا ان المسبب ملكية المحيي للجميع. فكان العمل صدر من الجميع كما اذا رفع الجميع حجراً بالاشتراك بقصد الحياة، او اخذوا سمكة كذلك. وذلك لتعاهدتهم على ذلك من اول الامر مع انه لو لم نقل بذلك لزم كون كل جزء عمل فيه احدهم مختصاً بذلك العامل، فيما اذا لم يقع بالاستيجار من ناحية الجميع. فان ما ذكره (قده) من اشتراك الجميع في كل جزء من اجزاء الحفر غير معقول في عمل انفسهم.

ملاحظة: ذكر بعض العلماء انه لو كان على الماء المملوك لزيد رحى لعمرو لايجوز لزيد تغيير مسير الماء وتعطيل الرّحى بدون رضا عمرو واستدلت على ذلك بصحيح ابن محبوب قال: «كتب رجل الى الفقيه «عليه السلام» رجل كانت له رحى على نهر قرية والقرية لرجل فاراد صاحب القرية ان يسوق الى قرينته الماء من غير هذا النهر ويعقل هذه الرحى اله ذلك ام لا؟ فوقع «عليه السلام» يتقي الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضتر اخاه المؤمن»^١.

ولا يخفى عليك ان احداث الرحى على ماء الغير ولو كان جائزاً بدون اذنه. او فرضنا الاستيذان منه، لا يكون مانعاً عن تصرف المالك في مائه بمقتضى سلطنة الناس على اموالهم، اذا فرضنا عدم تضرر صاحب الرّحى بذلك. واما مع التضرر فيكون المقام كمسألة تضرر الجار بتصرف جاره في ملكه فيمكن المنع عنه اذا لم يكن ذلك ضرورياً له او حرجياً. والآ فالظاهر تقدم دليل نفي الضرر او الحرج الجاري في حق صاحب الملك على ضرر صاحب الرحى وقد مر الكلام في ذلك. والصحيح اما وارد فيما اذا كان لصاحب الرحى حق في الانتفاع بالماء او في بعض صور الضرر كما عرفت.

قوله:

«الثالثة: اذا لم يف التهر المباح او سيل
الوادي بسقي ما عليه دفعة بدء بالاول وهو

١. «وسائل الشيعه»، ج ١٧، ابواب احياء الموات، ب ١٥، ح ١.

الذي يلي فوهته فاطلق اليه للزرع الى الشراك
وللشجر الى القدم وللنخل الى الساق ثم
يرسل الى ما دونه ولا يجب ارساله قبل ذلك
ولو ادى الى تلف الأخير».

اذا كان ماء النهر او السيل المحوز بسدّ ونحوه مملوكاً لاشخاص او قرى معيّنة
فلا بحث فيه فان ملكية الماء وكمية الملك . وكيفية القسمة وتقدم الاقرب من مبدء
الماء وعدمه منوطة بجعلهم وتعيينهم حال حيازة الماء او بناء السدّ كما عرفت ذلك في
الجملة .

واما التهر او العين او سيل الوادي اذا كانت مباحة ففيه قولان:
احدهما: تقديم الاعلى على الاسفل، اي تقديم الاقرب الى فوهة العين او النهر
فالاقرب مطلقاً وهذا ظاهر عبارة المتن، و «النهاية» و «المبسوط» و «السرائر» و
«الغنية» وغيرها .

وثانيهما: التفصيل بين صورة العلم بالسابق في الاحياء واللاحق بتقديم
الاول . ولو كان ابعد من فوهته النهر على الثاني ولو كان اقرب وبين صورة الجهل به،
بتقديم الاقرب فالاقرب وحمل النصوص على هذه الصورة ذكره الشهيد في
«الدروس» . وحكى عن المحقق الثاني وثاني الشهيدين والكفاية وغيرهم .
والظاهر ان اصل الحكم وهو لزوم الترتيب في الجملة ممّا لا خلاف فيه بين
الفريقين .

وفي «الجواهر»: «بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه» والنصوص من طريق
العامة والخاصة مستفيضة . فالاولى ايراد ما يقتضيه المقام منها حتى يظهر حقيقة الحال
فن طريق العامة: «ان النبي صلى الله عليه وآله قضى في شرب نهر في سيل ان للاعلى ان
يسقي قبل الاسفل ثم يرسله الى الاسفل»^١ . وفي آخر: «انه قضى في السيل ان يمسك حتى
يبلغ الى الكعبين ثم يرسل الاعلى الى الاسفل»^٢ . وفي ثالث: «ان رجلاً من الانصار خاصم

١ . «سنن البيهقي»، ج ٦، ص ١٥٤ .

٢ . ذلك المدرك .

الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها، فقال النبي «صلى الله عليه وآله» اسق يا زبير ثم ارسل الماء الى جارك فغضب الانصاري فقال ان كان ابن عمك فتلون وجه رسول الله ثم قال يا زبير اسق واحبس الماء حتى يصل الى الجدر ثم ارسله»^١. والشراج جمع شرح بسكون الواسط مسيل الماء. والحرة بالفتح الارض ذات الحجارة السوداء كأنها احقرت بالنار، وامر النبي زبيراً بحبس الماء حتى يصل الى الجدر لعله لاجل كون امره الاول ارفاقاً في حق الانصاري بترك الزبير بعض حقه والقناعة بالحبس الى الشراك للنخل وحيث اساء الادب في كلامه امر الزبير باستيفاء حقه وحبس الماء الى ان يصل الى الجدر المساوية للكعبين.

ومن طريق أصحابنا خبر غياث بن ابراهيم عن ابي عبد الله (ع) قال: سمعته يقول: «قضى رسول الله (ص) في سيل وادي مهزور للزرع الى الشراك وللنخل الى الكعب، ثم يرسل الماء الى اسفل من ذلك قال ابن ابي عمير ومهزور موضع واد»^٢. وفي خبره بطريق آخر للنخل الى الكعبين والزرع الى الشراكين والمفاد واحد ونحوه خبر حفص وعقبة بن خالد^٣.

وفي «التذكرة»: قال ابن بابويه سمعت من اثق به من اهل المدينة انه وادي مهزور «بتقديم الزاء المعجمة»، ومسموعي من شيخي محمد بن الحسن انه مهروز وذكر انها كلمة فارسية وهو من هرز الماء والهرز بالفارسية الزائد والشراك هو الجلدة التي يعقد بها النعل ومحله قريب من قبة القدم والمراد بالكعبين هنا هو العرفي منها، اي العظمين النابتين في طرفي مفصل الساق والقدم وليس المراد ما ذكره في باب الطهارة. اعني قبة القدم، قال في «الجواهر» في المقام: «انه لا بأس بارادة الكعب العرفي الذي هو وان كان خلاف ما ذكرناه من معناه في كتاب الطهارة الآ انه لا بأس بارادته هنا لقرائن كثيرة في النصوص والفتاوى تقتضي الجمع بذلك»^٤. ومقتضى اطلاق هذه النصوص تقديم الاعلى على الاسفل اي الاقرب من فوهة النهر على الابد. ويقتضيه ايضاً اطلاق عبارات الاصحاب ك«التهاية» و«المبسوط» و«السرائر» و«الغنية» وغيرها.

١. ذلك المدرك.

٢ و٣. «وسائل الشيعة»، ج ١٧، احياء الموات، ب ٨، ح ١ و٤ و٥.

٤. «الجواهر»، ج ٢٨، ص ١٣٤.

قال في «النهاية»: «وقضى رسول الله في سبيل وادي مهزور ان يجبس الاعلى على الذي هو اسفل منه للنخل الى الكعب، وللزرع الى الشراك، ثم يرسل الماء الى من دونه ثم كذلك يعمل من هو دونه مع من هو ادون منه»^١.

وقال في «المبسوط»: «والثاني ماء مباح في نهر غير مملوك يأخذ من النهر الكبير ولا يسقي جميع الاراضي اذا سبقت في وقت واحد ويقع في التقديم والتأخير نزاع وخصومة فهذا يقدم فيه الاقرب فالاقرب الى اول النهر الصغير» ثم ذكر اخبار العامة الى ان قال: «وروى اصحابنا ان الاعلى يجبس الى الساق للنخل وللشجر الى القدم وللزرع الى الشراك فاذا ثبت هذا فالاقرب الى القوهة يسقي ويجبس الماء عن دونه فاذا بلغ الماء الكعبين ارسله الى جاره هكذا الاقرب فالاقرب، فان كان زرع الاسفل يهلك الى ان ينتهي الماء اليه لم يجب على من فوّه ارساله اليه»^٢، ويقرب من ذلك ما في «السرائر» و«التحرير» و«القواعد» و«التذكرة» و«المسالك» وغيرها.

ثم انه لو كان الاعلى هو السابق في الاحياء ايضاً فلا اشكال في الحكم ولزوم تقديمه على اللاحق واما مع الاختلاف بان كان الاعلى مسبوqاً في الاحياء، والاسفل سابقاً فيه. ففي العمل بظاهر النصوص اشكال وقد عرفت مخالفة الشهيد (ره) وانه حمل النصوص على صورة الشك في سابق الاحياء ولاحقه، وعن «الكفاية» ان النصوص لاعموم فيها يشمل صورة العلم بالسبق واللاحق في الاحياء وان ادعى صاحب الجواهر بان فيه منعاً واضحاً.

وتوضيح المقام ان هنا صوراً فانه اما ان يكون المحلان المحتاجان الى الشرب متساويين في العلو والسفل وبعبارة اخرى في القرب من فوهته النهر والبعد عنه. او مختلفين وعلى التقديرين اما ان يكونا متقارنين في الاحياء او مختلفين او يشك في التقدم والتأخر فصور المسئلة ثمان وليعلم ان الصواب فرض المسألة بشقوقها بعد المفروغية عن ثبوت الاستحقاق للجميع، كما اذا كان النهر واسعاً وافياً لحاجة الكل اولاً فحصل الاستحقاق لهم ثم قل مائه واما اذا فرض عدم كفاية الماء الا لواحد من

١. «النهاية»، ص ٤١٧.

٢. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٨٤.

المحلين من ابتداء حدوثها ففيه ايضاً صور سوف نتعرض لها في المسألة التالية. وبالجملة لا اشكال في خروج صور التساوي من حيث العلو والسفل عن مورد البحث فيرجع فيها مع التشاجر الى قاعدة العدل ان امكنت قسمة الماء والآفالى القسمة بالمهاياة ان امكنت وتراضوا والآفالى القرعة.

واما صور وجود الاعلى والاسفل فالمحكم اخبار تقديم الاعلى فيما اذا علم بتقدمه في الاحياء او تقارنه مع الاسفل. واما اذا علم تقدم الاسفل فان فرضنا عدم وجود اطلاق في نصوص تقديم الاعلى كما لا يبعد ذلك خاصة فيما ورد من طرقنا كما ذهب اليه في «الكفاية» ايضاً. فانّ ظاهرها بعد الغاء الخصوصية عن وادي مهزور هو ان حكم كل وادي ماء غير مملوك ان يستقي منه الاعلى قبل الاسفل. ولا اطلاق فيه بالاضافة الى حال الاعلى والاسفل يشمل صورة تقدم الاسفل في الاحياء. فلتحمل النصوص على الموارد التي لا دليل على خلافها. وهي صورة سبق الاعلى في الاحياء وتقارنها وكذا صورة الشك في ذلك فيكون المحكم في فرض العلم بسبق احياء الاسفل هو حديث السبق ولو فرض الاطلاق فيها كان بينها وبين حديث من سبق عموم من وجه لشمول الحديث للاراضي الميتة دونها وشمول اطلاقها صورة تقارن الاحيائين دون الحديث ويقع التعارض في فرض تقدم احياء الاسفل.

وقد صرح صاحب الجواهر فيه بتقديم دليل السبق للشهرة ولحكمهم بالتقديم في المسألة الآتية. وعلى هذا فيقع الاشكال في صورة الشك في تقدم احد الاحيائين مع العلم بعدم التقارن والظاهر انه لا يمكن التمسك حينئذ باحد الدليلين، لكونه من التمسك به في المصداق المشتبه لنفس الدليل بالاضافة الى دليل السبق. ومن التمسك بالمصداق المشتبه للمخصص بالاضافة الى نصوص تقديم الاعلى فان كانت هناك قاعدة عقلائية تقتضي تقديم الاعلى او تقديم الاسبق في الاحياء والآفاعة العدل او القرعة محكمة.

ثم ان التحديد الوارد في تلك النصوص منزل على الارضين المتساوية في السطح بحيث يقف فيها الماء فيعلو شيئاً فشيئاً. واما الاراضي المنحدرة التي لا يقف فيها الماء ولا تسقي الا بجريانه عليها، فاللازم التحديد بالسقي على النحو المتداول الرافع لحاجتها حسب نظر اهل العرف لكل زرع او نخل. ثم يرسل الماء الى الاسفل. ثم انه لم يذكر في نصوصنا غير النخل من الاشجار فيمكن التمسك فيه باطلاق ما ورد من غير

طريقنا كما عرفت، او بما ارسله الشيخ (قده) في «المبسوط» مع انجباره بفتوى الاصحاب او بنصوص النخل مع الغاء الخصوصية.

قوله:

«الرابعة: لو احيا انسان ارضاً ميتة على مثل هذا الوادي لم يشارك السابقين وقسم له مما يفضل عن كفايتهم وفيه تردد».

سواء كان ما احياه اللاحق اعلى من محل السابق او اسفل، او مساوياً لما عرفت في المسألة السابقة من عدم شمول دليل تقديم الاعلى لهذا الفرض. ثم ان الظاهر ان المسألة مسوقة لبيان حكم وضعي. وهو استحقاق المحيي اللاحق شرباً من المباح، فحكم بعدمه مع عدم كفاية النهر لحاجة الكل فالتردد اشارة احتمال استحقاق اللاحق شيئاً من الماء على ما سيأتي.

وقد يحمل على التردد في الحكم التكليفي وهو جواز ذلك الاحياء وان لم يستحق الماء فان ذلك تصير ذريعة الى منع حق السابقين ولو في مستقبل الازمنة وهذا بعيد من العبارة وقال في «المسالك» بعد الاستبعاد المذكور: «ولم يشر الى هذا التردد غيره حتى ان الشيخ في «المبسوط» نقل الحكم المذكور في الكتاب من غير احتمال آخر مع كثرة ما ينقل من الوجوه المخالفة»^١.

ثم ان تقديم السابقين على المحيي لاحقاً حتى في صورة احتياجهم الى تكرار السقي وتبادلته فيما بينهم هو الذي يلوح من الاكثر وادعى في «الجواهر» عدم وجود مخالف فيمن تعرض للمسألة.

قال في «المبسوط»: «واذا احيا على هذا التهر الصغير رجل ارضاً مواتاً هي اقرب الى فوهة هذا التهر من ارضهم. فانهم احق بمائه فاذا فضل عنهم سقي المحيي لانه من مرافق ملكهم فكانوا احق به من غيرهم مع حاجتهم اليه فما فضل عنهم كان لمن احيا على ذلك الماء مواتاً»^٢.

١. «المسالك»، ج ٢، ص ٣٦٦.

٢. «المبسوط»، ج ٣، ص ٢٨٤.

وفي «التحرير»: «ولو كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك او سيل فجاء آخر ليحيي مواتاً، اقرب الى رأس النهر من ارضهم لم يكن له ان يسقي قبلهم لا نهم اسبق ومن ملك ارضاً ملك حقوقها ومرافقها، فلا يملك غيره ابطال حقها والاقرب انه ليس لهم منعه من احياء ذلك الموات لان حقهم في النهر لا في الموات»^١.

وفي «القواعد»: «ولو احيا انسان ارضاً على هذا النهر لا يشارك السابقين بل يقسم له ما يفضل عن كفايتهم وان كان الاحياء في رأس النهر وليس لهم منعه من الاحياء»^٢.

وفي «التذكرة»: «لو اراد انسان احياء ارض ميتة وسقيه من هذا النهر الغير المملوك، فان لم يكن فيه تضييق فلا منع وان كان فيه تضييق منع من السقي منه لان الاولين باحياء اراضيهم استحقوا مرافقها وهذا من اعظم مرافقها. ولا نهم اسبق الى النهر منه فان احيا شيئاً لم يكن له السقي الا بعد استغناء الاولين عنه وان كان اقرب الى فوهة النهر وهل لارباب الاملاك منعه من الاحياء قال به بعض العامة»^٣.

اذا عرفت ذلك فالدليل على عدم مشاركة اللاحق مع السابقين في النهر المباح هو صيرورته حريماً للسابقين، ومن مرافقهم بل الماء من اعظم مرافق الاراضي الحية كما هو واضح، فتدل على الحكم نصوص الاحياء على ما سمعت في بحث الحریم. واما تردد المصنف في المسألة فان كان اشارة الى احتمال استحقاق المحيي نوبة بعد نوبة السابقين، وان احتاجوا الى التكرار فقد علله في «المسالك» بان النهر مباح بالاصل. وانما استحققه من سبق بسبب الاحياء وقد شاركهم المتأخر في ذلك. وهذا الاحتمال ضعيف بعد ثبوت حق السابقين واستحقاقهم الماء لحاجتهم اليه. فلا يحدث فيه حق آخر للمتأخر مزاحم للحق الاول. واما لو كان التردد اشارة الى احتمال عدم جواز احياء اللاحق فهو اضعف كما اشير اليه في العبائر التي نقلناها. فان التصرف في الارض الميتة غير ممنوع. واحتمال كونه ذريعة الى غضب الحق

١. «التحرير»، ج ٢، ص ١٣٢.

٢. «القواعد»، ج ١، ص ٢٢٣.

٣. «التذكرة»، ج ٢، ص ٤٠٦.

لا يثبت الحرمة بعد امكان منع تحققه بنصب العلام وكتابة الحادثة واحكام السجلات. نعم لو كان قصد المحيي ذلك من اول الامر او علم بانتهاء العمل الى ذلك امكن القول بالحرمة في الجملة.

تنبيه: لو احتاج النهر المملوك بل والمباح الذي صار مرفقاً لعدة قرى الى حفر واصلاح وتنقية وسد وغيرها.

فهنا مسألتان: الاولى هل يجب على كل من الشركاء الاقدام على الحفر والاصلاح ام لا؟ الظاهر وجوبه لان ترك ذلك اضاعه للمال واسراف ولو اوقعه على عهدة سائر الشركاء بحيث تضرر وابتكره او بالعمل او الانفاق فيه فهو ايضاً اضرار تنفيه قاعدة نفي الضرر. وعلى هذا فللشركاء اجباره برفع الامر الى الحاكم. وهو اماً يجبره على الاصلاح او بيع حصته او اجارتها او قسمتها ان امكن، او الالتزام بجرمانه عمّا زاد بالحفر والاصلاح من الماء، او اخذ النفقة من ماله او من نفس الماء او غير ذلك. ومع فقد الحاكم يرجع الى عدول المؤمنين لو اضطر الشركاء الى ذلك وان لم يكن فالى فساقهم.

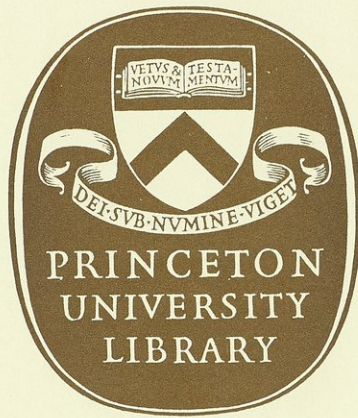
الثانية: النهر الذي يشترك فيه الاقربون من المبدء والابعدون لو احتاج الى نفقة التنقية والاصلاح، ففيه احتمالان: الاول: تقسيمها على المشتركين على حسب قرهم فلو كان ملك الاول على مسافة ميل من المبدء والثاني على ميلين والثالث على ثلاثة اميال فنفقة الميل الاول على الجميع والثاني على غير الاول والثالث على الثالث.

ووجه ذلك ان الماء مشترك بين الكل الى ان يأخذ الاول نصيبه فيختص الباقي بعد ذلك بالباقيين من الشركاء. ولا معنى لان يكون نفقة ملكهم على من لا يشترك فيه وكذا الثاني بالنسبة الى ما زاد عن نصيبه وهكذا. والاحتمال الثاني اشتراك الجميع في تمام النفقة ووجه ذلك ما توهم من ان الماء ملك لجميع الشركاء فاللازم كون نفقته على الجميع، لكنه كما ترى غير تام فان كونه ملكاً للجميع لا ينافي اشتراكهم في مقدار خاص واختصاص الباقي بالباقيين قال في «القواعد»: «ولو احتاج النهر الى حفر او اصلاح او سد بثق فهو عليهم على حسب ملكهم فيشترك الكل الى ان يصلوا الى الادنى من اوله ثم لاشيء عليه ويشترك الباقيون الى ان يصلوا الى

الثاني وهكذا ويحتمل التشريك»^١. وقال نظير ذلك في «التذكرة» ونسب التشريك الى ابي يوسف ومحمد من علماء العامة.

نعم لو كان للماء نفقة بالنسبة الى ما فضل من حصة الجميع كتعيين منصب او تهيئة ممر له فوق الارض او تحتها، امكن القول بكونها على الجميع. اذا كان الفاضل من حصة الجميع كما هو المفروض فانه كما يستحق الاول من ثمن الفاضل منه اذا بيع كذلك عليه غرامة الاصلاح المحتاج اليه. فان من له الغنم فعليه الغرم واما اذا كان الفاضل من حصته الاخير او منه وممن قبله مثلاً كان نفقة المصب ايضاً عليه او عليهما.

هذا آخر ما وفقنا لكتابته. والحمد لله اولاً وآخراً وظاهراً وباطناً. والصلاة والسلام على رسوله الاعظم واهل بيته الاطيبين الانجيين. واللعنة على اعدائهم الى يوم الدين.





(NEC)
KBP370
.M84
A37
1987
c.2