# مالکیت و تحدید آن در اسلام

دکتر سید حسن مرتضوی

Princeton University Library
32101 077107629

2469
.7415
-361

2469.7415.361

2469.7415.361
Murtaẓavī
Mālikīyat va taḥdīd

| DATE | ISSUED TO |
| --- | --- |
| 04 05 | H ANVARI VF |

| DATE ISSUED | DATE DUE | DATE ISSUED | DATE DUE |
| --- | --- | --- | --- |
| [redacted] | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |

Murtazavi, Hasan

« قل اللهم مالك الملك »
« تؤتی الملك من تشاء »
« و تنزع الملك ممن تشاء »
« آیه ۲۵ سوره ۳ »

Mālikiyat va taḥdīd-i ān dar Islām

# مالکیت و تحدید آن در اسلام

تألیف و نگارش

« دکتر سید حسن مرتضوی »

قاضی دادگستری

جمیع حقوق برای مؤلف
محفوظ است

2469
.7415
.361

کتاب «مالکیت وتحدید آن دراسلام» که معرف ومبین مسمای واقعی وحقیقی این اسم است با اینکه در اصل تالیفی است علمی که باقتضای مقام بسیاری ازمباحث مشکله ومعرکه آراء علما را مورد دقت وبررسی وتجزیه وتحلیل قرار داده و منشأ اختلاف نظرها را بدست میدهدمع الوصف چون از جهات مختلف ولی بروفق آیات واخباراین بحث مهم اجتماعی را دنبال مینماید برای همه کس وبخصوص مسلمانان مفیداست ومسلما ارزش یك دفعه مطالعه وخواندن را دارد .

این کتاب که خواننده را از مطالعه کتبی که در منابع اسم برده‌شده دراین‌مسئله بی‌نیازمیسازد مشتمل بریك بحث حقیقی‌ومعنوی وپنج باب وخاتمه وصورت منابع وفهرست است :

۱ ـ بحث معنوی بعلل واغراضی بجای مقدمه و دیباجه آورده شده است واز صفحه ۱ تا ۱۵ میباشد .

۲ ـ از صفحه ۱۶ تا ۲۰ مربوط بمعرفی‌نویسنده وعلت نگارش وغیره است .

۳ ـ باب اول ازصفحه ۲۱ تا ۷۳ در چهار فصل معرف مالکیت و ارکان آن است

٤ ـ باب دوم از۷٤ تا ۹٦ درسه فصل‌تقسیمات حقوقی موضوع آنرا بیان میکند

۵ ـ باب سوم از ۹۷ تا ۲۰۸ درشش‌فصل وچندین مبحث وقسم انواع مالکیتهای‌اسلامی‌راشرح میدهد

٦ ـ باب چهارم از ۲۰۹تا ۳۸٤ مشتمل برسه فصل وچندین قسم ومبحث درانواع وجهات تحدیدمالکیت است

۷ ـ باب پنجم از ۳۸۵ تا ۵۲۸ مشتمل بر ۸ فصل ومباحثی در احکام اسلامی‌بلدان است

۸ ـ خاتمه از۵۲۸ تا۵۳۲ دراحترام مالکیت دراسلام میباشد .

۹ ـ اهم منابع وفهرست در ۱۵ صفحه از ۵۳۳ تا ۵٤۷ .

مرداد ماه ۱۳٤٤

۲-۲-۶۶ ۱۹۸۵

بسم الله الرحمن الرحیم

**الحمدلله رب العالمین . الرحمن الرحیم. مالك یوم الدین . ایاك نعبد و ایاك نستعین . اهدنا الصراط المستقیم . صراط الذین انعمت علیهم غیر المغضوب علیهم ولاالضالین .**

والصلوة والسلام علی خیرخلقه محمد وآله الطاهرین .

**وبعد** غرض از افتتاح مقال به تسمیه وتحمید ذات پروردگار بی‌مثال همانا احتراز ازمصداق اخباری است که وارد شده‌است باینکه « کل امر ذی بال ولم یبدأ ببسم الله والحمد لله فهوابتر » و ذکر بقیهٔ سوره از کلام ذوالجلال نه تنها براعة استهلال بلکه اول وآخر وجان موضوع بحث ومقال است.

درذکراین سوره نکاتی ملحوظ است که خواننده خود بخوبی میتواند درك نموده وبدانها توجه نماید ازجمله :

۱ــ چون این سوره ازبزرگترین دستورات آسمانی‌است که خداوند بموجب آن راه توسل و بندگی وراز ونیاز بدرگاهش را آنچنان که شایستهٔ او است به بندگانش آموخته است و ازنظر اهتمام درهرنمازی از واجب و مستحب دونوبت خواندن آنرا امرفرموده مسلم‌است که تذکرآن درهرآن وزمان‌باعث مزید معرفت وتمسك بدان موجب هدایت وارشاد است لذا لازم دیدم بهمان وسیله وترتیبی که

دستورفرموده ازپیشگاهش مدد واستعانت بگیرم تاشاید خودش مرا آنچنان هدایت فرمایـد که از طریق مستقیم دربیان مطلب حق خارج نشویم و بابضاعت مزجات و اشتغالات زیاد بیاری او توفیقی نصیب گردد که اندکی از حقایق مربوط بموضوع برشتهٔ تحریر درآید .

۲ـ ممکن است برای کسانی که با کتاب سروکار دارند آنچه دراین رساله منعکس میشود جنبهٔ علمی نداشته باشد وشاید مطالبی که بنظر نویسنده جالب وشایان توجـه است بسلیقهٔ خواننده مردود تلقی و شناخته شود لیکن چیزی که قابل رد نمیباشد همانا مطالب همین سورهٔ بظاهر کوچك است که هرخواننده باندازهٔ معرفت خود ازآن میتواند بهره‌مند شود وبدیهی است هرآنکس ازاین سوره که اصل قرآن است وبهمین جهت «ام‌الکتاب» نامیده شده استفاده نماید مطالب دیگر کتاب را در ذیل حمایت آن بسمع قبول تلقی وبعین عنایت یا اغماض نگاه خواهد کرد .

۳ـ نکته اینجاست که بحث ما از همین سوره شروع یعنی افتتاح نگارش به «فاتحة الکتاب» وابتدای امر به «الحمد» میشود ودراین هفت آیه که گفته شده از نظر اهمیت دونوبت بر پیغمبر نازل وبدینجهت یا بجهت اینکه در هرنماز واجب و مستحب دوبار خوانده میشود «سبع المثانی» اش خوانند «اساس» و مهمات مطالب «وافیه» و «کافیه» بمقصود بروجهی جامع که درخور «ام الکتاب» است ملاحظه میشود و «شفا» بخش قلوب ودیدگان واقع بینان میگردد چه صرف نظر ازجهاتی که درتفاسیرمفسرین ازلحاظ عرفان وفلسفه واخبار بیان گردیده ظاهر این آیات لفظاومعنا کمال مناسبت باموضوع بحث را حائزمیباشند زیرا موضوع وعنوان کتاب «مالکیت وتحدید آن دراسلام» است که ناگزیر بایستی ازمالك ومملوك وحد شرعی آن وچگونگی رابطه آندو بحث شود وازآیات و احکام قرآن تاآنجاکه اشعاری برمسائل این موضوع باشد بعنوان دلائل غیرقابل انکار وتغییر کـه ازخواص وحی منزل است استفاده و بدانها استناد گردد و خوشبختانـه دراین سوره درکلام خالق بمنظور تعلیم مخلوق مالك و مملوك درقبال یکدیگر قرار گرفته و باشناخته شدن

مالك حقیقی ومعین شدن تکلیف عبد ومخلوق درمقابل خالق ومعبود بحث موضوع ازنظرحقیقت وواقع پایان می‌یابد .

مناسبت این سوره بابحث کنونی فقط بلحاظ آیه «مالك یوم الدین» نمیباشد بلکـه تمام آیات این سوره هم بطور فردی وهم بلحاظ ترکیبی و جمعی بوجوهی آکد مفیدبمقصودومبیّن براهین وجودووحدت وقدرت و کمال واجب‌الوجوداست.

این آیات عقول را همانطور که متوجه جهات معنوی ومعاد مینمایند وبسوی قادری یکتا و مختار علی الاطلاق معطوف میدارند آنها را بنظم عام وجهات مادی ومعاش نیز آشنا میسازند ـ وبدین طریق پیغمبر درونی بوسیله پیامبر برونی بواقع و حق هدایت و ارشاد میشود ـ اما بشرط وجود عقل ـ آن عقلی که دلیلش تفکر باشد ـ تفکری برپایه واساس صحیح وارشاد شده ـ فکری که مبدأ ومآل اشیاء را بسنجد وخواص وجودی آنهارا دریابد وهرچیزیرا درجای خودش بگذارد و بکار برد وچون هیچ مجموعه‌ئی درعالم تکوین ازخود شخص نزدیکتر باو نیست لذا این حرکت را همان به که ازخود شروع نماید .

**تطور حالات انسان :**

از تفکر در حالات وتطورات انسان که نمونه کامل مخلوقات است وتوجـه بگذشته وحال وآینده اواین نتایج قطعی برای هر کس حاصل میشود که :

درزمان گذشته نبود ومعدوم محض ازعدم بوجود آمد چنانکه درقوله تعالی است «وقد خلقتك من قبل ولم تك شیئا» .

حیات‌نداشت باوارزانی‌شد کما قال‌تعالی «کیف تکفرون بالله و کنتم امواتا فاحیاکم» .

ناتوان وجاهل بود سپس توانا ودانا گردید کما قال تعالی « والله اخرجکم من بطون امهاتکم لا تعلمون شیئا وجعل لکم السمع والابصار والافئدة..» .

درآینده هم هر کس و در هرمقام وباهرثروت وجاه و جلال باشد میمیرد و چیزی ازآنهمه تخیلات واهی اززور وزربهمراه نمیبرد کما قال تعالی «اینما تکونوا

یدرککم الموت ولو کنتم فی بروج مشیّدة» .

اما دراین سلسلهٔ خواطر گاهی برای انسان درمرتبه وسط طفره وبتعبیر بهتر غفلتی دست میدهد که نمیخواهد وظائفی را که بعهده دارد دریابد و در این حال برسردوراهی قرار میگیرد وچه بسا که راهی ناپسند ومخالف فطرت درپیش گیرد.

**انسان برسر دوراهی :**

چرا ؟! برای اینکه درخلقت بشر وترکیب اوخصوصیات وقوائی نهفته‌است که اورابهردوطرف نقص و کمال وبهیمی وانسان واقعی میکشانند ـ قوائی که‌اورا برای قبول هریك از اوصاف متضادهٔ لشگریان عقل و یا جنود شیطان وجهل آماده ومستعد ساخته است .

برای اینکه این مجموعهٔ متناسب وبی‌نظیر بااینکه درخلقت اولیه بمقتضای « لقد خلقنا الانسان فی احسن تقویم » درحد کمال و اعتدال آفریده شده و بحکم عقل مایل باکتساب حسنات وخیرات است لیکن بواسطه قوای طبیعیه که منافذ و مداخل شیطان و داعی برشرور ومانع ازخیرند شوقی وافر به پستی و کسب سیئات وبرگشت باسفل سافلین دارد .

**اصول قوای طبیعیه :**

این قوای طبیعیه که راه نفوذ شیطانند وباعث سقوط انسان از کمال انسانی میگردند دراصل سه چیزند : ۱ شهوت ۲ غضب ۳ هوی که بترتیب صفات بهیمیّه ـ سبعیّه وشیطانیّه خوانده میشوند .

حرص وبخل نتیجهٔ شهوت ـ عجب وکبر نتیجهٔ غضب ـ کفر وبدعت نتیجهٔ هوی هستند .

فرزند اشتراکی این شش صفت که از مجموع تولید میشود حسد است ولذا حسد نهایت اخلاق ذمیمه است همچنانکه شیطان نهایت دراشخاص مذمومه است .

بسبب آفت شهوت انسان برنفس خود ظلم مینماید ـ اطاعت غضب موجب ظلم بغیراست وبدینجهت آفت آن اعظم ازآفت شهوت است ـ اما هوی منشأ انحراف

دلیل عقل وخروج انسان ازفرمان خالق‌است چه این‌خوی شیطانی درمُلك و مِلك وسلطنت مقابل‌اله عالم‌قرار گرفته‌است وهمواره بااودرمقام معارضه برمیآید وحتی درمقابل قادر یکتا ازطرف مغلوبین هوی پرستش میشود وبالنتیجه انسان را ازسیر اصلی درپرستش حق بازمیدارد چنانکه درقوله تعالی است « افرایت من اتخذ الهه هواه » ودر خبر است که خداوند متعال بموسی فرمود « یاموسی خالف هواك فانی ما خلقت خلقا نازعنی فی ملکی الا الهوی » .

و در کافی است از حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام « العقل غطأ ستیر و الفضل جمال ظاهر ، فاسترخلل خلقك بفضلك و قاتل هواك بعقلك ، تسلم لك المودة ، تظهر لك المحبة » .

**عقل ورسول :**

خداوند کریم بلطف عمیم و احسان وانعام بیدریغش دو چراغ هدایت برای نشان دادن منهج صدق وصراط مستقیم برافروخته ودودلیل وحجت برای‌بیان ودرك حق وارشاد انسان قرار داده است تابکمك آندو ازسر گردانی وتحیری که براثر هوای نفس وشوق بلذات آنی ومنافع ظاهری حاصل است وبدان سبب این موجود ذیجود دروادی ضلالت منغمرمیگردد نجات یابد وبراهنمائی وقبول دستورات آندو برقوای طبیعی‌فائق آید وآنهارادرحداعتدال نگاهدارد ودرتمام‌اموراز‌افراط وتفریط بپرهیزد وبصراط مستقیم که صراط سوی واعتدال حقیقی است رهبری شود .

این دوحجت یکی ظاهر ومشاهد است ودیگری مستور ودرباطن است .

دلیل وحجت ظاهرانبیاءورسل وائمه میباشند چه ایشان انوار ساطعه درکشور وجود وبراهین ظاهردربین عبادند ، ایشانند که بشررا براه نجات ورستگاری دعوت و بحقیقت ارشاد مینماینـد ودر هجوم تاریکیها روشنی همی بخشند ومحرّك انسان میگردندکه ازحضیض نقص ووبال باوج فضل و کمال رسد .

بوسیله آنها رشد ازغی بیان ومشخص میشود و پیروی آنها موجب هدایت و نیل بمقصد عالی و کمال انسانی میگردد.

واما حجت باطنه ودلیل مستور همانا عقول هستند چه آنها حقایق را درك مینمایند وخیرات وشرور را تمیز میدهند وبافعال جمیله امر وازصفات مذمومه نهی میکنند ، بعقول حق ازباطل وصواب ازخطاء وسعادت از شقاوت و زیبا از زشت و خوب ازبد تمیز وتشخیص داده میشود .

بامرعقل نبوت اثبات و گفتارانبیاء ورسل استماع ومورد قبول واقع واطاعت وپیروی میگردد وعقل است که حکم میکند باینکه حسن عاقبت وخاتمه سعادت در اطاعت ازفرمان انبیاء ورسل است ولذا درخبرآمده است : آنکه عقل ندارد دین ندارد ودر کافی ازحضرت صادق علیه السلام وارد شده است : « العقل دلیل المؤمن » ودر خبر دیگر ازآنحضرت است « حجة الله علی العباد النبی و الحجة فیما بین العباد وبین الله العقل » ونیز دراصول کافی ازحضرت امام موسی بن‌جعفر (ع) است « ان لله علی الناس حجتین حجة ظاهرة و حجة باطنة ، فاما الظاهرة فالرسل و الانبیاء والائمة (ع) واما الباطنة فالعقول » .

**کمال دوحجت ونتیجه :**

باین‌دوحجت که ازاولی‌بمظهر و رسول بشری ودومی بمصدر و رسول ملکی نیز تعبیر شده امرسعادت درآخرت ودنیا کامل وتمام میشود وبمصداق قوله تعالی « لیهلك من هلك عن بینة ویحیی من حی عن بینة » اتمام حجت شده است .

کمال رسول ملکی بمعرفت مبدأ ووسط ومنتها است یعنی شناختن اینکه از کجا آمده ؟ وخالق ومربی او کیست ؟ وبرای چه آمده ؟ ودرحال حاضر چه باید بکند که ازشئون خلقت خود خارج نشود ؟ وبکجا میرود ؟ وبرای سفرش چه زاد وتوشه‌ئی لازم است ؟!

اما کمال حال رسول بشری ببیان و معرفی این امور و بدعوت بسوی خدا ظاهرمیگردد .

بعبارت دیگر کمال عقل بمعرفت ربوبیت ومعرفت عبودیت و معرفت معاد و روز جزاست ـ وعبودیت هم که درمرتبه وسط از مراتب سه گانه است بدوچیز تمام

و کامل میشود :

یکی شناختن نصیب عالم ارواح وطلب آمرزش ـ دیگری بهره و نصیب عالم اجساد وطلب حلال بروجهی که کمك بنصیب عالم‌ارواح گردد وآن باستماع فرمان حق واطاعت حاصل میدهد کما قال تعالی «فبشرعبادالذین یستمعون القول فیتبعون احسنه اولئك الذین هداهم الله واولئك هم اولوا الالباب » .

وکمال انبیاء و حجج ظاهره در دعوت وتبلیغ است وآن تمام نمیشود مگر ببیان حقایق مراتب سه گانه ابتداء ووسط وانتهاء یعنی بیان ربوبیّت وعبودیّت و معاد که تمام آنها درسورهٔ فاتحه جمع میباشد و اینك مناسب و موقع آن است که یك بار دیگر وصرفا درجهت بحث باین سوره مراجعه شود :

**قوله تعالی بعد البسملة «الحمدلله» :**

اولا حمد برای حی منعم و بعد از انعام واحسان ومختص بفضیلت انعام و احسان صادر از طرف فاعل مختار است ـ خواه این انعام و احسان بخود شخص یا بدیگری باشد .

بخلاف مدح که برای حی وغیرحی واز برای فاعل مختار وغیراوشاید ـ و بخلاف شکر که درمقابل احسان واصلهٔ بشخص است .

پس « الحمد لله » مشعر است براینکه اله عالم موجب بالذات نیست بلکه فاعل مختار است وبراینکه سبب حمد انعامی است که ازاوصادرشده وبغیراومیرسد.

ثانیاً حمد دارای چهار رکن است : ستایش کننده ، ستایش شونده ، نعمتی که برآن ستایش شود وقول یا فعلی که بدان ستایش ظاهر گردد وآن محقق نشود مگر پس ازشناختن این ارکان وچون محمود علیه یعنی نعم الهی قابل تحدید و احصاء نیست کما قال تعالی « و ان‌تعدوا نعمة الله لا تحصوها » لذا موارد و مسائل وموجبات حمد هم بی‌نهایت وغیرقابل شمارش است .

گفته‌نشود که حمده تعالی علی ذاته ـ بواسطه اینکه ثناء بلسان نیست مجاز میباشد وارکان چهارگانه مذکورهم دراینجانیست زیرا جواب این است که اطلاق

حمد برموارد ثناء بلسان ازباب افرادشایعه این مفهوم است نه اینکه مختص بآنها باشد و امـا مفهوم حمد عبارتست از اظهار صفات کمال بقول یا بفعل وحتی دلالت افعال ازدلالت الفاظ قطعی‌ترمیباشد برای اینکه دلالت الفاظ وضعی‌است که گاهی از مدلول ممکن است تخلف نماینـد ولی دلالت افعال عقلی است وتخلف آنها از مدلول متصور نمیباشد ولذا حمد خدایتعالی برذاتش حمد بمعنی حقیقی واز افضل افراد حمد است وحامد و محمود هم متحدند چه خداوند متعال با گستردن بساط وجود برممکنات ووضع موائدبی‌انتهای کرمش برآنها ، صفات کمال خودرا اظهار نموده وبلکه هرذره‌ئی ازذرات وجود برانعام واحسان واوصاف کمال اوازآنجهت که وجود خیرونعمت ، ومحتاج بموجد است دلالت دارد وبهمین جهت (که وجود خیر ونعمت است ووجود ماسوی الله بایجاد وفضل واحسان اواست وهیچ موجودی نیست مگراینکه ازبرای خدا براواین‌نعمت ورحمت واحسان هست) ازنظرمخلوق موجب حمد وشکراست ولذا مراد از گفتن « الحمدلله » حمد برنعم صادره ازخدا است یعنی حمد مختص خداست بجهت انعامیکـه برجمیع مخلوقات بسبب خلق آنها نموده وبرتمام موجودات بایجادشان فرموده است .

ثالثاً الحمد مفرد معرف بلام است و چون مسبوق نمیباشـد لذا یـا محمول براستغراق وبامحمول برماهیت‌وجنس است .

رابعاً الله ـ اسمی است که جز برحق سبحانه و تعالی اطلاق نمیشود خواه علم باشد برای ذات واجب‌الوجودی که مستجمع جمیع صفات کمال است و یااسم برای مفهوم واجب‌الوجود لذاته ویا مستحق عبودیت باشد بروجه کلی منحصر در فرد چنانکه از صاحب مفاتیح نقل شده است ( قول اول یعنی بودنش علم ـ مختار امام فخر ومنسوب باکثر اصولیین وفقهاء است ) .

درمنهاج‌البراعة ازامام باقر ازعلی بن الحسین علیهم‌السلام روایت شده که حدیث کرد پدرم ازبرادرش ازامیرالمؤمنین علیهم‌السلام که مردی پرسید که مرا ازمعنی بسم‌الله الرحمن‌الرحیم خبربده ـ حضرت فرمود الله اعظم اسماء میان اسماء خدای

تعالی است و آن اسمی است که سزاوار نیست غیر از خدا بآن نامیده شود و هیچ مخلوقی بآن خوانده نمیشود .

آن مرد سئوال کرد ازتفسیر قوله « الله » فقال (ع) هوالذی یتألـه الیه عند الحوائج والشدائد کل مخلوق وعند انقطاع الرجاء من جمیع من دونه وتقطع الاسباب من کل من سواه.. »

واما لام در الله یا برای اختصاص ویا برای ملك ویا قدرت واستیلا است .

پس معنی آن میشود که حمد مطلقا یعنی جمیع افراد حمد ازهر حامدی و یا ماهیت وجنس حمد جز برای منعم حقیقی نشاید و اینکه حمد ملك او است که مالك کل است واینکه اوچون واجب لذاته است لذا مستولی برممکن لذاته میباشد واو قادر وفوق تمام ومستولی بر کل موجودات است .

پس بهر حال « الحمدلله » برانحصار واختصاص حمد بخدا ونفی استحقاق حمد از ماسوی الله دلالت دارد واز جهت وجود حامد ومحمود به ومحمود علیه و احتیاج آنها بایجاد دلیل بر وجود اله واشاره باثبات صانع مختاراست واز حیث نظم وجودی وافاضه وانعام وجود برموجودات وایجاد صور واشکال وطبایع مختلفه از موادی که اجزاء متشابهه دارند دلالت برقصد وعلم وقدرت واختیارفاعل ومالك حقیقی میدارد .

بنابراین برعکس « بسم‌الله » که اولین شعاربرای توجه عقل ببرهان لمّی وانتقال از خالق بمخلوق است « الحمدلله » اولین شعار است که عقل را ببرهان انّی وانتقال از حامد ومحمود به ومحمود علیه بمحمود ارشاد میکند و از اینراه دلیل‌است بروجود صانع و برعلم ورحمت و کمال‌حکمت اووبرقدرت کامله اش که مالکیت وملکیت فرع آن‌میباشد ، ونیز براینکه مستحق‌حمد وثنا منحصربآن ذات مستجمع‌است وعلت انحصارحمدانحصارانعام واقعی‌باواست وانحصارانعام بلحاظ‌این است که جزذات واجب کسی‌را نشاید که مالك حقیقی‌چیزی‌ازموجودات‌باشد .

**قوله « رب العالمین » :**

حصول علم باینکه او رب عالمین است مبتنی بر آن است که برمتضایفین یعنی هر یك از ربّ که مضاف وعالمین که مضاف الیه است علم حاصل شود :

اولا ـ رب دارای معانی متعدداست که ازجمله: سیّد ، مطاع ، مالك ، صاحب مربّب ، ومصلح میباشد وباقتضای این مورد بهریك از این معانی گرفته شود معانی دیگر رانیز دربر دارد .

ثانیاً ـ عالمین جمع عالم است وعالم گفته شده مثل قوم ورهط ونفر وجیش خود جمع است که مفردی ندارد ، در وجه اشتقاق آن گفته‌اند چون دلیل بر وجود صانع میباشد مشتق ازعلامه است یااینکه چون برچیزی دانسته واقع میشود مشتق از علم است ، ومعنی آن در متعارف بین مردم جمیع مخلوقات است یعنی آنچه سوای خداست وشاهد براین معنی از خود قرآن قوله تعالی « قال وما ربّ العالمین ؟ قال ربّ السموات والارض و ما بینهما » میباشد و مفسرین هم معنی عام را اولی دانسته‌اند چنانکه شیخ ابوالفتوح رازی پس از ذکر معانی ان میفرماید :« واولیتر آن باشد که حمل بر عموم کنند که فائده راجامعتر بود » .

متکلمین گفته‌اند عالم هر موجودی باشد که سوای خداست و استدلال نموده‌اند باینکه موجود یاواجب لذاته است ویاممکن لذاته میباشد ، اما واجب لذاته بیش از یکی نشاید وآن خداست ـ وامّا ممکن لذاته چیزهائی هستند که در وجودشان محتاج بایجاد از طرف واجب لذاته میباشند و آن جمیع ما سوی الله باشد که موسوم بعالم است وسبب تسمیه این قسم بعالم از آنجهت‌است که هرشیئی سوای « الله » بر وجود الله تعالی دلالت میدارد .

با توجه بمعانی مذکور معلوم میشود پس از اجمال در ذکر سبب حمد خداوند اهم نعم را که عبارت از بودن او است مربی عالمین ذکر فرموده است واین تاکیدمفهم آن‌است که‌اله محمودواحداست واینکه‌تمام‌عالمین‌ملك وملك‌ودرید قدرت اواست ودر عالم‌سوای‌اوالهی وغیرازاومعبودی‌نیست ، اوتام‌وفوق‌تمام‌است .

مراد بتام که اکمل مراتب است این‌است که او واجب الوجود لذاته فی ذاته وبذاته است که براین معنی الله دلالت دارد . ومقصود ازفوق تمام این‌است که وجود کل ماسوی الله فائض از تربیت واحسان وازجود و انعام اواست واین معنی ربّ العالمین است .

درجای خود ثابت شده است که واجب لذاته واحد است وتعدد او محال است و هرچه غیرازآن واجب لذاته واحد است ممکن لذاته میباشد که دروجود محتاج بایجاد واجب لذاته است زیرا موجود از دو قسم خارج نیست یا واجب‌لذاته است ویا ممکن‌لذاته وبا انحصار واجب لذاته در واحدکه همان اله است واینکه « لو کان فیهما آلهة الّا الله لفسدتا » جمیع ماسوی‌الله ممکن لذاته است وملك و مال وتحت قدرت واستیلای‌اواست .

ونیز ثابت شده است که ممکن لذاته همانطور که در وجود محتاج بایجاد است درحال بقاء مستغنی از مبقی نمیباشد ولذا الله تعالی ازحیث اینکه عالمین را از عدم بوجود آورده اله است ـ و ازحیث اینکه در حال دوام واستقرار عالمین آنهارا ابقاء میدارد وهمواره آنهارا بروفق‌مصالح ونظام عالی‌تربیت واصلاح مینماید ربّ العالمین یعنی مربی کل عوالم علوی وسفلی‌است .

از باب نمونه اگر درآفرینش‌انسان توجه شود که ازنطفه تا رسیدن بکمال چه مدارج و مراتبی ازتربیت را پیموده‌است واگر در تربیت حبوب و ثمار وبطور کلی اگردرعجائب احوال معادن ونبات وحیوان ومواد اولیه آنها وآنهمه تغییرات واختلاف طبایع وصور آنها که همه وهمه ناشی وحاکی از قدرت و اختیار مربی است تامل‌شود عقل کثرت‌تنوع تربیت‌را درمیابد وحکم‌میکند اسباب تربیت‌خداوند فوق احصاء وبی‌انتها میباشد ودلائل رحمت وقدرت کامله‌اش بسی هویدا و آشکار است ومتوجه مالك حقیقی ودوام وبقاء سلطنت ومالکیتش میشود وسرّی ازدریای اسرار « الحمدلله ربّ‌العالمین » مکشوف وظاهر میگردد و گوینده‌آن شاکروبما حصل اکتفا مینماید وحرص وطلب زائد و بخل نسبت بآنچه بدست او آمده از او

زائل میگردد وبالنتیجه از آفت شهوت ولذّات آنی آن در امان میماند .

**قوله « الرحمن الرحیم » :**

رحمن ورحیم از رحمت مشتق ورحمت بمعنی نعمت‌است ـ این دواسم وضع شده‌اند برای مبالغه ـ اما مبالغه رحمن بیش ازرحیم ورحیم بیش ازراحم میباشد .

بعضی هر دورا بیك معنی دانسته‌اند و برخی گفته‌اند رحمن از حیث لفظ خاص است که بر غیر خدا اطلاق آن نشاید ولی ازحیث معنی عام است ومعنی آن منعم برجمله خلق از مؤمن و کافروبرّ وفاجر ومطیع وعاصی است ـ برعکس رحیم که ازحیث لفظ عام است وبرغیرباری عزاسمه نیزاطلاق میشود ولی‌معنی‌آن‌خاص وعبارت از رحمت برمؤمنان باشد و براین معنی فرمایش حضرت صادق « الرحمن خاص‌اللفظ عام المعنی والرحیم عام اللفظ خاص المعنی » دلالت دارد .

ابوعبیده گفته است که منظور ازرحمن صاحب رحمت وازرحیم راحم است وتکرار آن برای تاکید است ـ عبدالله عباس گفته است « رحمن و رحیم اسمان رقیقان احدهما ارّق من‌الاخر » یعنی یکی ابلغ درمعنی ازدیگری است وبعبارتی رحمن بمعنی رقیق و رحیم توجه به بندگان بوسیله روزی رساندن و نعمت دادن میباشد . و نیز گفته شده است . رحمن یعنی منعم بآنچه صدور جنس آن ازعباد متصوّر نیست ورحیم یعنی منعم بچیزهائی که جنس آنها ازعباد هم شاید .

امام فخر درتفسیرش‌میگوید « الرحمة عبارة عن‌التخلیص من‌انواع‌الافات ، وعن ایصال الخیرات الی اصحاب الحاجات » پس این دو وصف دلالت میدارند بر رحمت خداوند تبارك وتعالی در دنیا وآخرت واینکه اله واحد موصوف بکمال رحمت و کرم واحسان است پیش‌از موت وهنگام موت وبعداز موت ـ وتکرار آن در بسمله وحمد وآوردن آن دو بصیغه مبالغه ارشاد است باین‌حقیقت که‌منعم حقیقی او است که فضلش عام واحسانش شامل است اواست که پی‌درپی ببندگان فضل و بخشش مینماید ونعمتی پس از نعمت دیگر برآنها ارزانی‌میکند بالاخره این‌تعبیر مفهم کثرت اعطا واحسان وحاکی‌از جود وانعام شامل اله عالم برجمیع ماسوایش

میباشد که آن نیزملازم قدرت کامله واراده وعلم وهم متفرع براختیار وملك است.

**قوله « مالك يوم الدين » :**

مالك کسی است که قادربرتصرف درمالش باشد بهرنحوی که بخواهد و کسی را حق آن نباشد که ازتصرف او ممانعت نماید ، دراین آیه دوقرائت است « مالك » و « ملك » وبرای هریك محسناتی ذکر شده واحکامی برآن مترتب گردیده است لیکن تمام مزایا و احکامیکه برای مالك و ملك گفته شده دراین مقام کـه مسبوق باوصافی است حاکی ازعلم و اراده و اختیار وقدرت کامله الهی - برای هریك از دوقرائت بدون فرق ثابت است زیـرا اگر درمقابل مالك ملکی و در مقابل ملك مالکی باشد ذکر این مرجحات که قدرت وقهرمالك بیشترازملك است وعطوفت و رحمت اونسبت بعبد زیادتر وعبد باو محتاج‌تر از رعیت بسلطان است و یا برعکس ملك اعظم و اعلی واشرف ازمالك است مورد پیدا میکند اما در صورتیکـه سلطنت مالك و ملك بلامعارض در یکی جمع باشد بمرجحات نمیتوان توجه نمود بلکه در این صورت هریك ازاین دواسم دال برصفت قدرت است وامـا قرائت تابع نزول است ونیز درقرآن بوجوهی ماده این لفظ آمده است مثل : « مالك يوم الدين » و« فتعالى الله الملك الحق » و« هوالله الذى لااله الا هوالملك القدوس » و « قل اعوذ برب الناس ملك الناس » و « قل اللهم مالك الملك » و « الملك يومئذ الحق للرحمن » و « لهملك السموات والارض » و امثال آنها که تمام دلیل قدرت کامله واجب الوجود علی الاطلاق است .

اما یوم الدین کنایه ازعدل ونظم و انصاف وانتصاف الهی است که ظالـم را مجازات نماید ومحسن را پاداش دهد پس « مالك يوم‌الدين » دلالت دارد براینکه ازلوازم حکمت ورحمت اواست که بعد ازاین روز روز دیگری وبعدازهنگام عمل ساعت پاداشی قرار داده تا محسن ازمسیئی - ومطیع از عاصی - وموافق از مخالف فرق شود و « ليجزى الذين اساؤا بما عملوا ويجزى الذين احسنوا بالحسنى » و « ان الساعة آتية اكاد اخفيها لتجزى كل‌نفس بما تسعى » و اخبار باین است که

برای ایصال جزا و بکفیر رسانیدن ظالم و اظهار عدالت معاد و قیام قیامت امری محتوم وحق وواجب است ـ چه اگرمعادنباشد درتکلیف وارسال رسل وانزال کتب وجمیع آنچه درقرآن یا روایات متواتره وارد شده ( ازقبیل اینکه صراط ومیزان وانطاق جوارح وغیرآنها حق است و یا اینکه ثواب وعقاب برای اهل استحقاق و دادن عوض برای اصحاب ضرر وبلا واجب است ونظایرآنها ) عبث لازم میآید .

نعبد درقوله « ایاك نعبد » ماضی آن عبد ازباب نصر و بمعنای بنده بودن و ذلت وخواری است وعبد را هم بجهت ذلت اوعبد گویند وعبادت پرستش و بندگی است (منتهی‌الارب) .

بالجمله باتوجه باین سوره وعبارات وترکیبات ومعانی مستفاد ازآنها معلوم میشود که خداوند متعال این سوره کوچك و درعین حال جامع را دوقسمت کرده است ـ یك قسمت را بخالق ومالك وقسمت دیگر را بمخلوق و مملوك اختصاص داده است .

خالق عالم دراین آیات کوتاه بـه بندگان خویش آموختـه است که برای مجسمه‌های بی‌بو وبی‌خاصیت وهرزر وزیور وچوب وسنگی ستایش وپرستش نکنند ودرقبال هرزرق وبرق ظاهری فریفته نشده وسرتعظیم فرود نیارند ، چشم و گوش بندگان را بازنموده وتوجه آنهارا بمقاصد عالی وبلکه اعلی معطوف داشته که گول ثروت ومقام وجاه وجلال ظاهرازخود فقیرتران وبیچاره‌تران را نخورند وبگمان اینکه ادعاهای واهی آنها حقیقت وواقعیتی دارد آنهارا نعوذ بالله مستوجب ستایش ونیایش وعبودیت دانند !!

بلکه‌بدانند هرآنچه درعالم وجود وموجوداست ازانواع واصناف موجودات جمله بلامعارض درید قدرت کاملهٔ اواست . اوخالق آنها است وهم اومالك حقیقی آنها میباشد . هرچه میخواهند ازاوبخواهند که‌باران رحمت بیدریغش نسبت بهمه یکسان ـ وستایش ونیایش را تنها مختص باو یعنی ذات واجب الوجودی که غیراو منتسب باواست واومنتسب بغیرخود نمیباشد بدانند .

توجه داشته‌باشند که تنها اوست که خالق هستی ومالك حقیقی دوجهان است اواست که نعمت بی‌انتهایش را که بقول سعدی « درهر نفسی دونعمت موجود» است بربندگان ارزانی داشته وهرآن مقصری ازدرتوبه درآید وبدرگاهش بازآید شامل بخشش وعفوش میگردد .

اینك که بنده بخود آمد و احساس نمود که مخلوق وآفریدگان الهی همه وهمه موجوداتی‌هستند درلباس عاریت که دراحتیاج وفقرمشابه یکدیگرند وبرتری ورجحانی‌نسبت بهمدیگروباوندارند وهمه مهمان یك میزبان عالی‌قدرند وبرخوان نعمت او گردآمده وبرسرسفره‌ای که او گسترده‌است نشسته‌اند چشم‌ودل‌بجانب آن ذات بی‌همتا وآن مالك حقیقی ومنعم واقعی دوخته و زبان را باخلاص تمام بمدح وراز ونیازبااومیگشاید وقلب را متوجه اومیسازد وباخضوع وخشوع تمام درپیشگاه عظمت کبریائیش باخطاب « ایاك نعبد » اعتراف مینماید باینکه فقط وفقط پرستش وبندگی تورا مینمائیم وجزتو دیگری عبودیت و بندگی را نشاید ومنحصرا ازتو کمك ومدد می‌طلبیم و ازتو میخواهیم که ما را براه راست ودین حق باقی بداری راه کسانیکه دررحمتت‌را برآنها گشودی وآنهارا عالم وعامل‌بحقایق وعارف بنظام عالم وحکمت ساختی .

در « معانی‌الاخبار » روایت شده که حضرت صادق علیه‌السلام ازاجدادش نقل‌نموده که رسولخدا (ص) فرمود جبرئیل نازل شد و گفت پیام و هدیتی از جانب حضرت احدیت برایت‌آورده‌ام که تاکنون باحدی عطا نشده وحدیث مفصلی بصورت سؤال وجواب ذکرشده تااینکه درپاسخ حضرت رسول (ص) جبرئیل میگوید «العلم بان المخلوق لایضر ولاینفع ولایعطی ولا یمنع و استعمال الیاس من الخلق فاذا کان العبد کذلك لایعمل لاحد سوی الله ولم یرج ولم یخف سوی الله ولم یطمع فی احد سوی الله فهذا هوالتوکل .

خلاصه همانطور که درابتداء ادعا شد بااندك تاملی دراین مقام دیده میشود بروجهی نیکو تکلیف مالکیت حقیقی وواقعی و کیفیت برقراری ارتباط بین مالك

واقعی ومملوکش معین شده است .

پس اگر باین بحث باز هم ادامه داده میشود صرفا ازجنبهٔ مجازی موضوع و درحدی که مالك حقیقی بنعمتخوار گانش اجازه خوردن نعمتش را داده است و چنانکه بعداً ذکرمیشود بحث درمقوله « له » ازقسم اعتبار خارجی آن میشود نه از قسم طبیعی آن .

اینك درخاتمهٔبحث مالکیت واقعی ودرآستانه شروع بحث مالکیت اعتباری بااعتذار ازمحضرقارئین‌محترم اجازه میخواهد نویسنده اجمالاخودش را باختصار معرفی نماید وموجب انتخاب این موضوع را بین هزاران موضوع یادآور شود .

## « معرفی نویسنده »

اینجانب حاج سید حسن مرتضوی فرزند حاجی سید حسین متولد ۱۲۹۸ درقاین پس ازآنکه تحصیلات مقدماتی خودرا درحضور اساتید ودانشمندان مبرز قاین نمودم چند سالی درمشهد ازمحضر علماءِ اعلام وحجج اسلام استفاده مینمودم وبخوشه چینی اشتغال میداشتم .

گردش ایام وجریان سریع‌زمان ویاسرنوشت وتقدیرمرا ازآن محیط خارج کرد ودرمسیر دیگری قرار داد .

دروضع‌جدید نیزهمچنان بتحصیل ادامه میدادم ودردانشگاه ازمحضراساتید بقدر استطاعت مستفید ومستفیض میشدم تااینکه توانستم ازدانشکدهٔ معقول‌ومنقول وهمچنین دانشکده حقوق رشته قضائی باخذ گواهینامهٔ لیسانس نائل شوم .

رساله‌ای که درآن موقع برای دانشکده معقول و منقول نوشته‌ام دربارهٔ « مقایسهٔ تعلیمات حضرت محمد وشت زرتشت » و رساله‌ای که برای ختم تحصیلی حقوق نوشته‌ام « عقود ازنظر کلی » بود .

دراوائل سال ۱۳۲۱ وارد خدمت دروزارت دارائی‌شدم وتقریباً یکماه درآن محیط اشتغال داشتم اما کار وهمکاران آنجارا بجهاتی موافق ذوق وسلیقهٔ خودنیافتم.

بدون اینکه حقوق مدت خدمت را دریافت نمایم از ادامهٔ خدمت در آن وزارتخانه منصرف شدم و بوزارت دادگستری آمدم وازاول اردیبهشت ماه ۱۳۲۱ باکار اداری درمحاکم استان مشغول تمرین و کار شدم وپس از یکی دوسال کار اداری باپایهٔ قضائی وقضاوت دررشته‌های جزائی‌وحقوقی‌مشغول انجام وظیفه گردیدم که تاکنون ادامه داشته وهم اکنون چند سال است که بسمت ریاست هیئت ۲ تجدید نظراملاك واگذاری و هم ریاست شعبهٔ ۱۵ دادگاههای استان مرکز درآخرین پایهٔ قضائی بخدمت ادامه میدهم .

## « تشکر و اعتذار ازاساتید واستاد راهنما »

چون همیشه مایل بوده و هستم ازمحضر اساتیدی که عمری در کسب دانش صرف کرده‌اند بحکم « خذ العلم من افواه الرجال » برخوردار شوم وبطور عادی موقعیت و فرصت کمتر دست میدهد لذا همواره مترصد بوده و هستم که موجب و بهانه‌ای بدست آید تا برحسب امر « اطلبوا العلم من المهد ... » و یا بقول شاعر « زگهواره تاگور دانش بجوی » بااغتنام فرصت ازمحاضر آنان توشه بر گیرم .

روی همین طرز فکر درسال ۱۳۲۶ که دورهٔ دکترای حقوق تشکیل شد در آنجا اسم نوشتم و مدت قریب شش ماه سر کلاس که مانند هم اکنون عصرها بود حاضر شدیم .

متأسفانه عده‌ای خودخواه کلاس را تعطیل نمودند ولی پس از چندین سال مجدداً همان دانشکده و هم دانشکده معقول و منقول دوره‌های دکترای خودرا افتتاح نمودند .

این دفعه در اولین دوره شرکت نمودم و سه سال دورهٔ دکترای منقول را بااستادان دانشمند آن دانشکده که بی‌شك از بزرگترین استادان دانشگاه میباشند گذراندم .

از آنجائی که حسب مقررات دانشگاه درپایان دورهٔ تحصیل میبایستی رساله‌ای

درخصوص موضوعی نوشته شود که گوئیا این رساله یادگاری است دردانشکده ودر پیش استاد که از شاگردانشان باقی میماند باز بهانه وفرصت خوبی پیدا شد برای درك فیض - وبمنظور انتخاب موضوع یکبار دیگرمزاحم استاد محترم جناب آقای مشکوة شدم و پس ازآنکه چندین موضوع بخدمت ایشان عرضه داشتم این موضوع را (**مالکیت و تحدید آن دراسلام**) پسندیدند و بانگارش آن موافقت فرمودند و مراتب بدانشکده اعلام و دانشکده پس ازمدتی موافقت شورای دانشکده را بدین شرح اعلام نمود :

« آقای سید حسن مرتضوی - در جلسهٔ هیئت نظارت مورخ ۱۳۴۰ر۲ر۱۷ موضوع مالکیت وتحدید آن دراسلام بعنوان پایان‌نامهٔ دورهٔ دکتری شمابا راهنمائی استاد محترم جناب آقای مشکوة بتصویب رسیده‌است مراتب بدینوسیله اعلام میشود»

معاون دانشکده علوم معقول ومنقول - دکتر گلشن

اینك بحکم من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق از زحمات این اساتید ارجمند ودانشمندان عظام : جناب آقای سید محمد مشکوة جناب آقای میرزا محمود شهابی جناب آقای الهی قمشهٔ جناب آقای سید محمدباقرسبزواری که هیئت رسیدگی باین رساله را تشکیل میداده‌اند ومدتی وقت عزیز خودرا بمطالعه آن صرف وپس ازبررسیهای کافی وتشکیل جلسه دفاع واستماع مدافعات نویسنده وشور لازم آنرا تصویب فرموده وبااتفاق نظر عالیترین درجه‌ئیکه درآئین نامه پیش بینی شده است برای این رساله قائل شده‌اند تشکرمینمایم .

* * *

* *

## « علت نگارش و انتخاب این موضوع »

ازموقعی که وارد کادر قضائی شدم درعالم قضا کم وبیش باموضوعاتی مواجه میشدم که ازنظرمقررات وقیود شرعی (که همواره خودرا ملزم برعایت آنها میدانم وخوشبختانه قانون اساسی هم اجرای آن مقررات شرعی را واجب شناخته و حتی شرط اول یك قانون را برای اینکه بتوانـد قانون شود در اصل ۲۷ عدم مخالفت باموازین شرعی قرارداده‌است) قضاوت روی آنها کمی اشکال میداشت. این موضوع درمشاغل اخیر قضائی اینجانب بیش ازپیش شدت یافته بود ودرهرحال ناگزیر بودم چه برای حل اشکال و چه برای رفع مسئولیت واقعی به منابع ونوشته‌های فقهای اسلام مراجعه نمایم چیزی که دراین مراجعات توجه مرا جلب کرده بود این بود که بیشتر فقهاء دربسیاری ازمسائل معاملاتی خودرا موظف دانسته‌اند درمحمول و حکم مسائل بحث نمایند وخودرا باموضوعات کمتر آشنا ساخته تاآنجاکه جملـهٔ « تشخیص و یا تعیین موضوع شأن فقیه نیست » بصورت یك اصل مورد قبول واقع شده است بخصوص درمسئلهٔ « مالکیت » که همواره موضوع را باحسن نیت ثابت شده تلقی‌فرموده‌اند وبحثشان بیشتر روی تسلط متصرف ونحوهٔ انتقالات وانتفاعات رفته‌است ومحتملا همین امرباضافهٔ عدم بسط ید فقهاء باعث شده که گردآورندگان اموال‌نامشروع وغارتگران اموال عمومی وغاصبین اراضی‌ملی‌همواره‌قواعد تسلیط ومالکیت شرعی را برای خود حربه قرار داده وعلیه دیگران بکار برده‌اند !!

ازآنجائی که‌کار روزانهٔ مابرعکس‌فقیه تشخیص موضوع وبیان احکام جزئیه وموارد است وشناخت مالکیت شرعی ازموضوعات مهم‌قضائی واجتماعی وهم سیاسی واقتصادی بنظرمیرسید آرزومیداشتم فراغت وفرصتی دست دهد که بامراجعه‌بتاریخ وقرآن وتفاسیر واخبار واصله ازائمهٔ اطهار علیهم‌السلام چیزی جامع وهمه جانبه دراین خصوص بنویسم .

وقتی بامرشاهنشاه صحبت از « اصلاحات ارضی » واجرای قانون آن بمیان آمد وعده‌ای به بعضی مراجع تقلید بستند که اصلاحات ارضی را درایران مخالف شرع دانسته‌اند این‌نظریه شدت یافت وحس کنجکاوی مرا برآن داشت که درصدد مطالعهٔ آثارتحقیقی‌فقهاء ودقت درمنابع اصلی این مسئله یعنی کتاب وسنت برآمدم.

البته این عمل ارتباطی بدانشکده نداشت وحتی نمیخواستم درنوشتن وبحث دراین مسئلهٔ اجتماعی مقیدباشم وبهمین جهت برای انتخاب موضوع رساله دکتری مسائلی‌دیگرمورد شور واقع شد اما درخلال صحبت اسمی ازاین موضوع برده شد جناب آقای مشکوة که گوئیا در انتظار شنیدن این مسئله بود دستور فرمودند این موضوع انتخاب وازنظراسلام باتوجه بآیات واستناد باخبار تدوین گردد .

محتاج بتذکر نیست که هم اکنون روش بحث باآنچه درنظر میداشتم فرق میکند واز جنبه‌های عمومی واجتماعی آن کاسته میشود ومطالب باقتضای مقام در لفافهٔ آیات واخبار وباستناد کتاب وسنت بیان میگردد که طبعا فهم آن برای کسانی که اهل اصطلاح نباشند اندکی مشکل است اما امید است توفیق برای رفع این اشکال درآینده حاصل شود وبابسط بیشتری موضوع ازنظراجتماعی واسلامی مورد بحث واقع گردد . اینك باکمال اعتذار ببضاعت مزجات بحکم « ان الهدایا علی مقدار مهدیها » بتهیهٔ ران ملخی میپردازد . وامید است که‌بهدایت وارشادحق ضمن تجزیه وتحلیل موضوع بآیات واخبار مورد استناد (که اغلب شاید شبههٔ تعارض در آنها برود) بوجهی‌اشاره شود که هرخوانندهٔ دقیق حکم مسائل وفروعات را دریابد وحدودحکم هریك ازآیات واخبار مربوطه را بدون احتیاج بتوضیح زائد بشناسد.

# باب اول

## مالکیت بطور کلی

## فصل اول

### مالکیت ازچه مقوله است

« ملك » ازنظر دانشمندان منطق یکی ازمقولات عشرشمرده شده وبعباراتی ازآن تعبیر گردیده است . مثلا دربصائرالنصیریه است « الملك هونسبة الجسم الی حاصرله اولبعضه منتقل بانتقاله کالتسلح والتقمص والتنعل والتختم » .

درشرح هدایهٔ اثیریه ملاصدرا شرح ومتن ممزوج چنین است: « واما الملك ویسمی الجدة ایضا فهوتحصل للشیء بسبب ما یحیط به احاطة تامة اوناقصة طبیعیة کحال الحیوان بالنسبة الی اهابها وغیرطبیعیة وینتقل بانتقاله ککون الانسان یعنی به الحالة الحاصلة لهلاجل کونه متعممما ومتقمصا وقد یعبر عن الملك بمقولة « له » وهواختصاص شیء لشیء من جهة استعماله وتصرفه فیه - فمنه طبیعی ککون القوی للنفس وکذلك کون العالم للباری جل ذکره - و منه اعتباری خارجی ککون الفرس لزید - وفی الحقیقة الملك بالمعنی المذکور یخالف هذا الاصطلاح - قال الشیخ اما انا فلا اعرف هذه المقولة حق المعرفة و قال فی الشفا لم یتفق لی الی هذه الغایة فهمها ویشبه ان یکون غیری یعلم ذلك فلیتامل ذلك فی کتبهم » .

چنانکه ملاحظه میشود صدرالمتالهین در اینجا تصریح فرموده باینکه آنچه ازمقولهٔ « له » خوانده میشود مخالف اصطلاح اولی ملك وجده است .

دراسفار هم تقریباً همان عبارت بالارا ذکر کرده وپس ازجملهٔ «ففی الحقیقة یخالف هذا الاصطلاح» اضافه فرموده «فان هذا من مقولة المضاف لاغیر».

مرحوم آخوند خراسانی در کفایه فرموده است ملك مشترك لفظی است واز برای آن دو معنی است یکی هیئتی که حاصل میشود از احاطهٔ چیزی بچیزی که آنرا «جده» نامند ودیگری اختصاص چیزی بچیز دیگر میباشد وقسم اخیر ناشی میشود یاازجهت اسناد وجود مثل اینکه عالم ملك باریتعالی میباشد بملاحظهٔ اینکه او موجد عالم است واین ملکیت واقعی وحقیقی است و یا ازجهت استعمال وتصرف است چون فرس که مال زید است بجهت کثرت رکوب وباقی تصرفات زید ازحیث استعمال واستفاده ازاسب. ویااین اختصاص ناشی میشود ازجهت انشاء وعقد باکسی که دارای اختیار انشاء وعقد است مانند حصول مالکیت اراضی وعقار بعیده برای مشتری بمجرد عقد بیع شرعاً وعرفاً.

پس ملکی که بنام «جده» است غیر ازملکی است که اختصاص خاص ناشی ازاسباب اختیاری مانند عقد و یا غیر اختیاری مانند ارث وامثال آن دو از اسباب اختیاری وغیراختیاری است.

مرحوم شیخ انصاری در مکاسب فرموده است «الملك نسبة بین المالك والمملوك» ازظاهر این عبارت وعبارات دیگر برمی آید که آن مرحوم ملکیت را ازمقولهٔ اضافه قرارداده‌است بدعوی اینکه نسبت وعلقهٔ بین طرفین ملزوم مرسلطنت فعلیه است وبنابراین ازلحاظ تکرر نسبت نظیر زوجیت وابوت خواهد بود.

صاحب عروه احتمال داده است که ملکیت نفس سلطنت خاصه باشد نه علقهٔ ملزومه برای سلطنت واین معنی را بلحاظ سایر مشتقات باب اظهر دانسته است و بعنوان دفع ما یقال فرموده‌است: عدم ثبوت سلطنت نسبت به صبی ومجنون باتحقق ملکیت آنها درمقام ضرری ندارد چه معنی سلطنت آن دو سلطنت ولی ایشان است والا اگرملکیت را بمعنی «النسبة الملزومة للسلطنة» هم قرار دهیم آن اشکال در مورد صبی ومجنون وارد است.

سپس مرحوم طباطبائی میفرماید شاید تخیل شود که ملکیت ازمقولهٔ جده

بوده وملك از اعراض است درصورتی که چنین نیست . پس ازآن جده را بشرحی که قبلا ذکر گردیده توصیف فرموده ونتیجه گرفته است که ملکیت مورد بحث ما ازاین باب (جده) نیست مگرادعا شود باینکه مقولهٔ جده‌تعمیم دارد وشامل آنچه شبیه احاطهٔ جسم بجسم باشد نیز میشود و بدعوی اینکه مال گویا بمالکش محیط است وبحرکت مالك متحرك‌است ازباب شبه احاطهٔ جسم بجسم داخل درجده قرار داده شود ولی این ادعا مشکل وهم خلاف اصطلاح است . و بهرحال از مجموع عبارات این مرحوم نیزمستفادمیشود که‌بنظرایشان هم مالکیت ازمقولهٔ اضافه‌است.

اما بطوریکه ازتقریرات مرحوم نائینی استفاده میشود ایشان ملکیت را از باب جده میدانسته‌اند النهایه باقائل شدن توسعی درتعبیروتوصیف جده ولی مقررین گویا مطلب را باسلیقهٔ خود تحریرنموده‌اند واندکی خلط روا داشته‌اند مثلا : در تقریرات نوشته آقای خونساری (شیخ موسی) عبارت چنین است :

« الملکیة عبارة من اضافة حاصلة بین المالك والمملوك وهی عبارة اخری عن الجدة غایة الامران الجدة الحقیقیة والواجدیة الواقعیة هی مخصوصة بمن له ملك السموات والارض فانه هوالذی یقدرعلی‌الایجاد والاعدام فهوالواجد الحقیقی والتعبیرعن هذه الجدةبالاضافة الاشراقیة یرجع الی هذا المعنی وکیف‌کان لاشبهة ان من اعلی مراتب الجدة هذه الواجدیة ونظیره فی المخلوقات واجدیة النفس للصورالعلمیة فانها توجدبنفس‌انشاء النفس لها وتنعدم فی‌هذا الصقع بنفس اعدامها فاحاطتنا بمنشات انفسنا نظیر ملکیة الله سبحانه و قدرته و علمه - و اما الملکیة الاصطلاحیة التی هی من احدی المقولات فهی اضعف رتبة و انزل درجة من الجدة الحقیقیة - واما الجدة الاعتباریة فهی اضعف من‌المرتبتین السابقتین ولکن لها نحو تحقق فی عالم الاعتبار وتکون منشأ للاثار وبها یتبدل الاموال ... فان مقصودنا ان ما هو الواقع خارجا والثابت فی عالم الاعتبار هوان صاحب المال له اضافة وجدة کان المالك فی شرق العالم والمملوك فی غربه او کان تحت یده وبلحاظ مالکیتة لهذه الاضافة مسلط علی تبدیل ماله » .

بطوریکه ازعبارت مقرر برمی‌آید دراینجا ازمقولهٔ جده باقسامش از طبیعی وغیرطبیعی بااضافهٔ اشراقی ومضاف حقیقی ومشهوری یك مقوله اصطلاح شده است که حتی در تعریف ملکیت باضافه بین مالك ومملوك تعبیر شده ومع ذلك عبارت اخرای جده دانسته شده است ودرجمله بعد هم اضافه وجده مرادف ذکرشده‌است.

شاید این تعبیر را مقرر ازآنجهت روا دانسته است که مقوله اضافه در تمام مقولات متصور است .

حاج شیخ محمدتقی آملی درتقریرات مرحوم نائینی مطلب وبیان ایشانرا چنین تحریر نموده‌اند :

« ملکیت درباب اموال عبارت ازمرتبه‌ئی ازمقولهٔ جده است چه برای جده مراتبی است بدین شرح :

١ ـ مرتبه وجدان شیء است حقیقتاً بحیثی که آن شیء در حقیقت ازآن واجدش باشد این مرتبه اختصاص دارد بملك الله تعالی لمخلوقاته « **ولله ملك السموات والارض** » وادراك کنه این معنی برای ما ممکن‌نیست مگربنحوتقریب وشبیه‌ترین چیزی که درمقام تمثیل ممکن است آورده شود « هو وجدان النفس الناطقة للصورالمرتسمة فی صقعها» است چه‌نفس بوجدان حقیقی واجد مرآن صور است . اما چون وجود نفس‌قائم بذات خودش‌نیست بلکه‌بمبدع وبارئش‌قائم میباشد پس برای وجودش نفسیتی نیست ولذا وجدان صور مرتسمه هم چنین خواهند بود پس تمثیل تقریبی است .

٢ـ مرتبهٔ وجدان شیء حسا مانند تعمم وتقمص یعنی‌هیئتی که مثلا ازاحاطهٔ پیراهن وعمامه برانسان عارض شود وبدیهی‌است که این هیئت حاصل نمیشود مگر ازاحاطهٔ خاصه . پس هرگاه مثلا پیراهن و عمامه درطرفی قرار گیرد وانسان در طرف دیگر باشدآن هیئت حاصل نخواهد شد .

٣ـ مرتبهٔ وجدان شیء اعتبارا ـ « وهی‌عبارة عن اعتباروجدان‌الشیء واعتبار کون الشیء لشیءآخروهی‌الملکیة المبحوث عنها وحقیقتها هی‌علقة خاصة واضافة

مخصوصة بین المالك والمملوك كخیط متصل بینهما وهی موضوعة للاحكام الشرعیة والعرفیة ـ وهذا الخیط امر اعتباری غیرحسی موجود فی عالم الاعتبار لا الاعتباری بمعنی انیاب الاغوال بل له واقعیة فی نفس الامر ـ وحیث ان تلك الاضافة الخاصة هی بعینها عبارة عن وجدان شیء یعبرعنه بالمالك لشیء یعبرعنه بالمملوك قلنا انها من مقولة الجدة لكنها جدة اعتباریة لاوجودلها فی الاعیان وحیث ان حقیقتها اضافة خاصة بین المالك و المملوك صح ان یقال باندراجها فی مقولة الاضافة كما علیه المحققون ولكل وجه الا ان بناء الاستاد علی الاول » .

شیخ محمدعلی كاظمی خراسانی درتقریرات اصول مرحوم نائینی این مطلب را خلاصه چنین بیان كرده است .

« برای ملكیت وجود اعتباری است بلكه میتوان گفت ملكیت اعتباریه از سنخ ملكیت حقیقیه میباشد كه یكی از مقولات تسع است و ازآن به جده تعبیر میشود چه حقیقت ملكیت واجدیت و سلطنت و احاطه بر شیء است وآن دارای مراتبی است » :

۱ـ مرتبهٔ اقوی واتم آن واجدیت واحاطهٔباری نسبت بماسوی است چه اقوی درجات واجدیت احاطه و واجدیت علت برای معلول است كه وجودش ازمراتب وجود علت میباشد نظیرواجدیت نفس برای صور مخلوقه خود ـ وبالجمله دراینكه واجدیت خالق نسبت بمخلوق ازاقوی مراتب واجدیت است اشكالی نیست .

۲ـ واجدیت درمرتبهٔبعدی واجدیت اولی الامراست كه اولی هستند برمؤمنین ازخودشان ـ وواجدیت آنها مرتبه‌ای ازمراتب واجدیت باریتعالی است .

۳ـ مرتبهٔ پائین ترمالكیت شخص مالك نسبت بمایملك خودمیباشد چه شخص واجد چیزی است كه مالك آن است ومحیط برآن است هرچند درتحت یدش نباشد ومسافتی ازاوبدور باشد .

٤ـ مرتبهٔ ضعیف تر واجدیتی است كه از احاطهٔ شیء بشیء حاصل میشود مثل پیراهن كه درحال تقمص محیط بربدن است یا عمامه كه درحال تعمم محیط

برسر است .

پس ظاهراً وجهی نیست برای اینکه جده اختصاص بقسمت اخیر داده شود که اضعف مراتب آن است بلکه شایسته است مقولهٔ جده تعمیم داده شود بجمیع مراتب واجدیت ـ غایته انه تارة تکون حقیقیة وهی التی تکون من المقولات التسع بمراتبها الثلث و اخری تکون اعتباریة وهی الملکیة التی یعتبرها العرف و العقلا عند حصول احد اسبابها ـ وان ابیت الاعن کون الجدة التی هی من المقولات التسع عبارة عن خصوص المرتبة الاخیرة من الواجدیة جریا علی الاصطلاح فلایضرذلك بالمقصود فی المقام من انه لیست الملکیة من الامور الانتزاعیة وکذا غیرها من سائر الاعتبارات کالحریة والرقیة والزوجیة ونحوذلك . وان الامور الاعتباریة متاصلة بالجعل وان وعاء الاعتبار غیروعاء الانتزاع فاستعمال احدهما فی مکان الاخر (کما عبر الشیخ قده) لیس علی ما ینبغی وسیأتی ان المجعولات الشرعیة کلها تکون من الامور الاعتباریة سواء فی ذلك الاحکام التکلیفیة والوضعیة .

استاد ذوالمجدبن در « الفقه والتجارة » چهار قول در بیـان معنی ملك نقل فرموده وآنهارا رد کرده است بدین ترتیب :

١ـ سلطنت تامه شخص برچیزی .

٢ـ بعضی گمان نموده‌اند ازمقوله جده است که یکی ازاعراض باشد .

٣ـ نسبت بشیخ انصاری داده‌اند که ازاوصاف است مثل ترشی وشیرینی کامنه دربعضی اشیاء .

٤ـ جمعی احتمال داده‌اند که ازامور انتزاعیه است .

اول را رد نموده‌اند باینکه بالوجدان سلطنت ازآثارملك است نه خودملك.

دوم را باینکه «معنای حقیقی جده احاطه شیء است بجسمی که محاط بواسطه انتقال محیط انتقال یابد مثلاهیئت حاصله ازپوشیدن لباس جده است.. که ملکیت این نحو نیست .

سوم را باینکه دراعیان مملوکه هر نحو تامل وتعمل نمائیم صفتی سوای اوصاف

حقیقیه‌اونمی‌یابیم که آنرا ملکیت قرار دهیم .

چهارم باینکه : ملکیت یك نحو تقرر وتاصل را داراست که دراموراانتزاعیه نیست .

استاد محترم درذکراقوال بنظراند کی مسامحه روا داشته‌اند چه اولا قائلین را معرفی نکرده‌اند ثانیاً در کلامی که نسبت بشیخ داده‌اند فرمایش شیخ را باینکه ملکیت از اوصاف است تمثیل بترشی وشیرینی فرموده‌اند ـ درصورتی که ترشی و شیرینی از کیفیات محسوسه است و شیخ چنانکه گذشت ملکیت را از مقوله اضافه میداند وآنچه بشیخ نسبت داده شده آن چیزیست که مرحوم طباطبائی درحاشیه مکاسب با این جمله میفرماید « علی ما اختاره المصنف من ان الملکیة علقة واقعیة بین المالك والمملوك وانها لیست من الاحکام الوضعیة المجعولة و ان العقد سبب واقعی لها غیرمجعول نظیرسائرالاسباب والمسببات الواقعیةکالنار والاحراق مثلا».

وبدیهی است که این تعبیرغیرازآن چیزی است که استاد محترم فرموده‌اند.

ویا قول باینکه مالکیت ازامورانتزاعی‌است بعدا خواهیم دید که‌آنهم وجهی ازتعبیرات شیخ در رسائل در توضیح قول فاضل تونی میباشد و علت آن اینست که شیخ اصولا قائل بمجعول بودن احکام وضعیه نیست بلکه احکام وضعیه بنظر ایشان تبعی ومنتزع ازاحکام تکلیفی میباشند .

# فصل دوم

## ملکیت حکم وضعی و مجعول است بجعل شارع یا نه ؟

این عنوان اگرچه در کتب پیشینیان بروجه استقلال نیامده است ولی در خلال مباحث ، چه دراصول ، و چه در فقه ، علماءِ جزءِ مسائل مشابه ازآن بحث فرموده‌اند که آنچه بابحث وعنوان ما ارتباط داشته باشد ازنظرمیگذرد .

قبل ازبیان اقوال ، برای توجه بمنشأ اختلاف چند امر ذکرمیشود :

**امر اول - اقسام موجود :**

گفته‌اند موجود برسه قسم است ذهنی - خارجی واعتباری .

مقصود ازموجود ذهنی ، چیزی‌است که ظرف تحقق ووجودآن ، ذهن باشد وموجود خارجی ، آن چیزی است که ظرف وجود آن خارج باشد وتأصل هریك ازابن دوقسم برحسب تحقق آن است .

اما مقصود ازموجود اعتباری ، آن چیزی است که وجودآن باعتبار، وظرف وجود وتحقق منشأ اعتبار و انتزاع آن ، خارج باشد نه اینکه خارج ظرف خود آن باشد .

در این قسم ، اختلاف است که آیا موجود است یا معدوم ، و یا واسطه بین معدوم وموجود میباشد ومبنای این اختلاف ونزاع برآن پایه است که آیا وجود، منحصر درذهنی وخارجی است ویا قسم دیگری هم بنام اعتباری دارد ؟.

بیشتر ازمحققین برآنند که برای امور اعتباریه حظی از وجود هست وحتی مرحوم نائینی آنرا متأصل دروجود دانسته است اما نوع دیگری بنام انتزاعی ، بطوریکه درتقریرات اصول ایشان مذکور است قائل شده و میفرماید : شیءِ تارتا تقرر و وجودش در وعاءِ عین است بحیثی که بنفسه ازثابتات در اعیان خارجیه است

چه ازمجردات باشد یاازمادیات ، وتارة تقرر ووجودش دروعاءِ اعتباراست پس تقرر وثباتش بدست کسی است که آنرا تنفیذ مینماید وآن درعالم اعتبار متاصل است همچنانکه اول در عالم اعیان تاصل دارد نهایت آنکه تاصل و وجود اول بارادهٔ تکوینی الهی است وتاصل دوم باعتبار آن است یعنی بنفس اعتبار کسی که اعتبار بدست اواست وجود پیدا میکند مانند ارزش سکه‌ها و اسکناسها که بخودی خود مالیتی ندارند اما بنفس اعتبار دارای ارزش و مالیت میشوند و مرتبهٔ سوم آنکه تقرر و وجودی دروعاءِ اعتبار برای شیءِ نیست بلکه وجودش بسته بمنشأ انتزاع آن است وتقرر ، برای منشأ انتزاع است نه خود آن ، وممکن است منشأ انتزاع از امور دستهٔ اول ، یا دستهٔ دوم باشد چه صحیح است انتزاع ازموجودات در عالم اعیان مانند انتزاع علیت ومعلولیت ازعلت ومعلول خارجی تکوینی. وازموجودات درعالم اعتبار مانند انتزاع سببیت از عقدی که سبب ملکیت و زوجیت درعالم اعتبار است وبدیهی است که عقد ، سبب تکوینی ملکیت نیست زیرا ملکیت غیر ازوعاءِ اعتبار وجودی ندارد و بناچار سبب آنهم بایستی ازسنخ خودش و از امور اعتباری باشد مع‌الوصف وجود اعتباری ، درمثل ملکیت ، غیر از وجود انتزاعی ، درمثل فوقیت میباشد که خارج محمول[1] است وازبرای آن درخارج ما بحذائی نیست بلکه این امور اعتباریه درنفس‌الامر دارای تقرر وثباتند وازبرای آنها نحووجودی درخارج هست النهایه آن تقرر بعین اعتبار محقق میشود .

فلاسفه اعتباری وانتزاعی را یکی دانسته‌اند ونیز شیخ انصاری وسایرعلماءِ اصول بطور مترادف آندورا استعمال مینمایند لیکن مرحوم نائینی چنانکه ملاحظه شد بین آندوفرق قائل شده است .

نکتهٔ دیگر آنکه باصطلاح فلاسفه ، موجود خارجی ، دوقسم است قسمی که

---

(۱) خارج محمول چیزیست که ازذات شیء منتزع وبرآن حمل شود وازعروض و حمل آن چیزی برمعروض اضافه نشود مانند نوعیت وکلیت انسان برعکس محمول بضمیمه که محمول‌چیزی‌ومعروض وذات‌چیزی است چون ابیض نسبت بجسم .

استقلال وجودی دارد ، وباصطلاح اذا وجد وجد لا فی موضوع ، که ازآن بجوهر وذات تعبیرمینمایند. قسم دیگر آنکه دروجود احتیاج بموضوع دارد وازآن بعرض تعبیر مینمایند وآن نیز یا ازافعال ویا از اوصاف ویا سایر عوارض است وبنابراین نمیشودموجود اعتباری موجودخارجی گردد والاّ لازم میآید انقلاب شیء ازچیزی که برآنست وآن محال است .

**امر دوم - تعریف واقسام حکم :**

برای حکم شرعی تعاریف مختلفی نموده‌اند که بنا به بعضی ازآنها ، تقسیم بوضعی و تکلیفی معنی ندارد چنانکه مثلا اگر حکم شرعی عبارت ازعلم باشتمال افعال برمصالح ومفاسد باشد ازدون اینکه دربین جعلی باشد که اقتضای اراده و کراهت درمبدأ اعلی و یا در مبادی عالیه نماید . گفته‌اند این تعبیر بسیار ضعیف مینماید چه لازمهٔ آن اینست که تمام اوامر ونواهی وارده در کتاب وسنت اخبار از صلاح وفساد باشند و درآنها شائبه انشاء نباشد . اما براین ملازمه توالی فاسده‌ای مترتب نمیشود .

در «تهذیب» حکم تعریف شده‌است به « خطاب شرع که متعلق بافعال مکلفین است ازحیث اقتضاء یا تخییر یا وضع » .

معتزله که قائل بحسن وقبح عقلی اشیاء میباشند حکم‌را صفت حقیقیه برای فعل میدانند .

توضیح آنکه اختلاف است دراینکه احکام آیا تابع صفات کامنه دراشیاء میباشند باین معنی که از برای اشیاء صفات و خصوصیاتی است که داعی ، از برای این احکام است حال خواه این صفات درذوات اشیاء باشد خواه دراوصاف لازمه‌آن اشیاء ، یا بوجوه اعتباریه است ، ویااینکه تمام اشیاء مساوی هستند وصفتی درآنها نیست که موجب تکلیف باشد ولکن الله یحکم ما یشاء ویفعل ما یرید واحکام الله معلل باغراض نمیباشند .

امامیه ومعتزله قائل باول هستند ولذاحکم کرده‌اندباینکه ماحکم به الشرع

حکم به العقل واینکه احکام باری معلل باغراض است چه اگراحکام تابع صفات وخصوصیات کامنه دراشیاء نباشند لازم میآید تشریع احکام وارسال رسل لغو باشد زیرا وقتی تمام افعال درذوات وانفس ، باقطع نظرازامرونهی متساوی باشند وبرای آنها حسن وقبحی ازحیث ذات ووصف لازم آنها نباشد ونه بوجوه واعتبارات دارای حسن وقبحی باشند بلکه حسن آنها معلول امر و قبح شان معلول نهی باشد معنی نخواهد داشت که ببعضی ازآنها امرشود وازبعضی دیگر نهی گردد برای اینکه از شخص مختار ، قول وفعلی صادر نمیشود مگر بداعی وغرضی ، و چون فرض این است که افعال متساوی هستند وداعی وغرضی درفعل بعضی وترك بعضی دیگر نیست پس نباید امر ببعضی ونهی ازبعضی شود تااینکه ارتکاب عبث باشد .

اما اشاعره بااختیارقول اخیر، صفت حقیقی بودن حکم را منع کرده وآنرا امری شرعی دانسته‌اند وتعاریف مختلفی برای آن نموده‌اند ازجمله امام غزالی گفته است « الحکم خطاب الشرع المتعلق بافعال المکلفین » بعضی براین تعریف دو کلمه بالاقتضاء والتخییررا اضافه نموده‌اند . برخی دیگر گفته‌اند « الحکم خطاب الشارع المفید فائدة شرعیة » .

لیکن این تعاریف صحیح نیست چه حکم خطاب وقول شارع نیست مثلا وقتی شارع میگوید « نمازرا برتو واجب ساختم » ویا «نمازبگذار» نفس این کلام حکم نیست بلکه وجوب مستفاد ازاین کلام حکم است .

در « زبده » است « الحکم الشرعی طلب الشارع من المکلف الفعل اوترکه مع استحقاق الذم بمخالفته اوبدونه اوتسویته بینهما لوصف مقتض لذلك » .

اما این تعریف فقط شامل احکام خمسه تکلیفیه است و شامل حکم وضعی نمیباشد چه اتفاق است براینکه احکام وضعیه غیرازاحکام خمسه موردتعریف است و اختلاف بین تکلیف و وضع ، از حیث مفهوم مسلم است زیرا سببیت وشرطیت و مانعیت وامثال آنها بحسب مفهوم ومعنی ، غیرازوجوب وحرمت واستحباب و کراهت واباحه است . ونیز برحسب مورد وتصادق خارجی هم ، فی الجمله اختلاف میدارند

برای اینکه مثلا گفته میشود زوال سبب وجوب نمازاست پس مورد سببیت که حکم وضعی است زوال ، و مورد وجوب یعنی حکم تکلیفی نماز است . اما اینکه گفته شد فی الجمله برای اینکه گاهی از حیث مورد ، متفق میشوند مثل اینکه گفته میشود افطار دررمضان حرام ، وسبب وجوب کفاره‌است لیکن تصادق موردی اتحاد نیست وچون تقسیم حکم شرعی بتکلیفی ووضعی صحیح وصحت آن غیرقابل انکار است و شاهد براین مدعی هم ، کثرت اطلاق حکم بروضعی ، در کلمات علمای اعلام است والتزام بتجوز هم بدون قرینه مجوّز ندارد لذا اختصاص حکم بتکلیفی مورد نخواهد داشت ومیبایستی تعریف بروجهی بشود که جامع هردوقسم باشد .

صاحب فصول تعریف تهذیب را تعریف مشهوردانسته وباافزودن کلمهٔ مؤدای خطاب آنرا تکمیل ورفع اشکال نموده وخود نیزچنین تعریف کرده‌است « الحکم الشرعی ما جعله الشارع فی‌الشریعة مما لیس بعمل » واضافه نموده که بقید شارع مجعولات غیر شارع وبقید فی الشریعة مجعولات شارع در غیر شریعت مانند اوضاع شرعیّه بنابرثبوت حقیقت شرعیه وازقید اخیر مانند صلوة وصوم که از مجعولات شارع درشریعت میباشند ولی حکم‌نیستند خارج میشوند .

**اقسام حکم باعتبار حاکم :**

برای مزید توضیح یادآور میشود که حکم باعتبار حاکم برسه قسم است شرعی - عقلی وعرفی ودرهرصورت حاکم دربیان حکم‌خود یادرحکم کردن ناچار است تشکیل قضیه‌ای‌بدهد که حاوی محکوم علیه ومحکوم به ونسبت حکمیه‌باشد. بنابراین برای تحقق هرحکمی ، سه شرط یا شطر ، لازم است موضوع و محمول واثبات محمول برای موضوع . پس بناچار برحسب قاعدهٔ « ثبوت الشیء لشیء ، فرع لثبوت المثبت له اومستلزم لثبوت المثبت له » موضوع قضایای حکمیه‌بایستی موجود باشد .

وجود موضوع قضیه دوصورت دارد خارجیه وحقیقیه وبهمین جهت قضیه را بنام خارجیه ویا حقیقیه میخوانند .

مراد ازقضیه خارجیه دراینجا هرقضیه‌ای است که موضوعش چه خاص وچه عام امری خارجی باشد مانند اینکه مولی بعبدش بگوید این آب رابده یا این کار بخصوص‌را بکن که تکلیف بموضوع خاص شود ویامولی بگوید ازهمه کسانی که درمنزلند پذیرائی کن که حکم تکلیفی بموضوع خارجی عام تعلق گرفته است و همچنین‌درغیرتکلیفی، مانندا‌ینکه زیدرفت . این‌چیزتلخ‌است . یاحاجی‌ها آمدند .

احکام شارع ، از این سنخ حکم که در این نوع از قضایا هست نمیتوانند باشند مگر نسبت ببعضی‌ازدستورات که مربوط بحاضرین زمان خطاب بوده باشد .

اما مراد از قضیه حقیقیه ، قضیه‌ایست که موضوع حکم ، در آن ، بنحو فرض وتقدیر مأخوذ باشد وبناچار موضوع آن ، بایستی عام‌باشد که صدق وانطباق برتمام موضوعات مفروض‌الوجودخارجیه‌نماید مثلاوقتی گفته شود « الخمرمسکر » موضوع قضیه اگرچه عنوان خمروآن چیزی‌است که بحمل‌اولی ، خمربآن گفته شود ولی خمر ، در موضوع بنحوی اخذ شده که برهرچیزی که در خارج ، خمر گفته شود انطباق مینماید پس معنای قضیه حقیقیه ، این‌است که هرگاه بفرض ، چیزی درخارج موجود است وبرآن خمرصدق مینماید آن شیءٍ ، مسکراست .

اینکه میگویند هرقضیه حملیه‌ای ، منحل بقضیه شرطیه‌ای میشود که مقدم آن ، وجود موضوع‌وتالی آن ، ثبوت محمول برای‌آن است معنی‌آن همین است .

تصور نشود این حکم اختصاص بقضایای حملیه یا خبریه دارد چه درقضیه شرطیه وانشائیه هم حال برهمین منوال است زیرا درحکم وجوب حج برمستطیع مثلا ، حاکم ناگزیراست وجود مستطیع‌را فرض‌نماید وحکم کند باینکه حج بر این موضوع مفروض الوجود ، واجب است ولذا هرگاه این‌موضوع وهرقیدی که فرض وجودآن با موضوع شده درخارج ، محقق نشود محال است حکم ، فعلیت پیدا کند بلکه درمرتبه انشاء باقی‌خواهد بود وهرگاه درخارج یافت شد ازمرحله فرض وتقدیر ، خارج شده وبمرحله فعلیت وتحقق‌میرسد و درنتیجه حکم انشاءِ ، شده‌باهمان‌انشاء برای موضوع‌ثابت میشودوفعلیت‌پیدامی کند بسبب‌اینکه مفروض،

ثبوت حکم برای موضوع، برفرض وجود آن است پس بعداز وجود ، همان موجود مشخص بنفسه موضوع حکم خواهد بود نه چیزدیگری زیرا حکم انشاء شده ، حکم برای همین موضوع است نه برای امر دیگری غیراز آن .

اینك باتوجه باینکه حال احکام شرعیه از نظر ثبوت وتنجز آنها برای موضوعات نیست مگر بمثابه حال سایر احکامی که برای موضوعات مقدر ومفروض الوجود ثابت میباشد. معلوم میشود قضایای شرعیه از سنخ قضایای حقیقیه میباشند چه جعل احکام درلسان شارع ، نیست مگر برطبق احکام مجعوله درسایر قوانین صادره از اولیای امور ، پس همانطور که درسایر احکام تخلف حکم از وجود موضوع ، جائز نبوده وبلکه محال است در حکم شرعی نیز چنین است و حکم انشاء شده پس از تحقق موضوع فعلیت پیدا می کند .

پس با بیان فوق ، **حکم عبارت است ازمحمولات مستنده بموضوعات که هرگاه شارع اثبات آن محمولات را برای آن موضوعات نموده باشد بنام احکام شرعی خوانده میشود وقوانین شرع از آنها پدید می آید همچنانکه اگر حاکم آنها عقل ویا عرف باشد قوانین عقلی ویا عرفی از آنها بوجود می آید .**

**تقسیم حکم بتکلیفی ووضعی :**

حاکم قضیه خواه شرع وخواه عقل یاعرف باشد حکم منقسم می‌شود به تکلیفی ووضعی چه احکام یا بفعل ظاهری مکلف ارتباط وتعلق دارند مانند وجوب نماز و زکوة یا بفعل باطنی مثل وجوب نیت وسایر اعتقادات ویا متعلق باعیان میباشند در این صورت یا تعلق میگیرند بعین وشخص مکلف ، مثل بودن مکلف متطهرا فی الوقت الفلانی اومحدثا ـ ویابعین خارجی ، مثل نجاست کلب وطهارت گوسفند ، ومالکیت انسان ومملوکیت اشیاء ویا تعلق میگیرند باحوال اعیان ، دراین صورت هم ، تعلق آنها یا بحال عین مکلف است مثل حالت حیض مکلف که مانع ازصلوة است ویا بحال عین خارجی ، مانند سببیت دلوك شمس برای وجوب صلوة وسببیت عقد

برای تحقق ملکیت وزوجیت - دوقسم اول ازتکلیفیات وبقیه ازوضعیات میباشند .

**اقسام احکام شرعیه :**

گفته شد که احکام تکلیفی شرعی در اصطلاح به پنج قسم منقسم میباشند : وجوب - حرمت - استحباب - کراهت واباحه (این که گفته شد دراصطلاح برای این است که کلمه تکلیف در لغت ببعضی از این اقسام گفته نمیشود ) اما در اقسام حکم وضعی اختلاف شده است بعضی آنرا سه قسم دانسته‌اند که عبارت از شرطیت سببیت وجزئیت باشد - بعضی صحت وفساد را بدان افزوده‌اند وبرخی مانعیت را اضافه کرده‌اند - بعضی دیگر نـه قسم ودسته‌ای چهارده قسم شمرده‌اند وبالاخره بعضی گفته‌اند احکام وضعیه محصور بعددی نیستند بلکه هرآنچه از حکم تکلیفی نباشد واز چیزهائی باشد که جعل آن ازطرف شارع صحیح باشد داخل دروضع است پس حکم وضعی شامل مثل ضمان ومالکیت وحریت وطهارت ونجاست نیز میشود و حق هم همین است .

**اقسام احکام عقلی :**

حکم عقلی نیز چنانچه اشاره شد به تکلیفی ووضعی منقسم میشود واول باقسام پنجگانه بمانند حکم شرعی منقسم میگردد چه عقل وقتی جهات قضیه رادرك نمود یا حکم بحسن آن مینماید یا بعدم حسن آن .

قسم دوم اباحه عقلیه است اما در صورت اول یا حکم بحسن فعل است یـا حسن ترك درهر یك از دو فرض یا با تقبیح نقیض آن است یا بدون تقبیح . این چهار قسم بترتیب عبارت میشوند از : وجوب عقلی - حرمت عقلی - استحباب عقلی و کراهت عقلی .

اما حکم عقلی وضعی ، مانند حکم عقل بشرطیت فهم وقدرت برای تکلیف ، سببیت عدم فهم وقدرت برای سقوط تکلیف وحکم عقل بصحت عمل ، هرگاه بروجهی که امر شده انجام یابد وامثال آن میباشد .

اما اقسام احکام عرفی از تکلیفی و وضعی بمانند احکام شرعی میباشند

باتفاوت حاکم مثلا درماده ۳۱۱ قانون مدنی مقرراست : «غاصب باید مال مغصوب را عینا بصاحب آن رد نماید» وجوب رد عین حکم تکلیفی است ودر ماده ۳۱۵ که میگوید « غاصب مسئول نقص وعیبی است که در زمان تصرف او بمال مغصوب وارد شده باشد هرچند مستند بفعل او نباشد » وماده ۳۱۶ « اگر کسی مال مغصوب را از غاصب غصب کند آن شخص مثل غاصب سابق ضامن است » حکم بضمان حکم وضعی است .

**امر سوم اقسام مرکب :**

مرکب بردوقسم است ذهنی وخارجی وخارجی نیز بردوقسم است حقیقی واعتباری.

مراد از مرکب حقیقی آن است که اجزائش در خارج بالذات موجود باشد مانند معاجین ومراد ازمرکب اعتباری اشیاء غیرملتئمه وامور متکثره‌ای هستند از مقوله عرض وفعل که بتدریج حاصل گردیده ومقید بوجود چیزی وعدم چیز دیگر شده‌اند ولحاظ جاعل از آنها شیئی واحدی ساخته است . یعنی جاعل بجهت اینکه هر یك از آن امور مدخلیت درحصول غرض وخواص ومصالح مورد نظر اودارند آنها را بوصف اجتماع تصور مینماید پس قبل از ملاحظه این وحدت نه کلیتی ونه جزئیتی است بلکه امور متکثره‌ای بیش نیستند ووقتی وحدت بر آنها عارض میشود ( خواه وحدت لحاظ یا وحدت غرض یاوحدت امریا وحدت زمان یاوحدت مکان و امثال آنها ) هریك از آن امور جزء، ومجموع آنها کل ، میگردد وباختلاف وحدات ، نسبت واضافه جزئیت مختلف میشود مثلا گفته میشود جزءِ ملحوظ ، جزءِ موضوع غرض ، جزءِ ماموربه ، جزءِ موجود در زمان ، وجزءِ موجود درمکان .

اما مرکب ذهنی در مقابل مرکب خارجی بمعنی عام است .

اینك اگر مرکب ، ماموربه واقع شود امر باین مرکب ، مستلزم تصور اجزاءِ ذهنیه و خارجیه وسبب ان خواهد بود پس در مثل قوله تعالی« اقم الصلوة لدلوك الشمس الی غسق اللیل » تصور اجزاءِ وشرایط وغیر آنها ازموارد احکام وضعیه قابل انکار نیست واحدی منکر آن نمیباشد ولیکن این امر دخالتی در حکم وضعی آنها

ندارد ، باینکه حکم وضعی ، درامثال مقام در مقابل حکم تکلیفی مجعول بالاصاله باشد چه بابودن حکم تکلیفی احتیاجی بوضع نیست زیرا اتصاف اجزاء متصوره برای مرکب ، بجزئیت یاشرطیت ماموربه ، قبل از امر صحیح نمیباشد و بعداز امر بدون جعل دیگری ازجزء وشرط ماموربه بملاحظه امرمنتزع میشود .

**امر چهارم طرح مورد نزاع :**

در مجعول بودن احکام تکلیفی اختلافی نیست و اینکه بعضی گفته‌اند حکم تکلیفی گاهی تابع حکم وضعی، و گاهی برعکس است شاید مراد تبعیت بحسب کشف باشد یعنی ازقضیه‌ای که ظاهردرجعل حکم وضعی است انتقال حاصل میشود بجعل حکم تکلیفی ، بطریق کشف ویاتبعیت بدان معنی باشد که حکما درمسئله ماهیت ووجود ذکر کرده‌اند .

اما اختلاف دراین است که آیا احکام وضعیه مانند احکام تکلیفیه مجعولند بجعل شرعی ، خواه بجعل مستقل باشد ویابجعل واحد ، یانه ؟ بلکه صرفا انتزاعی واعتباری بوده ومنشاء اعتبار وانتزاع آنها احکام تکلیفی میباشند مثلا درقوله‌تعالی « اقم‌الصلوة‌لدلوك الشمس » آیا شارع دوچیزایجاد وانشاء کرده‌است ، یکی وجوب صلوة عندالدلوك دیگر سببیت دلوك برای وجوب صلوة ، ویادرمثل « دعی الصلوة ایام اقرائك » انشاء منحل بدوانشاء است که یکی‌حرمت نماز ووجوب ترك آن در حال حیض باشد ، ودیگری مانعیت حیض‌ازوجوب صلوة . یا اینکه مجعول بجعل شارع فقط حکم تکلیفی است اما حکم وضعی اعتباری است که ، معتبر بعد ازجعل حکم شرعی بروجه خاصی‌اعتبار وانتزاع‌مینماید پس آنچه درقوله‌تعالی « اقم‌الصلوة . . الخ » بانشاء شرعی انشاء شده ، جزوجوب صلوة ، عند دلوك الشمس ، نیست لیکن عقل ، ازاین طلب مقید ، سببیت دلوك رابرای وجوب صلوة انتزاع مینماید وهمچنین درسایر احکام .

اما این گونه طرح شدن مورد نزاع بنابراین است که حکم وضعی منحصر بسببیت وشرطیت وجزئیت ومانعیت وامثال آن باشد ولی بنا **برتعمیم حکم وضعی**

ومحصور نبودن آن چنانکه شامل امثال ملکیت ورقیت وحریت وزوجیت نیز بشود مورد نزاع ، وادعای منکر جعلیت وقائل بجعلیت احکام وضعی، این است که، منکر جعلیت آنچه را انکار می کندعبارت ازتعلق جعل شرعی بحکم وضعی میباشد بدین معنی حکم وضعی که ازمقوله فعل شارع باشد بعنوان انه شارع ، مجعول نمیباشد خواه ازاموراعتباریهٔ انتزاعیه .مانندسببیت و شرطیت باشد **وخواه ازموجودات** خارجیهٔ که شارع من حیث انه شارع در آنها دخالت نمیدارد .

وقائل بجعل آنچه ادعا می کند عبارت از اینست که لازم نیست جعل حکم وضعی بانشاءِ مستقل وجدا ازانشاءِ حکم تکلیفی باشدبلکه ممکن است بجعل مستقل باشد ویابجعل حکم تکلیفی جعل شود بطوریکه حکم تکلیفی ووضعی هردو مجعول بجعل واحد باشند .

## بیان اهم اقوال

### الف ـ مجعول بودن احکام وضعی مطلقا:

جماعتی ازخاصه این قول را اختیار کرده اند ازجمله آقای سید محسن کاظمی درشرحش بروافیه بر آن است ودرمناهج واشارات این قول بمشهور نسبت داده شده وبنا بگفته مرحوم کلباسی مشهور این است که امثال مالکیت احکامی مستقل و ومجعول از طرف شارع میباشند و این چنین احکامی که اقتضائی و تخییری نیستند حکم وضعی نامیده میشوند .

بعضی از عامه نیز قائل باثبات احکام وضعی میباشند و در تعریف فقه کلمه « والوضع » را افزوده اند . استدلال برای این قول بوجوهی است ازجمله :

**وجه اول** ـ آنکه نمیتوان این ادعارا پذیرفت که احکام وضعیه منتزع ازاحکام طلبیه میباشند چه لازمهٔ این ادعا آنست که هیچگاه ودرهیچ مورد حکم وضعی بدون حکم تکلیفی تحقق نیابد چه بالبداهة محال است امر انتزاعی از منشاءِ انتزاعش تخلف نماید واین تخلف مخالف اقتضای قضیه تبعیت است درصورتی که دربسیاری

از موارد حکم وضعی تحقق پیدا می کند که قابل حکم تکلیفی نیست چه برسد منتزع از آن باشد مثلا ضمان درحال صغروجنون ونوم بسبب اتلاف آنها مال غیررا ثابت است اما تکلیف که وجوب اداء باشد بر آنها نیست و یا جنابت دراین احوال حاصل میشود ازدون اینکه غسل بر آنها واجب باشد پس مجعول بودن احکام وضعی قابل انکار نیست .

باین استدلال شیخ و دیگران جواب داده‌اند باینکه حکم تکلیفی ممکن است فعلی و منجز باشد وممکن است معلق باشد . تخلف دوحکم هرچند در صورت اول دراین موارد لازم میآید لیکن در صورت دوم تخلف لازم نمیآید و کسی ادعا نکرده است که حکم وضعی فقط ازحکم فعلی منجز انتزاع میشود بلکه نظر قائل بانتزاع حکم وضعی ازحکم تکلیفی اعم ازفعلی منجز ومعلق میباشد و بدیهی است که قضیهٔ تعلیقیه فعلاموجوداست هرچند معلق علیه موجودنباشد چه صدق شرطیت موقوف برصدق شرط نیست مثلا در مورد مثال که میگوئیم اتلاف صبی یا مجنون یا نائم سبب ضمان آنها است یعنی غرامت مثل یا قیمت بر آنها واجب است زمانی که شرایط تکلیف از بلوغ وعقل و یسار وغیره درآنها جمع بشود . پس هرگاه شارع شخص واجد شرایط تکلیف را ( از بلوغ وعقل و یسار وغیره ) مخاطب سازد باینکه « اغرم ما اتلفته فی حال صغرك » ازاین خطاب معنائی انتزاع میشود که از آن بسببیت اتلاف برای ضمان تعبیرمیشود و گفته میشود آن شخص ضامن‌است‌بدین معنی که عند اجتماع شرایط تکلیف براوغرامت واجب‌است همچنانکه اگربگوید « اغرم ما اتلفته » نیز سببیت اتلاف انتزاع میشود . بعلاوه فرض وجود خطاب و تکلیف درحال صغر نیز ممکن است . لیکن نه نسبت بصغیر بلکه نسبت بولی او و همین مقدار برای انتزاع کافی است زیرا آنچه اقتضای قضیهٔ تبعیت است وجود حکم تکلیفی‌است که برای انتزاع حکم وضعی صالح باشد خواه متعلق بنفس فاعل باشد یابغیراو . اما این جواب بنظر قابل تامل است .

**وجه دوم** : استدلال محقق کاظمی است باینکه ارجاع حکم وضعی بتکلیفی

بدیهی البطلان است وذوق سلیم ووجدان بربطلان آن گواه است ونیازی باستدلال برامر بدیهی نمیباشد چه ادعای اینکه معنی سببیت دلوك وجوب صلوة عند دلوك میباشد مخالف بامشاهدهٔ وجدان است وتغایر آندو برما عیان است .

**جواب** ـ این بیان ادعای صرف است چه همانطور که گذشت رای محققین ازعلماء برخلاف این ادعا است ودرامری که باین مرتبه ازبداهت باشد هیچگاه نمیبایستی ازعلماء مخالفی میداشت وکسی هم ادعای اتحادوضع وتکلیف را مفهوما ننموده است .

**وجه سوم** : بسیاری ازخطابات ازقبیل لاصلوة الابطهور ـ ولاصلوة الابفاتحة الکتاب ـ والماء کله طاهر ـ و من اتلف مال الغیر وغیراینها ظهور در وضع دارند نه تکلیف وموجبی نیست که ازظاهر این خطابات عدول شود پس حکم بمقتضای آنها میشود .

**جواب** ـ فرض ظهور اخبار مذکور دروضع وقتی قابل قبول است که درمثل مثال اول ( لاصلوة الابطهور ) انشاء شرطیت ودردومی ( لاصلوة الابفاتحة الکتاب ) انشاء جزئیت فاتحه برای صلوة ودرسوم (الماء کله طاهر) انشاء طهارت ودرچهارمی انشاء سببیت اتلاف شده باشد درصورتی که ممکن است اینها جملات اخباریه باشند نه انشائیه واولی و دومی اخبار باشند ازاینکه امر بصلوة متعلق به مرکب ومقید میباشد وسوم نیز اخبار ازصفت آب باشد بنابراینکه طهارت صفت واقعیه‌ای باشد نه مجعوله . وچهارمی اخبار ازجعل حکم تکلیفی باشد زیرا نیازحکم تکلیفی بجعل جاعل مورد اتفاق است بعلاوه اگراین خطابات چنین ظهوری هم داشته‌باشند چون جعل احکام وضع معقول نیست ناگزیر باید ازظاهر انصراف حاصل شود .

وجه عدم معقولیت آن این است که موجود اعتباری ممکن نیست در خارج وجود یابد بلکه وجودش باعتبارمعتبرمیباشد بوضعی که اگرمعتبر آنرا اعتبارنکند اصلا چیزی نخواهد بود واما حکمی که ازطرف حاکم ایجاد میشود از موجودات خارجیه وازمقولهٔ عرض وفعل حاکم میباشد پس چطور ممکن است وجود اعتباری

پیدا کند یعنی تباین دو وجود وتنافی دواقتضا بدیهی است . توضیح بیشتر این وجه دروجه سوم ازدلائل قائلین بانتزاع وما بعدآن مشاهده شود .

**ب - انتزاعی بودن احکام وضعی از تکلیفی :**

باین قول نیز جماعتی تصریح نموده‌اند واز جمله شیخ بهائی در « زبده » میفرماید « والوضع لیس عندنا حکما » ودرتعریفی هم که ازحکم نموده وقبلا ذکر شد حکم وضعی را ذکر نکرده است و نیز ظاهر از تعاریفی که بعضی دیگر برای حکم نموده‌اند بروجهی که اختصاص بحکم تکلیفی دارد این است که وضعی را حکم ندانسته‌اند .

درشرح وافیه سیدصدرالدین این قول بمحققین ودرشرح مازندرانی بر«زبده» نسبت بمشهور داده شده است . وشیخ انصاری هم براین قول است .

استدلال آنها نیز بوجوهی است که عمده واهم آنها از کلام شیخ انصاری نقل میشود وچنین است :

**وجه اول** - آنکه خطابات شرعی از لحاظ افاده و استفاده مانند خطابات عرفی‌است که گفت « وما ارسلنا رسولا الابلسان قومه » ودرعرف بارز وظاهرترین جملاتی که مفید حکم وضعی است جملهٔ شرطیه است که سببیت و شرطیت شرط را برای جزاء افاده مینماید وشکی نیست دراینکه مولی هر گاه مثلا بگوید « اززید پذیرائی کن اگرنزد توآمد » جز امر باکرام وایجاب پذیرائی هنگام آمدن زید، چیز دیگری ازاین خطاب عرفی فهمیده نمیشود همچنین هر گاه امر باتیان مرکبی بنماید معنی آن فقط انشاء وجوب متعلق بمرکب است لاغیر .

ممکن است گفته شود انشاء و امر باتیان مرکب ذو اجزاء ، منحل می‌شود بانشاآت متعدد ، ازقبیل انشاء وجوب - انشاء جزئیت جزء و کلیت کل وهمچنین درشرطیت شرط وسببیت سبب .

لیکن این ایراد برخلاف فهم عرف ووجدان است چه دیده نشده است کسی ادعا نماید، کلیت کل ، ازاحکام وضع است درصورتی که اگرقائل بانحلال انشاء،

بانشاآت عدیده بشویم فرقی بین جزئیت جزء و کلیت کل از لحاظ جعل نمیشود قائل شد ولذا باید گفت هردومنتزع ازامر بمرکب میباشند .

**وجه دوم** - آنکه حکم وضعی احتیاجی بجعل ندارد چه بدیهی است که اعتبار حکم وضعی واستناد آن بشارع ، باصدور حکم تکلیفی ازشارع صحیح است زیرا درمثل قوله‌تعالی «اقم‌الصلوة لدلوك‌الشمس» وقوله «دعی‌الصلوة ایام اقرائك» خطاب‌تکلیفی‌است وخطاب دیگری هم برای جعل سببیت دلوك ومانعیت حیض وارد نشده است مع الوصف درالسنهٔ فقهاء سببیت دلوك و مانعیت حیض مشهور میباشد . واین تصریح فقهاء بسببیت ومانعیت درمثل مقام دلیل قائل بودن آنها بانتزاع حکم وضعی ازتکلیفی وصحت انتساب آن بشارع است .

**وجه سوم** - آنکه مجعول بودن احکام وضعی معقول‌نیست چه مراد به‌جعل این است که شارع این صفات وعناوین را اختراع وایجاد کرده‌است بدین معنی که اگرانشاء وجعل شارع نبود آن احکام یعنی سببیت یا جزئیت یا مانعیت ورافعیت وامثال آنها که ازاحکام وضعیه میباشند نه دروعاء خارج وجودی میداشت ونه درنزد عقل ، نه‌بطور واقعی ، ونه بنحوانتزاع ازشیء دیگرواعتبار . اما این معنی دراحکام وضعیه غیرمعقول‌است زیرا این عناوین واوصاف که‌بنام حکم وضعی‌خوانده میشوند بدون توجه‌بجعل شارع وبلکه باعدم جعل موجود میباشند مثلا وقتی شارع وجوب نماز را معلق میسازد برتحقق دلوك بقولـه « اقم الصلوة لدلوك الشمس » و یا نهی میکند ازنماز گزاردن در دار مغصوبـه بقولش « لاتصل فی الدار المغصوبة » بدون آنکه دراول انشاء سببیت ودر دوم انشاء مانعیت نموده باشد وحتی برفرض غفلت ازاین‌نحوانشاآت ازکلام شارع همان چیزاستفاده میشود که ازخطابات عرفیه یعنی ترتب وجوب صلوة برتحقق دلوك که همان معنی‌سببیت درمثال اول‌است وعدم‌تحقق صلوة در مکان غصبی که همان معنی مانعیت باشد درمثال دوم فهمیده و تعقل میشود و بدیهی است بافرض وجود وتحقق صفت سببیت و مانعیت وامثال آنها بدون انشاء مستقلی از شارع معقول نیست که شارع در مقام تحصیل حاصل وجعل آنهـا بنحو

استقلال بر آید .

این دلائل قائلین بانتزاع برفرض تخصیص حکم وضعی بسه‌یاچهارقسم یعنی سببیت وشرطیت ومانعیت وجزئیت میباشد. **اما برفرض تعمیم** حکم وضعی وشمول آن بمثل صحت وبطلان وملکیت ورقیت وحریت وغیره استدلال نموده‌اند باینکه اگر گفته شود سایر احکام وضعیه هم بمثل چهارتای مذکور ازامور اعتباریه و انتزاعیه هستند (چنانکه ظاهرقول شهید است که ملکیت را تفسیرفرموده بانها مما یجوزالانتفاع بالملك ونجاست‌رابا‌ینکه عبارت‌ازوجوب اجتناب وعدم جوازاستعمال آن دراکل وشرب وصلوة‌است ویابترتیبی که شیخ‌انصاری‌برای منشأ انتزاع هریك ازاحکام وضعی حکمی تکلیفی بیان فرموده ومثلا ملکیت را ازاباحهٔ تصرف مالك وحرمت تصرف غیرمنتزع دانسته‌است) پس عدم معقولیت تعلق جعل باموراعتباری بلحاظ تباین دووجود نسبت باین امورنیزموجود است واگرازامورخارجیه وواقعی که موجودند درذوات وافعال فرض شوند تعلق جعل شرعی بآنها محال است چه حکم از قبیل فعل است که قائم بحاکم میباشد واین اشیاء براین تقدیر از اوصافی هستند که واقعا در متعلقاتشان موجود میباشند پس قیام این اوصاف بحاکم محال است وبلکه حکم‌حاکم بمقتضای علم وی‌کاشف ازوجود واقعی‌آنها خواهد بود پس آن حکم اخبار ازواقع است نه جعل شرعی .

**حاصل آنکه دربارهٔ** ملکیت و مالکیت بنابرروش شیخ انصار وکسانی که قائل بمجعول نبودن احکام وضعی هستند استدلال این است که مالکیت ازسه حال خارج نیست : یا ازاموری است که دارای تاصل و واقعیتی در واقع ونفس الامر میباشند یاازاموری است که واقعیت نفس‌الامری برای‌آنها نیست ولی دارای تاصل و واقعیتی درنظر اهل عرف هستند و یا ازامور اعتباری بمعنی انتزاع آن ازتکالیف میباشند .

**درصورت اول** - چنانکه گفته شد شارع اخبار ازواقع‌نموده وواقعیت‌آنرا کشف وظاهر ساخته است .

**درصورت دوم** - بلحاظ اینکه حکم فعل وقائم بحا کم است وباوجود اعتباری مفروض در اینجا مباینت دارد جعل آن از طرف شارع مقدور نیست بعلاوه براین مبنا مالکیت دارای وجود اعتباری میباشد که منشأ اعتبار آن نفس اعتبارعقلا است. مثلا اهل عرف گمان میکنند ملکیت چیزی‌است دارای تاصل وواقعیت که موضوع حکم شارع شده وبر آن جواز تصرف مترتب میشود . و همینطور رقیت وحریت را دوامرموجود تصورمینمایند که شارع بر آن دو ، حکم خاصی ، مترتب ساخته‌است.

این عقیده که ملاك دروجود اینگونه امور وجود آنها درنظرعرف است گویا مورد نظر صاحب « ریاض » هم بوده است که در کتاب « مضاربـه » دین را مملوك دانسته‌است بااینکه ملك خواه ازمقولهٔ جده وخواه اضافه‌باشد عرض‌است که محتاج بمحلی‌است ( چه عرض عبارت ازموجود درموضوع است درقبال جوهر که موجود لا فی الموضوع میباشد) وذمهٔ مدیون محل برای وجود وتعلق ملك نمیتواند باشد مگر بنابرنظر واعتبار اهل عرف و بنابراین جعل شارع براین فرض دخلی در آن ونظایرش نخواهد داشت .

**اما صورت سوم** - که مالکیت انتزاعی ومنشأ انتزاع آن حکم‌تکلیفی باشد درامکان وصحت آن اشکالی نیست .

**ج - تفصیل باینکه درشرطیت وجزئیت اعتباری‌است ودرغیر آن جعلی.**

این قول ظاهر چیزی است که از کلام صاحب فصول درموضوع اصالة العدم استفاده میشود چه درمورد اخبار وضع و رفع فرموده است ظاهر ، وضع مؤاخذه و عقوبت و رفع آن دو میباشد وحمل آن دو بررفع نفس حکم وتعمیم بحکـم وضع بااینکه ازسیاق عبارت بدوراست منافی چیزی است که نزد اصحاب ثابت است وآن این است که احکام وضع دائر مدار علم بلکه عقل وبلوغ نمیباشند ولذا در مباحث فقه دیده میشود که بترتب احکام وضعیه ( مثل حدث بانواعش و طهارت ونجاست و ملکیت متعلقهٔ بعین و منفعت باقسامش که مقرر است ، وضمان وخیارات وصحت و بطلان وغیراینها) برصغیرومجنون وغافل حکم میدهند مگردرمواردااستثنائی ونادر.

پس آنچه اتفاق علماء در آن ظهوردارداین‌است که‌اصل دراحکام وضعی‌اطلاق وعموم آنها است برای عالم وغیرعالم واینکه خروج ازاین‌اصل دربعض مواردنادره‌بواسطهٔ دلیل خاص‌است. بعد میفرماید « لکن لاخفاءِ فی ان الجزئیة والشرطیة لایستدعیان وضعا مغایرا لوضع الکل و المشروط بل هما اعتباران عقلیان متفرعان علی وضع الکل والمشروط وعدهما من الحکم‌الشرعی مبنی‌علی‌مراعاة هذا الاعتبار والافلیسا عند التحقیق منه » .

برخی ازمتاخرین مانند مرحوم نائینی درمانعیت وسببیت نیز قائل بانتزاع وعدم جعل بوده‌اند .

**د - قول بتفصیل بروجهی‌که مرحوم آخوند خراسانی بیان فرموده**

بدین خلاصه‌که احکام وضعیه سه دسته‌اند:

۱ــ غیرقابل جعل اصالی وتبعی وانتزاعی .

۲ــ قابل جعل تبعی وانتزاعی .

۳ــ قابل جعل اصلی واستقلالی وهم تبعی وانتزاعی .

**دستهٔ اول** ــ مانند سببیت ـ شرطیت ـ مانعیت ورافعیت میباشند برای چیزی که سبب وشرط ومانع ورافع‌تکلیف است چون این‌عناوین، اعتباری محض میباشند که وراء اعتبار، حقیقتی برای‌آنها نیست بناچار منشأ معینی برای اعتبار وانتزاع آنها باید باشد این منشأ یا تکلیفی است که برموضوعات آنها مترتب است یا جعل آنها مستقلا و بالاصالة ، بدین معنی همانطور که اگر شارع بگوید « هذا واجب » حکم وجوب ازآن انتزاع میشود همینطور صحیح باشد بگوید « هذا سبب وهذا شرط » و سببیت و شرطیت ازآن انتزاع شود یا خصوصیت ذاتیه‌ای است که قائم بموضوعات‌آن عناوین میباشند .

قائلین بانتزاع از جمله شیخ انصاری اول را اختیار نموده‌اند ، و دوم یعنی انتزاع عناوین مذکور از مجرد جعل بمشهور نسبت داده شده است ، اما سوم که منشأ انتزاع خصوصیات‌کامنه درموضوعات باشد مختار صاحب کفایه است و استدلال

فرموده‌است بربطلان جعلیت آنها بلزوم خلف، بدین بیان که، اگرعناوین مذکور مجعول باشند لازم میآید وجودا وعدما اعتبار آنها منوط بجعل باشد بنوع اناطهٔ هر معلولی برعلتش ، ولازم بالبداهة ، باطل است چه مثلا انتزاع وصف سببیت ، برای دلوك شمس ، وقتی صحیح است که در دلوك ، خصوصیتی باشد که برآن ، وجوب صلوة مترتب شود هرچند انشاءِ سببیت هم ، برای آن نشود مانند حرارت وسوزندگی درآتش، واین خصوصیت ، بمجرد انشاء مفاهیم عناوین مذکوره، بمثل اینکه بمنظور انشاء نه اخبار ، گفته شود « دلوك الشمس سبب لوجوب الصلوة » ایجادنمیشود . پس اگردلوك ، بنحوی باشد که برآن وجوب مترتب نشود هرگاه انشاء سببیت هم بشود فایده نخواهد داشت واعتبارسببیت ، صحیح نمیباشد چه‌باید بین علت و معلول ، سنخیت وربط خاصی باشد که مؤثر درمعلولش واقع شود والاّ هرچیزی میبایستی علت هرچیزی ومؤثر درهرچیزی میبود .

ونیز بربطلان انتزاع عناوین مذکور ازتکلیف استدلال فرموده بلزوم تاخر سبب ازمسبب ، باین بیان که وقتی وصف سببیت ، منتزع از سبب باشد لابد بایـد متاخرازمسبب باشد پس لازم میآید ذات سبب ، بوصف‌بودن سبب ، ازمسبب مؤخر باشد و این محال است . بجهت اینکه تقدّم سبب برمسبب وعلت برمعلول از حیث رتبه ازواضحات است .

ممکن است ازاین دلیل جواب داده شود باینکه :

**اولا** - آنچـه محال است تأخر نفس سبب است ازمسبب ، واما تاخر وصف سببیت از ذات مسبب ، محال نیست چه اعتبار سببیت وشرطیت و مانعیت و رافعیت ملازم اعتبارچیزهای مقابل هریك یعنی مسببیت ومشروطیت وممنوعیت ومرفوعیت میباشد ومنشأ اعتبار جمیع ، ترتب وجود مشروط ومسبب بروجود ذات سبب وشرط است وعدم‌آن دو ، بروجود مانع ورافع .

این اعتبارات مانند اعتبار فاعلیت ومفعولیت وموجبیت وقابلیت میباشد. پس همانطور که اعتبار فاعلیت بلحاظ فعل میباشد همینطور است اعتبار این عناوین ،

وخصوصیتی که درمثل سبب ومسبب است ، درترتب مسبب برسبب دخیل میباشد اما وصف‌واعتبار سببیت ومسببیت دررتبهٔ مؤخر ازملاحظهٔ سبب ومسبب است .

**ثانیاً** - اطلاق سبب برمثل دلوك مسامحه است چه سبب حقیقی برای وجوب که نسبت بموجب ، فعلی اختیاری است ارادهٔ فاعل است النهایه دلوك ازقبیل داعی است که مرجّح میباشد نه سبب ، پس اطلاق سبب بردلوك ادعائی‌است ومصحح این ادعا ، ممکن است خصوصیت قائمه درآن باشد وممکن است ترتب وجوب ووجود مسبب بردلوك بنحوی که برسبب حقیقی مترتب میشود مصحح باشد .

**دستهٔ دوم** - مانند جزئیت وشرطیت ومانعیت وقاطعیت‌است برای چیزی که جزء وشرط ومانع وقاطع مکلف به میباشد .

توضیح آنکه هر گاه‌بامور‌ی‌تدریجی‌الحصول ومتصل ، که مقید بوجودچیزی وعدم چیزی دیگر باشند امر بشود - هریك از این امور جزء مامور به و مجموع آنها تمام مامور به خواهد بود وآنچه وجودش قید است شرط ، وآنچه عدمش قید است مانع، وآنچه منافی اتصال ملحوظ ومعتبراست قاطع میباشد مثلا درمثل صلوة ماموربه ، جزئیت سوره وشرطیت طهارت وقاطعیت حدث وتکلم ، ومانعیت حیض، که حکم وضعی میباشند اصالتا واستقلالا قابل جعل نیستند بلکه بتبع ملاحظهٔ امر جعل شده‌اند چه عنوان جزئیت ویا شرطیت ماموربه مثلا ، نسبت بماموربه بوصف انه مامور به میباشد ومادامی که امری نباشد وصف وعنوان مامور به ایجاد نمیشود تاجزءِ وشرطی برایش فرض شود .

**دستهٔ سوم** - مثل حجیت وقضاوت وولایت ونیابت وحریت ورقیت وزوجیت و ملکیت است . این دسته اگرچه ممکن است منشأ انتزاع آنها احکام تکلیفیه باشد اما استقلالا و بالاصاله هم ، قابل جعل میباشند که منشأ انتزاعشان جعل آنها بانشاءِ باشد وبدلائلی که ذیلا بآنها اشاره میشود جعل اصالی واستقلالی‌آنها محرز ومسلم است چه :

**اولا** - امثال ملکیت اگر منتزع ازاحکام تکلیفی میبود بایستی اعتبار آنها

بدون ملاحظهٔ منشأ انتزاعشان صحیح نباشد والاتخلف منتزع، ازمنشأ انتزاع لازم می آمد درحالی که بالبداهة ، این تخلف وانفکاك صحیح است وازمجردجعل وانشاء آنها ازطرف شارع یا کسی که شارع این اموررا باو واگذارنموده انتزاع میشوند چنانکه وجدان بصحت انتزاع ملکیت وزوجیت وطلاق وعتاق بمجرد عقد وایقاع مخصوص بهریك ازطرف کسی که اختیار بدست اواست بدون ملاحظة تکالیف وآثار مترتبه برآنها حکم مینماید .

**ثانیاً** - اگر این عناوین ملکیت وزوجیت منتزع ازآثار وتکالیف بودند نه از انشاء مستقل - لازم می آمد برانشاآت مربوطه عناوین مذکور مترتب نشوند بااینکه مقصود ازانشاء ترتب عنوان است وبرعکس، آثاربرآنها مترتب میشد وحال اینکه آن ترتب ، اغلب مورد نظر وقصد ، حین انشاء نیست وبعبارت دیگر لازم می آمد ( ان لایقع ما قصد ووقع ما لم یقصد ) .

**ثالثاً** - انتزاع این اموروعناوین ازتکالیف صحیح نیست ومثلاملکیت ازاباحهٔ تصرف ، و یا زوجیت ازجواز وطی ، انتزاع نمیشوند چه اغلب مشاهده میشود که عناوین مختلفه ، دارای منشأ انتزاع واحدی میباشند وگاهی منشأ انتزاع موجود میشود ولی عنوان مربوط بآن ازآن انتزاع نمیگردد وبرعکس - مثلا درااباحات ومعاطات بنابرمشهور اباحهٔ تصرف هست ولی ملکیت نیست وصبی و محجور علیه ومجنون مالك است وملکیت هست اما اباحهٔ تصرف برای اونیست .

**درثمرهٔ اختلاف** - ازآنچه گذشت معلوم گردید بین فحول ازاصولیین وفقهاء درجعلیت وعدم آن بنحو مطلق یا بتفصیل نسبت بمواردی که بنام وضع خوانده میشود و از جمله مالکیت ، اختلاف است . این اختلاف اختلاف مبنائی است که ناگزیر مستلزم اختلاف درثمره ونتیجه میباشد وبهمین جهت هم دراین مسئله دقت کافی شده وهریك بعقیدهٔ خود برای اثبات عقیدهٔ خویش استدلال وافی نموده‌است که باهم استدلال آنها بطور اختصار آشنائی حاصل شد واینك بمهم ازنتایج وثمرات ذیلا اشاره میشود :

۱ - ثبوت احکام وضعیه بنابرقول بجعل مشروط بشرایط احکام تکلیفیه از بلوغ - علم - قدرت وعقل نمیباشد بخلاف قول بعدم جعل وانتزاع که حکم وضعی تابع حکم تکلیفی‌است - پس بنابراول صبی ومجنون ونائم بواسطهٔ اتلاف مال غیر ضمان فعلی پیدا میکنند هرچند مکلف باداء وپرداخت فعلی، ولی آنها است ولذا ضمان فعلا درحق آنها ثابت است بخلاف وجوب اداء که معلق برحصول شرایط تکلیف است ویا درباره ولی فعلا ثابت است .

ونیزجنابت ، بدخول وادخال ، حاصل میشود اما غسل برآنها واجب نیست همچنین مال مورث بموت او ، بورثه‌اش منتقل میشود هرچند ورثه ندانند - واگر درترکهٔ مورث ، بنده‌ئی باشد که بمالك شدن آنها آزاد میشود بافوت مورث آزاد میگردد .

وازنظراستدلال، باستنادلزوم تکلیف ما لایطاق احکام تکلیفیه، منتفی‌میشوند لیکن تمسك بلزوم مذکور ، ونفی‌حکم وضعی ، صحیح نیست چه بنابرجعل گفته شد که ثبوت حکم وضعی مشروط بشرائط تکلیف نیست .

این ثمره با فرضی که از کلام شیخ گذشت منتفی است چه منشأ انتزاع تنها احکام تکلیفی فعلی نیستندبلکه حکم تکلیفی معلق هم ممکن است منشأ انتزاع حکم وضعی باشد وهم ممکن است خطاب تکلیفی متوجه‌کامل یعنی ولی غیر کامل باشد ولذا درقول بعدم جعل هم حکم میشود باین احکام وضعیه درحق غیر کامل بیکی ازاین دوجهت .

۲- بنابرقول بجعل اصول و استصحاب در احکام وضعیه جاری میشود چه اثبات ونفی آنها بااجرای اصل ، بلحاظ جعلیت آنها ممکن است - اما بنابرانتزاع مجرای اصل ، احکام طلبیه‌ایست که وضعی ازآنها منتزع میشود چه دراین صورت فرض این است که احکام وضعی ، اموری هستند اعتباری که عقل آنهارا ازتکلیفی، انتزاع نموده است .

در این ثمره اصلا فائده‌ئی نیست زیرا با اجرای استصحاب در منشأ انتزاع

همان نتیجه حاصل است

۳ـ بنابرقول بجعل نسبت رفع باحکام وضعی باستناد حدیث «رفع عن امتی تسعة» وغیره صحیح است داده شود بخلاف قول بعدم جعل که نسبت مزبور معنی ندارد وممکن نیست .

این ثمره هم مثمر نیست چه درقول بعدم جعل اگرچه نسبت رفع بحکم وضعی ممکن نیست ولی رفع اولاو بالذات بمنشأ انتزاع که قابل جعل است اسناد داده میشود وثانیاً وبالملازمه بحکم وضعی .

٤ ـ درجائی که اصل باقاعده اشتغال وبرائت جمع شود بنابرقول به جعل . اصل ، حاکم بر قاعده اشتغال و برائت است درحالی که برقول بانتزاع ، قاعدهٔ اشتغال و برائت حاکم براصل عدم واستصحاب است امثلهٔ این موضوع ، در مسائل فقهی چه عبادیات وچه معاملات زیاد است که اینك چند مثال ازعبادات نمونه ذکر میشود وآنچه مربوط بمعاملات وخصوص ملکیت است ، لدی الاقتضا وضمن بحث دیده خواهد شد .

**مثال اول** -درموردشك در جزئیت وشرطیت اگرمثلادرعبادات، درمثل شك در جزئیت سوره ، قائل بوجوب احتیاط شویم چنانکه جمعی قائلند این قول تناسب با قائل شدن بجعل دراین مقام نخواهد داشت زیرا بنابرجعل ، اصل عدم جزئیت برقاعده اشتغال حاکم خواهد بود چه سبب تردید وشك بین اجزاء مأموربه مرکب شك درجعل جزئیت سوره ، وعدم جعل آن است واصل عدم جعل جزئیت سوره ، آنرا ازاجزاء مرکب خارج میسازد وبنابراین فرض ، نوبت باشتغال نمیرسد اما برعکس، هرگاه احکام وضعی، منتزع ازاحکام تکلیفی باشند شك درجزئیت سوره، برگشت بشك دروجوب غیری آن مینماید ودرنتیجه قاعده اشتغال حاکم براصالت عدم وجوب غیری سوره است زیرا شك در وجوب غیری ناشی از شك در ترکیب ماموربه ازده جزء یانه جزء است وچون بمقتضای قاعده اشتغال وجوب اتیان بتمام ماموربه یعنی ده جزء ، ثابت است لذا وجوب غیری سوره نیز ثابت میشود و شك دروجوب

غیری آن مرتفع میگردد .

اما دراین صورت اگرچه برائت عقلی وعرفی اجراء نمیشود ومقتضای احتیاط وجوب جزئیت سوره است بجهت بداهت اینکه تکلیف قطعی مقتضی امتثال قطعی است و علم باشتغال ذمه در نزد عقل برائت یقینی میخواهد لیکن بااجرای برائت شرعی ومنطوق قوله ﷺ رفع مالایعلمون وامثال آن ازادلهٔ برائت جز ءمشکوك ازمامور به مرکب خارج میشود .

**مثال دوم** ـ درمسئله استنجاء بثلاثة احجار ، بعضی استنجاء باضلاع سنگی که سه پهلو باشد کافی دانسته‌اند و بعضی قائل . بعدم کفایت آن میباشند وتمسك نموده‌اند باستصحاب بقاء نجاست تاموقعی که علم بازاله بمطهری شرعی حاصل شود ومطهر شرعی آب واحجار ثلاثه است .

اینك اگر گفته شود نجاست امری است شرعی ، ومجعول بجعل شارع ، استصحاب نجاست، حاکم براصالت برائت ازوجوب استنجاء باکثر ازسه جانب سنك خواهد بود ( بنابراینکه مورد از موارد اصالت برائت باعتبار دوران امر بین اقل واکثر استقلالی باشد) ودراین صورت سبب شك دروجوب زائد، شك درزوال نجاست باضلاع ثلاثهٔ یك سنك است . (۱)

اما اگر گفته شود نجاست امری است اعتباری که منتزع ازحکم طلبی میباشد و آن مثلا عبارتست ازوجوب هجراز امور مخصوصه درصلوة واکل وشرب ، اصل برائت سالم از معارض خواهد بود چه قدر متیقن ازتکلیف ( همچنانکه محقق خونساری بیان نموده) وجوب استنجابحجرذی شعب ثلثه ویاسه سنك است وعقاب برترك آندو باهم مترتب میشود اما تعین سه سنك بخصوص مدفوع است باصلی که سالم ازمعارض است .

---

(۱) ظاهراین است که این مورد ازموارد اشتغال است نه برائت چه شك درحصول مکلف به بعد ازقطع بثبوت تکلیف میباشد که اجراء قاعده اشتغال متعین است حتی بنابرقول بجریان برائت درمورد شك درمکلف به

**مثال سوم** - درجائی که تردید حاصل شود در زوال نجاست ( درغیر بول ) بیك شستن یا دوشستن ودرولوغ سك بسه شستن یاهفت شستن اگر نجاست مجعول شرعی باشد باقتضای استصحاب دودفعه وهفت دفعه بایـد شسته شود و اگر نجاست انتزاعی باشد اصل برائت از زائد سالم ازمعارض بوده و یك دفعه و سه دفعه شستن مجزی خواهد بود .

دراین دو مسئلـه ممکن است گفتـه شود مطلوب حصول تطهیراست وغسلات یااحجار ویاحجر ذی شعب ثلثة ازاسباب ومحصلات میباشند که درمورد آنها برائت جاری نیست وبالنتیجه قضیه ارتباطی با جعل وانتزاع ندارد .

# فصل سوم

## تعریف مالکیت

چنانکه درفصل گذشته ملاحظه شد مرحوم شیخ انصاری ملك راعبارت دانسته است از « نسبت بین مالك ومملوك »

۱ـ وملکیت را تعریف فرموده است بعلقه واقعیه بین مالك ومملوك واینکه عقد سبب واقعی برای ایجادآن علقه میباشد مانندسایر اسباب ومسببات واقعیه مثل آتش وسوزندگی نه اینکه مجعول باشد .

۲ـ مرحوم طباطبائی ( صاحب عروه ) ملکیت را عبارت ازنفس تسلط خاصهٔ مالك برمملوك دانسته است .

۳ـ مرحوم نائینی فرموده است حقیقت ملکیت علقه خاص واضافه مخصوصی بین مالك و مملوك است مانند نخی که دو طرف را بهم می‌پیوندد وموضوع برای احکام شرعیه وعرفیه میباشد .

مالکیت و ملکیت در قانون مدنی ایران که متخذ از فقه اسلام است تعریف نشده .

٤ - لیکن شناسائی آن بآثار معمول گردیده چه درماده ۲۹ گفته شده است « ممکن است اشخاص نسبت باموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند » :

۱- مالکیت ( اعم ازعین یا منفعت ) . بعد در ذیل این عنوان ( فصل اول - درمالکیت ) ضمن دو ماده مطلب چنین بیان شده است :

ماده ۳۰ « هرمالکی نسبت بمایملك خود حق همه گونه تصرف وانتفاع دارد مگردر مواردی که قانون استثنا کرده باشد .

ماده ۳۱- هیچ مالی‌را از تصرف صاحب آن نمیتوان بیرون کرد مگربحکم قانون »

۵ - آقای عبده ( بروجردی ) ملکیت را چنین تعریف نموده‌اند :

« ملکیت عبارت‌از حقی‌است که هرمالکی نسبت بانتفاع ازملك خوددارا است ومیتواند بهرطوربخواهد درآن تصرف نموده وازآن منتفع گرددواحدی حق ندارد باانتفاع یاتصرف اومعارضه نماید »

آقای دکتر حسن امامی ( امام جمعه) گفته است «ملکیت عبارت از رابطه است که بین شخص وچیز مادی تصور شده وقانون آنرا معتبر شناخته وبمالك‌حق میدهد که انتفاعات ممکنه را ازآن ببرد وکسی نتواند از اوجلوگیری کند .

قانون مدنی فرانسه در ماده ٥٤٤ ملکیت را تعریف کرده است باینکه » ملکیت حق‌انتفاع‌وتصرف اشیاء است بطریق‌بسیار مطلق بشرط اینکه‌آنرابرخلاف قوانین وانتظامات بکار نبرد »

قانون مدنی مصر تقریبا تعریف مذکور را گرفته و جزء اخیر آنرا حذف کرده ودرماده ۱۱ر۲۷ چنین گفته است « الملکیة هی‌الحق للمالك فی‌الانتفاع بما یملکه والتصرف فیه بطریقة مطلقة .

تعریف قانون مدنی فرانسه ازدو جهت مورد انتقاد است :

۱-آنکه تعریف بماهیت نمیباشد وبجای‌معرفی‌ذات وطبیعت مالکیت، بذکر اهم عناصر آن اکتفا شده است .

۲ـ آنکه با تصریح بمطلق بودن حق مالکیت ، تصریح نشده است باینکه آن حق مقصور و مختص بمالك میباشد . ایراد دوم در قانون مدنی مصر باالحاق کلمه «للمالك» مرتفع شده همچنانکه در ماده ۹۰۳ قانون مدنی آلمان هم باین اختصاص تصریح شده است .

« پلانیول » و« ریپر » و« پیکار » لازم دانسته‌اند که درتعریف مالکیت « حق دائم » گنجانده شود .

بیشتر ازحقوقدانها تعریف اوبری ورو که در کتاب شرح قانون مدنی نموده کاملتر دانسته‌اند وتعریف مذکور چنین است :

« ملکیت حقی‌است که‌بمقتضای آن شیئی تحت اراده شخصی وتصرف اوبصفت مطلق گذاشته میشود درحالی که مقصور ومختص باو است دون غیراو »

این تعریف اگر چه بهتر ازتعریف قانون مدنی فرانسه است ولی‌اطلاق حق مالك رامحدود بحدود قانون نساخته است .

محمد کامل مرسی بك در (نطاق حق الملکیة ) اینطور تعریف کرده است « الملکیة حق بمقتضاه یوضع شیءٍ تحت ارادة شخص‌یکون‌له دون غیره ان ینتفع به ویتصرف فیه بکل التصرفات فی حدود القانون »

دراغلب این قبیل تعاریف حقوقیون ، که برخی نقل شد ، حق بمنزلهٔ جنس ملکیت ذکرشده واز بیان آنها چنین تصور میشود که ملکیت نوعی از حق است در صورتی که این تصور اشتباه است چه فرض حق همیشه بین دوشخص است که اضافه آن بیك طرف حق ، وبطرف دیگر تکلیف است‌برخلاف ملکیت، که نسبت‌آن بین شخص وشیء است وبعبارت دیگر بین‌آندو ، ازلحاظ مفهوم تباین است وبعلاوه حق دروجود رتبتاً، مؤخر بر ملکیت است بنوع تاخر علت ومعلول ، ولذا جایز نیست که در تعریف ملکیت ، بعنوان جنس‌آورده شود مگر بر سبیل تسامح و یا از آن جهت که حق بمعنی ملك ومال در لغت آمده است اما در این صورت باید مرادف مال وملك باشد نه جنس‌آن ویا اینکه منظورشان حق بمعنی اصطلاحی‌نباشد بلکه

ارادهٔ معنی عام آن ، یعنی ثبوت ، شده باشد .

تعریف آقای امام جمعه از این اشکال بدور است اما نقص دیگری دارد چه ایشان رابطه بین شخص وشیء را تصوری دانسته‌اند که لازمه آن این است، ملکیت جزدر عالم تصور، وجودی نداشته‌باشد پس اگر چنین باشد چگونه منشأ آثار میشود وچطور موضوع قانون ، میتواند باشد که قانون آنرا معتبر بشناسد یا نشناسد .

**تنقیح مرام**

هرچند کلمات بزرگان در تعبیر از مالکیت وملکیت چنانکه ملاحظه شدمشوش میباشد لیکن چیزی که برای عموم دانشمندان مسلم وغیرقابل انکار است وجود خارجی مالك ومملوك ونسبت ملك بمالك وبمملوك میباشد حال فرق نمی‌نماید که جده را تعمیم دهیم واین حقیقت را داخل آن بدانیم . یاچنانکه آخوند خراسانی و صدرالمتالهین بیان کرده‌اند وحق هم همان است آنرا ازمقوله اضافه بدانیم .

بهر حال **حقیقت مالکیت نسبت وعلقه خاص واضافه مخصوص بین مالك ومملوك است که موضوع برای احکام شرعی وعرفی است و از آثار آن تسلط واستیفاء بنحو مشروع و متعارف میباشد** واین حقیقت چنانکه گفته شد دراعیان موجود است هرچند از باب وجود خارجی اضافه باشد که‌ازاشیاء ضعیفة الوجود است .چه همانطور که در باب اضافه گفته شده است بودن ماهیتی ازماهیات موجود دراعیان عبارت ازتحقق چیزی است که مصداق حدومطابق‌مفهوم آن‌ماهیت باشد .

مثلا اینکه گفته میشود انسانیت موجود است در اعیان یعنی در خارج چیزی یافت می‌شود که برآن چیز حد انسانیت یعنی حیوان ناطق بودن صدق می کند پس اگردرخارج چیزی یافت شود که حد مضاف که عبارتست از«الذی‌ماهیته تکون معقولة بالقیاس الی غیره » برآن صادق آید آن شیء ذاتا از افراد مضاف خواهد بود وبا تامل درمتضایفات ، اشیاء زیادی دراعیان وخارج یافت می‌شوند که ماهیت آنها معقول بقیاس بغیر آنها است وبنابراین مضاف دراعیان موجود میباشد و واین مضاف موجود درخارج ، نیازی بتعقل نداردچه مثلامی‌بینیم زید دروجودخارج

پدر عمرواست وعمرو در وجود ،پسر زید است یعنی ابوت برای اب وبنوت برای ابن ثابت است خواه عاقلی تعقل بکند یا نکند و خواه دراینجا عقل وذهن وفهمی در کارباشد یانباشد.

وباز میدانیم که‌نبات طلب غذامی‌نماید واین‌طلب که مستلزم‌اضافه است برای نبات موجود است وحال اینکه برای نبات عقل وادراکی نیست .

همچنین هویدا و ظاهر است که آسمان فی حدنفسه و بدون تصور و ادراك مدرك ، فوق زمین وزمین تحت آسمان است چه ادراك آنرا بنمائیم وچه ننمائیم .

پس حاصل آنکه اضافات ونسب باقطع نظر از ادراك مدرك‌و انتزاع منتزع دارای واقعیت وحقیقتی بوده ودر وجودشان محتاج باذهان نیستند لیکن استقلال وجودی ندارند وقائم بذات خود نمیباشند بلکه از اعراض ضعیفة الوجود میباشند چه در وجود احتیاج بقابل و شیء دیگری دارند وبعبارت دیگر دروجود خود ، محتاج بموضوع میباشند .

پس باتوجه بمراتب مزبور ، مالکیت وملکیت وامثال آن ، وحتی بسیاری از عناوین عقود و ایقاعات از قبیل بیع ـ صلح ـ رهن ـ هبه ـ عطیه ـ اجاره ـ نکاح ـ طلاق و رجوع ونظایر آنها حقایق‌حقیقیه‌ای هستند که یکمرتبه بوسیلة فعل و انجام آنها در خارج ، تکوینا وحقیقتا انشاء میشوند مثل ایجاد عطاء خارجی ، درهبه وعطیه ودادن مزد ، دراجاره ، وتسلیم عین مرهونه ، دررهن ، ووقوع صلح وسازش حقیقی درصلح ، وایجاد نفس فعل درایجاب وغیره .

ومرتبه دیگر تکوینا انشاء میشوندلیکن ادعائانه حقیقة، وآن‌بوسیله محکی این عناوین ، درباب عقود وایقاعات انشائیه، میباشد . پس معنی صالحت واعطیت و وهبت واوجبت الفعل‌این‌است که ایجاد صلح ـ عطا ـ هبه ووجوب بمفاهیم حقیقیه آنها نموده اما برحسب ادعانه حقیقت و مصحح این ادعا نوعا و اغلب تعلق اراده فاعل وجاعل‌است که سبب حصول‌آن عناوین در خارج میگردد یا باوجود مقتضی ، مانع ازتحقق خارجی را رفع مینماید وشاهد برمطلب وجدان است که ما می‌بینیم

چون شخص میخواهد چیزی درخارج بدیگری بدهد بطور انشاء میگوید بتودادم یابخشیدم ـ وآنکه اراده کرده‌است مزدی بپردازد میگوید آجرتك وآنکه اراداه‌اش تعلق گرفته است که مقداری ازمال خودش را بدیگری منتقل نماید ودر مقابل مقداری از مال‌دیگری را دریافت دارد این‌حقیقت رابصیغهٔ بیع یاصلح‌انشاء مینماید و میگوید : بعتك و صالحتك و همچنین در سایر عناوین ـ پس انشاء این امـور ، برای امراعتباری نیست بلکه انشاء برای امرحقیقی‌است امابرسبیل ادعأ نه‌حقیقت وبهمین جهت است که حتی‌بنا این ادعا ازغیرجاعل که برمرام وتعلق اراده جاعل واقف باشد بدون صدور انشائی ازناحیه جاعل نیزممکن است .

مثلا هر گاه معلوم شود که اراده مولی باتیان فعلی تعلق گرفته بنحوی که راضی بترك آن نیست دعوی وجوب آن فعل صحیح است هر چند برای وجوب آن از قبل مولی انشائی نباشد وشاید اساس صحت اعمال فضولی و تاثیر آنها از زمان انجام آنها بوسیله فضول مبتنی برهمین اساس باشد چه داستان عروه و ( بارك‌الله صفقة یمینك ) هم در یك چنین موردی است والا معنی ندارد عمل وانشاء صادره از شخص دیگری درمورد مال وحق دیگری مؤثر وصحیح باشد .

پس ملاك در صحت دعوی وادعای ایجاد عناوین مذکوره همانا تعلق اراده جاعل‌است . چنانکه درمعاملات معاطاتی‌وفسخ عملی . ورجوع‌باانجام‌اعمال مناسب زوجیت ، مشهود ومورد وفاق است نه‌انشاء لفظی ، وگرنه بایستی الفاظ وانشاآت صادره از نائم وساهی ومحجورین ، موجب تحقق وایجادآن عناوین میگردید پس خلاصه آنکه مالکیت وامثال‌آن مسبب اسبابی هستند واسباب مالکیت که مثلا از قبیل :۱ـ احیاء اراضی‌موات(اگر گفته نشود احیاء فقط موجب‌اباحه وحق‌اولویت است نه مالکیت چنانکه حق‌هم‌همین است) وحیازت اشیاء مباحه ۲ـ عقود وتعهدات ۳ ـ اخذ بشفعه ٤ ـ و ارث ،میباشند بایستی از سنخ مسببشان باشند چه همانطور که شیخ دررسائل درباب صحت وفساد فرموده هر گاه مسببات اموروا‌قعیه‌باشندلابد سببیت اسباب‌آنها ، بایستی از امور واقعیه باشد همچنانکه هر گاه از امور اعتباریه باشندناگزیرسببیت آن اسباب‌بایستی‌نیزاعتباری‌باشد. چه‌بواسطه تباین‌بین‌دووجود،

محال است امرجعلی شرعی ، وهمچنین امراعتباری ، مؤثر درامر واقعی بشود .

**اشکالی که** ممکن‌است براین فرض واردشود این‌است که اگرمثل مالکیت وسببیت اسباب آن از امور واقعیه باشند قابل جعل شرعی نخواهند بود نه مستقلا ونه بنحو اعتبار وانتزاع واین منافی اوامر وقضایای شرعیه‌ایست که درموارد آنها وارد شده است .

جواب این است که اوامر وقضایای شرعیه درنظایر این باب اخبار وتصدیق ازواقع وارشاد بواقع است وبعبارت دیگر حکم شارع کاشف میباشد نه اینکه جعل شرعی باشد .

شاید گفته شود که برفرض وتقدیر بودن آنها از امور واقعیه اینکه کاشف اختصاص باخبار وحکم شارع داشته‌باشد ممنوع است چه این اموراز‌واقعیاتی‌هستند که مردم قبل ازاطلاع برشرع وبدون حکم شرعی آنهارا میشناخته‌اند واحتیاجی بکاشف نبوده‌است اما این ایراد واردنیست زیرا کسی ادعا نکرده که‌کاشف منحصرا اخباروحکم شارع است بلکه‌برعکس برحسب دستورات کلی ازقبیل «اوفوا بالعقود» « والمؤمنون عند شروطهم » « واحل الله البیع » همان حقایق‌حقیقیه نیزامضاء شده است وحتی فقها هم دراین مورد تاسیس اصل برمبنای صحت‌نموده‌اند یعنی درجائی که عقد بنظرعرف صحیح واقع شده وشك دراین باشد که آیا ازمصادیق صحیحهٔ عقد واقعا وبنظرشارع هم میباشد یا نه اصل صحت جاری میشود .

ممکن است ایراد شود که درتحقق واعتبار این عناوین یادرترتب آثار بر آن عناوین در برخی موارد شارع انشاء را بطور مطلق و یا از منشیء خاص و یا بلفظ مخصوص وامثال آن اعتبار کرده است درحالی که‌بنابرمفروض ملاك ایجاد محکی است بفعل یا بادعاء ازناحیهٔ شخص فاعل وجاعل وبرای این نوع ازاعتبارات شارع دخلی نخواهد بود .

پاسخ این است که البته درصحت انشاء مجرد ترتب اثردرنظرجاعل کافی‌است واینگونه اعتبارات شرعی نه دخالت درصحت انشاء دارد ونه اعتبارعناوین مذکوره

برانشاء، بر آنها متوقف میباشد بلکه ممکن است شارع بنابمصالحی برای مواردی ازآن عناوین جنبهٔ تشریفاتی قائل شده‌باشد چنانکه دراحکام وقوانین عرفی نظایر آن دیده میشود و چنانکه در آیه ۲۸۲ ازسورهٔ بقره است « یا ایهاالذین آمنوا اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتبوه ولیکتب کاتب بالعدل .. » و چون معلوم است که امر بکتابت ازمقدمات وجودی قرض نمیباشد لذا حمل براستحباب برای حفظ منافع دائن ورفع اختلاف ممکن در آینده شده است .

و ممکن است بیان ماهیت و حقیقت نموده باشد و جاعل را در آنچه بنظر خودش ساخته وتصورنموده که مفهوم کذائی‌را ایجاد کرده تخطئه فرموده‌است ودر نتیجه نسبت باین مقامات وعناوین کاشف اختصاص باخبار وحکم شارع داشته‌باشد.

ناگفته پیداست که اشکال مذکوربنابرفرض اینکه این عناوین اموراعتباری عرفی باشند که منشأ اعتبار آنها جعل عرف واعتبار عقلا باشد وارد است چه بدیهی است که این امور مطلقا وبهرفرضی امضائی‌هستند نه تاسیسی وبنابراین تخطئه عرف و عقلا معنی ندارد زیرا آنچه وجود اعتباری و فرضی پیدا نموده ساخته و پرداختهٔ خود عقلا و عرف است وحقایقی برای آنها نبوده که آن حقایق را عقلا نشناخته باشند وشارع کاشف آن باشد پس دراین‌فرض اخیرشارع یاباید آنچه را عرف اعتبار کرده قبول وامضاء نماید ویا رد کند .

اما حقا و انصافا ارسال رسل و انزال کتب برای این نشده که مردم را به اعتباریات آشنا سازد وبمردم روش اعتبار وفرض بیاموزد وبعد هم آن اعتباررا منشأ آثاری قرار دهد بلکه برای این آمده‌اند که بیان حقایق نمایند وحقایق وصفات کامنه در اشیاء را همانطور که درامر دوم اشاره شد بوسیلهٔ امرونهی وغیره ظاهر سازند وبشررا بخبط وخطاهایش واقف نمایند وباآشنا نمودنش بحقایق اورا رهبری وهدایت کنند . چه بشر جائزالخطا است وعقول ناقصه همواره امور را بایکدیگر خلط ومفاهیم وموضوعات را باهم اشتباه مینماید وظیفهٔ رسل و کتب الهی است که اینگونه خلط واشتباهات را تذکر داده و رفع نماید . نمونه‌ای ازاین بحث در آیه

۲۷٦ از سورهٔ بقره است « الذین یاکلون الربوا لایقومون الاّ کما یقوم الذی یتخبطه الشیطان من المس ذلك بانهم قالوا انما البیع مثل الربوا واحل الله البیع وحرم الربوا .. » .

چنانکه مشاهده میشود در این آیه تصریح شده است باینکه مردم برای ربا وبیع یك مفهوم قائل بودند و مصادیق خارجیهٔ ربا را بمثابه و مانند بیع میدانستند ومیگفتند یکی مثل دیگری است ! اما شارع آنها را برخبط وخطایشان این چنین واقف ساخته ویکی را موضوع اباحه ودیگری را موضوع حرمت قرارداده‌است - یکی‌را مؤثردرمبادله وملکیت ودیگریرا بلااثردرایجاد مالکیت معرفی کرده‌است.

**داستان فیل وکوران :**

میگویند جماعتی ازکوران روزی بباغ وحش رفتند و از فیلبان خواهش کردند فیل را بآنها نشان دهد فیلبان تقاضای آنها را پذیرفت - هر یك ازآنها عضوی از فیل را لمس کردند و در پیش خود تشبیهی ازآن نمودند و بعدا برای یکدیگر نقل میکردند وبرسر آن نزاع در گرفته بود بینائی برآنها وارد شد وپس از استماع بیانات و ادعاهای آنها همه را تخطئه نمود وفیل را آنچنان که هست وصف کرد .

قضیهٔ شرع وعرف هم درتوصیف اشیاء حقا شباهت تام باین داستان دارد و شارع که واقف برامورخواص کیفیت ایجادآنهااست پندارهای خلاف واقع کوران جامعه که گاهی خودرا از عقلا هم میدانند ردکرده وآنها را برحسب اشتباهشان گاهی در مفاهیم و گاهی در مصادیق - زمانی در وجود و زمانی در ایجاد تخطئه نموده است .

مثلا درهمین مالکیت مورد بحث ونحوهٔ تحقق آن شارع دربسیاری ازموارد عرف را یاازجهت عدم استعداد وقابلیت موضوع ویا ازجهت وجود مانع ویاازجهت عدم تحقق‌سبب وشرط وامثال آن‌تخطئه مینماید چنانکه میدانیم مالهائی‌را که از مکاسب محرمه ازقبیل فروش مشروبات الکلی وآلات موسیقی یااازاخذ اجرت برای

تغنی ویا ازقماربازی ویا خرید وفروش خوك وخنزیر ویا ازرشوه ویا سرقت تهیه وتحصیل شود شارع ملك ومال نمیداند ودارندهٔ آنرا مالك نمیشناسند هرچند عرف ازروی جهالت اورا مالك بداند .

عرف ممکن است تصور نماید که دراین موارد شخص چیزی داده ویا عملی انجام داده ودرمقابل چیزی گرفته است وبنابراین بافعل واراده یك طرف یاطرفین ایجاد اسباب ودرنتیجه مالکیت شده‌است . اما شرع عرف را اولا دراین موضوعات ببیان اینکه این اشیاء مالیت واین اعمال احترام وارزش ندارد وثانیاً در ایجاد و تحقق سبب ناقل تخطئه کرده‌است وشخصی‌را که ازراههای نامشروع بعقیدهٔ خودش مالك چیزهائی شده است مالك نمیشناسد .

پس بدین جهات معلوم میشود درتشخیص مالکیت بصرف اعتبارعرف وعقلا نمیتوان اکتفا نمود وباوضع قانون هم درست نمیشود بلکه باید شارع آنرا صحه بگذارد وامضا نماید تا مالکیت محقق و آثار ملکیت بر آن مترتب گردد .

والبته برای امضاء شارع کافی است که موردی را منع ورد نکرده باشد چه شارع از طرفی بموجب اجازاتی کلی بمانند « احل الله البیع » « ومن احیا ارضا فهو له » مصادیق عرفی مالکیت را درست دانسته واز طرف دیگر بموجب نصوصی هرجا که روش عرف باواقع انطباق نداشته آنرا تذکرداده وازآن منع نموده واز ردیف مصادیق مالکیت خارج کرده است .

پس بااین وصف اگر موانع و مواردی که شارع نفی مالکیت نموده است شناخته شود کافی است ودرباقی شرع باعرف موافق خواهد بود .

نهی ونفی‌شارع گاهی مربوط باثبات صفت اضافه‌است و گاهی مربوط به‌آثار آن است . قسم اول ـ تحدید مالکیت است یعنی مالکیت محدودمیشود بآن اشیاء ومیزانی که شرع مقرر داشته و یا لااقل منع نموده است . وقسم دوم تحدید تسلط است یعنی درمواردیکه اضافهٔ مالکیت ازنظر شارع هم صحیح است باز درتصرف و نحوهٔ مصرف واعمال سلطهٔ مالکیت محدود میشود بآنچه شارع صریحا یا بالمآل

اجازه داده است . مثلا بموجب « الناس مسلطون علی اموالهم » کـه مبنای اصل تسلیط میباشد هر گونه عملی مالك درملك خودبایستی بتواند بنماید ولی این اصل چنانکه بعد خواهیم دید گاهی باخودش و گاهی بااصل « لاضرر » ونصوص تعارض پیدا میکند ودر نتیجه محدود میگردد .

## فصل چهارم

## ارکان مالکیت

چنانکه ازتعریف مالکیت معلوم شد مالکیت دارای سـه رکن اساسی است یکی شخص بنام مالك و دیگری شیء یعنی مملوك و سوم نسبت وعلقه بین‌شخص و شیء یعنی ملك وملکیت که جهت اضافه میباشد ومالکیت مالك و مملوکیت مملوك بستگی بآن دارد .

**۱ـ شخص :**

شخص یاحقوقی است یاحقیقی . دراینجا شخص حقوقی موردنظر نیست زیرا شخص‌حقوقی درهمه حال موجودی فرضی وساختگی‌شخص حقیقی‌است واگررابطهٔ مالکیت هم برای‌آن فرض‌شود ازباب تجوزومسامحه‌است والا این اتصاف ونسبت بآن صحیح نمیباشد وبرگشت آن به شخص یااشخاص حقیقی است .

امـا شخص حقیقی یعنی حیوان ناطق کـه بواسطهٔ همین فصل ممیزش اورا اشرف موجودات عالم دانسته‌اند در بقای شخص و هم در بقای نوع خویش بمعونت انواع عناصر ومعدنیات ونبات وحیوانات ونیز بمعاونت نوع خود احتیاج دارد .

توضیح آنکه انسان دربدوفطرت درمرتبهٔ وسطی ازمراتب کائنات وموجودات قرار داده شده است ودارای دوجنبهٔ علوی وسفلی میباشد اورا بمرتبهٔ اعلی باراده راهی وبمرتبهٔ ادنی واسفل بطبیعت میلی است .

بعبارت دیگر دراو خاصیتی است که بدان ممتاز ازسایر موجودات است وهم دارای افعال وقوتهائی است که مشارك باحیوان ونبات وبلکه جماد است .

آن خاصیت که مختص اواست وانواع دیگر با او مشارکت ندارند همان معنی نطق است که اورا بسبب آن ناطق گویند ومنظور ازنطق قوت ادراك معقولات وتمکن ازتمیز وتشخیص است که بوسیلهٔ آن نیك از بد وجمیل ازقبیح وشایسته از ناشایسته جدا وممتاز گردد وبرحسب اراده درآن تصرف نماید و بسبب این قوه است که افعال انسان منقسم بخیروشروحسن وقبح میشود وهم بواسطهٔ همین خاصیت است که اعمال اومورد امرونهی شارع واقع میگردد. پس هر که این قوه‌را چنانکه باید بکار بندد وزمام را بدست عقل سپارد وباکمك شرع بروفق مصلحت وازروی اراده برقاعدهٔ مستقیم حرکت وبتدریج بسوی علوم ومعارف حقه وآداب وفضایل گراید بکمال انسانی وشرف وفضیلت مخصوص باونایل آید وسعادتمند شود واگر برعکس آن قوه را مهمل گذارد و زمام را بدست طبیعت خود دهد بسمت اسفل بمانند سنگی که ازبالابپائین رها شود بسرعت سقوط نماید وروزبروز ولحظه بلحظه ناقص‌تر شود وانحطاط ونقصان آنچنان براوغلبه یابد که بدرجهٔ ادنی ورتبهٔ اخس رسد که گفته‌اند :

هی النفس ان تهمل تلازم خساسة و ان تبتعث نحو الفضائل تلهج

( آن نفس است اگر بگذاری آنرا لازم گیرد خساست و پستی را و اگر برانگیزی آنرا بطرف فضائل شیفته وحریص گردد ) .

وشاید بهمین دومرتبه اشاره باشد قولـه تعالی در سوره « تین » « لقد خلقنا الانسان فی احسن تقویم ثم رددناه اسفل سافلین الا الذین آمنوا و عملوالصالحات فلهم اجر غیرممنون » .

پس چون ازبدوفطرت انسان مستعد این دوحالت وبرسردوراهی قرار گرفته وقلب او درمعرض انحرافات شیطانی وتیر گیهای معاصی وحجابهای شهوانی وجهل واقع است لذا بپیغمبران و امامان و هادیان و معلمان نیاز وحاجت است که گاهی

بلطف وزمانی بقهروعنف انسان را ازتوجه بجانب شقاوت وخسران باز دارد وآینهٔ قلب را صفا وجلاء دهد و با حقایق مواجـه سازد تا شاید واقعیات و حقایق در آن منعکس گردد .

اما بیان آنکـه انسان درحفظ نوع و شخص محتاج بانواع دیگر میباشد امری ظاهراست ودراینکه عناصر ونبات وحیوان هم بطریق ماده وهم بروجه آلت وهم بنحوخدمت معونت نوع انسان مینمایند احتیاجی بتوضیح واستکشاف ندارد.

اما اینکه بمعاونت نوع خود محتاج است بدان سبب است که آنچه ازاسباب و وسائل معیشت ازخوراك و پوشاك واسلحهٔ دفاعی ومسکن وغیره که مورد احتیاج انسان است بتدبیر و رویت وتصرف و ارادهٔ او واگذار وحواله شده است و ازاین حیث باسایر حیوانات که رفع نیازشان طبیعی میباشد فرق دارد ولذا غذای انسان بدون زراعت وحصاد وآرد کردن وخمیرنمودن وپختن حاصل نشود ولباس اوبدون تحصیل مواد اولیه وصنعت ریسندگی وبافندگی وغیره بدست نیاید وهمچنین سایر ضروریات زندگانی هریك نیاز بآن دارد که چندین نفر روی آن کار کنند تاقابل استفاده شود بدین جهات یك فرد بتنهائی نمیتواند متحمل تمام این امور گردد و امورمعاش خودرا کفاف نماید بلکه هر کس باید کاری انجام دهد وصنعتی مناسب ذوق خود انتخاب نماید ومازاد ازآنچه را که مورداحتیاج اواست ازنتیجه ودسترنج خویش بدیگران بدهد ودرمقابل مورد احتیاج خودرا ازدسترنج آنها بگیرد .

پس میتوان ادعا کرد که این اولین وطبیعی ترین حق ومالکیتی است که برای افراد بشر پیدا شده وهمواره بصورتهای مختلف همراه اومیباشد وبنابراین دروهلهٔ اول هرشخص مالك و متصرف نتیجهٔ فعل خود بوده و نیاز بتعاون مبادله را ایجاد کرده است و درنتیجه مالك چیزهای دیگری شده که قائم مقام قسمتی از دسترنج اوبوده است ودیگران بهمین نسق مالك مازاد ازاحتیاج ازدسترنج اومیگردیدند وچون لازمهٔ تعاون تماس افراد وتشکیل اجتماع است وبراثر اصطکاك منافع تزاحم بوجود آمده بهمراه آن حق وتکلیف پدیدار گشته است و بنابراین حق در مرتبهٔ

مؤخر ازمالکیت است چه حق نسبت بچیزی برای انسان بازاء انسان دیگر مقرر میشود وحتی بعقیدهٔ بعضی اعتبارحقوق بمعنی‌قانونی ممکن‌نیست مگربین دوشخص وبیشتر که تنازع درمورد آن داشته‌باشند . النهایه منازعه ممکن است فعلیه وواقعیه باشد یاشانیه ومحتمل الوقوع باشد. ومیگویند چون انسان مدنی بالطبع وزندگی او بسته‌باجتماع و کثرت اشخاص است، و کثرت اشخاص، ملازم با کثرت مزاحمین است لذا مزاحمت وحق متلازمند ، باین معنی که مزاحمت ومنازعه‌ای نیست مگر وقت وجود حق وحقی موجود نمیشود مگراینکه منازعه ، واقع یامحتمل الوقوع باشد .

**۲- شیء :**

منظور از شیء یا اشیاء دراینجا اعیان موجوده‌ایست که برای انسان در آنها حظی و بهره‌ایست ونیز برای انسان دراصلاح آنها شغل واشتغالی است .

این اعیان موجوده عبارت اززمین و آنچه برروی زمین‌است میباشند. خداوند میفرماید « انا جعلنا ما علی الارض زینة لها لنبلوهم ایهم احسن عملا » و درآیهٔ دیگراست « والارض وضعها للانام » ویا « هوالذی جعل لکم الارض ذلولا فامشوا فی مناکبها و کلوا من رزقه وعلیه النشور» پس باید توجه داشت که برحسب آیات عدیده زمین برای آدمیین فراش ومهاد ومسکن ومستقرمیباشد و آنچه برروی زمین است خوراك و پوشاك و آشامیدنی‌ها ووسائل تمتع ومزاوجت وغیره است . خلاصه آنکه ما علی الارض سه قسم است **معادن - نبات وحیوان.**

اما آدمی طالب معادن است که از آن آلات وادوات میسازد ودرصنایع برای مقاصد مختلف زندگانی ازآنها استفاده مینماید وچنانکه می‌بینیم مرکوب ووسائل سفر وتجمل همه وهمه ازآن ساخته میشود .

اما نبات - حظ انسان ازآن وافر است واغلب مواد غذائی و بدل ما یتحلل ازآن تهیه وتحصیل میشود ودررفع امراض وغیره نیزازآن استفادهٔ شایانی میگردد ولذا انسان راغب بدان میباشد .

اما حیوان ـ دوقسم است انسان و بهائم . بهائم بواسطهٔ استفاده از گوشت وچیزهای دیگر آنها ویابرای سواری‌وبارکشی واسباب تجمل‌وزینت وغیره، انسان طالب آنها است .

واما انسان ـ گاهی‌انسانی میخواهد که مالك ابدان دیگران باشد تااینکه آنهارا بسخره وکار بدارد مانند غلامان یابآنها متمتع شود چون کنیزکان وزنان وگاهی میخواهد برقلوب دیگران مسلط شود بنحوی که اکرام وتعظیم او نمایند که ازاین حالت به «جاه» تعبیرمیشود .

این اقسام ازاشیاء راکه انسان طالب وراغب‌آنها است . خداوند درآیه ١٤ ازسورهٔ آل عمران جمع وچنین بیان فرموده « زین للناس حب الشهوات من النساء والبنین » ازانسان « والقناطیر المقنطرة من الذهب والفضة » بیان جواهر و معادن وتنبیه برلؤلؤ و مرجان و یاقوت وغیره نیز میباشد « والخیل المسومة والانعام » عبارت از بهائم و حیوانات است ( والحرث ) که اشاره به نبات وزرع است . سپس میفرماید « ذلك متاع الحیوة الدنیا والله عنده حسن المآب » .

بطوریکه ملاحظه میشود دراین آیـه هرچیزی که برای تعیش بشر لازم و زندگی دنیا بآن حاصل است دراین هفت قسم گنجانیده شده است وبهمهٔ آنها متاع حیات دنیا اطلاق گردیده است . پس مملوك که یکی ازدو طرف اضافهٔ مالکیت و عنوان بحث است مسلما ازاین افراد وداخل درآنها است وچون صحبت ازمالکیت شرعی است ناگزیر باید ارزش این اشیاء ازنظرشارع مورد توجه باشد والبته این نکته هم مسلم است که ارزش هرچیزی بستگی بارزش فائده ونتیجهٔ حاصل ازآن شیء دارد . باتوجه باین مقدمه دیدیم که اشیاء مذکور درآیـه را خداوند متاع و اعیانی معرفی نمود که حیات دنیا بآنها حاصل میشود . حال برای اینکه دانسته شود حیات دنیا درنظرشارع چیست بآیه ٢٠ ازسوره حدید مراجعه میشود . دراین آیه یعنی قولـه تعالی « اعلموا انما الحیوة الدنیا لعب ولهو وزینة و تفاخر بینکم وتکاثر فی الاموال والاولاد . » حیات دنیا محصور به پنج چیز است که عبارت از

حظ وبهرهٔ آنی وزود گذر نفس است ( بدون توجه بآخرت ) که از آن بهوی تعبیر میشود ودر آیه ٤٠ سورهٔ « النازعات » خداوند اعراض از آنرا باین بیان « ونهی النفس عن الهوی . فان الجنة هی الماوی » خواسته است .

**۳- علقه وربط :**

برای شیء با شخص دو نوع علاقه ممکن است ایجاد شود یکی علاقه با قلب است باینکه در شخص حالتی پیدا میشود که این اشیاء و یا نوعی از آنرا دوست میدارد و از آن فی حد نفسه بهره ولذت میبرد وتمام وقت وهم خودرا متوجه و مصروف بدان مینماید ودر نتیجه قلب که باید عرش رحمان باشد در مقابل شیء یا اشیاء مانند عبدی درمقابل معبود ویا همچون عاشقی گرفتار وصل معشوق میگردد ودر بدست آوردن آنها ازهر راهی وبهر کیفیتی کوشش وجهد مینماید .

دیگری علاقه بابدان است که اشخاص بنا بذوق و سلیقه خود بدن را بکار وامیدارند ودراصلاح این اشیاء کوشش وفعالیت میکنند تااینکه آنهارابرای حظوظ خود ویا دیگران آماده وحاضر وصالح گردانند مانند تمام صناعات وحرفه‌هائی که مردم بدانها مشغول میباشند .

نتیجه این دو نوع علاقه این میشود که مردمان خودرا فراموش کرده و از راهی که در پیش دارند و غرضی که برای آن خلق شده‌اند غفلت ورزند چه بقول دانشمند نامی ابی‌حامد غزالی « لوعرف الخلق نفسه و عرف ربه وعرف حکمة الدنیا وسرها علم ان هذه الاعیان التی سمیناها دنیا لم تخلق الا لعلف الدابة التی یسیر بها الی‌تعالی واعنی بالدابةالبدن فانه لایبقی الابمطعم ومشرب وملبس ومسکن کما لایبقی الجمل فی طریق الحج الابعلف وماء وجلال ومثال العبد فی الدنیا فی نسیانه نفسه و مقصده مثال الحجاج الذی یقف فی منازل الطریق ولایزال بعلف الناقة ویتعهدها وینظفها ویکسوها الوان الثیاب ویحمل‌الیها انواع الحشیش ویبرد لها الماء بالثلج حتی‌تفوته الغافلة وهوغافل عن الحج وعن مرور الغافلة وعن بقائه فی البادیة فریسة للسباع هو وناقته والحاج البصیر لایهمه من امرالجمل الا القدر

الذی یقوی به علی المشی فیتعهده وقلبه الی الکعبة والحج وانما یلتفت الی الناقة بقدر الضرورة » .

بهرحال چون این نوع علاقه باعث میشود که اشخاص بدون توجه باغراض عقلائی ( همانطور که دانشمند غزالی فرمود ) بخواهند ازاشیاء استفاده نمایند وبیم آن میرود که هردو یا چند نفر برای استفاده ازیك چیز و یا بواسطهٔ نحوهٔ استفاده بایکدیگر در مقام نزاع وجدال برخیزند بدین جهت شارع باارسال رسل و انزال کتب مردم را بحقایق اشیاء وحقیقت حق وطریق وصول بآن متنبه ووضع شخص را درمقابل دیگران نسبت بتصرف واستیلاء براشیاء وحدود تصرفات ونحوهٔ مصرف آنها معلوم ساخته‌است همچنانکه عقلاوقانونیون برای حفظ نظم اجتماع وجلوگیری ازهرج ومرج بین شیء وشخص باوضع مقرراتی ایجاد ربط وعلاقه اعتباری وتصوری نموده‌اند النهایه این تصور واعتبار عرفی ، گاهی باواقع وفق میدهد واین همان قسمی است که بنام احکام امضائی شارع خوانده میشود و گاهی از واقع بدور است که شارع ازآن نهی مینماید.

تفاوت : چون مبنای احکام ومقررات عرفی برفرض وتصوراست لذا فرضیه‌ها واعتبارات دریك زمان برحسب اجتماعات و گاهی دردو زمان ، در اجتماع واحد ، مختلف وبلکه متناقض میشوند ـ وحتی اگر باجتماعاتی که راه رسیدن بحقیقت را از باب تقلید صرف کنار گذارده‌اند توجه شود دیده میشود بصورت آزمایش هرروز مقرراتی وضع واجرا مینمایند ودر اندك زمانی آن مقررات تغییر می‌یابد و گاهی درست ضد آن تجویز میگردد .

**چرا چنین است ؟!!**

برای اینکه دسته‌ای میگویند ماچنین فرض واعتبارمیکنیم !! ودسته‌ای دیگر میگویند ما آنطور فرض نمیکنیم وآنرا معتبر نمیدانیم و بلکه خلاف آنرا فرض میکنیم ـ مثلا درباب همین ملکیت یازوجیت برخی از اجتماعات انحصاری بودن این ربط وعلقه را باوضع خاص تصور واعتبار مینمایند اما برخی دیگرممکن است

یااصلا آن علقه وربط را اعتباروتصور ننمایند یا بانحصاری بودن آن اهمیت قائل نشوند و یا باصورت دیگری آنرا فرض وتصویر کنند وچون قضیه ، داستان فرض واعتبار است هیچیك را نرسد که دیگری را ملامت نماید ـ اما برعکس ، احکام شارع چون برمبنای واقع وحقیقت وبراساس حسن وقبح ذاتی اشیاءاست لذا دائمی وغیرقابل تغییرمیباشد .

**فرق بین مال وشیء :**

بین این دو کلمه بطور اطلاق نبایـد خلط کرد و یکی را مرادف دیگری دانست چنانکه در عرف وحتی قوانین بعضی از کشورها دیده میشود از جملـه در قانون مدنی مصر اشیاء واموال تقریبا مرادف بکار برده شده است مثلا ماده ١٧ر٤ مدنی چنین‌است « التعبیر فی‌القانون بلفظ امتعة واشیاءِ منقولة واموال منقولة یشمل بلافرق جمیع المنقولات » لیکن ازنظر لغت واصطلاح این تعبیر مبنی برمسامحه است چه مال اخص ازشیءِ است نه مساوی شیءِ .

**مال چیست ؟**

مال در لغت بمعنی خواسته وآنچه در ملك کسی باشد ونیز بمعنی مرغزار و یادرخت گفته شده است ودراصطلاح حقوقی بچیزی که قابل تملیك وتملك وداد و ستد باشد اطلاق میشود .

در قانون مدنی ایران چنانکـه خواهیم دید بپیروی از قانون مدنی فرانسه بتقسیم اموال وبیان هریك اکتفا شده وازتعریف کلی آن ، صرفنظر گردیده است اما در عرف متشرعه ، مال تعریف شده است به : چیزی که ذخیرهٔ آن برای وقت حاجت ممکن باشد ـ وبعضی گفته‌اند مال هرچیزیست که شخص مایل باشد آنرا بدست‌آورد ودرطلب‌آن سعی و کوشش نماید .

در «الاشباه والنظایر» درضبط مال ومتمول میگوید اما المال فقال الشافعی « لایقع اسم المال الاعلی مالـه قیمة یباع بها وتلزم متلفه وان قلّت وما لا یطرحه الناس مثل الفلس وما اشبه ذلك » واما المتمول فذکرالامام فی باب اللقطة ضابطین

احدهما ان کل ما یقدر له اثر فی النفع فهومتمول و کل مالا یظهر له اثرفی الانتفاع فهو تعلقه خارج عما یتمول . الثانی ان المتمول هو الذی یعرض له قیمة عند غلاء الاسعار . والخارج عن التمول هوالذی لایعرض فیه ذلك » .

در نظر شیخ انصاری برمبنای قواعد اسلامی مال عبارت است از « هرچیزی که قابل انتفاع بوده وبهره‌برداری ازآن مورد قصد ونظرعقلاباشد وبعلاوه درنظر شارع هم انتفاع ازآن مجازباشد» .

ازتوجه بتعریف شیخ باتعریف حقوقیون معلوم میشود مال از نظر عرف اعم است ازنظرشرع وخواهیم دید که دربسیاری موارد چیزهائی را شارع مال نمیداند که عرف آنرا مال پنداشته است .

**فرق بین مال وملك :**

ازتعاریفی که برای مال وملك بیان شد ، فرق بین آندو معلوم است ونسبت بین آندو باعتبار تعاریف آنها متفاوت است . مثلا اگرمال عبارت باشد ازهرچیزی که دارای ارزش اقتصادی وقابل داد وستد باشد و ملك عبارت باشد ، ازهرچیزی که انسان مسلط برآن است و میتواند همه نوع تصرف درآن بنماید . نسبت بین آندو، عموم وخصوص من وجه ، خواهد بود که وجه افتراق آندو یکی درمباحات است که مالکی ندارد ولی دارای ارزش اقتصادی وازچیزهائی هستند که نوع مردم برای بدست آوردن آنها کوشش مینمایند ودیگری درجزء ناقابل ازمال است مانند یك حبه گندم مثلا، که مالك ، همه گونه تسلط برآن دارد ولی ارزش مالی ندارد.

اما بعضی ازعلماء مانند صاحب تذکره وجه افتراق اخیر را قائل نیستند و در صورت تلف اشیاء جزئیه ، از قبیل یك حبه گندم هم مثلا ، قائل بعدم ضمان نمیباشند . بعضی دیگر وجه افتراق اولی را قائل نمیباشند و معتقدند که قابلیت مبادله کافی نیست بلکه شیء باید موضوع حق قرار گیرد تا مال برآن صدن نماید وبدین جهت آندو را ازلحاظ مورد متحد دانسته‌اند . بعضی ازحقوقدانهای فرانسه

نیز براین عقیده‌اند وبنظر آنها مادامی که شیء متعلق حق اشخاص واقع نشود هرچند قابل دادوستد باشد مال بآن گفته نمیشود .

درلسان قرآن و اخبار ، هرچند بطور مختلف کلمهٔ مال ، استعمال شده اما اطلاق آن ، براشیاء منقول اظهر است وشاهد براین مدعی ، زیاد است ازجمله :

**الف - ازآیات :**

۱- در سورهٔ احزاب آیه ۲۷ است « و اورثکم ارضهم و دیارهم و اموالهم و ارضا لم تطئوها » بطوری که مشاهده میشود دراین آیه اموال قسیم ارض و دیار میباشد .

۲- درسورهٔ « همزه » آیه ۳ و٤ است « ویل لکل همزة لمزة . الذی جمع مالا و عدده . یحسب ان ماله اخلده » که تعدید و جمع مناسب با اموال منقول است .

۳- درسوره « معارج » آیه ۲٤ است « والذین فی اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » که باتفاق مفسرین چه مستند زکوة باشد یاحق قراردادی در مال ، مراد ازآن شیء منقول است همچنانکه مراد ازاموال مذکور درآیه ۱۰٤ سورهٔ توبه « خذ من اموالهم صدقة » اشیاء منقول میباشد .

**ب - ازاخبار :**

۱- بنقل کلینی خبر ازمفضل است که گفت درخدمت امام جعفرصادق علیه‌السلام بودم « فساله رجل فی کم تجب الزکوة من المال ؟ » .

۲- بنقل کلینی ابن‌مهران ازحضرت صادق علیه‌السلام روایت کرده است « ان‌الله عزوجل فرض للفقراء فی اموال الاغنیاء فریضة لایحمدون الابادائها وهی الزکوة» میگوبند جمع مضاف مانند جمع بالف ولام افادهٔ عموم میکند ومسلم‌است که تعلق زکوة فقط براشیاء منقوله است .

۳- بنقل ابن بابویه محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام روایت کرده

است « ان الله عزوجل فرض للفقراء فی مال الاغنیاء مـا یسعهم ولو علم ان ذلك لایسعهم لزادهم » .

در سورهٔ مائده آیه ۲۸ است « قال رب انی لا املك الانفسی واخی .. » که معلوم میشود علاوه براینکه مالکیت برمنقول و غیر منقول گفتـه میشود مالکیت برنفس وجاه هم اطلاق میگردد بخلاف مالیت . وبهرحال باتوجه بشواهد مذکور که بعنوان نمونه ذکر گردید استعمال کلمه « مال » بنحواطلاق وبدون قرینه ، در لسان شرع ، درشیء منقول محرز است . پس درشرع ، مال اخص ازملك است و اگرازاین ظواهر بتوان صرفنظرنمود ، مرادف باملك خواهد بود .

بامراجعه بماده ۱۱ قانون مدنی ومواد بعدی آن راجع بتقسیم مال به منقول وغیرمنقول وملاحظه ماده ۲۷ که میگوید «اموالی که ملك اشخاص نمیباشند وافراد مردم میتواننـد آنها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصهٔ مربوطه بهریك از اقسام مختلفهٔ آنها تملك کرده و یا ازآنها استفاده کنند مباحات نامیده میشود مثل اراضی‌موات یعنی زمینهائی که معطل افتاده وآبادی و کشت وزرع درآنها نباشد » درنظراولی چنین تصور میشود که مال اعم ازملك اصطلاح شده‌است و موارد مادهٔ مذکور مال هست ولی ملك نمیباشد در صورتی که بااندك دقتی این اشتباه مرتفع میگردد چه :

**اولا ـ** مادهٔ مذکور درفصل سوم ازباب اول تحت این عنوان « دراموالی که مالك خاص ندارد » ذکر شده است و سپس اموال عام که ملکیت آن برای عموم است بیان گردیده است .

**ثانیـاً ـ** درهمین ماده ۲۷ جملهٔ اول که میگوید « اموالی که ملك اشخاص نمیباشند » صراحت دارد دراینکه منظور این بوده که این اموال ملك میباشند ولی ملك اشخاص نیستند والاّ کلمـهٔ اشخاص ذکر نمیشد وعبارت مذکور چنین بیان میگردید : « اموالی که ملك نمیباشند » پس‌شاید منظورقانون این‌باشد که این‌نوع ازاموال ملك برای عموم مردم هستند وباشرایطی‌این‌حق عمومی ممکن‌است تبدیل

بمالكيت خاص شود همانطوريكه در شرع نيز نميتوان گفت اين اشياء اصلا مالك ندارند بلكه گفته ميشود مالك خاص ندارند ويا مالك آنها امام است .

غزالى گفته است « المال عبارة عن اعيان الارض و ما عليها مما ينتفع به » وبنابراين تعريف هم عرصهٔ زمين مال نيست وظاهرعبارت ايشان اين است كه انتفاع بآن بايد فعليت داشته باشد نه فقط قابل انتفاع باشد .

# باب دوم

## موضوع مالکیت و تقسیمات حقوقی آن

## فصل اول

### بعضی از تقسیمات حقوقی

اشیاء قابل تملك و تملیك یعنی اشیائی که دارای ارزش اقتصادی میباشند و درتملیك وتملك آنها غرض عقلائی موجود است مال وموضوع مالکیت است . این اشیاء ازنظرحقوقی باعتباراتی تقسیم شده‌اند که اهم آنها بقرار زیراست :

**الف - تقسیم باعتبار ذات وماهیت :**

باین اعتبار مال دوقسم است مادی ومعنوی .

اموال مادی آنهائی هستند که محسوس بحواس میباشند و مخصوصا میتوان آنهارا لمس نمود مانند زمین وبنا وحیوانات والبسه و کتب وجواهر و ...

اموال غیرمادی یامعنوی اعتباراتی هستند که برای آنها حجمی نیست ووجود آنها خیالی میباشد مانند حق انتفاع وحق ارتفاق وحق رهن و حقوق مؤلفین و مخترعین . این تقسیم قدیمی است و در قوانین رم بوده و در قانون مدنی فرانسه اگرچه صراحتاً ازآن ذکری نشده است اما دربسیاری ازمواد رعایت آن تقسیم گردیده‌است مثلا مواد ۵۱۸ تا۵۲۵ اموال غیرمنقول مادی را شمرده ودرماده ۵۲۸ اموال منقول مادی ذکرشده‌است وازاموال‌غیرمادی غیرمنقول درماده ۵۲۶ ومنقول ۵۲۹ اسم برده است .

این تقسیم بااینکه طرفدار زیادی دارد صحیح نیست زیرا در تقسیم قسم شیء باید باخود شیء یکی باشد النهایه درخصوصیت فرق پیدا کند اما دراینجا اموری اموال معنوی را تشکیل میدهند که بکلی باقسم دیگر که اشیاء مادی باشد مباین بوده وصفت مشترکه‌ای ندارند بلکه هریك از اشیاء و حقوق کمال اختلاف را بایکدیگردارند وتقسیم حاصل نمیشود مگر برای تمیز انواع جنس واحد .

دراخبار وآیات ونوشته‌های اسلامی‌این‌تقسیم با مقسم صحیح وبصورت جامعی ولی برای اغراض دیگری موجود است وازجمله‌بعضی ازعلماء اسلام ملك را مقسم قرار داده وآنرا تقسیم کرده‌اند بمال وجاه .

غزالی میگوید جاه ومال‌دور کن دنیا هستند ومعنی مال‌ملك اعیانی‌است که ازآنها انتفاع برده میشود وجاه ملك قلوب است که تعظیم وطاعت‌آنها مطلوب‌است وهمانطور که غنی یعنی مالك درهم ودینار قادر است آندورا برای رسیدن بمقاصد واغراض خویش مصرف نماید صاحب جاه یعنی مالك قلوب مردم نیز قادر است از سرمایهٔ معنوی خویش برای وصول بمقاصد و اغراض استفاده نمایـد و گفته‌اند از جهاتی ، مالکیت معنوی ، برمالکیت مادی ترجیح دارد چـه مالك قلوب ، اگر بخواهد تحصیل مال نماید برای او بسیار آسان است زیرا ارباب قلوب ، بنسبت شدت وضعف اعتقاد ، ازحیث جان ومال ، در اختیار کسی هستند که باعتقاد خود ، دراوسراغ کمالی دارند پس هر که مالك جاه باشد مالك مال نیز میباشد اما مالك مال نمیتواند باتوسل بمالش ، بجاه نائل آید .

خلاصه آنچه انسان قادر است برآن دست بیابد وبالطبع دوست دارد برآن مستولی بشود وقدرت داشته‌باشد که هرنحوبخواهد، درآن تصرف نماید (که‌بعضی مال را هم باین معنی گرفته‌اند) بردوقسم است مادی ومعنوی .

**قسم اول** ـ ملکیت دراهم ودنانیروامتعه است که انسان میل دارد مالك آنها باشد وحتی میخواهد اشخاصی ، بنـده وعبید او باشند که بتواند دربدنها واشخاص آنها تصرف نماید وآنهارا بسخره بگیرد ولواینکه بواسطهٔ عدم اعتقادآنها ، مالك

نفوس وقلوبشان نباشد .

**قسم دوم** - در حقیقت مالکیت صاحب دراهم و دنانیر است که برحسب معتقداتشان ، بنده وعبید مالك معنوی میشوند ودرتحت تصرف واستیلای او مالا و جاناً قرارمیگیرند ولذا انسان باین قسم ازمالکیت بیشترمایل میباشد تاقسم اول .

دراخبار وآیات ازنظرتربیت اخلاقی وتوجه دادن انسان بواقعیت وحقیقت، بهردوقسم اشاره شده ، وبیك نحومورد بیان واقع گردیده است چنانکه درفرمایش نبی اکرم صلی الله علیه وآله آمده است « حب المال والجاه ینبتان النفاق فی القلب کما ینبت الماء البقل » . ونیز آنحضرت فرموده است « ما ذئبان ضاریان ارسلا فی زریبة غنم باسرع افسادا من حب الشرف والمال فی دین الرجل المسلم » .

درقرآن نیز تنبیه باین دوقسم شده و ازآن دو به متاع وهوی تعبیر گردیده است و اصناف متاع حیات دنیا درهفت نوع درآیه ۱۲ ازسوره آل عمران تذکر داده شده است وهم درآیه ۲۰ ازسورهٔ حدید حیات دنیا بعنوان لعب و لهو و زینت وفخرکردن برهمدیگر و زیادتی وبیشی جستن دراموال واولاد اعلام و زندگانی دنیا منحصرا متاع غرور خوانده شده است (آیات مربوطه درفصل گذشته گذشت) .

**ب - باعتبار بقاء وعدم آن براثر استعمال تقسیم میشود به اموال قابل استهلاك وغیرقابل استهلاك بمجرد استعمال .**

**قسم اول** - یعنی اموالی که بیك نوبت استعمال ازبین میرود اموالی است که انتفاع ازآنها ممکن نیست مگر بصرف وازبین رفتن خودش چون خوراکیها .

**قسم دوم** عکس اول است یعنی بطور متعدد ممکن است مورد استفاده قرار گیردهرچندبتدریج براثراستعمال ازبین برودمانندفرش ومنزل ولباس وامثال آنها.

ثمرهٔ این تقسیم درچند مورد ظاهرمیشود ۱- درموردحق استعمال ۲- درحق انتفاع ۳- در مورد عاریهٔ استعمال . زیرا دراین موارد بایستی از شیء برای مدت یاکار معینی استفاده بشود واصل آن مسترد گردد وبنابراین مالی که بااستعمال از بین میرود مورد این حقوق قرار نخواهد گرفت .

**ج - باعتبار داشتن نظائر وعدم آن تقسیم میشود به : مثلی وقیمی .**

**اموال مثلی** - چیزهائی هستند که ازجنس آنها نظائری که درقیمت مساوی ویانزدیك بهم باشند موجود باشد چون گندم وجو درمکیلات وموزونات وطلاونقره وتخم مرغ وکتب چاپی ونقود واسکناس بااتحاد نوع . وبالاخره هرچیزی که در مقام وفاء بعض آنها جانشین بعض دیگرمیشود .

**اموال قیمی** - اموالی میباشند که برای آنها قیمت مخصوصی است و غیر آنها ولو ازنوع خودشان باشند مقام آنها را نمیگیرند مانند حیوانات و اراضی و منازل .

قیمی و مثلی درقوانین مصر چنین تعریف شده اند . ماده ۱٤٥ « المثلی ما یوجد مثله فی‌السوق بدون تفاوت یعتد به » - ماده ۱٤٦ « القیمی مالایوجد له مثل فی السوق اویوجد لکن مع التفاوت المعتد به فی القیمة » .

قانون مدنی‌ایران درمواردی کلمه مثلی وقیمی را بکاربرده وآندورا درمادهٔ ۹٥۰ چنین تعریف نموده است « مثلی که دراین قانون ذکرشده عبارت ازمالی‌است که اشباه ونظایرآن نوعا زیاد وشایع باشد مانند حبوبات ونحوآن و قیمی مقابل آن است معذلك تشخیص این معنی باعرف میباشد » .

**درفقه** نیز در باب ضمان عقدی یا قهری ودر بیع کلی وموارد دیگر صحبت ازمثلی وقیمی میشود مثل اینکه در بارهٔ ید غصب میگویند اگر عین موجود باشد عینا باید مستردشود واگرموجودنبود مثل آن ودرصورتی که مثل نداشته‌باشد قیمت یوم غصب یاتلف یارد یااعلی‌القیم بدلیل «الغاصب یؤخذ باشد اعماله» باید بصاحب مال داده شود که ازاین بیان وامثال آن این تقسیم استفاده میشود .

اهمیت واثراین تقسیم ، ظاهرمیشود درموضوعات ذیل :

۱ــ درالتزامات باینکه شخص متعهد بشود بشیءِ معینی مانند تعهد باقباض منزلی مثلا ، یااینکه معین بنوع باشد که حکم ایندو درصورت نقصان یا تلف مبیع ونظائرآن تفاوت مینماید .

۲ـ درمقاصه که در مثلی باوجود شرایط ممکن میباشد بخلاف قیمی .

۳ـ درضمان در صورت تلف که درمثلی ذمه ضامن بمثل مشغول میشود ولی درقیمی قیمت را باید تادیه نماید .

**د - باعتبار اصالت وعدم آن تقسیم میشود به : اصلی و تبعی**

اموالی که دارای وجود مستقل میباشند مانند منزل وزمین وباغ وامثال آنها اصلی خوانده میشوند ، برعکس ، اموالی که وجود مستقل ندارند و وجود آنها ، بواسطهٔ تعلق وبنسبت غیراست مانند منافع ثماری که معلق برشاخه است تبعی است وبرحسب قاعدهٔ اینکه تابع ، ازاصل ، متابعت مینماید هرگاه اصل مثلا بدیگری فروخته شد تابع هم ، ملحق بآن خواهد بود وعکس قضیه صادق نیست .

این تقسیم ، در فقه مشهود است واز احادیث ضمن بیان حکم موارد استفاده میشود مثلا در بیع یا وقف منزل گفته شده ساختمان و عرصه در اطلاق آن داخل است ولی اگردرخت خرما، درحیاط باشد مادامی که تصریح بدخول آن نشود داخل نمیشود اما اگرعقد ، روی بستان وباغ واقع شود درختان نیز تابع وداخل میباشند لیکن بادقت در حکم هر مورد ، معلوم میشود ، اصل وتابع نسبت باصطلاحات و و اطلاقات عرفی ، فرق مینماید چنانکه اگر هنگام بیع ، بایع بگوید « فروختم این زمین را » یاحتی اگربگوید « فردختم زمین را بجمیع حقوق آن » درختانی که درآن زمین باشد داخل نمیشود . اما اگربگوید «فروختم این خانه را بآنچه در برآن بسته شود » یا « این زمین را بآنچه درآن است » در اینصورت درخت و زراعت را نیز شامل است وقاعدهٔ آن موکول بنظر عرف است .

**هـ - باعتبار نسبت بمالك تقسیم میشود به : اموال خاصه واموال عامه**

**اموال خاصه** متعلق باشخاص وافراداست، و اموال عمومی عبارت ازاموالی است که در تحت نظر دولت است ، اما دولت از لحاظ اینکه یك شخص حقوقی است این اموال را مالك نمیشود بلکه ازباب حاکمیت و اینکه حفظ و حراست اموال عمومی ومنافع عامه چون بعهده دولت است درآنها نظارت ومراقبت مینماید .

اموالی که در مادتین ۲۵ و۲۶ قانون مدنی شمرده شده از آن دسته است و آنها عبارتند از طرق و شوارع عامه - پلها - کاروانسراها - آب انبارهای عمومی مدارس قدیم - میدانگاهای عمومی - چاهها وقنوات مورد استفاده عموم - استحکامات وقلاع وخندقها وخاکریزهای نظامی وقورخانه واسلحه وذخیره وسفاین جنگی، اثاثیه وابنیهٔ سلطنتی و عمارات دولتی وسیمهای تلگرافی دولتی وموزه‌ها و کتابخانه های عمومی و آثار تاریخی وامثال آنها از آنچه اختصاص بمنافع عامه مملکت و یا ایالت وولایت یا ناحیه وشهری داشته باشد.

ازاموال عامه قسمی است که صاحب معین ندارد ویاصاحب آن مجهول است **قسم اول** که صاحب معین ندارد متعلق بکشور بوده واز لحاظ تشویق در عمران و آبادی اجازه داده شده که افراد آنها را آباد نمایند وهر کس قبل ازدیگران اقدام بعمران نمود مالك شناخته شود. این املاك بنام «مباحات» نامیده شده وبهمین جهت بعضی آنها را بلاصاحب دانسته‌اند.

**اماقسم دوم** یعنی آنکه صاحب آن مجهول باشد باذن حاکم یمصارف فقرا و مستحقین میرسد.

این تقسیم در فقه اسلام موجود است و در ضمن مباحث «بیع ووقف وغنائم وفئی وزکوة وحیازت مباحات وشکار» حکم اموال خاص وعام مقرر شده است و بحث درخصوصیات واقسام هریك از آن اموال موکول بمحل خودش میشود.

و - یکی از تقسیمات مهم اموال تقسیم آن به **منقول وغیر منقول** میباشد که قانون مدنی هم بآن تصریح نموده وهم اکنون در فصلی علیحده ذکر میشود.

# فصل دوم

## تقسیم اموال بمنقول وغیر منقول

قانون مدنی در ماده ۱۱ می گوید «اموال بردو قسم است منقول وغیرمنقول»

این ماده باحذف و ایصال مختصری تقریباً ترجمه ماده ۱۵۶ قانون مدنی فرانسه است و نیزدرماده ۱۲ و۱۹ در مقام تعریف این دوقسم مال برآمده ومی گوید «مال غیرمنقول آنست که ازمحلی بمحل دیگرنتوان نقل نمود اعم ازاینکه استقرار آن ذاتی باشد یا بواسطهٔ عمل انسان بنحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل او شود »

ودر ماده ۱۹ اموال منقوله چنین تعریف میشود « اشیائی که نقل آن از محلی بمحل دیگرممکن باشد بدون اینکه بخود یامحل آن خرابی وارد آید منقول است»

ماده ۲ مرشد الحیران غیر منقول را این چنین تعریف کرده است « کل ماله اصل ثابت لایمکن نقله وتحویله » ونیز المجلة ماده ۱۲۹ می گوید « ما لایمکن نقله من محل الی اخر »

ماده۳ مرشد الحیران برتعریف مزبورافزوده است «والابنیة والاشجاراموال ثابتة اذا کانت علی الارض التی بنیت فیها ولکن اذا کانت مفردة عن الارض بان کانت قائمة فی ارض مملوکة اوموقوفة فانها تکون منقولة» .

ابن تقسیم بااینکه مربوط بطبیعت اجسام واشیاء است ولی مقنن، از نظر آثارو احکام ، بعضی از افراد یکی ازدو قسم را ، درحکم مصادیق دیگری وارد ساخته است ودرمواردی حکم غیرمنقول را برمنقول ، وبرعکس ، بارنموده است چنانکه درماده ۱۳ ومواد بعدآن اشعار شده است .

بهرحال با توجه بقوانین مختلفه این تقسیم کمال اهمیت را حائز است چه

آثارقانونی وحکم هریك ازدوقسم بجهاتی فرق مینماید که اهم آنها بقرارذیل است[۱]:

**الف - از لحاظ قانون مدنی** درقانون مدنی برای هریك از دو نوع مال مذکور احکام خاصی مقررشده است ازجمله :

۱ـ ازحیث وضع ید: دعوی وضع ید بهرسه‌قسمش (که عبارتست ازدعوی رفع‌مزاحمت ودعوی‌تصرف عدوانی ودعوی توقیف عمل جدید) باموال غیرمنقول. اختصاص دارد و تابع اموال غیر منقول هم میباشد چنانکه ماده ۱۸ قانون مدنی میگوید «حق انتفاع‌ازاشیاء غیرمنقوله مثل‌حق عمری وسکنی وهمچنین‌حق ارتفاق نسبت بملك غیر ازقبیل حق العبور وحق‌المجری ودعاوی راجعه باموال غیرمنقوله ازقبیل تقاضای خلع ید وامثال‌آن تابع اموال غیرمنقول است »

۲ـ ازحیث نقل ملکیت : انتقال اموال غیر منقول و کلیه عقود و معاملات راجع بآن برطبق ماده «٤٦ و٤٧ قانون ثبت اسناد واملاك » تابع تشریفات وتنظیم سند است برخلاف اموال منقول که ازقاعده کلی‌حیازت درمنقول سند ملکیت است استفاده میشود .

۳ـ ازحیث مرورزمان درغیرمنقول ۲۰ سال ودرمورد منقول نسبت بحقوقی که‌باقساط ماهیانه وبرحسب عرف فوری باید پرداخت شود مانند قیمت خوراك و جا درمهمانخانه وامثال‌آن ، سه سال ، ودر مثل مال الاجاره ومال الصلح منافع غیر منقول ، هرچند باقساط ماهیانه باشد وهمچنین در سایر دعاوی راجع بدیون مدت ۱۰ سال است ( قانون بهمن ماه ۱۳۰٦ وتیرماه ۱۳۰۸ ) . اما در دعاوی دولت بر افراد یا افراد بردولت نسبت باموال غیر منقول مدت مرور زمان آن طبق قانون ابان‌ماه ۱۳۰۹ بیست وپنجسال است .

٤ـ ازحیث حق ارتفاق: چون حقی است که درملك دیگری وبملاحظه ملك مجاور ، برقرار و حاصل میشود بنا براین ، درمنقول جاری نمیباشد و مخصوص بغیر منقول است .

---

(۱) ازالملکیة والحقوق العینیه گرفته شده است .

۵ـ ازحیث شفعه: همانطور که درماده ۸۰۸ قانون مدنی مصرح است باینکه « هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دونفر مشترك باشد و یکی از دوشریك حصهٔ خود رابقصد بیع بشخص ثالثی منتقل کند شریك دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است باوبدهد وحصهٔ مبیعه را تملك کند » مخصوص بغیر منقول است .

۶ ـ ازحیث نزع ملکیت برای منافع عامه : ـ قانون توسعهٔ معابر از نظر مصالح اجتماع اجازه میدهد که ملك غیرمنقول از تصرف مالك با پرداخت قیمت واقعی آن خارج شود .

۷ ـ از حیث مقررات امور حسبی و مداخلات قیم و ولی ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی قیم را از فروش یا رهن گذاردن اموال غیرمنقول مولی علیه منع کرده است ودرصورت لزوم قانونا موقوف بتحصیل اجازه ازدادستان است.

۸ ـ ازلحاظ وقف : وقف عادتاً دراموال غیرمنقول میشود هرچند در اموال منقول هم که با بقاءِ عین قابل استفاده باشد بلااشکال است .

**ب ـ ازجهت آئین دادرسی مدنی واختصاص محاکم** دعـوی راجع بغیر منقول درداد گاه محل وقوع ملك اقامه میشود ودردعاوی منقول ، منحصرا محکمه واقع در اقامتگاه مدعی علیه ، صالح برای رسیدگی میباشد واز حیث اجراء هم ترتیبات توقیف و اخذ اموال غیر منقول از نظر اجرائی مشکلات وتشریفاتی دارد که در منقول نیست .

**ج ـ از لحاظ قانون بین المللی** درغیرمنقول حقوق اجانب محدود وتملك اموال غیرمنقول برای خارجی‌ها منحصر بمواردی است که قانون اجازه داده باشد ورعایت قانون وعرف بلدی که مال غیرمنقول درآن واقع است میشود .

**د ـ ازجهت قانون مالیات** ـ ضرائب مالیاتـی و مقررات ممیزی و فرض درآمد غیرمنقول با در آمدهای منقول ومقدار مالیات آنها فرق دارد .

**هـ ـ ازحیث قانون جزا** اختلاف حکمی زیادی مشهود است مثلا سرقت و خیانت در امانت واتلاف ، درموارد منقول وغیر منقول فرق دارد چه عنوان سرقت

اصلا مختص منقول است وخیانت درامانت واتلاف هم در اصول غیر منقول نمیشود برعکس ، تصرف در ملك غیرمنقول . برحسب موردونحوه آن ، جرم خاصی است مانند اینکه کسی حد فاصل مابین املاك را تغییردهد یامحو کند (ماده ۲٦٤ قانون جزا ) یا بقهر وغلبه داخل ملکی شود که در تصرف دیگری است یا اینکه بوسیلهٔ صحنه سازی مبادرت بتهیه آثار تصرف دراملاك دیگران نماید وبدین وسیله خود را مالك یا متصرف آن املاك قلمداد کند ( مادتین ۲٦٥ و۲٦۸ مکرر ) ویا درخواست ثبت ملك غیر را نماید ( ماده ۱۰۹ قانون ثبت ) درتمام این موارد وموارد عدیدهٔ دیگر ، ملك غیرمنقول موضوع جرم است .

و - **ازلحاظ قانون تجارت** عملیات مربـوط بغیر منقول تجاری محسوب نمیشود .

**مطالعهٔ تاریخی این تقسیم :**

رومانیها اهمیت بمنقول وغیرمنقول بودن مال نمیدادند ودردرجه اول مال‌را تقسیم می نمودند بمادی ومعنوی تا اینکه درسال۱۸۰٤ قانون مدنی‌فرانسه بپیروی ازحقوق عادی این تقسیم را تقسیم اصلی قرارداده ودرماده ٥۱٦ گفت «تمام اموال یا منقولند یا ثابت » وعلت عدول قانون فرانسه از تقسیم قدیم برای اهمیتی بود که اموال ثابت درسیستم اشرافی وفئودالی داشت‌بروجهی که مهمترین عامل‌سرمایه داری ، زمین شناخته میشد ودرحقیقت ، اراضی‌دارای یك مرکزیت بود که‌بسیاری از عوامل دیگر ، ملحق وتابع آن بحساب می‌آمد ، برعکس منقولات ، که ارزش اقتصادی کمی داشتند بلکه می گفتند برای منقول ارزشی نیست و اگرچه درسال ۱۷۸۹امتیازات اشراف وحقوق نجبا لغوشد لیکن‌تاهنگام وضع قانون مدنی‌فرانسه اموال غیرمنقول برتری خود را حفظ کرده بود وبدین جهت درآن قانون اهتمام بیشتری بغیرمنقول شد واصول وقواعدی برای غیرمنقول مقرر گردیده که منقول را شامل‌نبود. امابعدابواسطه‌پیشرفتهای‌صنعتی‌وپدیده‌های‌نوین‌اقتصادی وپیش‌افتادن ارزش اقتصادی منقولات جبران گذشته بعمل آمـد وبرای اموال منقول مقرراتی

وضع گردید .

قانون ایران بااینکه اکثر موادآن ازاقوال مشهور فقها اخذ شده لیکن در تقسیم اموال، درست شیوه وراهی را رفته است که قانون مدنی فرانسه پیمود ولذا بعضی از اشیاء منقول را در غیر منقول داخل نموده که در طی بحث بآنها آشنائی حاصل خواهد شد .

اما در فقه اسلام اگرچه بظاهر بطور صریح این تقسیم بعمل نیامده ولی از بیان طریق قبض واقباض منقول وفرق آن با غیرمنقول واختصاص یافتن حکم شفعه بغیرمنقول‌واحکام خاصه دیگری که درباره مزارعه ومساقاة ووقف برای غیرمنقول مقرر است اختلاف حکم آنها مسلم میباشد ودر نتیجه نمیتوان گفت عملا این تقسیم در فقه اسلام نیست وحتی بر عکس میتوان گفت از اولین تقسیمات اموال دراسلام میباشد زیرا چنانکه در ابواب غنائم وانفال است ازابتداء حکم منقول وغیرمنقول تفاوت داشته وبین آندو اختلاف مشهود است که تفصیل آن بعدا خواهدآمد .

**اموال غیر منقول :**

درلغت بهرچیزی که نقل آن ازمحلی بمحل دیگر، امکان داشته باشد منقول وبعکس ، آن چیزی که نقل آن امکان نداشته باشد غیرمنقول وثابت گفته میشود و در استعمالات فقها ومتشرعین هم ، این دو کلمه بهمین معنی لغوی وعرفی آمده است، برخلاف قانون که در مصادیق این دو کلمه دخل وتصرف نموده وبعضی ازمصادیق ذاتی قسمی را بتبع و یا باعتبار حکم ، داخل و یـا تابع دیگری قرار داده است چنانکه قانون مدنی پس ازتعریف ، درمقام بیان موارد غیرمنقول برآمده ودرماده ۱۳میگوید « اراضی وابنیه وآسیا وهرچه که دربنا منصوب وعرفا جزءبنا محسوب میشود غیرمنقول است وهمچنین است لوله‌ها که برای جریان آب یامقاصد دیگر درزمین یا بنا کشیده شده باشد » .

ماده ١٤ « آئینه وپرده نقاشی ومجسمه وامثال آنها درصورتی که دربنا یازمین بکار رفته باشد بطوریکه نقل آن موجب نقص یا خرابی خوید امحل آن میشود غیر

منقول است » .

ماده ۱۵ « ثمره و حاصل مادام که چیده یا درو نشده است غیر منقول است اگرقسمتی ازآن چیده یادرو شده‌باشد تنهاآن قسمت منقول است »

ماده ۱۶ـ « مطلق اشجار وشاخه‌های آن ونهال وقلمه مادام که بریده یا کنده نشده است غیرمنقول است » .

ماده ۱۷ـ «حیوانات واشیائی که مالك آنرا برای عمل زراعت اختصاص داده باشد ازقبیل گاوو گاومیش وماشین واسباب وادوات زراعت وتخم وغیره وبطور کلی هرمال منقولی که برای استفاده ازعمل زراعت لازم ومالك آنرا باین امرتخصیص داده باشد از جهت صلاحیت محاکم وتوقیف اموال جزو ملك محسوب و در حکم مال غیر منقول است وهمچنین است تلمبه و گاو یاحیوان دیگری که برای آبیاری زراعت یاخانه وباغ اختصاص داده شده است »

از دقت دراین موارد وتوجه باین مواد معلوم میشود که اموال غیر منقول در نظرقانون مدنی چهارقسم است ۱ـ غیرمنقول ذاتی۲ـ غیرمنقول بواسطه عمل انسان ۳ـ غیرمنقول تخصیصی یا حکمی ٤ ـ غیرمنقول تبعی .

قانون مدنی فرانسه در ماده ۵۱۷ اقسام غیر منقول را چنین بیان کرده است « اموال غیرمنقولند یابواسطه طبیعتشان یا بطریق تخصیص ویا به‌سبب چیزی که باو مربوطند ( یعنی بتبع )

**الف - غیرمنقول ذاتی :**

این قسم ازاموال ، بنا به‌قانون مدنی ایران منحصر باراضی است ، برخلاف قانون فرانسه که‌آنچه درقسم دوم ( بواسطه عمل انسان ) غیرمنقول میشود نیز از غیرمنقول طبیعی وذاتی شمرده شده است . البته اراضی منحصر بسطح زمین نیست بلکه شامل آنچه زیر زمین است مانند معادن وخاك وسنك وغیره نیز میشود . اما در صورتی که کنوز و گنجهائی در زیر زمین باشد غیرمنقول نیست زیرا نه حاصل و ثمره ونه جزءِ زمین میباشد .

**ب ـ غیرمنقول بواسطه عمل انسان :**

ملاك این‌قسمت این است که شیء پیش از آنکه انسان نسبت‌بآن عملی‌انجام دهد وآنرا مستقر سازد قابل حمل و نقل باشد ولی بعد طوری بکار رود کـه اگر بخواهند نقل نمایند مستلزم خرابی باشد بنابراین آنچه درماده ۱۳ (غیرازاراضی) وماده ۱٤ ذکرشده ازاین قسم میباشد .

قانون مدنی فرانسه این موارد را ضمن موادی چنین بیان میکند :

ماده ۵۱۸ ـ اراضی وابنیه بواسطهٔ طبیعتشان غیرمنقولند .

ماده ۵۱۹ ـ آسیاهای بادی یاآبی که ثابت شده باشد برستونها وجزوی از بنا شود همچنین غیرمنقول بواسطهٔ طبیعتشان هستند .

بطوریکه ملاحظه میشوددراین دوماده ابنیه وآسیاهابااینکه غیرمنقول‌بواسطهٔ عمل انسان میباشند ولی غیرمنقول ذاتی خوانده شده‌اند .

حسب ماده ۵۲۰ حاصلهائی که قائم بریشه‌شان هستند و میوه‌های درختها که هنوز چیده نشده‌اند نیز غیر منقولند لیکن بمجرد قطع شدن حبّه‌ها وجدا شدن میوه‌ها ، میباشند از منقولات هرچند نقل داده نشده باشند ، هرگاه یك قسمت از حاصل دروشده این‌قسمت فقط، منقول است . وباقتضای ماده ۵۲۱ شاخه‌هائی که معمولا ازدرختها باید قطع شود ویا درختهای جنگلی که ترتیب قطع آنها داده شده منقول نمیگردند مگر بتدریج واندازه‌ای که جدا میشوند .

ونیز ماده ۵۲۳ میگوید : لوله‌هائی که استخدام شده‌اند برای رساندن آبها دریك منزل ویابمنظورهای دیگر غیرمنقول هستند ومیشوند جزئی اززمینهائی که بآن زمینها متصل شده‌اند .

ازتوجه‌باشیاء مذکوره درسه مادهٔ اخیرمعلوم میشود اشیائی که‌قابلیت اتصاف بهریك ازدوصفت منقول وغیرمنقول را دارنـد تاآخرین لحظات وزمانی که در یك صفتی هستند و باصطلاح صفت منقول یا غیرمنقول درآنها فعلیت دارد بهمان صفت خوانده میشوند هرچند مشرف باتصاف بصفت دیگر باشند .

**ج - غیرمنقول حکمی :**

این قسم اموال ، ذاتا منقول میباشند و لیکن برای مصلحت مال غیر منقول ذاتی ، غیرمنقول اعتبار میشوند واز نظر صلاحیت محاکم وتوقیف و غیره بحکم قانون ، باآنها رفتار غیرمنقول میشود ازقبیل آنچه درماده ۱۷ پیش بینی شده‌است.

فکرمال غیرمنقول حکمی ، یاثابت بتخصیص ، ازطریق قانون رم آمده‌است درآنجا اراضی که مورد خرید وفروش ، یا وصیت واقع میشد مبیع و موصی به ، شامل بعضی توابع بود اما آنها چون اموال را بمادی و معنوی تقسیم میکردند از ملحقاتی که داخل درمبیع یاموصی به میباشد بحث مینمودند بدون آنکه آنرا بصفت ثابت متصف نمایند . بعد درقانون فرانسه فکرمال ثابت بتخصیص واردشده وسپس درقانون ایران تقلید گردیده است .

**د - غیرمنقول تبعی :**

باین دسته ، اموال غیرمنقول معنوی ، یا غیرمادی ، و یا حقوق غیر منقول برحسب موضوعشان ، نیز گفته میشود وآن عبارت ازحقوقی است که متعلق ومحل آن غیرمنقول باشد چنانکه ماده ۱۸ بیان داشته است مانند حق انتفاع ازاشیاء غیرمنقوله - حق ارتفاق - حق‌حریم - حق تحجیردراراضی موات ودعاوی راجعه باموال غیرمنقول ، ازخلع ید وتصرف عدوانی ورفع مزاحمت وغیره . ماده ۲۳ آئین دادرسی مدنی باین معنی‌چنین اشاره نموده « دعاوی راجعه بغیر منقول اعم از دعوی مالکیت وسایرحقوق راجعهٔ بآن‌درداد گاهی‌اقامه میشود که مال غیرمنقول درحوزه‌آن واقع است اگرچه مدعی ومدعی‌علیه هم درآن حوزه مقیم نباشند » .

درماده ۵۲۶ قانون مدنی فرانسه این قسم پیش‌بینی شده وحق انتفاع مرتب برغیر منقول - حقوق ارتفاق یا ارتفاقات عقاریه و دعاوی مخصوص بخواستهٔ غیر منقول بملاحظهٔ چیزی که بآن مربوط میشوند غیرمنقول اعتبار شده‌اند .

**اموال منقول :**

در سابق مادهٔ ۱۱ قانون مدنی را راجع بتقسیم اموال بمنقول و غیر منقول

و همچنین مادتین ۱۲ و ۱۹ را درخصوص تعریف ایندوقسم دیدیم ، باتوجه بتعریف مذکور درماده ۱۹ ، ملاك درمنقول بودن اشیاء ، آن است کـه نقل وانتقال آنها بدون خرابی بخود یامحل آنها ممکن باشد لیکن قانون ، تنها باین ملاك اکتفا ننموده و در ماده ۲۰ چیزهائی را درحکم اموال منقول ذکر کرده است که وجود خارجی آنها اعتباری‌است وقابل اتصاف بمنقول یاغیرمنقول نمیباشند . دراین ماده میگوید « کلیهٔ دیون ازقبیل قرض وثمن مبیع ومال‌الاجاره عین مستاجره از حیث صلاحیت محاکم درحکم منقول است ولواینکه مبیع یاعین مستاجره ازاموال غیر منقوله‌باشد » سپس درمادتین ۲۱و۲۲ اشیائی را اسم برده ومنقول وداخل درمنقول دانسته که احتمال میداده است مورد اشتباه واقع شوند .

باملاحظهٔ مواد فوق‌الذکرمعلوم میشود برخلاف اموال غیرمنقول که چهار قسم میشد اموال منقول دوقسم‌بیشترنیست ۱ـ اموالی که ذاتاً منقولند ۲ـ اموالی که بالتبع منقول میباشند .

درقانون مدنی فرانسه بتقسیم اموال منقول درمادهٔ ۵۲۷ باین بیان « اموال منقول میباشند بواسطهٔ طبیعتشان یا بواسطهٔ تعیین قانون » تصریح و سپس نوع اول درماده ۵۲۸ چنین تعریف شده‌است : « اموال منقول ذاتی اجسامی‌هستند که ممکن باشد حمل آنها ازمکانی بمکان دیگر ، خواه متحرك باشند بوسیلهٔ خودشان مانند حیوانات ـ خواه ممکن‌نباشد تغییرشان مگردرنتیجهٔ قوهٔ خارجی مانند جمادات » ونوع دوم را درماده ۵۲۹ بتفصیل بیان نموده است .

یك نوع دیگرازاموال منقول درعرف هست که‌قانون ایران وقانون‌فرانسه پیش بینی نکرده است ومیتوان نام آنرا منقول بالمآل ویا توافقی گذاشت اینك اجمالی ازاین اقسام ذیلا ازنظرمیگذرد :

**قسم اول ـ اموال منقولهٔ ذاتی :**

براین اموال منقول مادی نیز گفته میشود وآنها اموالی هستند که ذاتاً و یا بطریق حکمی یا تبعی غیرمنقول نباشند . دراین نوع جمیع اجسامی که از مکانی

بمکان دیگر بنفسه ویابوسائل دیگرمنتقل میشوند داخلند .

**قسم دوم - اموال منقول تبعی :**

این اموال درقانون فرانسه وهم درقانون ایران منقول بحکم‌قانون خوانده میشود وچون این نوع ازاموال ، امور اعتباریه‌ای میباشندکـه لحاظ آنها باعتبار موضوعات آنها است ، شامل جمیع حقوق سوای آنچه غیرمنقول تبعی دانسته شد میشود وازاین جهت بقیـهٔ آنها هر گاه منقول تبعی یا منقول معنوی یا غیر مادی خوانده شود ازتعبیر قانون بهتراست زیرا اعتباراین حقوق درذمهٔ شخص است ولذا تابع وضع خود شخص بایستی باشد .

باید دانست که اصل درحقوق این است که منقول اعتبار شود واعتبارآن در مواردی که دیدیم بغیرمنقول بگفتهٔ پلانیول وریپر استثنائی است .

این نوع شامل موارد ذیل است :

۱ـ التزاماتی که انجام دادن چیزی یا امتناع ازانجام چیزیرا اقتضامیکند.

۲ـ سهام وحصص شرکاءِ در شرکتها .

۳ـ حق انتفاع از اشیاء منقوله .

٤ـ حقوق مؤلفین ومخترعین .

**۱ - التزامات - وبعبارت دیگر حقوق دائنیت :**

قانون مدنی‌ایران ماده ۲۰ اموالی را که درحکم منقولند چنین بیان میکند « کلیهٔ دیون ازقبیل‌قرض وثمن مبیع ومال الاجاره عین مستاجره ازحیث صلاحیت محاکم درحکم منقولست ولواینکه مبیع یاعین مستاجره ازاموال غیرمنقول باشد»

مقصود ازدیون که دراین ماده بکاربرده شده حقوق متعلق بموضوعات منقوله میباشد هرچند غیرمستقیم باموال غیرمنقول هم ارتباط داشته باشد. واهم این‌حقوق همان مواردی است که در بالا بآنها اشاره گردید .

اما التزامات ویا حقوق دائنیت که قسیم اقسام فوق واقع شده منظور ازآن معنی خاصی است که شامل قسمی ازمعنی عام مصطلح قانـون ایران میباشد و آن

همانطور که درماده ۵۲۹ قانون فرانسه اشاره شده شامل موارد زیراست :

الف ـ التزام بقیام یا امتناع ازعمل .

ب ـ دیون حاله یا مؤجله .

ج ـ اسناد قرضه ووام که ازطرف شرکت ممکن‌است منتشرشود ـ این اسناد نباید باسهام اشتباه شود چه شرکت در این اسناد تعهد مینماید وجه سند را دراجل معین پرداخت نماید برخلاف سهام .

**۲ـ سهام وحصص شرکتها :**

درقانون فرانسه ماده ۵۲۹ بدو عبارت تعبیر نموده که یکی بسهام و دیگری حصه وبهره تعبیرمیشود واین اختلاف تعبیر نسبت باختلاف شرکتها است چه بحصه شخص درشرکتهای سهامی که شرکت اموال نیز نامیده میشود **سهم** اطلاق میشود وبرعکس در شرکتهای تضامنی وسایر شرکتهای اشخاص ، **حصه ویا نصیب** گفته میشود .

**سهم ونصیب** درمواردی اختلاف پیدا میکنند که اهم آنها ازاین قراراست :

سهم جزئی ازسرمایهٔ شرکت است که قابل‌نقل وانتقال وتوارث میباشد وبهمین جهت شرکت سهامی بفوت یکی‌ازشرکاء منحل‌نمیشود. برعکس شرکتهای اشخاص یامنافع که‌بموت یکی‌ازاعضاءِ شرکت منحل‌میشود وبهمین‌جهت میگویند «**شرکت اشخاص** » ولی‌شرکتهای‌سهامی شرکتهای رؤوس‌اموال میباشند .

بهرحال حصص شرکاء چه درشرکتهای اموال باشد یااشخاص ، منقول است ولواینکـه سرمایهٔ شرکت را اموال غیر منقول تشکیل دهد زیرا شرکت دارای شخصیت حقوقی است و روی این اصل سرمایه ودارائی شرکت متعلق بآن شخص فرضی میباشد وسهم شرکاء درشرکت عبارت ازحق درمطالبهٔ نصیب است ازربح تا وقتی که شرکت تشکیل است ومطالبهٔ اصل سهم، بعد ازانحلال وباوجود این، این حق ، حق دائنیت اعتبار نمیشود ـ برخلاف سند قرض درشرکت ، چه بین ایندو ازجهاتی فرق‌است ازجمله صاحب سند قرض دائن است واما صاحب سهم درشرکت

عضواست و حق وی حق خاصی است قائم بذات وآن نه حق عینی است و نه حق دینی ولیکن حق منقولی اعتبار شده است .

**۳ - حق انتفاع ازاموال منقوله :**

هرمالکی ازملك خود حق انتفاع نیزدارد ومیتواند برحسب «قاعده تسلیط» بالمباشره یاباواسطه ازآن استفاده نماید لیکن این اصطلاح بمالك اطلاق نمیشود چه اودارای حق جامعتری‌است بنام حق‌مالکیت وبهمین جهت حق انتفاع‌را عبارت دانسته‌اند ازحقی که شخص نسبت بملك غیر پیدا نموده وبموجب‌آن میتواند از منافع آن ملك متمتع گردد وقادر هست ازآن استفاده نماید بمانند استفاده وحقی که مالك نسبت بعین مال خود داراست مثل موارد اجاره ومزارعه وغیره .

**۴- حقوق مؤلفین یامخترعین (یاحقوق ملکیت ادبیه وفنیه وصناعیه):**

حقوق مذکور را بعضی حق مالکیت نامیده‌اند باعتبار اینکه صاحبش یعنی مخترع ومؤلف ازتالیف واختراعش استفادهٔ مالی مینماید ولی‌برخی دیگر گفته‌اند که حقی‌است موقت نه دائم وبنابراین حق ملکیت نمیتوان‌آنرا نامید بلکه‌بگفته «کولین» و «کاپیتان» احتکاری است برای بهره‌برداری معین لیکن دراعتبار این حق ازمنقولات همه متفق میباشند باعتبار اینکه بالاخره استحاله بنقود میشود .

**قسم سوم - منقول توافقی ومآلی :**

گفته شد یکنوع منقول دیگری که درقانون پیش بینی نشده متصور وبلکه متعارف است . این نوع بااینکـه موضوعا ازثوابت وغیرمنقول میباشد ولی باعتبار قصد طرفین منقول میشود مثل اینکه درخت سرپابرای‌بریدن ویاسنگها وکاشیهائی که دربنا منصوب است ، برای خراب شدن ودرآوردن‌آنها ازبنا ویامحصول برای درویدن وامثال آن ، فروختـه شود . این اشیاء بااینکه بلحاظ فعلی ، غیر منقول میباشند ولی قصد طرفین آنهارا منقول اعتبارنموده وبآنها بوصف‌آینده‌نظرمیکند یعنی ازآن حیث که بزودی اززمین وبناجداخواهند گردید، مادهٔ ۲۲ قانون مدنی میگوید «مصالح بنائی ازقبیل سنك وآجروغیره که برای بنائی تهیه شده یابواسطه

خرابی از بنا جدا شده باشد مادامی که در بنا بکار نرفته داخل در منقول است» بطوریکه ملاحظه میشود دراین ماده مصالح بنائی قبل ازبکار بردن دربنا وبعداز خرابی وجدا شدن ازبنا منقول دانسته شده است نکته‌ای که لازم است تذکر داده شود این است که اراده از یکطرف برای اینکه غیر منقول را منقول نماید کافی نمیباشد بلکه توافق دو اراده لازم است .

فایده این اعتبارزیاد وازجمله یکی ازنظرصلاحیت دادگاه است که درصورت بروز اختلاف مرجع صالحه محل مدعی علیه میباشد .

منقول درشریعت اسلام معنی عرفی دارد ولی درمرشدالحیران اطلاق میشود برهرمالی که نقلش ممکن‌باشد ، بروجهی که نقود وحیوانات ومکیلات وموزونات وبنا ونهالی راکه در زمین موقوفه و مملوکه باشد شامل میشود وبهر حال این دو کلمه، یعنی‌منقول وغیرمنقول ، درشرع بمانند سایرالفاظباب معاملات ، اصطلاح خاصی‌ندارند ومعنی شرعی‌آنها تابع مفاهیم عرفی وقرار طرفین است .

نکته‌ای که قابل توجه است این است که قانون هرچند فشرده وجامع باشد بهتر و کاملتر است ودرقانون خصوصیت موضعی وفردی نباید مورد نظر واقع شود زیرا درنظر گرفتن مورد ومقام ازنظرحکم باید بعهده قاضی باشد وازلحاظ تشریح وبحث بعهده محققین حقوق واگذار گردد وازنظرلغت تابع مصطلحات عرف واهل لغت باشد. اما قانون مدنی‌فرانسه دراین مسئله برخلاف اصل رفتارنموده وچنانکه دیدیم بااینکه اموال را بدوقسم منقول وغیر منقول تقسیم نموده و لازمه این تقسیم آنست که منقول بر کلیه آنچه غیرمنقول نیست اطلاق بشود لیکن درموارد دیگری مصادیقی برای کلمه منقول ازنظر استعمال واطلاق ، قائل شده وباز گویا اصطلاح خودش را قبول نداشته وبرای منقول بر نحواطلاق شمول خاصی مورد نظر واقع گردیده است ودر ماده ۵۳۳ میگوید « کلمه منقول که بتنهائی در نصوص قانون یا در اتفاقات مردم بدون اضافه دیگری و بدون تعیین استعمال شده شامل نقود و جواهرات ودیون شخص و کتب و نشانها و آلات علمی وفنی وصنعتی ولباسهای بدن

واسبها واسلحه وحبوب ومشروبات وعلوفه وماکولات دیگر نمیشود. همچنین اشیائی را که متعلق بتجارت است شامل نمیگردد .

درماده ۵۳۵ میگوید « عبارت اموال منقوله ، امتعه یا اشیاء منقوله ، شامل میشود بطور عموم تمام آنچه اعتبار شده است منقول حسب قواعدی که در بالا بیان شد ، بیع یاهبهٔ متاع منزل ، شامل نمیشود مگرمنقولات اثاث مٔنزل را » .

همچنین درتقسیم اموال بخاصه و عامه چنانکه در فصل آینده خواهیم دید بین اموال خاصهٔ دولت واموال عمومی که تصرفات دولت بعنوان ولایت از عموم است خلط کرده‌است ومقلدین هم بآنچه تقلید ایجاب میکرده‌است رفتار نموده‌اند.

## فصل سوم

### فرق بین اموال خاصه وعامه

تفاوت بین اموالی که مالك خاص دارد و اموالی که ملك عموم است واضح است ولی درآنچه تحت استیلای والی مسلمین و برحسب اصطلاح قانون تحت استیلای دولت میباشد اختلاف واختلاط میشود .

قانون مدنی فرانسه این دوقسم را در فصلی ذیل عنوان ( اموال از لحاظ نسبتشان باکسانی که آنهارا مالك میباشند ) ذکر کرده است ودرمادهٔ ۵۳۷ میگوید « افراد آزادی تصرف دراموال مملوکهٔ خوددارند بامراعات اوضاع‌مقرره درقوانین واموال غیرمملوکه ، برای افراد اداره میشوند و ممکن نیست تصرف درآنها مگر بصور موضوعه وحسب قواعد خصوصی آنها » .

درقانون مدنی ایران این تقسیم وتعریف برای املاك عام وخاص نشده ولی نتیجهٔ آن ضمن مواد ۲۳ تا ۲۸ ودرفصل مالکیت از مادهٔ ۳۰ به بعد بیان گردیده است زیرا درمادهٔ ۳۰ میگوید « هرمالکی نسبت بمایملك خود حق همه گونه تصرف

وانتفاع دارد مگر درمواردی که قانون استثناء کرده باشد » .

چنانکه مشاهده میشود این‌همان حکم قسمت اول ماده ۵۳۷ قانون فرانسه است .

ونیزماده۲۳چنین‌است « استفاده‌ازاموالی که مالك خاص ندارد مطابق‌قوانین مربوطه‌بآنها خواهدبود » این ماده هم تقریباً همان قسم دوم مادهٔ مذکورازقانون مدنی فرانسه میباشد .

از توجه باین مواد علاوه ازتقسیم مذکور استفادهٔ دواصل مختلف که مبیّن تفاوت دونوع مال مزبور است نیز میشود : ۱ـ اصل صحت تصرفات نسبت بملك خاص ۲ـ اصل عدم جواز تصرف نسبت بملك عام .

بنابراین هرنوع‌انتفاع واستفاده‌ای که ازملك خاص یاعام بشود میتوان‌آنرا براین دواصل باتوجه بنصوص استثنائی عرضه نمود وحکم‌آنرا فهمید .

ازاین دواصل اشخاص حقوقی هم خارج نیستند وحتی دولت ازنظرشخصیت حقوقی واعمال تصدی دراین دوعنوان واصل داخل میباشد النهایه دولت در اموال عام نیزمداخله مینماید وآنهارا حفظ وحراست وتصرف میکند. اما این دومداخله وتصرف باهم فرق دارند چه درقسم‌اول دولت مانند یك فرد است لیکن درقسم دوم دخالت دولت یا تشکیلات ومؤسسات عمومی دراموال عامه بعنوان یکنوع ولایت ازطرف عموم جامعه میباشد .

**اختلاف نظرعلما درفرق بین اموال عامه وخاصه :**

در ماده ۵۳۹ و ۵۴۰ قانون مدنی فرانسه مانند مواد ۲۴ قانون مدنی ایران ومابعدآن املاکی راکه مالك خاص ندارد شمرده است ودراین شمارش بین املاك خاصهٔ دولت واملاك عامه خلط نموده یعنی انواع املاکی که سرپرستی آن بعهدهٔ دولت میباشد ذکرشده است .

حقوقدانان مجموع آنهارا تحت عنوان خاص وعام قرارداده وملاك تقسیم را

خواسته‌اند بدست دهند ولی برمبنا وقاعده‌ای توافق حاصل نشده ودر نتیجه درروش بیان وذکر خصائص اختلاف نظر پدید آمده است . بعضی گفته‌اند هرمالی که برای منفعت عامه وضع وقرار داده شود در املاك عامه داخل است و بعبارت دیگر مال وقتی دارای صفت عامه میشود که برای منفعت عامه مراقبت و نگهداری شود ( هوریو Hauriou ) .

این نظر مورد تائید مقامات قضائی فرانسه هم واقع ودرمقالهٔ استاد ( سالی Salille) نیز تائید شده است . پس باین نظریه ورای هرشیء خواه منقول باشد یاغیرمنقول که مهیابرای منفعت عامه ومصلحت عموم باشد درعداد املاك عامه‌است ولازم نیست که مال بالذات غیرقابل تملك خاص باشد .

برخی دیگر گفته‌اند صرف آماده بودن برای انتفاع عمومی کافی نیست بلکه باید بالطبع قابل ملکیت برای فرد نباشد تا وضع نظام خاصی را ایجاب نماید . منشأ این‌عقیده تقریر « دوما » (Domat) میباشد باینکه نهرها ومیدانهای عمومی وراههای بزرگ دراملاك خاص داخل نمیشوند زیرا آنهارا احدی تملك نمینماید وازبرای معاملهٔ تجاری آنها مجالی نیست .

نظردستهٔ سوم بین ایندوقول‌است وقائل آن کولین و کاپیتان میباشند بعقیدهٔ این دسته تنها آماده بودن شیء برای منفعت عمومی کافی نیست و هم اینکه طبعا قابل تملك برای افراد نباشد لازم نیست بلکه شرط معتبر میانهٔ آندوشرط وحالت است و آن اینست که صرفنظرازطبیعت شیء بایستی آن شیء درخدمت عموم استعمال شود وهرگاه این صفت زائل گردد و آن مال درغیرخدمت مجموع وجمهور بکار رود صفت عمومیت را ازدست داده وبخاص منقلب میشود .

بنابراین رای ، تمام آنچه تخصیص داده شده‌باشد برای منفعت عامه ، داخل دراموال عمومی نیست ولذا بوسعت نظریهٔ دسته اول نمیباشد وازطرفی محدودباشیائی که بالطبع غیر قابل تملك خاص باشد ، نشده و در نتیجه بمحدودیت نظر دسته دوم نیست .

ازآثار بودن شیء ازاموال عمومی وخصائص آن این است که بمرور زمان ملکیت آن برای اشخاص تثبیت نمیشود وتصرف درآنها جایز نیست واز استفادهٔ عموم هم نمیتوان جلوگیری کرد. تفصیل ازنظرشرعی درفصل مالکیت جنس ملاحظه خواهد شد ومدقق درمطالب آن فصل وسایرفصول این کتاب میتواند درك نماید که اساس وپایه این بحث وتقسیم ازکی وازکجا آمده است .

# باب سوم

## انواع مالکیت در اسلام

**مقدمه :**

آنچه آیات و روایات بآن گویا است ، مالکیت در اسلام ، اولا و بالذات یك نوع بیش نیست و تمام جهان هستی و موجودات عالم وجود (چنانکه درمقدمه کتاب بیان شد ) بیش ازیك مالك ندارد و آن همان خالق موجودات است که « ولله ملك السموات والارض » .

اوست که سلطنتش برملك ومملکت وسیعش وهم برمالکین وملوك مجازی سلطنت تامه و کامله است وسلطنتهای دیگر مالکین وملوك ، اگر غاصبانه نباشد منوط باجازه وازعطایا ومواهب او میباشد که « قل اللهم مالك الملك توتی الملك من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء .. »

پس بمقتضای این آیات مالك الملوك و هم ملك الملوك تنها اوست ولا غیر و مالکان و ملوك مجازی همه برخوان نعمت او که برمبنای عدل وانصاف گسترده شده است نشسته‌اند وموظف بحفظ ورعایت نظم عام ونگهداری اندازه وعدم تجاوز ازحریم رضای الهی وعدالت حقه میباشند .

واسطی درتفسیر « تنزع الملك ممن تشاء » گفته‌است چون ابناء دنیا وملوك بملك فخر آوردند حق تعالی بیان نمود که این ملك عاریت است و بر کس نماند هرروز جای دیگر باشد .

حسن بصری چون حدیث دنیا بمیان میآمد باین بیت تمثل مینمود .

الیوم عندك دلها وحدیثها　　وغدا لغیرك کفها والمعصم

یعنی ناز و کرشمه‌اش امروز برای تواست وفردا برای دیگری کف دست و مچ اواست .

در « روح‌الجنان » است که بهلول درعرفات هودج هارون‌الرشید را بدید که میآوردند ومردم را میزدند بربالای رفت وآواز داد گفت ای پادشاه مغرور بشنو این حدیث ، هارون‌الرشید سر ازهودج بیرون کرد وبهلول را بدید ، گفت بیار ، تاچه داری؟ گفت حدثنی فلان عن فلان عن ابن مسعود انه قال : « رایت رسول‌الله ﷺ هیهنا علی حمار ولم یکن ضرب ولاطرد » (گفت رسول خدارا دیدم دراینجا برخری‌نشسته وضربی وطردی نبود کس‌را نمیزدند ونمیراندند) هارون اورا پیش خواند و گفت‌یابهلول «عظنی» (مرا پند ده) گفت : «ان الذی فی یدك کان فی‌غیرك ثم انتقل الیك وعن قریب ینتقل عنك الی‌غیرك » گفت این ملکی که تومیبینی که دردست تواست دردست دیگری بود ازاو بتو انتقال یافت وعنقریب ازتو بدیگری انتقال افتد ، ابن‌عمید دراواخرعمرهمواره این اشعار همی‌خواند :

دخل الدنیا اناس قبلنا　　رحلوا عنها و خلوها لنا

ودخلناها کما قد دخلوا　　و نخلیّها لقوم بعدنا

پس باتوجه بمراتب مذکور کس را نشاید، که درملك مالك حقیقی ، دخل وتصرف نماید مگرباجازه وباندازهٔ اجازه وبروجهی که اواجازه داده است وچون به مستفاد ازآیات و اخبار ، امضاء واجازهٔ مالك اصلی وحقیقی ، ازحیث موارد و اشخاص ونحوه ودایرهٔ تصرفات وارتباطات آنها ، بایکدیگرمختلف است بحیثی که گاهی مفید صرف اباحه است و گاهی فقط یك رابطه وسلطهٔ ضعیفی ایجاد مینماید که ازآن بحق تعبیر میشود ودرمواردی بنحو اختصاص بفرد یا افراد و یـا جمع میباشد که جامع حقوق وموسوم بـه ملك ومالکیت است لذا ذیلا باشروع بحث از حق باافرادآن آشنائی حاصل میشود .

# فصل اول

## « حق »

حق باعتباری درجهٔ ضعیفی ازمالکیت یا نوعی ازملك است ودرلغت بمعانی مختلف آمده است از جمله : ۱- ازنامها یا صفات باریتعالی است ۲ - نقیض باطل است ۳ - کاری که وقوع آن مسلم است ٤ - عدل ٥ - اسلام ٦ - واجب ۷- موجود وثابت ۸ - راست ودرست وسزاوار ۹ - راستی وحزم ۱۰ - مال وملك ۱۱- بهرهٔ معین کسی .

در خبر که میگویند محتمل صدق و کذب است گفته‌اند اگر خبر مطابق باواقع باشد باعتبارمطابقت آن باواقع صدق وباعتبار مطابق بودن واقع باخبرحق است ولذا حق وصدق بالذات یکی هستند وباعتبار متفاوتند .

حق درلسان شرع واخبار بعنوان عام و بمعنی ثبوت که یکی ازمعانی لغوی آن است استعمال شده وشامل هرچیزی میشود که شارع وضع وتشریع فرموده‌است چنانکه دررسالهٔ حقوق امام چهارم حضرت علی بن الحسین (ع) است دراین رساله بحق‌الله وحق‌نفس وحقوق جوارح وحقوق برادران دینی وهمسایگان وغیره اشاره شده‌است درحالی که این حقوق ازیکنوع نیستند اما درمعنی‌ثبوت تمام آنها داخلند چه مثلا حق جار برجار ووالدین برولد وبرعکس، که ازاحکامند ، عبارت ازثبوت آن حقوق له وعلیه آنها میباشند . همچنین ملکیت عین یامنفعت وحق خیار وحق شفعه از امور ثابته برای شخص میباشند وخلاصه ، اطلاق حق بمعنی عام ، درعین ومنفعت ، مانند اطلاق آن درحکم ، شایع است لیکن حق بمعنی اخص ، درمقابل آنها است وبهمین جهت است که شیخ انصاری در کتاب بیع ( بعد ازآنکه میفرماید معوّض باید عین باشد وعوض ممکن‌است منفعت هم باشد اما عمل‌حرّ ، اگرمورد

اجاره واقع شده باشد ، مستاجر میتواند آنرا عوض قرار دهد ولی قبل ازمعاوضه ، اگر بگوئیم ازاموال است اشکالی دراینکه ثمن قرارداده شود نیست والا درعوض قراردادن آن اشکال میشود چه محتمل است که مال بودن عوضین دربیع درقبل از معاوضه معتبر باشد چنانکه از کلام مصباح برمیآید ) فرموده است « واما الحقوق الاخر کحق الشفعه وحق الخیار فان لم تقبل المعاوضة بالمال فلااشکال و کذا لولم تقبل الانتقال لان البیع تملیك الغیر ولاینتقض ببیع الدین علی من هوعلیه لانه لامانع من کونه تملیکا فیسقط ولذا جعل الشهید فی قواعده الابراء مردد ا بین الاسقاط والتملیك » .

ازاین تعبیر که حقوق مقید بکلمهٔ آخرشده باتوجه به بیان قبل برمیآید، آنچه بدان اطلاق مال میشود ، ازعین ومنفعت ، درنظر شیخ ازحقوق بمعنی اعم است که آنچه درصدد بیان آن است ، ازافراد دیگرش میباشد . سپس شیخ درمقام فرق بین ملك و حق فرموده است شخص ممکن است مالك چیزی شود که در ذمهٔ اواست واثراین مالکیت سقوط وبرائت ذمه است درصورتی که برعکس معقول نیست برنفس خود مسلط شود وسرّش این است که ، **حق سلطنت فعلیه ای است که تصور نمیشود دوطرفش قائم بشخص واحد باشد بخلاف ملك** که نسبت بین مالك ومملوك است واحتیاج ندارد بکسی که علیه اوباشد تااینکه اتحادمالك ومملوك علیه محال باشد .

نظرشیخ دراین تعریق بحق بمعنی اخص است که بعنوان «اما الحقوق الاخر» ازآن صحبت میفرماید .

**حق بمعنی اخص وفرق آن باحکم :**

علما و دانشمندان بااذعان باینکه حق در بسیاری ازموارد که اطلاق شده از باب حکم است، درتعبیرازحق اختلاف دارند . صاحب عروه درفرق بین حق وحکم میفرماید : بحسب حقیقت و مفهوم فرق بین ایندو ، واضح است چه حق ، نوعی از سلطنت برشیء است که متعلق بعین باشد مانند حق تحجیروحق رهانت وحق غرما

درترکهٔ میت وحق خیار درعقد وامثال آن و یا برشخص است مانند حق قصاص و حق حضانت وحق قسم ونحو آنها . پس بنابراین حق مرتبهٔ ضعیفی از ملك است و بلکه نوعی ازملك میباشد که صاحب آن مالك شیئی است که متعلق حق است همچنانکه درملك ، مالك ، مالك چیزی از عین ومنفعت است . بخلاف حکم کـه مجرد جعل رخصت ، درفعل یاترك چیزی است یاحکم بترتب اثر درفعل وترك است. مثلاحق خیار درعقود لازمـه ، این است که ، شارع برای متعاقدین یایکی ازآنها ، سلطنت برعقد یامتعلق آن قرار داده وحکم کرده است باینکه صاحب خیار ، مالك امر ، ازحیث امضاء وفسخ ورد و استرداد میباشد . امـا جواز درعقود جائزه ، که حکم میباشد صرف رخصت شارع درفسخ وامضاء است ورخصت آن نظیر جواز شرب ماء واکل لحم است واعتبار سلطنت ازطرف شارع برای طرفین یـا یکی ازآنها نشده بحیثی که بتوان گفت صاحب چیزی است .

خلاصـه اگر شارع مالکیت شخص را برای امری و سلطنت اورا برچیزی اعتبار نماید ، حق خوانده میشود و اگر حکم شارع مبتنی برترتیب اثر برفعل و ترك بمجرد عدم منع ازفعل شیئی باشد بنحوی که شخص مورد یـامحل این حکم باشد آنرا حکم گویند.

اما در صورت اول هم حکم شارع باینکه شخص مالك بریك امری است از جملهٔ احکام میباشد همانطور که حکم ببودن شخص ، مالك عین یامنفعت ، نیز از احکام است . پس مثلا جعل خیار از طرف شارع ازباب حکـم ، ونفس خیار یعنی مجعول ، حق برای صاحب خیاراست ، این تفاوت ازنظرمفهومی است . اما بحسب مصادیق بنظر صاحب عروه فرق بین حق وحکم درنهایت اشکال است چـه درجمیع موارد تصور ، هردووجه ممکن میباشد ولذا درتشخیص وتمیز آندو ازیکدیگردلیل لازم است .

در « منیةالطالب » حق بمعنای اخص تعریف شده باینکه اضافهٔ ضعیفه‌ای است که برای ذیحق حاصل میشود و قویترین آن اضافهٔ مالکیت عین واوسط آن

اضافهٔ ملکیت منفعت میباشد . و بعبارت دیگر حق سلطنت ضعیفی برمال است و سلطنت برمنفعت قویتر ازآن وسلطنت برعین قویتر ازآندو میباشد ، پس جامع بین ملك وحق اضافه‌ای است که ازجعل مالك حقیقی ازبرای صاحب اضافه حاصل میشود .

آقای آملی در تقریرات مرحوم نائینی حق را تعریف فرموده است باینکه حق سلطنت برشیءٍ و مرتبه ضعیفی از ملکیت است که قائم بمن له الحق ومن علیه الحق میباشد وازقول بعض اساطین تعبیر بملکیت نارسیده را اضافه فرموده است .

استاد ذوالمجدین درفقه وتجارت درتعریف حق میفرماید « اقوی بنظر قاصر این‌است که‌ازبرای‌حق‌اعتبارخاصی‌است ورای‌اعتبارملکیت وآن امری‌است که عقلا آنرا بملاحظهٔ حال یاوصفی که درصاحب آن مشاهده مینمایند بجهت رعایت اوجعل مینمایند وشارع آنرا دربعضی ازحقوق امضاءِ فرموده است یا آنکه اصل جاعل آن شارع‌است دربعضی دیگر. وازآثار این جعل واعتبار سلطنت صاحب حق‌است برآن پس ملك وحق ، دراعتباریت ، باهم شریکند ولی نحوهٔ اعتبار ایندو ، باهم مختلف است بجهت اینکه سلطنت که ازآثار ملك است سلطنت تامه و مطلقه است که قادر برتمام تصرفات میباشد ولی سلطنت که ازآثار حق است ناقصه ومقیده است که قادر نیست صاحب آن برتمام تصرفات » .

برخی دیگر هم نظیر این تعاریف را برای حق نموده‌اند کـه نیازی بذکر آنها وایراداتی که بربیانشان ممکن است وارد باشد نیست وفقط برای روشن شدن قضیه تذکر چند نکتـه قبل ازتعریف حق ، بلحاظی که مورد بحث است بی‌فایده نیست .

**نکتهٔ اول** - آنکه حق بمعنی‌عام برملکیت وحکم اطلاق میشودچنانکه مثلا درتعریف ملکیت گفته شده‌است « الملکیة هی‌الحق للمالك فی‌الانتفاع بمایملکه » ونیز درقانون مدنی درعنوان باب دوم گفته شده « حقوق مختلفه که‌برای اشخاص نسبت باموال حاصل میشود » سپس درذیل ماده ۲۹ مالکیت اعم ازعین یا منفعت

وحق انتفاع ازحقوق شمرده شده است .

یامثلا درموردعقودجایزه گفته میشود طرفین یایك طرف حق دارد که معامله را فسخ نماید .

**نکتهٔدوم** - آنکه حق بمعنی اخص قسیم ملکیت وحکم ودرمقابل آنهااست وبااینکه تفاوت آنها ازلحاظ مفهومی واضح است تشخیص وتمیز آنها ازلحاظ مورد ومصداق ، مشکل ومحتاج بدلیل درهرمورد است . مثلا ملکیت ازلحاظ توصیف ومفهوم نسبت وعلاقه‌بین شیء وشخص است بدون ملاحظه شخص دیگری - وحکم انشاء وامضاء حاکم است چیزی را - اما حق رابطه‌ایست که بین دوشخص یابیشتر برحسب حکم شارع له وعلیه آنها برقرار میشود وقوام آن ، حداقل ، بدوشخص میباشد یعنی کسی که حق بنفع اواست و کسی کـه حق بضرر اواست . پس از این لحاظ یعنی درمقام توصیف اختلاف بین آنها معلوم وروشن‌است لیکن ازلحاظ مورد ومصداق ملاحظه میشود مثلا درمثل موردی که شخصی مباحی‌را حیازت ویازمینی‌را آباد نمایدآن مباح و یا زمین بحکم شارع ملك شخص شده وهمه گونه تصرفات در آن میتواند بنمایـد و دیگران بایستی بتصرفات او درحدی که شارع مقرر داشته احترام‌بگذارند - این‌موردبلحاظ‌جعل یا امضاءآن ازطرف شارع حکم‌است وبلحاظ برقراری علقه ورابطهٔبین شیء وشخص بروجه مذکورملك ومالکیت است وبلحاظ توانائی وتسلط شخص برانحاء تصرفات درآن شیء ، درقبال اشخاص دیگر ولزوم محترم شمردن آنها ، عملیات ویرا ، حق است که له او وعلیه دیگران مقرر شده است همانطور که درنظائرآن له دیگران وعلیه اومقرر گردیده است .

حضرت امیر علیه‌السلام دریکی ازخطب نهج‌البلاغه میفرماید « اما بعد فقد جعل الله لی علیکم حقا بولایة امرکم ولکم علیّ من الحق مثل الذی لی علیکم فالحق اوسع الاشیاء فی التواصف و اضیقها فی التناصف لا یجری لاحد الاّ جری علیه ولا یجری علیه الاّ جری له ولو کان لاحد ان یجری له ولا یجری علیه لکان خالصا لله سبحانه دون خلقه لقدرته علی عباده ولعدله فی کل ما جرت علیه حروف قضائه

ولکنه جعل حقه علی العباد ان یطیعوه وجعل جزائهم علیه مضاعفة الثواب ..»

دراین خطبه حق حق، بطور کمال اداء شده‌است وهرچه پس ازآن دراطراف آن گفته شود مسلما زائد است .

**نکتهٔ سوم** - آنکه درمواردی که ملکیت وحق، تواردمینمایند بااینکه لحاظ واعتبار آنها مباین است امـا چون از لحاظ مورد ومصداق ، ملکیت جامع حقوق مختلفه برای مالك میباشد لذابملکیت ومالکیت بایستی تعبیرشود واینکه دربرخی نوشته‌های حقوقی دیده میشود که ، حق ملکیت ، بکار برده‌اند مبنی برتسامح‌است اما درتدوین قانون مدنی باین امرتوجه بوده زیرا ازآن نحواستعمال ، خودداری شده است . مثلا ماده ۲۹ میگوید « ممکن است اشخاص نسبت باموال علاقـه های ذیل را دارا باشند :

۱ - ملکیت اعم ازعین یا منفعت ۲ - حق انتفاع ۳ - حق ارتفاق بملك غیر سپس عنوان فصل اول درمالکیت قرار داده شده ودرماده ۳۸ گفته شده « مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است..» یاماده ۳۵ میگوید «تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است ..»

**نکتهٔ چهارم** - آنکه طبع حق اقتضا میکند که اسقاط وبلکه نقل آن جایز باشد چه فرض این است که صاحب حق قادرومسلط برحق خود میباشد وزمام حق بدست صاحب آن است بحیثی که میتواند آنرا اعمال ویااسقاط نماید وحتی‌ازشهید نقل شده‌است که تنها مائز بین حق وحکم، سقوط حق باسقاط است برخلاف حکم که قابل اسقاط ونقل نمیباشد ودلیل آن هم معلوم است زیرا امرحکم ، بید حاکم است و برای محکوم علیه قدرت اسقاط ونقل آن نیست پس اول درجهٔ حق ، این است که قبول سقوط باسقاط نماید مگر اینکـه منعی ازجهت تعبد باشد که حق را لازم سازد یا منع ازجهت قصور در کیفیت جعل باشد بنحوی که حق مختص گردد . بدین معنی که متقوم بشخص خاص یاعنوان خاص شود مانند حق تولیت دروقف و حق وصایت دروصیت که واقف وموصی شخص خاص را باقید خصوصیت، موردحق

قرار دهد ومثل ولایت حاکم که بعنوان خاص ، مختص است وتعدی ازآنها جایز نیست . بنابراین درهرمورد که قابلیت سقوط باسقاط محرز بود آن شیء حق است اماعکس قضیه صادق نیست چه ممکن‌است حق‌بودن شیئی، ازلسان‌دلیل واخبار و یا باجماع محرز باشد مع الوصف بجهات مذکور قابل اسقاط نباشد ولذا اگر حق بودن چیزی معلوم باشد وبمنع‌تعبدی اسقاط، یابمنع ازجهت اینکه شخص یاعنوان مقوم است نیز علم باشد ، مانند موردی که قابلیت سقوط آن باسقاط محرز است بلااشکال میباشد . اما درصورت شك وعدم تشخیص ، بعضی گفته‌اند ، اصلی درمقام نداریم که بآن مراجعه نمائیم و بایستی باصول عملیه مراجعه شود و اقتضای اصل دراین مقام ، عدم سقوط باسقاط است . پس اگر بااجرای این اصل ، حکم بودن شیء مشکوك هم ثابت نشود ، اثر حکم برآن مترتب شده و معامله حکم باآن میشود .

اما باتوجه به‌بیان سابق باید متوجه‌بود که شك دردومورد ممکن است واقع شود یکی اینکه حق معلوم است لیکن شك دروجود منع‌تعبدی است ویاشك دراین است که شخص یا نوع ، مقوم حق یا مورد آن میباشد . در این صورت تصرفات بمقتضای اصل و عمومات ( از قبیل قول امام علیه السلام « الصلح جایز والمؤمنون عند شروطهم » وقوله تعالی « اوفوا بالعقود » وامثال آنها ) بعدازاحراز عناوین مذکور صحیح است .

دیگراینکه شك دراین باشد که این شیء حق است یاحکم، دراینمورد اصل مقتضی عدم جوازتصرف وعدم قبول سقوط باسقاط است .

خلاصه ، درآنچه اطلاق حق برآن میشود ، یا بموت ذی حق منتقل بورثه نمیشود واسقاط ونقل آن هم صحیح نیست مانند حق ابوت وحق‌ولایت برای حاکم وحق استمتاع از زوجه وحق وصایت وامثال آنها یااسقاطش جایز است اما بموت منتقل‌نمیشود ونقلش هم صحیح‌نمیباشد مانند حق غیبت یاشتم یااذیت بسبب اهانت یاضرب یانحواینها بنابرقول باینکه ارضاء صاحب حق واجب‌باشد وتوبه‌کافی‌نباشد

یابموت منتقل میشود واسقاط آنهم جایز است اما نقل آن صحیح نیست مانند حق شفعه - یانقل واسقاط آن صحیح است وبه موت بورثه نیزمنتقل میشود مانند حق خیار وحق قصاص وحق تحجیر وحق رهانت وامثال آنها - یاصحت اسقاط ویانقل ویاانتقال آن مورد شك ومحل تردیداست مانند حق رجوع درعدهٔ رجعیه وحق نفقهٔ اقارب (ابوین واولاد) وحق فسخ بعیوب درنکاح وحق سبق در امامت جماعت وحق مطالبه درقرض و ودیعه وعاریه وحق عزل در وکالت وحق رجوع درهبه وحق فسخ درسایر عقود جایزه ازقبیل شرکت ومضاربه وغیره . قسم اول وقسم اخیر برطبق قاعدهٔ مذکور ازباب حکم‌است مگر آنچه خلافش بترتیبی که گفته شد ثابت باشد .

**نکتهٔ پنجم** - آنکه بین حق ودین فرق است . دربادی‌نظرممکن است تصور شود همانطور که قوام حق بمن له الحق ومن علیه الحق است دین هم قوامش به دائن ومدیون است اما این توهم صحیح نیست چه دین ، ملك دائن است وملك هم نسبت وعلقهٔ بین مالك ومملوك میباشد النهایه دراین مورد ، مملوك کلی آنچنانی است که مورد وظرف آن ، ذمه مدیون است نه اینکه ذمه مدیون ، مقوّم آن باشد ولذا بیع دین بمدیون جایز است ومحالی ازلحاظ اتحاد مالك و مملوك علیه لازم نمیآید بلکه همانطور که شیخ انصاری میفرماید اثراین تملیك سقوط است وبعبارت دیگر اعتبار ملکیت مدیون ازبرای مثل آن کلی که مقید بما فی الذمه وقوام آن بذمه نیست ممکن میباشد وبراین اعتبار مترتب میشود ابراء ذمه مدیون ازچیزی که دائن مستحق آن است بخلاف حق که عبارت ازسلطنت فعلیه است ومعقول‌نیست دوطرفش بشخص واحدی قائم شود مثلا حق رهانت ، سلطنت دائن است دراستیفاء دینش ازعین مرهونه‌ای که ملك راهن است وانتقال این حق بمدیون یعنی راهن معقول نیست ، برای اینکه سلطنت مدیون که صاحب عین مرهونه است در استیفاء دین ازمال خودش محال وغیر متصور است ، چه مهیت وحقیقت حق ، متقوم بغیر من علیه الحق میباشد بحیثی که قوامش بمن علیه الحق بتنهائی معقول نیست . وبهرحال دین، چون ملك وعین کلی درذمه‌است مبیع وثمن هردوصحیح‌است واقع

شودوازطرف‌شخص‌ثالث ممکن‌است اقدام‌بپرداخت‌واداء دین گردد حتی‌بدون‌رضای مدیون، وهم دائن میتواند تقاص نماید بخلاف حق که معوض ومبیع باتفاق وعوض وثمن بنابرقول حق ، واقع نمیشود زیرا معوض دربیع بایـد عین باشد در مقابل منفعت ، وحق بروجهی است کـه شامل عین شخصی و کلی در معین و یا کلی در ذمه نمیشود . و اما عوض اگرچه صحیح است ازمنافع باشد ولی حق قابلیت ندارد که ثمن واقع‌شود زیرا اگرمبادله ملك بحق ، جایزباشد انقلاب ملك بحق وحق بملك لازم میآید برای اینکه بیع، تبدیل دوطرف اضافه است نه مبادله بین نفس دوعلقه واضافه.پس دربیع ملك بحق، آنچه ازعلقه بایع‌خارج شده ملك است و آنچه درعلقه اوداخل شده حق است وباتوجه‌باینکه علقه بین بایع ومبیع ملکیت است میبایستی درآنچه قائم مقام مبیع میشود همین نسبت و علقه محفوظ بماند ودرطرف مشتری وثمن نیز همینطور است .

**نکتهٔ ششم** -آنکه گاهی حق بسبب انتقال متعلق‌آن منتقل میشود همچنانکه گاهی بواسطه تفویت یا تبدیل موضوع‌آن ، ساقط میگردد مثلا درصلح حق دعوی (که برای مصالح له توانائی‌اقامه دعوی برمدعی علیه واخذ مدعی‌به واقعی باشد) مراد صلح مدعی به واقعی است نه صلح نفس حق و انتقال حق درحقیقت بواسطه است چه اگرصلح برمدعی‌به واقعی نباشد پس ازطرح دعوی وثبوت حق ، مصالح له حق دریافت مدعی‌به را نخواهد داشت ویادرمثل حق غرما برترکه میت هرگاه یکی از غرما دین خودرا بشخص دیگری انتقال دهد حق او بتبع منتقل میشود و همچنین است اگرمرتهن دینی راکه درمقابل‌آن رهن گرفته است بغیرمنتقل سازد.

پس اینگونه نقل یا اسقاط، نباید باآنچه درباب حق، محل کلام است اشتباه شود ویا قضیه‌معکوس تصور شود بطوریکه نقل متعلق وتفویت وتبدیل موضوع تابع نقل واسقاط حق دانسته‌شود .

اینك پس‌ازتوجه بنکات مذکور توجه میشود باینکه چون بحث مالکیت در وضع حاضر عموما اجتماعی است نه‌انفرادی وبلحاظ حقوقی است که‌برآن مترتب میشود و الزام و التزامی است که افراد نسبت بیکدیگر پیدا می‌نمایند لذا از نظر

حقوقی ، حق که ذیلا تعریف میشود فصلی از بحث مالکیت ونوعی از ملك است و شاید برهمین مبنا حقوقدانان چنانکه دراقسام حق خواهیم دید اختلاط آندو را روا وجایز دانسته‌اند .

**تعریف حق :**

حق فایده یا منفعتی است که شرع یا قانون برای مصلحت فرد یا افراد در مقابل فرد یا افراد دیگر مقرر میدارد .

هرحقی که برای شخصی ایجاد میشود برای طرف مقابل یا اشخاص تکلیف ایجاد مینماید. بنابراین برای ایجادهرحقی دوطرف لازم است که ازیك طرف حق واز طرف دیگر تکلیف نامیده میشود . پس وقتی برای شخصی حقی مقرر شد این حق استدعا می کند که طرف دیگر یا اشخاص ملزم باشند بعمل شیئی یاامتناع ازشیئی ، درحد مصلحت صاحب حق . مثلا ملکیت اقتضا می کند تمام مردم بمقتضای قانوق الزام شوند باینکه متعرض صاحب حق درملکش نشوند یعنی برایشان احترام این حق واجب است پس اگر تعرضی بحق صاحب حق بشود صاحب حق میتواند به دادگاه مراجعه ومتعرض را الزام باحترام حقش نماید .

در نتیجه برای هر حقی دعوائی است که صاحب حق میتواند مطالبه حکم باحترام حقش بنماید در قبال آنکه تعدی بحقش نموده در حالی که قانونا ملزم باحترام حق اوبوده است .

**اقسام حقوق :**

باصطلاح حقوقیین، حقوق بعده اقسامی منقسم میشود که اهم آنها،ازقرارذیل است:

۱ـ حقوق تامه وحقوق ناقصه

۲ـ حقوق ایجابیه وحقوق سلبیه

۳ـحقوق نسبی وحقوق مطلق

٤ـحقوق مالی وحقوق شخصی

٥ـحقوق سیاسی وحقوق مدنی

۶- حقوق عام وحقوق مالی وحقوق اشخاص واجب‌النفقه

۷- حقوق عینی وحقوق شخصی

۸- حق ملکیت وحق درملك غیر

۹- حقوق منقول وحقوق غیرمنقول

۱۰- حقوق اصلی وحقوق تبعی

این تقسیم متخذ ازالملکیة والحقوق‌العینیة میباشد وبطوریکه ملاحظه میشود اقسام این تقسیمات اغلب تداخل مینمایند اینك چون صحبت ازحقوق اموال است بی مناسبت نیست که بمنظورحصول معرفت اجمالی ، مختصراشاره‌ای بهریك ازاین اقسام حسب اصطلاح بشود .

**۱ - حقوق تامه وناقصه یامعطله :**

حقوق‌تامه آنهائی‌هستند که قانون وجودآنها را اعتباروتنفیذ مینماید برعکس ناقصه که قانون وجودآنها را اعتبار نموده لیکن تنفیذآنهارا عهده دارنشده است. اصل در حقوق قانونی اینست که کامل باشد ووجود ناقص‌آن استثنائی است . مثلا هرگاه حقی بواسطه مرورزمان قابل مطالبه درداد گاه نباشد دراین صورت‌نمیتواند صاحب حق، طرف‌را بوسیله داد گاه ، ملزم‌باحترام حقش‌نماید لیکن‌حق‌او، بحال خودش باقی است زیرامدت ، حاکم برنفس حق ومسقط آن نیست وحق همچنان ثابت است ولیکن بواسطهٔ سلطهٔ عامه، نافذ نمیباشد پس حق ، تام است وقتی ممکن باشد مراجعه بمحاکم وتنفیذ حکم که ازآن محاکم صادر میشود اما حق ناقص ، بااینکه ازنظر قانون فی نفسه معتبر است و بالاختیار وفا بآن ممکن میباشد امـا رفع دعوی ، بمقتضای‌آن حق ، بوسیله محاکم نمیشود .

**۲- حقوق ایجابی وحقوق سلبی :**

هرگاه حق متضمن اعطاء شیئی‌ویا فعل وانجام کاری باشد مانند ساختن‌خانه حق ایجابی است و اگر متضمن امتناع وخود داری از عمل باشد مانند نساختن ، سلبی است وبعبارت دیگر حق ایجابی ، چیزی است که در قبال آن ، آنچه لازم

میشود ایجابی باشد برعکس سلبی .

**۳ـ حقوق نسبیه ومطلقه :**

نسبیه حقوقی است که برای استفاده شخص، درمقابل یك یاچند شخص معین قرار داده شود ومنحصر درالتزامات بین اشخاص میباشد که اهم آنها ارتباط موجود بین دائـن ومدین وآنچه بمقتضای آن ، شخص ملتزم میشود باعطاء شیئی یا بعمل بشیئی یا بامتناع از عمل شیئی معین میباشد پس حقوق والدین بر اولاد در حقوق نسبیه داخل میشود . اما حقوق مطلقه امتیازاتی است که قانون بشخص میدهد و محافظت آنراهم برعهده میگیرد ازدون اینکه بین شخص و دیگری ارتباط قانونی باشد ولذا این نوع از حقوق درقبال شخص معین نیست بلکه در قبال جمیع مردم میباشد وشامل حقوق عینیه میشود که اهم آنها حق ملکیت است که مالك بمقتضای آن حق ، شیءِ مملوك را استعمال می کند وازآن بهرطریقی بخواهد انتفاع میبرد و بعقیده « کاپیتان » شامل حقوقی که ذمهٔ مالـی شمرده شده وحقوق سیاسی ومعظم حقوق فامیلی نیز میشود .

حق نسبی ، بدارنده‌اش اجازه میدهد که شخص یا اشخاص معینی را بانجام کاری یاامتناع از چیزی ، ملزم نماید ، بدین معنی که حریت مدیون را بمقتضای آن تااندازه‌ای محدود سازد واما آزادی طرف نباید بکلی ازبین برود والاشخصیت انسان از بین خواهد رفت ومدیون دراین صورت درحکم بنده خواهد شد .

بهمین جهت است که درقوانین هم می بینیم این منع ، برای مدت معینی باید باشد مانند اجاره شخص ، زیرا شرط است که برای مدت معین باشد والاباطل است وگاهـی اجازه داده شده است که بدون مدت نیز عقد انجام شود لیکن در عقود جایزه که هروقت طرفین یا یکی ازآنها بخواهند آنرا ترك مینمایند برعکس حقوق مطلقه ، گاهی وبلکه اغلب مؤبد ودائمی میباشند زیرا اقتضای این حقوق امتناع و خودداری غیرذی حق ازعملی است که منافی حق ذیحق باشد بدین معنی که ملتزم برعایت حق و مکلف بعدم تعرض بحق صاحب حق میباشـد و لذا مـانعی نیست

که بصفت دائم باشد .

جمیع حقوق مطلقه از لحاظ « من علیه الحق » سلبی است اما حقوق نسبی گاهی سلبی و گاهی ایجابی است .

**۴- حقوق مالی وحقوق شخصی :**

حقوق مالی آنهائی هستند که ذمهٔ مالی را تشکیل میدهند وقائم بمال میشوند مثل حق ملکیت ، وحق مؤلف درمؤلفاتش .

توضیح آنکه ذمه مالی بمجموع اموالی که بشخص اختصاص میدارد خواه حقوق باشد یا تکلیف گفته میشود بعبارت دیگرذمه ازعنصرایجابی که شامل حقوق عینیه ازقبیل حق ملکیت وحق انتفاع وحقوق شخصیه مانند ذمامات وطلبها است و عنصرسلبی که شامل تکالیف ازقبیل دیون والتزامات میباشد تشکیل میشود مع الوصف باید توجه داشت که ذمه بکلی ازاین عناصرجداست ومعنایش غنا وثروت هم نمیباشد چه ذمه ممکن است گاهی فارغ باشد یعنی خالی ازحقوق و تکلیف باشد و گاهی ممکن است تنها بیکی ازدوعنصرایجابی وسلبی، مشغول باشد وزمانی شاید بهردوعنصر مشغول باشد ودراین صورت هم اگرپس ازتفریق حقوق باقیمانده داشته باشد شخص درحال غنااست وبآن مانده صافی ودارائی خالص گفته میشودواگرتکالیف زیادترشد بشخص عادی گفته میشود درحال اعساراست وبتاجر گفته میشوددرحال افلاس است پس ذمه مالی بمنزله ظرف ودارای یکنوع مرکزیت برای روابط مالی وهم ضمان عام است وبرحسب آنچه گفته شد این حقوق بردو قسمند اموال ومداینات ـ اموال عبارت از مجموع حقوق عینیه است و مداینات مجموع حقوق شخصیه میباشد که قائم بمال باشد .

اما حقوق شخصی آنهائی میباشند که برقراری آنها جنبهٔ مالی ومادی نداشته باشد ومهمترین آنها حقوق عامه وحقوق سیاسی وحقوق فامیلی است .

باید بین حقوق شخصی باین معنی وحقوق شخصی کـه درمقابل حقوق عینی وفردی از حقوق مالی میباشد اشتباه نشود زیرا منظور ازحقوق مالی چنانکه گفته

شد ذمهٔ مالی شخص میباشد که دارای اهمیت اقتصادی وقانونی است و آن حق مالی گاهی عینی و گاهی شخصی است لیکن منظور از حقوق شخصی مربوط بذمه مالی نمیباشد واهمیتش فقط قانونی است و آنهم گاهی حق شخصی مطلق است و گاهی حق شخصی نسبی .

حق شخصی علاوه ازمعنی فوق درمعانی دیگرازاین قبیل نیزاستعمال میشود

۱ـ عادتاً حق شخصی در مقابل حق عینی استعمال میشود .

۲ـ حق شخصی گفته میشود ومنظورحقی است که اختصاص بشخص داشته و قابل انتقال بدیگری نیست ودر نتیجه بواسطه فوت صاحب حق ازبین میرود مثل حق انتفاع وحق استعمال شخصی ، که هرچند عینی است اما شخصی گفته شده است یعنی قابل انتقال ازصاحبش بورثه نمیباشد وچون دراین معنی استعمال شود ممکن است مالی هم باشد .

۳ـ گاهی حق شخصی ، گفته میشود و مقصود ، حق متعلق بشخص صاحبش میباشد بحیثی که جایز نیست برای غیرش که آنرا استعمال نماید .

**۵ ـ حقوق سیاسی وحقوق مدنی :**

حقوق سیاسی عبارت از حقوقی است که بموجب آنها شخص دراعمال دولت شرکت ونظارت مینماید مانند حق انتخاب اعضاء مجلسین و انجمنهای محلی وحق استخدام . این نوع از حقوق برای تمام مردم نیست بلکه برای کسانی است که قانون این نوع حقوق یا قسمتی را بآنها اعطا نموده باشد .

اما ازحقوق مدنی تمام اشخاص متمتع میشوند چه وجود انسان بستگی دارد باینکه از حقوق ضروری برای محافظت برحریت وشخصیت وتملیك وتملك وبیع وشرائش متمتع گردد . پس انسان قادراست بدون حقوق سیاسی زندگی نماید اما قادر نیست بدون حقوق مدنی زندگی نماید .

در دستور مصریها ( قانون اساسی ) گفته شده است مصریها درمقابل قانون مساوی هستند و یکسان از حقوق مدنی و سیاسی بهره‌مند میشوند و در واجبات و

وتکالیف عامه که برایشان است نیزیکنواخت میباشند ونژاد و زبان و دین تمیزی بین آنها نمیدهد . اصل هشتم قانون اساسی ایران هم میگوید اهالی مملکت ایران درمقابل قانون دولتی متساوی الحقوق خواهند بود .

**٦- حقوق عمومی وحقوق مالی وحقوق فامیلی :**

حقوق مدنی تقسیم میشود بحقوق عمومی وحقوق مالی وحقوق فامیلی . حقوق عمومی شامل حقوقی است که برای شخص بمحض اینکه متصف بصفت انسان وحیات شود حاصل میشود مانند حق حیات وآزادی بیان وعقیده وشرف .

این حقوق برای محافظت شخصیت انسان بدو جهت - یکی از جهت مادی برای محافظت شخص وجایگاه وعملش ، و دیگر ازوجهۀ ادبی و معنوی ، برای محافظت در آزادی عقیده دینی وفکری وقولی او - ضروری میباشد .

در قرن هیجدهم این نوع حقوق را حقوق طبیعی یا حقوق انسان مینامیدند واکنون حقوق عمومی یا حقوق مربوط بشخصیت نامیده میشود .

حقوق مالی ، حقوقی است که برای آن قیمت مالی باشد وبحساب ذمه مالی آید وآنهم چنانکه گفته شد بحقوق عینی وشخصی منقسم میگردد .

حقوق فامیلی حقوقی است که ازاضافه ونسبت خانواده بیکدیگر ناشی میشود چون ابوت وبنوت وزوجیت وامثال اینها . واین حقوق متعلق بنفس شخص میباشدو قابل نقل وانتقال نیست ومجموع این حقوق ، حالت شخص ، نامیده میشود وغرض ازاین حقوق ، شناختن هرانسان است ازدیگری وامتیازش از سایرحقوق این است که این حقوق امتیازات صرف نیستند بلکه اغلب منشاء حقوق وواجباتی میشوند . مثلا حقوقی که ناشی میشود ازازدواج ، برآن حقوق ، التزاماتی برعهده زوجین مترتب میگردد وحقوق فامیلی ، مانند حقوق عمومی ، ازحقوقی است که داخل در ذمۀ مالی نمیشود جز اینکه گاهی بعضی ازحقوق مالی مثل حق نفقه وحق ارث بر آن مترتب میشود .

**۷- حقوق عینی وحقوق شخصی :**

حق عینی حقی است که بذی حق ، قدرت وتوانائی میدهد که ازشیئی ومالی باندازه ودر حدود حقش ، بدون واسطه شخص دیگری بهره‌برداری نماید یاحقی است که واقع میشود برشیئی بالمباشره وذیحق آنرا درمقابل هرشخصی بکارمیبرد پس آن حـق حق درشیئی است وبمقتضای آن شیئی درتحت اراده وتصرف شخص میباشد .

اما حق شخصی صاحب حق از آن بهره برنمیدارد مگربواسطه شخص دیگر مانند حق دائن بر مدیون . این حق هر گاه باعطاءِ شیئی باشد حق بر شیئی است نه درشیءِ چنانکه درحق عینی بود واگر بفعل شیئی باشد ویا بامتناع ازشیء باشد نیزایجادصلهٔ قانونی ورابطه مباشرت بین دوشخص مینماید مثلاهر گاه زیدی بعمرو مبلغی قرض بدهد که در ظرف یکماه باومسترد دارد در این صورت برای زید در مقابل عمرو حقی شخصی است که بمقتضای آن زید میتواند دررأس موعد عمرو را الزام نماید باینکه مبلغی که باوقرض داده است باوبدهد .

از مثال مذکور معلوم میشود که برای حق‌شخصی هم ، موضوعی هست اما این موضوع ، علاقه ورابطه مستقیم با صاحب حق ندارد بلکه علاقه بین آندو بعید وغیرمباشر است .

حقوق عینیه نسبت باشخاص‌ثالث تمام سلبیه است یعنی اینکه تکلیف اشخاص در قبال دارندهٔ حق اقتضا می کند که از تعرض بحق ذیحق ، برای اینکه واجبات حقوق مذکور برتمام مردم فرض است ، امتناع نمایند .

**مقارنه ومقایسه حقوق شخصی وعینی :**

حقوق شخصی حقوقی نسبی میباشند بدان معنی که استعمال آنها نشاید جز درمقابل شخص یا اشخاص معین ، و بر آنها دعوی شخصی ، مترتب میشود وبذی حق حق تتبع و حق اولویت داده نمی‌شود . پس هر گاه اموال مدین بفروش برسد دائنین شخصی ، ثمن را بنسبت دیون تقسیم مینمایند ، بدون اینکه مراعات منشاء

وتاریخ پیدایش حقوقشان را بنمایند برعکس حقوق عینی ، که حقوق مطلقه است وممکن میباشد در مقابل هرانسانی بآنها تمسك شود و صاحب حق میتواند طرح دعوی عینی بنماید و حق تتبع و حق اولویت باو داده شده است ( پلانیول و ریپر و پیکار ) .

حق عینی باید موضوعش شیئی باشد برخلاف حق شخصی که گاهی موضوعش تسلیم شیئی و گاهی عمل و گاهی امتناع ازانجام چیزی میباشد ، علاوه حق عینی بر شیء معینی فرض میشود برای اینکه حق در شیءِ است پس ناچارباید شیءِ ، معین باشد . اما حق شخصی گاهی برشیءِ غیرمعین واقع میشود مانند بیع کلی درذمه که برای مشتری درعهده بایع حق شخصی است که بمقتضای آن مشتری بایع را الزام می کند باینکه التزام خودرا تنفیذ نماید ولیکن مشتری مالك عین خارجی نمیشود مادامی که از طرف بایع تعیین نشده است .

حقوق عینی وشخصی باین معنی ، از حقوق مالی است زیرا برای هریك از آندو ، قیمت مالی است که ممکن است فرض و تبدیل آن بنقود و مجموع حقوق مذکوره وتکالیف یا واجبات ، ذمهٔ مالی نامیده میشود واین دونوع ازحقوق قابل انتقال از یدی بید دیگر میباشند .

**انواع حقوق عینیه :**

حقوق عینی ، بردو قسم است حقوق عینی بمعنی حقیقی ، مانند حق ملکیت وحق انتفاع وحقوق عینی مجازی وآن حقوقی است که تعلق بحالت شخص دارد مثل حقوق متعلق بجنسیت یا بصفت ولد شرعی یا طبیعی اما براین تقسیم اشکال شده است باینکه تحت عنوان واحدی جقوقی قرار میگیرند که بالطبع با یکدیگر متباین میباشند چه قسم اول محلش اشیاءِ است و آن اموال حقیقیه میباشد وجزئی ازذمهٔ مالی است درصورتی که دومی بحالت شخص تعلق دارد ودرذمه مالی شخص داخل نمیشود مادامی که تقویمش بمال امکان ندارد حقوق عینی بمعنی حقیقی منقسم میشود بـه حقوق عینی **اصلی** وحقوق عینی **تبعی** . دستهٔ اول حقوقی هستند کـه

بموجب آنها ذی حق حق استعمال شیء وبهره برداری از آن شیء را بنحو مطلق و یا مقید پیدا می کند و آنها عبارتند از :

الف ـ حق ملکیت که وسیعترین و کاملترین افراد حقوق میباشد و بهمین واسطه بین حق و آنچه حق بر آن واقع میشود فرق ندانسته‌اند و حق ملکیت را ملکیت پنداشته‌اند .

ب ـ حقوق عینیه متفرعه ازحق مالکیت ـ این‌حقوق که برملك شخص برای مصلحت شخصی‌مترتب میشوند شامل حق انتفاع‌وحق استعمال وحق سکنی میگردند واین حقوق جزئی ازملکیت اعتبار میشوند .

ج ـ حقوق عینیه مستقل یا اصلی غیراز حق ملکیت ـ این حقوق مانند دستهٔ قبل جزئی از اجزأ ملکیت نیستند فقط بموجب این نـوع حق ذی حق دارد از شیئی در مدتی کـه حق استعمال واستغلال آن مختص مالك دیگری میباشد استفاده و بهره برداری باندازه حقش نماید . و باین حقوق عینیهٔ اصلی غیر از حق ملکیت حقوق در ملك غیر نیز گفته میشود .

باید توجه داشت که دسته قبلی نیز از حقوق درملك غیراست ولی آن حقوق از فروع ملکیت است واگربرای غیرمقررشود آن دیگری بمانند خود مالك‌ذیحق میشود اما این حقوق خارج ازملکیت ودرحقیقت تکالیفی است برملکیت که برای ارتفاق ومصالح غیراعتبار میشود . وبهمین جهت که جزئی از ملکیت نیست وحتی اعتبار آن برای مالك شیء مقدور نمیباشد حقوق عینیه مستقل بآن نام نهاده شده است .

**اما حقوق عینیه تبعی** ـ حقوقی میباشند که بمقتضای آنها مال معینی برای ضمان التزام تخصیص داده میشود وبصاحبش حق استعمال شیئی وبهره برداری از شیئی درحدود مقررداده نمیشود ومشمول این نوع است، رهن تصرف ورهن تامینی واختصاص دائن بغیر منقول وحق امتیاز وحق حبس .

توضیح آنکه مدین هر گاه ملتزم باشد در مقابل عدهٔ دائنین ، ودارائی او

کافی برای پرداخت دینش نباشد یعنی درحال اعسار باشد جمیع دائنین بنسبت طلب خود متحمل نتیجهٔ اعسار مدین میشوند و آنچه از اموال بدهکار نقد شود بین آنها بنسبت طلب تقسیم میگردد و برای یکی بردیگری حق تقدمی نیست روی این اصل دائن ممکن است برای اعتماد واطمینان بیشتری یك حق تقدم در نظر بگیرد و از مدیونی که درحال بوجود آمدن التزام و بسته شدن عقد دین مطمئن است عین منقول یا غیرمنقولی را رهن تصرف نماید یا اینکه مال غیرمنقولی را رهن تامینی درقبال طلب خود بگیرد دراین صورت هر گاه وضع اعساری برای بدهکار پیش آمد نماید دارندهٔ رهن حق اولویت نسبت بعین مرهونه خواهد داشت وهمین حق اولویت وجه ممیزهٔ مرتهن ازدائنین عادی است که خطراعسار را تحمل مینمایند و نیز برای مرتهن حق تتبع و تعقیب خواهد بود که بمقتضای آن حق ، میتواند معامله برشیء مرهون را تنفیذ یا رد نماید .

حقوق عینیهٔ اداری ـ حقوقدانها این اصطلاح را اطلاق میکنند بر آن حقوقی که براموال عامه داده میشود واین حقوق ، همیشه جنبهٔ موقت را حائز میباشد بر خلاف حقوق عینی باصطلاح قانون مدنی ورجوع بآن حق ، باشرایط معین ممکن میباشد که این خاصیت ، بنابمقتضای قاعده عدم جواز تصرف دراموال عمومی است ولیکن درغیر این خاصیت برای حقوق عینی اداری صفات حق عینی است وبواسطهٔ این حق ، ذی حق ، سلطه برشیء متعلق حق پیدا می کند و ممکن است در مقابل جمیع مردم غیر از دولت بآن استناد نماید . مثال این حق حقوقی است که برای مالکین مجاور راههای عمومی بر آن راهها پیدا میشود .

حقوق عینی براشیاء غیرمادی ـ بین علمای حقوق اختلاف است که آیاحقوقی که باشیاء غیرمادی تعلق میگیرد ومخصوصاحقوق ملکیت ادبی وفنی وصناعی حقوق عینی اعتبار میشوند یا نه ؟ .

بعضی معتقدند که اینها حقوق عینی بمعنی حقیقی نیستند ولی دستهٔ دیگر آنها را حقوق عینی حقیقی میدانند .

**۸ - حق ملکیت وحق در ملك غیر :**

حق ملکیت حقی است عام که اشخاص در ملك خود از آن متمتع میگردند واین حق دارای عناصری است که قابل انتقال بغیر میباشد پس هر گاه قسمتی از آنها را مالك بدیگری منتقل نماید، آن قسمت ازحقوق مالك وسلطه وی ، ازوسعت تصرف اودرملکش کاسته شده است وبرای غیر، اجراء آن قسم وامور معینه ، درملك مالك مقرر میگردد وبآن ، حق درملك غیر گفته میشود مانند حق ارتفاق - حق انتفاع ، حق سکنی ، و حق استعمال شخصی یعنی و قتی این حقوق بغیر مالك داده شود در نتیجه ، آن شخص حق پیدا می کند ملك غیررا استعمال نماید ونسبت باین حقوق سلطهٔ مالك درملکش ، تضییق میگردد .

**۹ - حقوق غیرمنقول وحقوق منقول :**

حقوق وقتی غیرمنقول است که موضوع آن غیرمنقول باشد ووقتی که محل و موضوع آن منقول باشد منقول است . پس حق مالکیت براراضی ، غیرمنقول است و بر حیوانات مثلا ، منقول میباشد وهردو نوع ( حق غیر منقول ومنقول ) گاهی عینی و گاهی شخصی میباشند مثال حق عینی غیرمنقول : حق ملکیت برغیر منقول حق ارتفاق ، حق رهن تامینی ، حق امتیاز غیرمنقول ورهن تصرف در غیرمنقول میباشد .

مثال حق عینی منقول : حق ملکیت منقول ، حق امتیاز برمنقول و رهن تصرف منقول است .

مثال حق شخصی غیر منقول ، حالتی که مدین مکلف بتسلیم عین غیرمنقول باشد. مثال حق شخصی منقول، حالتی که مدین مکلف بتسلیم عین منقول باشد وهمچنین التزام بفعل امری یاامتناع ازامری هرچند که متعلق فعل وامتناع، غیرمنقول باشد

حق اولویت وحق تتبع - حق عینی وقتی غیر منقول باشد یا متعلق بغیر منقول باشد ازبرای صاحب حق ، حق تقدم یااولویت است نسبت بکسانی که دارای این حق نیستند . مثلا دو نفراز یك شخص ، طلبکارمیباشند که معسراست یکی از

آندو ، طلبکارعادی است ودیگری مرتهن است دراین صورت برای دومی نسبت به عین مرهونه، حق اولویت‌است و برای او، حق تتبع وتعقیب‌نیزمیباشد که جستجوی آن حق را مینماید وهر کجابیابد، طلب خودرا ازآن وصول واخذ میکند بخلاف حق شخصی که صاحب حق فقط حق مراجعه بشخص معین را دارد .

هر گاه حق عینی ، منقول باشد برای صاحب حق ، حق اولویت و همچنین تتبع وتعقیب ، فقط دردوحالت میباشد یکی وقتی ، عین منقول ، مورد سرقت واقع شود ودیگری درصورت تلف آن، اما درغیراینصورت، صاحب حق نمیتواند تتبع وتعقیب ازعین ومحل حق خودنمایدبرای‌اینکه قاعدهٔ (حیازت منقول سند مالکیت است ) مانع میشود ازمطالبهٔ آن ، ازکسی که متصرف میباشد .

**۱۰- حقوق اصلی وحقوق تبعی :**

حق اصلی آنست که دارای استقلال ذاتی باشد اما حق تبعی برعکس ، آن است کـه استقلال ذاتی نداشته باشد بلکـه تابع وجود حق دیگری باشد پس حق ملکیت وحق انتفاع وحق استعمال و حق سکنی و حق ارتفاق اصلی میباشند زیرا بدون تعلق ولحاظ حق دیگری موجود میشوند. اما حق رهن تامینی یارهن تصرف تبعی است زیرا وجودآنها بدون وجود حق دیگری که حق اصلی است متصورنیست پس هنگام وجود حق تبعی همواره دو حق موجود است و این دوحق ازحیث عینی وشخصی گاهی یکنوع میباشند و گاهی مختلف میشوند که درنتیجه چهارصورت زیر ممکن است پیدا شود :

۱- حق عینی‌تابع‌حق عینی‌باشد مانند رهن عین‌غیرمنقول برای حق انتفاع.
۲- حق شخصی ، تابع حق شخصی باشد مثل کفالت دردیون .
۳- حق اصلی‌شخصی وحق تبعی‌عینی‌باشد چون حق رهن که تابع دین‌است.
٤- عکس سوم مانند کفالت درامثال حق انتفاع .

واهمیت فرق بین این دونوع مخصوصاً ظاهرمیشود دراینکه حق تبعی پایان می‌یابد وقتی حق اصلی ازبین برود زیرا تابع تابع است .

ازآنچه گفته شد معلوم گردید **که حق دربیشترازموارد استعمال یاخود نوعی ازملکیت است ویامنشأ ویاناشی ازمالکیت میباشد** . وبهرحال امر ازاین حیث سهل است . **مهم درمقام توجه بدلائل شرعی انواع مالکیت و دسته بندی آنها** میباشد .

ازدقت درآیات احکام وتفاسیرآنها وبامراجعه بسنت یعنی‌فعل وقول وتقریر معصوم پیداست که اشیاء چنانکه خواهیم دید ازنظرشارع بردوقسم‌است یکی نجس وحرام ودیگری طیب وحلال .

**درقسم اول** مالکیت محقق نمیشود و ملك احدی نیست ولی گاهی حق اختصاص ویا اولویت نسبت بآنها شاید چنانکه مثلا سر کهٔ کسی هر گاه شراب شد ملکیت او منتفی میشود لیکن حق اختصاص برای او باقی است واگر نظر برآن باشد که شراب مزبورسر که شود مالك سابق حق اولویت وتقدم دراین‌عمل‌خواهد داشت .

**اما قسم دوم** ـ یاملك شخصی است ویا ملك جنس . قسم اول نیز یا مختص بفرد است ویادیگری هم بااوشریك میباشد .

درصورت اول ، فرد یاازافراد عادی است ویاامام وسلطان زمان است درقسم دوم هم ، یاجنس بروجه اشاعهٔ درافراد است ویابروجه وجودآن ضمن فرد یاافراد است. وبالجمله بحسب دلایل، این پنج نوع مالکیت ، دراسلام بعدازمالکیت مالك حقیقی مقرر است :

۱ـ مالکیت اختصاصی وانفرادی اشخاص
۲ـ مالکیت اختصاصی امام وسلطان وقت
۳ـ مالکیت مشترك اشخاص بروجه اشاعه
٤ـ مالکیت جنس یاعنوان بروجه وجودآن درفرد یاافراد وبروجه بدلیت.
۵ـ مالکیت جنس یاجهت بروجه اشاعه

واینك درفصول آینده ازآنها بحث میشود.

# فصل دوم

## مالکیت اختصاصی اشخاص

متداول‌ترین نوع مالکیت این نوع میباشد، بطوریکه اگرادعا شود، مالکیت بنحواطلاق ، منصرف باین فرد است گزاف نیست وعلت این است که ، درمالکیت اختصاصی قدرت وسلطنت مالك درملکش ظاهرتروآشکارترمیباشد وحقوق بیشتری له فرد وعلیه غیراوجمع ومقرر گردیده است وبهمین جهت ازنظراجتماعی، اهمیت زیادتری دارد ومأنوس‌تر ازسایر اقسام آن است . که سزاوار است ضمن مباحثی از آن ذیلا بحث شود .

### مبحث اول

### خصائص ملکیت وحقوقی که مشتق از آن می‌شود

خصوصیات وحقوقی که مالکیت حائز آن میباشد عبارتست از :

**۱- حق عینی** - گفته‌انـد ملکیت حق عینی است و روی همین اصل برای مالك حق تعقیب وحق اولویت بمقتضای آن میباشد . اما این‌حق عینی که گفته شد یك حق ساده‌نیست بلکه ازاهم حقوق عینیه است ومنطقهٔ اختیارات ذیحق ، دراین مقام ازتمام حقوق بیشتر است بطوریکه ملکیت اصل است و باقی حقوق متفرع یا مشتق ازآن است وباعتباری ملکیت ، مرکزحقوق مختلفه است .

امـا اطلاق حق عینی برملکیت ، خالی از مسامحه نیست بخصوص که این گویندگان خود قائلند باینکـه تمام حقوق عینیه ، درملکیت ، جمع میباشد و در حقیقت ملکیت، مرکزاتصال وارتباط بعضی‌ازآن حقوق بابعضی دیگراست‌بطوری که هریك ازآن حقوق عینی فرع آن است . مثلا حق انتفاع کـه عبارت ازحق

استعمال شیء وحق استثمار آن شیء میباشد حقی‌است متفرع ازملکیت وبهمین‌جهت ازآن، بحق جزء ازملکیت تعبیرشده‌است وهمچنین حقوق عینیهٔ دیگر، همه اجزاء ومتفرع از ملکیت میباشند پس باید گفته شود ملکیت واجد حق عینی است . منشأ اشتباه فوق واطلاق حق عینی برملکیت تعبیرقانون مدنی‌فرانسه وپس ازآن تقلید قانون مصر و قانون ایران است . چه ماده ۵۴۳ قانون مدنی فرانسه سه نوع حق دراموال برای شخص ذکر کرده است ودررأس آن ، حق مالکیت را قرارداده‌است ومجموعهٔ مدنیهٔ مصرمواد ۲۰۹۵ و ۲۱۱۴ خلاصه‌ترمیگوید « اموال قبول میکنند که حقوق متنوعه‌ای نسبت بمنتفعین آنها برآنها مترتب شود این حقوق عبارتند : ۱ـ حق مالکیت ۲ـ حق انتفاع ۳ـ حق ارتفاق بملك غیرمنقول دیگری ۴ـ حق امتیازوحق رهن غیرمنقول وحق اختصاص دائن بتمام ملك غیرمنقول مدیون یابفعل واستعمال آن ملك بجهت وصول طلبش وحق حبس » .

حقوقی که دراین ماده ذکرشده بردوقسم است : حقوق عینی اصلی وحقوق عینی تبعی .

اول حق مالکیت ـ حق‌انتفاع ـ حق ارتفاق میباشد ودوم حقوق رهن‌تأمینی حقوق رهن عادی ـ یعنی رهن تصرف منقول وغیرمنقول وغیره است .

این حقوق تبعی است برای اینکه تضمینی جهت وصول دین وحمایت حقوق داین میباشد .

قانون مدنی ایران درذیل عنوان « درحقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت باموال حاصل میشود » درماده ۲۹ فرازاول مالکیت را قرارداده است بدون اینکه کلمه **حق** را بآن اضافه نماید . ولی این تعبیر موهم‌آن است که بنظرمقنن ایران مالکیت هم فردی ومصداقی از افراد ومصادیق حق است نه اینکـه منشأ حق باشد لیکن این ایراد باتوجه بآنچه درفصل حق گذشت مرتفع است .

**۲ـ حق طلق :**

ملکیت حق طلق است باین معنی که برای مالك درملکش حق آنست کـه

بهرطور بخواهد تصرف نماید وبعبارت دیگر از آثار ملکیت ، سلطنت فعلیه‌ای است مطلق و بلامعارض که بموجب آن مالك میتواند هر گونه انتفاعی از ملکش ببرد ودرنتیجه ، حقوق ذیل برای مالك بسبب این سلطنت ، ایجاد میشود :

۱ـ حق دارد استعمال نماید ملکش را هر نحوه استعمالی که بخواهد هرچند آن ملك ، معدّ برای آن کار نباشد .

۲ـ میتواند آنرا تغییرشکل بدهد وطریقهٔ بهره‌برداری وتخصیص آنرا تغییر دهـد .

۳ـ حق دارد درملکش ساختمان بسازد یاچاه آب وغیره حفر کندودرختکاری وامثال آن بنماید .

٤ـ میتواند تمام یاجزءِ آنرا بفروشد ویا حقوق عینیه‌ای برای دیگران در ملکش قرار دهد .

٥ـ میتواند آنرا واگذارد بدون اینکه ملکیتش را بکسی منتقل سازد .

٦ـ برخرابی واتلاف وسوختن ملکش ونظائر آن تصرفات قادراست .

این تصرفات واختیارت چنانکه گفتیم نتیجهٔ مطلق بودن ملکیت است اما نفس این اطلاق چون مزاحم اطلاق مالکیت دیگران است ناچارمیبایستی محدودبحدود قانونی و مجاورین باشد چنانکـه این قید را ماده ٥٤٤ قانون فرانسه ذکر کرده وهمچنین درقانون مدنی ایران هم پیش بینی شده است .

بگفتهٔ حقوقدانها ، اصل این است که حق مالکیت مطلق است و اقامهٔ دلیل بر کسی است که مدعی عکس آنست .

**۳ـ حق انحصاری برای مالك :**

ازشئون ملکیت ، حق اختصاصی وانحصاری مالك است درملك ، بدین معنی که فقط مالك، حق هرنوع انتفاع وتصرف را درملکش دارد. پس هر گاه دیگری بخواهد ازملکش استفاده نماید مالك میتواند اورا منع نماید ورفع تعدی ومزاحمت اورا بخواهد ، هرچند این مزاحمت موجب ضرری هم برای مالك نشود .

ازعنوان **حق انحصاری بودن مالکیت** ، منظور این نیست که مالك بنفسه ویابالمباشره میبایستی ازملك انتفاع ببرد بلکه برعکس، میتواند مستقلا ومستقیما انتفاع ببرد ومیتواند بواسطه وبطورغیرمستقیم مستفید ومنتفع گرددچنانکه درحالت اجاره‌است. بنابرهمین اصل انحصاری بودن ـ محاکم فرانسه حکم داده‌اندبخراب کردن دیواری که مایل بزمین مجاوربود وبرازاله سیمهای شرکت برق که ازملك خاص عبور میکرد ( « دالوز » ۱۹۱۰ ـ ۲ ـ ۱۷ ) .

همچنین محاکم مذکورحکم داده‌اند بمنع ازالصاق اعلانات دراملاك خاصه بدون اذن ویا لااقل رضای ضمنی مالك .

اما این حق انحصاری، گاهی مقید ومحدود میشود چنانکه ماده ۹۰٤ قانون آلمان میگوید « مالك یك شیء منع از تعدی غیر نمیکند هرگاه آن ورود وتعدی برای جلوگیری ازخطرلازم وضروری باشد وضرری که تهدید میکند غیررا، قابل قیاس باضرری که بمالك وارد میشود نباشد » .

ماده ۹ قانون آوریل ۱۸۸۹ مدنی فرانسه جایزمیداند که مالك دستهٔ زنبور عسل، آنهارا روی اراضی مجاور تعقیب نماید برای آنکه آنهارا بگیرد زیرا هرگاه درملك همسایه مستقرشوند ملك اومیگردند . محکمه تمیزفرانسه حکم داده است باینکه صاحب مال منقولی که آب آن را بملك دیگری برده است حق دارد برای استرداد آن داخل اراضی غیرشود .

**۴ - حق دائم :**

ملکیت حق دائم است یعنی مالك از ملك خود بطریق دائم منتفع میشود و غرض ازاین دوام این نیست کـه حق . بید صاحبش دائما مستقرمیباشد زیرا حتماً ذیحق فوت میکند ومایملك بورثه منتقل میشود لیکن غرض آنست که حق ملکیت مدت ندارد و مانند حقوق عینیه دیگر بگذشت زمان از بین نمیرود . مثلا هرگاه مالك درملکش عملی نکند که حقش ظاهر گردد حق همچنان باقی‌است واین دوام بعضی میگویند درانتقال ملك ازیدی بید دیگر درحال حیات وبارث درحال ممات

موجود است وبهمین جهت درملك خیاری وامثال آن نیز صفت دوام ازبین نمیرود .

ناگفته‌پیداست که این صفت دوام نتیجه مطلق بودن مالکیت است وخاصیت علیحده‌ای محسوب نمیشود وچنانکه بعداً خواهیم دید ازنظرشرعی درغیرمنقول بنحو اطلاق نمیتوان آنرا قبول نمود .

**علائم مخصوصهٔ ملکیت :**

درحقوم رم سه رکن یا عنصر برای ملکیت میشمرده‌اند که عبارتند ازحق استعمال ـ حق استقلال وحق تصرف .

بعضی عنصرچهارمی برعناصر سه گانه افزوده‌اند که عبارتست ازحق دعوی رفع مزاحمت و تصرف عدوانی . لیکن این حق را نمیتوان رکن مالکیت دانست بلکه نتیجه اختصاصی بودن ملکیت است که اقتضا میکند سلب حق از تصرف غیر مالك بشود .

**حق استعمال :**

این حق را اطلاق کرده‌اند بربکاربردن شیء درجهات وخصوصیاتی که برای آن معد ومهیا میباشد مثلا جامه برای پوشیدن ـ مرکوب برای سواری ـ مزرعه برای زراعت آماده‌است . پس حق استعمال این اشیاء، پوشیدن، سوارشدن وزراعت کردن خواهد بود.

**حق استغلال :**

این حق عبارتست ازاستفاده ازدرآمد ونتایج شیئی بدون اینکه آنرا شخصا استعمال نماید مانند اجرت دراجاره .

**حق تصرف :**

این‌حق شامل جمیع‌تصرفات مالك که مستلزم تغییرشکل ویاازبین رفتن عین ویاانتقال بعض یاتمام عین باشد میشود .

**تنقید :**

بسیاری ازدانشمندان حقوق این سه علامت‌رابعنوان سه رکن وعنصرمستقل

درمالکیت مورد بحث قرار داده‌اند وحال اینکه اطلاق عنصر برآنها خالی ازخلل وخدشه نیست چه عنصر یارکن بچیزی باید گفته شود که هر گاه یکی ازآنها نباشد خلل بوجود مرکب واردآید یااساسا شیء مرکب موجود نشود . مثلا **قصد واهلیت** از ارکان عقد ومعامله میباشند که اگرآنها درعقدی نباشند یانقصی درآنها باشد بهمان اندازه یامعامله موجودنمیشود یانقص درعقد نیز ظاهرمیگردد . افعالی درعبادات ، رکن محسوب میشوند که هر گاه آن ارکان ، موجود نشوند آن عبادت وجود پیدا نمیکند واجروآثاری برآن مترتب نمیشود . ساختمان ازعناصروارکانی متشکل است که یکی ازآنهارا اگرازساختمان جدا نمائیم ناقص میشود .

حال بااین مقیاس میرویم بسراغ ملکیت، میگویند ملکیت دارای سه‌یاچهار عنصر یا رکن‌است بشرحی که بیان شد پس بااین بیان، هر گاه یکی ازاین عناصر نباشد بایستی‌ملکیت ازبین برود درصورتی که میبینیم بازهم ملکیت ومالکیت شخص بحال خود باقی است . مثلا مالك حق انتفاع و استعمال ملکی را بتمام انواعش بدیگری واگذارمینماید مع‌الوصف بمالکیت اوخللی وارد نمیشود وتعجب اینست که خود باحثین ، این موضوع را نیز توجه داشته وضمن بحث خود متذکرمیشوند باینکه گاهی هرسه عنصر درید واستیلاء یکنفر قرار گرفته وجمع میشوند وباین حالت **ملکیت تامه** گفته میشود و گاهی عناصرمذکوردردست اشخاص مختلف قرار میگیرد در این صورت گفته میشود که ملکیت تجزیه شده است ، مثلا مالك ، حق استعمال وحق انتفاع‌را درمدتی برای دیگری برقرارمینماید واین مدت هم گاهی ممکن است مدت حیات یکی ازطرفین باشد و گاهی استعمال تنها یاحق استغلال تنهارا بدیگری میدهد . آنکسی که حق استعمال واستغلال شیئی باوتعلق می‌یابد. گفته میشود دارای حق‌انتفاع‌آنست وآنکه حق استعمال باو واگذارمیشود صاحب حق استعمال است ودرصورتی که موضوع منزل باشد حق سکنی نیز گفته میشود و آن کسی که برایش حق استغلال ازشیئی داده میشود گفته میشود دارای حق تمتع است وحق‌تصرف وقتی‌تنها بماند ملکیت‌مجرده‌نامیده‌میشود. وبازدرضمن‌ازاهم‌عناصر

ملکیت حق تصرف را ذکر نموده وهمین عنصررا فصل ممیز این حق ازسایرحقوق عینیه دانسته‌اند ( دالوز ۵۳ - ۱ - ۱۹۱ - نطاق حق الملکیة ) .

بعلاوه اگر ازحقوق سه گانهٔ مذکور ، به عنصرتعبیرشود لازمهٔ آن ، اینست که قائل شویم این حقوق یابعضی از آنها ، قبل ازملکیت ، بطورمنفرد برای شخص موجوداست وچون هرسه، دریك شخص جمع شد مالکیت بوجود میآید درصورتی که مسلما چنین نیست زیرا اینگونه حقوق ازآثار وشئون مالکیت وسلطنت مالك میباشند نه اینکه ملکیت ومالکیت ، نتیجه ترکیب آن حقوق باشد .

آقای دکتر امامی درشرح قانون مدنی تعبیرنموده‌اند ازاین موضوع باینکه « مؤلفین رومی برآنند که حق مالکیت بسه‌حق زیرمنحل میشود ۱ـ حق استعمال ۲ - حق استثمار ۳ـ حق اخراج ازملکیت » هرچند ممکن است گفته شود لازمهٔ انحلال ترکیب است اما این بیان ازتعبیر به عنصر بعللی بهتراست .

بعضی بکلمهٔ« Attributs de la propriété » تعبیر کرده‌اند و کلمهٔ «Attributs» معنی صفات ویا علائم مخصوصه را میدهد که درمقام بجا ومناسب است چه میتوان گفت که هرجا ملکیت هست این آثاروعلائم باطنا هست ولواینکه درظاهرتجلی نکند یعنی همینکه گفته شد مالك، گفته میشود محق دراستعمال، محق درانتفاع ومحق در انواع تصرفات .

## مبحث دوم

## شمول ووسعت حق ملکیت

این‌عنوان ، ازدونظرموردبحث میتواند قرار گیرد یکی‌ازحیث ابعاد وجهات ملك ودیگری ازحیث نتایج ومحصولات آن .

### قسم اول - ازحیث ابعاد وجهات ملك :

ملکیت همانطوریکه درخواص آن گفته شد ودیدیم حق مطلق‌است ولی درعین

حال این اطلاق مربوط بابعاد مملوك و جسم است . تعیین ابعـاد ، در مورد اشیاء منقول ، امر ساده‌ای است زیرا هرجسمی بجهات وابعادش ، ازجسم دیگر مشخص میشود امـا درغیرمنقول ، همواره دوبعد آن ، معلوم است ولی عمق و ارتفاع آن معلوم نیست . مثلا یکنفر مالك زمینی است حق مطلق مالکیت ، اقتضا میکند که مالك هرنوع تصرفی در ملکش بتواند بنماید حال ، یکی ازتصرفات این است که تا قدرت دارد ملکش را گود کند . دیگر این است که درملکش ساختمانی ایجاد کند وهراندازه‌بخواهد یابتواندآن ساختمان را مرتفع وبلند بسازد پس چون از این دوجهت ارتفاع وعمق ، حدی که تصرف متصرف را متوقف سازد موجود نیست لذا اغلب قوانین هم ، برای آن حدی قائل نشده‌انـد ومالك زمین را مالك فضای بالای آن وآنچه زیر آن است نیز دانسته‌اند .

ماده ۵۵۲ قانون مدنی فرانسه میگوید « ملکیت زمین شامل ملکیت بالا و پائین آن میشود ـ مالك میتواند روی آن آنچه بخواهد ازبنا وساختمان ایجاد کند بامراعات مقررات استثنائی‌باب حق ارتفاق وقادراست درزیرزمین آنچه ازابنیـه و حفریات که بخواهد احداث نماید ـ وازاین حفریات هرچه ممکن باشد ازمحصول ونتیجه‌استخراج کندبشرط مراعات قوانین ونظامنامه‌های مخصوص بمعادن وقوانین ونظامات انضباطی » .

بطوریکه ملاحظه میشود دراین ماده معیارومیزانی بدست داده‌نشده وازحیث بالا وپائین ملکیت زمین محدود بحدی نگردیده است .

بعضی ازشارحین قانون ، ملکیت را نسبت بفضا ، محدود بدوطبقه نموده‌اند وطبقه اول آنرا مال‌مالك زمین،وطبقه دوم‌راملك دولت وطبقه سوم‌را آزاددانسته‌اند اما این ادعائی بلا دلیل است و بعلاوه بقول « ریپر » و « پلانیول » ارتفاع هرطبقه معلوم نیست .

اما قانون هواپیمائی ۱۹۶۴فرانسه پروازهواپیماهارا برروی اراضی واملاك خاصه جایزدانسته‌است لیکن مشروط باینکه استعمال حق مالك رابتعویق نیندازد.

قانون مدنی آلمان درماده ۱۹۰۵مقررداشته است که ملکیت زمین شامل بالا وپائین آن میشود وسپس اضافه نموده است که مالك ، ازساختمان زیر زمین وروی زمین ، در یك مسافتی که بمصلحت مالك زمین ، هیچ ضرر نداشته باشد نمیتوانـد منع کند .

قانون سویس همینطوروقریب قانون آلمان ، ملکیت زمین را ازدوجهت فضا وعمق ، مقید نموده ودرماده ٦٦٧ وسعت و کشش حق ملکیت را اینطوربیان کرده است « . . ملکیت زمین شامل ملکیت هرچه بالای آن است از ارتفاع و آنچه زیر آن است از گودی بقدرآنچه مفید برای استعمال مالك باشد میشود . . » .

وخلاصه آنکه قوانین سویس و آلمان اجازه داده‌اند درفضای ملك کسی یازیر آن ، ازطرف شخص دیگری ، عملیاتی شود که منافی با مصالح ومنافع مالك نباشد ودر این صورت مالك نمیتواند ازعملیات اوجلوگیری نماید .

سبب این تقیید پیشرفت روز افزون علوم و صنایع جدید است، کـه ایجاب مینماید ازفضا وداخل زمین ، استفاده بیشتری بشود .

در **شریعت اسلام** ـ آنچه درماده ۵۵۲ قانون فرانسه دیدیم مبدأ ومنشاءآنرا در فقه اسلام میتوانیم بیابیم ودرماده ۱۱۹٤ المجله که مقتبس از قواعد شرع است چنین ذکرشده است « کل من ملك محلاصارمالکا مافوقه وماتحته ایضا ، یعنی انه یتصرف فی العرصة التی هی ملکه بالبناء والتعلی به کما یشاء وسائر التصرفات ، کحفرارضها لاقامة المخزن ، والتعمق فی حفرها کما یشاء عمقاً لانشاء البئر» .

ماده ۱۱۹۵ « من احدث فی داره بیتا لیس لـه‌ان یبرزرفرافه علی هواء دارجاره ، فان ابرزه یقطع منه ماجاء علی هواء تلك الدار » .

مادهٔ ۱۱۱٦ «من امتدت اغصان شجربستانه الی دارجاره اوبستانه فلجاره ان یکلفه تفریغ هوائه بالربط اوالقطع » .

احکامی که در سه ماده فوق ذکرشد حکم شرعی موضوع میباشد و با حکم مذکور درقانون فرانسه تااندازه‌ای مطابقت دارد .

درمقررات اسلام،موضوع نطاق مالکیت درغیرمنقول، کاملاجنبهٔ عرفی دارد وهرچه را عرف در هرمورد ، جزءِ ملك بداند سلطنت مالك ، بر آن احاطه میکند مع‌الوصف بعضی از موارد ، ازنظر اهمیت یا بلحاظ امکان اشتباه در کلمات فقهاءِ موردبحث واقع‌شده‌است ومحیط بعضی‌ازانواع ملك‌را تعیین‌نموده‌اند که‌بچند مسئله آن ذیلا اشاره میشود :

۱ـ مالکیت زمین وعرصه وساحت شامل چشمه وچاه‌آب میشود مگر اینکه دلیلی برخلاف‌آن باشد اما شامل درختهائی که درآن باشند یازراعتی که شده باشد وسنگهائی که درزمین مدفون باشد نمیشودومالکیت هریك دلیل‌خاص میخواهد

۲ـ مالکیت باغ وبستان مستلزم مالکیت درخت وزمین ودیوار آن است اما راجع‌بعمارت ویابرجهائی که‌برای محافظت‌ازمیوه جهت‌باغبان درست شده‌بین‌علماءِ اختلاف است باین معنی که اگر باغ وبستان فروخته شود میگویند مشتری مالك این ساختمانهای واقعهٔ درآن نمیشود وبایستی بفروش‌آن تصریح شود .

۳ـ درمالکیت خانه زمین‌وعمارت وبالاخانه وپائین خانه وهرچه درآن‌ثابت باشد داخل است مگرآنکه هریك از طبقات مستقل وجدا گانه بروجهی باشد که خانه‌های علیحده تشکیل دهد .

٤ـ در تملك قریه و دهکده عمارت ومیدانها وراههائی که در محاط قریه و دهکده باشد داخل است اما دراینکه درختهائی که درمیان‌آن باشد نیزداخل است یانه میان علمااختلاف است وقول‌بعدم دخول آنهااقرب دانسته شده‌است ومزرعه‌های حوالی قریه داخل نیست مگر قرینه‌ای بردخول‌آنها اقامه شود .

۵ ـ تملك درخت شامل شاخه‌ها وبرگهای ترآن میشود لیکن درشمول‌آن نسبت بشاخ وبرك‌خشك‌وبرك درخت توت خلاف است اما میوه موجوددرخت داخل نیست .

**قسم دوم - ازحیث نتایج ومحصولات ملك :**

آنچه ازملك بالطبع حاصل میشود یا بواسطهٔ عمل شخص بدست میآیداصولا

تابع ملك وبتبع ملك ، مال مالك آن است امادراینجا قاعده دیگری نیزهست که حاکم بر این اصل است و آن قاعده زرع است که « **الزرع للزارع ولو کان غاصبا** » قانون مدنی ایران ، حکم ثمار ونتائج ملك را ضمن سه ماده ۳۲ و۳۳ و ۳٤ بیان کرده است وبعضی از شراح قانون ، توابع ملك را تقسیم نموده‌اند بر دو قسم ثمار وحاصل ومنشاء این تقسیم عبارت قانون مدنی فرانسه است چه در ماده ٥٤٦ میگوید « ملکیت شیئی ، خواه منقول باشد ، خواه غیرمنقول ، بمالك حق میدهد درتمام آنچه نتیجه دهد ، وآنچه بآن متصل شود بطریق تبعیت، خواه طبیعی باشد وخواه صناعی - این حق حق ضمیمه نامیده میشود »

و نیز ماده ٥٤٧ میگوید « ثمارطبیعی یا صناعی زمین ، ثمار مدنی ، نتاج حیوانات ، بمالك بواسطهٔ حق ضمیمه تعلق دارند » .

ماده٥٤٨ - «میوه‌هائی که بدست میآیدازشیء تعلق ندارند بمالك مگربشرط پرداخت مخارج حرث وعمل وتخم که دیگری بآن اقدام نموده است » .

براساس این تعبیر قانون ، نتیجهٔ اشیاء را اولا تقسیم کرده‌اند به **حاصل و ثمره** وثانیاً ثمره را هم به **طبیعی وصناعی ومدنی** .

**ثمره چیست ؟** - ثمره هرچیزی است که ازشیئی بطور منظم بدست میآید بدون اینکه درماهیت آن شیء تغییری یا نقصانی حاصل شود مانند نتاج حیوانات و اجور منازل ، وآن یا طبیعی یا صناعی ویا مدنی است .

**۱- ثمار طبیعی** نتیجه‌ای است که بدست میآید از شیء بخودیخود و بدون حاجت بعمل انسان مانند نتاج حیوانات .

**۲ - ثمار صناعی** عوائد ومحصولی‌است که بواسطه عمل شخص بدست میآید مثل محصولات زراعی .

**۳- ثمارمدنی** عبارت از عوائد غیرمستقیم ونقودی است که بدست میآید از محصولات شیء، بواسطهٔ التزام غیرمالك درمقابل انتفاع ازملك، مانند اجاره‌اراضی و منزل ووجوهی که بمالك پرداخت میشود بمناسبت قراردادهای مربوط باستخراج

معادن واقع درملك غیر .

اما حاصل عبارت از عوائدی است که دارای صفت ثمار نیست یعنی دراوقات معینه بدست نمی‌آید ومقداراصل هم سالم نمیماند بلکه بواسطهٔ استخراج وتحصیل محصول وبهره برداری ، از اصل آن نیز کاسته میشود مانند معادن و سنگهائی که استخراج میگردد .

## مبحث سوم

## پیدایش مالکیت اختصاصی

بدلائلی که بشررا مدنی بالطبع نوشته‌اند میتوان ادعا کرد که مالکیت فردی وشخصی نیزطبیعی اواست چه ازبدو پیدایش بشر، احتیاج بغذا ولباس ومسکن هر چند بطرز ساده‌ای بر گزارمیشده ، انسان را وادارمیکرده است که برای رفع آن اقدام و کوشش نماید ـ نتیجه این اقدام و کوشش بصورت یك ساترعورت ویایك ماده‌ای که سد جوع می نمود ویا خیمه و دخمه‌ای که او را از سرما و گرما و شر درندگان نگاه میداشت درمیآمد واین دسترنج و اقدام مدت زمانی بدون معارض مختص باو بود وازآن منتفع میگردید .

دراین دوره هرچیزی که منفعت آن مستقیماعاید شخص‌میشد حیازت واحراز میگردید وملك ومال ، آن چیزی بود که شکم را سیر کند وتن را بپوشد وانسان را ازسرماو گرما ودرندگان محفوظ بدارد وهرچه ازاین سه خاصیت ویا زائد بر مقدارلازم برای رفع این حوائج بود کوشش دربدست آوردن ویا انباشتن وخرمن ساختن آن . ازعقل وخرد بدوربوده است وشاید همین نوع ملك ومالکیت موجب شده‌باشد که علما و دانشمندان آنرا ازمقوله جده دانسته‌اند یعنی میتوان ادعا کرد که دراین دوره ملکیت وملك‌ازمقولهٔجدهٔ اصطلاحی بوده ولی بتدریج که توسعه پیدا نموده آن عنوان برایش محفوظ مانده است ویا ازآن به«له» تعبیرشده است چه دراینجا وصف محیط ومحاط بخوبی صادق است واین‌نوع مالکیت شخصی ، که برای تمیزش باید مالکیت منتفع یا انتقاعی موسوم شود درهردوره‌ای ازادوار ودر

هررژیمی هرچند صور و کیفیت تحصیل آن فرق نماید همراه انسان است .

اما بتدریج چون اجتماعات پراکنده ومختلف درست شده ودر نتیجهٔ خصومت دسته‌ها ، انسان ازسیرت انسانی خارج گشته است وبصورت دیوان مزاحم ومعارض درآمد وازبستان « **لقد خلقنا الانسان فی احسن تقویم** » گذشت وبمقتضای طبیعت حیوانی وقوای شهوانی قدم در وادی « **ثم رددناه اسفل سافلین** » گذاشت. قوای وهم وخیال براومستولی گردید وازروی حرص وولع بجمع زر ومال وغارت اموال ودسترنج دیگران پرداخت ودر نتیجه مالکیت شخصی انتفاعی وطبیعی تبدیل بمالکیت محتکر ویا احتکاری شد . دراین صنف از مالکیت شخصی وتصنعی دیگرعقل بهیچ وجه حکومت ندارد ومالك ملك را نمیخواهد که ازآن بهره‌برداری نماید ویا با آن قوت بینوائی را تامین کند بلکه بحکم شیطان نفس وسلطنت وهم وخیال ، با ذخیرهٔ اموال واشیاء ، واحتکار ارزاق وسیم وزر ، برای خود برتری و رجحانی قائل‌است ودل خوش دارد که بگوید « انا اکثرمنك مالا واعزنفرا » و بآنچه کفار میگفتند « نحن اکثر اموالا واولادا » برخود ببالد .

ایندسته کسانی هستند که در ظلمت جهالت ونادانی ودرحال کوری قلب و باطن ، با سینه‌های تنك وگرفته ، بدنبال شیطان با گامهای بلند میدوند و موافق هوای نفس وخواهش وامیال طبع حرکت می نمایند وچنان درزندگی دنیا منغمر ودرعین حال مغرورند وباد درآستین میاندازند که باهمه ضعف و ناتوانی گویا بر فرازآسمانها میخرامند ودیگر همنوعانشان آفریدگان یا لااقل بندگان آنهایند . اینهایند که موردعتاب الهی بقوله تعالی « الهیکم التکاثر ـ حتی زرتم المقابر »واقع شده‌اند وخداوند درآیه ۳٤ ازسوره برائت چنین بآنها بشارت داده است « والذین یکنزون الذهب و الفضة ولاینفقونهافی سبیل الله فبشرهم بعذاب الیم ' یوم یحمی علیها فی نار جهنم فتکوی بها جباههم و جنوبهم و ظهورهم هذا ما کنزتم لانفسکم فذوقوا ما کنتم تکنزون » ودرآیه ۱٦۸ سورهٔ بقره یعنی «یاایهاالذین آمنو کلوامما فی‌الارض حلالاطیبا » ازمتابعت هوای نفس وپیروی خطوات شیطان نهی این چنین

فرموده است « ولا تتبعوا خطوات الشیطان انه لکم عدومبین » وهمچنین قوله تعالی « فلاتغرنکم الحیوة الدنیا و لایغرنکم بالله الغرور » وقوله تعالی « و لکنکم فتنتم انفسکم وتربصتم وارتبتم وغرتکم الامانی حتی جاء امرالله و غرکم بالله الغرور » (آیه ۱٤سوره حدید ) درذم آنان کافی است ومحتاج بذکر روایات باب نیست .

پیغمبر صلی الله علیه و آله میفرماید : «. . . والاحمق من اتبع نفسه هوا ها وتمنی علی الله »

بهرحال از این گونه آیات وروایات معلوم میشود در دیانت اسلام مالکیت شخصی و فردی محترم شناخته شده اما بروجهی که برمبنای احتکاروذخیره ومتابعت خطوات شیطان نباشد وعلقه مالکیت بروجه حلال ایجاد شود .

## مبحث چهارم

### تاسیس اصل دربارهٔ مالکیت

چون مالکیت یك امر نسبی واضافی است که احتیاج بوجود ربط ونسبت میدارد ودر نتیجه مؤخر ازحالت مجرده اشیاء میباشد لذا اصل اولی دراشیاء عدم مالکیت است وبالمآل وجود علقه ملکیت دلیل میخواهد بخصوص که مالکیت ازنظر شرعی دربرخی از اشیاء اصولا حاصل نمیشود ودر بقیه هم اسباب آن محدود است .

اما بنا بمستفاد ازدستورات کلی ازآیات واخبار (باستثنای اشیائی که دارای منافع محلله نمیباشند مانند خوك وخنزیروخمر) هیچ چیزی ازنظردستورات اسلامی بدون مالك یافت نمیشودوتقسیم آن مقررومعلوم شده است النهایه مالك گاهی فرد عادی، گاهی سلطان عصرو گاهی جنس ونوع است چنانکه در کافی ضمن خبرمفصلی که درباب فیيء وانفال است امام علیه السلام میفرماید «ان الله لم یترك شیئا من صنوف الاموال الا وقد قسمه واعطی کل ذی حق حقه الخاصة والعامة والفقراء والمساکین و کل صنف من صنوف الناس . فقال لوعدل فی الناس لاستغنوا ..» (تفصیل قضیه خواهد آمد)

پس فقط نوع مالکیت وملکیت دراشیائی که قابلیت تملك شرعا ازآنها سلب نشده متفاوت میباشد والا هرمالی درنظر شارع مالکی دارد لذا وبلحاظ وجودنص

اصل عدم مالکیت جای خودرا باصل مالکیت دراشیاء بروجه عموم میدهد وبنابراین اصل در اشیاء ، مملوك بودن آنها است . اما این اصل درتشخیص نوع مالکیت نمیتواند مفید باشد مگراینکه گفته شود باستناد خطابات کلی آیات ، ازقبیل قوله تعالی «**کلوا مما فی الارض حلالا طیبا**» وقوله تعالی « **هوالذی خلق لکم ما فی الارض جمیعا** » وروایات مانند روایت عمروزبیری ازاباعبدالله علیه السلام باینکه «آنچه بین آسمان وزمین است مال خدا ورسول واتباعش که ازمؤمنین هستند میباشد» تااینکه میفرماید « فماکان من الدنیا فی ایدی المشرکین والکفار والظلمة والفجار من اهل الخلاف لرسول الله صلی الله علیه وآله » واینکه در اخبار بسیاری است که آنچه مال رسول خدا است مال امام میباشد اصل مالکیت امام ویا مالکیت جمیع مسلمین در اشیاء مادامی که خلافش ثابت نشود جاری است .

باتوجه بمراتب مذکور اصل ملکیت نسبت بتمام آنچه در روی زمین است باستثنای آنچه درشرع اسلام غیرقابل تملك وتملیك معرفی شده جاری است النهایه اختلاف واشکال درتشخیص وتمیز نوع ملکیت وتبدیل هریك از انواع بنوع وقسم دیگر آن ، حسب اسباب شرعی واجازه شارع میباشد .

## فصل سوم

### مالکیت اختصاصی امام وسلطان وقت

امام وسلطان وقت که اصول نعم وخزائن کرم الهی وواسطهٔ فیوضات نازله ونعم واصلهٔ نامتناهی ویدالله مبسوطه است وجودش در هرعصری نعمت و ولایت و تصرفش درهرامری لطف ورحمت است .

و ما نعمة الا و هم اولیائها　　فهم نعمة منها اتت کل نعمة

درکافی از مروان بن میاح از حضرت صادق روایت شده « قال علیه السلام ان الله

خلقنا فاحسن خلقنا وصورنا فاحسن صورنا وجعلنا عینه فی عباده ولسانه الناطق فی خلقه ویده المبسوطة علی عباده بالرأفة والرحمة ووجهه الذی یؤتی منه وبابه الذی یدل علیه وخزانه فی سمائه وارضه » .

شاعر میگوید :

لهم خلق الله العوالم کلها و حکمهم فیها بها من خلیقة
فهم علة الایجاد والله موجد بهم قال للاشیاء کونی فکانت

در آیات چنانکه درتفاسیر و روایات است مراد از نعمت و آلاء ، این نعمت است که تام وبلکه فوق تمام است . حضرت امام باقر علیه السلام درقوله تعالی « واسبغ علیکم نعمه ظاهرة وباطنة » میفرماید نعمت ظاهره نبی اکرم وآنچه آورده است از معرفت حق وتوحید اومیباشد واما نعمت باطنه پس ولایت ما اهل بیت وعقد مودت ما میباشد .

درخطبهٔ حضرت امیر (ع) در نهج البلاغه است « لایقاس بآل محمد (ص) احدا من هذه الامة ولایسوی بهم من جرت نعمتهم علیه ابدا هم اساس الدین وعماد الیقین الیهم یفیء الغالی وبهم یلحق التالی ولهم خصائص حق الولایة وفیهم الوصیة والوراثة» (ازاین امت هیچکس بآل محمد مقایسه نمیشود وآن کسی که نعمتهای بی پایان ومدام ایشان براوجاری شده برابری باایشان نمینماید . ایشان اصل دین و ستون یقین میباشند . بسوی ایشان افراط کنندگان باز میگردند و بایشان تفریط کنندگان میپیوندند . خصائص حق ولایت عظمی وخلافت کبری یعنی ریاست کلیه و سلطنت الهیه مخصوص ایشان است ووصیت حضرت رسالت ووراثت درایشان منحصراست) .

بهرحال ، غرض ازاین اجمال آنکه اگر در این مقام درمالکیت اختصاصی امام ، صحبت میشود ، تصور نرود که سلطنت تامهٔ امام ، محدود میگردد به مملوك معین ، بلکه بمقتضای ولایت وخصائص آن ، امام بطوراطلاق، اولی بتصرف میباشد وبحکم خلافت ووراثت ازنبی اکرم (ص) آن اولویت که نبی میداشت برای ولی ، نیز مقرر است . اما باوجود این ، بحکم نصوص وظواهر وارده ، املاکی مختص

امام است که تصرفش در آنها ، مانند تصرف مالکین دراملاکشان میباشد و برحسب آیات از اینگونه املاك بسه عنوان ، اسم برده شده است : ۱ـ انفال ۲ـ نیمی از خمس غنائم ٤ـ فیء که ذیل سه مبحث آتی اجمالا بآنها اشاره میشود :

## مبحث اول

### انفال

در کتب لغت ، انفال جمع نفل ، بتحریك فا وسکون و بمعنی غنیمت وهبه آمده و « ازهری » گفته است نفل چیزی است که زائد براصل باشد و چون غنائم هم ، حق زائدی برای مسلمین نسبت بسایرامتها میباشد لذا انفال نامیده شده است اما دراصطلاح نفل ، بردونوع است :

**نوع اول** ـ آن چیزیکه امام ، برحسب جعاله ، برای فرد یا افرادی در جنك ازغنیمت قرار میدهد وممکن است امام (ع) نفل را ازحق وسهم خودش قرار دهد حتی گفته شده جایز است امام قبل ازمواجه شدن بادشمن بفرماید ، هر کس چیزی ازغنیمت بدست آورد ، بعد ازاداء خمس مال خود اوباشد .

حبیب‌بن مسلمهٔ قهری روایت کرده است که من خدمت حضرت رسول (ص) بودم « فقد نفل فی البداة الربع و فی الرجعة الثلث » . مقدار نفل وجهت آن ، موکول بتشخیص ورای امام است وقدر و اندازهٔ معینی برای آن نیست چنانکه نبی‌اکرم(ص) بواسطهٔ مصلحتی دربداة ربع ودررجعت‌ثلث قرارداد (بداة دسته‌ایست که ابتدا بهمراه امام بمیدان جنك میروند ورجعت ، بدسته‌ای گفته میشود که بعد از مراجعت دستهٔ اول ، رهسپار نبرد میشوند . و گفته شده است رجعت دسته‌ایست که پس ازرجوع امام بدارالاسلام ، برای مقابله بادشمن مبعوث میشوند.)

**نوع دوم** ـ آن چیزیست ازاموال که امام (ع) برجهت مخصوص بمانند نبی‌اکرم(ص) مستحق آن میباشد. یعنی‌همانطور که ازمختصات نبی بود، ازمختصات ولی هم هست . مراد ازانفال درقوله تعالی درسوره « انفال » «یسئلونك عن الانفال

قل الانفال لله ولرسوله.. » این نوع ازاموال است .

این نام بر آنگونـه اموال ، بدان سبب گذارده شده است که خداوند تبارك وتعالی بابخشش واعطاء آنها بخاتم انبیاء وجانشینان او ، برتری ومزیتی زائد نسبت بگذشتگان برای حضرتش ، قرار داده است .

اما ازاین آیه نمیتوان فهمید انفال بچه اموالی اطلاق میشود. کلام مفسرین هم ، درتشخیص وتعیین آن مختلف است چنانکه بغنائم جنك بدر، که گفته اند مختص نبی (ص) بود وبانفال سرایا وبخمس وبمازاداز تقسیم غنائم وغیره (باختلاف قائلین) گفته شده است .

جماعتی از مفسرین هم ،آنرا منسوخ بقوله تعالی « واعلموا انما غنمتم .. » دانسته اند لیکن صحیح وقول حق ، آنست که ازخاندان وحی رسیده است وبحکم حدیث ثقلین و قاعده « اهل البیت ادری بما فی البیت » باید دید که ائمهٔ هدی ، انفال را چگونه تفسیرفرموده وعبارت ازچه چیزهائی دانسته اند. بدین منظورچند روایت تیمنا ذکرمیشود :

۱ـ شیخ در خبر موثق از ابی الصباح روایت کرده است کـه گفت « قال لی ابوعبدالله (ع) نحن قوم فرض الله طاعتنا لنا الانفال ولنا صفوالاموال». این روایت وروایت سابق و کلام مولی علی (ع) صریح است دراینکه انفال، مختص نبی اکرم وبعد ازنبی ، مخصوص بامام است .

۲ـ درموثقهٔ زراره است ازابی عبدالله (ع) «هی کل ارض جلی اهلها من غیر ان یحمل علیها بخیل ولارکاب فهی نفل لله وللرسول » .

۳ـ درصحیحه داودبن فرقداست که حضرت صادق (ع) فرمود « قطایع الملوك کلها للامام لیس للسائرفیها شیء » .

٤ـ درحسنه محمدبن مسلم است که شنیدم ازابی عبدالله (ع) میفرمود «ان الانفال ماکان من ارض لم یکن فیها هراقة دم اوقوم صولحوا واعطوا بایدیهم وماکان من ارض خربة اوبطون اودیة فهذا کله من الفیء والانفال لله وللرسول فما کان لله فهو

للرسول یضعه حیث یحب » وخلاصه اخبار این باب زیاد است که مفاد جملهٔ آنها را فقها ، درپنج یاشش نوع محصور کرده‌اند که ذیلا بدانها اشاره میشود.

الف ـ زمینهائی که بدون جنك بدست آید خواه سکنهٔ آنها کوچ نمایند یا اینکه بدون جنك آنهارا تسلیم نمایند . دلیل ، علاوه براخبار فوق روایتی است که کلینی از حفص بن بختری روایت نموده است که حضرت صادق فرمود « الانفال ما لم یوجف بخیل ولارکاب وقوم صولحوا وقوم اعطوا ما بایدیهم وکل ارض خربة وبطون الاودیة فهو لرسول‌الله وهو للامام من بعده یضعه حیث یشاء » .

ب ـ اراضی موات ، یعنی زمینهائی که معطل افتاده وکشت وزرع نمیشود و وفرق نمینماید بین اینکه قبلا آباد بوده ومالك داشته اما بواسطهٔ پیش‌آمدی اهلش هلاك وویران شده باشد یااینکه اصلا مالك نداشته است .

درصحیح ابی‌خالد کابلی است ازابی‌جعفر از کتاب علی (ع) که هر گاه از مسلمین کسی زمینی احیاء کند پس باید آنرا عمران وآبادنماید وخراجش را بامام ازاهل بیت من بدهد .. تااینکه میفرماید « وله ما اکل منها فان ترکها او اخربها واخذها رجل من‌المسلمین من بعده فعمرها واحیاها فهواحق بها من الذی ترکها یؤدی خراجها الی الامام من اهل بیتی وله ما اکل منها » .

ج ـ دامنه وبلندیهای‌تلال وجبال ودشتهاوبیابانها ودرختهای جنگلی ونیستانها ازانفال میباشد چنانکه در مرسل حماد بن عیسی است « وله رئوس الجبال و بطون الاودیة والاجام » وفرمایش حضرت صادق (ع) درخبر داود بن فرقد که ازتفسیر عیاشی‌نقل شده‌است « قلت فما الانفال ؟ قال بطون الاودیة ورئوس‌الجبال والاجام » واخبار عدیدهٔ دیگردراین باب هست که نیازی بذکر آنها نیست .

د ـ آنچه ازاموال غیرمنقول ومنقول ازقطایع اراضی وصفایاکه متعلق به سلطان سرزمین مفتوحه‌باشد ازانفال است که ملك خاص رسول اکرم (ص) وبعد از او امام (ع) است چنانکه درصحیحه داود بن فرقد گذشت ونیز در موثقه سماعة بن مهران است «سئلته عن‌الانفال فقال کل ارض خربة اوشیء یکون للملوك فهوخالص

للامام ، لیس للناس فیه سهم » همچنین آنچه امام بخواهد ازغنائم انتخاب نماید از قبیل اسب تندرو وجامه وکنیز نیکو وشمشیر برنده وزره ونظائر آنها باانتخاب جزو انفال وملك امام میشود - بدلیل فرمایش حضرت صادق (ع) درصحیح ربعی « کان رسول‌الله (ص) اذا اتاه المغنم اخذ صفوه وکان ذلك له... تااینکه میفرماید وکذلك الامام یاخذ کما اخذ رسول‌الله (ص) » ودرخبرابی بصیراست ازابیعبدالله(ع) که گفت سؤال کردم ازحضرت از صفو مال حضرت فرمود « الامام یاخذ الجاریة الروقة والمرکب الفارهة والسیف القاطع والدرع قبل ان تقسم الغنیمة فهذا صفو المال » .

ونیز محمد بن محمد بن نعمان در مقنعه ازحضرت چنین روایت نموده است « قال نحن قوم فرض الله طاعتنا فی القرآن لنا الانفال ولنا صفو الاموال یعنی بصفوها ما احب الامام عن الغنائم واصطفاه لنفسه قبل القسمة من الجاریة الحسناء والفرس الفاره والثوب الحسن وما اشبه ذلك » .

ه - آنچه ازاموال منقول وغیرمنقول که بدست سپاهیان ولشگریان ومسلمین افتد که بدون اذن امام بجنك رفته باشند بنابرمشهورازانفال وملك خاص امام‌است.

دلیل عبارت است از :

۱ - خبر عباس وراق که هرچند مرسل است ولی ضعف آن منجبر بعمل اصحاب وبشهرت است . دراین خبر حضرت صادق علیه‌السلام میفرماید « اذا غزی قوم بغیرامرالامام کانت الغنیمة کلها للامام واذا غزوا بامرالامام فغنموا کان للامام الخمس » .

۲ - ازابن‌ادریس نقل اجماع شده ودرروضه ادعای نفی خلاف گردیده‌است.

۳ - مفهوم صحیحه معاویة بن‌وهب ازحضرت صادق(ع) که درباب جهاد وسائل ازمحمدبن یعقوب باسنادش روایت شده‌است وآن چنین است « قال قلت لابیعبدالله علیه‌السلام السریة یبعثها الامام فیصیبون غنائم کیف تقسم ؟ قال ان قاتلوا علیها مع امیر امّره الامام علیهم اخرج منها الخمس لله وللرسول و قسم بینهم اربعة اخمس

وان لم یکونوا قاتلوا علیها المشرکین کان کل ما غنموا للامام یجعله حیث احب».

در مقابل قول مشهور قولی است باینکه این صورت ( یعنی عدم اذن امام ) با آنجا که سپاه اسلام باذن امام بجنك برود فرق نمینماید و فقط خمس غنائم باید طبق آیه تقسیم وچهارخمس دیگر بین غانمین تقسیم گردد واین قول منسوب ببعضی ازمتاخرین امامیه وموافق عامه وقول شافعی است مستند آن اولا اطلاق آیه است . ثانیا فرمایش حضرت صادق (ع) چنانکه درصحیحهٔ حلبی است که حضرت درپاسخ سؤال از مردی از شیعیان که بامخالفین بجنك رفته وغنیمتی نصیبش گردیده است فرمود « یؤدی خمسنا ویطیب له » ثالثا رد دلائل قول مشهور باینکه اجماع منقول در محل خود ثابت شده که حجت نیست و خبر مورد استناد آنها هم مرسل وضعیف است .

و ـ میراث کسی که وارثی غیر ازامام نداشته باشد نیز ازانفال است بدلیل فرمایش حضرت باقر(ع) چنانکه درصحیح ابن‌مسلم از آنحضرت نقل شده که « من مات ولامولی‌له ولاورثة له فهومن اهل هذه‌الایة « یسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول .. »

ماده ۸۶۶ قانون مدنی حکم این موضوع را چنین بیان میکند « درصورت نبودن وارث امر ترکهٔ متوفی راجع بحاکم است » حاکم دراین ماده بطور مطلق ذکر شده ومنصرف بفرد اکمل میباشد که باتوجه بمنشأ این ماده ازنظری مفتی و ازنظری شخص سلطان باید باشد .

ز ـ جماعتی مانند شیخ مفید وشیخ طوسی و دیلمی وغیره مطلقا معادن را از انفال دانسته‌اند ومستندشان عبارت است از :

۱ـ چیزی که « عیاشی » ازابی‌بصیر روایت کرده است باینکه « قال سمعت اباجعفر(ع) یقول لنا الانفال . قلت وما الانفال ؟ قال منها المعادن والاجام وکل ارض لارب لها وکل ارض باد اهلها فهولنا » .

۲ـ حدیث داود بن فرقد ازحضرت صادق وآن نظیرروایت فوق میباشد.

۳ درحدیثی که علی‌بن ابراهیم درتفسیرش نقل کرده معادن ازانفال شمرده شده است .

جمعی چنانکه از روضه حکایت شده معادن را از املاك عامه دانسته وقائلند باینکه مردم درآنها بطورمطلق مساوی هستند ودلیل این قول اصل وسیرهٔ مستمره درازمنهٔ گذشته است .

دسته‌ای هم مانند شهید در روضه و علامه حلی وفاضل ، قائل بتفصیل شده‌اند وجمع بین اخبار این باب وباب خمس راجع بمعادن باینطورنموده‌اند که مراد از معادنی که جزوانفال شمرده شده معادنی است که دراراضی مفتوح‌العنوه ویا مختصهٔ بامام باشد ومراد بمعادن ، دراخبار خمس ، معادنی است که بتبع اراضی مملوك ، ملك مالك خاص، میباشد. بعضی ازفقهاء، دریاها وسواحل را نیزازانفال شمرده‌اند. ونیز برخی دیگر چیزهائی راکه برای امام نذر بشود ویابرای تسلیم شدن بامام معین گردد که برای خود مصرف فرماید ازانفال دانسته‌اند لیکن صاحب جواهر آنرا صحیح ندانسته و علت را چنین بیان فرموده است : « اذ المراد بالانفال ، ما اختص باصل ملکیتها، بمعنی‌عدم صحة ملك غیره لها، بوجه من‌الوجوه الامنه(ع) » .

خلاصه ، برحسب دلالت کتاب وسنت و اجماع ، شکی نیست دراینکه انفال ملك خاص نبی اکرم (ص) وبعد ازنبی ، ملك قائم مقام اواست .

بعضی را عقیده برآن است که انفال، ملك مشترك ، بین خدا ورسول است چنانکه بنقل ازکلینی . محمدبن مسلم روایت کرده‌است که « سمعت اباعبدالله (ع) یقول وسئل عن الانفال فقال کل قریة یهلك اهلها اویجلون عنها فهی‌نفل لله عزوجل نصفها یقسم بین الناس ونصفها لرسول الله صلی الله علیه وآله فما کان لرسول‌الله فهو للامام (ع) » .

ظاهر آیـهٔ انفال هم مقتضی تشریك انفال بین خدا ورسول میباشد پس سهم خداوند درراه خدا بمصرف میرسد وسهم دیگری مختص رسول ﷺ وپس از او ، مختص امام است لیکن گفته شده کـه استدلال این قائلین ، ضعیف است وبااخبار

متواتره، که دلالت براختصاص انفال بامام دارد وهمچنین اخباری که واردشده‌است باینکه « ما کان لله فهولولیه » نمیتواند معارضه نماید . اما شاید بتوان ادعا کرد ، اخبار مورد استناد قائلین بملکیت اختصاصی امـام (ع) ، بااستدلال قائلین باشتراك انفال ، معارضه ومنافات ندارد چه اخبار مذکور ، صرف اختصاص را میرساند اعم ازاینکه برجهت ولایت باشد ویا ملکیت ، واخباری هم که میگوید « ما کان لله فهو لولیه » بیش ازاین را نمیرساند وممکن است معنی این باشد که آنچه مال خدااست امرآن مختص ولی اواست .

## مبحث دوم

## « سهم امام ازغنائم »

غنائم جمع غنیمت است ودرلغت بچیزی گفته میشود که بدست انسان افتـد بدون عوض . در المنجد معنی لغت چنین است « غنم الشیء : فازبه ونالـه بلا بدل والغنیمة ما یؤخذ من المحاربین عنوة ـ المکسب عموما ـ » .

درآیات الاحکام جزائری است که : « شیخ مفید درمقنعه فرموده است غنائم عبارتست ازهرچیزی ازاموال که بجنك بدست آید وآنچه از معادن و کنوز و دریا استفاده واستخراج شود وهرچه‌ازارباح‌تجارات ـ زراعات وصناعات که زائدازمئونه و کفایت یکسال بطور اقتصاد باشد » .

نظیر این معنی را شهید در (بیان) وشیخ طبرسی در ( مجمع‌البیان ) فرموده است عبارت مجمع‌چنین‌است: « قال اصحابنا ان الخمس واجب فی کل فائدة تحصل للانسان من المکاسب و ارباح التجارات وفی الکنوز والمعادن والغوص وغیر ذلك مما هومذکور فی‌الکتب ویمکن ان یستدل علی ذلك بهذه الایة فان فی‌عرف اللغة یطلق علی جمیع ذلك اسم الغنم والغنیمة » .

سهمی که امام ازغنیمت بالاختصاص مالك میشود نصف ازخمس و یا بعبارتی عشرازغنیمت است وشاهدآن آیه ۴۱ ازسورهٔ انفال است که میفرماید « واعلموا انما

غنمتم من شیء فان لله خمسه وللرسول ولذی القربی والیتامی والمساکین وابن السبیل ان کنتم آمنتم بالله وما انزلنا علی عبدنا..» دراین آیه اساس خمس و کمیت و کیفیت قسمت غنائم مقرر وحکم آن معلوم گردیده است لیکن بواسطهٔ اختلاف درتفسیر در هرسه مورد اختلاف نظر پدید آمده است .

**اولا** - دراساس خمس که بچه چیزهائی تعلق میگیرد فقهای عامه غنیمت را بمعنی خاص آن حمل نموده وعبارت ازاموالی دانسته اند که ازدارالحرب بقتال بدست آید ووجوب خمس را منحصر دراین فرد گفته اند .

اما فقهای شیعه دلیلی نیافته اند براینکه غنیمت را ازمعنی عام عرفی ولغوی آن منصرف نمایند و چون قرینه‌ای برتخصیص موجود نیست لذا استفاده عموم از آن نموده وباتوجه بعموم موصول درآیه یعنی « ما » وجارومجرور یعنی «من شیء» تردید را روا نداشته و ارباح تجارات ومکاسب وغیره را بروجهی که قبلا اشاره شد ازغنائم دانسته وخمس آنهارانیزواجب دانسته اند وحقا قول بتخصیص ادعائی محض وبلادلیل است .

**ثانیاً** - از نظر کمیت قسمت - این موضوع مسلم است که در هرغنیمتی چهار پنجم آن ، مخصوص غانمین است و یك پنجم ، مال فرقی است که درآیه اسم برده شده است مع الوصف دراینکه یك پنجم ، چند قسمت میشود اختلاف است .

اشهر اقوال نزد امامیه ، این است که شش قسمت میشود بترتیبی که درآیه مذکور است یعنی سهمی ازآن خدا - سهمی ازآن رسول - سهمی ازآن ذی القربی سهمی ازآن یتامی - سهمی ازآن مساکین وسهمی ازآن ابناء سبیل ازآل محمداست وغیرازآل هاشم درآن شرکت ندارد .

سهم الله وسهم نبی ازامام است چنانکه درموثقهٔ عبدالله بکیراست درتفسیرقوله تعالی « واعلموا انما غنمتم » قال علیه السلام « خمس الله عزوجل للامام وخمس الرسول للامام و خمس ذوی القربی لقرابة الرسول للامام و الیتامی یتامی آل الرسول والمساکین منهم وابناء السبیل منهم فلا یخرج منهم الی غیرهم » .

محقق وعلامه از بعضی نقل کرده‌انـد که : خمس برپنج سهم تقسیم میشود بتوجیه اینکه قوله « لله خمسه وللرسول » مقصود « للرسول » است وافتتاح بذکر اسم « الله » تعالی بجهت تیمن وتبرك است والا تمام اشیاء لله تعالی میباشد .

دلیل لـه این قائلین صحیحهٔ ربعی است که شیخ نقل کرده است و آن چنان است که حضرت صادق علیه السلام میفرماید «کان رسول‌الله اذا اتاه المغنم اخذ صفوه وکان ذلك له ثم یقسم مابقی خمسة اخماس ویاخذ خمسه ثم‌یقسم‌اربعة اخماس بین‌الناس الذین قاتلوا علیـه ثـم قسم الخمس الذی یاخذه خمسة اخماس یاخذ خمس الله عزوجل لنفسه ثم یقسم‌الاربعةالاخماس بین ذوی‌القربی والیتامی والمساکین وابناءِ السبیل یعطی کل واحد منهم‌جمیعا وکذلك الامام یاخذ کما اخذ رسول‌الله (ص) ».

این قول با گفتهٔ اکثرعامه ازحیث قسمت موافق است لیکن ازجهات دیگر اختلاف پیداست مثلا ازشافعی نقل شده‌است که سهم رسولخدا باموت ساقط شده‌است وسهم ذوی‌القربی ، مال اقربای رسول ، وسه سهم دیگر بطور مطلق مال مسلمین از واجدین اوصاف ثلاثهٔ مذکور در آیه میباشد .

اما ابوحنیفه گفته‌است خمس‌غنیمت وچهارخمس فیءِ برسه سهم‌قسمت میشود سهم یتامی - سهم مساکین - سهم ابناءِ سبیل .

ابن سماعه از ابوحنیفه درتفسیر این قول روایت کرده است کـه میگفت در عهد حضرت رسول خمس پنج قسمت میشد الا اینکـه باموت ، سهم حضرت رسول ساقط شد ، چه بمذهب وی انبیاء ارث بجا نمیگذارند . وسهم ذوی‌القربی نیزساقط شد زیرا ابابکروعمراین سهم را نمیدادند وکسی ازصحابه برآنها ایراد نمیکرد.

مالك گفته است خمس غنیمت وچهار خمس فیءِ ، تقسیمش برأی و اجتهاد امام است لیکن این اقاویل ، بجز قول اول باطل وبرخلاف ظاهرآیه است .

**ثالثاً** - از نظر کیفیت قسمت - مشهور بین فقهاءِ امامیه ، این است که نصف خمس ، مال پیغمبراست وپس ازپیغمبر ودرزمان حاضر ، حصه ومال امام میباشد وآن بتعبیرفقهاءِ عبارت ازسه سهم اول آیه است ونصف دیگر بسه دستهٔ دیگر که در

آیه مذکور است تعلق دارد .

شیخ طوسی درخلاف میفرماید : دلیل ما اجماع فرقهٔ محقه واخبار ایشان است.ونیزدرقوله‌تعالی « فان لله خمسه وللرسول ولذی‌القربی والیتامی والمساکین وابن السبیل » شش جنس ذکر شده پس واجب است که بشش قسم شود وکسی که برپنج سهم ویاسه سهم آنرا تقسیم کرده ترك ظاهرآیه را کرده است .

سید مرتضی ازبعضی ازامامیه نقل کرده‌است که سهم ذی‌القربی مختص بامام نیست بلکه سهمی است مربوط بجمیع کسانی که بارسولخدا از بنی‌هاشم قرابت میدارند ، واین قول ، مختار ابن‌جنید است واکثرعامه هم برآن میباشند وازجمله شافعی جمیع ذی القربی را از دور ونزدیك و صغیر وکبیر بارعایت « للذکر مثل حظ الانثیین » سهیم میداند وابوثور درتقسیم سهم ذی القربی براقربا مطلقا تساوی قائل است .

اما قول حق ، همان است که مشهور برآن رفته‌اند چه :

اولا ـ ظاهرآیه ، صرفنظراز روایات ، مستحقین خمس را شش دسته تعیین نموده وبدیهی است این‌حکم برای زمانی دون زمانی نیست وبحکم « انی جاعل‌فی الارض خلیفة » سهم خداوند، سهم خلیفه وپیامبراست وبحکم آیات ارث که عام است وقوله‌تعالی « وورث سلیمان داود » ونیزقوله‌تعالی درقضیه ذکریا «یرثنی ویرث من آل یعقوب » که بصراحت ، مخالف ادعای قائل بعدم وراثت ازانبیاء است این دو سهم بقائم مقام نبی اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله میرسد .

ثانیاً ـ ممکن‌است گفته‌شود مراداز « فان‌لله» تذکری‌است به‌اینکه حق‌خمس این است که لوجه‌الله ومتقربا الی‌الله باشد وبعبارت دیگر بقصد قربت ودرراه خدا داده شود والا همه چیز ملك او است که « ولله ملك السموات والارض » ومراد از قوله « وللرسول ولذی القربی » بیان مصرف خمس واز قبیل تخصیص بعد ازتعمیم است . وقوله « والیتامی » و مابعدش عطف تفسیری برای « لذی القربی » است و اینکه « للرسول ولذی القربی » با « لام » اختصاص و یا ملك ذکرشده و سه صنف

دیگر بدون لام آورده شده شاهد این معنی است یعنی چون مفسر است احتیاجی به « لام » نبوده است . پس نتیجه آن میشود از کلیه غنائم بمعنی عام آن « خمس » بقصد قربت باید اداء شود وبمالکش یعنی رسول‌خدا صلی الله علیه وآله وذی القربی برسد ، آن ذوی القربائی که از یتامی ومساکین وابناء سبیل باشند .

بنابراین نصف خمس مال پیغمبروبعد از پیغمبرمال امام است ونصف دیگر باشتراك مال اقربائی است که متصف بیکی از سه وصف مذکورباشند .

روایاتی مؤید این نظریه است ازجمله منهال بن‌عمروازعلی‌بن الحسین علیهما السلام چنین روایت نموده است « قال قلت قوله ولذی القربی و الیتامی والمساکین وابن السبیل ؟ قال هم اقربائنا ومساکیننا و ابناء سبیلنا » وبروفق این نظر اغنیای از آل محمد بحکم « ذی‌القربی » شریك خمس نخواهند بود .

## مبحث سوم

## فیء

« فیء » مصدر ازفاءیفیء وبمعنی رجوع آمده است ومراد ازآن در شرع در قوله تعالی ( درسوره حشر ) « وما افأ الله علی رسوله فما اوجفتم علیه من خیل ولا رکاب ولکن الله یسلط رسله علی من یشاء والله علی کل شیئی قدیر » اموالی است که بدون محاربه ومقاتله بدست پیغمبر اکرم افتد و این چنین اموالی بحکم این آیه برسول خدا وامامی که قائم‌مقام اوباشد اختصاص دارد ودیگران را در آن نصیب وبهره‌ای نیست .

این قولی است کـه جمله فقهأ ومفسرین شیعه بر آن میباشند . امابعضی از مفسرین گفته‌اند آیه بعد یعنی قوله تعالی « ما افا الله علی رسوله من اهل القری فلله وللرسول ولذی القربی والیتامی والمساکین وابن السبیل کیلایکون دولة بین الاغنیاء منکم وما آتیکم الرسول فخذوه ومانهیکم‌عنه فانتهوا فاتقوا الله ان الله شدید العقاب » بیان آیهٔ مذکور از نظر مصرف است و حکم فیء را تعیین نموده است

وبموجب آن تقسیم فیء بروجه قسمت خمس مقرر شده است .

قولی است بر اینکه آیه اول بیان اموال بنی النضیر است که درناحیه‌ای از مدینه سکنی داشتند ، وبدون مقاتله ومحاربه بتصرف مسلمین درآمد ، وآیه دوم بیان حکم مطلق اموالی است که بدون حرب وقتال بدست مسلمین میافتد .

ابن عباس گفته است آیه « ماافأ الله علی رسوله من اهل القری » درباره اموال کفاراهل قری است که عبارت بودند از قریظه وبنی النضیر درمدینه وفدك وخیبر و قری عرینه و ینبع خارج از مدینه ، اینها را خداوند ، اختصاص برسول خود داد که هرطور بخواهد نسبت بآنها حکم فرماید وچون مردم ازنحوهٔ تقسیم آنها پرسش نمودند آیه مذکور نازل شد .

کلینی در کافی بااستفاده ازاخبار راجع به « فیء » بیانی دارد که خلاصه آن چنین است: خداوند تمام دنیا را برای خلیفه خود قرارداده وبه ملائکه بقوله « انی جاعل فی الارض خلیفة » این موضوع را خبرداد پس دنیا تماما ملك آدم بود و پس ازآدم ملك ابرارازفرزندان وخلفای اوشد ، پس آنچه دشمنانشان برآن غالب ومسلط شدند بعد بجنك یا غلبه بآنها برگشت مینماید « فیء » نامیده شده است ، پس فیءِ آنست که بغلبه حرب بآنها برمی گردد وحکمش درقوله تعالی « واعلموا انماغنمتم من شیءٍ » مقرراست واین فیءِ راجع است « وانما یکون الراجع ما کان فی ید غیرهم فاخذ منهم بالسیف » واما آنچه بابرار وخلیفة الله بدون قتال ومحاربه برمی گردد انفال است که لله وللرسول خاصة میباشد واحدی را درآن شرکت نیست وشرکت فقط درچیزی قرار داده شده که برآن قتال شود تااینکه میفرماید : فدك ملك خاص رسولخدا(ص) بود چون خودحضرت باحضرت امیرمؤمنان آنرافتح کرد ودیگری باایشان نبود پس اسم فیءِ ازآن زائل واسم انفال برآن لازم شد . سپس میفرماید « وکذلك الآجام والمعادن والبحاروالمفاوزهی للامام خاصة فان عمل فیها قوم باذن الامام فلهم اربعة اخماس وللامام خمس و الذی لـلامام یجری مجری الخمس **ومن عمل فیها بغیراذن الامام فالامام یاخذکله لیس لاحد فیه شیء**

**و كذلك من عمر شيئا اواجرى قناة اوعمل فى ارض خراب بغيراذن صاحب الارض فليس له ذلك** فان شاء اخذها منه كلها وان شاء تركها فى يده » .

تا اینجا بیان کلینی است کـه درباب فیء فرموده . در این زمینه روایتی از ابی‌عمرو زبیری ازحضرت صادق است وضمن فرمایش حضرت اینست که : جمیع آنچه بین آسمان وزمین است ملك خدا و رسول ولاتباعهم من المؤمنین من اهل هذه الصفة میباشد وظاهرا منظورازاین مؤمنین ائمه است . پس هرچه ازدنیادردست مشرکین و کفار وظلمه وفجارازاهل خلاف است متعلق برسول خدا میباشد و آنچه خداوند برسولش بر گردانید پس حقشان است یعنی خداوند حق ایشانرا بایشان باز گردانیده است .

**نسبت بین فیء وانفال وغنیمت :**

درآیات الاحکام جزایری شواهدی ازآیات ذکر شده که فیء بمعنی رجوع آمده ونتیجه گرفته شده باینکه دلیل دلالت دارد بر اینکه فیء هرچیزی است که بمکان وظرف خود بازآید وسپس میفرماید « و كذلك ما افاء الله على المؤمنين من الكفارفانما هى حقوق المؤمنين رجعت اليهم بعدظلم الكفارایاهم ومقتضى ذلك ان الفیء شامل للغنيمة والانفال وهو الذى دلت عليه الاية الشريفة حيث قيده بقولـه « فما اوجفتم » اشارة الى ان هذه القسم من الفـیء داخل فى الانفال » سپس روایاتی نقل فرموده که برخی ازآنها در مبحث انفال ذکرشد و چنین اضافه فرموده است « وحاصل المعنى المستفاد مـن صريح الاخبار ان ما اعاده الله على رسوله بلاقتال يكون من زمرة الانفال المختصة به صلى الله عليه وآله ثم بعده بالامام عليه السلام وانه يفعل فى ذلك مايشاء وليس لاحـد فيه نصيب وهذا الحكـم مقطوع به عند الاصحاب فقول بعض المفسرين ( انه تعالى لم يعطف قوله « ماافاء الله على رسوله من اهل القرى » على ما قبلها لانها بيان لها غير اجنبية منها . بين لرسوله صلى الله عليه وآله فيها ما يصنع فى الفیء وامره ان يضعه حيث يضع الخمس من الغنائم ) باطل والصحيح فى التوجيه ان يقال ان هذه الجملة مستانفة وذلك لان الفیء لما كان شاملا للغنيمة والانفال كماعرفت

فحیث دل علی القسم الثانی بقوله « مااوجفتم » اشعرذلك بالسئوال عن القسم الاخر وبینه تعالی بالایة الثانیة » .

بنابراین توجیه ، فیء موضوع حکم مستقلی غیرازانفال وغنیمت نیست بلکه نسبت آن عام است .

محتمل است آیهٔ اول ، تعریف فیء بطور عام باشد وآیهٔ دوم همانطور که از ابن‌عباس نقل شد اشاره بقراء مخصوصه ازقریه‌های عربی باشد مانندینبع وصفراوغیر آن که اینها درحکم خمس غنیمت بودند ازنظر تقسیم آنها بین خداورسول وذراری رسول وشاید آیه اول حکم غیرمنقول باشد وآیه دوم راجع بمنقولات باشد ومؤید این احتمال روایتی است کـه شیخ ازمحمدبن مسلم ازابی جعفر علیه السلام روایت کرده است بدین عبارت « قال سمعته یقول الفیء والانفال ماکان من ارض لم یکن فیها هراقة الدمأ وقوم صولحوا واعطوا من ایدیهم وماکان من ارض خربة اوبطن واد فهو کله من الفیء فهذا لله ولرسوله فما کان لله فهو لرسوله یضعه حیث یشاء وهو للامام بعد الرسول صلی الله علیه وآله وقوله « ماافاءالله علی رسوله فما اوجفتم علیه من خیل ولارکاب » قال الاتری هوهذا ؟ واما قوله « ماافاءِ الله علی رسول من اهل القری » هذا بمنزلة المغنم کان ابی یقول ذلك ولیس لنافیه غیر سهمین سهم الرسول وسهم القربی ثم نحن شرکاء الناس فیمابقی » چنانکه ملاحظه میشود از فیء مورد آیه دوم به مغنم تعبیر نشده بلکه بمنزلهٔ مغنم خوانده شده است وتفاوت آن هم با غنائم دارالحرب معلوم است چه این قسم ازاموال، راساباقسامی که دربحث خمس گفته شد تقسیم میشود درصورتی که دربحث غنائم خمس آن باین اقسام قسمت میگردد وچهار قسم دیگر مخصوص غانمین است .

مرحوم فیض دروافی ذیل این حدیث میفرماید «بیان الاتری هوهذا یعنی هوما یتعلق بالارض دون الغنائم والاموال ویختص بالله والرسول کمایدل علیه قوله ولکن الله یسلط رسله علی من یشاء » .

ابوالحسن ماوردی در احکام السلطانیه میگوید فیء هرمالی است کـه از

مشرکین بدون جنك وستیز وازروی عفو وصول شود مانند جزیه وده‌یك از متاجر مشرکین ومال خراج. وی فیء را متفرع برغنیمت دانسته وچنین میگوید « فاما الغنیمة فهی اکثراقساما واحکاما لانها اصل تفرع عنه الفیء فکان حکمها اعم » .

نظریه : لیکن با توجه بلغت و اخبار ومصارف هریك و تفاوتی که در طرز بیان آیات مربوط بانفال وغنیمت وفیء است تغایراجمالی آنها مسلم ومحرزمیباشد واگرازلحاظ نسب اربع بخواهیم‌ربط آنها را بیابیم بین هریك ازانفال وغنیمت، انفال وفیء ویا فیء و غنیمت مصداقا عموم من وجه‌است .

وجه جمع انفال وغنائم درجعائل ، و انفال وفیء دراموالی که ازمشرکین بدون جنك بدست آید ، وفیء وغنیمت دراموالی که قهرا از مشرکین اخذ شود ، میباشد اما وجوه افتراق باتوجه بمباحث فوق معلوم است .

ازنظرمصرف نیز میتوان بین آنها تفاوت قائل شد باینکه اموال غیرمنقول‌از ازانفال وفیء مطلقا ملك حضرت رسول وامام بحقی است که بعد ازاواست واموال منقول ازفیء ، مصارف آنها عینا مصرف خمس است ولی اموال غیرمنقول ازغنائم ، ملك تمام مسلمین است ومنقول ازغنائم، بعد ازاداً نفل وخمس، مال غانمین میباشد

**تنبیه در خصوص حکم فیء :**

شافعی گفته است درزمان حضرت رسول فیء بربیست وپنج سهم قسمت میشد چهارخمس آن ، که عبارت ازبیست سهم است ، مال حضرت رسول ویك سهم ازپنج باقیمانده‌نیزسهم آن حضرت‌بود ودرنتیجه مجموع سهام حضرت $\frac{۲۱}{۲۵}$ بوده‌است وچهار سهم باقیمانده بین ذوی‌القربی ویتامی ومساکین وابناء سبیل قسمت میشد وراجع به بعد از حضرت رسول ، نسبت بسهام حضرت رسول ، دوقول باو منسوب است یکی آنکه سهام آن حضرت بمصرف مقاتلین‌برسد ودیگر آنکه درمصالح مسلمین‌بارعایت الاهم فالمهم مصرف شود بااینکه در سهم حضرت در خمس غنائم که بعقیدهٔ وی‌خمس خمس میباشد فقط قول دوم را اختیار کرده است .

ابوحنیفه چنانکه قبلااشاره شد قائل است باینکه تمام فیء وخمس غنائم بسه قسمت میشود. ابوالحسن ماوردی گفته است خمس فیء براهل خمس تقسیم میشود وقوله تعالی « ما افاء الله علی رسوله من اهل القری » را نص در این معنی دانسته وقول ابی حنیفه را براینکه درفیء خمس نیست مخالف نص آیه مذکورتلقی کرده است ودرمصرف چهار خمس آن گفته است دوقول میباشد یکی آنکه فقط بمصارف نظامیان وجیش برسد دیگر آنکه درمصالح مسلمین مصروف گردد .

اما امامیه همانطور که دیدیم قائلند باینکه فیء، خاص رسولخداو بعدقائم مقام آنحضرت میباشد . شیخ طوسی درخلاف میفرماید : حضرت علی ﷺ وابن عباس و عمرنیز براین قول بوده اند و استدلال فرموده است به ۱ـ اجماع فرقه ۲ـ روایت سفیان عیینه اززهری ازمالك بن اوس باینکه حضرت امیر مؤمنان با عباس درباره اموال بنی النضیر بنزد عمربن خطاب دعوی بردند وازاوقضاوت امررا خواستارشدند عمر گفت « کانت اموال بنی النضیر مما افأ الله علی رسوله ممالم یوجف علیه بخیل ولارکاب فکانت لرسول الله (ص) خاصة دون المسلمین.. » عمردراین قضیه تصریح کرده است باینکه آن اموال فیء وخاصه رسولخدابود ـ۳ـ روایت منقول ازابوبکر که گفت « ان النبی قال ما اطعم الله تعالی نبیا طعمة الاجعلها للذی یلی بعده» پس بااین بیان ابی بکر، فیء بعداز نبی اکرم (ص) خاصه امام وقائم مقام آن حضرت میباشد وضمنا معلوم میشود قول شافعی وابی حنیفه باآنچه شیخین هم برآن بوده اند مخالف است وقول شیخین مفهوما موافق امامیه است پس درمالکیت امام نسبت بفیء انصافا خلاف نیست .

# فصل چهارم

## مالکیت مشترك بروجه اشاعه

اشتراك درمالکیت ، درشرع تجویزشده است ودلیل جوازآن ، چنانکه شیخ طوسی در مبسوط ودیگران درآیات احکام وغیره‌استدلال فرموده‌اند عبارتست :

**اولا ازآیات :**

۱ـ « واعلموا انما غنمتم من شیء ... » که غنیمت بین غانمین و اهل خمس ونیزخمس بین اهل خمس مشترك قرارداده شده است .

۲ـ « یوصیکم الله فی اولادکم للذکرمثل حظ الانثیین .. » وسایرآیات‌ارث که دلالت دارد براینکه ترکه بین ورثه برحسب سهام وفرائض مشترك مقررشده است .

۳ ـ « انماالصدقات للفقراء والمساکین ... » بموجب این‌آیه صدقات بین اهلش مشترك میباشد چه « لام » در« الفقرأ » برای تملیك و« واو » در«المساکین» وما بعدش برای تشریك است پس مالکیت هشت صنف مشترکـا برصدقات بحکم شارع جعل شده است .

٤ ـ« وان کثیرامن الخلطاء لیبغی بعضهم‌علی‌بعض ..» این‌بیان که استحسانی کلی در دنباله حکم داود است بقوله « لقد ظلمك بسئوال نعجتك .. » میرساند که بهم‌آمیختن اموال جائزومتداول بوده که حکایت شده باینکه بسیاری ازآمیختگان اموال بشرکاء خود ستم روا میدارند .

**ثانیا ازاحادیث وروایات :**

روایت شده کـه جابربن عبدالله گفت درحدیبیه هفتاد شتر نحرکردیم و در

هرشترهفت نفرشریك بودیم.

۲ـ درخبرنبوی است که « یشترك البقر فی الهدی »

۳ـ جابرازحضرت پیغمبرروایت کرده‌است که « قال (ص) من کان له شریك فی ربع اوحائط فلایبیعه حتی یؤذن شریکه فان رضی اخذه وان کره ترك »

٤ـ روایت شده از سایب بن ابی‌السایب که گفت در جاهلیت باحضرت محمد صلی‌الله علیه وآله شریك بودم در روز فتح مکه حضرت بمن فرمود مرا میشناسی ؟ گفتم بلی توشریك من بودی وبهترین شریك که مخفی نمیداشتی چیزی را ولجاج وعناد نمیکردی .

۵ـ روایت نبوی‌است که حضرت فرمود « یدالله علی‌الشریکین ما لم‌یتخاونا».

٦ـ از نبی اکرم است که فرمود « یقول الله عزوجل انا ثالث الشریکین ما لم یخن احدهما صاحبه فاذا خان صاحبه خرجت من بینهما .

**ثالثا اجماع مسلمین برجواز :**

نا گفته پیداست که اختلاف درمسائل وفروع ضرری باجماع دراصل موضوع برجوازآن وارد نمیسازد.

ازآنچه گذشت خود پیداست که منظورتنها شرکت مدنی نیست بلکه مقصود ازمالکیت مشترك، این است که رابطهٔ ملکیت شیئی بابیش ازشخص واحد، برسبیل اشاعه و بروجه شرعی برقرار شود اعم ازاینکه این رابطه بین دو یا چند شخص یا دوجنس یااجناس ویابین شخص وجنس یاجهت وبحکم مستقیم‌شارع ویاتوسط اراده مالك باشد وآن برموارد زیرصدق میکند :

۱ـ مالکیت غانمین بمعنی عام بااهل خمس .

۲ـ مالکیت غانمین بمعنی خاص نسبت باموال ماخوذه از دارالحرب قبل از قسمت .

۳ـ مالکیت مشترك اهل صدقات .

٤ـ مالکیت ورثه نسبت بترکهٔ متوفی .

۵ـ مالکیت مالك وعامل نسبت بثمره درمورد عقد مساقات چنانکه ماده ۵۴۳ قانون مدنی هم مقرر داشته است معامله مساقات باعامل در مقابل حصهٔ مشاع معین ازثمره واقع میشود .

۶ـ مالکیت مالك ومضارب نسبت بسودحاصله ازتجارتی که مضارب باسرمایهٔ مالك انجام میدهد. ماده ۵۴۸ قانون مدنی میگوید « حصه هریك ازمالك ومضارب درمنافع باید جزءِ مشاع از کل ازقبیل ربع یاثلث وغیره باشد » .

۷ـ مالکیت مزارع وعامل در محصول درعقد مزارعه چه در عقد مزارعه همانطور که ماده ۵۱۹ قانون مدنی میگوید «حصهٔ هریك ازمزارع وعامل بایدبنحو اشاعه ازقبیل ربع یاثلث وغیره معلوم گردد » .

۸ـ مالکیت مشترك که سبب آن عقدی ازعقود باشد چنانکه چند نفر ملکی را باشتراك خریداری نمایند یااجاره کنند یا برای آنها عینا یامنفعتا وصیت و وقف یاحبس شود ویابآنها صلح وهبه گردد ویاسهم مشاعی بیکی ازعقود بشخص یااشخاصی عیناً یامنفعتاً منتقل گردد .

۹ـ مالکیت مشترك که سبب آن امتزاج وقصد اشتراك باشد چنانکه چند نفر نقودی روی هم گذارندبرای خرید چیزی، یامثلا روغنشان را دریك ظرف یا گندم یاآردشان را دریك انبار تعمدا وبمنظور خاصی ازقبیل فروش ونگهداری یا مصرف مشترك بریزند .

اما هر گاه بدون قصد وبطوراتفاق وتصادف یاقهروعدوان مال شخصی مخلوط بمال شخص دیگرشود قبل ازرضایت مالکین براینکه آن مال بین آنها مشترك باشد مالکیت مشترك محقق نمیشود بلکه مالکیت هریك بنسبت مال وی مالکیت مشتبه است النهایه شیء مخلوط شده ازنظر احکام ازقبیل عدم جواز تصرف هیچیك از مالکین بدون رضایت دیگران وتقسیم وغیره درحکم مملوك مشترك است .

**فرق بین ملکیت مشتبه وملکیت مشترك :**

فرق آنست که درملکیت مشتبه اگر برحسب اتفاق ، درجزئی از مخلوط ،

علم پیدا شود باینکه مال یکی ازمالکین است درصورتیکه علم بمالك آن هم حاصل شود منحصرا مال آن مالك است ودیگران را ازآن جزء نصیبی نیست وهر گاه علم بمالك پیدا نشود ومالك آن ، مورد تردید باشد قهراً ، یابصلح ویابقرعه باید توسل جست درحالی که در مالکیت مشترك ، فرض مالکیت هریك ، در تمام اجزاء کل مساوی است .

ازنظرقوانین جزائی ایران هم ، بین ایندومیتوان فرق قائل شد مثلا سرقت وخیانت درامانت و امثال آن درملکیت مشترك نسبت بیکی ازشرکاء مصداق پیدا نمیکند ولی درملکیت مشتبه نمیتوان این معنی را پذیرفت .

۱۰ـ مالکیتی که سبب آن اقدام بعمل دفعی دو یاچند نفر باشد مثل اینکه چند نفر دامی نصب کنند یا دفعتاً بطرف صیدی تیراندازی نمایند وبه هدف اصابت نماید و یا دست بدست همدیگر داده ودرخت مباحی را ازجای بکنند . درمحصول ونتیجهٔ این نحوازاقدام ، مالکیت مشترك ، محقق میشود لیکن درموضوع حیازت مباحات ، هر گاه هریك منفرداً اقدام نماید آنچه حیازت نموده باشد مختص خود اوخواهد بود ودلیلی برقابلیت نیابت آنها نیست تابرفرض نیت نیابت ، بتوان قائل بحصول اشتراك شد .

۱۱ـ درمورد شرکت عقدی وآن عبارتست ازعقدی که بین دو یاچند نفر واقع میشود بمنظوراینکه بامال مشترك ، کسب ومعامله نمایند این قسم ازشرکت فقط دراموال ، جاری است وآنرا شرکت عنانی وهم شرکت مدنی میگویند .

اثرعقد مزبور ، این است که شرکاء هرچند نفری که باشند درمال الشرکة تصرف نموده وباآن کاسبی مینمایند مگر اینکه برای اداره مال مشترك ، ترتیب دیگری مقرربدارند مثلا یکنفررا ازشرکاء یاازخارج عامل معین کنند. سود وزیان شرکاء بنسبت سرمایه ومالی که در شرکت دارند بآنها تعلق میگیرد چه همانطور که مالکیت مال مشترك ، مشاع بین مالکین آن است ، نماآت مال مزبور نیز بین آنها مشترك است ونقصی هم که برملك وارد میشود بنسبت سهام مالکین برهمهٔ آنها

تحمیل میگردد.

این مفهوم درماده ۵۷۵ قانون مدنی چنین منظور شده است « هریك ازشرکاء بنسبت سهم خود درنفع وضرر سهیم میباشند مگر اینکه برای یك یاچند نفر ازآنها درمقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد » .

خلاصه شرکت دراموال ، هرگاه بصورت عقد شرکت واقع شود جائزاست که متصف بصحت وبطلان میشود ومحدود بحدود وشرایطی است ازقبیل :

۱- بلوغ وعقل .

۲- جائزالتصرف بودن شرکاء .

۳- ایجاب بمثل « اشترکنا » وقبول بهرلفظی که دلالت بررضا نماید .

٤- جنس ومقدار سرمایه معلوم باشد .

۵- مال شرکاء ازجنس مشابه و بروجهی باشند که پس ازمزج تمیز داده نشوند .

٦- سرمایه حاضر باشد . پس اگرغایب یادین باشد صحیح نیست .

۷- نفع بنسبت مال بالسویه باشد .

۸- مدت نداشته باشد .

اما برطبق قاعده تسلیط، هرمالکی میتواند برحسب اراده واختیار، هرنوع عملی درملك خود انجام دهد وازجمله بصورت یکی ازعقود معاوضه وصلح و هبه و وصیت ووقف وغیره مال خصوصی خودرا باقرار دادن سهمی ازاصل یا منافع برای شخص یااشخاص یاجهات بصورت مشترك درآورد .

**خصائص مالکیت مشترك :**

مالکیت مشترك دارای خصوصیاتی بشرح ذیل است :

۱- همینکه اشتراك درمالی بحکم شارع وبیکی ازاسباب مانند ارث - عقد - مزج وحیازت محقق شد هریك ازشرکاء درتمام اجزاء آن سهیم میباشد .

۲- درمال مشترك هیچیك ازمالکین بدون اجازهٔ سایر شرکاء ، حق تصرف

ندارند .

۳ـ تصرف مأذون در بیش از آنچه باواذن داده شده جایز نیست مگر اینکه اذن در تصرف بروجه اطلاق باشد .

٤ـ اگر عامل ومتصرف ازحدود اذن تجاوز نماید بقاعده « علی الید » وضمان ضامن است .

٥ـ هریك از شرکاء میتواند رجوع در اذن خود نماید وسهمش را بقسمت در هرموقعی مطالبه کند زیرا بقاء براشتراك واجب نیست و بقاعدهٔ تسلیط ، برای مالك ، انواع تسلط که از جملهٔ آنها افراز است میباشد مگر در مورد وقف ، که موقوف علیهم هرچند محصور هم باشند نمیتوانند آنرا بین خود تقسیم نمایند چه حق منحصر در متقاسمین نیست ومتولی هم ولایتی بر آن ندارد اما حق این است که منافع بین موقوف علیهم مشترك میباشد نه عین موقوفه و آنهم قابل قسمت است ونیز اگرملك واحد وقف وطلق باشد برای تمیزوقف ازغیروقف تقسیم جایز میباشد .

همچنین اگر واقف و موقوف علیه متعدد باشند باین ترتیب که قریه‌ئی بین دو یاچند نفر مشترك باشد وهریك سهم خودرا برجهتی یا براولاد خود وقف نماید در این مورد ، تقسیم برنحوی که سهم هرواقف ، تمیز داده شود بهمانطوری که در تمیز وقف ازطلق گفته شد جایز است .

٦ ـ درصورتی که مال مشترك درید شریك مأذون، بدون تعدی وتفریط تلف شود ضامن نیست وقول او دردعوی تلف باسوگند قبول میشود چه ید او ید امانی است ومطابق نص وفتوی امین ضامن نیست .

۷ـ بجنون وموت وسایرعواملی که موجب بطلان عقود جایزه میشود ازقبیل حجر بواسطه سفه یاافلاس اذن باطل میشود لیکن اصل اشتراك بحال خود باقی است وامر آن باوارث وولی وقیم است .

۸ ـ هرگاه شرکاء ، چیزی مشترك بفروشند ویکی ازآنها باندازهٔ تمام یا

قسمتی ازحق خودرا استیفاء نماید دیگران بااودر آنچه استیفاء کرده است شریکند.

این حکم در هردینی که مشترك بین دو یاچند نفر باشد جاری و ساری است چه هرجزء جزء آن بین شرکاء مشاع است وفرق بین ما فی الذمه، باشخصی خارجی هم فقط در کلیت و جزئیت است امـا در اشاعهٔ هردو در یك حد و مساوی میباشند چنانکه درمرسل ابی حمزه است « قال سئل ابوجعفر علیه السلام عن رجلین بینهما مال منه بایدیهما و منـه غائب عنهما فاقتسما الذی بایدیهما واحال کل منهما نصیبه من الغائب فاقتضی احدهما و لم یقتضی الاخر ، قال علیه السلام ما اقتضی احدهما بینهما وما یذهب بماله » .

ونظیراین روایت خبرغیث است ازجعفر عن ابیه عن علی (ع) بااندك تفاوت دراین عبارت « ما اقتضی احدهما فهوبینهما وما یذهب بینهما » .

پس باتوجه باین اخبار واخبار دیگری ازقبیل خبر محمد بن مسلم و مروی ازمعویة بن عمار ومستفاد ازخبرعبدالله بن سنان ازابی عبدالله (ع) که سؤال میکند ازامام ازدومرد که دارای مال مشترکی هستند ازعین ودین وهردورابین خودتقسیم میکنند یکی ازآنها بتمام یاقسمتی ازدین خود میرسد ودیگری نه آیا بشریکش رد نماید ؟ « قال (ع) نعم ما یذهب بماله » معلوم میشود که قسمت نمودن ما فی الذمه فاسد است وهرچه ازدین وصول شود بین شرکاء مشترك است .

# فصل پنجم

## مالکیت جنس یا جهت بروجه بدلیت

شاید درنظراول این عنوان کمی مستبعد نماید و نسبت بموارد ومصادیق آن هم همان بحث وتعبیری پیش آید که در کلمات بسیاری ازعلماء دیده میشود باینکه جنس وجهت مالك نمیشود وبلکه اینها مصارف میباشند ویاایرادشود باینکه ازآثار مالکیت سلطنت است دراین موارد سلطنتی وجود ندارد ونظایراین سخنان ایراد و خرده گرفته شود لیکن با کمی تأمل ودقت معلوم میشود تحقق این نوع ازمالکیت اگر باسبب عقدی ، قابل شبهه وانکار باشد اما بلحاظ ملك شرعی ، ثابت و شناخته شده است .

اینك چند شاهد ازتعبیر فقها ذیلا نقل میشود :

۱ـ صاحب جواهردروصیت برای فقراء یابنی هاشم یا برجهتی مانند مسجد پس ازاشاره بعقیده علماً مبنی برعدم احتیاج آن بقبول نه ازطرف موصی لهم ونه از طرف حاکم وتذکرعلت آن میفرماید « نعم قد یقوی کون الوصیة للفقرا وللجهة غیرمانحن فیه من الوصیة التملکیة ـ بل هومن الوصیة العهدیة بالصرف علی ذلك خصوصا الوصیة للجهة ضرورة عدم صحة تملیك الجنس بعقد من العقود التملیکیة وان قبل الحاکم عنه الاالوقف علی اشکال فیه لقصور ادلتها عن ذلك من غیرفرق بین البیع والصلح والهبة وغیرهامما اشتمل علی العوض اولم یشتمل ولایقاس التملیك لهاعلی **الملك الشرعی الثابت فی الزکوة والخمس بل والوقف** بناء علی القول به لحرمة القیاس علی ان بناء الوقف علی تملیك المعدوم بخلاف الوصیة مع ان افراد الجنس مختلفة کمال الاختلاف ضرورة کونهم حال الوصیة غیرهم فی الزمن الاخر لصیرورة الفقیر غنیا والغنی فقیرا .. »

پس نتیجه گرفته براینکه ادلهٔ عقود ظهوری برصلاحیت این نوع تملیك ندارد مع الوصف بطوریکه درعبارت فوق مشهود است منکر امکان تحقق این نوع ازمالکیت در وقف نشده است وملکیت شرعی جنس را در زکوة وخمس ثابت ومسلم دانسته است .

عده‌ای مانند محقق وفاضل وصیت را هم درمسئله فوق مملك میدانند هر چند اساسا محتاج بقبول نباشد یا قبول حاکم کافی باشد .

۲- راجع باینکه اگر سهم غانم از غنیمت بنصاب زکوة برسد تا از تاریخ قسمت یکسال نگذرد زکوة تعلق نمی گیرد علت مختلف ( ازقبیل عدم تمکن یا عدم تمامیت مال ) ذکرشده است وصاحب جواهر چنین تعلیل فرموده است « لانها لا تملك بالحیازة وانما تملك بها عند المشهور علی ما فی المسالك ولایشکل بانها حینئذ مال بلا مالك لامکان القول بانها ملك للمسلمین **کباقی اموال الکفار** الا ان الغانمین احق بهامن غیرهم وربمایؤیده تصریح غیرواحد باختصاص بعض الغانمین بالغنیمة مع اسقاط الباقین واعراضهم الذی لابزیل ملك العین لو کان بل وتصریح الفاضل بان للامام قسمتها بینهم قسمة تحکم..» دراین عبارت تصریح است باینکه **اولا** مال بلامالك دراسلام نیست . **ثانیا** برای رفع اشکال قائل بامکان مالکیت جنس مسلمین درمال غنیمت شده است واستشهاد بقول وتصریح غیرواحد وکلام فاضل قبول مالکیت جنس را درغنیمت نزد آنها هویدا وظاهر میسازد .

۳- فقهادرمسئله سرقت شریك ازمال مشترك تقریبا اتفاق دارند براینکه اگر شریك بقدر نصیب خودازشرکت بردارد ویا زائد ازنصیب ولی بتصوراینکه باندازه نصیبش بیش نیست ازمال شرکت برباید حد سرقت براوجاری نمیشود ودلیل ایشان هم روایاتی است که درباره سرقت غنیمت ذکرشده است .

محقق درباب سرقت میفرماید وجوب حد برسارق وقتی است که شروطی در آن جمع باشد وهشت شرط ذکرنموده که چهارم آنها این است « الرابع ارتفاع الشرکة فلو سرق من **الغنیمة** فیه روایتان **احدیهما** لایقطع و **الاخری** ان زاد

ماسرقه عن نصیبه بقدرالنصاب قطع والتفصیل حسن » بطوریکه دراین عبارت مشاهده میشود مال غنیمت مال مشترك است. دوروایتی که در کلام محقق اشاره شده عبارتست اول محمدبن قیس ازابی جعفر روایت کرده است که « قال قضی علی (ع) فی رجل اخذ بیضة من المغنم و قالوا قد سرق اقطعه فقال انی لم اقطع احداله فیما اخذ شرك » و نیز مسمع بن عبدالملك از حضرت صادق (ع) چنین روایت نموده است « ان علیا اتی برجل سرق من بیت المال فقال لاتقطعه فان له فیه نصیبا . » همچنین روایت سکونی است از ابی عبدالله علیه السلام « قال امیرالمؤمنین اربعة لاقطع علیهم - المختلس والمغلول ومن سرق من المغنم وسرقة الاجیر لانها خیانة » .

اما روایت قول دوم صحیحه عبدالله بن سنان است که سؤال میکند ازحضرت صادق علیه السلام « رجل یسرق من المغنم ای شیء یجب علیه ؟ فقال (ع) ینظر - کم الذی یصیبه عنه فان کان الذی اخذ اقل من نصیبه عزرورفع الیه تمام ماله وان کان اخذ مثل الذی له فلاشیء علیه وان کان اخذ فضلا بقدر ثمن مجن وهوربع دینارقطع »

درقواعدبراین مثال مال زکوة نسبت بفقراء وخمس برای علویین وبیت المال افزوده شده وحکم آن درعدم قطع بمانند حکم غنیمت شمرده شده است .

شهید ثانی درشرح لمعه درذیل این عبارت متن « وفی السرقة من مال الغنیمة نظر » بعد ازبیان اختلاف روایات فرموده است « وفی الحاق مال للسارق فیه حق کبیت المال ومال الزکوة والخمس نظر واستقرب العلامة عدم القطع » ،

ازتوجه باخبار واینگونه تعبیرات فقها وآنچه درفصل مالکیت مشترك ازآیه وحدیث اشاره شدبودن مالکیت فقرا واهل زکوة درزکوة ومالکیت علویین متصف بصفات مذکور درآیه درنصف خمس وهمچنین مالکیت غارمین وغانمین درغنیمت بنابراینکه برای امام درآن قسمت تحکم باشد وجهت وموقوف علیهم دروقف عام از این نوع محرز است .

اینك درتائیدواثبات این موضوع اضافه میشود پس ازآنکه خمس وزکوة ازمال شخصی جداشد وغنیمت حیازت گردید دیگردرملك مالك قبلی باقی نیست. حال یابایدآن

اموال بلامالك باشد ویامالك آن مثلاجنس فقراء وعلویین بروجه تحقق بنحو بدلیت باشد ویااینکه مالك افراد متصفین بروجه استغراق باشند .

فرض اول - خلاف روایت وهم درایة است چنانکه درکافی درباب فیء وانفال در روایت حمادبن عیسی در کلام امام ضمن تفصیل اموال این چنین تصریح شده است « ان الله لم یترك شیئا من صنوف الاموال الاوقد قسمه واعطی کل ذیحق حقه الخاصة والعامة والفقراء و المساکین و کل صنف من صنوف الناس فقال : لوعدل فی الناس لاستغنوا .. » پس با توجه باین تعابیر وآنچه بعدا خواهیم دید لابد یا ملك جنس است بروجه بدلیت ویا بروجه استیعاب واستغراق .

اماملکیت درموارد مذکور بروجه استغراق برخلاف ظاهر گفته علماء امامیه وروایات وارده است چه :

**اولا** اکثر چیزی که کافی برای برائت ذمه وصحت تقسیم متولی قسمت گفته شده این است که ازهرطایفه‌ای یك فرد مصداق پیدا نماید النهایه اختلاف درتحقق فرداست باینکه درمثل الفقراء والمساکین والیتامی وامثال آنها که جمع استعمال شده فرد عددی کافی است ویاباید فرد جمعی باشد که اقل آن سه تااست واین معنی بااستغراق وفق نمیدهد زیرا معنی استغراق فرا گرفتن تمام افراد است نه تحقق و ووجود جنس درضمن یك فرد .

**ثانیاً** - ازنظرعقلی معنی استقرارقابل عمل نیست ومقدور نمیباشد چه خمس یا زکوة یك شخص قابلیت تقسیم برتمام مستحقین بروجه استیعاب ندارد وباکثرت وتشتت مستحقین عملی غیر معقول است .

**ثالثاً** - اخبار مستفیضه وبلکه نصوص متواتره برعدم وجوب استیعاب ( هم نسبت بافراد هرصنف وهم نسبت بخود اصناف ) دلالت دارد .

چنانکه دروسائل از محمدبن یعقوب وشیخ صدوق وشیخ مفید وغیره نقل شده است که عبدالکریم بن عتبه هاشمی ازابی عبدالله(ع) روایت نموده است « انه قال لعمروبن عبید فی احتجاجه علیه ما تقول فی الصدقة ، فقرء علیه الایة : انما الصدقات للفقراء

والمساکین والعاملین علیها .. الی آخر الایة قال نعم فکیف تقسمها ؟ قال اقسمها علی ثمانیة اجزاء فاعطی کل جزء من الثمانیة جزئه قال وان کان صنف عنهم عشرة آلاف وصنف منهم رجلا واحدا اورجلین اوثلاثة جعلت لهذا الواحد ماجعلت لعشرة آلاف قال نعم قال و تجمع صدقات اهل الحضرو اهل البوادی فتجعلهم فیها سواء قال نعم قال فقدخالفت رسول الله(ص) فی کل ماقلت فی سیرته کان رسول الله(ص) یقسم صدقة اهل البوادی فی اهل البوادی وصدقة اهل الحضر فی اهل الحضر ولا یقسمها بینهم بالسویة وانما یقسمها علی قدر ما یحضرها منهم ومایری ولیس فی ذلك شیء موقت موظف وانما یصنع ذلك بما یری علی قدر من یحضرها منهم» ودرخبر دیگر است که حضرت صادق ع فرمود «اتی النبی(ص) بشیء یقسمه فلم یسع اهل الصفة جمیعا فخص به اناسا منهم فخاف رسول الله ان یکون قد دخل قلوب الاخرین شیء فخرج الیهم فقال معذرة الی الله تعالی والیکم یااهل الصفة انا اوتینا بشیء واردنا ان تقسمه بینکم فلم یسعکم فخصصت به اناسا منکم خشینا جزعهم وهلعهم » ونیز از تفسیر عیاشی ازابی مریم از حضرت صادق درباره آیه « انما الصدقات .. » نقل شده است که حضرت فرمود « ان جعلتها فیهم جمیعا وان جعلتها لواحد اجزء عنك » .

صاحب جواهر برقول شرایع باینکه افضل قسمت زکوة براصناف ثمانیه است بجهت تعمیم نفع وظاهر آیه وبرقول تذکره ومنتهی باینکه درتقسیم براصناف تخلص ازخلاف وحصول اجزأ یقینی است ـ ایراد نموده باین جمله : « لکنه فیه انه لایناسب ما تسمعه من دعواه الاجماع منا علی عدم وجوب البسط» .

بازدردنباله کلام محقق باینکه مستحب است ازهرصنفی بجماعتی اختصاص داده شود که اقل آن سه تا میباشد فرموده است « والاولی البسط مع امکانه اعتبارا لصیغة للجمع المعرفة باللام واما فی اعطاء جماعة فلانها وان استعیرت للجنس الشامل للواحد نحو رکبت الخیل ونکحت النساء الاان الجمع اقرب افراد المجاز الی الحقیقة کذا قیل لکنك خبیران ذلك لایجری فی سهم سبیل الله و ابن السبیل اذ لاجمع فیهما » ونیزدر کتاب خمس عبارت جواهر متن وشرح چنین است «ولایجب استیعاب اشخاص

کل طائفة من الطوائف الثلاثة بل لواقتصر من کل طائفة علی واحد جاز کما انه یجوزالبسط علیهم متفاوتا بل قدیفهم من المنتهی الاجماع علیه للاصل وارادة الجنس من الجمع المعرف فی الکتاب والسنة کابن السبیل بل هو وآیة الزکوة قرینة علیه فی الاولین ( یتامی ومساکین )لعدم القول بالفصل وکون الخمس زکوة فی المعنی وللموثق » .

پس باتوجه بمراتب مذکور مالکیت جنس بروجه بدلیت درشرع بنابا قتضاء دلائل وتعبیرات فقها نوعی از مالکیت شناخته شده است .

بعضی ازعلما درآیات و روایات خمس وزکوة قائل بتجوزشده وبنای آنهارا براراده بیان مصرف گذاشته‌اند اما براین نظریه اشکالات زیرواردست :

۱ـ آنکه اگر خمس و زکوة از مال اخراج و بدست عامل هم تسلیم شود تا وقتی بمصرف نرسیده مالکیت مالك باید برآن باقی باشدوذمه اوبری نشود در حالی که اتفاق علما برخلاف آنست .

۲ـ آنکه لازم میآیدنوع تصرف به متولی، نیابت واجازه داده شود والاتصرف متولی بدون اجازه مطلق یاخاص ، تصرف درمال غیروحرام باشد .

۳ـ آنکه بنابراراده مصرف بایستی جایزباشد که مثلاجمیع خمس بیکی از اصناف ششگانه مذکور درآیه اختصاص داده شود درحالی که عدم جوازآن از واضحات است زیرا خلاف فعل نبی ومخالف صریح اخباری است که درقسمت خمس برشش قسم مشعر است وبعلاوه باوجوب دفع و اختصاص نصف آن بامام منافات دارد .

٤ ـ آنکه بنا بحکایت اخبار وقول فقها ، درمواردی قبل ازوصول حق بمن لهالحق ، ذمه مالك بریء میشود مثلادرموردی که خمس یازکوة ازمال جدا بشود وبرای مستحق آن ارسال شود یا اینکه کنار گذارده شود ومستحق آن پیدا نشود که ناچار بحمل آن بشهرومحل دیگری گردد ودر این خلال بدون تعدی وتفریط از بین برود برائت ذمه مالك حاصل میشود چنانکه در خبر ابی حمزه است از

ابیعبدالله(ع) « سئلته عن الزکوة تجب علی فی موضع لایمکننی ان اؤدیها قال اعزلها فان اتجرت بها فانت لها ضامن ولها الربح وان نویت فی حال ماعزلتها من غیران تشغلها فی تجارة فلیس علیك شیء وان لم تعزلها و اتجرت بها فی جملة مالك فلها بقسطها من الربح ولاوضیعة علیها » .

دراین خبرعلاوه براینکه امربعزل زکوة از مال شده اشعاربدونکته است :

**یکی** اینکه باتعیین مال بعنوان زکوة وخمس ، مال زکوة وخمس معین میشود و در صورت تلف ـ ازمال جنس است نه شخص ـ مؤید این معنی خبرعبید بن زراره است ازحضرت صادق (ع) «انه قال اذا اخرجها من ماله فذهب ولم یسمها لاحدفقد بری منها » و هم خبر ابی بصیراست کـه امام باقر (ع) میفرماید « اذا اخرج الرجل الزکوة من ماله ثم سماها لقوم فضاعت او ارسل بها الیهم فضاعت فلاشیء علیه » .

**دوم** ـ اینکه مال زکوة درصورت عدم عزل واخراج ، درمیان مال شخصی ازسهام ممتازه‌است که اصل آن بصورت عین یا دین همواره باقی وفقط دراربح شریك وسهیم میباشد امانقصان وضرر برآن وارد نمیشود .

پس باتوجه بمراتب مذکور اگر گفته شود مال تعیین شده بعنوان زکوة تا قبل ازوصول بمستحق وتملك آن ازطرف مستحق ازمال مالك خارج نشده است فرق آن باصورت عدم عزل وعدم تعیین مورد ندارد وبرخلاف ظاهراخبار مذکوره است واگر گفته شود پس ازتعیین ، مال مالك نیست برای اینکه ازمالکیت خود اخراج کرده است ومداخله بعدی او بمانند امام ونایب امام ازجنبه تولیتی است ومال مستحق هم نشده برای اینکه هنوز ازمستحقین کسی آنرا تملك ننموده است دراین صورت لازم می آید که در این فاصله مال مذکور بلامالك باشد وآن برخلاف اقوال فقها و اخبار است وبعلاوه تعلق ربح وتولیت نسبت بمال بدون مالـك معنی ندارد پس مالکیت جنس محرزومحقق است وازظاهرمبسوط وابوالصلاح ومختارصاحب حدائق هم این معنی مستفاداست زیرا باستنادا اینکه ظاهرازلام (درآیات صدقه وخمس واخباری

که در تعبیر شبیه بآیات مذکور است ) ملکیت میباشد وعطف به « واو » ظهور در شرکت دارد مضافاً باینکه اشتغال یقینی برائت یقینی میخواهد، اختصاص بیك صنف راجایز ندانسته‌اند ومع الوصف معتقد باستغراق درافراد هرصنف هم نبوده اند .

ممکن است گفته شود مالکیت در مثل زکوة و خمس برای اهلش بروجه استغراق واستیعاب میباشد چه :

**اولا** درقوله تعالی « انما الصدقات للفقراءِ والمساکین .. » وهمچنین در آیه غنیمة در « لذی القربی والیتامی » ـ لام ـ درملکیت ظهور دارد .

**ثانیاً** ـ جمع معرف بالف ولام مفید عموم وحقیقت دراستغراق است ودلیلی هم برانصرافش از معنی حقیقی نیست .

**ثالثاً** ـ مقتضای واوعطف معیت وتشریك است .

**رابعاً** ـ اشتغال ذمه با وجود شرایط زکوة و خمس یقینی است که برائت یقینی لازم دارد وبرائت با استیعاب و استغراق حاصل میشود و هم تعمیم موافق با احتیاط است .

**خامساً** ـ اخباری که حکمت تشریع زکوة وخمس وغرض ازوجوب درآنها مذکوراست مفیدتشریك تمام افراد هرصنفی‌ازاصناف مذکوردرآیات خمس وصدقه میباشد زیرا غرض کفاف معاش وتامین زندگانی فقرا و محتاجین ازمردم وسادات است چنانکه سابقاً ضمن برخی ازاخباردیده شد ونیزازمرسلهٔ حمادبن عیسی است که امام میفرماید « ولیس فی مال الخمس زکاة .. لان فقراءِ الناس جعل ارزاقهم فی اموال الناس علی ثمانیة اسهم فلم یبق منهم احد وجعل للفقراءِ قرابة الرسول نصف الخمس فاغناهم به عن صدقات الناس وصدقات النبی وولی الامر فلم یبق فقیر من فقراء الناس ولم یبق فقیر من فقراءِ قرابة الرسول الاوقد استغنی .. »

پس باتوجه باین دلائل اختصاص ببعضی از افراد دون بعضی کافی نیست بلکه میل صاحب حدائق بوجوب استیعاب موافق دلیل است ودر سرائر هم در این موضوع چنین گفته شده « والظاهر یقتضی انه یفرق فی جمیع من تناوله الاسم فی

بادالخمس کان اوفی غیره من البلاد قریبا کان اوبعیدا .. »

ایراد باینکه ، تقسیم بروجه شمول واستیعاب تمام اشخاص هرطائفه، متعذر ویالااقل ، متعسراست وارد نیست چه :

**اولا** - سقوط وجوب درمتعذرومتعسر حکم ثانوی است ومورد کلام نمیباشد بلکه مراد حال یسرومقداری است که انجام آن شاق نباشد چنانکه درریاض این مطلب چنین بیان شده است «ان الاحتیاط فی تحصیل البرائة الیقینیة عما اشتغلت به الذمة یقتضی البسط علی الثلاثة بل استیعابها ایضا الاان یشق ذلك فیقتصر علی من حضر البلد ویبسط علیهم مع الامکان » .

**ثانیاً** - نسبت بزمان حضور امام هیچگونه عسر وحرجی لازم نمی آید زیرا امام بحکم ولایة عامه ولی جمیع است پس رسانیدن خمس وزکوة باو ، در حکم ایصال ووصول بجمیع اشخاص هرطایفه میباشد .اما درزمان غیبت نمیتوان تشکیلات مالی - سیاسی واقتصادی اسلام را تعطیل دانست بلکه درهر دوره وزمانی میبایستی تمرکز آن محفوظ باشد واگراحیانا وخدای نخواسته ازطرف مردم یااولیای آن کوتاهی وتباهی پیش آید بی شك باسلام ومقررات اسلامی که جامعترین آئین دائمی انسانی است ارتباط نخواهد داشت .

**ثالثاً** - باتوجه بظاهر آیات وروایاتی که حکمت تشریع را بیان میداردخداوند مجموع و جمله صدقات را با « لام » ملك و عطف به « واو » تشریك برای هشت صنفی که درآیه «انماالصدقات » بیان شده مقررداشته است وهمچنین بروجه مذکور نصف خمس را بفقراء از اقربای پیغمبر اعطاء فرموده تا رفع نیاز آنها بشود و چون این مقدار بحکایت روایات برای تامین تمام اشخاص اصناف کافی بوده لذا باحساب دقیق اسلامی، اجازه داده شده است که زکوة یاخمس فردی افراد ، بیك یاچند نفرازیك یا چند صنف داده شود وچون بنابرفرض وتربیت اسلامی ،همینکه زندگی ومعیشت یکساله مستحق تامین شد دیگر نمیتواند زکوة یاخمس قبول نماید لذا احتمال داده نمیشود که یکی بحق دیگری ویا دیگران تجاوز نماید وبیش از

سهم خود دریافت دارد پس در نتیجه لازم نیست که هر جزئی از اجزاء صدقه ویا خمس وبعبارت دیگر صدقه وخمس هریکنفر برتمام شرکاء قسمت شود بلکه کافی است که مجموع برمجموع تقسیم گردد .

## فصل ششم

### مالکیت جنس یا عنوان بروجه اشاعه واستغراق ویا مالکیت ملی اسلامی

مالکیت جنس بروجه اشاعه وبعبارت دیگر مالکیت عموم استغراقی ، نوع مستقلی از مالکیت است که در لسان شرع شناخته شده است مثلا چنانکه از اخبار مربوط باراضی مفتوح العنوة استفاده میشود این اراضی ملك تمام مسلمین است از موجودین ومعدومین که بعد بوجود خواهند آمد وهیچیك ازمسلمین حق ندارد در جزئی ازاجزاء آن تصرف مالکانه نماید .

عبارات فقهاء نیزحاکی است که درنظر آنها این نوع مالکیت ، در مقابل مالکیت فردی، نوع مستقلی میباشد چنانکه شیخ انصاری درشرایط عوضین میفرماید « واحترزوا باعتبارالملکیة فی العوضین عن الارض المفتوحة عنوة ووجه الاحتراز عنها انها غیرمملوکة لملاکها علی نحوسایرالاملاك بحیث یکون لکل منهم جزء معین من عین الارض و ان قل ولذا لایورث .. » تا آنکه میفرماید « فلایجوزتقسیمه علیهم من دون ملاحظة مصالحهم فهذه الملکیة نحو مستقل من الملکیة قد دل علیه الدلیل ومعناهاصرف حاصل الملك فی مصالح الملاك ثم ان کون هذه الارض للمسلمین مما ادعی علیه الاجماع ودل علیه النص .. »

شیخ دراین مقام میفرماید ملکیت مفتوح العنوه نه مانند ملکیت سایراملاك است که هریك جزئی معین از آنرا داشته باشند نه مانند ملکیت وقف خاص است که منافع آن ملك مشاع بین موقوف علیهم باشد ـ نه مانند وقف عام بمانند وقف برعلماء وسادات است ـ نه مانند تملك فقراو سادات نسبت بزکوةوخمس است زیرا

بقبض، مسلمین مالك منافع آن نمیشوند بلکه نوع مستقلی ازملکیت است که دلیل بر آن دلالت دارد وادعای اجماع شده براینکه این اراضی ملك تمام مسلمین است وهم نصوص براین معنی قائم است .

توضیح کلام شیخ این است که ملك یا شخصی ویا نوعی است اول - مانند املاك عادی افراد اما ملك نوعی یا قابل است برای اینکه ملك شخصی بشود یا نه . قسم اول مانند خمس وزکوة که ملك ازبرای نوع وطبیعت میباشند ولیکن ملك کسی میشوند که باستحقاق آنها راقبض نماید .

اما قسم دوم یعنی ملك نوعی که قبول ملکیت شخصی را نمی نماید سه قسم است:

۱- آنکه منافعش بالفعل ملك شخصی است مانند وقف خاص که ملك شخص مخصوص ویا ملك افراد یك طبقه نیست . اما افراد هرطبقه مالك منافع آن بروجه ملك خاص میشوند .

۲- آنکه منافعش قابل ملکیت خاصه است مانند وقف عام که منافعش برای اشخاص معین نیست لیکن قابل آن ملکیت است و بقبض و اقباض مستحقین ملك خاص میشود .

۳ آنکه منافعش نیز قابل برای ملك خاص نیست مانند مفتوح عنوة که اراضی آن ملك عموم مسلمین (از گذشتگان وحال و آیندگان تاروزقیامت) میباشد پس باید منافعش بمصارفی برسد که نفعش عاید عموم مسلمین گردد و ازبیان مذکور پیدا است که بیع اراضی مسلمین ومنافع آن ( بواسطه عدم قابلیت ملکیت خاص) جایز نیست .

غرض این است که شناسائی این مالکیت در اسلام ثابت ومسلم است وسبب آن گاهی اراده وعمل انسان و گاهی قانون وحکم شارع است .

صورت اول - چون ساختن پل و رباط وحوض در بیابان و بین راهها جهت آسایش واستراحت عابرین ویا بنای مساجد ومدرسه‌ها در آبادی وایجاد طرق وشوارع وامثال آنها میباشد .

این قسم ممکن است بواسطهٔ اراده وفعل یك یاچند نفربوجودآید ویابارادهٔ عمومی اهل محل ایجاد گردد ونیزممکن است ملك شخصی تبدیل باین نوع ملك شود . و یا اینکـه ملك عام مانند عوائد اراضی مفتوحه مثلا یـا وجوه مالیات و خراج درایجاد یا اصلاح آنهاازنظرمصالح عمومی مؤثرباشد وبهرحال این قسم پس ازبوجودآمدن ، ازمشترکات عمومی محسوب ومتعلق بعموم میشود ولذا هیچکس نمی تواند دراینگونه املاك تصرف نماید که دیگران را ازاستفاده آن محروم سازد وبنابراین تملك آنهابوسیلهٔ افراد وهم استفاده انحصاری خلاف غرض وممنوع است

ازنظرقانون ماده ۲٤قانون مدنی میگوید « هیچکس نمیتواند طرق وشوارع عامه و کوچه‌هائی راکه آخرآنها مسدود نیست تملك نماید» ودرماده ۲۵ آن قانون مقرراست « هیچکس نمیتواند اموالی راکه مورد استفاده عموم است ومالك خاص ندارد ازقبیل پلهاو کاروانسراهاوآب انبارهای عمومی ومدارس قدیمه ومیدانگاهای عمومی تملك کند وهمچنین است قنوات وچاههائی که مورد استفاده عموم است ».

بطوریکه مشاهده میشود حکم این ماده عام و شامل کلیهٔ اموالی که مورد استفاده عموم است میشود وذکر موارد بعنوان مثال میباشد مع‌الوصف برای این که تصور نشود پاره‌ای از اموال ازحکم عام مذکور خارج است در ماده ۲٦ چنین تصریح شده است « اموال دولتی که معداست برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات وقلاع وخندقها و خاکریزهای نظامی وقورخانه و اسلحه و ذخیره و وسفاین جنگی وهمچنین اثاثیه و ابنیه سلطنتی وعمارات دولتی و سیمهای تلگرافی دولتی وموزه‌ها و کتابخانه های عمومی و آثارتاریخی وامثال آنها وبالجمله آنچه که از اموال منقوله وغیر منقوله دولت به عنوان مصالح عمومی ومنافع ملی در تحت تصرف دارد قابل تملك خصوصی نیست و همچنین است اموالی که موافق مصالح عمومی بایالت یاولایت یاناحیه یاشهری اختصاص یافته باشد ».

اما صورت دوم ــ که سبب آن قانون وحکم شارع باشد سه یا چهار قسم است ۱ــ مفتوح العنوه یا اراضی ملی ۲ـ خراج ومقاسمه یابهره مالکانه ملی ۳ـ جزیه

یا مالیات سرانه ٤ - عشریه ونیم عشریا مالیات ارضی بقولی .

**قسم اول - مفتوح العنوه یا اراضی ملی :**

شهرها وقصبات ودهات وزمینهاوخانه‌ها وآنچه بدنیها ماند که نقل‌وتحویل آن ممکن‌نباشد وبقهروغلبه بدست مسلمین افتاده باشد بدوشرط متعلق بجمیع مسلمین است ومخصوص جهاد کنندگان ونسلی‌دون نسلی‌نیست همچنین است زمینی که صلح شده باشد با اهلش باین شرط که زمین ملك مسلمین باشد .

دوشرط - یکی آنست که جنك باذن امام‌باشد دوم آنکه‌زمینهادروقت استیلاء مسلمین آباد بوده باشد .

متولی آن هم امام یا نایب اواست وحاصل آن صرف مصالح مسلمین ازقبیل بستن پلها وتهیه ابزار ووسائل جنگی ومخارج قشون برای جهاد وحفظ سرحدات وتامین احتیاجات عاملان شهرها وقاضیان ومؤذن‌ها بدستورمتولی میشود .فروختن ووقف نمودن وهبه کردن آنها بدلالت نصوص غیرقابل تاویل وانکار جایز نیست ازجمله :

۱- درصحیحه حلبی‌است « انه سئل ابوعبدالله (ع) عن ارض سواد ما منزلته؟ فقال هولجمیع المسلمین لمن هوالیوم مسلم و لمن یدخل فی الاسلام بعد الیوم ولمن لم‌یخلق بعد » .

۲- درروایات ابی الربیع شامی است « لایشتری من ارض اهل السواد شیئا الامن کانت له ذمة فانما هی فیء للمسلمین » ذمه دراینجا معنی شده ای - حق فیها من الاثار - وشاید غرض حق اعیانی باشد .

۳- نزدیك باین روایت صحیحه حجاج است .

٤ - درصحیحه محمدبن مسلم است از ابی جعفر (ع) « قال سئلته عن سیرة الامام فی الارض الذی فتحت بعد رسول الله فقال ان امیرالمؤمنین (ع) قد سار فی اهل العراق بسیرة فهی امام‌لسایرالارضین». ظاهراین خبردلالت دارد براینکه‌تمام اراضی مفتوحه‌ای که بعد ازپیغمبراسلام هم‌فتح شده حکم آنها حکم ارض‌عراق‌است

۵ ـ درروایت ابی برده ازبیع ارض خراج سئوال شده است امام میفرماید «من یبیعها هی ارض المسلمین».

۶ـ در کافی در مرسلهٔ حماد است از عبدصالح (امام کاظم علیه السلام) «ولیس لمن قاتل شیءٍ من الارضین ولاما غلبوا علیه الاما احتوی علیه العسکر . .» حدیث مفصل است تااینکه میفرماید والارضون التی اخذت عنوة بخیل ورجال فهی موقوفة متروکة فی یدمن یعمرها ویحییحا ویقوم علیهاعلی مایصالحهم الوالی علی قدرطاقتهم من الحق النصف اوالثلث اوالثلثین علی قدرمایکون لهم صلاحا ولایضرهم ...»

موضوع قابل توجه که به بسیاری از اختلاف آراء میتواند خاتمه دهد این جمله از این حدیث است که پس ازچندین جمله امام میفرماید: «والانفال الی الوالی وکل ارض فتحت فی ایام النبی صلی الله علیه و آله الی آخرالابد و **ماکان افتتا حا بدعوة اهل الجوروا هل العدل** لان ذمة رسول‌الله صلی الله علیه و آله فی الاولین والاخرین ذمة واحدة لان رسول‌الله صلی الله علیه و آله قال. المسلمون اخوة تتکافی دماؤهم و یسعی بذمتهم ادناهم ..».

بهرحال خلافی نیست دراینکه اراضی عامره سرزمینهائی که بااعزام سپاه ولشکر بدست مسلمین افتاده ملك قاطبه مسلمین است اما اینکه مالکیت مسلمین چه نوع مالکیتی است؟ آنچه ازاخبارو کلمات فقهااستفاده می‌شود مالکیت ملی است چنانکه در جواهراست «وکیف کان فلاخلاف اجده فی ان عامر الارض المفتوحة عنوة و قهرا وقت الفتح للمسلمین قاطبة بلاخلاف بل الاجماع بقسیمیه علیه ولومن یتولد اویدخل فیه الی اخر الامرعلی معنی انها لمجموعهم لالکل واحد منهم فلایملك احد منهم بالخصوص رقبتهابل الاجماع بقسیمیه علیه مضافا الی النصوص وحینئذ فلایصح لاحد بخصوصه منهم فضلاعن غیرهم بیعها ولارهنها ولاهبتها ولاغیرذلك مما یتوقف صحته علی الملك».

شیخ الطائفه درمبسوط مطلق تصرفات مالکانه رادراینگونه اراضی منع کرده وفرموده است «.. والمسلمون فید سواءٍ ولایصح بیع شیء من هذه الارضین ولاهبته

ولامعاوضته ولا تمليكه ولاوقفه ولا رهنه ولا اجارته ولا ارثه ولايصح ان يبنى دورا و منازل ومساجد وسقايات ولا غير ذلك من انواع التصرف الذى يتبع الملك ومتى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلا وهو باق على حكم الاصل » .

بطوريكه از بيانات فوق پيداست و اخبار هم بصراحت دلالت دارد در نوع مالكيت اراضى مفتوحه نيز بين علماء شيعه اختلافى نيست وجملگى آنرا مالكيت جنس بروجه استغراق ونوع خاصى ازمالكيت دانسته‌اند كه تقريبا بااصطلاح ملى بودن مرادف است اما ملى باصطلاح اسلامى نه حقوقى و درنتيجه تصريح شده كه هيچكس حق نداردبصورت فردى در آنها تصرفات مالكانه‌نمايد واگر كسى مبادرت بهرنوع تصرفى كه موقوف برملكيت است ( ازقبيل تمليك ورهن ووقف ) نمايدآن تصرف باطل وازدرجهٔ اعتبار ساقط وآن اراضى همچنان درحكم اصل باقى است . درحقيقت اين نوع مالكيت براى آن كلى شناخته شده كه‌بعداً حقوقيون ازآنشخص حقوقى درمقابل شخص حقيقى اصطلاح كرده‌اند .

تفاوتى كه در كلام علما مشاهده ميشود درشرط « عامربودن حين فتح » است كه برخى مانند جمله صاحب جواهر حكم مذكور را مقيد بآن نموده‌اند ـ ليكن برخى ديگر مانند شيخ‌الطائفه بروجه اطلاق بيان حكم فرموده‌اند مثل اين عبارت شيخ كه در كتاب خلاف‌است « كل ارض فتحت عنوة بسيف فهى‌ارض لجميع المسلمين المقاتلة وغيرهم وللامام الناظرفيها تقبيلها ممن يراه بما يراه من نصف اوثلث وعلى المتقبل بعد اخراج حق القبالة. العشراء نصف العشرفيما يفضل‌فى يده وبلغ خمسة اوسق » اخبار اين باب هم چنانكه گذشت موافق با تعبير اخير است بحث وتحليل تكميلى مسئله درباب پنجم ملاحظه خواهد شد .

## قسم دوم

## خراج ومقاسمه يابهره مالكانه از املاك ملى اسلامى

دراينكه آيا خراج ومقاسمه وحتى جزيه درصدر اسلام يكى بوده ويا هريك

اصطلاح خاص ومصداقی علیحده داشته‌است چه بین مورخین وچه‌بین فقها اختلاف است .

منشأ این اختلاف کثرت مآخذ و مستنداتی است که اغلب مخالف ومتعارض هم میباشند وهمین تعارض و اختلاف برای محققین خارجی کـه این موضوعات را بعنوان مالیات ویاسیاست مالی دولت اسلام یاعرب بروجه مقایسه بامالیاتهای روم و ایران مطالعه مینمایند موجب اشتباه ونتایج غلطی میشود وشده است .

مثلا یکی از نویسندگان بنام ( ژولیوس ولهاوزن J . Wellhavsen ) در تألیف خود بنام « دولت عرب وسقوط آن » برآن عقیده شده که خراج وجزیه تـا سال ۱۲۱ هجری مترادفا بمعنی باج استعمال میشده وآن عبارت بـوده از مبلغ مقطوعی نقد ومقدار معینی محصول که عربها برمردمی که برآنها در فتوحات دست مییافتند می‌بستند .

وی تصور کرده است که عربها تا تاریخ مذکور بین مالیات ارضی و مالیات سرانه فرق قائل نبوده‌اند ودرآن تاریخ والی خراسان نصربن سیار بین آندوفرق گذاشته و مقرر داشته است که تمام مردم مسلمان وغیرمسلمان بایستی مالیات ارضی را بپردازند ولی مالیات سرانه که‌نشانه خواری بود فقط ازغیرمسلمانان اخذ شود.

این نظریه طرفدارانی ( از نویسندگان بخط لاتین کـه صرفا بهمین جهت نوشته‌های آنها برای ما حجت است !! ) دارد که : ازجملـه ( بکر Becker ) را میتوان اسم برد . وی بمانند پیشوایش معتقد است که درروایات عربی‌جنبهٔ‌بیطرفی رعایت نشده وسعی شده است نظامات جاریه روز بدورهٔ اول اسلام نسبت داده شود والاعربهای صدر اسلام بین مالیات ارضی ومالیات سرانه فرق نمیگذاشتند وبا قبول اسلام ، هم خود شخص وهم دارائی اوازپرداخت مالیات معاف میشد .

«بکر» بیشتر شواهد نظریه خودرا ازکشور مصر گرفته ولذا میگوید اولین تخلفی که ازاین اصل شد برحسب دستور عبدالعزیز بن مروان بود که برکشیشها بقرارهرنفری یك دینار علاوه برباجی که توسط مامورین محلی جمع‌آوری میشد

بست . ودرسال ۱۰۶ و ۱۰۷ هجری که توسط عبیدالله‌بن الحبحاب سرشماری بعمل آمد سیستم مالیات ارضی ومالیات سرانه تحت عنوان خراج وجزیه برقرار گردید وخراج همگانی شد وجزیه برعهدهٔ غیرمسلمانان مقرربود .

دیگر از پیروان ولهاوزن کایتانی( Leone Caetani ) است اومانند دونفر اولی مبنای تخیلات خودرا بریك گوشه‌ای از وقایع گذاشته ومعتقد شده است که فقها وایدآلیستها آنچه را که محصول تطورات تاریخی بود وباتمایلات خود موافق می‌یافتند درتدوین قوانین ومقررات گرفتند وباقی را رد کردند و یا عالما وعامدا مورد توجه قرار نداده وتحریف کردند .

همچنین نویسندگان دیگری هم‌ازقبیل هانری‌لمنس( Henri Lemmens) وبل ( Bell ) وآدلف گروهمان ودیگران این‌قسمت ازنظریه « ولهاوزن » را ( که کلمات خراج وجزیه هردو درابتداء مترادف و بمعنی باج بوده وکسی که اسلام میآورده از هردو معاف میشده و حقوقدانهای اسلامی سازمانهای متاخر را سعی کرده‌اند بادوار سابق نسبت وربط دهند ) بدون ایراد قبول نموده‌اند .

«دنیت» درتألیفش که‌بنام جزیه دراسلام ترجمه شده‌نظریات این‌نویسندگان را مورد تنقیدقرارداده‌وباذکرشواهدی معتقدشده‌است که: خراج وجزیه دارای دو اصطلاح عام وخاص بوده‌اند - باصطلاح عام مترادف وبمعنی مطلق مالیات بودند نه باج - زیرا در ذهن عربها مفهوم عام مالیات که عبارت ازکل مبلغ نقدی بود که از ولایات حاصل میشد وجود داشته است واینکه آیا هریك ازاین دو کلمه درچه معنائی استعمال شده از روی قرائن تشخیص میشد . مثلا وقتی ابویوسف میگوید « خراج رؤسهم » مقصود مالیات برسرها است ووقتی این جمله بلاذری را « ارضا علیها الجزیة من ارض الاعاجم » ویا عبارت « جزیة من الارض » را میبینیم متوجه میشویم منظور مالیات زمین است .

اما باصطلاح خاص هریك ازاین دو کلمه معنی علیحده داشته وجزیه بمعنی مالیات سرانه وخراج بمعنی مالیات ارضی بوده است واین معنی نیز درقرون اول

و هم درقرون بعدی وجود داشته است . ( طالب تفضیل به جزیه در اسلام مراجعه فرماید ) .

محقق اخیر اگرچه کاملا اشتباهکاری « ولهاوزن » و طرفداران اورا برملا ساخته اما خود دراینکه معنی‌عام وخاص، برای خراج وجزیه قائل شده ودرمعنی خاص آنهارا مالیات ارضی وسرانه پنداشته راهی اشتباه پیموده است .

ماوردی گفته‌است « الجزیة والخراج حقان اوصل‌الله سبحانه وتعالی‌المسلمین الیهما من المشرکین یجتمعان من ثلاثة اوجه ویفترقان من ثلاثة اوجه » .

سپس میگوید **اما وجوه اجتماع :**

۱ـ آنکه هردوازمشرك بعنوان ذلت وخواری اخذ میشود .

۲ـ آنکه هردومال فیءِ است که درمصالح اهل فیء صرف میشود .

۳ـ آنکه هردوبگذشتن‌سال واجب میشوند وقبل‌ازسال قابل مطالبه‌نمیباشند.

**اما وجوه افتراق :**

۱ـ آنکه جزیه بنص است وخراج باجتهاد .

۲ـ آنکه اقل جزیه مقدراست بشرع واکثرش باجتهاد مقدراست ولی‌خراج اقل واکثرآن باجتهاد مقدر است .

۳ـ آنکه جزیه اخذ میشود بابقاءِ کفر ، و باحدوث اسلام ساقط میگردد والخراج یؤخذ مع الکفر والاسلام .

واما ازنظرموضوع ، جزیه برروس است وخراج براراضی.

تعریفی که ماوردی ازجزیه وخراج نموده‌بهیچوجه برآنچه‌بعد شرح میدهد انطباق ندارد چه :

اولا ـ درتعریف‌تصریح‌نموده‌باینکه هردوازمشرکین وصول میشود درصورتی که دروجه سوم افتراق میگوید خراج باکفر واسلام اخذ میگردد .

ثانیا ـ دراراضی‌خراجیه میگوید « فتصیر وقفا علی مصالح المسلمین ویضرب علیها الخراج ویکون اجرة تقرعلی الابدان لم یقدر بمدة لما فیها من‌عموم‌المصلحة

ولایتغیر باسلام ولاذمة ولایجوز بیع رقابها اعتباراً لحکم الوقوف » .

وبنابراین ، خراج اجرتی است که برملك مسلمین وبرای آنها بوسیله متولی یعنی حاکم برقرار واخذ میشود وهیچ شباهتی ازاین‌حیث باجزیه ندارد واگر در مواردی بجای یکدیگر بکار رفته‌اند حسب قرینه و بمنظور و غرضی است چنانکه مثلا درکافی درخبر زراره است : « وقال ابن مسلم : قلت لابیعبدالله علیه‌السلام ! أرایت ما یأخذ هؤلاء من هذا الخمس من ارض الجزیة ویاخذ من الدهاقین جزیة رؤسهم اما علیهم فی ذلك شیء موظف ، فقال : کان علیهم ما اجازوا علی‌انفسهم ولیس للامام اکثرمن الجزیة ان شاء الامام وضع ذلك علی رؤسهم ولیس علی اموالهم شیء وان شاء فعلی اموالهم ولیس علی رؤسهم شیء فقلت فهذا الخمس ؟ فقال : انما هذا شیء کان صالحهم علیه رسول الله صلی‌الله‌علیه‌وآله » ونیز در خبر حریز ازمحمد بن مسلم است که گفت ازحضرت صادق سؤال کردم عن اهل الذمة ما ذا علیهم ممایحقنون به دمائهم واموالهم ؟ فقال : « **الخراج** فان اخذ من رؤسهم‌الجزیة فلاسبیل علی ارضهم وان اخذ من ارضهم فلاسبیل علی رؤسهم » .

سؤال ابن مسلم درخبر اول اشاره بچیزی است که درفقیه وارد شده است که « قال الرضا علیه‌السلام ان بنی‌تغلب انفوا من الجزیة وسألوا عمران یعفیهم فخشی ان یلحقوا بالروم فصالحهم علی ان صرف ذلك عن رؤسهم وضاعف علیهم‌الصدقة فرضوا بذلك فعلیهم ما صالحوا علیه ورضوا به الی ان یظهر الحق . » ولی پاسخ حضرت اشاره واشعار بنوع قرارداد وصلحی است که حضرت پیغمبر بابعضی طوائف نصاری بنابمصالحی دستورآنرا داده‌بود وظاهراً این خمس نزدسائل ودرعمل معروف بوده وحتی خیال میکرده مقدار معینی است که‌باتعجب درقبال بیان امام درپاسخ ازحد جزیه باینکه « ذلك الی الامام یأخذ من کل انسان منهم ما شاء .. » از آن سؤال مینماید .

وباز درکافی درخبر ابن ابی‌یعفوراست که حضرت صادق فرمود : « ان ارض الجزیة لاترفع عنهم الجزیة .. » ویا درکلام امام محمدباقرعلیه‌السلام است که درپاسخ

سؤال ازسیرهٔ امام در زمینهائیکه بعد از حضرت رسول ﷺ فتح شده میفرماید : « ان امیرالمؤمنین (ع) قد سار فی اهل العراق بسیرة فهی امام لسایرالارضین وقال **ان الارض الجزیة** لاترفع عنهم الجزیة وانما الجزیة عطاء المهاجرین والصدقات لاهلها الذین سمی الله فی کتابه لیس لهم فی الجزیـة شیء ثم قال ما اوسع العدل ان الناس یستغنون اذا عدل فیهم وینزل السماء رزقها وتخرج الارض برکتها باذن الله . » (فقیه - وافی) .

غرض این است که در این اخبار ونظائر آنها دو کلمه جزیه وخراج باقرینه استعمال شده ودرهرمورد بانظرخاصی امام (ع) ازلفظ مخصوص آن عدول فرموده است که مقصود و معنی درهرمورد ظاهر است و بیان آنها باعث تطویل وتوضیح واضح است .

اینك باید دید **خراج ومقاسمه چیست ؟**

درمجمع گفته شده خراج برضریبه وفیء وجزیه وغله گفته میشود .

ماوردی گفته است « والخراج فی لغة العرب اسم للکراء و الغلة و منه قول النبی ﷺ الخراج بالضمان » .

محقق اردبیلی در رسالهٔ خراجیهٔ خود میفرمایـد « الخراج علی ما فهم من کلامهم انه کالاجرة المضروبة علی الارض التی فتحت عنوة وفی معناه المقاسمة سواء کانت من عین حاصل الارض کالثلث اومن النقد بل غیره ایضا » .

بعضی گفته اند خراج بقسم دوم کلام محقق ومقاسمه باول آن اختصاص میدارد

بعضی گفته اند ضریب برزمین، مقاسمه وبرچهارپایان ، خراج است - درمستند است که مراد بمقاسمه ، حصهٔ معینه ازحاصل زمین است کـه درعوض زراعت آن اخذ میشود .

درمسالك گفته شده « المقاسمة حصة السلطان من حاصل الارض یؤخذ عوضا عن زراعتها ، والخراج مقدار من المال یضرب علی الارض اوالشجر » .

صاحب وافی ذیل **خبر ابی خالد کابلی** میفرمایـد : خراج ضریبه ئی بر زمین

بمانند اجرت زمین است ودر معنای آن مقاسمه میباشد جزاینکه مقاسمه جزء از حاصل زرع، وخراج مقدارضریبه نقدی است وگاهی ازهردوبه « قباله » اسم برده میشود .

صاحب عروه فرموده است « المراد بالخراج ما جعل علی الارض من الدرهم والدینار ونحوهما وبالمقاسمة الحنطة والشعیر ونحوهما اذا جعل علیه ان یزرع بالنصف اوالثلث اونحوهما » تعریف اخیر تعبیرمختار است .

**اما مقدار خراج ومقاسمه :**

آنچه ازمجموع اخبار وگفتار فقهاء برمی‌آید این است که خراج ومقاسمه بمانند اجاره ومزارعه است وبرای آن قدر معینی نیست بلکه منوط بتراضی طرفین است .

شیخ انصاری درمکاسب میفرماید « لیس للخراج قدر معین بل المناط فیه ما تراضی فیه السلطان ومستعمل الارض لان الخراج هی اجرة الارض فینوط برضی الموجر والمستاجر نعم لو استعمل احد الارض قبل تعیین الاجرة تعین علیه اجرة المثل وهی مضبوطة عند اهل الخبرة » .

صاحب جواهر میفرماید « ان الخراج کالحصة من المزارعة التی یستحقها مالك الارض » .

وگاهی در کلمات علما حتی ازآن دو بحصه تعبیرشده است چنانکه درجامع المقاصد است « المراد بحصة السلطان خراج الارض وقسمتها » .

و یا درحدائق خراج وحصه مرادف شناخته شده چنانکه میگوید « خراج السلطان وحصته هوما یاخذه من الارض الخراجیة من نقد اوحصة من الحاصل وان سمی الاخیرمقاسمة » .

از صیمری نقل شده که هرسه کلمه مفهم یك معنی است النهایه هر کس تنها بذکر « حصه » درعبارت خود اکتفانمود مقصودش مطلق خراج است خواه مشترك بین مسلمین باشد مانند مفتوح العنوة ، ویامختص با مام باشد مانند انفال ، وصدق

حصه برمشترك ، بلحاظ این است که امام وسلطان متولی جمع و خرج آن است و نیز هر کس خراج را تنها استعمال نموده ، مقصود و مرادش همان معنی است ولی آنکه این دو کلمه را باهم آورده، مقصودش ازحصه آن چیزی است که مختص امام است وازخراج مشترك است .

بهرحال خراج ومقاسمه ازنظرشرع یکنوع بهرهٔ مالکانه ومنال است که بدو صورت **قطعی وغیر قطعی** برحسب قرارداد درمیآید. صورت قطعی که بعضی از آن به **خراج وظیفه** یا خراج توظیف و مواظفه تعبیر کرده‌اند چنان است که مبلغی یا چیزی برعهدهٔ عامل قرار داده شود خواه زراعت بکند یانکند .

اما صورت غیرقطعی که به **خراج مقاسمه** هم تعبیر شده آن است که قرارداد به نسبتی مثلا نصف یاثلث ویاخمس محصول باشد وبنابراین اگرزمین زراعت نشود ویامحصولی بعللی بدست نیاید مالك ومتولی حق مطالبهٔ چیزی نمیدارد .

**اختیار ووظائف سلطان ومستعمل زمین دراخذ وپرداخت خراج :**

چنانکه سابقا گفته شد اختیار اراضی خراجیه بدست امام ، و درزمان غیبت بدست نایب امام، ویاسلطان است وبراین مدعی دلالت داردآن چیزی که درصحیح ابن ابی‌نصراست که حضرت امام رضا فرمود « وما اخذ بالسیف فذلك للامام یقبّله بالذی یری کما صنع رسول‌الله صلی‌الله علیه وآله بخیبر قبّل ارضها » .

وراجع بسلطان بمانندآنچه درکافی وتهذیب درصحیحه اسمعیل بن فضل هاشمی است ازحضرت صادق : « قال سألته عن الرجل استأجرمن السلطان من ارض الخراج بدراهم مسماة او بطعام ثم آجرها وشرط لمن یزرعها ان یقاسمه النصف اواقل من ذلك اواکثر وله فی الارض بعد ذلك فضل ایصلح له ذلك قال علیه السلام نعم اذا حفرلهم نهرا اوعمل لهم شیئا یعینهم بذلك فله ذلك .. »

وهمچنین درکافی ازابی‌بصیر ومحمد بن مسلم ازامام باقر علیه السلام است که در پاسخ سؤال آنها حضرت میفرماید : « کل ارض دفعها الیك السلطان فما حرثته فیها فعلیك مما اخرج الله منها الذی قاطعك علیه و لیس علی جمیع ما اخرج الله

منها العشر انما علیك العشر فیما یحصل فی یدك بعد مقاسمته لك » واخبار دیگری که دلالت برجواز تقبل ارض ازسلطان میدارد.

ونیز مؤید آن فرمایش امام (ع) است در مرسلهٔ حماد بن عیسی عن بعض اصحابنا عن العبدالصالح (ابی‌الحسن الاول از وافی) باینکه « والارض التی اخذت عنوة بخیل و رکاب فهی موقوفة متروکة فی ید من یعمرها ویحییها علی صلح ما یصالحهم الوالی علی‌قدر طاقتهم من الخراج النصف اوالثلث اوالثلثان وعلی قدر ما یکون لهم صالحا ولایضربهم .. »

شیخ انصاری درمسئله حل خراج ومقاسمه‌ئی که سلطان اخذ مینماید واینکه مقدار آن بسته بتراضی سلطان ومستعمل ارض میباشد باین حدیث استناد نموده و میفرماید « ویستفاد منه انه اذا جعلت علیهم الخراج اوالمقاسمة ما یضربهم لم یجز ذلك کالذی یؤخذ من بعض مزارع بعض بلادنا بحیث لا یختار الزارع الزراعة من کثرة الخراج فیجبرونه علی الزراعة ..» ازاین‌جمله شیخ پیداست که اولا - ایشان عمل خراج ومقاسمه را مانند عمل اجاره ومزارعه میدانند . ثانیاً ناظر ومستحضر ازاین جریان بوده‌اند که دربعضی ازبلاد چگونه زارع مجبور بوده متحمل ضرر بشود و زراعت نماید وچطور زارع برده وصرف بعضا بوده ولذا حکم عدم جواز و حرمت آنرا بروجه مثال بیان فرموده است . سپس میفرماید تحقیق این است که مستعمل وکسی که زمین را زرع وغرس مینماید اگر دراستعمال زمین مختار باشد پس مقاطعهٔ خراج ومقاسمه باختیار او وباختیار جائراست وچون تراضی برچیزی حاصل نمودند کم باشد یا زیاد همان حق است . اما اگرمستعمل ناچار ازاستعمال زمین وکشت وکارآن باشد چنانکه مزرعه‌ای سالیان دراز در دستش بوده وشغلش کشاورزی است واگربخواهد ازاین قریه‌بقریهٔ دیگری کوچ نماید خسارت زیادی باید متحمل شود . پس مناط وملاك جواز وحلیت خراج دراین صورت آن چیزی است که درمرسله مذکور است یعنی اینکه مضروب علیهم مضر وبروجهی نباشد که پس ازوضع مخارج برای‌آنها چیزی باقی نماند .

نکته‌ای که ازاخبار این باب بدست میآید این‌است که خراج ، فیء مسلمین و واجب است بآنها برسد وچون شارع ، تصرف والی جائر و یا مطلق سلطان را (چنانکه اطلاق اخبار حاکی است ) بمانند تصرف امام عادل ، نافذ ساخته ، و باو استثنائا این اذن را داده است لذا اذن شارع ، مختص بچیزی ومقداری میباشد که امام عادل در آن بدان وجه تصرف مینماید پس نسبت بزائد و ناقص از آن مقدار ، تصرف او نافذ نمیباشد. بنابراین هر گاه خراج بدون تراضی ، ازحال تعادل‌خارج وبروجهی که موجب ضرر کشاورز گردد وبدستور سلطان زیادتراخذ شود تناول آن حرام باشد ، همچنان کـه برعکس ، اگر سلطان بدون جهتی که راجع بمصلحت مسلمین باشد برای خراج دهنده بدلخواه و یا برحسب دوستی وامثال آن تخفیفی قائل شود مستعمل درقبال مسلمین ونسبت بآنچه تخفیف داده شده بدهکار خواهد بود وبراوواجب است که مقدار ما به التفاوت را بحاکم شرع تسلیم دارد .

**خراج ازنظرتاریخی وموجبات اختلاف مقدارآن :**

اصل پیدایش‌خراج ازطرز مالکیت اراضی درازمنهٔ قدیم‌است چه درروزگار پیشین ، زمین را ملك پادشاه میدانستند چنانکـه در توراة سفر تکوین داستان حضرت یوسف بدین معنی نسبت بمصر مشعراست ـ درتمام ممالك قدیم وضع چنین بوده یعنی زمین ملك پادشاه بود، کشاورزان بهره مالکانه میدادند واززمین استفاده مینمودند وحتی تاتار معتقد بودند که زمین اساساً ملك انسان نمیشود .

در بارهٔ ملل ژرمن نوشته‌انـد که رسم رؤسای قبائل برآن بود کـه قطعه زمینی را دوسال دردست یکنفر نمیگذاشتند بماند وهمه سالـه زمین دست بدست میگردید.

رومیان ازمستعمرات خود وازجمله مصروشام برهمین‌اساس مالیات میگرفتند ودر هرشهر ومملکتی دفترهای جمع وخرج داشتند . این نوع دفاتر در ایران نیز معمول بوده وجرجی زیدان میگویـد که بیشتراین تشکیلات را ایرانیان ازروم و یونان گرفتـه بودند وچون مسلمانان آن ممالك را فتح کردند تنظیم واداره دفاتر

ومؤسسات مزبوررا همچنان بدست مسیحیان وزردشتیان باقی گذاردند وخودبر آنها نظارت مینمودند تااینکه درسال ۸۱ هجری برای اولین باربدستورعبدالملك دفاتر را بعربی منتقل کردند واین عمل گویا تدریجا تکمیل شد چه دفاترمصر تاسال ۸۷ هجری ایام خلافت ولید بن عبدالملك به قبطی نوشته میشد .

باری دراینکه ازنظرتاریخی کدامیك ازمقاسمه وخراج مقدم واول بوده بطور قطع نمیتوان نظر داد ولی از قرائن حدس زده میشود کـه مقاسمه قبل از خراج معمول بوده چنانکـه ماوردی ودیگران نسبت بایران نوشته‌اند که ترتیب مقاسمه تازمان **قباد** معمول بوده وقباد پسرفیروز (٤۸۷ - ۵۳۱ میلادی) آن ترتیب رابرهم زد وجریبانـه براراضی بطور مقطوع مقرر داشت باین ترتیب که از هرجریب که عبارت از ۳٦۰۰ متر بود درهرمورد یك قفیز ویك درهم اخذ شود و **کسری** پسرقباد گویا این روش را تکمیل نمود چه‌بطوریکه‌نوشته‌اند وی اول کسی‌است که اراضی را مساحی وحد وحدود آنهارا تعیین ودفترودیوان برقرارنمود وجانب مالك وزارع را دروضع خراج مرعی داشت .

**دراسلام** - پیغمبر ﷺ دربارهٔ خیبر وفدك برطبق اخبار ترتیب مقاسمه را مقررفرموده ولی عمردرفتح ایران بامشورت حضرت امیرخراج را بادرنظر گرفتن اندازه‌ای که زمین استطاعت میداشت وبزارع ضرر وارد نمیشد مقررنمود ولذا در بعضی از نواحی عراق خراج آن باخراج کسری موافق شد یعنی برحسب جریب یك قفیز که هشت رطل باشد ویك درهم مقررشد ودرنواحی دیگربرحسب کارشناسی ومساحی عثمان بن حنیف که بامرعمراعمال نمود چنین خراج وضع گردید :

| | |
|---|---|
| ۱ـ هرجریب تاکستان ودرختان میوه دار ومثمر | ۱۰ درهم |
| ۲ـ هرجریب نخلستان | ۸ « |
| ۳ـ هرجریب نیشکر | ٦ « |
| ٤ـ هرجریب یونجه | ۵ « |
| ۵ـ هرجریب گندم | ٤ « |

۶- هرجریب جو ۲ درهم

وبرنواحی شام وضع خراج غیر از این و در نقاطی بترتیب مقاسمه معمول گردید .

این اختلاف میرساند که رعایت اهل فیء و اهل بلد هردو میشده است واین همان چیزی‌است که درخبرسابق و کلام امام بحق‌ناطق نیز بآن تصریح شده بود . پس اگر تفاوتی درخراج نقاط مختلف دیده میشود این تفاوت یك امر طبیعی‌است که ناشی ازاختلاف درآمد است ومربوط بطبیعت اراضی‌است چه عائدات ودرآمداراضی‌ممکن‌است بسه‌جهت کم وزیادشود **یکی** خصوصیات‌خاك‌ازحیث مایه‌دار بودن وحاصلخیزی وعدم آن . **دیگری** نوع زرع ومحصول ازحبوبات وثمار که بلحاظ کم وزیادی مقداروهم‌قیمت درعایدات تفاوت حاصل میشود. **سوم** خصوصیات مربوط بآبیاری واصلاح زمین ازحیث کمی یازیادی مخارج زیرابدیهی‌است زمینی که ازآب رودخانه ونهرمشروب میشود خرجش اززمینی که‌بایستی ازچاه وباادوات آبیاری شود کمتراست ، وازآن هردو زمینهائی که ازآب باران مشروب میشود ویا بواسطهٔ رطوبت زیرزمین محتاج بآب نمیباشدکم خرجتراست وچون در برقراری وجعل خراج باید تمام این خصوصیات وجهات مورد نظر واقع شود تا نه بمسلمین واهل فیء ونه‌بعامل زراعت ضرر وارد گردد لذا خراج هرناحیه جایزاست باناحیهٔ دیگرمخالف شود و بعلاوه درموضوع خراج ممکن است بنابمصالح طرفین مساحت زمین یامساحت زرع ویاجعل مقاسمه رعایت شود که این سه لحاظ هم موجب پدید آمدن اختلافات دیگری درخراج خواهد شد .

باوجود این همه ، ترتیب خراج درزمان امویان ، ازقاعده اصلی خارج شد وبسیاری از اراضی که بمامورین وولات واگذار شده بود آنها یاهیچ نمیدادند ویا چیزی جزئی فقط بعنوان عشریه میپرداختند ولی ازباقی مردم برعکس هرچه داشتند میگرفتند چنانکه همین امر باعث ویرانی مزارع گردید و عباسیان پس از قلع وقمع امویان وآزاد ساختن اراضی چون بااین وضع مواجه شده بودند که

اشخاص از ترس پرداخت خراج گزاف کمتر بکشاورزی اشتغال میورزیدند لذا سیستم مقاسمه را مقرر داشتند ومقدار وتعیین سهام ونسبت آن موکول بنظر خلیفه بود ولی درعمل حد اکثر آن ازنصف وحداقل آن ازخمس محصول تجاوز نمیکرد.

## قسم سوم

## جزیه یا مالیات سرانه

جزیه عبارت است از وظیفه‌ای که اهل کتاب حسب نظر والی مسلمین قبول پرداخت آنرا مینمایند ودرمقابل بآنها اجازه داده میشود که در کشوروارض اسلامی اقامت گزینند ودرپناه حکومت اسلامی باحفظ شرایط مقرر قرار گیرند.

عقد جزیه دارای دوشرط اساسی یا دو رکن است که اخلال بیکی از آندو اخلال بعقد میباشد. یکی قبول جزیه است ودیگری التزام باینکه احکام مسلمین برآنها واقع‌شود بدین معنی که آنچه مسلمانان ازاداء حقی ویا ترك محرمی برآنها حکم نمایند باید مورد قبول آنها باشد ودلیل آن فرمان الهی است درسورهٔ توبه « قاتلوا الذین لایؤمنون بالله ولابالیوم الاخر ولا یحرمون ما حرم الله و رسوله ولا یدینون دین الحق من الذین اوتوا الکتاب حتی یعطوا الجزیة عن یدوهم صاغرون » دراین آیه اولا اهل کتاب که باید جزیه بدهند بچهار صفت متصف شده‌اند:

۱- آنکه فی نفس الامر ایمان بخدا ندارند ریرا معتقد بصفاتی برای معبودشان میباشند که جل وعلا منزه ازآن است مانند گفتن « عزیر بن الله و مسیح بن الله » ویااینکه ایمان بکتاب خدا یعنی قرآن ویارسول خدا یعنی محمد (ص) ندارند.

۲- آنکه بیوم آخر یعنی بعث ونشور بروجهی که خداوند وصف نموده ازانواع عذابها ایمان ندارند.

۳- آنکه آنچه را خدا ورسول ایشان حرام کرده حرام نمیدانند مانند نکاح

محرمات وخوردن گوشت خوك وآشامیدن خمر وسایرمنهیات .

ممکن است مراد از رسول موسی وعیسی باشد که ازآمدن پیغمبرخاتم خبر دادند وامر کردند پیروانشان را بمتابعت او اما آنها مخالفت نمودند و گفتار آنهارا تحریف کردند .

٤. آنکه قبول نمیکنند دین حق را یعنی قبول ندارند که اسلام دین حق و ثابت وناسخ ادیان است .

پس ازاین اوصاف که هریك ازآنها موجب قتال است ، دراین آیه تبیین و تحدید حکمرا (ازنظرغایت ومغیی) بقوله‌تعالی « من الذین اوتواالکتاب » فرموده است ولذا حکم این آیه منحصر باهل کتاب است که شامل یهود و نصاری و مجوس میشود چه یهود ونصاری قطعی است واما مجوس چنانکه درصحیحه ابن‌مهران است ازابیعبدالله علیه السلام بفرمایش حضرت رسول ذمهٔ مجوس مثل ذمهٔ یهود ونصاری است و آنها نیز اهل کتاب میباشند .

ونیز در خبر ابی‌بصیر است که حضرت صادق علیه السلام فرمود « اما ان للمجوس کتابا یقال له جاماست » .

ودرخبر دیگر در کافی است که ازحضرت صادق (ع) سؤال شد که: آیابرای مجوس پیغمبری بوده است ؟ حضرت فرمود : « نعم اما بلغك کتاب رسول الله (ص) الی اهل مکة ان اسلموا والانابذتکم بحرب فکتبوا الی رسول‌الله (ص) ان خذمنا الجزیةودعناعلی‌عبادة الاوثان،فکتب الیهم‌النبی صلی الله علیه وآله : انی‌لست آخذ الجزیةالامن اهل الکتاب فکتبوا الیه - یریدون بذلك تکذیبه - : زعمت انك لا تأخذ الجزیة الا من اهل الکتاب ثم اخذت الجزیة من مجوس هجر ، فکتب الیهم النبی (ص) : ان المجوس کان لهم نبی فقتلوه و کتاب أحرقوه ، اتاهم نبیهم بکتابهم فی‌اثنی‌عشر الف جلد ثور » .

ثانیا - بابیان غایت یعنی « یعطوا الجزیة » پایان قتال بااین‌صنف ازمشرکین بمنطوق، موکول بپرداخت جزیه وبمفهوم بزوال وصف ودخول دراسلام شده‌است.

ثالثا - برحسب این آیه ، حکم جزیه ، منصوص کتابی است ومقدار وطرز وصول وایصال باید بنظر ولی مسلمین باندازه وبروجهی باشد که جزیه دهندگان براثر آن بحال صغار وخواری افتند .

بهرحال ، اصل حکم جزیه ، متخذ ازاین آیه است . اما دراینکه بحکم آیه **چه کسانی باید جزیه بدهند ومقدار وفلسفه اخذ آن چیست ؟ اختلاف نظراست** باین شرح :

**الف - دراینکه چه کسانی باید جزیه بدهند ؟:**

۱- یهود ونصارای غیرعرب اجماعی است .

۲- بعقیده ابویوسف ازعربی خواه کتابی باشد وخواه مشرك جزیه پذیرفته نمیشود .

۳- د رنزد امامیه و شافعی از اهل کتاب عرب باشند یا غیر عرب جزیه اخذ میشود .

٤- ابوحنیفه معتقداست ازاهل کتاب مطلقا وازمشرکین هم جزیه اخذ میشود ولی ازمشرکین عرب جزیه پذیرفته نمیشود .

٥ - مالك و اوزاعی برآن عقیده اند که از جمیع کفار بجز مرتدین جزیه پذیرفته میشود .

٦- باتفاق صحابه ازمجوس جزیه اخذ میشود .

وبهرحال اززنان و کودکان ومجانین جزیه اخذ نمیشود - ازپیرمردان از کارافتاده ومملوك گفته اند جزیه ساقط میگردد اما از سایرین جزیه گرفته میشود النهایه اگرفقیری باشد که قادربپرداخت جزیه نباشد اداء آن موکول بوسع ویسار خواهد بود .

**ب - مقدار جزیه و فلسفه اخذ آن چیست ؟:**

۱ - بنا بمذهب ابی حنیفه جزیه دهندگان سه صنف میشوند - اغنیا اوساط و فقراء وبترتیب ٤٨ - ٢٤ و ١٢ درهم ازآنها گرفته میشود .

این نظرموافق‌است بادستوری که حضرت امیر بمصعب‌بن یزید انصاری داده ودروسائل از کـلینی‌وشیخ صدوق وشیخ مفید نقل شده ومتن آن چنین است « قال استعملنی امیرالمؤمنین علی بن ابیطالب علی اربعة رساتیق المدائن ـ البهقیاذات ونهر شیریا (۱) ونهر جویرونهرالملك وامرنی ان اضع علی کل جریب زرع غلیظ درهما ونصفا وعلی کل جریب وسط درهما وعلی کل جریب زرع رقیق ثلثی درهم وعلی کل جریب کرم عشرة دراهم و علی کل جریب نخل عشرة دراهم و علی کل جریب البساتین التی تجمع النخل والشجرعشر دراهم وامرنی ان القی کل نخل شاذ عن القری لمارة الطریق و ابن السبیل ولاآخذ منه شیئا و امرنی‌ان اضع علی الدهاقین‌الذین یرکبون البرازین و یتختمون بالذهب علی کل رجل منهم ثمانیة و اربعین درهما وعلی اوساطهم والتجارمنهم علی کل رجل منهم اربعة وعشرین درهما وعلی سفلتهم وفقرائهم اثنی عشردرهما علی کل انسان منهم قال فجبیتها ثمانیة عشر الف الف درهم فی سنة » اما این حدیث را امامیه حکم موردی و قضیة فـی واقعه میدانند لیکن ازطرق عامه در احادیث متعدد این حکم دیده میشود وابویوسف در کتاب خراجش‌نقل‌نموده‌است وازجمله حدیث ابن‌عوف است باینکه عمربن‌خطاب: « مسح السوادمادون جبل حلوان، فوضع‌علی کل‌جریب‌عامراوغامریناله الماء بدلو اوبغیره زرع‌اوعطل درهما وقفیزاً واحداً ، ومن کل رأس‌موسرثمانیة واربعین‌درهما ومن الوسط اربعة و عشرین درهما ومن الفقیر اثنی عشر درهما و ختم علی اعناقهم رصاصاً وألغی لهم النخل عونالهم‌واخذ من جریب الکرم عشرة دراهم ، ومن جریب السمسم خمسة دراهم ومن الخضرمن غلة الصیف من کل جریب ثلاثة دراهم ، ومن جریب القطن خمسة دراهم . »

۲ـ بنابمذهب شافعی اقل جزیه یك دیناراست واکثرازدیناربه اجتهاد ونظر ولاة و تراضی است و اگر تراضی با سران قوم بهر مبلغی شود در باره جمیع و فرزندانشان لازم الاتباع است .

(۱) دروافی بهرسیر بالباءالموحده والسین المهملة ضبط شده است .

ازامامیه قول اسکافی درطرف اقل موافق با گفته شافعی میباشد ودلیلش نبوی است « انـه (ص) امر معاذا ان یاخذ من کل حالم دینارا » لیکن این حدیث نیز قضیة فی واقعه گفته شده است .

۳ ـ مالك معتقد است که برای جزیه اندازه‌ای نیست ودوطرف اقل واکثر آن موکول باجتهاد ونظرولاة است .

٤ ـ مشهور بین امامیه این است که حدی برای جزیه نیست وتعیین مقدار آن بنا بمصالح وبنظرامام است وبراین قول ادعای اجماع هم شده و صراحت اخبار واطلاق کتاب نیز بر آن دلالت دارد ازجمله اخباریکی صحیحه زراره است که مفید وصدوق و کلینی نقل کرده‌اند باینکه زراره ازحضرت صادق (ع) از حد جزیه و اینکه آیا وظیفه‌ای است که تجاوز از آن جایز نیست ؟ سئوال کـرد حضرت فرمود « ذلك الی الامام یاخذ من کل انسان منهم ماشاء علی قدرماله وما یطیق انماهم قوم فدوا انفسهم من ان یستعبدوا (۱) اویقتلوا فالجزیة تؤخذ منهم علی قدرما یطیقون له ان یاخذ هم به حتی یسلموا فان الله عزوجل قال «حتی یعطوا الجزیة عن‌ید وهم صاغرون » و کیف یکون صاغرا وهولایکترث لما یؤخذ منه حتی یجد ذلا لما اخذ منه فیألم لذلك فیسلم »

---

(۱) در کافی کتاب الزکوة پاورقی نوشته شده است « هکهذا وجدفی النسخ بین اظهرنا والصحیح ان لایستعبدوا کما فی الفقیه ص ۱۹۳ و لعل ذلك علی حذف المضاف کمافی قول تعالی : « یبین الله لکم ان تضلوا » ای کراهة ان تضلو او کلمة لا محذوفة ای لایستعبدو ـ او کراهة ان یستعبداو « البهائی » کذافی هامش المطبوع » .

اماظاهرا احتیاجی باضافه نمودن حرف نفی یعنی لا- ویا معنی آن یعنی کره نیست وبلکـه این تقدیر والحاق مورد ندارد چه این نفی در معنی لغوی فدوا افتاده است ـ چنانکه گفته میشود فدی الرجل من الاسر و نحوه: استنقذه بمال اوسواه ـ و فدت المراة نفسها من زوجها ای اعطته ما لاحتی تخلصت منه بالطلاق - ( المنجد) وبنا براین در این عبارت هم معنی چنین میشود .. بدرستیکه اینها قومی هستند که عطا میکنند مالی را تاخود را از بنده شدن یا کشته شدن نجات دهند ..

بطوریکه از امثال این خبر پیداست وضع جزیه در اسلام برمبنای یك هدف وفلسفه مالی صرف نبوده است بلکه یك نتیجه وهدف اساسی وعالیتری داشته که عبارت ازسوق دادن این طوائف بطرف کمال وانسانیت ودر نتیجه، قبول اسلام است ولذا از شرایط اساسی جزیه چنانکه گفته شد یکی این است که وقت عقد جزیه ، جریان احکام مسلمین برایشان در محاکماتشان ودر خصومات واقعه بین آنها و مسلمین شرط شود ، ودیگر آنکه جزیه راقبول نمایند بروجهی که مقدار آن ، همه ساله بنظرولی مسلمین باشد تا مطمئن نشوند باینکه مقدارمعینی باید بپردازند ودر نتیجه وضع خود رابر آن تطبیق نمایند بلکه همواره خائف ومترقب باشند که برحسب دستور والی مسلمین ، آیاچه مقدار ومبلغ باید بدهند تادر نتیجه، این حالت خوف و ذلت وآشنائی باحکام اسلامی آنها را باسلام وارد سازد .

اماشرایط دیگری که برای عقد ذمه ، ذکرشده (مانندباینکه بمسلمین اذیت نرسانند ـ بازن مسلمان مقاربت نکنند ـ تظاهر بمنکرات اسلامی از قبیل شرب خمر و خوردن گوشت خوك ننمایند ـ معبد نسازند وبلند ترازبناهای مسلمانان ساختمان نکنند) شرط صحت نیستند ولی درصورتی که درعقد ذکرشده باشد وجزیه دهنده ، برخلاف آن عمل نماید ، ذمه او برداشته میشود .

یك شرط هم، چه ذکر بشود یانشود ازلوازم ذمه است وآن عدم محاربه و جاسوسی علیه مسلمانان است که درصورت عدم رعایت ، ذمی ازذمه خارج ومحارب محسوب ، ومال وجان وناموس اودراختیار مسلمانان قرار میگیرد .

## « مهادنه وجزیه موقت »

بطوریکه گفته شد ، جزیه ازسه طایفه یهود ونصاری ومجوس اخذ میشود و مقدار آن بنظر پیشوای مسلمانان است وشرایطی وجودی وعدمی بروجه وجوب و استحباب در عقد ملحوظ میگردد واین همان چیزی است که در آیه گذشته غایت برای امرقتال قرار داده شده است . اما جنك همیشه باین غایت منتهی نمیشود چه

ممکن است محاربین اهل کتاب نباشند وامید آن برود که با مدارا ومماشات باسلام گروند یا مسلمانان ازلحاظ خستگی یا کمی نفر ویا نداشتن وسیله کافی آمادگی کامل نداشته وقادر بمقاومت تاوصول بغایت مقصود ، یعنی اسلام آوردن مطلق کفار در درجه اول ، وقبول جزیه کتابی دردرجه دوم ، نباشند .

البته درنظایراین صور ، مصلحت ایجاب مینمود که موقتا بجنك پایان داده شود وحسب المعمول ، بسته بوضعیت طرفین، گاهی متارکه بدون عوض و گاهی با تحصیل عوض وشرایطی برطرف ضعیف واقع میشد وبنا براین بسه صورت وشرط قرارداد درمیآمد که دراسلام هرسه صورت نظائرداشته است . مثلا :

الف ـ پیغمبراسلام درسال اول هجری بایهود مدینه ضمن قرار نامه وحدت مهاجر وانصار پیمان عدم تعرض بست بشرط اینکه رعایت مسالمت را بنمایند متن پیمان درابن هشام جلد دوم است .

درسال دوم بادوقبیله بنی مدلج وبنی ضمره پیمان یاری بست درسال ششم هجری که پیغمبر برای زیارت کعبه بهمراهی ۱۴۰۰ یا ۷۰۰ تن درماه ذیقعد روانه مکه شد وقریش عزم جزم برجنك وممانعت حضرت از ورود بمکه داشتند حضرت در حدیبیه ( نزدیك مکه ) فرود آمد و با بدیل بن ورقاء خزاعی که از مکه بدیدن پیغمبر آمده بود برای قریش پیغام فرستاد که ماسرجنك نداریم وبقصد زیارت خانه خدا آمده‌ایم نه هتك آن و کشتن خویشان ، پیشنهاد می کنم یکی از این دو راه را انتخاب نمایند دردرجه اول اسلام، ودردرجه دوم پیمان متارکه جنك برای مدتی واگر ازهردوامتناع میدارند ، ناگزیر جنك خواهم نمود .

بدیل سخنان پیغمبر(ص)رابرای قریش باز گو کردوپس از آن مذاکره وتحقیق حال ، نمایندگانی در رفت وآمد بودند تا اینکه بالاخره سهیل بن عمرو از طرف قریش برای عقد صلح نزد پیغمبر آمد و معاقده‌ای در ترك جنك بمدت ۱۰ سال واقع شد ودرضمن این پیمان ومعاهده شرط شد: اگرازقریش کسی بدون اجازه ولی خود نزد پیغمبر برود باتقاضای استرداد مسترد شود واگر برعکس از اسلام

کسی بطرف قریش برود قابل استرداد نباشد وطوایف عرب هم درپیوستن بقریش یا اسلام آزاد باشند ونیز پیغمبردر آن سال از ورود بمکه تا سال آینده صرف نظر فرمایـد .

غرض این است که ، این قراردادها هرچند دارای شروطی، برحسب مصلحت روزبوده ولی ظاهرا شرط عوضی درآنها نشده است همچنانکه شیخ نیز در مبسوط میفرماید « لاخلاف بین اهل العلم بالسیران رسول‌الله (ص) لمانزل المدینة وادع یهودا کافة علی غیر جزیة ، والموادعة والمهادنة شیء واحدمنهم بنوقریظة والنضیر والمصطلق لان الاسلام کان ضعیفا بعد .

ب ـ در سال پنجم هجری در غزوه خندق که غزوه احزاب هم نامیده شده است بنا برآنچه عامه روایت کرده واسکافی ازخبرزهری نقل نموده است حضرت پیغمبر(ص) باعیینة بن‌حصین فزاری که باابوسفیان دریوم احزاب بود قرار گذاشت ثلث تمرانصاررا باوبدهد که هر کس بااوهست ازغطفان بر گرداند وجیش احزاب را برترك قتال بدارد ـ ونیزدرروایت مرسلی است ازعامه که حرث بن‌عمرورئیس غطفان کس فرستاد نزد حضرت پیغمبر وثلث ثمارنخلستان مدینه را برای متارکه جنك خواست. نبی اکرم (ص) باسعدبن عباده خزرجی وسعدبن‌معاذ اوسی‌وسعدبن زراره مشورت فرمودآنها عرض کردند ای‌پیغمبرخدا اگر امرآسمانی براین است تسلیم هستیم واگر رأی و میل آنجناب است برای ما متبع است ولی اگرهیچیك از اینو نباشد ، بخدا سوگند ، درجاهلیت یکـدانه خرما ویك جبه گندم بآنها نمیدادیم، مگربروجه معامله ، اینك که باسلام مفتخرشده‌ایم چگونه باین‌امرراضی شویـم ؟ .

و بهرحال گفته‌اند با وجود مصلحت ، اگر برای متارکه جنك چیزی هم بمحاربین داده‌شودجایزاست والادرمورد اول، جایزنبود پیغمبربذل نمایدودرصورت دوم ، محلی برای مشورت نمی بود تا سعود نظربدهند .

ج ـ اجمالامسلم‌است که پیغمبراسلام‌باسران اقوام وامراء طوائف معاهداتی

بسته ، که شرایط جزیه در آنها دیده نمیشود ولی پرداخت نوعی عوض بنفع اسلام در آنها ذکرشده است ازجمله :

۱ـ ازطرق عامه روایت شده است چون خیبرفتح شد یکی ازقلاع که باقی بود پیشنهاد صلح نمود حضرت پیغمبر(ص) صلح با آنهارا پذیرفت واختیار نقض را برای خود گذاشت فرمود « نقر ما شئنا » .

۲ـ معاهده حضرت بااهل «فقنا» براین واقع شد که یکچهارم چوبها ومیوه‌ها وزره‌ها وپشمها وکالاهای خودرا بدهند .

۳ـ قرارصلح بااهل « ازرج » بر آن واقع شد که سالی ۱۰۰ دینار پرداخت نمایند .

٤ـ معاهده ومهادنه نبی اکرم (ص) بااهل « نجران » که برخی ازمورخین نوشته‌اند با آنها صلح شد وسالی سه هزار حله بر آنها جزیه معین شد، که هزار آنرا درماه صفر، وهزار آن را درماه رجب بدهند امابطوریکه در آیات الاحکام جزائری ودیگران نوشته شده وصاحب جواهرنیز بیان فرموده پس ازآنکه دوآیه «فاقتلوا المشرکین » و « ولاتهنوا وتدعوا الی السلم وانتم الاعلون والله معکم » که درسوره برائت ومحمداست درسال نهم هجری نازل شدرسولخدا(ص) بااهل نجران معاهدهٔ مذکور را بست ، وقرار شد دوهزار حلـه ( یکهزار درماه صفر و یکهزار در ماه رجب ) بدهند .

فقها ومفسرین این صلح را دلیل برجوازمهادنه وعدم نسخ قوله‌تعالی « وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوکل علی الله انه هوالسمیع العلیم » دانسته‌اند وبدیهی است اینگونه قرار دادها که هم در زمان پیغمبر ، وهم زمانهای بعد ، سابقه دارد ورای عقد جزیه‌ایست که در کتاب آمده است .

ازاین نوع قراردادبمهادنه ومواعده یامعاهده‌تعبیرشده که عبارتست ازمعاهده برترک‌جنك بطورمعوض ویاغیرمعوض،وبرای مدتی‌معین یابدون مدت وباختیارامام وموارد‌جواز آن هم، منوط ومبنی بروجودمصلحت است که گاهی‌ممکن‌است بسرحد

وجوب نیز برسد وتشخیص مصلحت بانظر والی مسلمین است .

**مهادنه معوض** درزمان خلفاء راشدین نیز زیاد واقع شده است وعوض هم دراین زمان همواره بنفع بیت المال بوده است که از جمله **یکی** صلح حیره است ( درسال ۱۳ هجری ) نوشته‌اند ایاس بن قبیصه ، که ازطرف ایران حکومت این ناحیه را داشت ، بخالد بن الولید فرمانده لشگر اسلام پیشنهاد سازش نمود و در نتیجه ایاس پرداخت باجی را باختلاف روایات هفتاد - هشتاد - نود یاصدهزاردرهم قبول نمود که درمقابل ، مردم حیره درپرستش واجرای مراسم مذهبی خود، آزاد باشند وازهر گونه اقدام خصمانه و کمك بایرانیان هم خودداری نمایند .

**دیگری** عهدنامه بانقیا است ، این عهد نامه توسط دهقانی بنام «ابن‌صلوبا» بسته شد وشبیه بصلح حیره بود ، در این معاهدات سروکار افراد مستقیما از لحاظ پرداخت جزیه باعربها نبود بلکه دهاقین و امراء محل مبلغی را که متعهد میشدند میپرداختند وآنها بودند که بامردم سروکار داشتند .

این عهد نامه‌ها چندان ثباتی نداشت زیرا ایرانیان در جنك جسر ابوعبیده سردار تازه وارد عرب راکشتند ولشگر عرب را بعقب رانده وحیره را از قید رها ساختند ولی درپائیز سال ۱٤هجری المثنی دوباره دست بحمله زد وحیره را مجدداً بچنك آورد . یکسال بعد ایرانیان بار دیگر ازنظرموقعیت حیره که درحقیقت کلید عراق بود آنرا بابعضی ازنقاط دیگر از استیلای عرب خارج ساختند تااینکه در جنك قادسیه و پس ازآن جنك مدائن و سپس جلولا ، حیره نیز بطور قطع بدست مسلمین افتاد .

وباز عهد نامه‌هائی درسال ٦۳۵ میلادی مسلمانان باهالی حمص ودمشق و غیره بستند .

صلح حمص برآن شد که درمقابل پرداخت باج معین ، جان ومال واراضی آنها درتحت حمایت مسلمانان باشد . گفته‌اند این صلح مربوط باولین برخورد مسلمانان وشکست رومیان است . اگر بگفته ابوحفص دمشقی توجه شود (باینکه

بسته ، که شرایط جزیه درآنها دیده نمیشود ولی پرداخت نوعی عوض بنفع اسلام درآنها ذکرشده است ازجمله :

۱ـ ازطرق عامه روایت شده است چون خیبرفتح شد یکی ازقلاع که باقی بود پیشنهاد صلح نمود حضرت پیغمبر(ص) صلح باآنهارا پذیرفت واختیار نقض را برای خود گذاشت فرمود « نقر ما شئنا » .

۲ـ معاهده حضرت بااهل «فقنا» براین واقع شد که یکچهارم چوبها ومیوه‌ها وزره‌ها وپشمها وکالاهای خودرا بدهند .

۳ـ قرارصلح بااهل « ازرج » برآن واقع شد که سالی ۱۰۰ دینار پرداخت نمایند .

٤ـ معاهده ومهادنه نبی اکرم (ص) بااهل « نجران » که برخی ازمورخین نوشته‌اند باآنها صلح شد وسالی سه هزار حله برآنها جزیه معین شد، که هزار آنرا درماه صفر، وهزار آن را درماه رجب بدهند امابطوریکه درآیات الاحکام جزائری ودیگران نوشته شده وصاحب جواهرنیز بیان فرموده پس ازآنکه دوآیه «فاقتلوا المشرکین » و « ولاتهنوا وتدعوا الی‌السلم وانتم الاعلون والله معکم » که درسوره برائت ومحمداست درسال نهم هجری نازل شدرسولخدا(ص) بااهل نجران معاهدهٔ مذکور را بست ، وقرار شد دوهزار حلـه ( یکهزار درماه صفر و یکهزار در ماه رجب ) بدهند .

فقها ومفسرین این صلح را دلیل برجوازمهادنه وعدم نسخ قوله‌تعالی « وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوکل علی الله انه هوالسمیع العلیم » دانسته‌اند وبدیهی است اینگونه قرار دادها که هم در زمان پیغمبر ، وهم زمانهای بعد ، سابقه دارد ورای عقد جزیه‌ایست که درکتاب آمده است .

ازاین نوع قراردادبمهادنه ومواعده یامعاهده‌تعبیرشده که عبارتست ازمعاهده برترک‌جنك بطورمعوض ویاغیرمعوض،وبرای مدتی‌معین یابدون مدت وباختیارامام وموارد‌جوازآن هم، منوط ومبنی بروجودمصلحت است که گاهی‌ممکن‌است بسرحد

وجوب نیز برسد وتشخیص مصلحت بانظر والی مسلمین است .

**مهادنه معوض** درزمان خلفاء راشدین نیز زیاد واقع شده است وعوض هم دراین زمان همواره بنفع بیت المال بوده است که از جمله **یکی** صلح حیره است ( درسال ۱۳ هجری ) نوشته‌اند ایاس بن قبیصه ، که ازطرف ایران حکومت این ناحیه را داشت ، بخالد بن الولید فرمانده لشگر اسلام پیشنهاد سازش نمود و در نتیجه ایاس پرداخت باجی را باختلاف روایات هفتاد ـ هشتاد ـ نود یاصدهزاردرهم قبول نمود که درمقابل ، مردم حیره درپرستش واجرای مراسم مذهبی خود، آزاد باشند وازهر گونه اقدام خصمانه و کمك بایرانیان هم خودداری نمایند .

**دیگری** عهدنامه باقیا است ، این عهد نامه توسط دهقانی بنام «ابن‌صلوبا» بسته شد وشبیه بصلح حیره بود ، در این معاهدات سروکار افراد مستقیما از لحاظ پرداخت جزیه باعربها نبود بلکه دهاقین و امراء محل مبلغی را که متعهد میشدند میپرداختند وآنها بودند که بامردم سروکار داشتند .

این عهد نامه‌ها چندان ثباتی نداشت زیرا ایرانیان در جنك جسر ابوعبیده سردار تازه وارد عرب راکشتند ولشگر عرب را بعقب رانده وحیره را از قید رها ساختند ولی درپائیز سال ۱۴هجری المثنی دوباره دست بحمله زد وحیره را مجدداً بچنك آورد . یکسال بعد ایرانیان بار دیگر ازنظرموقعیت حیره که درحقیقت کلید عراق بود آنرا بابعضی ازنقاط دیگر از استیلای عرب خارج ساختند تااینکه در جنك قادسیه و پس ازآن جنك مدائن و سپس جلولا ، حیره نیز بطور قطع بدست مسلمین افتاد .

وباز عهد نامه‌هائی درسال ۶۳۵ میلادی مسلمانان بااهالی حمص ودمشق و غیره بستند .

صلح حمص برآن شد که درمقابل پرداخت باج معین ، جان ومال واراضی آنها درتحت حمایت مسلمانان باشد . گفته‌اند این صلح مربوط باولین برخورد مسلمانان وشکست رومیان است . اگر بگفته ابوحفص دمشقی توجه شود (باینکه

۳ـ باید ازمسافرین مسلمان تاسه روز پذیرائی کنند .

٤ـ مسلمانان درهر نقطه که بخواهند میتوانند ساخلو دائر کنند .

٥ـ کسانی که اراضی دردست آنها است باید برای هر «فدان» (۱) ازاراضی غله خیز یك دینار باضافه نصف « اردب » (۲) گندم ودو « ویبه » (۳) جو ویا برای هرجریب یك دینار وسه اردب غله بدهند .

وبنابر آنچه از بلاذری نقل شده هزینه مسلمانانی که درمحل برای حفاظت باقی مانده بودند ازغذا ولباس برمردم مصر سرشکن شده وملزم بتادیه آن بودند . ( ازجزیه دراسلام )

**تفاوت جزیه وعوض درمهادنه :**

ناگفته پیداست که اشاره بنمونه‌های فوق صرفاً جنبهٔ تمثیلی دارد والاتواریخ اسلام ازصدر اول ودوران خلفای راشدین عهدنامه‌های زیادی ثبت کرده‌اند که مقام درخور بیان آنها نیست لیکن چون تشخیص آنها ازجنبهٔ مالی واقتصادی اسلامی حائز کمال اهمیت است لذا تفاوت اساسی بین جزیه وعوض مهادنه ذیلا ذکرمیشود تا قاعده برای تمیزهریك ازمعاهده‌های اسلامی بدست آید:

۱ـ ازحیث مبنای حکم ـ جزیه متکی بآیه ۲۹ از سوره توبه است « قاتلوا الذین .. الخ » واما مشروعیت مهادنه مستند بقوله تعالی «فان جنحوا للسلم..الخ» ونفوذآن به « اوفوا بالعقود » میباشد .

۲ـ ازحیث طرف عقد جزیه باسه طایفه یهود ونصاری ومجوس بسته میشود اما درعقد هدنه کتابی بودن شرط نیست وباکلیهٔ محاربین وکفار منعقد میشود .

۳ـ ازحیث مسئولیت پرداخت ـ جزیه برعهده افراداست بترتیبی که هریك

---

(۱) فدان مایحرثه الفدان فی یوم واحد (یك‌جفت گاو) ودرمساحت چهارصد قصبه است هرقصبه چهل ذراع ویك ششم ذراع مربعه میباشد .

(۲) مساوی ۲٤ صاع است .

(۳) ویبه ۲۲ یا ۲٤ مد میباشد .

ازجزیه دهندگان بسهم‌خود مسئول پرداخت وجه ومال مقرربوالی مسلمین میباشد لیکن درمهادنه عوض چه نقدی وچه جنس ویامختلط باشد مسئول پرداخت آن امیر قبیله وحاکم محل است مگر درعقد ترتیب دیگری پیش بینی شده باشد .

٤ـ ازحیث زمان انعقاد . جزیه بعد ازتسلط وتصرف محل وشهر ویا احیاناً استیلای معنوی مسلمین که موجب تسلیم طرف‌باشدبسته میشود اما عقد هدنه مربوط بقبل ازتصرف واستیلاء است .

٥ـ ازحیث مقدار ـ جزیه مقدار معینی ندارد وهمه ساله باندازه‌ای که والی مسلمین مصلحت بداند ( بمقدار وبروجهی که ذلت وخواری دربرداشته باشد وباعث آن شود که‌جزیه دهنده هرچه زودترولوبرای فرارازپرداخت آن اسلام قبول‌نماید) تعیین میشود. برعکس ، درمهادنه مقدارثابتی است که درقرارداد معین میگردد ودر تمام مدت عقد ازطرف بمتعهدله‌باید پرداخت شود.

٦ـ ازحیث مدت ـ درعقد جزیه ذکرمدت نمیشود ولی اگرجزیه دهنده از شرایط اساسی تخلف نماید ازذمه وحمایت اسلام خارج میگردد لیکن درعقد هدنه یاباید تصریح بمدت گردد ویامدت آن باختیار والی مسلمین واگذارشود وبهرحال این مدت ازده سال گفته‌اند نباید تجاوز نماید .

٧ـ ازحیث آثار ـ درعقد جزیه برای ذمی حقوقی ایجاد میشود شبیه حقوق مسلمین ومیتواند جزیه دهنده ببلاد اسلامی غیرازحجاز آزادانه مسافرت نماید و بکسب وتجارت غیرممنوع دست زند ودرحجاز بااذن امام ووالی بایستی داخل شود وبیش‌ازسه‌روزحق‌ندارد درشهری‌ازشهرهای حجازبماندواگربدون اجازه داخل‌شود تعزیرمیشود اما درعقد هدنه برای کفار ومشرکین ایجاد حقی ورای متارکه جنك وآنچه درمتن صلحنامه قید است نمیشود و چنانکه در مبسوط است حق دخول در هیچیك ازبلاد اسلامی را ندارد مگرباستجازه ازوالی مسلمین ویادرموارد استثنائی ازقبیل اداءِ رسالت یابستن پیمان صلح ویااینکه مسلمانی اورا پناه داده باشد .

ولی اگر بدون اجازه داخل شود و مدعی رسالتی یابودنش در امان مسلمی نباشد برامام‌است قتل واسترقاق وسبی اوومالش، زیرا حربی‌یی میباشدکه برایش

امان وعهدی نیست اما درصورت استیذان اگر دخول بعنوان امان و یابنمایندگی جهت بستن پیمانی باشد چیزی ازاوبرای مدت اقامتش درقبال اجازه اخذ نمیشود لیکن اگربرای تجارت وحمل مایحتاج ورفع حوائج مسلمین باشد درچنین صورتی هم جایز نیست اجازهٔ ماندن دربلاد اسلامی باو داده شود مگراینکه عوضی درقبال بانظر ورأی پیشوای مسلمین برای مدت اقامت براوشرط شود وباید منکری هم از قبیل شرب خمر وخوردن گوشت خوك وامثال آن ازاوظاهر نگردد .

باید درنظرداشت که کلمه جزیه بمقدار عوضی که ازباب مهادنه اخذ میشود نیز درفقه ومخصوصا درتاریخ اطلاق میشده است وشاید همین امر موجب اختلاف اقوال ناقلین شده باشد (مثلا بموجب روایت یاعهدنامه‌ای برخی نویسندگان بلادی را عهدی معرفی کرده‌اند ولی دیگری همان بلادرا بموجب روایت ومستند دیگری مفتوحه دانسته است درحالیکه اگر دقت شود اغلب اینگونه اختلاف روایات قابل جمع است چه یکی مربوط بمهادنه‌است که درحقیقت عملی موقت بوده‌است ودیگری مربوط بفتح قطعی‌است ) همچنانکه این اختلاف اقوال بسیاری ازمحققین خارجی را از قبیل « ولهاوزن » و «بکر» و «کایتانی» و « بل » وغیره که موضوع را ازنظر سیاست مالی واقتصادی دولت عرب تحت مطالعه قرار داده‌اند دچار اشتباهات زیاد ساخته وبلکه آنهارا بکلی ازواقع منحرف نموده است تاآنجا که تصور نموده‌اند عرب درآنزمان بین باج وجزیه و خراج فرقی نمیگذاشته وفکر تفرقه وجدائی مربوط بزمانهای متاخر وماخوذ از تمدنهای دیگر است وهم مسئولیت مشترك ودستجمعی آبادیها را درپرداخت مالیات سعی مینمایند ثابت کنند .

براین اساس « بل » میگوید « چون مالیاتها دردوران خلفای نخستین مانند دوران بیزانسی توسط حکومت مرکزی براساس مبلغ مقطوعی برای هرآبادی معین میشد نه براساس مالیات بده مسئولین امورتوجهی نداشتند باینکه فلان مؤدی بخصوص مالیات خودرا بنقد میپردازد یابجنس » .

وباز میگوید « مالیاتها درهمه حال بدوا بجماعات تعلق میگرفت نه‌بافراد ».

ویا «بکر» خلاصتاً میگوید : « بدون توجه باوضاع واحوال باج مقطوعی گرفته میشد وتغییرمذاهب - فرار - مرگ - خوبی‌حاصل یاخشکسالی در آن مؤثر نمیافتاد » .

**برای رفع این اشتباهات** و کجرویها کافی است که توجه شود :

**اولا** - آنچه در صدر اسلام و در دوران خلفای راشدین بدان عمل میشد جنبه‌های شرعی واجازهٔ شارع در آن ملحوظ میگردید بخصوص در امور مالی که تصرف درمال غیر بدون سبب مملك عقلا قبیح وشرعا حرام بود و تعلیمات عالیهٔ شارع‌اسلام هم هیچگاه ودرهیچ مورد جنبهٔ تقلیدنمیدارد وقیاس در آن راه نمی‌یابد راه حقایق باراه تقلید وفرض واعتبار قابل قیاس نیست .

کارپاکان را قیاس ازخود مگیر — در نوشتن گرچه آید شیر شیر
آن یکی شیریست کادم میخورد — وآن دگرشیریست کادم میخورد
آن یکی شیریست اندر بادیه — وآندگر شیریست اندر بادیه

**ثانیاً** - آنچه بعنوان مقطوع گرفته میشد مربوط بمهادنه بود که مبنا واساس آن ، چنانکه دیده شد باجزیه تفاوت داشته است وخلط آنها جایز نمیباشد .

**ثالثا** - هیچ مهادنه‌ای برای همیشه نمیتوانسته است باقی بماند و حد اکثر اعتبار آن ده سال بیش نبوده است . پس ازآن اگراهالی باختیاراسلام میآورده‌اند اراضی آنها عشری میشد وخودشان ازدادن جزیه معاف میگردیدند واگر اسلام نمیآوردند سرزمین آنها بطورقطع بروجه خراجی ویاجزیه بتصرف اسلام درمیآمد ودراین صورت فقط ازسه دسته یهود ونصاری ومجوس جزیه قبول میشد .

پس فکر باج مقطوع اگر از معاهدات گرفته شده باشد بدنبال آن ، حکم تبدیل موضوع‌را باید جست واگرمأخذآن صورتهای وصولی باشد بااینکه ارتباطی بحکم قضیه وقانون شرعی آن ندارد مع‌الوصف میتوان حدس زد که اشتباه ازآنجا سرچشمه گرفته که آخرین اقدام ثبت شده را مورد مطالعه قرار داده‌اند .

بقول « دینت » « اولین اقدام عبارت بوده ازیك صورت ممیزی برای افراد

دومین اقدام جمع بستن مبالغی بود که درصورت مزبور برای افراد تعیین شده بود سومین اقدام اخذ وجمع آوری وجوه مورد ممیزی ازافراد بود وتنها قدم چهارمی صورت دسته جمعی داشت و آن عبارت بود از پرداخت وجوه جمع آوری شده یك آبادی » ( ازجزیه دراسلام )

بهرحال با توجه بجهات فوق الاشعار و در نظر گرفتن مبنای حکم و شرایط هریك ازجزیه ومهادنه وخراج وجهات افتراق وانطباق خارجی آنها معلوم میشود ازصدر اسلام ودر دوران خلفای راشدین نظام مالی حکومت اسلامی هم بس روشن وبرپایه واساس صحیح واغراضی عقلائی والهی استوار بوده است . وضمنا بسیاری ازاشکال اختلاف روایات رفع میشود و محلی هم برای آن نوع عقاید محققین غیر آشنا باساس اسلام باقی نمیماند .

## قسم چهارم

### عشریه

درعبارات فقها کلمهٔ عشریه ونیم عشر زیاد بچشم میخورد و در بسیاری از موارد آنرا بااراضی استعمال نموده ومیگویند « اراضی عشریه » .

این اصطلاح اغلب درمقابل اصطلاح اراضی خراجیه بکار برده میشود مخصوصا بعضی ازفقهاء عامه آنرا قسیم اراضی خراجیه دانسته اند بروجهی که عشروخراج را بریك زمین قابل جمع نمیدانند ، مانند ابوحنیفه ، ولی دیگران مانند شافعی و امامیه آندورا قابل جمع میدانند .

ماوردی میگوید ارض عشرهم درملك وهم درحکم ازارض خراج متمایزاست سپس توضیح میدهد باینکه تمام زمینها برچهارقسمند:

۱ــ زمینهائی که ازابتداء بدست مسلمانها احیاء شده ارض عشراست وجایز نیست برآنها خراج بسته شود خواه بآب عشر آبیاری شود یا ازآب خراج .

ابوحنیفه وابویوسف قائلند باینکه اگر ازآب عشر آبیاری شود ارض عشر

است واگرازآب خراج آبیاری شود ارض خراج است .

محمد بن حسن قائل است باینکه اراضی احیاء شده اگربوسیلهٔ غیرعرب احیاء وآبدارشده ارض خراج‌است واگردرمسیرآبهای طبیعی وانهاری باشدکه خداوند جاری ساخته مانند دجله وفرات ارض عشراست .

۲ـ زمینهائی که صاحبانش برآن اسلام آورده‌اند احق بآنها میباشند وبنابر مذهب شافعی آنها نیزعشری است وجایزنیست خراجی بشود .

اما ابوحنیفه قائل است باینکه امام مخیر است بین اینکه آنرا خراجی یا عشری قراردهد واگرخراجی اعلام کرد دیگرنمیتواندآنرا عشری سازد اما اگر عشری قرار دهد جایزاست که بخراجی برگرداند .

۳ـ زمینی که ازمشرکین بقهروغلبه گرفته شده ـ بنابرمذهب شافعی غنیمت است وبین غانمین تقسیم میشود وپس ازتقسیم ارض عشرمیگردد .

بنابرمذهب ابوحنیفه امام مخیراست بین تقسیم ووقف آن .

و اما مالك میگوید وقف برمسلمین است و باید برآن خراج وضع شود ( همچنانکه امامیه را عقیده برآنست که این اراضی ملك جمیع مسلمین میباشد و قابل نقل و انتقال جزبتبع آثارنمیباشد ) .

٤ـ زمینی که برآن صلح واقع شود ـ این‌قسم باقسامش مختص بوضع‌خراج یاجزیه است .

اصطلاح عشر نزد امامیه وبرخی ازعامه بازکوة یکی است ولی ابوحنیفه آنرا زکوة نمیداند ولذا در این مسئله که هرگاه برای مکاتب ثمار وزروعی باشد واز مکاتبه‌اش چیزی پرداخت نکرده باشد آیا باوعشر تعلق میگیرد یا نه اختلاف شده است .

امامیه و شافعی میگویند عشرتعلق نمیگیرد چه زکوة واجب نیست مگر براحرار و بربنده زکوة واجب نیست واصل برائت ذمه نیز مؤید این قول است .
اما ابوحنیفه قائل است باینکه عشرتعلق میگیرد چه عشر غیراززکوة است .

ونیز ابوحنیفه درمورد اجاره زمین عشری میگوید عشر برمالك زمین واجب است نه مالك زرع وامامیه برعکس عشر را برعهدهٔ مالك زرع میدانند . وشافعی و ابویوسف هم باامامیه نیزموافقند .

بهرحال چون مبنای بحث فرق دارد لذا درمسائل زیادی این اختلاف مشهود است وهمین مبنا درنوع مالکیت هم مؤثرمیباشد یعنی اگرعشرضریبی مستقل وغیر اززکوة باشد قسمتی ازمالکیت جنس وبمانند خراج وجزیه است ولی اگر زکوة باشد داخل درنوع سابق یعنی مالکیت عام بروجه بدلیت خواهد بود .

**مساعدت دلیل :**

دراین مقام بادونوع دلیل ازطرق خاصه وعامه سروکار داریم که ذیلا اشاره میشود :

۱ـ بموجب روایاتی که درباب زکوة وجهاد وغیره ازطرق خاصه وازائمه اطهار واردشده حکم هریك ازاراضی وانواع آن وخراج وجزیه وعشرتعیین گردیده است وازجمله عشر ونیم عشر برحسب آن تعابیرهمان زکوة میباشد لاغیر .

۲ـ بموجب روایات واحادیث نبوی که دلیل مشترك فرق اسلامی است نیز نظرامامیه وموافقین آنها ازعامه تائید میشود که ازآن جمله است :

۱ـ عتاب بن اسید روایت کرده است که نبی اکرم ﷺ فرمود « فی الکرم یخرص کما یخرص النخل فتؤدی زکوته زبیباً کما تؤدی زکوة النخل تمرا ».

۲ـ در روایت دیگر جابر نقل کرده که حضرت (ص) فرمود « لا زکوة فی شیء من الحرث حتی یبلغ خمسة اوسق فاذا بلغ خمسة اوساق ففیه الزکوة » .

۳ـ ابوسعید الخدری روایت کرده است که پیغمبر فرمود « لیس فی ما دون خمسة اوساق من التمرصدقة » .

بطوریکه ملاحظه میشود این اخبارمنضما بخبر ذیل نصوصی هستند براینکه عشر همان زکوة است .

معاذبن جبل روایت کرده که رسولخدا (ص) فرمود « فیما سقت السماء والعین

والسیل العشر وفیما سقی بالنضح نصف العشر یکون ذلك فی التمر والحنطة والحبوب فاما القثاء والبطیخ والرمان والخضر فعفا عنها رسول‌الله ﷺ » .

این حدیث علاوه‌بر تائید موضوع وحدت عشر وزکوة بطلان گفتهٔ ابوحنیفه را درمسئله اجاره بوجوب عشر برمالك ارض نه مالك زرع ظاهر وهویدا میسازد چه این حدیث نص است در اینکه عشر برحاصل و نفس زرع تعلق میگیرد و چون مالك حاصل وزرع‌مستاجراست پس براوزکوة واجب میشود اما مالك زمین اجرت میگیرد وبدون شك بااین بیان براجرت ، زکوة تعلق نمیگیرد .

ضمناً یادآورمیشود که کلمه عشروعشور برآنچیزی که درزمان عمر برتجار وکسبه وضع ومقرر شد نیز اطلاق میگردد وآن‌عبارت از ربع عشر ونصف عشر و عشراست که‌بترتیب‌ازمال‌التجاره تجارمسلمان و ذمی‌وحربی‌اخذ میشد وظاهراً این عشر غیراز زکوة میباشد بخصوص نسبت بآنچه ازذمی وحربی گرفته میشد چه آنها بااین اخذ مصداق تطهیروتزکیه یعنی‌چیزی که درقوله تعالی‌است « خذ من اموالهم صدقة تطهرهم .. » واقع نمیشوند ونیز مصرف مأخوذات ازآنها هم مصرف خراج میبوده است ولی مصرف ربع عشرمأخوذ ازتجار مسلمان چنانکه درخراج ابویوسف است مصرف صدقات بوده است .

ابویوسف از اسماعیل بن ابراهیم بن مهاجر از پدرش حدیث نموده است که زیادبن حدیر گفته است . اول کسی که عمربن خطاب برعشور مبعوث نمود من بودم ، وی بمن دستورداد که هیچکس‌را تفتیش ننمایم‌وازهرچیزی که برمن‌بگذرد یعنی ازواردات ظاهر ازقرارهرچهل درهم یك درهم ازمسلمین‌وازهر بیست درهم‌یك درهم از ذمی وازهرده درهم‌یك درهم از کسانی که ذمه‌ئی برای آنها نیست دریافت نمایم ـ درحدیث دیگری است ازعمربن شعیب ، که اهل منبج قومی ازاهل حرب وساکن وراء بحربودند بعمربن خطاب نوشتند : اجازه بدهید برای تجارت داخل زمین تو بشویم وازما عشربگیرید ـ بااصحاب‌رسول‌الله ﷺ مشورت نمود وآنها بر این امر نظرمشورتی دادند واین اولین عشریه‌ئی بود که ازاهل‌حرب اجازه دریافت

آن داده شد . ــ همچنین در روایت عاصم است که ابو موسی اشعری بعمر نوشت « ان تجارا من قبلنا من المسلمین یأتون ارض الحرب فیاخذون منهم العشر » عمر باو نوشت : « خذ انت منهم کما یأخذون من تجار المسلمین.. »

ظاهر از اینگونه روایات این است که این عشر باعشری که زکوة است فرق دارد و جمله ذیل از کلام ابو یوسف هم باین معنی مشعر است : « واذا مر التاجر علی العاشر بمال او بمتاع وقال قد ادیت زکاته وحلف علی ذلك فان ذلك یقبل منه و یکف عنه ولا یقبل فی هذا من الذمی ولا من الحربی لانه لا زکاة علیهما یقولان قد اديناها.. »

## « بیت المال » :

درزمان پیغمبر اسلام وموقعی که آن حضرت رحلت نمود بیت المال تشکیلاتی نداشت واگر مالی بدست مسلمانان میآمد که جنبهٔ عمومی داشت برای انجام کارهای لازم خرج میشد ویا بمصرفی که بایستی برسد میرسید .

اموالی که ازحقوق بیت المال محسوب میشود اجمالا عبارتست ازهرمالی که مسلمانان مستحق آن باشند وازمسلمین مالك آن معین نباشد ـ این اموال باقبض درملك جنس وجهت داخل شده ومنسوب به بیت المال میگردد ومکان در آن تأثیری ندارد چنانکه مالیات همینکه وصول شد مال دولت محسوب میشود هرچند هنوز بخزانه داری کل نرفته باشد .

همینطور هرحقی که واجب است درمصالح مسلمین صرف شود حق بربیت المال است و چون درجهتش صرف گردید نسبت خرج به بیت المال صحیح است یعنی این خراج به بیت المال اضافه ومنسوب میگردد خواه ازحرزمخصوص به بیت المال خارج شده باشد یا نه زیرا ملاك صدق نسبت جنس وجهت است نه وجود شیء در محل یامکان مخصوص ولذا هرچیزی که بوصف مذکور ازطرف مسلمین بوسیلهٔ عمال آنها قبض ویا بدست آنها درمصالحشان خرج شود حکم بیت المال در دخل وخرج بر آنها جاری است .

اموالی که مسلمانان استحقاق دریافت آنرا داشته و میگرفته‌اند در تحت عناوین سه گانهٔ فیء ـ غنیمت وصدقه داخل میباشد که درفصول گذشته بتفصیل از آنها سخن رفته است وقاعده درمصرف آنها این است که جمیع آنچه ملك جمیع مسلمین بروجه اشاعه شناخته شود بایستی مصروف در مصالح عامه گردد وآنچه جهات ومواد هزینهٔ آن تعیین گردیده (مانند زکوة وخمس) درهمان جهات مصرف میشود .

خلاصه بیت المال تا زمان عمر مخزن و محلی برای نگاهداری نداشت اما زمان عمر پس ازفتح شام و ایران ومصر مداخل برمخارج افزونی یافت و بواسطه توسعهٔ اسلام اقلام خرج هم زیاد شد ودرنتیجه امر تقسیم درآمد و رعایت نسبت در مصرف آن مشکل گردید لذا احتیاج بوضع دیوان پیدا شد تا بآن وسیله حقوق عمومی از اعمال واموال محفوظ و حساب کارمندان و لشگریان و حقوق بگیران معلوم ونگاهداری شود .

## اولین دیوان دراسلام :

اول کسی که دراسلام دیوان تشکیل دادعمر بن‌خطاب‌بود نوشته‌اند اباهریره مالی ازبحرین بنزد خلیفه برد عمر پرسید چه آوردی ؟ گفت پانصد هزار درهم . بنظر عمر خیلی زیاد آمد اباهریره را مخاطب ساخته گفت میفهمی چه میگوئی ؟ اباهریره گفت بلی پنج بار صد هزار تا ـ دراین موقع عمر بربالای منبر رفت و گفت « ایها الناس قد جائنا مال کثیر فان شئتم کلنا لکم کیلا و ان شئتم عدد نالکم عدا » مردی بپای خاست و گفت ای خلیفه اعاجم‌را دیده‌ام که دردیوانی این‌اموال را ثبت وضبط مینمایند « فدون لنا دیوانا » .

بعضی گفته‌اند هرمزان ایرانی بافکرایرانی بعمر گفت « اگر کسانی‌تخلف در اخذ واعطاءِ حقوق نمایند از کجا شما میتوانید برآن آگاه شوید شما را برای نظم این کار دیوانی بایست که حساب دخل وخرج درآن ثبت گردد وچگونگی را

برای عمرشرح داد .

عابد بن یحیی ازحارث بن نفیل روایت کرده است که عمردرتدوین دیوان با مسلمین مشورت کرد علی بن ابیطالب باو گفت همه ساله آنچه از اموال نزد تو جمع میشود بایستی تقسیم نمائی و چیزی ازآن نگاه نداری و عثمان گفت مال و آخذین آن زیادند وبایستی حسابی در کار باشد تا آنکه گرفته از کسی که چیزی نگرفته معرفی ومشخص شود. خالدبن ولید گفت درشام دیدم سلاطین دیوانی تدوین مینمایند توهم چنان کن عمر گفتهٔ اورا گرفت وعقیل بن ابیطالب ومخرمة بن نوفل وجبیر بن مطعم را که ازجوانان قریش بودند خواند وآنهارا مأمورنوشتن دیوان نمود وبرحسب قرابت وباتوجه بمقدار سابقهٔ آنها دراسلام برای مسلمین و ولاة و قضات حقوق ومقرری تعیین کرد ومسلمانانرا ازخرید وفروش مزرعه وملك وجمع نمودن مال نهی کرد .

جرجی زیدان ودیگران نوشته‌اند عمربن عبدالعزیز اموی قدم بقدم کردار عمربن خطاب را پیروی کرده میگفت « هرذمی که مسلمان شود اموال منقولش از آن خودش خواهد شد ولی اراضی مزروع اوغنیمت مسلمانان میباشد وهرقومی که باشما برای دادن جزیه صلح کرد باآنها همینطور رفتار کنید » ( به تاریخ جرجی زیدان مراجعه شود ) .

در برخی‌ازروایات ابویوسف‌است که تدوین‌دیوان وبرقراری‌مقرری سالیانه برای صحابه پیغمبرومسلمین وجمع‌شدن بیت‌المال رأی وپیشنهاد عمربود که مورد تصویب صحابه واقع شده است .

* * *

# باب چهارم

## تحدید مالکیت در اسلام

**مقدمه :**

نهایت ومنتهای هرچیز وحائل میان دوچیزرا حد گویند وتحدید بمعنی حد چیزی پدید کردن است ، باین معنی در ابواب و مباحث سابق ( باآشنائی بتعریف و اقسام مالکیت وموضوع آن ) آشنائی حاصل وحدّ مالکیت هم بناچار پدیدار و شناخته شد مع الوصف مقام ایجاب میکنـد مطالبی درتحت این اصطلاح نیز مورد تذکار واقع شود .

## فصل اول

### کلیات

درتمام موجودات عالم هستی ازلحاظ فردی و جمعی برای وجود و بقائشان حسابی دقیق ونظمی کامل بکار رفته است که هر گاه درمقدار واندازهٔ آنها تغییر و تبدلی راه یابد بی‌شك آن موجود دیگر آنکه بود نخواهد بود وبنسبت تغییرخواص وجودی خودرا ازدست خواهد داد واختلالی درنظم آن پدید خواهدآمد برای پی بردن باین حقیقت خوشبختانه کافی است بفرمولهای طبیعی توجـه نمائیم و ببینیم بااضافـه و کم شدن چطور اشیاء خواص وجودی خودرا از دست میدهند مثلا آب مرکب ازهیدرژن واکسیژن بنسبت دوویك ( $H^2O$ ) میباشد حال اگراین نسبت رعایت نشود یاجزء دیگر برآن افزوده گرددآن چیزی که ازآب مقصودبود وجود

نخواهد داشت حتی مثلا اگر نسبت مساوی ($H^2O^2$) شود در این صورت بااینکه شکل مایع بظاهر تغییری نیافته ولی آب اکسیژنه حاصل میشود که خاصیت وموارد استعمال آن غیراز موارد استعمال آب ساده است .

کسانی که باطبیعیات آشنائی دارند بخوبی درنظرشان مجسم میشود که با اضافه کردن یك جزء یا تغییر نسبت اجزاء چه تغییراتی ممکن است در اجسام و خواص آنها پیدا شود و بصورت یك قاعده مسلم برآنها مکشوف است که اشیاء و موجودات عالم در نظم وجودی ونظام احسن برای بقاء ووجودشان محتاج بحفظ و برقراری نسبت ورابطه مخصوص بخودشان میباشند ودرقدرواندازه ونسبت خاصشان تحدید میگردند بروجهی که خروج ازآن محدوده خروج ازنظم وجودیشان میباشد

خداوند درقرآن کریم بدین معنی این چنین ارشاد فرموده است :

۱ـ سوره قمر آیه ٤٩ « انا کل شیء خلقناه بقدر » بدرستی که هرچیزی را با ندازه آفریدیم . )

۲ـ سوره الحجر آیه ۲۱ « وان من شیء الاعندنا خزائنه و ماننزله الابقدر معلوم » (چیزی نیست درعالم وجود مگر آنکه گنجهایش پیش ما است وجز باندازه معین ودانسته آنرا نمی فرستیم . )

۳ـ سوره الرحمن آیات ۷و۸و۹ « والسماء رفعها ووضع المیزان . الاتطغوا فی المیزان .واقیموا الوزن بالقسط و لاتخسروا المیزان » آسمانرا برافراشت و میزان بنهاد تا درسنجش سر کشی نکنید ووزن را بعدل بپادارید وازسنجش نکاهید

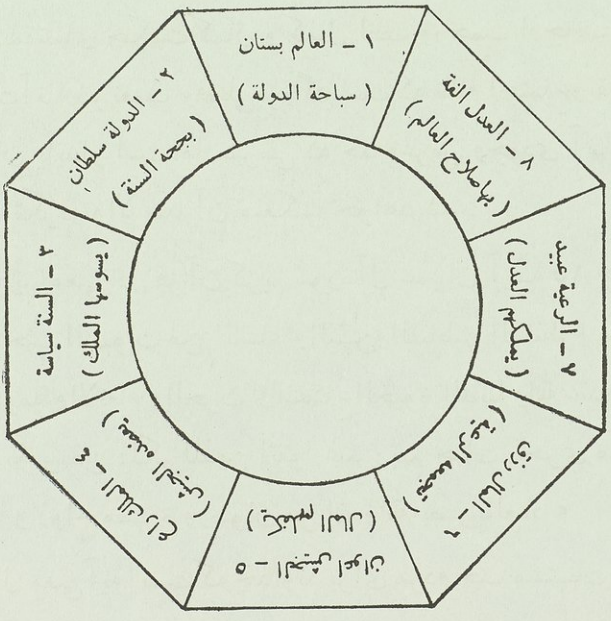
وضع میزان کنایه ازعدل الهی ونظام عالی است که در عالم وجود وارتباط موجودات درهر موردی باقتضای طبعش مقرر شده و اشعاری است برمعرفت وزن و حد اشیاء بروجهی که هستند وامر بقیام واقدام برآن ومنع از تجاوز بآن .

این قاعده درباره مالکیت هم بیقین جاری است وازاین نظم عالی وعدل عام بر خوردار است ودر وجود وبقاء وآثار میزانی برآن نهاده شده و در محدوده‌ای قرار گرفته که اگر آن حد واندازه معلوم پدید آید وبروفق آن اقدام وعمل شود

سعادت بشری آنطور که مقتضای خلقت اواست تامین میگردد و برعکس تخطی و تجاوز از آن میزان وحد باعث فساد واختلال نظام در اجتماعات از نظر اقتصادی ومالی میشود .

حد و اندازه مال و مالکیت بسیار واضح است لیکن غریزه حب مال چنان پرده خفائی برروی آن کشیده است که هرچند انبیاء و حکما سعی کرده‌اند انسان را برحقیقت آن متنبه سازند خیلی کم مؤثر افتاده است وهیچگاه اجتماعات نتوانسته‌اند عدل وانصاف واقعی را بوجود آورند وچون بی عدالتی همیشه منتهی باختلال نظم میگردد لذا برای چاره تئوری و نظامات مالی و اقتصادی ضد ونقیض درد و طرف افراط وتفریط پدید آمده است .

ارسطاطالیس برای اینکه شاید پندش در برقراری عدل باین‌نحو مؤثر واقع شود وصیت کرد بر قبرش خانه‌ای مثمن بسازند وبرجهات هشتگانه آن کلماتی را که حاوی و جامع اموری برای مصلحت مردم و بر قراری عدل است بدین ترتیب بنویسند .




این عمل یك نمونه ازفکریك انسانی است که اندکی حقایق را دریافته است

پیغمبر اسلام وسایر اولیای دین با بیاناتی آکد همواره حقایق را متذکر شده‌اند وسعی و کوشش نموده‌اند که مردم درجاده صلاح وعفاف باقی باشند وازعدل وانصاف خارج نشوند درراه مستقیم حرکت نمایند وبدوطرف افراط وتفریط که طریقه جهلا است نگرایند.

اسلام چون موافق فطرت است ونظام فطرت برعدالت است لذا ارشاد میکند که هرچیزی درجای خود گذاشته شود ونظم طبیعت که همچون خط وخال وچشم وابرو است درهم ریخته نگردد واز دست، کار پا - و از چشم، وظیفه گوش را نخواهند.

براساس این دین شهوات ومشتهیات هم ازنظم وعدل خارج نیستند ونبایستی عاطل وباطل باشند زیرا عبث آفریده نشده‌اند ومشمول قوله تعالی وماخلقنا السماء والارض و ما بینهما لاعبین» وقوله تعالی «افحسبتم انما خلقناکم عبثا وانکم الینا لاترجعون ؟» میباشند ولی درغیرمحل وخارج ازحد هم نباید مصرف گردند.

بعبارت دیگر خلقت شهوات برای انسان که نمونه عالم اکبر است نقص نیست بلکه بمقتضای حکمت کمال وکمال لطف ورحمت ازجانب پروردگاراست وتزیین محبت آنها نیز نعمت وفضلی بزرگ است که نظام اجتماع وبقاء ملتهاوعمران وآبادیها بدان پایدار است اما بشرطی که حد وغرض وجودی آنها شناخته شود و ازآن تجاوز نگردد والا ضد آن منعکس خواهد شد.

بیان این معنی در قرآن کریم سوره آل عمران آیه ۱۵ چنین آمده است «زین للناس حب الشهوات من النساء والبنین والقناطیر المقنطرة من الذهب والفضة والخیل المسومة والانعام والحرث ذلک متاع الحیوة الدنیا والله عنده حسن المآب - قل اانبئکم بخیر من ذلکم للذین اتقوا عند ربهم جنات تجری من تحتها الانهار خالدین فیها وازواج مطهرة ورضوان من الله والله بصیر بالعباد»

اجمال معنی آیه آنست که خداوند برای مردم حب مشتهیات وشهوات رازینت داد تا نفس را بسوی شیء مشتهی واسباب تعیش وبقاء نوع متوجه سازد وهمچنانکه

درقوله تعالی است « اناجعلنا ماعلی الارض زینة لیبلوکم ایکم احسن عملا » اورا بیازمایدسپس بترتیب آنهارا برشمرده ۱ـ نساء که حب آنان درقلوب مردان باقتضای حکمت بقاء نوع بیشتر تزیین شده است ۲ـ فرزندان ۳ـ قنطارهای انباشته شده از طلا ونقره ( مال بسیاررا قنطار گویند ) ٤ ـ اسبان نشان دار و یا اسبان چرنده و وآن کنایه است ازمرکوب را هواروقشنك چه اسبی که درمراتع بچرد برحسنش افزوده میشود ـ ٥ چهارپایان که عبارت ازشترو گاوو گوسفند باشد ٦ ـ زرع .اینها که ذکر شد متاع زندگانی دنیا وچیزهائی هستند که فقط درزندگانی دنیا ازآنها بهره برداری میشود وچون حیات دنیا باقی نیست پس لذت این متاع موقت وفانی است چنانکه حضرت امام حسن (ع) میفرمود :

یا اهل لذات دنیا لابقاء لها ان اغترارابظل زائل حمق

وبازگشت نیکو وبهترین مرجع درنزد خداوند تبارك وتعالی است .

در این آیه پس ازبیان حد وانتهای مشتهیات مذکور که ازجمله آنها مال و دارائی است تحریض براستبدال شهوات فانی ولذات آنی بلذات حقیقیه ابدیه شده وبه پیغمبرامرشد که : بگو آیا شما راخبردهم به بهتراز آنچه ازمتاع دنیا ذکرشدبدانید که درنزد پرودگار برای اشخاص متقی وپرهیز کاربهشتهائی است که نهرهائی در تحت آنها جاری است ودر آنها مخلد میباشند و نیز جفتهائی پاك و نظیف است که بمانند جفتهای دنیا قذارت وپلیدی ندارند ووراى این جنات رضوان الله است .

ازابی سعید خدری روایت شده که حضرت رسول فرمود خداوند باهل بهشت میگوید آیا راضی شدید ؟ جواب میدهند چرا راضی نشویم وحال آنکه آنچه بما عطا فرمودی با حدی ازخلقت ارزانی نداشتی . تااینکه میفرماید « .. احل علیکم رضوانی فلا اسخط علیکم بعده ابدا » و این مقام سرور وبهجت عبد بواسطه قرب بخالق است چنان سروری که هیچ خوشی وشادمانی باآن معادل نباشد وخدا بصیر وبینا باعمال عباد است پس نیکو کاررا ثواب میدهد وبدکاران را عقاب مینماید .

در این آیات نعم الهی بترتیب ذکرشده وخوار وپست ترین آنها لذات دنیا و

اوسط آنها جنات واعلای آنها رضوان الله بیان شده است وازاین بیان چنان مستفاد است که :

**اولا** ـ مال ومنال که ازمتاع دنیا است ازلحاظ انتهاء محدود بحیات است پس آنچه دراین مدت انسان استفاده نموده وتلف کرده ازآن او است وبقید عاریة درپیش اومیباشد . ازابن مسعود است « ما اصبح احد من الناس الاوهوضیف وماله عاریة فالضیف مرتحل والعاریة مردود » دراین باب گفته شده است .

وماالمال والاهلون الاودائع  و لابد یوما ان ترد الودائع

**ثانیاً** ـ این مذکورات که از جمله آنها مال است مقدمات و وسائل کمال جسمی و عقلی و نردبان ارتقاء بمقصد و درجه اعلی میباشند و خود بالذات مقصود نیستند پس حاجت بآن متاع نیست مگرمانندحاجت صیاد بدام وزارع بادوات زراعت ولذا درقرآن کنز کردن طلاونقره وعدم مصرف آن درراه حق ممنوع شده چنانکه درقوله تعالی است « والذین یکنزون الذهب والفضة ولاینفقونهافی سبیل الله فبشرهم بعذاب الیم» وحتی درمقام مصرف هم رعایت اندازه را لازم دانسته وفرموده « کلوا واشربوا ولاتسرفوا . . » وپیغمبر را مخاطب ساخته به « ولاتجعل یدك مغلولة الی عنقك ولا تبسطها کل البسط » .

دربعضی ازاحادیث قدسی است « ای فرزندآدم آنچه هست ازمال منست واز مال چیزی بتوعاید نخواهد شد مگر آنچه تصدق نمودی و پیش فرستادی یا خوردی وبرطرف کردی یا پوشیدی و کهنه نمودی »

از حضرت رسول اکرم (ص) روایت شده که دنیا خانه کسی است که دیگر خانه ندارد ومال کسی است که هیچ مالی ازبرای اونیست وآنرا جمع میکند کسی که عقل ندارد وبجهت آن دشمنی می کند کسی که دانائی ندارد وبرآن حسد میبرد کسی که بصیرت ندارد »

خلاصه مال که موضوع مالکیت است برچهار قسم اخیراز شهوات مذکور درآیه اطلاق میشود وبردوقسم اول هم معین ووسیله است وعلاقه ودلبستگی وبالنتیجه

مالکیت آن در آیات وروایات بصورت زشت وزیبا مذموم وممدوح وهم منهی عنه و مامور به آمده است .

دربرخی از آیات بر آن فتنه گفته شده قوله تعالی « انما اولادکم و اموالکم فتنة والله عنده اجرعظیم » ودرمواردی از آن بخیر تعبیر رفته است قوله تعالی « ان ترك خیرا .. »

درمواضعی اشتغال بآن را ممنوع ودارنده آنرا ملامت نموده مانند این آیات یا ایهاالذین آمنوالاتلهکم اموالکم ولااولادکم عن ذکرالله ومن یفعل ذلك فاولئك هم الخاسرون » و « الهیکم التکاثر حتی زرتم المقابر » و « ان الانسان لیطغی ان رآه استغنی ».

برعکس درمواردی ثناء آن شده وبروجهی پسندیده ازآن یاد گردیده است کقوله تعالی « ویستخرجا کنزهما رحمة من ربك » که درمقام امتنان بر بندگان است وقوله تعالی « ویمددکم باموال وبنین ویجعل لکم جنات ویجعل لکم انهارا » ونظایر اینها .

همچنین دراخبار رسیده ازائمه وهم احادیث نبوی ازطرق عامه وخاصه بنوعی تواتر ، ذم مال و کراهت حب آن ، وهم مدح مال ومدح بر کسب آن وارد شده است که برای نمونه وشاهد چند حدیث ازپیغمبر اکرم که مورد قبول عامه وخاصه است ذیلا نقل میشود :

۱ـ « حب المال والشرف ینبتان النفاق فی القلب کما ینبت الماء البقل ».

۲ـ « ماذئبان ضاریان (جائعان ) از سلافی زریبة غنم باکثرا فسادا فیهامن حب المال والجاه فی دین الرجل المسلم » .

۳ـ « سیاتی بعدکم قوم یاکلون اطائب الدنیا والوانها ویرکبون فرة الخیل والوانها وینکحون اجمل النسا والوانها ویلبسون اجمل الثیاب والوانها لهم بطون من القلیل لاتشبع وانفس بالکثیر لاتقنع عاکفون علی الدنیا یفدون ویروحون الیها اتخذوها آلهة من دون آلهکم وربا من دون ربهم الی امرها ینتهون ولهواهم یتبعون

فعزیمة من محمد بن عبدالله لمن ادرکه ذلك الزمان من عقب عقبکم وخلف خلفکم ان لایسلم علیهم و لایعود مرضاهم ولایتبع جنائزهم ولایوقر کبیر هم فمن فعل ذلك فقد اعان علی هدم الاسلام » .

٤ ـ دعوا الدنیا لاهلها من اخذ من الدنیا فوق ما یکفیه اخذ حتفه و هو لایشعر » .

٥ ـ « یقول ابن آدم مالی مالی وهل لك من مالك الا ما اکلت فافنیت اولبست فابلیت اوتصدقت فامضیت » .

بطوریکه ملاحظه میشود درسه حدیث اول ازمال وحب آن مذمت شده است ودر حدیث چهارم بیش از آنچه کفاف شخص را مینماید ممنوع گردیده وامر بترك آن شده است . درخبر پنجم مال راسه قسمت کرده واز مازاد آن بااستفهام انکاری سلب اضافه فرموده است . اینك با حفظ ترتیب عددی ، چند حدیث از دسته دوم ذکر میشود :

٦ ـ « نعم المال الصالح للرجل الصالح » .

٧ ـ « کاد الفقر ان یکون کفرا » .

٨ ـ « نعم العون علی تقوی الله المال » .

٩ ـ « من الذنوب ذنوب لایکفرها الا الهم فی طلب المعیشة » .

١٠ ـ « التاجر الصدوق یحشر یوم القیامة مع الصدقین والشهداء » .

١١ ـ « من طلب الدنیا حلالا وتعففا عن المسئلة وسعیا علی عیاله وتعطفا علی جاره لقی الله ووجهه کالقمر لیلة البدر » .

١٢ ـ « کان رسول الله ﷺ جالسا مع اصحابه ذات یوم فنظروا الی شاب ذی قوة وقد بکر یسعی فقالوا ویح هذا لو کان شبابه وجلده فی سبیل الله فقال (ص) لاتقولوا هذا فانه یسعی علی نفسه لیکفها عن المسئلة ویغنیها عن الناس فهو فی سبیل الله وان کان یسعی علی ابوین ضعیفین اوذریة ضعاف لیغنیهم ویکفهم فهو فی سبیل الله وان کان یسعی تفاخرا وتکاثرا فهو فی سبیل الشیطان »

درسه حدیث اول از این دسته مدح مال شده است . سه حدیث بعدی کوشش

در طلب معیشت و کسب حلال را ستوده است در خبر دوازدهم سعی در طلب مال و مالداری را چهار دسته فرموده که سه دسته آن یعنی مالی که تحصیل شود برای اینکه خودش را ازمردم ومسئلت بی نیاز نماید یا والدین ویا فرزندان ناتوانش را بی نیازسازد ممدوح است واما مالی که برای تفاخر وتکاثر باشد مذموم میباشد .

باری باتوجه باین آیات وروایات ونظایر آنها که بسی بسیارمیباشند این حقیقت آشکاراست که مادیات بی‌جهت آفریده نشده‌اند ودرخلقت آنها حکمت ومقصودی، ودرنسبت آنها ، حدومحدودی‌هست وتجاوزازآن ، موجب نتیجه معکوس است .

پس آنجا که ازمال وتحصیل آن مدح و کاسب آن دوست خدا خوانده شده حرکت درمحدودهٔ آن ازحیث مدخل‌ومخرج ومقدار بروجهی که مال وسیله ومقدمه برای معاد قرار گیرد وبآن کفاف معیشت و عفاف ازسئوال حاصل آید میباشد و وآنچه مذموم وممنوع است برعکس، چیزی است که درتحصیل ومصرفش ازشرایط وجود ونسبت آن تجاوز شده است یعنی این دسته ازآیات و روایات مربوط بموارد تجاوزاز حد است مانند جائی که خود مال ومالك شدن مقصود وغرض نهائی قرار داده شود وانسان بجهت تکاثر وتفاخر ، هم خودرا بدان مشغول دارد .

ابوحامد غزالی‌میگوید سعادت جوهرنفیسی که نفس خوانده میشود مطلوب است ووصول ونیل بآن دست نمیدهد مگربه :

۱ــ فضائل نفسیه مانند علم ومعرفت ومکارم اخلاق .

۲ــ فضائل بدنیه چون صحت وسلامت .

۳ــ فضائل خارج ازبدن چون مال وسایر اسباب .

وبترتیب فضائل نفسیه درمرتبه اعلای ازوسائل است . پس ازآن بدنیه وپس ازآن خارجیه است ولذا خارجیه اخس وسائل ومقدمات است که مال ازاین جمله میباشد . پس مال مقصود با لذات و نتیجه نیست بلکه مراد ومقصود برای غیر، و مقدمه جهت تامین‌وسائل‌ابقاءِ بدن میباشد وبدن بمانند مرکبی‌است برای تکمیل وتزکیه نفس بعلم وخلق . پس هرگاه کسی این ترتیب را مورد توجه قرار دهد

قدرمال ووجه شرف آنرا میشناسد ومیداند که مال از آن جهت خیروانتفاع از آن محمود است که رفع ضرورت خوراك وپوشاك ومسکن‌را بروجهی که ضروری‌برای بقاء بدن است وآن نیز ضروری برای کمال نفس است بنماید .

بعبارت دیگرهمینکه فایده وغایت ومقصد چیزی شناخته شد وبرای آن غایت باالتفات بمقصود بکاررفت نیکو است وانتفاع ومحصول آن محمود وپسندیده است وچون مال آلت و وسیله برای رسیدن بمقصود صحیح است ولی صلاحیت دارد که آلت ووسیله برای وصول بمقاصد فاسده قرار داده شود لذا هم محمود وهم مذموم میباشد .

خلاصه از اختلاف آیات و روایات مختلفه و متعدده و بررسی قیود و شرایط مذکور درآنها نتیجه چنین میشود که :

۱ ـ مالیکه رفع حوائج وضروریات مسکن ـ مطعم وملبس را بمنظورحفظ صحت‌وسلامت وبقاء بدن جهت وصول نفس بکمال وسعادت مینماید خیر است و مالکیت‌آن ممدوح میباشد .

۲ـ برعکس اول آنچه وسیله برای وصول بمقاصد فاسده قرارداده شود ویا خودآن مراد ومقصود واقع گردد شراست ومالکیت آن مذموم میباشد .

اینك ناگفته پیدا است که از آیات وروایات این باب و آیات وروایاتی که در ابواب مکاسب مورد استناد است وبه برخی‌درفصول وابواب سابق‌اشاره شد دراسلام دونوع حد برای مال وتحدید مالکیت ملاحظه میشود یکی‌ازنظراخلاقی ودیگری از نظر حقوقی که فصول آینده متکفل بیان آن خواهد بود .

# فصل دوم

## تحدید مال و مالکیت در اسلام از نظر اخلاقی

### تحصیل مال حلال وظیفه هر مسلمانی است

بر حسب دستور و تعالیم اسلامی هیچکس حق ندارد وقت خود را ببطالت بگذراند وازدسترنج دیگران ارتزاق نماید چه « ولاتذر وازرة وزراخری » و«ان لیس للانسان الا ما سعی » بلکه شخص مسلمان باید درامر دنیایش آنچنان کوشا باشد که گوئیا همیشه دردنیا خواهد بود ودرامر آخرتش نیز آنچنان باشد که حتم دارد فردا خوهدا مرد .

دراسلام خوردن مال حرام واحترازنکردن از آن موجب هلاك وباعث شقاوت ابدی است و وصول بسعادت موقوف بتقوی وورع است وچون انسان مادامیکه در دنیاهست محتاج بخوراك وپوشاك ومسکن وماوی است لذا اخبار بسیاردراین خصوص وارد شده وهمه موظف میباشند تحصیل مال حلال نمایند تا سربارديگران نباشند . پیغمبر (ص) فرموده « ان اطیب ما اکل الرجل من کسبه » وباز فرموده « استغنوا عن الناس وماقل من السئوال فهوخیر » .

حتی حضرت رسول (ص) فرمود که طلب حلال واجب است برهر مرد مسلم و زن مسلمه و هر که داخل شود در شب درحالتی که خسته باشد بجهت طلب حلال داخل شب شده است آمرزیده وفرمود که عبادت هفتاد جزء است وافضل همه اجزاء طلب حلال است . ودرحدیثی دیگراست که عبادت ده جزء است نه جزء آن درطلب حلال است. وفرمودهر که از رنج دست خود بخورد خدا درهای بهشت را بروی او می گشاید تا ازهردری که بخواهد داخل شودوهر که از رنج دست خود بخورد روز قیامت درشمارپیغمبران خواهد بود واجرپیغمبران را خواهد داشت .

وارد شده است که حضرت رسول (ص) هر گاه مردیرا میدید و آنحضرت را ازاوخوش میآمد میفرمود آیا کسبی دارد پس اگر میگفتند نه میفرمود از چشم من افتاد چون مؤمن را که کسبی نباشد بدین خود مدار ومعاش میکند .

اما چون باقتضای حکمت الهی واستعدادات وسائل تحصیل مال ازراه حلال همواره برای همه میسر نمیشود وبرخی باموالی بیش از کفاف ممکن است دست یابند لذا دستهٔ دوم موظف میشوند مازاد از کفاف خود را بر وجهی میانه روانفاق نمایند تا بمشارکت واز راه تعاون قوت همگی تامین گردد و بدین جهت حضرت رسول (ص) میفرمود « دعواالناس یرزق الله بعضهم ببعض » ودر روایت آمده است که قوت فقراء در میان اموال اغنیاء است . و هم در قوله تعالی « ولاتجعل یدك مغلولة الی عنقك ولاتبسطها کل البسط » و قوله تعالی «والذین اذا انفقوا لم یسرفوا ولم یقتروا و کان بین ذلك قواما » ارشاد باین معنی و میانه روی شده است و آیاتی که امر بانفاق مینماید مانند « وانفقوا من طیبات ما کسبتم .. » زیاد است .

نکته جالب این است که دراسباب دنیوی ، دستورات اسلامی ازحیث امر و نهی ، ومدح وذم ، وبیان زشت وزیبا . بنظر اولی ، آنچنان درهم آمیخته است که گوئیا جمع بین اضداد شده و نعوذ بالله متناقض است . اما آشنایان بمکتب اسلام میدانند قضایا غیر ازاین است وحقیقت یکی بیش نیست وبسهولت درك میکنند که هر آنچه دراسلام آمده است ارشاد بحقیقت و برای عدم انحراف از جاده عدالت و وارد شدن درطریق مستقیم است وتنبیه وتنبه است بر آنکه آنچه درعالم آفرینش است بجای خود ودرحد خود نیکووزیبا است وشر وزشتی عرضی ومربوط بعدم توجه در حقیقت شیء واستعمال آن برخلاف غرض وفائده فطری آن است .

پس آنجا که ازمال بخیر تعبیرمیشود نظر بطبیعت وجودی وحد واقعی است اما چون مال وسایر اسباب دنیوی بواسطه کثرت اوهام مشوب ومختلط گشته وخصال درونی وطول آمال ازنظر تعیش وحیات خیروشر آنرا ، بهم آمیخته است که شاید کمتر بخیر آن دسترسی پیدا شود لذا برای تمیز خیر آن از شرش مالك موظف است :

اولا ـ مقصود ازمال وحکمت خلقت آنرا بشناسد تا باتوجه بمقصود وغرض آنرا کسب وتحصیل واخذ واعطاء کند وبربیش ازحاجت حریص نگردد .

ثانیاً ـ بجهات درآمد ودخل مال توجه داشته باشدودر نتیجه ازحرام وآنچه حرام آن غالب است اجتناب نماید وبلکه ازمداخلی که مکروه هستند یا باعث نقص مروت وزوال حریت نفسند بپرهیزد .

ثالثاً ـ بمقدار واجب اکتفا نماید ومعیار قدر واجب حاجت است و حاجت عبارت ازملبس ومسکن ومطعم میباشد .

رابعاً ـ مال را درمصارف حقه خرج کندودرباطل صرف نکند چه گناه خرج نمودن بباطل مانند کسب کردن آن ازراه باطل حرام است .

خامساً دراخذ وترك وانفاق و امساك نیت خودرا خالص کند یعنی اخذ و تحصیل مال برای کمك وعون برعبادت وترکش بمنظور کوچك وحقیر شمردن مال باشد .

البته وقتی شخص این جهات ووظائف را بروجهی که دراخبار آمده درباره مالش رعایت نماید تا گزیر مالکیت وی بسیار محدود میگردد و نتیجه آن میشود که درمعیشت اقتصاد ود رانفاق رفق نماید مخارج و راه خرج را زیاد نسازد وبه بیش ازرفع حاجت نپردازد چنانکه حضرت رسول (ص) فرمود محتاج نشدهر که میانه روی کرد وفرمود « لاحق لابن آدم الا فی ثلاث ـ طعام یقیم صلبه وثوب یواری به عورته وبیت یکنه فما زاد فهو حساب »

در روایات دیگر که از آن حضرت (ص) ازطرق عامه و خاصه وارد شده از مفهوم این روایت درمقام دعا ویاثنا به « رزق کفاف » تعبیرفرموده است . نمونه‌ای ازجمله اخباری که ذیل باب کفاف در کافی آمده است ذکرمیشود :

۱ ـ امام صادق(ع ) میفرماید که « قال رسول‌الله (ص) اللهم ارزق محمدا و آل محمد ومن احب محمدا وآل محمد العفاف والکفاف وارزق من ابغض محمدا وآل محمد المال والولد » .

۲ـ حضرت صادق علیه السلام فرموده « قال رسول‌الله صلی الله علیه و آله طوبی لمن اسلم و کان عیشه کفافا » .

۳ـ ازاباجعفر علیه السلام روایت شده است که «قال رسول‌الله صلی الله علیه و آله قال‌الله عزوجل ان من اغبط اولیائی عندی رجلا خفیف الحال ذا حظ من صلاة احسن عبادة ربه بالغیب و کان غامضا فی الناس جعل رزقه کفافا فصبر علیه عجلت منیته فقل تراثه وقل بواکیه »

نظیر این خبر ازحضرت صادق علیه السلام نیز وارد شده و بجای « جعل رزقه » « فکان رزقه کفافا » آمده است .

٤ ـ درخبردیگر وارد شده که حضرت درباره ساربانی که ازاو شیرخواستند وعذر آورد فرمود « اللهم اکثر ماله وولده» و در باره چوپانی که در جواب پیغام حضرت هرچه شیرموجود داشت باشیری که از گوسفندان دوشید باضافهٔ گوسفندی بخدمت حضرت فرستاد این‌چنین دعافرمود « اللهم ارزقه الکفاف » بعضی ازصحابه سبب را پرسیدند حضرت فرمود « ان ما قل و کفی خیر مما کثر والهی اللهم ارزق محمدا و آل محمد الکفاف» .

**پس با توجه باین** اخبار و آیات و اخبار مذکور در فصل سابق و آیات و روایاتی که امر بانفاق و نهی ازجمع وذخیره مال نموده وحکمت خلقت مال ومقصود از آن وسیره پیغمبر واولیاء واز کیاء وصحابه صدراسلام مالکیت محدود بکفاف ومایکفیه المئونة میشود که اصول واجناس آن برطبق حدیث « لاحق لابن آدم الافی ثلاث .. » که مذکورشد وحدیث شماره ٥ ازفصل سابق ونظایر آنها خوراك وپوشاك وسکنی است.

محتاج بتذکر نیست که درشیوه وروش اسلامی که بمقتضای انسانیت انسان وبرمبنای خودشناسی وواقعیات است سعی میشود هرچیزی بجای خودش قرار گیرد ومقصود وغرض هرچیزی درك وهمان مقصود از آن اراده شود . در این مقام توجه میشود که مقصود ازخلقت انسان خوردن وآشامیدن وشهوترانی نیست چه اگراین امتیازانسان بودی درسایرانواع حیوان کاملترش موجود است بلکه حکمت آنست

که فرمود « کنت کنزا مخفیا فاحببت ان اعرف فخلقت الخلق لکی اعرف » و « ماخلقت الجن والانس الا لیعبدون » وغرض ازلباس وسترعورت ونگهداری بدن ازسرما و گرما است ومقصود ازغذا سدجوع ورسانیدن قوتی است ببدن ومنظوراز منزل ومسکن پناهگاهی است که انسان را ازبرف وباران وشرموذیان حفظ نماید وطلا ونقره وپول هم وسیله برای تهیه همین وسائل است لذا بمقدار تامین غرض و مقصود اکتفا میشود ومازاد بمصرفی میرسد که کمك بکفاف ارباب حاجت شود .

این مقام مقام صدق وصفا است که مال وجان ارزشی ندارد ودرمعرض سودا با مالك حقیقی گذاشته شده چنانکه خدای تعالی میفرماید « ان الله اشتری من المؤمنین انفسهم واموالهم بان لهم الجنة » خداوند سبحان نفسهای مومنین ومالهای ایشان را خریداری نمود که درعوض بهشت بایشان کرامت فرماید .

در این مقام یکرنگی و تعاون کامل و همدردی حکمفرما است . ازحضرت صادق علیه السلام سئوال کردند درچقدرمال زکوة واجب است ؟ **فرمود اماز کوة واجب در هرهزار درهم بیست وپنج درهم و اما باطن پس آنست که هرچه برادر مومن بآن محتاج ترازتو باشد خودرا اختیارنکنی .**

ازبعضی ازمردان حق سئوال کردند که درهرصد درهم چقدرز کوة باید ؟ گفت اما برعوام پنج در هم بحکم شریعت **و اما بر ما دادن همه اموال** . نکته اینجاست که حق ندارد انفاق کننده درآنچه میدهد بر گیرنده منت بگذارد چنانکه حق سبحانه وتعالی میفرماید « یا ایها الذین آمنوالاتبطلواصدقاتکم بالمن والاذی » بلکه باید ممنون او باشد که قبول مینماید چه دست فقیر نایب دست خدااست ودست غنی بحکم حدیث « الاغنیاء وکلائی » دست وکیل است .

# فصل سوم

## تحدید مالکیت دراسلام ازنظرحقوقی

**مقدمه :**

مالکیت ازنظرحقوقی واجتماعی هیچگونه محدودیتی ظاهراً ندارد وبوصف اطلاق معرفی شده است باین معنی که هر کس حق دارد مالك هر نوع مالی اعم از منقول وغیرمنقول وبهرمقدار ومیزان ومبلغی بشود وهمینکه مالك شد بحکم اصل تسلیط حق دارد هر گونـه تصرفی در ملکش بنمایـد و دیگران مکلف میباشند تصرفات اورا محترم بشمارند وبحکم اصل «لاضرر» کسی حق ندارد مانع ومزاحم او بشود وعملی انجام دهد که موجب ضرر او گردد پس بنابراین مالکیت از حیث کمیت و کیفیت دراسلام درحد معینی ازنظرحقوقی متوقف نمیشود اما اگر توجه شود معلوم میگردد نفس این اطلاق هم درشرع وهم درعرف خود منشأ تقیید ودر نتیجه تحدید است چه این حقوق و اصول اختصاص ببعضی دون بعضی ندارد و در مقام عمل همانطور که له شخص اجرا میشود علیه اونیز مقرراست چنانکه در کلام حضرت امیر علیه السلام است کـه حق درمقام تواصف وسیعترین چیزها است و تنگترین چیزها درمقام انصاف وتناصف است ازبرای منفعت احدی جاری نمیشود مگر آنکه برضرر اوجاری میگردد وعلیه اوجریان نمی‌یابد الا اینکه له اوجاری میشود .

بدین جهت باهمه وسعت واطلاقی که درمقام بیان وتعریف برای مالکیت که جامع وکاملترین حقوق است میتوان قائل شد درعمل بواسطهٔ تعارض منافع ونظام اجتماع ناگزیرمقید بحدی عادلانه میگردد .

بعلاوه چنانکـه در سابق گفته شد مالکیت علقه و نسبت شیء بشخص است واین علقه ازنظرشارع برقرار نمیشود مگر نسبت باشیاءِ مخصوص ودرتحت شرایط

واسبابی که شارع مقرر ویاتنفیذنموده است پس بدین‌جهات ناگزیرحقوق مالکیت وهم مالکیت اشیاء محدود ومقید میشود بروجهی که درمباحث آتیه خواهیم دید .

## مبحث اول

### تحدید یا قیود حق مالکیت

دربارهٔ حق مالکیت گفته شد حقی است مطلق که باقتضای اطلاق آن و یا باصطلاح فقها بقاعده « تسلیط » مالك حق هر گونه دخل وتصرفی در مملوك خود دارد ولیکن ازآنجائی که تصرفات مالك ممکن است گاهی منافی نظم عمومی و گاهی مخالف حفظ الصحهٔ عمومی و گاهی هم معارض باتصرفات مالك ملك مجاور شده وایجاد اختلال نظم ونزاع نماید ناگزیر آزادی عمل مالك درملکش محدود بیك مقاصد وحدودی میشود .

این حدود وقیود صرفنظرازجزئیات بردوقسمند: تشریعی واتفاقی قسم‌اول نیز بردوقسم است نوعی وشخصی . پس مجموع سه نوعند :

۱ــ قیودی که برقراری آنها بجهت رعایت نوع ومصالح عمومی است .

۲ــ قیودی که برقراری‌آنها بجهت رعایت منافع خصوصی وحمایت حقوق همسایگان درغیرمنقول است .

۳ــ حدود وقیود اختیاری یااتفاقی که طرفین‌هنگام بستن عقد باختیار ورضا برای خود قبول میکنند .

نوع اول ـ درقوانین ازجهات‌وباعتبارات مختلف مقرر شده است :

۱ــ قیودی که مقرر شده‌است بسبب مصلحت عمومی که اهم آنها نزع ملکیت برای منافع عمومی میباشد چنانکه بلحاظ عرفی درمقررات شهرسازی پیش بینی شده ودرشرع مقررات مربوط باحتکار را میتوان ازاین دسته اسم برد .

۲ــ مقرراتی که برای امنیت و صحت عمومی وضع شده و در نتیجه ملکیت مالکین را تضییق یا تنزیل مینماید واین قیود ایجابی یا سلبی است واغلب مربوط

بنظام شوارع وابنیه وخراب نمودن بناهای مشرف برخرابی است .

۳ـ قیودی که وضع آن بسبب اقتصاد اجتماعی است مانند مقررات مربوط به آبیاری و کشاورزی .

٤ـ قیودی که ازنظر بهداشت عمومی مقررشده‌است مانند منع کشت خشخاش درعرف ومنع درست کردن مشروبات المکلی درشرع .

٥ـ قیودی که مربوط بمصالح مالی‌واقتصادی ملی و کشوراست مانند مقررات مربوط بواردات وصادرات ومعاملات انحصاری و کشت توتون وخرید وفروش آن ازنظر قوانین ومانند مقررات خراج و مقاسمه و جزیه وقیودی که بیگانگان را در معامله بامسلمین محدود مینماید ازنظراسلام .

**نوع دوم ـ قیود مقرر برای مصالح شخص :**

استفاده از مال وملك وبهره برداری ازآن چون دراجتماع صورت میگیرد وهمواره اقدام هرشخص مماس بامنافع دیگران ویا مخالف اقدام مجاورین میباشد لذا فعالیتهای اقتصادی و اقدامات کشاورزی و عمرانی شخص امکان ندارد بصورت خود مختاری مطلق باشد بلکه بایستی تماسها برمبنا واساسی باشد وتصرف در مال وملك بمیزان واندازه وتحت قیود وشرایطی‌قرارداده شود که هر کس‌حق وتکلیف خودرا تشخیص دهد وبرطبق‌آن رفتارنماید تا مال که وسیلهٔ آسایش شخص بایستی باشد وبال وشغل شاغل اونگردد .

بدین لحاظ قیود وحدودی درقوانین شرع وعرف مقرر شده و حق وتکلیف هرمالکی‌وحدهرملکی‌رامعلوم داشته‌است النهایه‌ببعضی‌ازآن‌قیودتصریح شده‌وببعضی دیگر بابیان کلی و بصورت قاعده اشاره گردیده و انطباق آن بعهدهٔ عرف و قاضی واگذار شده است .

درشرع اسلام وهم قانون مدنی هردوقسم این نوع ازقیود ملاحظه میشود :

**قسم اول ـ قیود مصرحه**

پاره‌ای ازقیود که تصریح بآنها شده بدین قرار است :

۱- حقوق ارتفاق حاصله در ملك .
۲- احکام و آثار املاك نسبت باملاك مجاور .
۳- حریم املاك .
٤ - حق شفعه .

۱- حقی که برای انسان بمناسبت اینکه مالك ملکی است درملك مجاور پیدا میشود مانند داشتن حق ناودان یا حق مجرای آب وامثال آن ارتفاق نامیده میشود وپس از آنکه اینگونه حق برای صاحب ملك مجاور شناخته شد مالك نمیتواند اورا ازاستفاده واعمال حقش باستناد سلطنت خود منع نماید .

درقانون مدنی ماده ۹۳ این حق چنین تعریف شده است « ارتفاق حقی است برای شخصی درملك دیگری » این تعریف اگرچه تعریف باعم است وشامل رهن و حتی حق انتفاع میشود اما ضمن مواد بعدی جبران این نقیصه شده است و بهر حال اینك درمقام آن بحث نیستیم بلکه غرض معرفی آن بلحاظ بودن آن یکی از قیود قانونی است که بسلطنت مالك اصلی دراینگونه موارد وارد میشود .

۲- اشیاء منقول همواره فواصل وحد آنها باخودشان همراه است وهمینکه نوع ومقدار آنها مشخص شد اختلاف فواصل وحد در آنها متصور نیست . لیکن غیر منقول چون همیشه در دو بعد عرض و طول مجاور حق و ملك دیگری است لذا در یك خطی این دو ملك از هم جدا شده و فاصله پیدا میکنند و معمولا این حد بوسیله دیوار یا نهر و یا علامت دیگری نشان داده میشود که هیچیك از مالکین مجاورحق ندارند از آن علامت تجاوز نمایند وحتی اگردرختی ازملك مجاورازاین مرزتجاوز کند برای صاحب ومالك ملك مورد تجاوزاست که شاخه آنرا عطف نماید ویا ازمرز قطع کند وبلکه وظیفه مالك وصاحب درخت است که خود این عمل را انجام دهد چنانکه درماده ۱۳۱ قانون مدنی مقرراست .

این حد فاصل همواره محکوم باشتراك است مگراینکه دلیل وقرینه‌ای بر اختصاصی بودن آن موجود ویا اقامه شود چنانکه ماده ۱۰۹ قانون مدنی بیان داشته

است « دیواری که مابین دوملك واقع است مشترك مابین صاحب آن دوملك محسوب میشود مگر اینکه قرینه یا دلیلی برخلاف آن موجود باشد » .

تصرف یکی ازشرکاء درفاصل ومرزمشترك بمانند سایر اموال مشترك بدون اذن شریك جایز نیست واگریکی ازآنها مرز مشترك را خراب نمایند بنا بمختار شیخ طوسی ومحقق درشرایع برعهده او است که آنرا بصورت اول درآورد واگر اعاده آن بوصف قبل از خرابی ممکن نباشد چنانکه شهید اول دردروس قائل شده خراب کننده مسئول ارش آن است .

نکته قابل توجه این است که این مرز تنها حدفاصل را تعیین نمیکند بلکه درهمین فاصله سلطنت مالك محدود میشود مثلا بااینکه باقتضای اطلاق حق مالکیت وسلطنت ، حق دارد مالك هر نوع تصرفی درملکش بنماید که ازجمله باید حق داشته باشد بهرصورتی بخواهد دردیوار اختصاصی که درحد همسایه قرار گرفته بمیل خود تصرف نماید ولی دراینجا قدرت وسلطنت مطلقه مالك مقید ومحدود میگردد ودرنتیجه دروپنجره ازدیوار اختصاصی خود بطرف ملك دیگری نمیتواند بازکند چنانکه ماده ۱۳۳ قانون مدنی میگوید« کسی نمی تواند از دیوار خانه خود بخانه همسایه درباز کند اگرچه دیوار مختصی او باشد لیکن میتواند ازدیوارمختصی خود روزنه یا شبکه بازکند وهمسایه حق منع اورا ندارد ولی همسایه هم میتواند جلو روزنه وشبکه دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که مانع رؤیت شود » .

بهرحال منظور ازتذکر این نمونه این است که احکام وآثار املاك نسبت باملاك مجاور سلطه وقدرت مالك راتا اندازه‌ای محدود ومقید میسازد .

۳ـ بموجب ماده ۱۳۶ قانون مدنی « حریم مقداری ازاراضی اطراف ملك قنات ونهر وامثال آن است که برای کمال انتفاع ازآن ضرورت دارد » .

حریم بسته بمورد وخصوصیت متفاوت است ومنحصرا برای املاکی حدواقع میشود که باحیاء تملك شده واطراف آن هم مالك نداشته باشد .

٤ ـ همانطوریکه در ماده ۸۰۸ قانون مدنی مقرر است « هر گاه مال غیر

منقول قابل تقسیمی بین دو نفرمشترك باشد ویکی از دوشریك حصهٔ خود را بقصد بیع بشخص ثالثی منتقل کند شریك دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است باو بدهد وحصه مبیعه را تملك کند . این حق را حق شفعه و صاحب آنرا شفیع گویند . »

این‌حق که درقوانین‌شرع وعرف منصوص است حق واختیارمالك را محدود میسازد تاجائی که بدون ارادهٔ مالك وبصرف اراده شریك با وجود شرایط مال باو منتقل میشود .

**قسم دوم قیود اجتهادیه .**

قیودی که درقانون حکم کلی آنها بیان شده ویا بعبارت دیگراشاره اجمالی بآنها شده است لیکن استنباط حکم هرموضوع بنظرقاضی وتشخیص عرف واگذار گردیده عبارتست ازموارد حکومت اصل « لاضرر » .

این اصل تقریبا یك اصل و قاعده عقلائی است که مورد قبول جوامع غیر اسلامی هم میباشد ومحاکم درمواردی بروفق آن نظر میدهند وهم با حثین حقوق از آن سخن میگویند که نمونه‌ای از آن مقدمتا ملاحظه میشود :

**رعایت اصل لاضرر درقانون ومحاکم فرانسه .**

بموجب ماده ۱۳۸۲ هر فعلی که از آن ضرری بغیروارد شود فاعل آن فعل ملزم بتعویض ضرر میشود .

برای تطبیق این ماده لازم است که ازفعل ضرر ناشی شود خواه مادی باشد یا معنوی . دیگراینکه خطا یا تقصیرمنسوب بفاعل فعل بشود خواه ارتکاب بقصد اضرارباشد که گفته میشود مرتکب جریمه یاجنحه مدنی‌شد وخواه ارتکاب بواسطه اهمال یا عدم انتباه فاعل صورت گیرد که این حالت شبه جرم یا شبه جنحهٔ مدنی نامیده میشود . این ماده درقانون مدنی فرانسه ذیل عنوان « جرائم وشبه جرائم» گذاشته شده لیکن درامورمدنی تقسیم افعال بجرائم و شبه جرائم دارای فایده‌ای نمیباشد چون حکم درهر دوحالت یکی است وتعویض درهر دوصورت واجب است

احوال تطبیق ـ عمل وفعلی که موجب ضررشخص دیگری است دو حالت ممکن است پیدا نماید یکی حالت مواردی است که اصولا اقدام کننده حق چنین اقدامی که موجب ضررغیرشده نداشته است چنانکه مثلامالك زمینی درزمین همسایه چاهی حفرنماید واز این راه ضرربمالك مجاور وارد سازد . بر اینگونه موارد بلا اشکال ماده مذکور منطبق شده است .

دیگری حالتی است که مبنای اقدام فاعل‌ومباشر، حقی باشد که اولا بشخص داده شده ولی‌نحوهٔاقدام وعمل بموجب قانونی ممنوع ویا منوط باجازه شده باشد مثل اینکه مالك زمینی در زمین خود بدون اینکه رعایت شروط قانونی را بنماید دستگاه‌بخارنصب نماید ودرنتیجه مزاحمت همسایگان را فراهم سازد وباعث اضرار آنها گردد . در این صورت نیزباستناد ماده مذکور مالك را مسئول وضامن عمل اودانسته‌اند .

علاوه براین موارد ، محاکم فرانسه ماده ۱۳۸۲را نیزبرسه مورد زیرمنطبق نموده وحکم داده‌اند :

الف ـ درموردی که مالك ازعمل‌خود قصد اضرارهمسایه را داشته باشد مثل اینکه بربام خانه‌اش یك دودکش که‌هیچ احتیاجی وموجبی برای‌آن نیست سرپا کند فقط بمنظور اینکه بهمسایگان یا همسایه ضرروارد نماید .

یا مانند اینکه مالك درزمین خود تلمبه‌ای کار بگذارد که غرضی ازآن جز کم کردن‌آب چشمه‌ای راکه از زمین همسایه بیرون میآید نداشته باشد ( دالوز ۵۶ ـ ۲ ـ ۱۹۹ ) .

ونیز حکم داده اند باینکه هر گاه مالك حق خود را استعمال کند از غیر اینکه برای اودراین استعمال فایده‌ای یامنفعتی باشد بلکه عملش صرفابقصداضرار غیرباشد . این چنین عملی ممنوع وواجب است براو که جبران خسارت وارده را بنماید زیرا در این حالت مالك نخواسته ازحقش استفاده‌نماید بلکه درعملش سوء نیت داشته است ( دلوز ۵۶ ـ ۲ ـ ۲۰۰ )

اکثرشراح بامحاکم دراین تطبیق موافق میباشند که ازجمله « لوران » و « بودری » است .

ماده ۲۲۶ قانون آلمان نسبت بقسمت اخیر تصریح دارد باینکه استعمال حق مباح نمیباشد وقتی برای اوغرضی جزضررزدن بغیر نباشد .

ب حالت اهمال مالك ـ وآن وقتی است که مالك برای استفاده خود عملی انجام میدهد که درنتیجه ضرر وخساراتی هم بهمسایه وارد میشود درصورتیکه برای مالك ممکن باشد که همان استفاده را بنماید وازضرر همسایه هم با اتخاذ تدابیری جلوگیری نماید ـ وبراین اساس محاکم حکم بمسئولیت مالك داده‌اند درموردی که ازملکش دودیا گازی متصاعدباشد که مضربهمسایه است وبرای مالك هم‌ممکن است که رفع این علت را بنماید لیکن مسامحه واهمال نماید .

همچنین درموردی که براثر بی‌احتیاطی ازمنزل شخصی آتش بمنزل همسایه سرایت کند محاکم حکم بمسئولیت داده‌اند وشراح هم بامحاکم دراین داستان نیز هم‌آواز گردیده‌اند .

ج ـ حالت تجاوز ازمیزان عادی که مضربهمسایه باشد ـ محاکم فرانسه در تطبیق ماده ۱۳۸۲ توسعه بیشتری قائل شده وحکم بمسئولیت مالك درمثل این‌مورد داده‌اند هرچند احتیاطات لازمه هم از طرف عامل بکار رفته باشد ( دالوز ۱۹۰۷ ۱ ـ ۳۸۵ ) .

براین اساس نیزحکم‌داده‌اند بمسئولیت مالك که در ملکش ایجاد سروصدا و یا دودهای غلیظ ویا گازهائی نماید که مضربغیرباشد هرچند تمام احتیاطات لازم را اتخاذ کرده باشد (حکم دیوان تمیز ۳ فوریه ۱۸۸۷ دالوز ۸۸ ـ ۱ ـ ۳۹ ) .

ونیزحکم‌داده‌اند بمسئولیت مالك درقضیه‌ای که صاحب مهمانخانه‌ای شکایت کرده بود ازمزاحمتی که رفت وآمد شاگردان مدرسه مجاوراوبواسطه بالارفتن و پائین آمدن درروزی هشت مرتبه وازسروصداهائی که ایجاد مینمایند .

حتی محاکم حکم بمسئولیت مالك نموده‌اند وقتی که منزل خود را برای

فجور واعمال ناشایست اختصاص دهد دراین صورت مالك را در مقابل همسایگان مسئول ضررمادی که ناشی ازنقص قیمت املاك مجاور است وضررمعنوی که سبب آن وجود چنین محلی در مجاورت میباشد دانسته‌اند ( حکم تمیز ٤ دسامبر ۱۸٦۰)

ونیزمحاکم به متضررازاعمال همسایه که ازمضار عادیه تجاوز نماید اجازه داده‌اند اولامطالبه غرامت نماید وثانیا بخواهد عملی که باعث ضرر آنها میشودمنع وموقوف گردد ، یعنی از ادامه عمل جلوگیری شود .

**فرق بین مضار عادی وغیرعادی .**

بطوریکه دیدیم محاکم مالك را در مقابل ضررهای وارده غیر عادی مسئول دانسته‌اند ولی درمقابل ضررهای عادی ناچاراست همسایه تحمل بنماید وبنابراین فرق گذاشته‌اند بین مضاریا مضایقات عادیه که باید همسایه متحمل آنها بشود مثل اینکه مالك درزمین خود ساختمانی نماید ودر نتیجه مانع روشنائی همسایه شود و بین مضاریا مضایقات غیرعادیه که در آنها بمسئولیت مالك حکم داده میشود واعتبار میشود اینکه عمل ازوقتی که استعمالش بغیرمضر است غیرجایز گردیده است و در حقیقت توسعی درمعنی تقصیرقائل شده‌اند اما متاسفانه هیچگونه ضابطه و قاعده‌ای ندارد که‌برمبنای آن یك عمل را جزء یکدسته وعمل دیگررا بادسته وقاعدهٔ دیگر بتوان وفق داد وخلاصه ضابطی که بمقتضای آن تعیین وتحدید شود درچه اعمالی مالك حق دارد بدون هیچگونه مسئولیتی مباشرت نماید وچگونه اعمالی غیرجایز میباشند ؟ودرچه موقع استعمال حق مالك محمول برسؤاستعمال است ؟ ومضارعادیه‌ای که برهمسایه لازم است تحمل نماید چیست ؟

تمیزوتشخیص این موضوعات بنظرقاضی واگذارشده است ومحاکم هم برای آن ضابطه وقاعده‌ای بدست نداده‌اند . برقاضی است که در هرمورد ـ خصوصیت مقام را ملحوظ دارد.واعتبار مضاربودن یا عدم آنرا بنماید وچگونگی حکم آن هم بلحاظ خصوصیت هر قضیه تفاوت پیدا میکند مثلا محلی کـه برای صنعت و کارو یا تجارت آماده شده همسایگان ضررهائی را تحمل مینمایند که در نظائر آن در

محلهائی که برای سکنی آماده است خسارت وغرامت تعلق میگیرد وازادامه کارجلو گیری میشود ( دالوز ۱۹۰۸ ـ ۲ ـ ۴۰۹ ) .

موضوع ضرر غیرعادی وسؤاستعمال حقوق درقانون مدنی آلمان وسویس نصوصی دارد چنانکه درماده ۲۲۶ قانون آلمان تصریح است باینکه استعمال حق درموردی که برای مالك غرضی جزاضرار بغیر نباشد جایز نیست ودرماده ۹۰۶ همان قانون است مالك اجبار نمیشود براینکه در ملکش متحمل بخارات و گازها و بوها و دود ها و حرارت وسروصدا وامثال آنها بشود مگروقتی که ضررناشی ازاین امورجزئی باشد ویا وقتی نتیجه استعمال عادی وبرحسب عرف مکان باشد .

درقانون مدنی سویس درماده ۳ فقره ۲ مقررشده است هر کس حقش را بد استعمال کند که بدی واسائهٔ آن آشکار باشد ازحمایت قانون برخوردار نمیباشد .

درماده ۶۸۴ میگوید مالك ملزم است هنگام استعمال حقش مخصوصاً اعمالی که مختص به بهره برداری صنعتی است از هر افراطی که مضر بملك همسایه باشد خود داری نماید .

**قانون مدنی ایران .**

چنانکه میدانیم قانون مدنی اصولا مقتبس از فقه اسلام است وهمانطور که منتسکیودرقانونگذاری توصیه مینماید این قانون برخلاف بسیاری ازقوانین تقلیدی ریشه عمیق عرفی ومذهبی دارد .

دراین قانون درماده ۳۰ گفته شده است « هرمالکی نسبت بمایملك خود حق همه گونه تصرف وانتفاع دارد . » ودرماده ۱۳۲ مقرراست « کسی نمیتواند درملك خود تصرفی کند که مستلزم تضررهمسایه شود مگر تصرفی که بقدرمتعارف وبرای رفع حاجت یا رفع ضررازخود باشد » .

درماده اول وسعت حق مالکیت بطورنا محدود بیان شده ولی درماده اخیر محدود بحد وحق مجاورین وعدم تضرربآنها گردیده اما نه مطلقا بلکه تضرری که مبنای آن رفع حاجت ورفع ضرر ازخود نباشد .

توضیح مطلب وهم بحث اصلی ایجاب میکند که بطور اجمال بریشهٔ آن توجه شود .

این دوماده متخذ ازدواصل **تسلیط** بطور کلی و **لاضرر** درمورد احکام وضعی ومالی است که با توجه بدلیل آندو ، مطلب روشن میشود .

**اصل تسلیط .**

اصل تسلیط متخذ ازحدیث نبوی ﷺ « الناس مسلطون علی اموالهم » میباشد وهمواره درباب اموال بعنوان حکم اولی مورد استفاده فقها بوده وهست وبموجب آن مالك سلطنت مطلقه نسبت باموالش دارد وحق دارد درمایملك خودهر نوع تصرفی وهراقدمی اعم ازمثبت یا منفی بنماید .

لیکن این توسع درحق چنانکه گفته شد درمقام تعریف است امادرعمل چون حق بهراندازه که بنفع شخص برقرار واجرا میشود بضرر اونیزمقررومجری است لذا در نتیجهٔ اجرای طرفینی دریك حدی ناگزیر محدود میگردد که تجاوز از آن برخلاف انصاف وعدالت وتجاوز بحق دیگران است .

**قاعده نفی ضرر :**

این قاعده ازاهم قواعد فقه است که حد احکام وضعی و تکلیفی را معلوم میسازد ودرموارد ضرری اعم ازاینکه ضرر جانی یاعرضی ویامالی باشد باستنادبآن موضوع ازعنوان اولیه خارج میشود ویاحکمی که سبب ضرر است رفع میگردد .

**سند قاعده :**

این قاعده بعقیدهٔ بعضی باقاعدهٔ نفی حرج یکی و یا متداخل است بهرحال این دوقاعده چه متداخل وچه متحد یا وجه جمع داشته باشند ازاحکام ثانویه‌ئی هستند که درمقام امتنان آمده وناظر برجمیع احکام اولیه میباشند .

دلیل نفی حرج قوله تعالی « یرید الله بکم الیسر ولایرید بکم العسر » وقوله تعالی « و ما جعل علیکم فی الدین من حرج » وقول النبی ﷺ « بعثت بالحنیفة السمحة » ونظایر اینها ازآیات وروایات میباشد.

اما مدرك وسند قاعده لاضرر علاوه بر آنچه مدرك نفی حرج است ازفرمایش نبی اکرم صلی الله علیه و آله میباشد یعنی ( جمله مشهور « لاضرر ولاضرار.. » )

آنچه مشهور نزد فریقین است این جمله بدون قید « فی الاسلام » یا « علی مؤمن » وارد شده است . اما درنهایه ابن‌اثیر وازتذکره نقل شده «لاضرر ولاضرار فی الاسلام » ودرروایت ابن‌مسکان اززراره ازامام باقر علیه السلام درذیل قضیهٔ سمرة‌بن جندب وحکم حضرت رسول (ص) بقلع عذق که درحائط انصاری میداشت پس از سرپیچی وامتناع اوازپیشنهادات آن حضرت مبنی براستیذان هنگام دخول درحائط یا فروش ومعاوضهٔ آن بچندین برابر یا معاوضه بانخلی در بهشت « لاضرر ولاضرار علی مؤمن » نقل شده است .

وبهرحال وجود وعدم یکی ازاین دو کلمه ذیل‌حدیث ازنظراستناد قاعده‌بآن یکسان است ودرصدور اصل جمله بعضی (فخرالدین درایضاح) ادعای تواتر نموده است اما چه تواتر اجمالی باشد یا نه چون مضمون حدیث اجماعی و مورد عمل اصحاب است وعقل‌هم بالاستقلال‌بآن حکم‌مینماید وچنانکه دیدیم درقوانین ملتهای غیراسلامی ومراجع‌قضائی آنها مورد عمل‌است لذا مجالی برای اشکال درسندومدرك این قاعده نیست وصحت اخبار آن غیرقابل تردید است .

**مفاد ومراد** ازجمله حدیث : ضرر وضرار چنانکه شیخ انصاری نقل فرموده بمعانی مختلف آمده است لیکن مناسب مقام و ظاهر اینست که ضرر اسم مصدر و عبارت ازنقصان شیء است ازمرتبه‌ای که میبایستی درآن مرتبه باشد خواه جانی یا مالی و یا عرضی باشد ( چون نقص درعضو ـ نقص درصحت ـ نقص در مال ونقص درشرف وآبرو ) .

درالمنجد است « الضروالضررجمع اضرار ضد النفع ـ الشدة والضیق وسوءِ الحال ـ النقصان یدخل فی الشیءِ » .

اما چنانکه گفته شد این معانی بجز معنای اخیر یعنی « النقصان یدخل فی الشیءِ » مناسب باظاهر اخبار وآنچه متفاهم عرف است نمیباشد .

مرحوم آخوند خراسانی ضرر را مقابل نفع گرفته وفرموده‌است « فالظاهر ان الضرر هوما یقابل النفع من النقص فی النفس اوالطرف اوالعرض اوالمال تقابل العدم والملکة» بطوریکه ازتعبیر آن مرحوم پیداست ضرر درمقابل نفع بمعنی متفاهم عرفی نیست چه عرف ازکلمه نفع چیزی را اراده میکند که زائد براصل و زیاده از مرتبه‌ئی باشد که شایسته و درخور موضوع است . بلکه مراد ازنفع معنی تمام و کمال است یعنی بودن شیء درحد واندازه‌ئیکه باید باشد ولذا به « من النقص .. » تبیین فرموده و بقوله « تقابل العدم والملکة » بمقصود تأکید نموده است پس مثلا بصر برای انسان نفع است وعدم بصر ضرر است و وجود مال بقدر کفاف نفع است وعدم آن ضرر است .

واما ضرار اگرچه درلغت ضار بمعنی ضرآمده است وبنابراین چنانکه در کفایه است جمله دوم تأکید اولی است ولی تفاوتی بین آندو مشهود است که اقل آن همان تفاوت بین مصدر و اسم مصدر است وباتوجه بموارد استعمال درمثل قوله تعالی «لایضارکاتب ولاشهید » « ولاتضار والدة بولدها » و « لاتمسکوهن ضرارا » و قول نبی اکرم (ص) درهمان روایت سمرة بن جندب خطاب بسمره « انك رجل مضار » معلوم میشود غرض ازضرار سعی درایصال ضرر است چنانکه امثال ضاربه وقاتله وخادعه نیز ظهور دراین معنی دارد . پس معنی لاضرر نفی نفس ضرر ومعنی لاضرار نفی اضرار ونفی عمل وفعل ضرری است وبنابراین جملهٔ اول مساعد بانفی حقیقت ادعائی وکنایه بودن آن ازنفی آثار وخواص است که قول محقق خراسانی است . واما جملهٔ دوم مناسب بانفی تشریع فعل و عمل ضرری است بدین معنی که دراسلام حکمی که ازآن ضرر برعباد لازم آید تشریع نشده است وبعبارت دیگر هرحکمی که دراسلام جعل ویاامضاء شده بروجهی ودرحدی است که ازآن بر کسی ضرر وارد نیاید چنانکه شیخ دررسائل بتفصیل متذکراست .

انصاف این است که دلالت اخبار برقاعده بمانند سند آنها واضح ، وغیرقابل انکار ، ومضمون آن نیز معمول به نزد اصحاب است و بالاخره نفی ضرر و اضرار

دراحکام شرعیه از اصول وقواعد مسلمه‌ای است که اعتبار آن مناسب باملت سمحه میباشد وهم بدلائل نفی عسر وحرج تائید میشود .

بالجمله صرفنظر از تفصیل غیر لازم ونقل اقوال بمورد حاجت پرداخته و متذکر میشود که قاعدهٔ نفی ضرر وضرار ، حدّ « اصل تسلیط » است یعنی حقوق مالکیت وسلطنت مالك محدود میشود باقدامات و افعالی که ضرر بدیگری نزنند و اگراحیاناً موجب ضرر گردید میباید آنرا رفع نماید وابقاءِ آن جایز نیست چنانکه قضیه سمره بدان مشعر است .

**توضیح آنکه** درتقدم قاعده نفی ضرر وضرار برعمومات احکام وازجمله اصل تسلیط جای تردید نیست چه :

**اولا** ـ قاعده مذکور حاکم است برعموماتی که مثبت حکم ضرری از تکلیفیات ووضعیات میباشند وشارح آنها ، ومبین مقدار مدلول آنها ، ومفسر مراد از آنها، وناظر باین است که مجعولات دراسلام وشرع بروجهی نیست که موجب ضرر براهل اسلام گردد .

بعبارت دیگراخباری که مثبت این اصل وقاعده میباشند بمدلول لفظی ناظر عمومات و اطلاقاتی هستند که مثبت احکامند و متعرض دلائل کلیهٔ احکام وارده در اسلام ومتفرع برآنها میباشند چنانکه اگراحکامی دراسلام نباشد این اصل لاضرر لغو میشود و این خود علامت حکومت است که اگر محکوم نباشد حاکم لغو میگردد .

**ثانیاً** ـ اگرازحکومت هم صرفنظرشود چون احکامی که بلاضرر نفی میشوند همواره نسبت باصل لاضرر عنوان اولی دارند باین معنی که ضرر بآنها طاری است هرچند خودآنها هم احکام بعنوان اولی نباشند لذا دلیل آنها معارضه بادلیل لاضرر نمینماید بلکه هرحکمی که بغیر عنوان ضرر در موضوعی ثابت شده باشد بواسطه لاضرر درموردی که آن حکم مستلزم ضرر باشد مرتفع میشود زیرا حکم اولی اقتضائی است وحکم ثانوی فعلی وبواسطهٔ عروض عنوان ضرر است و درنظر عرف

حکم ثانوی مقدم است .

**ثالثا** - هر گاه احکام اولیه مقدم داشته شود برای ادله احکام ثانویه موردی نماند وطرح لازم آید درصورتی که تقدیم ادلهٔ احکام ثانویه فقط موجب تخصیص ادلهٔ احکام اولیه میگرددو بدیهی است هر گاه امردایرشود بین تخصیص وطرح، اول اولی است .

بعبارت دیگر نسبت بین دلیل لاضرربا ادله مجموع احکام نسبت اخص به اعم است که درجمع عرفی ناگزیر بنارا براخص میگذارند تاطرح لازم نیاید .

**رابعا** - بین اطلاق ادله عناوین اولیه واطلاق ادله عناوین ثانویه اگرفرض تعارض شود ناگزیر برای رفع تعارض باید دریکی تصرف گردد واولی تصرف در اطلاق اول وتقییدآن است چه اطلاق آن بلحاظ دوحال ضرر وعدم ضرر است که درنظر عقل وعرف اختلاف حکم این دوحالت نزدیك مینماید برخلاف اطلاق دوم که فقط بلحاظ عنوان ضرر است النهایه افرادآن مختلف است .

پس با توجه بمراتب مذکور حکم لاضرر برسایر احکام مقدم است مگر حکمی که باتوجه بضرر وضع شده وموضوع ضررعلت حکم باشد وچون اصل تسلیط ازاین قبیل نیست پس اشکالی درنظارت وتقدم لاضرر برتسلیط نمیباشد النهایة در مواردی که دوضرر بایکدیگر تعارض داشته باشند وترجیح برای یکی ازآنها نباشد باصل تسلیط مراجعه میشود چنانکه بسایراصول وقواعد وحتی گاهی باصل برائت رجوع میگردد .

اکنون تشریح موضوع ایجاب میکند بنکات زیر که درنظر علما بلا اشکال و مورد قبول است توجه شود .

**نکته اول :**

بشهادت قصهٔ سمرة بن جندب ومورد بعض اخبار چون روایت طلحة بن زید ازحضرت صادق علیه السلام « ان الجارکالنفس غیرمضار ولاآثم » وروایت بزنطی و کنانی باینکه « من اضر بطریق المسلمین شیئا فهوضامن » وغیرآنها مراد بضرر منفی اعم

ازضرر نفس وعرض ومال است ونیز تحقق ضرر مالی درمقدار مال نسبت باشخاص وحتی حالات شخص واحد متفاوت است چه برای شخصی ممکن است مصرف هزار تومان ضرر نباشد ولی برای دیگری مصرف یکتومان ضرر باشد ولذا درباب خریدن آب وضو وغسل واجزاء تیمم وعدم آن این موضوع مورد بحث ودقت است .

**نکتهٔ دوم :**

مراد بمال اعم است ازعین ومنفعت وحتی حقوق مالی ، بلکه گاهی بحقوق غیرمالی نیز سرایت مینماید مانند حق اولویت نسبت بمدارس ومساجد وامثال آنها هرچند اضرار دراین مورد ضمان آور نیست .

شاهد ، روایت عقبة بن خالد است ازحضرت صادق علیه السلام « قضی رسول الله(ص) بالشفعة بین الشرکاء فی الارضین والمساکن قال ولاضرر ولاضرار » و روایت دیگر عقبه است ازآن حضرت « قضی رسول الله صلی الله علیه و آله بین اهل المدینة فی شارب النخل انه لایمنع نقع البئر وقضی بین اهل البادیة انه لایمنع فضل ماء لیمنع فضل کلاء فقال لاضرر ولاضرار » ونظائراینها همچنانکه ضرر نفس اعم است ازنقص طرف و عضو وامثال آن .

**نکتهٔ سوم :**

بنابا قتضای اصل مذکور جایز نیست شخص ضرری را که مستقیماً متوجه او است باضرار بغیرازخود دفع نماید همچنانکه واجب نیست تحمل ضرر نماید وبتضرر خود دفع ضررازدیگران کند چه جوازاضرار ، دراول ، ووجوب ، دردوم ، دوحکم ضرری میباشند پس اگر مثلا سیلی متوجه خانه شخصی شد جایز نیست درب خانه همسایه را بروی آن باز کند وباین وسیله بلارا بهمسایه حواله نماید اما درحد خانهٔ خود میتواند جلو آنرا بگیرد هرچند غیرمستقیم بدیگران متوجه شود . برعکس اگرشخصی به اکراه وادارشود بشخص ثالثی ضرر بزند واجب نیست خود متحمل ضرر شود بلکه اضرار غیرا کراها جایزاست اما بشرطی که ، بمقتضای اراده مکره ازابتداء ضرر متوجه آن شخص شده باشد وضرر نفسی هم نباشد جواز تولیت ازقبل

جائرمتفرع براین فرع است .

**نکتهٔ چهارم :**

درمواردی که اضرار بغیرازجهت اکراه جایز باشد ویاتصرف مجاز مالك در ملکش موجب تضرر غیرشود باقتضای قاعده ، حکم بعدم ضمان میشود ـ اما اگر حفظ نفس متوقف براضرار بغیر باشد بجهت جمع بین اصل لاضرر و قاعده اتلاف حکم به جوازاضرار وضمان هردوجاری میشود ـ چه حفظ نفس صرفا مقتضی رفع سلطنت مالك ازخصوصیت رقبه میباشد ولی‌مانع‌ازاجرای حکم دلیل اتلاف‌نمیشود پس بین نفی‌ضرر وآنچه دلالت داردبراحترام مال واینکه تلفش موجب ضمان است جمع میشود مگرآنکه معلوم باشد اذن شارع بعنوان مجانی است .

ممکن است در حکم بضمان این مورد تردید شود باین بیان : وقتی مثلا سد رمق متوقف برخوردن مال دیگری باشد مقتضی اصل مذکور بدوا وفی‌حد نفسه جواز اکل است اما ضمان بلحاظ اینکه منع ازاکل مینماید نسبت باکل ضرری ونفی ضمان هم ، ضرر برمالك است ، لیکن صرفنظرازصحیح نبودن این استدلال، موجب ضمان این‌است که شارع اضراررا تجویز نکرده‌بلکه اکل را تجویزفرموده است پس هرجا اجازهٔ شارع برای اضرار نیز باشد ضمان بدنبال ندارد و الا حکم ضمان بقوت خود باقی میماند .

**نکتهٔ پنجم :**

دردوران امر بین یکی ازدوحکم ضرری بروجهی که چاره‌ای جز وقوع در یکی ازآندو نباشد وحکم بعدم هریك ازدوضرر مستلزم حکم بثبوت دیگری است صوری متصور است چه :

یا دوضرر نوعاً یعنی ازحیث نفس و عرض ومال یکی هستند و یا مختلفند و برهرتقدیر یاازحیث کمیت و کیفیت نیزیکی‌میباشند یااختلاف دارند ودرهرصورت متضرر یا شخص واحد است ویا متعدد .

درهرحال، درغیرموردضررنفس،اتفاق برلزوم ترجیح احد ضررین بارعایت

جوانب وبحسب اختلاف حالات و مواقع فی‌الجمله حاصل است ولی کلمات علماء درفروع بفرمایش شیخ انصاری ( ره ) مختلف ومضطرب است .

شیخ در رسائل میفرماید : اگر دوران نسبت بشخص واحد باشد حکمی که مستلزم ضرر کمتراست بدون اشکال مقدم است و دیگری‌نفی میشود و این حسب اقتضای نفی حکم ضرری ازعباد است چه مولائی که راضی بتضرر عبدش نیست در این مواقع نیزبرای اوجزاقل ضررین را اختیار نمی نماید .

اما اگردوران نسبت بدوشخص‌باشد بازهم لزوم ترجیح کمترین ضررمحتمل است چه‌نفی‌ضرراز بندگان درمقام امتنان مقتضی عدم رضا بحکمی است که ضررش بیشتراست زیرا تمام بندگان در نظرشارع متساوی و بلکه بمنزله یك بنده هستند پس همانطور که در فرض اولی نسبت بشخص واحد اقل ضررین اخذ میشود در اینجا نیزچنان است ودرصورت تساوی دوضررجوع بعمومات دیگر میشود ودر صورت نبودن عمومات یکی بقرعه تعیین میگردد .

اما درهرمورد که دوران ضرر نسبت بدوشخص باشد وحکم‌بضرریکی ازآندووازباب تمانع وقرعه ویاتعارض وترجیح بشودحکم بضمان ساقط نمیشود زیراچنانکه گفته شد اصل وقاعده اتلاف مقتضی همین معنی است .

**دوران ضرر بین مالك وغیراو :**

باتوجه بنکات مذکورباید دید آیا تصرف مالك درملکش بروجه اضراربغیر چه صورت دارد ؟ وآیا حکم دوران درآن نیزجاری است یا نه ؟ .

شیخ درمبسوط در کتاب احیاء موات میفرماید : اگر کسی‌چاهی درمنزلش حفرنماید و همسایه‌اش بخواهد چاه مستراح یا فاضل‌آب در نزدیك‌آن حفرنماید نمیشود مانع‌اوشد اگرچه موجب تغییرآب چاه اولی یا استقذارآن بشود چه مالك بدون خلاف حق دارد درملکش تصرف نماید .

ازعلامه است درتذکره درباب حریم : اگرشخصی درملك خود چاهی بکند وهمسایه‌اش بقرب‌آن بخواهد چاهی بکند ازاو جلوگیری نمیشود هرچند از آب

چاه اولی کاسته شود ( لان الناس مسلطون علی اموالهم ) .

و نیزدرمسئله عدم حریم دراملاك از کتاب احیاءِ موات فرموده است : تمام آنچه درحریم املاك بتفصیل گفتیم مخصوص ملکی است که اطراف آن موات یا از مباحات باشد والا اگر محفوف باملاك باشد برای آن حریم نیست زیرا املاك متعارضند تا اینکه .. میفرماید وهریك ازمالکین درملکش عادتا هرطور بخواهد تصرف مینماید و اگر منجر به تلف بشود ضمان برعهده او نیست مگر اینکه تلف بواسطه تعدی و تجاوز باشد .

دراین مسئله که کسی منزلش را که اطرافش معد برای سکنی است حمام یا اصطبل نماید یا دکانش را که درردیف دکانهای عطاری است دکان آهنگری وامثال آن برخلاف عادت نماید شافعی را دوقول است :

۱ـ منع بجهت اضرار بغیر .

۲ـ جواز بجهت اینکه حسب ظاهر مالك حق تصرف در ملکش را دارد و منعش ازتعمیم تصرفات وی اضرار باو میباشد .

اما این ظهور را مشروط نموده باینکه احتیاطات لازمه را بنماید و دیوار و ساختمانش را طوری درست کند که لایق بمقصود وغرض وی باشد والا اگر کاری بکند که ظن غالب ازفعل او، واردآمدن خلل بحیطان جاراست دراین صورت اظهر نزد شافعی عدم جوازاست .

ازدروس شهید است درکتاب احیاءِ موات که : در املاك بجهت تعارض آنها حریمی نیست وهرمالکی حق دارد درملکش بآنچه عادت برآن جاری است تصرف نماید هرچند دیگری متضررشود وبراو ضمان هم نیست .

ازشهید است درجامع المقاصد درمسئله « تاجیج النار وارسال الماءِ فی ملکه» اینکه چون مردم براموالشان مسلط میباشند برای انسان است انتفاع بملکش هر طوربخواهد وهرگاه باشتعال آتش یا بستن آب بملکش حاجت افتد فعلش جایزاست هرچند ظن غالب برتعدی واضراربغیر برود .

نظایر این امثله در کلمات فقها زیاد است که صراحت دارد برجواز تصرف درملك هنگام حاجت هرچند ضرر برغیروارد شود وحتی دعوی وفاق ازشیخ وحلی و ابن زهره نقل شده است .

شیخ انصاری دررساله میفرماید صاحب کفایه ( محقق سبزواری ) با اعتراف باینکه معروف بین اصحاب برمعارضه عموم سلطنت با عموم نفی ضرراست در این مسائل مناقشه نموده ودر کفایه متذکراست باینکه هر گاه تضررجار تضرری فاحش باشد چنانکه مثلا کسی در ملك خود فاضل آب حفر نماید وباین وسیله آب چاه غیر فاسد گردد یا دکانش را که درصف دکانهای عطاری است دکان آهنگری نماید یا خانه‌اش را دباغخانه وطباخخانه قراردهد حکم بجواز آن مشکل است .

**تطبیق نظریه برقواعد .**

دررسائل ازقول معترض برمحقق سبزواری تفصیلی برای تطبیق احکام مسائل مربوط بتصرف برقواعد واصول ذکرشده‌است استبدین بیان:

۱ــ اگرمالك ازتصرفش قصد اضرار داشته باشد ازدون اینکه جلب نفع یا دفع ضرری برآن مترتب باشد شکی نیست درممنوع بودن آن ، چنانکه خبرسمرة بن جندب وخطاب حضرت رسول باو« بانك رجل مضار» دلالت براین معنی دارد .

۲ــ اگر نفع یادفع ضرری برتصرف مترتب باشدوضرری که برهمسایه واردمیشود کم باشد . این نوع تصرف قطعا جایز است و جواز کشیدن دیوار مرتفع در حد خود وبرسطح همسایه براین پایه است .

۳ــ اگرضررهمسایه زیاد ولی عادة قابل تحمل باشد این نیز با کراهت شدید جایزاست و کراهت تولیت از قبل جائر بجهت دفع ضرری که باو میرسد براین بنا است .

٤ ــ اما هر گاه ضرر همسایه بسیاروحسب عادت غیرقابل تحمل باشد برای نفعی که بمتصرف میرسد چنین تصرفی جایز نیست وبنای حرمت احتکاربراین اساس است وجماعتی مثل فاضل درتحریروشهید درلمعه ضمان را درموردی که شخص باظن

تعدی بغیر برای رفع حاجت آتش میافروزد براین اساس استوار کرده‌اند .

۵ ـ هر گاه هردوضرر یعنی ضررمالك ازعدم تصرف ، وضررغیرازتصرف ، زیاد باشد دراین‌صورت‌تصرف مالك‌برای دفع ضررازخود جائزاست هرچندیگری ازآن متضرر شود وجوازولایت ازقبل جائر ازاین قبیل است .

شیخ انصاری فرموده است تقدیم مالك اوفق بقواعد است چه :

اولا ـ منع مالك ازتصرف درملکش ضرراست که باضررغیر معارضه مینماید ودرنتیجه بعموم قاعده سلطنت ونفی حرج مراجعه میشود وظاهراین است که فرقی نیست دراینکه ضررمالك کمترباشد ازضررغیر یاازضرر غیر زیادتر باشد زیرا ثابت نشده‌است که‌قلت ضرر موجب ترجیح باشد .

ثانیا ـ اینکه تقدم مالك ازباب حکومت نفی‌حرج برنفی‌ضرراست چه‌تحمل ضررمالك هرچند ناچیزباشد برای دفع ضررازغیرهرچه زیاد باشد حرج وضیق بر مالك است ولذا اتفاق برجوازاضرارمکره بمادون‌قتل بجهت دفع‌ضررازخودحاصل است ولوضرر مکره کمتر ازضرر غیرباشد .

مرحوم آخوند خراسانی‌بااینکه درمسئله دوران بین ضررین چه نسبت بیك شخص وچه نسبت بدو شخص باشد حکم قطعی براختیاراقل دوضرر فرموده است مع الوصف در صورتی که امرضررین دائر بین شخص مالك وغیر اوباشد میفرماید تحمل‌ضررهرچند ضرردیگری‌بیشترباشدلازم نیست زیرا نفی‌ضرر برای منت‌برامت است وبرتحمل ضرر بجهت دفع ضرر ازدیگری اگرچه بیشترهم باشد منت نیست.

محتاج بتذکر نیست که مبنای کلمات فقها واساس نظرآنها در موارد جواز تصرف اضراری مالك وعدم‌آن برمحورادلهٔ قواعد واصول تسلیط ونفی حرج ونفی ضرروامثالها اصل‌اباحه است واختلاف یاتزلزل‌نظرها ناشی ازوجه جمع این قواعد وتطبیق‌آنهابرموارد است پس‌مهم این است که حکم‌موضوعات موافق‌قواعد مذکور باتوجه بنکات مورد قبول بیان شود .

**حکم موضوعات مورد نظر :**

اولا- حکم ضرر نفسی مطلقا خارج است یعنی کسی نمیتواند درمال خود تصرفی نماید که موجب ضرر نفسی دیگری شود چه بموجب دلائل خاص که برای حفظ و صیانت نفس هست دراین مورد تحمل ضرر واجب است واصولا سنخ ضرر ازسنخ ضرر مالك نیست و لذا مثلا راننده وصاحب اتومبیل هرچند احتیاطات لازمه را رعایت نماید ضامن خونبها ودیه ناشی از تصادف میباشد .

ثانیا - تصرفات مالك بروجه غیر متعارف که بی فایده وعبث وبقصد اضرار بغیر باشد باتفاق علماء بروفق قواعد جایز نیست ومضارضامن است .

ثالثا - تصرفات بی فایده ودر عین حال خالی ازغرض وقصد اضرار برطبق مختارشیخ انصاری وجماعتی جایز نیست چه مفروض عدم وقوع مالك است درضرر و ازتصرفش نفعی هم حاصل نمیشود تا گفته شود ازترکش حرج لازم میآید وعموم سلطنت هم چنانکه گفته شد محکوم بلا ضرر است . پس وفق قواعد تصرف دراین مورد جایز نیست و مضار ضامن خواهد بود .

رابعا - تصرفات مفید که صرفا برای توسعه وجلب نفع (یعنی زیادتی نه بمعنی تمام و کمال) انجام میشود وضرر ترك آن فقط عدم النفع است . حسب ظاهر وبمستفاد ازکلمات اکثر وبلکه مشهوردراین صورت جوازاست اما بروفق قاعده ، عدم جواز اولی است چه فرض اینست که از ترك ضرری بمالك وارد نمیشود ولی فعل آن اضرار بغیر است .

ممکن است گفته شود منع مالك ازتصرف حرجی است نسبت بمالك وچون نفی حرج هم ، حکم ثانوی وحاکم بر احکام است لذا یا برلاضرر هم ، حاکم است ویا لااقل معارض آن است که در این صورت عموم سلطنت واصل اباحه مرجع یا مرجح میباشد .

جواب اینستکه حرج وضرر هردو ازاصول امتنانی است ومنت بلحاظ نوع امت است همانطور که شیخ انصاری درمسئله دوران ضرر بین دوشخص وترجیح اقل

ضررین تعلیل فرموده است باین عبارت « اذ مقتضی نفی الضررعن العباد فی مقام الامتنان عدم الرضا بحکم ضرره اکثرمن ضرر الحکم الاخرلان العباد کلهم متساوون فی نظر الشارع بل بمنزلة عبد واحد فالقاء الشارع احدالشخصین فی الضرر بتشریع الحکم الضرری فیما نحن فیه نظیر لزوم الاضرار باحدالشخصین لمصلحته فکما یؤخذ فیه بالاقل کذلك فیما نحن فیه .. » .

بنابراین اگرحرج وضیق درطرف مالك هست نظیر آن درطرف غیرومتضرر نیز هست پس نفی حرج باخودش معارض شده وقاعده نفی ضرر بلا معارض وناظر براصل سلطنت میشود. وبعلاوه حرج عبارت ازمشقت است ومطلق منع مالك ازتصرف درملکش بجهت دفع ضرر ازغیر حرج نیست ونیز حرج وضرر منفی بایستی حکم قبلی داشته باشند تا قاعده شامل آنها بشود ولی در این مقام قبل از اجرای حکم لاضرر ، حکم موضوع حرج ، معدوم است پس باینجهت هم ، لاحرج ناظر بلاضرر نمیتواند باشد زیرا ناظروحاکم نسبت بحکمی که درطرف محکوم ثابت باشد ممکن میباشد وچنین حکمی درحال اجرای لاحرج تحقق ندارد .

صرفنظر ازجهات فوق اگرفرضا حکم بجواز نمائیم ، بررفع ضمان دراینمورد دلیلی نیست چه جواز تصرف اعم ازعدم ضمان است وموجبی نیست براینکه ازعموم دلائل مقتضی ضمان ، رفع ید شود .

بنابراین میتوان طبق این اصل که ازاصول قانونی هم میباشد ازبسیاری اعمال ضرری جلوگیری نمود و عامل را وادار بتأدیه خسارات وارده ساخت مثلا کسی برای جلب منفعت برخلاف متعارف وعادت ساختمانی مینماید و چندین طبقه اضافه ازمعمول آنرا بالا میبرد ودر نتیجه موجب خسارت همسایگان میگردد ویا کسی ملکش را اختصاص باعمالی بدهد که برخلاف متعارف باشدوموجب ضرروپائین آوردن ارزش املاك مجاورین گردد باید جبران خسارت دیگران را باقتضای اصل وقاعده بنماید . چه « الناس مجزیون باعمالهم ان خیرا فخیر .. ــ ولقوله جزاء سیئة سیئة مثلها وقوله تعالی فاعتدوا علیه بمثل مااعتدی علیکم » .

خامساً ـ تصرفات ضروری اعم ازاینکه برای رفع حاجت یابرای رفع ضرر باشد این نوع تصرفات ، هم جائز ، وهم در صورتی که موجب ضررغیرشود ضمان ندارد چه ضرردر طرف مالك ، باضررغیر ، تعارض مینماید واثریکدیگررا خنثی میسازد ـ در نتیجه عموم سلطنت واصالة الاباحه بلا معارض باقی میماند و مقتضای سلطنت درمثل مورد که بلامعارض است عدم ضمان میباشد .

**ممکن است ایراد** شود باینکه حکم موجود عموم سلطنت چون مستلزم ضرر است بقاعده لاضرر رفع میشود وعدم سلطنت ، شرعا حکمی ندارد تااینکه درصورت ضررلاضرر ناظر آن باشد ودرنتیجه تعارض حاصل شود ـ بعبارت دیگرضرری که به ادلهٔ نفی ضرر نفی شده ، ضرری است که ناشی ازحکم شرعی ضرری باشد تا نفی ضرر، نفی حکم معنون بعنوان ضرر باشد ومعلوم است که ضررمالك ازترك تصرف حکم شرعی مقتضی ضرر نیست زیرا این قضیه وقتی صحیح است که حرمت تصرف حکم‌شرعی باشد درصورتی که فرض این است که حکم‌شرعی عموم سلطنت میباشد پس حکمی که از آن ضرر ناشی میشود نیست مگرنفی ضرر نسبت بغیر ـ بنابر این ضررمالك درطول ضررغیرو بمقتضای نفی ضرر ازغیراست وبنابراین :

اولا ـ حکمی کـه ازاعمال لاضرر تولید میشود نمی تواند معارض و رافع آن باشد .

ثانیا ـ عموم قاعدهٔ سلطنت مرجع نمیشود زیرارجوع بعام وقتی‌صحیح‌است که مخصص‌عام باچیزی که درعرض آن باشد معارضه نماید ولی‌درمقام ، قضایاطولی است که عموم ، بحکومت لاضرر تخصیص یافته ، و از آن تخصیص وحکومت فرد دیگری ازسنخ حاکم پدیدآمده که برفرض تعارض این دوفرد ، دیگر عموم باقی نیست تا مرجع شود .

جواب این است که :

اولا ـ درست است که حکم‌ثابت ، عموم سلطنت است اما سلطنت ، بصورمثبت ومنفی‌درمیآید وبعبارت دیگرمقتضای سلطنت این است که شخص بتواند عملی‌انجام

دهد یاخودداری از آن نماید . حال این عملی که شارع اجازه اقدام وترك آنرا بحکم سلطنت بمالك داده است اگر یکطرف بمالك وطرف دیگر بغیرضرر داشته باشد در این صورت حالت دوران بین ضررین پیش میآید النهایه بجای اختیارضرراول چون لاضرر که حکم مقام فعلیت است بواسطه تعارض ساقط میشود عموم سلطنت واصل اباحه وهم قاعده نفی حرج مرجح یا مرجع وحاکم است .

ثانیا ـ بطوریکه ازظاهرعبارت دلیل لاضرر پیدا است این قاعده متکفل بیان واخبارازحد احکام درمقام عمل است و خودش نمیتواند منشاء ضرر باشد و چنانکه گفته شد عدم وجوب تحمل ضرربرای رفع ضررازغیر ( درغیرمورد نفس ) حسب اقتضای قاعده مورد قبول ووفاق علماء است .

ثالثا ـ بنظرعلماء حدیث نفی ضرر در مقام امتنان وارد شده است و مقتضای امتنان این است که رفع ضرر مستلزم وضع ضرر نباشد وبنابراین اصلا چنین موردی داخل درعموم لاضرر نمیباشد پس درنتیجه اصل تسلیط بلامعارض است وشاید بهمین جهت باشد که بعضی این قاعده را بطور تجزیه چنین بیان کرده‌اند .

۱ـ « الضرریزال »

۲ـ « الضررلایزال بالضرر » ـ ای ـ الضرریزال لکن لابضرر .

۳ـ « الضرورات تبیح المحظورات » .

٤ ـ ما ابیح للضرورة یقدربقدرها » .

تبصره : برخی تمام مسائل فقه را برگشت به پنج قاعده داده‌اند بدین ترتیب :

۱ ـ الامور بمقاصدها ـ که مبتنی بر قول نبی (ص) ( انما الاعمال بالنیات) است .

۲ـ « الیقین لایزال بالشك » لقوله (ص) « ان الشیطان لیأتی احدکم وهو فی صلاته فیقول له : احدثت فلا ینصرف حتی یسمع صوتا اویجد ریحا . »

۳ـ نفی حرج یا المشقة تجلب التیسیر لقوله تعالی « وماجعل علیکم فی الدین

من حرج » وقول النبی (ص) « بعثت با لحنیفة السمحة » .

٤ ـ العادة محکمة لقوله (ص) « ما رآه المسلمون حسنا فهو عندالله حسن ».

٥ ـ نفی ضرروضرار که اجمالی از آن مشاهده شد .

ازاین پنج قاعده دوقاعده که نفی حرج ونفی ضرراست چنانکه گفته شد حد احکامند واحکام همواره محدود باین‌دوحد میشود ورخص‌وتخفیفات شرعی‌مبتنی بر آنها ومستخرج از آنها است ودربسیاری ازابواب فقه مورد استنادند ازجمله :

١ـ رد بعیب بلکه جمیع‌انواع خیارازاختلاف وصف مشروط وتغریروافلاس مشتری وغیره .

٢ـ حجربانواعش .

٣ـ شفعه که گفته شده تشریع آن برای دفع ضررقسمت است .

٤ ـ قصاص وحدود .

٥ قتال مشرکین وبغاة .

٦ـ فسخ نکاح بعیوب .

٧ ـ کفارات .

٨ ـ قسمت .

٩ ـ نصب قضاة .

١٠ـ دفع صائل .

١١ـ ضمان متلف وغیرآنها .

وبالاخره درتمام مواردی که ضرر طاری است ( نه ضرری کـه ممکن است بصورت ظاهردرنفس حکم باشد ) اصل آنرا نفی میکند .

**تردید درشمول دلیل تسلیط براراضی .**

ازآنچه گفته شد معلوم گردید دلیل‌لاضرر بردلیل‌تسلیط‌مقدم است امانکته‌ای که مبهم است اعتبار وشمول دلیل تسلیط است .

در کتب معتبره شیعه ودرقرآن چیزی که مبنای این اصل قرار گیرد ظاهرا مشاهده نمیشود وتنها دلیل چنانکه گفته شد نبوی « الناس مسلطون علی اموالهم » میباشد ـ باوجود این درسند این اصل نمیتوان خدشه کرد چه حدیثی است مشهور کـه همواره مورد عمل اصحاب بوده وهست ولی شمول آن براموال غیرمنقول و مخصوصاً اراضی قابل‌تردید است زیرا درآیات‌قرآن وفرمایشات نبی اکرم درمانند این مورد ازمال فقط اراده اشیاء منقول شده است چنانکه درفرق بین مال وملك شواهدی ملاحظه شد واینك ازباب مثال چند نمونه تاکید وتکرارمیشود :

۱ـ درآیه ۲۷ سوره احزاب ارض ودیارواموال با واو عطف این چنین ذکر شده است « واورثکم ارضهم ودیارهم واموالهم وارضالم تطؤها .. » این تعبیرتصریح است باینکه اموال ایشان غیراز ارض ایشان است .

۲ـ درسوره آل‌عمران آیه۱۸۶مذکوراست « ولتبلون فی اموالکم وانفسکم» که درتفسیرآمده است مراد از آزمایش دراموال اخراج زکوة است چنانکه در خبرمحمد بن سنان است ازحضرت رضا « .. ان علة الزکوة من‌اجل قوت الفقراء و تحصین اموال الاغنیاء لان الله عزوجل کلف اهل الصحة القیام بشان الزمانة و البلوی کما قال الله تبارك وتعالی « ولتبلون فی اموالکم‌وانفسکم‌فی امولکم اخراج الزکوة و.. »بنابراین مستعمل فیه اموال منقول است .

۳ـ درآیه۱۹سوره الذاریات قوله تعالی« و فی اموالهم‌حق‌للسائل والمحروم» وفی الارض‌آیات للموقنین » وهم درآیه ۲۴ سوره معارج قوله تعالی « والذین فـی اموالهم حق معلوم · للسائل والمحروم » نیز کلمه اموال (چنانکه ظاهر حکایت دارد وهم ازروایات مفسره که درباب صدقات مذکوراست برمیآید ) شامل اراضی نمیشود .

۴ ـ در آیه ۱۰۳ سوره توبه قولـه تعالی « خذمن اموالهم صدقة تطهرهم و تزکیهم بها .. » باختلاف روایات مصداق اموال وموضوع حکم بیان شده وچه نه صنف باشد یا بیشتر،اراضی را شامل نمیباشد .

درروایات باب زکوة وارد شده که وقتی این آیه نازل شد حضرت رسول بمنادی خود امرفرمود ندا کند که خداوند تبارك وتعالی برشما زکوة بمانند نماز واجب ساخت تااینکه پس ازبیان حکم فرمود « لم یفرض لشیء من اموالهم حتی حال علیهم الحول » این کلام هم شاهد دیگری برمطلب است ـ ودرلغت هم چنانکه درمجمع البحرین است مال ابتدا بطلاونقره گفته میشده ونزد عرب بیشتردرشتر استعمال میگردیده است پس آیا چه شده است که « اموالهم » درحدیث تسلیط برخلاف نظائرش تعمیم داده شده ودراموال منقول وغیرمنقول یکسان بحکم آن استناد شده است ؟ !

ممکن است گفته شود علت سرایت حکم تسلیط باراضی وحدت ملاك وعدم قول بفصل است .

اما این تعلیل بجهات زیرعلیل ودرنتیجه وحدت ملاك ممنوع است .

**جهات رد وحدت ملاك :**

۱ـ درباب مزارعه بحکم « الزرع للزارع ولو کان غاصبا » زرعی که درزمین غصبی شده باشد مال زارع است درصورتیکه نماء اموال مغصوبه مال مالك است وهم نتاج حیوانات تابع مادراست .

۲ـ برطبق اخبار عدیده که برخی از آنها در سابق نقل شد اگر کسی زمین مخروبه‌ای راآباد کند وصاحب زمین بعدا پیدا شود حق اولویت برای دومی است درحالی که دراموال منقول اگرمالك مجهول باشدازانفال ویا حکم آن باامام است واگر بمانند لقطه وبا شرایطش تصرف شود وصاحب آن بعداً بیاید یابنده درمقابل مالك ضامن است .

۳ـ در باب غنائم چنانکه دیدیم اراضی مفتوحه ملك تمام مسلمین است ولی غنائم منقول ملك مشترك غانمین است .

٤ ـ اگر کسی دردارالحرب اسلام اختیار کند اموال منقول او متعلق بخود

اواست برخلاف اموال غیرمنقول که درحکم سایر اراضی است .

۵ ـ حیازت درمنقول سند مالکیت استولی درغیرمنقول چنان نیست بالاخره تغایر حکمی اراضی بااشیاء منقول که درلسان شارع مال خوانده شده زیاد استو وحدت ملاك موجود نیست .

۶ـ یك تفاوت دیگر از نظر ظاهر اخباری که دروسائل درابواب مکان مصلی است مشاهده میشود که چون فتوای علماء برخلاف این ظاهر است لذا چند خبرمربوط بدون شرح عینا نقل میشود .

۱ـ احمدبن محمدبن برقی درمحاسن باسنادش ازحضرت رسول ﷺ نقل نموده که حضرت فرمود « الارض کلها مسجدا الاالحمام والقبر» .

۲ ـ در روایت دیگر از حضرت رسول است که فرمود « جعلت لی الارض مسجدا وترابها طهورا اینما ادرکتنی الصلوة صلیت »

۳ ـ ازشیخ صدوق درخصال است کـه حضرت رسول ﷺ فرمود « فضلت باربع جعلت لی الارض مسجدا وطهورا وایما رجل من امتی اراد الصلوة ولم یجد ماء ووجد الارض فقد جعلت له مسجدا وطهورا »

درباب مکان وثوب مغصوب فقط دو روایت ذیل در وسائل نقل گردیده :

۱ـ محمدبن علی بی الحسین روایت کرده است که حضرت صادق فرمود «لوان الناس اخذوا ما امرهم الله و انفقوه فی ما نهاهم عنه ما قبله منهم ولو اخذوا ما نهاهم الله عنه فانفقوه فیما امرهم الله به ما قبله منهم حتی یا خذوه من حق و ینفقوه فی حق » .

۲ـ درتحف العقول ازامیرالمؤمنین روایت شده دروصیت به کمیل فرمود « یا کمیل فی ما تصلی وعلی ما تصلی ان لم تکن من وجهه وحله فلاقبول » .

بطوریکه ظاهراست خبراول درباره انفاق است وخبردوم هم راجع بلباس و فرشی است که هنگام نماز مورد استعمال واقع میشود وبا اجمال هم نصوص دسته اول را نمیتواند تخصیص دهد ویا مقید سازد .

درباب بعد راجع برضایت واجازه مالك برای خواندن نماز درجامه یافرش وزمینش سه خبرذیل را نقل فرموده است :

۱ـ محمدبن علی بن الحسین باسنادش ازسماعه ازابی عبدالله علیه السلام روایت کرده است « ان رسول الله صلی الله علیه وآله قال من کانت عنده امانة فلیؤدها الی من ائتمنه علیها فانه لایحل دم امرأ مسلم ولاماله الا بطیبة نفس منه » .

۲ـ در خبر دیگر باسنادش از سعیدبن حسن نقل فرموده که ابوجعفر علیه السلام فرمود « یجیئی احدکم الی اخیه فیدخل یده فی کیسه فیاخذ حاجته فلایدفعه قلت ما اعرف ذلك فینا فقال ابوجعفر علیه السلام فلاشیء اذا قلت فالهلاك اذا فقال ان القوم لم یعطوا احلا مهم بعد » .

۳ـ درتحف العقول ازحضرت رسول (ص)روایت شده است که درخطبة الوداع فرمود « ایها الناس انما المؤمنون اخوة فلایحل لمؤمن مال اخیه الاعن طیب نفس منه » .

ظاهر از کلمه امانة درخبر اول و « یده فی کیسه » در خبر دوم وحتی حکم موضوعات ، استعمال « مال » در« منقول » است ونیزدرخبردوم وسوم اشعاری، بمقام والای انسانیت است بروجهی که عدم طیب نفس آنهم برای نمازدر تماس برادران مؤمن بعید است . درکافی بابی در این زمینه است که دوخبر آن برای شاهد نقل میشود .

۱ـ خبرفرات بن احنف است ازابی عبدالله(ع) « قال ایمامؤمن منع مؤمنا شیئا مما یحتاج الیه وهو یقدر علیه من عنده اومن عند غیره اقامه الله یوم القیامة مسودا وجهه مزرقة عیناه مغلولة یداه الی عنقه فیقال هذا الخائن الذی خان الله ورسوله ثم یؤ مربه الی النار »

۲ـ خبر مفضل بن عمر قال قال ابو عبدالله علیه السلام : « من کانت له دارفاحتاج مؤمن الی سکناها فمنعه ایاها قال الله عزوجل یا ملائکتی ابخل عبدی علی عبدی بسکنی الدنیا وعزتی وجلالی لایکسن جنانی ابدا » .

**نوع سوم - قیود اتفاقیه .**

گفته شد که مالك بواسطهٔ علقه ونسبتی که به مملوك پیدا میکند باوحق‌داده میشود هر گونه تصرفی‌را درملك خود بنماید وازجمله حق‌دارد که‌آنرا به دیگری کلا منتقل نماید یااینکه بعضی ازحقوقش را بدیگری بر گزاروواگذار نمایدپس هر گاه بعض ازحق خود را بدیگری منتقل نمود مثلا حق انتفاع یا حق استعمال را واگذار کرد سپس اگربخواهد درآن ملك تصرفاتی‌بنماید باید حق منتقل الیه را محفوظ بدارد ومحترم بشمارد . بنا براین وباعتبار اینکه مالك برملکش مسلط میباشد وانتقالات همواره بارضای طرفین‌وباارادهٔ آنها انجام‌میشود باید طرفین‌حق داشته باشند نسبت بمورد انتقال بهرنحوی بخواهند وهرطور مقتضی بدانند توافق نمایند وبدیهی است در نتیجهٔ این توافق ممکن است گاهی دایرهٔ ملکیت را تنك نموده وآزادی مطلق‌مالك درنتیجهٔ ارادهٔ آنها مشروط ومحدود شودوظاهراین است وقتی اراده وتوافق طرفین حاصل شود نباید مانعی درپیش باشد که مالك در انتقال ملکش حتی شرط عدم جواز تصرف بنماید . و بعبارت دیگر مالك بایستی بتواند اتفاق نماید برعدم جوازتصرف درملك باین نحو که ملك را منتقل نماید بدیگری وشرط کند که درآن حق ندارد تصرف نماید ولی‌برخلاف این ظاهروتصوراین حق ازنظرشرعی محدود بحدود وشرایطی میباشد که درهرعقد ومعامله‌ای مقرر شده و هیچگاه خلاف مقتضای آن نباید شرط شود لیکن قانون مدنی فرانسه این نحوه اتفاق را دردوحالت جایزدانسته است .

۱- درعقد ازدواج شرط عدم تصرف درمهر ( ماده ۱۵٤۰ ومابعدش مخصوصا ماده ۱۵۵٤ ) .

۲- حالات استبدالات مباحه - یعنی حالاتی که در قانون تصریح شده است باینکه جایزاست شرط شود برموهوب له یا موصی‌له باینکه درمورد هبه یا وصیت درایام حیاتش تصرف ننماید وبعدازوفات ،آنها را بغیرانتقال دهد .

بموجب ماده ۸۹٦ فرانسه اصل این است که استبدالات ممنوع است وجائز

نمیباشد مگر در موارد استثنائی و از جمله آن موارد استثنائی ، چیزی است که در دو ماده ۱۰۴۸ و ۱۰۴۹ بشروطی مقرر و پیش بینی شده است .

برحسب ماده اول اشخاص میتوانند تمام یا قسمتی از اموال خود را بیك یا چند نفر از اولادشان بوصیت یا هبه انتقال دهند باین شرط که انتقال گیرنده آنها را بفرزندان موجود و یا معدوم حین عقد که از درجه اول باشند رد نماید .

وطبق ماده دوم کسانی که اولاد ندارند مجازند چنین قرار داد و اتفاقی با برادران و خواهرانشان با شرط رد مورد اتفاق باولاد درجه اول خود بنمایند .

در قانون مدنی فرانسه غیر از این موارد که در دو ماده مذکور بیان شده بمورد دیگری تصریح نشده که شرط عدم تصرف بموجب آن نص ، در غیر این دو مورد تجویز شده باشد مع الوصف اختیار و آزادی مطلق مالك بصورت نامحدودتری نسبت به تسلط مالك از لحاظ مقررات شرعی میباشد چه در مقررات شرع همانطور که مالك نمیتواند از هر راهی تحصیل مال نماید قدرت بر مصرف آن هم بطور دلخواه ندارد و بلکه میبایستی قیود ، و شروط شرعی را در هر مورد رعایت نماید چنانکه مثلا هیچکس نمیتواند مال خود را بر کنایس و بیع و امثال آن وقف نماید و یا بدون اجازهٔ ورثه وصیتش نسبت بتمام مال نافذ نیست و نظائر آن که فعلا در مقام شمارش و مقایسه و بیان جزئیات نمیباشیم و صرفا غرض اشاره باین نکته است که از نظر اسلامی مالکین مجاز نیستند هر نوع توافقی نسبت باملاك خود بنمایند و دائرهٔ تسلیط را بدلخواه خود توسعه دهند یا تنك نمایند و بر هر شرط و قراری تراضی نمایند و نفوذ آنرا بخواهند چه عقود و شرائط شرعی در نزد اهلش معلوم و دانسته است که در هر مورد رعایت آنها بایسته است و تخلف از آنها گاهی موجب بطلان عقد و گاهی فساد شرط است ولذا شروط به سه دسته (صحیح و فاسد و مفسد عقد) تقسیم شده اند پس اختیارات مالك و اجرای اصل تسلیط از این حیث نا محدود نمیباشد بلکه در هر مورد در حصار و حدودی باید رعایت و اعمال شود ..

## مبحث دوم

### تحدید مالکیت بلحاظ موضوع

چون مالکیت از مقولات عرضیه است لذا برای اینکه موجود شود محتاج بموضوع است ومقصود ازموضوع دراینجاشیئی‌است که متصف بملکیت یامملوکیت میشود وبدیهی‌است هرشیئی قابلیت اتصاف باین صفت را ندارد - پس‌ناگزیربرای تشخیص محدودهٔ مالکیت بایستی‌چه ازنظرقانون وچه شرع همواره بموضوع‌توجه شود وقابلیت‌آن معلوم گردد .

برای معرفت این خصوصیت لازم است متذکر شویم که اشیاء ازنظر شارع وبلحاظ واقع‌دوقسم بیش‌نیستند **جائز** و **ممنوع** که به **حلال** و **حرام** ازآنهاتعبیر میشود .

اتصاف بحلیت یا حرمت دربعضی ازاشیاءِ ذاتی است یعنی‌عروض‌باعتبارطبیعت وذات‌آنها است ودربرخی دیگرباعتبار نحوهٔاستعمال این دووصف عارض میشوند .

درآنچه منع وحرمت ذاتی دارد وجهت محلله‌ای درآن نیست اضافه ونسبت مالکیت موجودنمیشود همچنانکه درقسمت دوم‌هم‌هرگاه ازجهات ممنوعه ومحرمه تحصیل واخذگردد این اضافه درنظرشارع وبرحسب واقع بوجود نمی‌آید .

خداوند تبارك وتعالی درآیه ۱۶۴ سوره بقره حد وحدود مذکوررا درهردو مقام این چنین بیان فرموده است « یا ایها الناس کلوامافی الارض حلالاطیبا ولا تتبعوا خطوات الشیطان انه لکم‌عدومبین » .

اجمال کلام آنکه :

**اولا** - مراد از « اکل » مذکوردرآیه هرچند ممکن است معنی خاص‌آن باشد ولی بقرائن‌آیات دیگرمراد جمیع‌تصرفات میباشد چنانکه مثلادرهمین سوره بقره‌آیه۲۷۶ « الذین یاکلون الربوا .. الخ » وبازآیه ۱۸۸ « ولاتاکلواا موالکم بینکم‌بالباطل وتدلوابها الی الحکام لتاکلوافریقا من اموال الناس‌بالاثم » - اکل

درمطلق تصرف استعمال شده است .

**ثانیا** ـ مراد ازموصول یعنی « ما » در «مافی‌الارض » جمیع اشیائی است که درزمین است بروجهی که شامل کلیه نباتات ـ حیوان ومعادن میشود پس تااینجا حکم آیه ، کلی وعام است هم ازجهت مخاطب ، وهم ازجهت موضوع ، وهم ازجهت انواع تصرفات . اما ذیل آیه آنرا محدود مینماید چه « حلالا » بطوریکه مفسرین گفته‌اند صفت ازبرای مصدرمحذوف و « طیبا » تاکید آن میباشد یعنی « کلوا اکلا حلالا »ـ ویا « حلالا» حال‌ازمجروریعنی « ما » میباشد ومنظور از « طیب » مقابل خبیث یعنی‌چیزهائی است که طبع راغب بآنهااست . وجه سوم آنکه « حلالا»مفعول « کلوا » و « مما فی‌الارض » متعلق بمحذوف وجمله حال باشد . درآیات الاحکام جزائری هرسه وجه احتمال داده شده ولی درتفسیرشیخ‌ابوالفتوح وجه اول اختیار شده است .

ممکن است « حلالا » صفت برای مصدر محذوف و« طیبا » حال از مجرور یعنی « ما » و یا عائد موصول باشد که معنی جمله چنین شود « کلوا اکلا حلالا مما فی الارض حال کونه طیبا » یا « کلوا اکلا حلالا مما استقر فی الارض حال کونه طیبا » وجه اخیربردووجه اول بقرائنی‌ترجیح دارد یکی آنکه تاسیس وبهتر ازتکراروتاکیداست. دیگرآنکه باسیاق آیات دیگرباتوجه باینکه « القرآن‌یفسر بعضه بعضا » بهترسازش دارد مثلا درسوره « طه » آیه ۱۸۱ است « کلوا من طیبات ما رزقناکم » ودرآیه۵۱ سوره المومنون « کلوا من‌الطیبات » آمده است . درآیات الاحکام جزائری صحیحه‌ای است ازحضرت صادق علیه‌السلام که درآن‌حضرت میفرماید: حلال قوت پیغمبران‌است « ولکن قل : اللهم انی‌اسئلك رزقا واسعا طیبا» که ازاین بیان پیدا است بین حلال وطیب فرق است و نمیشود طیب را تاکید گرفت بلکه مراد بطیب آن چیزهائی است که مقابل خبائث باشند وبعبارت دیگرحلیت وپاکی وصف ذاتی آنها باشد پس اجمال معنی آن میشود که: ای گروه مردمان ازچیزهای پاك وازمستلذات که بالطبع حلال ومباح میباشند بخورید اما نه هرخوردنی بلکه

آن نوع خوردنی که حلال باشد واقتدای بشیطان مکنید ویا بدنبال شیطان نروید یعنی اطاعت اورا نکنید که بالنتیجه درمحرمات واقع شوید چه شیطان دشمن شما است وشمارا ببدی وفحشاء امرمیکند .

درچند آیه بعد یعنی آیه۱۶۸ همان سوره این معینی تاکید میشود بقوله تعالی « یاایهاالذین آمنو اکلوا من طیبات ما رزقناکم واشکروالله ان کنتم ایاه تعبدون »

درتفسیرشیخ ابولفتوح ذیل این آیه‌است که « این لفظ امراست ومراد اباحت قدیم جل‌جلاله رخصت میدهد مؤمنان راو اباحت می کند ایشان را که بخوریداز خورشها وچیزهای لذیذ که من شمارا روزی کرده‌ام و گفته‌اند مراد بطیبات حلال است وقول اول بهتراست برای آنکه مطابق لفظ است ودوم اگربرحلال حمل کنند در کلام تکراربود برای آنکه لفظ رزق مستغنی بکند ازقید زدن بحلال چه روزی نباشد الاحلال - ابوحریره روایت کند که رسول ﷺ گفت ان‌الله طیب لایقبل الا طیباوان الله امرالمؤمنین‌بما امربه المرسلین‌قال « یاایهاالرسول کلوا من الطیبات» وقال «یاایهاالذین آمنوا کلوامن طیبات مارزقناکم » گفت خدای تعالی پاکست الا پاك‌قبول نکند ومؤمنان راهم‌آن فرمود که پیغامبران را یعنی بخوردن حلال آنگه گفت مردی بود که سفرها دراز کند واشعث واغبرو گرد ناك شود ودست برآسمان دارد ویارب‌یارب گویان باشد وطعام‌وشراب ولباس اوازحرام بودچگونه دعای اورا اجابت کند خدایتعالی» .

غرض ازذکراین جمله تائید این‌عقیده است که طیب غیرازحلال است‌وتغایر معنی‌ازنظراینکه تکرارلازم نیاید بهتراست وشاهد دیگرقوله تعالی‌است «یسئلونك ماذا احل لهم ؟ قل احل لکم الطیبات » .

علاوه براینکه محمول وحکم‌قضیه بایستی غیرازموضوع باشد درذیل این آیه وآیه بعد « الیوم احل‌لکم‌الطیبات .. » چیزهائی موضوع حکم حلیت قراردادشده که‌بصورت ظاهر بمذاق خوش نمیآید ومعلوم است که‌آنهاازمصادیق‌طیبات باصطلاح وبنظرشارع نبوده است .

وبهرحال باتوجه باین آیات و آیات دیگروروایات معلوم میشود اشیاء درشرع دردومقام وازدوجهت ممکن است محدود ومتصف بوصف حلیت ویا حرمت شوند یکی آنکه مربوط بطبیعت وذاتشان است ودیگری آنکه از ناحیه استعمال است . مقام دوم ضمن مباحث اسباب شرعی وموارد عدم تحقق مالکیت و موارد تحقق مالکیت ملاحظه خواهد شد . اینك ازمقام اول ذیل عناوین اشیاء طیب و غیرطیب واصل در اشیاء اباحه است یا حظر باجمال یاد میشود .

**اشیاء طیب :**

اشیاء طیب چیزهائی هستند که انسان طبعا بآنها رغبت مینماید وازآنها لذت میبرد واستلذاذ ازآنها بالذات مباح است. این نوع ازاشیاء معمولا برای انسان مفید ونافع میباشند و میتوان ازآنها بهره برداری نمود ومستفید گردید . این اشیاء ازنظر قابلیت اختصاص وعدم آن که موضوع ومورد بحث ما است بر دو قسم است قسمی که انتفاع ازآن عام وبرای همه کس و در همه جا یکسان است وقابل اختصاص وتحدید نیست وبرخی برخی دیگررا ازاستفاده آنها نمی تواند محروم وممنوع سازد مانند هوا و نورآفتاب وماه .

این قسم بااینکه طیب ومورد رغبت عموم وبلکه برای حیات انسان ضروراست اما موضوع مالکیت نمیشود وهر کس بقدرلزوم واستعداداز آنها برخوردارمیگردد و در اینکه این قسمت مال نیست ومالکیت درمورد آنها صادق نمیباشد شرع و عرف اتفاق دارند .

قسم دوم یعنی چیزهائی که قابل تصرف واختصاص بشخص میباشند وازنسبت وانتساب آنها ممکن است مالکیت بوجود آید عموما درتحت سه قسم معادن ـ نبات وحیوان جمع میشوند .

۱ـ معادن ـ (که جزء زمین است وازقدیم درتوسعه زندگی انسان نقش مهمی داشته وهم اکنون چرخهای اقتصادی کشورهاوبلکه وسائل آسایش افراد درزندگی

مرهون موادی است که از آنها بدست میآید ) بالذات مباح وازتصرف واستعمال آنها نهی نشده مگر استعمالی که مضر بحال فرد یا نوع انسان باشد .

۲- نبات - این جنس که در تحت آن انواع حبوب و گیاهها ومیوه‌ها داخل است بطور کلی نیز محکوم باباحه وحلیت است مگر آنچه مزیل حیات انسان باشد مانند سموم - یا مزیل صحت باشد مانند ادویه غیرمتناسبه ودرغیروقت ویامزیل عقل باشد چون شراب وانواع مسکرات چنانکه درخبر تحف العقول ازامام علیه السلام است که : هرچیزی ازحبوب وثمار که برای بدن انسان ضرر داشته باشد خوردنش حرام است مگردرحال ضرورت تااینکه میفرماید وآنچه ازصنوف بقول است که در آن مضرتی برانسان است مانند گیاههای سمی که کشنده است اکلش حرام است - ونیز اخبار دیگری است که بطور کلی دلالت دارد بر اینکه هرچیزی در آن علم یاظن یا خوف قابل ملاحظه‌ای بضرر بشخص باشد حرام است .

اما حکم بحرمت دربسیاری ازموارد مربوط بطبیعتشان بروجهی که از آنها سلب مالیت نماید نیست بلکه ازجهتی حرام وممنوع وازجهت دیگر ممکن است حلال ودارای منافع محلله ومباحه باشند که دراین صورت از جهت یا جهات محلله قابل استفاده واستعمال میباشند لیکن در برخی ازموارد حکم حرمت بروجهی است که کلیهٔ منافع آنهارا ازجمیع جهات ممنوع ساخته وسلب مالیت نموده است مثل خمروسایر مسکرات که شارع آنها را ازردیف اشیاء قابل ملکیت خارج ساخته است .

۳- حیوان - انواعی که درتحت این جنس میباشند ازبری وبحری زیادند که منقسم شده‌اند به « ماکول اللحم وغیرماکول اللحم » بتفصیلی که فقهادر کتاب اطعمه واشربه بحث نموده‌اند . قسم ماکول اللحم هم وقتی ذبح شرعی بشود حلال است واگرذبح شرعی نشود ویا بمیردحرام است مگرماهی وملخ که ذبح آنها گرفتن آنهاست

**اشیاء غیرطیب :**

غیرطیب درمقابل طیب ومرادف خبیث است وهمانطور که طیب درقرآن بعقیده بعضی ازمفسرین اطلاق برحلال شده است مانند آنچه ذیل آیه سابق وقوله تعالی « کلوا من طیبات مارزقناکم » ملاحظه شد خبیث هم درمقابل برحرام اطلاق گردیده است

مانند « ولایتمموا الخبیث منه تنفقون » (سوره۲ آیه۲۶۷) اما بنابراینکه طیب بمعنی طاهر گفته شود چون « فتیمموا سعیدا طیبا » ویا بر چیزی که گوارا بوده و بطبع سلیم وذوق مستقیم خوش آید اطلاق گردد مثل « یسئلونك ماذا احل لهم ؟ قل احل لکم الطیبات » مقابل خبیث ظاهر تراست وبهرتقدیر باتوجه باوامرشارع آنچه غیر طیب باشد حرام است وبلکه برای شناسائی غیرطیب میتوان گفت هرچیزی که شارع حکم بحرمت آن نموده هرچند بصورت ظاهر ودرعرف خباثتی درآن دیده نشود غیرطیب است چه هریك ازطیب وغیرطیب بودن وصف ومعنائی است قائم درشیء ویا بقولی خباثت وصف وخصوصیتی است مربوط بذات اشیاء که هرگاه شیء دارای آن خاصیت بود خبیث است هرچند عقل ادراك آن ننماید وطیب مقابل آن است .

ابن بابویه بسند صحیح ازابی جعفر علیه السلام روایت نموده ونیز در کافی بدو سند یکی مرسل ودیگری ازمفضل بن عمراز حضرت صادق علیه السلام روایت شده است که ازامام علیه السلام سئوال مینماید چرا خداوند شراب ومردارو گوشت خنزیروخون را حرام نمود ؟ حضرت فرمود « ان الله تعالی لم یحرم ذلك علی عباده واحل لهم ما وراء ذلك من رغبة فیما احل لهم ولازهد فیما حرمه علیهم ولکنه عزوجل خلق الخلق فعلم ماتقوم به ابدانهم وما یصلحهم فاحله لهم وعلم مایضرهم فنهاهم ثم احله للمضطر فی الوقت الذی لایقوم بدنه الا به فامره ان یتناول منه بقدر البلغة لاغیر ذلك »

خلاصه اشیاء غیرطیب چیزهائی معدود ومحدود هستند که شارع بواسطه نهی وحکم بحرمت بجهت مضار ومفاسدی که در آنها بوده آنها را معرفی فرموده است وچنانکه درفصل گذشته اشاره شد ازجنس نبات ومعادن ، بالاصالة وبلحاظ ماده آنها چیزی نیست که ناپاك وپلید بروجهی باشد که قابل هیچ انتفاعی درنظرشارع نباشد جزخمرو انواع مسکرات که مالیت آنها راسلب کرده است لیکن بلحاظ هیئت و صورت ممکن است اشیائی ساخته شود که بابقاء بآن صورت دارای منافع محلله و مقصوده نباشد مانند نرد و شطرنج وعود و مجسمه وامثال آنها که شارع ساختن و نگهداری آنها را ممنوع ساخته است . اما ازجنس حیوان وفروعات آن چیزهای

زیادی است که ( یا بجهت خست ودنائت بمانند حشرات و ابوال حیوانات ماکول اللحم و یا بواسطه قذارت وپلیدی مانند اعیان نجسه ویا چیزهای متنجس که قابل تطهیر نباشند ومنفعت عقلائی مشروعی هم بجز باوصف طهارت بر آنها مترتب نشود) بعضی در نظر عرف وشارع وبعضی در نظر شارع مال نیستند وطرف اضافه مالکیت واقع نمیشوند . و همچنین چیزهای دیگر است که بواسطه مضار ومفاسدی شارع بعضی از تصرفات آنها را حرام وممنوع ساخته ولی ازجهات دیگر ممکن است دارای منافع عقلائی حلال باشند که این قسم در نظر شارع مالیت آن بسته بطرز استعمال آن است .

**اصل در اشیاء اباحه است یا حظر ؟**

تشخیص ودانستن این اصل ، ازنظر تشخیص موضوع مالکیت واباحهٔ تصرف همان اهمیت را داراست که درباب اطعمه واشربه دارد چه همانطور که درباب اطعمه واشربه ، کسانی که قائل بشوند باینکه اصل دراشیاء « حظر» ویا توقف است لازمهٔ آن این است که قائل بشوند بحرمت اشیائی که نهی واباحه‌ای از طرف شارع در بارهٔ آنها نرسیده است وبرعکس ، کسانی که قائل باصل اباحه هستند دروسعت بوده ودرمورد آن اشیاء نیز قائل بحلیت میباشند همچنین درباب مالکیت و اباحهٔ تصرف اگر اصل حظر باشد نسبت بموضوعاتی که ازشارع اجازه تصرف بمانرسیده مالکیت حاصل نخواهد شد وهرموضوعی محتاج بدلیل جواز است ولی اگر اصل اباحه باشد همینکه منعی ازشارع دربارهٔ چیزی نرسیده باشد دراباحهٔ تصرف وصلاحیت وقوع آن برای طرف اضافهٔ مالکیت کافی است . وبعبارت دیگر درصورت قائل‌شدن باصل حظرومنع ، بایستی درهرچیز دلیل جواز آن از کتاب وسنت تحصیل‌شود ولی دراصل اباحه ، جواز واباحهٔ تصرف ، دروسعت است وحد آن فقط محدودمیشود بآنچه شارع منع نموده وبما رسیده است .

حال باید دید دلیل آیا اقتضای اجرای کدامیك از این دواصل را مینماید ؟

این اصل ازدو لحاظ مورد اختلاف نظرعلماء است یکی اباحه ومنع بلحاظ

عقلی ودیگری بلحاظ شرعی .

**الف بلحاظ عقلی :**

باید توجه داشت که شیء یا ازاشیائی است که عقل مستقلا حسن یا قبح آنرا درك مینماید ودر نظرعقل حکم آن معلوم است مثل ظلم ورد ودیعه ویا عقل استقلال ندارد . قسم اول ازمورد نزاع خارج است اماقسم دوم ناگزیردرتحت یکی ازانواع زیرمیباشد :

۱ـ چیزی که امارهٔ منفعت در آن هست بدون اینکه احتمال مفسده‌ای در آن برود .

۲ـ چیزی که امارهٔ منفعت در آن هست وبا اینکه احتمال مفسده هم در آن میباشد لیکن ظاهراً اماره‌ای برمفسده در آن نیست .

۳ـ چیزی که امارهٔ مفسده در آن باشد ازدون امارهٔ منفعت .

٤ ـ چیزی که امارهٔ مفسده ومنفعت هردو باشد .

٥ ـ چیزی که در آن نه اماره منفعت و نه امارهٔ مفسده باشد ،

بعضی هرپنج قسم را داخل درنزاع دانسته‌اند وتحت حکم کلی حظریا اباحه داخل نموده‌اند لیکن برخی دیگرنزاع را اختصاص بنوع دوم داده‌اند و حکم بقیه را درنظرعقل معلوم دانسته‌اند چه حکم عقل درشق اول وسوم و چهارم معلوم است وشق پنجم اگرچه ممکن است درنزاع وارد شود الااینکه ارتکاب چیزی که ظاهرا نه دارای منفعت و نه دارای مفسده‌ای باشد درنظرعقل وعقلا مزموم وسفهی شمرده میشود ولذا حکم باباحهٔ چنان چیزی عقلا مشکل است پس از مقدمهٔ مذکور دلیل قائلین به حظرواباحه بترتیب ازنظرمیگذرد :

قائل باینکه اصل **اولی دراشیاء حظراست** بدو وجه استدلال نموده است :

۱ـ آنکه اشیائی که عقل استقلال در ادراك آنها ندارد احتمال ضررومفسده در آنها میدهد ودفع ضرر متحمل هم عقلا لازم است پس بالملازمه عقل حکم بحظر مینماید .

۲ـ آنکه مالك حقیقی تمام اشیاء، خدای تعالی است وتصرف درمال غیر بدون اذن مالك آن قبیح وحرام است ،

توضیح آنکه مالك یکمرتبه تصریح مینماید باجازهٔ مطلق یا نوعی ازتصرف یا بمنع مطلق یا نوعی ازتصرف ، و مرتبهٔ دیگر بحکم عقل و عادت حکم آن معلوم میشود مثلا درمثل استفاده ازسایهٔ دیوار غیریا نورچراغ دیگری که برخارج تابیده است عقل حکم می کند که این مقدارازتصرف ، مورد رضای مالك است ولی درمثل خراب نمودن خانه غیر، عقل حکم مینماید که مالك بآن راضی نیست وچنین اذنی باو نمیدهد اما درمثل موردی که نه ازطرف مالك تصریح شده باشد و نه عقل باستقلال حکم آنرا کشف نماید قوه عاقله بعدازعنوان بی حکمی ، بحکم درلوازم آن (یعنی قبح تصرف درمال غیربدون اذن مالکش ) تصرف درآن شیء را جایز نمیداند .

**ممکن است** گفته شود این حکم حتی درتصرف بنده درنفس خودش نسبت به مولایش وتصرف بندگان خدا درنفس خودشان نسبت بذات باری (بلحاظ اینکه نفس بنده ملك مولی میباشد) جاری است ومنع نفس وخودداری ازتصرف درچیزی نیزخود تصرف درنفس است پس آنهم باید ممنوع باشد و وجهی برای ترجیح یکی ازدو تصرف نیست .

لیکن این ادعا با تصدیق باینکه تصرف درنفس نیزتصرف در ملك غیرمیباشد وجایزنیست صحیح نمیباشد زیرا ترك ، هرچند بروجه کف هم باشد سکون ازفعل حرکت است وازجمله تصرف محسوب نمیشود . بعلاوه منظوراز تصرف محرم در نزد عقل ، تصرف بافعال جوارح است . پس بنابراین دو استدلال ، که بروجه عام است اصل دراشیاء ، نسبت بقبل ازورود شرع ، وهمچنین نسبت به بعد ازورود شرع وقبل ازاطلاع برحکم شرعی ، منع وحرمت عقلی است .

۳ـ ( این دلیل خاص است نسبت به بعد ازورود شرع وقبل ازوصول حکم و اطلاع برآن ) وبیان آن این است که مجتهد بعد ازتتبع وجستجوی کامل دراحکام شرع در مقابل سه دسته از اشیاء قرارمیگیرد : **دسته اول** ـ که علم بحرمت پیدا

مینماید **دسته دوم** که علم بعدم حرمت آن حاصل مینماید **ودسته سوم** چیزهائی است که احتمال وجوب در آنها نمیدهد و درحرمت آنها مشکوك است درحالی که یقین بوجود حرام در میان مشکوکاتش دارد . پس در این مورد اخیر که ابتدائاً حکم ندارد باتامل وبقاعده اشتغال عقلا اجتناب ازجمیع آنهالازم میباشد ولذا باید گفت اصل مقتضی حرمت وعدم جوازاست .

**اما قائلین باباحه عقلیه** درمقابل استدلال نموده‌اند باینکه :

**اولا** بالبداهة ، در فرض مورد بحث ، عقل باباحه حکم میکند چه ترجیح دادن هریك ازدو طرف اثبات یانفی ، مشروط بعلم وبیان جهات مرجحهٔ آن عقلا و عادتاً میباشد که فرض عدم آن است . پس چون علم وبیان عقلی وعادی درموضوع نیست لذا مکلف درنظرعقل مخیر بارتکاب وعدم ارتکاب آن است ومنظوراز اباحه هم دراینجا همین معنی است .

**ثانیاً** حکمت درخلقت عبد واشیائی که بدانهاانتفاع ممکن‌است مقتضی اباحه میباشد والاخلق آنها عبث خواهد بود وعبث هم محال است .

اما دلائلی که مانع برای منعش بدانها تمسك نموده بترتیب و تقریب زیر مردود است :

**اولا** دفع ضررمتحمل لازم است درجائی که بناءِ عقلا برآن باشد ، اما اگر احتمال ضررناشی ازمجرد امکان ذاتی باشد بناء عقلا براحترازازآن نیست وعقل اعتنائی بچنان احتمال ضرری ندارد ـ بعلاوه احتمال مفسده در ارتکاب فعل ، معارض‌بااحتمال مفسده درترك فعل است وبااین‌وصف ، حکم‌بمنع ، مستلزم‌تکلیف بمحال است .

**ثانیا** لزوم اجتناب ازتصرف درملك غیربواسطهٔ حکم عقل بتحریم‌آن ، مسلم نیست بلکه این حکمی‌است که ازجانب شرع اثبات شده است وبرفرض آنکه‌برای عقل مستقلا حکم بتحریم باشد منحصرا درجائی است که تصرف درملك غیرمستلزم ضرری برمالك باشد که در این مقام منتفی است چه مقام ربوبی ازآن منزه است

مگر اینکه گفته شود ، اگر خالق منزه از ضرر و احتیاج است اما مخلوق چون محتاج وغیرمنزه است کافی درعدم جوازتصرف میباشد اما دراین صورت هم ( وبر فرض تسلیم باینکه لزوم اجتناب ازتصرف درمال غیرمسلم‌میباشد) مقام برحسب‌بناء عقلا ازمواردی است که علم باذن مالك هست چه درمثل مورد بحث که شك دراذن وعدم اذن است اگر تحصیل اذن ممکن باشد اجتناب لازم است اما اگر استیذان ممکن نباشد بناء عقلا برصحت تصرف است . بعلاوه اگر مولائی مالك دریائی بی پایان وتمام‌نشدنی باشد ومتصف بغایت جود نیزبوده باشد مملوك وبنده‌اش‌قطره‌ای ازآنرا دوست بدارد تصرف شود چطورممکن است به ادراك عقل تحریم گردد .

**ثالثا** همانطور که گفته شد دلیل سوم علاوه‌بردودلیل‌اول که‌عام‌بود اختصاص بمنع عقلی‌نسبت به بعد ازورود شرع وقبل ازاطلاع برآن داشت اما دلائل قائلین باباحه مطلق بود وشامل این مقام هم میشود ، فقط کافی است دلیل خاص مذکور رد گرددلذا گفته میشوداین‌دلیل که‌مبتنی برقاعدهٔ اشتغال‌بودباطل است، چه حالاتی که برای مجتهد درمورد مسائل‌مشکوك بعدازفحص‌ممکن است پیدا شودتنها همان مورد مفروض نیست ، بلکه نقض میشود به‌شبهات حکمیهٔ وجوبیه ، چه این موارد هم ، ازموارد علم‌اجمالی کلی است بااینکه جل‌اخباریین ملتزم برجوع ببرائت‌شده واحتیاط را واجب ندانسته‌اند و در مورد مفروض هم ، ممکن است شبهه قلیل در کثیر ویاشبهه غیر محصوره باشد که عقل حکم باجتناب نمی کند وحتی ممکن‌است اجتناب مستلزم عسر وحرج باشد پس قاعده اشتغال دراین مقام حکمی نداردزیرا مدرك اصالة الاشتغال قوهٔ عاقله است و آن در جائی حکم باجتناب مینماید که رسم وبناء عقلا برانزجار باشد لیکن این‌مقام ازآن قبیل نیست پس بابیان مذکوراصل عقلائی‌دراشیاء اباحه است نه منع .

**ب - ازلحاظ شرعی :**

ازنظردلائل شرعی نیزبعضی اصل در اشیاء را مادامی که نصی بر آن نباشد حظروبعضی اباحه دانسته‌اند .

قول اول منسوب باخباریها ودوم بمجتهدین است هریك‌برعقیدهٔ خود بکتاب

وسنت وعقل واجماع استناد جسته‌اند ـ بدلائل عقلی در گذشته اشاره شد ومنظوراز بحث کنونی این است که از آیات و اخبار عموم و اطلاقی هست که مبنای تاسیس یکی ازدو اصل شود یا نه ؟

**دلائل قول اول** یعنی اصل حظر شرعی : استدلال قائلین بحظر شرعی اغلب بهمان دلائلی است که در باب احتیاط نیز اقامه ومورد استناد واقع میشود که شیخ انصاری وسایر علماء اصول بتفصیل از آنها بحث نموده‌اند واینك به بعضی اشاره میشود

اول ـ از کتاب ـ ۱ ـ بآیات ناهیه ازقول بغیرعلم ، مانندقوله تعالی« ولاتقف ما لیس لك به علم » و« ان تقولوا علی الله مالا تعلمون » استناد شده ، به بیان اینکه حکم باباحه هنگام جهل بحکم شارع اتباع وقول بغیر علم و کذب بر خدا است که بنص این‌دو آیه حرام است .

۲ ـ استناد نموده‌اند بآیاتی که بر تحریم حکم بغیرماانزل الله دلالت دارد بدین خلاصه که حکم باباحه، درباره اشیائی که احتمال داردحکم دیگری درشرع داشته باشد ، حکم بغیرماانزل‌الله است که خودداری از آن (بجهت بیم ازوقوع در حرام ) واجب است .

۳ ـ آیاتی که نهی از القاء درتهلکه و امر بتقوی مینماید مانند « ولا تلقوا بایدیکم الی التهلکة.. » و« فاتقوا‌الله ماا‌ستطعتم » و« واتقوا‌الله حق تقاته » و« جاهدوا فی الله حق جهاده » بتقریب اینکه ارتکاب مشتبه و مشکوك الحکم ، القاء نفس در مهلکهٔ دنیوی واخروی است ،والقاء درتهلکه بنص آیه حرام‌است وهمچنین ارتکاب مشتبهات وحکم به اباحه آنها برخلاف ومباین امربورع وتقوی ووجوب مجاهده در راه حق است . پس بحکم این آیات پرهیز از مشتبهات لازم است ومعنی اصل حظرهمین است .

٤ ـ آیه‌ای که بیش ازسایر آیات میتواند دلیل ومدرك برای این قول باشد دو آیهٔ ذیل‌ازسورهٔ‌مائده‌است:«یسئلونك ماذا‌احل‌لهم‌قل‌احل‌لکم‌الطیبات وماعلمتم‌من الجوارح مکلبین تعلمونهن مما علمکم الله فکلوا مما‌امسکن علیکم واذکروا اسم

الله علیه واتقوا الله ان الله سریع الحساب. الیوم احل لکم الطیبات وطعام الذین اوتوا الکتاب حل لکم وطعامکم حل لهم .. » ظاهر آیه این است که محللات محصور شده است به طیبات پس هر گاه درچیزی شك بشود که ازطیبات است یانه بااجرای اصل عدم ازحکم حلیت خارج میشود و در نتیجه اصل حظر ثابت میگردد .

استفادهٔ حصر حکم حلیت بطیبات از آیه ازچند جهت است :

یکی ـ آنکه تعلیق حکم بروصف مشعر بعلیت است وچون طیب بودن شیء علت حکم بحلیت شده لذا هر گاه علت موجود نبود و یا شك در وجود علت بشود معلول محقق نخواهد شد .

دوم ـ آنکه مفهوم وصف با تاکیدی که در آیهٔ بعد شده مفید حصر حکم در درشییء موصوف بوصف طیب میباشد لاغیر، چه حکم برموضوع مرکب، مستلزم نفی حکم درموارد عدم ترکیب است . وبعبارت دیگر تعلیق حکم بروصفی درجنس ،مقتضی نفی حکم ازما عدای وصف در آن جنس است چنانکه گفته شده « فی الغنم السائمة یافی السائمة زکوة » یعنی درمعلوف یا درغنم معلوفه زکوة نیست ، دراین مقام هم وقتی گفته میشود طیبات یا اشیاء طیبه حلال است یعنی غیر طیب یا اشیاء خبیثه حلال نیست .

سوم ـ که ازدو وجه اول واضحتر است آنکه بیان حکم و ورود آن درجواب استفهام که صدر آیه یعنی «یسئلونك ماذا احل لهم » بدان تصریح دارد مفید این است که فقط طیب حلال است لاغیر، چه وقتی سئوال میشود که چه چیزهائی حلال است جوابی باید داده شود که باسئوال وفق دهد و آنچه موافق سئوال و درخور خطاب شارع است ، بیان ومعرفی انواع محللات است پس باید جامع آن محللات منحصرا طیبات باشد و لذا این جواب لازم دارد که هر چه از طیباب نباشد ، حرام باشد و بنابراین ، درهرموردی که احرازموضوع (یعنی بودن شیء طیب ) نشود بحکم اصل جایز نیست حکم بحلیت آن بشود بلکه بواسطهٔ عدم صدق موضوع وحتی در حال شك درصدق موضوع حکم بنفی حلیت میشود واین همان معنی حکم بتحریم واصل

حرمت شرعی اشیاء است .

**دوم - ازسنت** - اخبار مورد استناد عبارت از اخباری است که برحرمت ارتکاب مشتبهات ویا وجوب احتیاط ویا توقف عند شبهات دلالت میدارند وبدلالت مطابقه یا التزام مفید حظرمیباشند ازآن جمله است :

۱- قوله (ع) « دع ما یریبك الی مالایریبك فانك لن تجد فقد شیء ترکته لله عج » این خبردررسائل دراخبار احتیاط ، ودرسایر کتب اصول نقل شده است وجه دلالت این است که روایت مشتمل بر کلمه « ما » موصوله است و آن مفید عموم است پس تقدیراین میشود که ترك کن جمیع آنچه موجب ریبه وشك میشود واختیار کن آنچه را موجب شك نمیشود - وچون ارتکاب چیزی که حکم آن معلوم نیست ازچیزهائی است که موجب شك وریبه است پس ترکش واجب است .

۲- فرمایش حضرت صادق درموثقهٔ حمزة بن طیار « لایسعکم فیما نزل بکم مما لاتعلمون الاالکف عنه والتثبت والرد الی ائمة الهدی » .

۳- قول حضرت کاظم(ع)درموثقهٔ سماعه «مالکم والقیاس انماهلك من هلك من قبلکم بالقیاس ثم قال اذا جائکم ما تعلمون فقولوابه و ان جائکم مالاتعلمون فها واهوی بیده الی فیه » .

٤ - حسنهٔ هشام بن سالم قال قلت لابی عبدالله (ع) ماحق الله علی خلقه ؟ فقال ان یقولوا مایعلمون ویکفوا عما لایعلمون .

وجه دلالت این است که این اخبارمتضمن حکم بوجوب کف درمواردی است که علم بحکم آن نباشد ومنع شامل حکم باباحه هم میشود - دیگر آنکه اگر حکم چنین موردی اباحه بود لازم بود شارع بجای کف ازعمل حکم باباحه میفرمود .

۵ - اخبارتثلیث است که ازپیغمبروائمه روایت شده است ازجمله مقبولهٔ ابن حنظله که درباره اخبارمتعارض است وبعداز امرباخذ مشهوروترك شاذ ونادر تعلیل فرموده باینکه در مجمع علیه شکی نیست وفرمود « انما الامورثلاثة امربین رشده فیتبع وامربین غیه فیجتنب وامرمشکل یرد حکمه الی الله ورسوله قال رسول الله (ص)

حلال بین‌وحرام بین وشبهات بین ذلك فمن‌ترك الشبهات نجی من المحرمات ومن اخذ بالشبهات وقع فی المحرمات وهلك من حیث لایعلم ».

وجه دلالت این است که :

اولا ـ امام طرح شاذرا بواسطهٔ ریب وشك بتعلیل باینکه « مجمع علیه لاریب فیه » واجب دانسته است .

ثانیاً ـ استشهاد بتثلیث پیغمبر(ص) فرموده برای طرح شاذ به اعتبار اینکه شاذ جزویکی ازدو قسم بین نیست .

ثالثاً ـ قضیهٔ قوله (ع) « نجی من المحرمات »ازباب تخلیص‌نفس‌ازمحرمات واجب است همچنانکه قضیهٔ قوله (ع) « وقع فی المحرمات و هلك » مفهم حرمت القاءِ نفس‌درمهلکه ولزوم اجتناب از آن است وچون چیزهائی که حکم آنهامشکوك است داخل دردسته سوم میباشد اتیان آنها بحکم ذیل روایت حرام واجتناب از آنها واجب میباشد ومنظورازاینکه اصل دراشیاءِ حظراست جزاین نیست .

**دلائل قول دوم یعنی‌اصل اباحه شرعی :**

دلائل قائلین باین قول درقبال قول اول نیز از کتاب وسنت میباشد وبعلاوه باجماع متمسك شده اند که ذیلا ببعضی اشاره میشود :

**اول ـ کتاب** ـ بآیاتی چند تمسك برمطلوب شده است که از آن جمله است آیه ۱۵ سورهٔ بنی اسرائیل « وما کنا معذبین حتی نبعث رسولا » تقریراستدلال بدو وجه ممکن است :

یکی آنکه رسول عبارتست ازمنبیءِ و مبلغ یعنی ذات با وصف ، وتقدیرآیه چنین است که ازشان ما بدوراست که کسی را درچیزی عذاب نمائیم مگربعد ازآنکه با بعثت منبیء ومبلغ ، حکم‌آن شیء را تبلیغ نمائیم پس دربارهٔ اشیائی که حکم آن معلوم نیست گفته میشود این اشیاء ازچیزهائی است که حکم‌آنها ازجانب خداوند بالعیان بما نرسیده است وهرچه چنین باشد بحکم منطوق‌آیه شریفه درآن عذابی نیست وبعبارت دیگرمعنی‌آیه این است که تا بیان حجت ازما نشود نبودیم که‌عذاب

نمائیم و چون درما نحن فیه بیان تکلیف نشده وحجت و نقلی بر وجوب یا حرمت اقامه نگردیده است پس عذابی برارتکاب آن نیست ومباح است .

دوم ـ آنکه منطوق آیه برعدم استحقاق عقاب قبل از بعثت و مفهوم آن بر استحقاق عقاب بعد ازبعثت رسول دلالت دارد ومعلوم است علت عدم استحقاق قبل ازبعثت رسول نیست مگرعدم بیان ووجه استحقاق بعد از بعثت اتمام حجت و بیان است . پس بعث رسول ، باعدم بیان ، مثل عدم بعث است و اشتراك درعلت ، موجب اشتراك درمعلول است .

پس ازمسلم بودن این مقدمه . گفته میشود : شیء مشکوك ازچیزهائی است که بیانی ازرسول دربارهٔ آن نرسیده وهرچه چنین باشد بحکم آیه ، عذابی در آن نیست پس درشیء مشکوك عذابی نیست که لازمهٔ آن **ترخیص واباحه** است .

فرق بین ایندو تقریراین است که دلالت آیه ، برمطلوب بتقریر اول بمطابقه وبنابردوم بالتزام است .

**ایراد باینکه** مفادآیه اخباربنفی تعذیب قبل از اتمام حجت نسبت بامم سابقه است ومختص بعذاب دنیوی بوده واجنبی از اصل اباحه است وارد نیست چه بودن آیه اخبارازحال امم سابقه منافاتی بادلالت آن برمدعی ندارد زیرا مفادآیه و سوق آن مبتنی برمقتضای عدل وحکمت الهی است ودرعدل وحکمت الهی فرق نمینماید بین امم سابقه ولاحقه وعذاب دنیوی و اخروی که بمراتب شدید تراز دنیوی است بلکه چنین فرقی معقول نیست وبراین سیاق . آیات بسیاری است بمانند « وماکان ربك مهلك القری حتی یبعث فی امها رسولایتلوا علیهم آیاتنا وما کنا مهلکی القری الاواهلها ظالمون » که مؤید وظاهردراین معنی ومبین آن است که حکمت الهی اقتضا دارد هلاك صورت نگیرد مگربعد ازبعث واتمام حجت واینکه هروقت هلاك وعذاب درامتی ازامم واقع شده بعد ازاتمام حجت بوده است وچون تفاوت وفرق درمقتضای حکمت حق جل وعلی راه ندارد وغیرمعقول است لذا ظهورآیه درمدعی بلااشکال میباشد . پس بروجهی که استدلال شد همانطور که فعل حرام یاترك واجب بمستفاد از

آیه بعد از بعث وبیان ، عذاب الهی را بدنبال دارد و از لوازم وآثار ایندو میباشد قبل ازبیان نیز برنفی تحریم بواسطه نفی عذاب دلالت دارد ومراد ازبیان هم ، باقتضای عدل ، وصول آن بوسیلهٔ پیغمبران است نه صرف بیان ولو اینکه واصل نشود .

۲ ـ آیه ۱۱۵ از سوره برائت قوله تعالی « و ما کان الله لیضل قوما بعد اذ هدیهم حتی یبین لهم ما یتقون » . در تفسیر صافی از کافی وتفسیرعیاشی ازحضرت صادق نقل شده است « حتی یبین » یعنی حتی یعرفهم ما یرضیه ویسخطه » درمجمع البیان است « ای ما کان الله لیحکم بضلالة قوم بعد ما حکم بهدایتهم حتی یبین لهم ما یتقون من الامر بالطاعة والنهی عن المعصیة فلایتقون فعند ذلك یحکم بضلالتهم» تقریب استدلال این است که مراد به اضلال حکم بضلالت یا تعذیب دردنیا وآخرت است چنانکه درتفسیر بیضاوی است، ویا خذلان درمقابل توفیق وهدایت است چنانکه در کلام شیخ انصاری است وبهر یك ازاین معانی ، اضلال مترتب نمیشود مگر بر ارتکاب شیئی که باید پرهیز ازفعل یا ترك آن بشود ومادامی که ازطرف شارع آن چیزمعرفی وبیان نشده پرهیزلازم نیست پس شیءِ قبل ازتعریف وبیان حکم آن از قبل شارع ، محکوم باضلال و تعذیب نیست و خلاصه این آیه و آیات دیگری که ظهور دارند دراینکه مؤاخذه‌ای نیست مگربعد ازبیان ، دلیل براباحهٔ شرعی اشیاءِ میباشند .

۳ـ آیة ۱۵۱ ازسوره انعام « قل تعالوا اتل ما حرم ربکم علیکم » وآیه ۳۳ ازسورهٔ الاعراف « قل انما حرم ربی الفواحش ماظهر منها ومابطن.. » وآیه ۱۷۳ ازسوره بقره « انما حرم علیکم المیتة والدم ولحم الخنزیروما اهل به لغیرالله.. » و نظایر آنها که محرمات را برمیشمارد ازآن جهت دلالت برمقصود میدارند که اگر حکم اشیاءِ توقف یاحظربود فایده‌ای برتلاوت وشمارش « ما حرم الله » مترتب نبود بلکه برعکس میبایستی فقط آنچه حلال است مذکور گردد وامر بتلاوت ما احل الله شده باشد .

٤ ـ آیه ۲۸ از سورهٔ بقره « هوالذی خلق لکم مافی الارض جمیعا » اغلب

فقها درمواردی که ازاصالة الاباحه بحث مینمایند این آیه را متذکرمیشوند چنانکه مثلادر بیشتر نوشته‌ها وتحقیقاتی که درباب اطعمه واشربه میشود مقدمتاً یاضمن بحث این آیه مورد استناد است .

وجه دلالت آیه براباحه این است که اولا ـ کلمه « ما » مفید عموم است و مخصوصاً وقتی مؤکد بلفظ جمیع شود ولام در« لکم » بدون شبهه برای انتفاع است پس معنی چنین میشود « خلق لنفعکم جمیع الاشیاء الموجودة فی الارض » .

ثانیا ـ چون حسب ظاهر، آیه درمقام امتنان وتوسعه برعباد است ومقتضای امتنان شمول حکم بر تمام افراد و تعمیم در اشیاء وانتفاع میباشد لذا بدلالت این آیه حکم براباحه جمیع اشیاء بجمیع انتفاعات میشود مگراشیاء یاانتفاعاتی ازاشیاء که بحکم صریح شارع خارج شده باشد .

**دوم ـ سنت** ـ پاره‌ای ازاخباراست که براباحهٔ اشیاء بدانهاممکن است تمسك شود ازجمله :

اول ـ ابن بابویه در من لایحضره الفقیه در بحث جواز قنوت بفارسی از حضرت صادق روایت نموده که حضرت فرمود « کل شیء مطلق حتی یردفیه نهی » نظیراین روایت دربحار مسندا ازحسین بن ابی عبدالله از پدرش از ابی عبدالله (ع) روایت شده است « قال الاشیاء مطلقة مالم یرد علیك امراونهی » ونیزدربحارازعوالی از حضرت صادق (ع) روایت شده « کل شیء مطلق حتی یرد فیه نص » شیخ صدوق ذیل این خبرفرموده است « ومقتضاه اباحة کل شیء مالم یبلغ فیه نهی » .

عده‌ای ازعلماء باین حدیث برای اصل برائت نیزاستناد جسته‌اند وشیخ انصاری دلالت آنرا اظهر از سایر احادیث بر اصالة البرائة میداندواغلب این مستدلین اصل اباحه را بااصل برائت نیزیا متحد میدانند ویا اینکه اباحه را جزئی ازاصل برائت دانسته‌اند همچنانکه اصالة الحل را نیزازاقسام اصالة البرائة گفته‌اند .

تقریب استدلال باین حدیث (که بطرق متعدد واختلاف الفاظ ولی وحدت مضمون نقل شده است ) باهمه وضوح وظهورآن برمنظورازلحاظ بحث وبیان مبتنی برمقدمات ذیل است :

۱ـ آنکه حدیث چه درمقام انشاء وچه درمقام اخبارباشد ازحیث دلالت بر مقصود فرقی نمی نماید زیرا همانطور که اگردرمقام انشاء ازامام (ع) صادر شده باشد ایجادحکم برای موضوع تا غایت معین شده است همینطوردرمقام اخبارهر گاه معصوم اخبار نموده باشد باینکه شیء مادامی که متعلق امریا نهی شارع واقع نشده یا اینکه امر ونهی شرعی بشما نرسیده باشد ذمهٔ شما بلزوم ترك یا لزوم فعل آن مشغول نیست حکم آن نیزهمان حکم انشاء است .

۲ـ مطلق ، ضد مقید است و متبادر از آن اذن و اباحه و یا لااقل رخصت و آزادی درفعل وترك میباشد ومقصود ازاباحه دراین مقام جزاین نیست .

۳ـ آنکه ورود درلغت بمعنی آمدن وبتدریج درآمدن وحاضرشدن و مخالف صدور میباشد چنانکه درقوله تعالی « ولما ورد ماء مدین » آمده است وبهمین معنی درحدیث ، غایت برای اطلاق شیء قرارداده شده است پس برامرونهی شارع باعتبار ایجاد وارسال آن صدور اطلاق میشود اما باعتبار وصول و تعلق امرونهی بمکلفین ورود است وبنابراین لازمهٔ ورود، اذعان مکلف بنسبت وحصول علم بحکم شارع است

٤ آنکه اطلاق وورود نسبی واضافی میباشند ، بدین معنی که اطلاق گاهی درحق جمیع مکلفین و گاهی در حق بعض مکلفین است همچنین ورود گاهی برای جمیع مکلفین و گاهی برای بعض مکلفین میباشد وبااین بیان ، احتمالات عقلیه درمعنی کلام زیاد میشود ، اما باید گفت فقط دومورد آن احتمالات قابل ملاحظه و بحث وتردید است . یکی آنکه مراد ازمطلق ، اطلاق آن درحق هرفردی ازمکلفین باشد ومراد ازغایت اطلاق، کفایت ورود امرونهی ولو بیك فرد ازمکلفین باشد که معنی حدیث چنین شود ـ هرچیزی نسبت بهریك ازبندگان مطلق وآزاد است تا اینکه نصی ولو بیك فرد ازمکلفین برسد ـ پس هر گاه نهی یا امری ولو بیك فرد وارد وواصل شد اطلاق شیء نسبت بهریك ازمکلفین مرتفع میشود .

مرحوم آخوند خراسانی این معنی را ظاهرازاطلاق وورود درحدیث مذکور دانسته ودلالت آنرا براباحه وبرائت شرعی بالاستقلال بعلت بودنش خلاف ظاهرمنع

فرموده است واضافه فرموده که بضمیمهٔ اصل عدم ورود نهی هرچند استدلال صحیح و تمام است و حکم باطلاق واباحهٔ مجهول الحرمه میشود اما در این صورت دلیل اخص ازمدعی خواهد بود چه دلیل اختصاص خواهد داشت بموارد اشیائی که اصلا علم بورودنهی از آنها نباشد لیکن هر گاه درشیئی علم بورودنهی درزمانی و علم باباحه در زمان دیگر باشد وازحیث تقدم وتأخردوحکم مشکوك باشند در این فرض مجهول الحرمه صدق می کند ولی ممکن نیست باصل احرازعدم ورودنهی بشود زیرا بواسطه علم بارتفاع عدم ، وانتقاض آن بوجود ، اصل عدم ممتنع است جاری شود .

**مورد دیگر** آنکه مراد ازمطلق ، مانند احتمال قبل ، اطلاق شیء نسبت بهر فردی ازافرادمکلفین باشد اما مراد ازورود نهی در هرموردی نسبت بشخصی باشد که حکم مغیی نسبت بآن است یعنی حکم اطلاق نسبت بهرشخصی تا زمان ورود و وصول نهی نسبت بهمان شخص جاری باشد و برعکس فرض سابق ، صرف صدورآن ازشارع ، ورسیدن آن بفردی یا افرادی از مکلفین ، نسبت به مکلفین واشخاصی که امریا نهی بآنها نرسیده بلااثر، ومطلق همچنان نسبت بآنها باطلاق خودباقی باشد .

فرق بین ایندو احتمال این است که بنا بر اول ، اگرشك حاصل شود در ورود نهی ووصول آن حتی بیك فرد چون شك درتحقق غایت است تمسك بحکم مغیی جایز نخواهد بود مگراینکه عدم وجود غایت باصل عدم محرز گردد واما بنا برثانی با تمسك بغایت اخذ بحکم مغیی جایزاست زیرا نسبت بشاك، علم بعدم تحقق غایت حاصل است واینکه در «نتائج الاصول» گفته شده مراد ازحتی یردحتی یعلم است همین معنی است واین معنی اظهرازاحتمال ومعنی اول میباشد زیرا اولا ـ غایت ومغیی بایستی متناسب باشند .

ثانیا ـ احتمال اول مخالف مرکوزات ذهنی وعقلائی است چه بنا براین احتمال هر گاه فرضا برای یکنفر ازمکلفین علم بنهی شارع حاصل شود بر تمام مکلفین احتیاط بایستی واجب گردد واین چنین امری، مخالف عقل واجماع ونظام است .

۵ ـ آنکه روایت هرچند از آحاد است اما منجبر بعمل اصحاب و بعلاوه دارای تواترمعنوی است .

پس ازتوجه باین مقدمات متذکر میشویم که قول امام (ع) «کل شیء مطلق» مثلا دلالت دارد برثبوت اباحه واطلاق هرشیئی بمقتضای عموم افرادی که مستفاداز سورقضیهٔ کلیه ، یعنی کلمه « **کل** » است و نیز باقتضای اطلاق وعموم احوالی بر ثبوت اباحهٔ شیء ، درهرحال ، دلالت میدارد . پس جمله مذکور، برثبوت اباحه، برای هرشیئی، درهرحال ، حتی حال شك دراباحه وحرمت ، دلالت دارد .

اما اباحه واطلاقی که برای هرشیء درهرحال ( غیرازحال مشکوك الحرمة والاباحة) ثابت میشود اباحهٔ واقعیه است برخلاف اباحه‌ای که برای حال مشکوك ثابت میشود که اباحهٔ ظاهریه است ـ این خلاصه‌ای ازمدلول ومفاد مغیی است یعنی کل شیء مطلق .

اما غایت یعنی مثلا « حتی یرد فیه نهی » یا « امرونهی یا نص » بقرینهٔ کلمه « **حتی** » دلالت براستمرار و ادامهٔ حکم ما قبل حتی تازمان ما بعد آن دارد . و بعبارت دیگر غایت ، رفع ابهام ، ازمغیی می نماید وحکم آنرا ازحیث طول زمان و قصر آن محدود میسازد چه واقعی وچه ظاهری باشد . پس اگر ماقبل **حتی** یعنی مغیی حکم واقعی باشد غایت نیز امری واقعی و مفید این است که حکم مزبور بر واقعیتش تا وجود غایت استمراردارد واگرمغیی حکم ظاهری باشد غایت هم امری ظاهری خواهد بود بمعنی اینکه حکم مزبور بر ظاهر یتش استمرار دارد و ادامه مییابد تا وجود غایت ، وانفکاك غایت ازمغیی باینکه یکی ظاهری ودیگری واقعی باشد ممتنع است .

**وهم ودفع آن :**

بر این بیان توهم اشکالی میشود باینکه هرگاه مغیی ، در معنی عام استعمال شود ، لازم میآید غایت ، یعنی حتی یرد فیه نهی ، دربیشتر از یك معنی استعمال شده باشد زیرا اباحه واطلاق واقعیه تا زمان صدور نهی ازشارع استمراردارد

هرچند ورود آن نسبت بیك نفر باشد درصورتی که اباحه واطلاق ظاهریه ، تازمان حصول علم بصدورنهی ، استمراروادامه میدارد پس لازم میآید ورود هم بمعنی صدور وهم بمعنی علم بصدورباشد .

**دفع این توهم** ازدوراه نقض وحل واضح است چه :

**اولا** ـ کسانی که این اشکال را نموده‌اند معتقدند باینکه : ظاهر وسوق صدراین روایت ، هرچند باقطع نظر ازغایت ، برروش دلائلی است که متکفل بیان احکام واقعیه برای اشیاء بعناوین اولیه آنها میباشد نظیرقولش « واحل لکم ما فی الارض جمیعا » لیکن غایت مذکوردرذیل آنها موجب ازبین بردن این ظاهراست زیرا حکم واقعی ، مغیی بعلم بخلاف نمیباشد ، بلکه غایت حکم‌واقعی انتهای‌زمان آن واقعا وبحسب جعل شرعی‌است مانند غروب که غایت ازبرای وجوب صوم‌است یا تبدل موضوع وانقلاب آن ازحالی که داشته است مانند غلیان عصیر که موجب رفع حکم حلیت است اما علم بضد حکم‌یا موضوع ، غایت حکم واقعی نیست‌بلکه این علم ، غایت حکم ظاهری میباشد بجهت اینکه ، غایت حکم‌ظاهری ،انکشاف خلاف وتبدل شك ، بعلم است و مفاد روایت ، دراین صورت این است که : آنچه حلیت وحرمت آن مشکوك است محکوم‌باباحه وحلیت ظاهری است تااینکه‌خلافش ظاهروعلم بحرمت‌آن حاصل آید وبنابراین روایت محتمل معنی واحدی است که بحسب اقتضای ظاهرلفظ ، اصالت اباحهٔ ظاهری ، میباشد .

حال، نقضی که براین قائلین وارد میشود این‌است که غایت در این روایت و وروایات مشابه « حتی یرد ـ حتی تعلم وحتی تعرف » میباشد وبنابراین قول هم ، استعمال لفظ ، یعنی علم دربیشترازیك معنی وبعبارت دیگردرمعنی حقیقی‌و مجازی لازم میآید زیرا علمی که حاصل شود ازادلهٔ شرعیه نسبت بشبهات حکمیه باآنچه ازامارات خارجیه نسبت بشبهات موضوعیه بدست‌آید، فرق دارد وحتی گاهی دلائل شرعیه مفید ظن‌بیش نیست ومع الوصف ، بواسطهٔ ادلهٔ اعتبارآن ، داخل درموضوع علم است وازحکم مغیی دراین روایات خارج شده وداخل درمستثنی یا غایت است .

**ثانیاً** ـ از راه حل پاسخ این است که : گفته شد ورود بمعنی مخالف صدور

است النهایه ، تصادق موردی ، پیدا میکنند چنانکه بر کلام یا فعل مثلا باعتبار متکلم یافاعل **صدور** ، وباعتبارمخاطب ومورد **ورود** ، گفته میشود . پس برای این که ورود مصداق پیدا نماید کافی است که حکم شیء از شارع صادر وبیك نفر از مکلفین رسیده باشد ودراین صورت انتهای حکم مغیی ، انتهای واقعی است اما از آنجائی که سایرمکلفین با آن یکنفردرتکلیف شریکند وازطرفی بواسطهٔ بعدزمانی یا مکانی، یا هردواحتمال میرود که حکم ، پس ازصدور ازشارع . ووصول به‌بعضی ازسایرین‌مخفی مانده باشد دربارهٔ آنها هم ، بواسطهٔ قبح عقاب بلابیان ، و تکلیف مالایطاق ، علم بورود ، نیزملاك میباشد چنانکه دراخباردیگر این باب هم تصریح به « حتی تعرف و حتی تعلم انه حرام » شده است النهایه این علم که در غایت اخذ شده ، کاشف وطریق بآن چیزی است که غایت حقیقی برای حکم مغیی است پس غایت درتمام موارد واحوال اشیاء ، ودرباره تمام مکلفین ، یك چیزاست وآن‌حکم خاص متناسب با هرمورد است که ازطرف شارع برحسب دواعی و خواص موجودهٔ دراشیاء صادر واعلام میشود ودرخصوص این احکام ، مکلفین صدراول ، باآنهائی که درزمان آخر باشند فرق ندارند بلکه تفاوت وفرق آنها دراسباب ووسائل تحصیل علم است که دربرخی بی واسطه یاباواسطهٔ کمترحاصل میشود ودربرخی دیگرواسطه زیادتراست وبدیهی‌است که‌بواسطهٔ تعدد اسباب ودلائل موجب علم،علم متعدد نمیشود پس مانع ندارد حکم مغیی ، باطلاقش شامل حکم واقعی‌وظاهری باشد وغایت هم بطور اطلاق ، محدد و غایت هر دو بشود مانند روایت مورد بحث ویا اگر غایت صلاحیت برای تحدید هردوحکم ندارد چنانکه مثلادرموثقهٔ عمارازابی عبدالله (ع) است « کل شیء نظیف حتی‌تعلم انه قذر فاذا علمت فقد قذروما لم تعلم‌فلیس علیك » پس غایت ، فقط غایت وحد حکم ظاهری مغیی باشد بدین معنی که مغیی ، بعموم افرادی ، برحکم واقعی وباطلاق وعموم احوالی (که از جمله حال شك در حکم شیء است) برحکم‌ظاهری ، وبغایت بر استمرار حکم ظاهری تا زمان علم بخلاف آن ، دلالت نماید .

تا اینجا بحث روی این فرض است که «حتی» برروشی که دانشمندان اصول گرفته‌اند بمعنی الی باشد اما باید توجه داشت که درمثل مورد بحث که « حتی » داخل برمضارع منصوب میشود ممکن است برای یکی ازسه معنی باشد .

۱ـ مرادف الی مثل قوله تعالی « لن نبرح علیه عاکفین حتی یرجع الینا موسی » ـ یعنی .

۲ـ مرادف « کی » تعلیلیه است مثل قوله تعالی «ولایزالون یقاتلونکم حتی یردوکم » و «هم الذین یقولون لاتنفقوا علی من عند رسول الله حتی ینفضوا » .

۳ ـ مرادف « الا » در استثناء است چنانکه بعضی ازجمله ابن مالك و ابن هشام خضراوی دراین جمله ازآیه۱۰۲سوره بقره « وما یعلمان من احد حتی یقولا» گفته‌اند « حتی » بمعنی « الا » میباشد ونیزظاهرازاین بیت که منسوب به ابن مالك است : « لیس العطاء من الفضول سماحة حتی تجود ومالدیك قلیل » این‌است که « حتی » بمعنی الا آمده است . ونیزابن هشام ازاین قبیل قرار داده حدیث « کل مولود یولد علی الفطرة حتی یکون ابوانه الذان یهودانه وینصرانه » .

اینك اگر درروایات گذشته دقت شود معلوم میگردد :

**اولا** حتی بمعنی« کی» تعلیلیه نمی‌تواند باشد زیرا ما بعد حتی در هیچیك از این موارد علت برای حکم ما قبل حتی نیست .

**ثانیا** ـ اگرچه ممکن است درروایات مذکورحتی‌مرادف الی باشد چنانکه بحث شد اما ازشرایط آن اینست که باید ما بعد حتی ، یا جزءِ آخر از ماقبل آن باشد مانند « اکلت السمکة حتی راسها » یاملاقی‌جزءِ آخر باشد چون « سلام هی حتی مطلع الفجر » که طلوع فجر ملاقی جز آخرشب قدراست . دیگراینکه هر گاه قرینه‌ای بردخول وعدم دخول ما بعد حتی درحکم ماقبل حتی نباشد کلام بردخول مابعد حتی‌درحکم‌ماقبل آن حمل میشود همانطور که درمثل آن قضایا درالی حکم میشود بعدم دخول ، وحتی ازشیخ شهاب الدین قراعی نقل عدم خلاف شده است‌در

وجوب دخول مابعد حتی درماقبل آن . اما این شرایط وخصوصیات درروایات این باب متصور نیست و بعلاوه در مواردی که حکم خاص اشیاء وارد شده ومعلوم است ظاهر این است که این اشیا ازحکم «کل شیء» خارج شده نه اینکه آن حکم را مقید ساخته باشد پس بنابراین مانعی ندارد که «حتی» مرادف «الا» دراین روایات باشد ومعنی چنین شود هرشیئی مباح ومطلق است مگراینکه عام بخلاف آن حاصل شود . ودراین صورت اشکال (باینکه ازمغیی ، معنی فهمیده نمیشود ، مگر باملاحظه غایت ومراد ازورد مذکور درغایت هم . چنانکه شناخته شد ، چون ورود نهی است درشیئی ، بحیثی که بمکلف برسد ومکلف علم بآن پیدا نماید لذا مغیی ، مختص بحکم ظاهری وبیان اصل اباحة ظاهری است) وارد نمی آید تا محتاج بدفع باشد .

وبهرحال این روایت وروایات دیگر که نظیر آن هستندودر کافی و کتب معتبره دیگرذکرشده اند ازقبیل «کل شیء حلال حتی تعرف انه حرام» ـ یا «کل شیء هولك حلال حتی تعلم انه حرام بعینه فتدعه» نص در اباحه در مجهول الحرمة میباشند واخبار احتیاط هم باآنها معارضه نمینماید چه اخبار احتیاط (برفرض اینکه دردلالت آنها اشکال نشود ، بدون استثناء حتی اخبار تثلیث ) محمول برصورت علم اجمالی بحرمت ، در مشتبهات محصوره اندوممکن است برجحان احتیاط نیز حمل شوند ، بخلاف این روایت که نص است و قابل حمل برمعنای دیگر نمیباشد واز برای آن هیچ محملی غیرازاباحه درتصرف دراشیاء نیست وباتفاق علماء بیان حکم کلی اشیاء از آن استفاده شده است . و در روایت دیگری که در کافی باب نوادر معیشت ازمسعدة بن صدقه ازابی عبدالله علیه السلام نقل شده این معنی بطوروشنترو این چنین بیان شده است : «قال : سمعته یقول : کل شیء هولك حلال حتی تعلم انه حرام بعینه فتدعه من قبل نفسك و ذلك مثل الثوب یکون قداشریته وهوسرقة او المملوك عندك ولعله حرقدباع نفسه اوخدع فبیع اوقهراوامراة تحتك وهی اختك اورضیعتك والاشیاء کلها علی هذا حتی یستبین لك غیرذلك او تقوم به البینة»

**دوم** - خبری است صحیح که در کافی ازعبدالله بن سنان از ابیعبدالله علیه السلام روایت شده که فرمود « کل شیء یکون فیه حرام وحلال فهو حلال لك ابدا حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه » ونزدیك باین خبرصحیحهٔ دیگری است ازابن‌سنان ازابیجعفر علیه السلام تااینکه حضرت در پاسخ سائل ازجبن میفرماید : « سأخبرك عن الجبن وغیره کل ماکان فیه حلال وحرام فهولك حلال حتی‌تعرف الحرام منه‌بعینه فتدعه » دراین روایت حکم کلی اشیائی که مخلوط و مشتبه میباشند ازنظر اینکه ممکن است متعلق فعل انسان یعنی مکلف واقع شوند تعیین گردیده است .

دانشمندان وعلمای اصول‌وفقه درمعنی‌حدیث اولی وجوهی واحتمالاتی ذکر کرده‌اند ازجمله شارح وافیه (سید صدرالدین) احتمال سه معنی برای این حدیث داده است باین ترتیب :

۱- آنکه هرفعلی از افعال که متصف بحلیت و حرمت میشود و هرعینی از اعیان که متعلق فعل مکلف ومتصف باین دوصفت بشود هر گاه حکم خاص بآن از حلیت وحرمت معلوم نباشد حلال است .

بنابراین یعنی توصیف شیء به « فیه حلال وحرام » افعال اضطراریه واعیانی که متعلق فعل مکلف نباشند وآنچه حلیت ویاحرمت‌آن بعینه معلوم باشد بلحاظ عدم اتصاف آنها باین دو باهم واینکه حکم‌آنها علیحده معلوم است از حکم روایت خارجند پس غرض ازذکر وصف مذکور دوچیزاست : یکی احترازازمعلوم‌الحکم است که درنتیجه معلوم الحرمة ابتدائی بقوله « فیه حلال وحرام » خارج میشود و معلوم الحرمة ثانوی که بعد ازوجود شك علم حاصل شود ( مانند موضوع مرد دی که بنابرحلیت آن گذاشته شود وبعد علم حاصل شود باینکه ازمصادیق حرام‌است) بغایت یعنی « حتی تعرف..» خارج میگردد .

دیگری بیان حکم چیزی است که درآن اشتباه باشد ، پس حاصل معنی‌آن است که آنچه مشتبه است و احتمال حرمت و هم حلیت درآن میرود حلال است ، خواه از قبیل شبهات موضوعیه وبروجهی باشد که بین عنوان مشتبه ، و بین دو کلی

معلوم‌الحکم عموم من وجه باشد یعنی حکم فوقش معلوم باشد مانند گوشتی که از نوع حلال باشد ولی مردد باشد بین مذکی ومیته پس در این مثال مثلا نسبت بین عنوان گوشت گوسفند وهریك ازمذکی ومیته عموم من وجه است که اگر اندراج فرد مشتبه درتحت یکی از این دو کلی دانسته شود حکم آن معلوم میگردد . و یا بروجهی باشد که بین عنوان مشتبه وبین دو کلی معلوم‌الحکم عموم وخصوص مطلق باشد بدین معنی که عنوان مشتبه ، ازآندو ، عام باشد وحکم کلی تحت آن معلوم باشد مانند مایع مرددبین‌شراب وسرکه که حرمت شراب وحلیت سرکه معلوم‌است و اگر علم بتحقق عنوان مشتبه درضمن یکی ازاین دوحاصل شود حکم فرد مشتبه معلوم میگردد .

وخواه ازقبیل شبهه حکمیه‌بمانند شرب توتن ولحم حمیرباشد که اصلاحکم آن مشتبه وحلال یاحرام بودنش محتمل است .

۲ـ آنکه هرچیز که درآن حلال وحرام نزد مکلف است بدین معنی که مکلف آنرا درپیش خود تقسیم مینماید باین دوقسم و بیکی از ایندو حکم مینماید بدون تعیین یعنی معین ازایندورا نمیداند آن چیز برایش حلال است .

۳ـ آنکه هرشیءٍ که برای آن دوصنف یا دونوع باشد که معلوم است شارع بحلیت یکی و بحرمت دیگری حکم داده ولی فردی ازآن معلوم نباشد درتحت کدامیك ازدوصنف یا دونوع وارد است ، آن مشتبه ، محکوم بحلیت خواهد بود تاخلافش ثابت شود .

وبعبارت دیگر مراد از « شیءٍ » مذکور درروایت ، فردجزئی معین باشد که احتمال حلیت وحرمت آن میرود یعنی اشتباه ناشی شود ازاینکه آیا آن شیء ، فردی ازحلال است یاحرام ؟ درحالیکه علم بحلال وحرام آن دوطرف بواسطه نص شارع هست .

وبهرحال ، حاصل این دوتعبیر یکی است ونسبت بدومعنی اول اخص است و صرفاً برشبههٔ موضوعیه منطبق میشود و بهمین جهت مورد استفاده قائلین باحتیاط

وتوقف میباشد ، اما برعکس ، دومعنی اول عام است و بر گشت معنی دوم باول ، ومفید مقاله قائلین باباحه وهم شامل شبههٔ حکمیه میباشد .

صاحب مناهج ( فاضل نراقی ) براحتمالات مذکور سه احتمال دیگر افزوده که ذکر آن احتمالات واقوال وبحث درچگونگی آنها درخور این مقام ومفید بمرام نیست . شیخ انصاری بااشاره باستدلال شارح وافیه فرموده است مفادا آنکه :

۱ــ مراد بشیء ظاهرا خصوص مشتبه نیست تاروایت برمانند گوشت گوسفند محتمل بین مذکّی و میته وشرب توتن ولحم حمیر چنانکه مستدل مثال زده است صادق آید زیرا ارجاع ضمیر درلفظ « منه » اگرچه بفعل مشتبه الموضوع درمانند گوشت مورد مثال بااستخدام صحیح است باینکه در معنی کلام گفته شود : هرفعل مشتبه الموضوعی که محتمل حلیت و حرمت است برایت حلال است تااینکه حرام ازنوع آنرا درخارج بشناسی . لیکن ارجاع ضمیر مزبور بفعل مشتبه الحکم ( در مانند دو مورد اخیر از مثال ) بااستخدام هم جایز نیست . چه نوعی درآنها وجود ندارد که قسمی ازآن حلال، وقسمی حرام باشد تابتوان برسبیل استخدام ضمیررا ارجاع نمود .

۲ــ مراد بقوله علیه السلام « فیه حلال وحرام » ظاهراین است که شیء بحلال و حرام بالفعل منقسم شود ( بدین معنی که قسمی از آن حلال و قسمی از آن حرام باشد ومشکوك معلوم نباشد از کدام قسم است مانند لحم مشکوك بین مذکی ومیته یا مایع مشکوك بین شراب وسرکه ، که هریك ازلحم ومایع، بالفعل منقسم بحلال وحرام میشود ) واین معنی تصور نمیشود مگر درشبهات موضوعیه . اما در شبهات حکمیه قسمت فعلی نیست بلکه تقسیم برمبنای فرض واحتمال وتردید صرف است مثلا شرب تتن ، از برای آن دوقسم حلال وحرام نمیباشد پس صحیح نیست گفته شود شرب تتن « فیه حلال وحرام » مگر بنوعی ازتأویل که ظاهر لفظ مساعدآن نمیباشد . سپس شیخ در صدد معنی حدیث برآمده وفرموده « فالمعنی والله العالم » این است : هر چیز که درآن قسمی حلال وقسمی حرام است ( مانند مطلق گوشت

گوسفند که بین مذکی ومیته مشترك است ) پس این کلی برای تو حلال است تااینکه قسم حرام معین در خارج را بشناسی پس چون شناختی آنرا ترك نما . و بنابراستخدام درضمیر « فیه » و « منه » مراد این است که : هرچیز جزئی خارجی که درنوعش دوقسم حلال و حرام هست پس آن چیز برای تو حلال است تا قسم حرام ازاین کلی را درخارج بشناسی پس چون شناختی از آن اجتناب کن .

پس بهرتقدیر ، حدیث اختصاص بشبههٔ موضوعی دارد وشامل شبهات حکمیه براین تعبیر نمیشود .

تعبیرشیخ که تقریبا همان معنی سوم شارح وافیه‌است باهمه متانتش نیزخالی ازتاویل وتردید نیست چه : اولا ـ درمعنی دوم بنابراستخدام گذاشته شده . ثانیا ـ درمعنی اول « کل شیء » بمعنی « کل کلی » گرفته شده‌است درحالی که این معنی بر خلاف وضع کل است زیرا لفظ « کل » بتعبیر نحویین موضوع است از برای استغراق افراد نکره مثل کل نفس‌ذائقةالموت وافراد معرفهٔ مجموع مثل کلهم آتیه واجزاء مفرد معرفه‌مثل کل زید حسن ـ یا ـ کل رغیف زیدا کلت وچون دراین مقام مضاف الیه « کل » نکره است معنی آن استغراق افرادی میباشد. پس دراین‌حدیث برحسب معنی وضعی، مراد از « کل شیء » استغراق افراد شیء است واگرهم گفته شود فرد کلی ازشیء ، نیزفرد شیء است وشیء همانطور که مثلا برلحم جزئی‌صدق میکند ، برلحم مطلق و عام هم ، که درتحت آن افرادی است ، گفته میشود اما اختصاص آن بفرد اخیر بدون دلیل است .

**ممکن است** گفته شود ، دلیل اختصاص آن بفرد اخیر قرینهٔ « فیه حلال و حرام » منضما بغایت یعنی « حتی تعرف‌الحرام بعینه » میباشد چه جملهٔ اول دلالت دارد براینکه مراد ، شیء قابل تقسیم میباشد ، وغایت بقرینه « بعینه » دلالت دارد براینکه تقسیم نسبت بافراد موجود درخارج است که قابل تعیین وتشخیص حرام میباشد .

**جواب اینست که** : ظاهراز کلمهٔ « فیه‌حلال » داخل بودن شیء درشیء است

وعطف بواو هم ، ظاهردرجمع است نه تقسیم ، پس استفادهٔ تقسیم ، محتاج بتأمّل ودقت عقلی ومعنی التزامی است ومستفاد ازغایت هم تنها تقسیم بافرادنمیباشد بلکه برمرکباتی که ترکیب آنها مزجی نیست صدق میکند ، مثلا گوسفند خودش شیئی است که درآن، اجزائی حلال ، واجزائی حرام، واجزائی مشتبه ومحتمل بین آندو حکم است که بموجب دلالت این حدیث مادامی که حکم جزءِ مشتبه دانسته نشود، باجزاء حلال درحکم ملحق میشود .

بعبارت دیگرقرینه‌ای موجود نیست که باعث تخصیص وتقیید عموم و اطلاق حدیث گردد واگر گفته شود مورد حدیث خاص است اولاخاص بودن مورد موجب تخصیص وتقیید حکم نمیشود . ثانیاً صحیحهٔ اول که ذکرشد اختصاص بمورد ندارد یعنی درمورد خاصی ذکرنشده است .

**شایـد ادعا** شود ازکلمهٔ « بعینه » شخص موجود درخارج متبادر است و از این جهت هم مختص بشبهات موضوعیه است .

**اما این ادعا** ممنوع‌است چه ظاهراً قوله « بعینه » بمعنی «بخصوصه» میباشد وبرفرض اینکه مراد ازآن ، عین موجود درخارج هم باشد مضر بمطلوب نخواهد بود چه لحم مثلا برفرض اشتباه موضوعی ، یا اشتباه حکمی ، عین خارجی است و شرب تتن اگرچه داخل درتقسیم نیست مگر با تأویلات بعیده لیکن بانبودن قول بفصل داخل درحکم است .

ومحتمل است « فی » در « فیه حلال .. » بمعنی مقایسه که یکی از معانی دهگانه آن است گرفته شود ودراین صورت معنی روایت چنین میشود « هرچیزی که مقایسه میشودآن چیز باحلال وحرام ( یعنی عرضه میشود آن چیز براین دو ونسبت گرفته میشود بین آنچیز واین دو حکم ) پس آن چیز حلال است تااینکه حرام آنرا بخصوصه بشناسی پس چون شناختی آن حرام را واگذار . و بنابراین نیز حکم تعمیم میدارد .

وبهرحال چون موجبی برای تخصیص وتقیید حدیث نیست بهتراست (همانطور

که ظاهر نظر فاضل نراقی در مناهج میباشد ) محمول برمعنی عام یعنی معنی ششم از معانی محتمل فاضل نراقی شود که مفاد آن تقریباً ازحیث تعمیم منطبق برمعنی اول ودوم سید صدر میباشد واجمالا چنین است : هرشیئی که ازبرای آن دونوع یا انواعی است و درحلیت وحرمت فردی یا صنفی ، بجهت اشتباه درحکم ، یا اندراج آن تحت یکی ازدونوع ویا درنوعی ، دراینکه آیا آن نوع نیز حلال است یاحرام، امرمشتبه شود پس آن شیء ، ازبرای توحلال است . مثال آن در گوشت ظاهراست چه در گوشت حلال وحرام ـ مذکی ومیته ـ ولحم غنم وخنزیر وحمیر است وامر لحم ممکن است مشتبه شود ازجهت اینکه مذکی ومیته بودن آن معلوم نباشد و یا معلوم نباشد ازحرام یا ازحلال است ویااینکه معلوم نباشد فی نفسه چطور است ؟

ظاهرا دلالت این حدیث نسبت بتمام این احوال شمول دارد مگر اینکه مخصص خارجی پیدا شود وبهرحال این صحیحه نیزبراباحهٔ آنچه نصی در آن نباشد ویا درحکم ما لانص فیه باشد ( مانند موارد تعارض نصین ) دلالت دارد .

**سوم** ـ علاوه براخبار مذکور، بعضی ( ازجمله فاضل نراقی ) باخباری که دلالت دارد برحصرحرام، بآنچه درقرآن بحرمت آن تصریح گردیده‌است استدلال برحلیت یا اباحه نموده‌اند . ازآن جمله : **یکی** صحیحهٔ محمد بن مسلم و زراره ازابیجعفر(ع) است که سؤال کردند ازگوشت حمار اهلی ، حضرت فرمود: « نهی رسول‌الله صلی‌الله‌علیه‌وآله عن اکلها یوم خیبر ... الی ان قال وانما الحرام ما حرم الله فی القرآن » . **دیگری** نیز صحیحهٔ محمد بن مسلم از ابیجعفر (ع) کـه درآن است « .. ولیس الحرام الا ما حرم الله فی کتابـه » درصحیحه **سوم** است « .. وانما الحرام ما حرم الله و رسوله فی کتابه » درخبر **چهارم** زراره از امام روایت نموده « .. قال ان اکل الغراب لیس بحرام انما الحرام ما حرم الله فی کتابه » .

تقریب استدلال این است که این اخبار برانحصار حرام بآنچـه در قرآن حرام شده است دلالت دارد وماسوای آن مباح میباشد . پس آنچه بدلیل خاص ، از اباحه خارج نشود درحکم عام ، باقی میماند واین حکم عام ، شامل اعیان وافعال

میشود و اینکه این اخبار ، درموارد سؤال از مأکولات است ، ضرری بعموم حکم آن نمیرساند چه ملاك درشمول وعموم حکم، عموم جواب است وبعلاوه کسی قائل بفصل نشده است .

**چهارم** ـ روایاتی است که دلالت دارند براینکـه ، هرچیزی حلال است تااینکه علم بحرمت خصوص آن حاصل شود . این دسته ازروایات نیز زیاد است از جمله : وارد شده در شراء غنم وابل ازسلطان باعلم باینکه سلطان بیش از حقی که واجب است اخذ مینماید « من ان‌الابل والغنم مثل الحنطة والشعیروغیرذلك لابأس به حتی‌تعرف‌الحرام بعینه » قول امام « وغیرذلك » عام‌است که شامل افعال واعیان میشود ونظائراین اخبار زیاد است که بیشتر درشبهۀ موضوعیه بآنها استناد مینمایند ودرمقام نیازی بذکر آنها نیست .

**رجحان دلائل اصل اباحه :**

چنانکه دیده شد برای هریك ازدوقول دلائلی از کتاب وسنت موجود است لیکن بادقت وتامل دردلائل ، معلوم میشود که دلائل شرعی اباحه ، بردلائل حظر رجحان دارد وبلکه تعارضی بین آندونیست چه :

**اولا** ـ آیاتی که از کتاب ، درحظر ، مورد استناد واقع شده است بطور کلی باوجود دلائل اباحه برحظر دلالت ندارد زیرا بعد از قول باباحه شرعی و امن از عقوبت درنزد عقل ارتکاب شبهه مهلکه‌ای درپی‌ندارد وقول بغیرعلم ومخالفت تقوی هم لازم نمیآید واما آیات **دسته چهارم** ممکن است ادعا شود ، که دلیل له اصل اباحه است نه علیه‌آن ، چه طیب مقابل خبیث است بدین معنی که عدم خبیث طیب است پس آنچه نیاز باثبات دارد خبث است وهمینکـه بروجود خبیث دلیلی نباشد بااصل عدم خبیث ، طیب بودن شیء ثابت میشود و اگر طیب هم ، وصف وجودی فرض شود که وجودآن محتاج باثبات باشد صدر وذیل‌آیات ، اختصاص آنها را بما کولات وذبایح میرساند وحد اکثراستفاده‌ای که ممکن است از آن بشود،درمثل اصل عدم تذکیه دربارۀ لحوم ، یعنی اصل موضوعی‌است که هرگاه سلیم ازمعارض

باشد رجوع بآن معین است نه اصل حظر دراشیاء . وبنابراین رفع ید ازاصل حل واباحه نمیشود .

**ثانیا** ـ اخبار بسیاری که وارد شده دربارهٔ وجوب توقف عند الشبهة ویاوجوب احتیاط ، وقائل بحظر بآنها متمسك است ( چنانکه برخی ازآنها را دیدیم ) بمنظور مستدل وافی نمیباشد چه اخباریکه دال بروجوب توقف است اغلب معلل است باینکه وقوف درشبهه بهترازافتادن درمهلکه است . وبدیهی است درشبههٔ بدویه بادلالت نقل براباحه وعقل بقبح تکلیف بلابیان مهلکه‌ای نیست . و اخباری که دال بروجوب احتیاط است معارض بااخباراباحه وحلیت وبرائت است بااینکه اخباراباحه وبرائت اخص واظهرازاخباراحتیاط است زیرا اخباراحتیاط شامل شبهات وجوبیه وتحریمیه وهم شامل شبهات بدویه وموارد علم اجمالی میشود ، در صورتی که اخباراباحه و برائت اختصاص بشبهات بدویه وشبهات تحریمیه دارد ـ وبعلاوه اوامراحتیاط برای ارشاد است وبرحسب اختلاف موارد ، ارشادازحیث ایجاب واستحباب مختلف میشود مثلادرموارد علم اجمالی وشبهات بدویه قبل ازفحص، احتیاط واجب ، ولی دربرخی موارد دیگر مستحب است .

مؤید این مطلب (که این اخبار برای ارشادند ) این است که اگراینها دال بر وجوب احتیاط در تمام شبهات باشند ، لازم میآید لامحاله و بالاجمال تخصیص آنها ببعض شبهات ودر نتیجه تخصیص اکثرلازم می آید . زیرا در شبهات موضوعیه مطلقا ، ودرشبهات حکمیهٔ وجوبیه باتفاق ، حتی نزد قائلین باحتیاط ، احتیاط واجب نیست وبخصوص فرمایش امام درذیل خبرتثلیث این ادعارا ثابت مینماید چه ظاهر از قول امام (ع) « و من اخذ بالشبهات وقع فی المحرمات » ملازمه بین تعرض شبهات ووقوع درمحرمات است . پس اخذ وارتکاب شبهات بنفسه ازمحرمات نیست بلکه مستلزم وقوع درمحرمات است . بنابراین نهی ازاخذبشبهات برای ارشاد بعدم وقوع درمحرمات است وتنبیه براین است که پرهیزازشبه باعث پیدایش ملکه‌ایست که انسان را ازارتکاب محرمات بازمیدارد ـ چنانکه ارتکاب واخذ شبهات موجب

تجری تدریجی بر انجام محرمات میباشد واین است ظاهر فرمایش نبی اکرم « .. فمن ترك الشبهات نجی من المحرمات ومن اخذ بالشبهات وقع فی المحرمات وهلك من حیث لایعلم ».

پس باملاحظهٔ مراتب فوق ، مفاد این آیات واوامر مورد استناد مفید برای مقالهٔ اخباریها دراین مقام نمیباشد وباتوجه بمجموع دلائل و سنجش آنها بالنتیجه نسبت باشیائی که حکم یا موضوع آنها معلوم نیست ( بااجرای اصل ) حکم باباحه وحلیت میشود لیکن این اصل هرچند ممکن است دربرخی مواقع که موضوع از نظر صلاحیت و قابلیت مشکوك باشد احراز موضوع نماید اما چون خودش مستقلا مفیدومدرك وجود علقهٔ مالکیت نمیباشد بلکه علقه واضافهٔ مذکوروقتی تحقق مییابد که اسباب آن باشرایط وموانع شرعی موجود شود لذا درمبحث آینده این موضوع مورد توجه واقع خواهد شد واکنون وقبل ازشروع بآن بحث تتمیما بسه نکته ذیل اشاره میشود :

۱ ـ آنکه باید توجه داشت که چون امثال اصول برائت واباحه از اصولی میباشند که متکفل تنزیل نمیباشند لذا هر اصلی که متکفل تنزیل باشد حاکم بر آنها خواهد بود .

مقصود ازاصول تنزیلی اصولی است که مفاد آنها اثبات مؤدائی است که بحسب عمل نازل منزله واقع است خواه آن مؤدی موضوع خارجی باشد یا حکم شرعی .

از اصل تنزیلی گاهی تعبیر میشود باصل موضوعی ، چنانکه در این عبارت شیخ است . « الخامس ان اصل الاباحة فی مشتبه الحکم انما هو مع عدم اصل موضوعی حاکم علیه .. » چه مراد شیخ خصوص اصل جاری در موضوع در مقابل حکم شرعی نیست چنانکه ظاهرعبارت مشعر آن است بلکه مقصود هراصلی است که متکفل تنزیل باشد .

و بهرحال اصل برائت واصالة الاباحة درمشتبه الحکم یامشتبه الموضوع (شبهه بر هردوتقدیر خواه تحریمی وخواه وجوبی باشد ) مشروط است بعدم وجوداصلی ازاصول

موضوعی درموردش که حاکم براباحه وبرائت باشد چنانکه درفروج واموال ولحوم وامثال آنهااست زیرا حلیت فروج مشروط ومنوط است باینکه سبب محلل آنهاموجود باشد. حلیت اموال مشروط بقابلیت موضوع ووجود سبب مملك و بالاخره تملیك ویااذن مالك است وحلیت لحوم مشروط باین است که محل قابلیت تذکیه داشته باشد. پس هر گاه درموردی درتحقق چیزی ازاین شروط شك بشود اصل مقتضی عدم آن است بعبارت دیگردر جمیع مواردی که شك درحکم ،مسبب از شك درموضوع باشد با اجرای اصل سببی نوبت باصل مسببی از قبیل اصل برائت و اباحه نمیرسد زیرا صرفنظر ازاستصحاب عدم ، اصولا حکم معلق برامروجودی ،اقتضا دارد که آن امر احراز بشود پس هر گاه دروجود این امری که حکم معلق بر آن است شك حاصل شود ، از باب ملازمه ظاهریه و عرفیه (که از دلیل حکم استفاده میشود ) بنابر عدم تحقق حکم گذاشته میشود پس مثلا :

الف- درباب لحوم اگردرتذکیه حیوانی که قابلیتش برای تذکیه معلوم باشدشك شوداصالة الاباحه مقتضی حلیت آن است ولی اگرشك بلحاظ شك درقابلیت آن حیوان برای تذکیه باشد اصالة الاباحة مؤثر دراثبات قابلیت نیست بلکه با اجرای اصل عدم تذکیه حکم بحرمت میشودزیرا ازشرایط تذکیه قابلیت موضوع ومحل است که مشکوك میباشد ، ولذا بعدم آن ودرنتیجه میته بودنش حکم میشود .

ب - در باب فروج هر گاه درجوازوطی زنی شك بشود وسبب شك ، شك در زوجیت واجنبیه بودن اوباشد ،اصل عدم حدوث علقه زوجیت مقتضی حرمت است .

ج - درباب اموال ، حسب اخبار وبیان اینکه « لایحل مال الامن حیث ما احله الله » حکم بمالکیت وجوازتصرف معلق است بروجود قید « من حیث ما احله الله » پس هر گاه درحکم مذکور احرازقید مزبور نشود ووجود معلق علیه مشکوك باشد حکم مالکیت واصل اباحهٔ تصرف باصل عدم تحقق مالکیت ، واصالة الحرمة منقلب میگردد مگردرمواردی که بمقتضای عموم واطلاقی از کتاب وسنت اصل لفظی ئی بر خلاف اصل موضوعی قائم باشد چنانکه اجمالا درقضیه اصل عدم تذکیه باستناد

قوله (ع) : الحرام ماحرم الله فی کتابه » گفته میشود مقتضای اصل ثانوی این است که هرحیوانی قابل تذکیه است ـ ویا مواردی که معارض بمثل خود باشد که در نتیجهٔ تساقط، باصل اباحه وبرائت رجوع میگردد و لذا حسب موارد وباقتضای مقامات اجرای اصل درباب اموال مختلف میگردد چه : اگرمالی مسبوق بمالکیت احدی نباشد ونهی شرعی هم مبنی برعدم جواز تصرف دربارهٔ آن نرسیده باشد ، باقتضای عموم دلائل اعتباراصول اباحه وحل ، بجواز تصرف واباحهٔ آن حکم میشود وهمین حیازت و احراز درصورتیکه بقصد تملك باشد سبب مملك و موجب اباحهٔ تصرفات مالکانه نیزمیگردد ـ اما اگر مسبوق بملکیت بوده خواه مالك آن فرد و خواه جمع و نوع باشد مالکیت جدید ویا حکم باباحه وجواز تصرف منوط ومشروط بر وجود سبب شرعی واجازه شارع است که هر گاه دراین حکم معلق ، بواسطه شك در وجود شرط و سبب مذکور شك شود ، دلائل مستند اصالة الاباحة قابل تمسك و مثبت حکم مالکیت وحتی جواز تصرف نیست بلکه بحکم استصحاب ویاملازمه عرفیه بنابرعدم آن گذاشته میشود پس درمثل مسائل مفتوح العنوه وفیء وانفال که بحکم شارع مسبوق بملکیت جمیع مسلمین وامام است بدلائل ونصوص خاص مورد باید توجه شود که ظاهرا آنهاهم بربیش ازاباحهٔ تصرف دلالت نمیدارند واما تصرفات مالکانه با علم بحالت سابقه ومعلوم بودن مالك سابق ممنوع است وحتی تصرفات مباحه هم بلاعوض مشکوك میباشد .

۲ ـ آنکه هر حکمی برای مشکوك درشرع مقرر شود ، وبعبارت دیگرهر حکمی درشریعت برای غیر عالم ، ثابت گردد اما نه ازحیث وجود ادله وامارائی که کاشف ازواقع باشد، بلکه ازحیث عدم علم مکلف، **اصل** نامیده میشودومحصور دراربعه ، ومقابل دلیل است واعمال آن درمقام عدم وجدان واقع است .پس بنابراین اگردراصل اباحة واصالة الحل ، بلحاظ واقع بحث شود ومراد ازاباحه وحلیت ، مفاد ادلهٔ اجتهادیه (مانند قوله تعالی « احل لکم الطیبات ـ واحل لکم ماوراء ذلك وقوله (ع) « کل شیء مطلق » وغیره ) باشد ازعنوان اصل (بآن معنی که گفته شد)

خارج خواهد بود چه دراین صورت ، اینها احکامی برای موضوعات بروجه اطلاق ( نه بوصف حال شك ) میباشند ـ واما هر گاه گفته شود : که منظورومراد ازاصالة الاباحه واصالة الحل ، اباحه وحلیت ظاهریه است ، این دواصل مصداقا وموردااز افراد اصالة البرائة میشوند .

۳ـ فرق بین اصالة الاباحة واصالة الحل ، گفته‌اند . باین است که اولی‌در قبال احتمال حرمت درشبهات حکمیه ، و دومی درقبال احتمال حرمت در شبهات موضوعیه ، استعمال میشود . چنانکه وجوهی‌برتمایزوفرق بین دواصطلاح برائت واباحه نیزذکر کرده‌اند که نیازی بذکرآنها نیست .

## مبحث سوم

### تحدید درملکیت

ازمباحث گذشته دانسته شد « **ملکیت** » امری است نسبی واضافی که ازعلقه واضافهٔ مخصوص بین مالك وملك محقق وموجود میشود وبعبارت دیگرازدو وجود حقیقی خارجی که شخص و شیء باشد ، و لحاظ ربطی ، ملکیت ومالکیت ایجاد میشود وباموجود شدن اضافه ، ویاحالت خاص، هریك ازآن دوطرف متصف بوصف مالك ومملوك میگردند وخصوصیت وجود ربطی واضافی ، باعتبار مضاف و مضاف الیه وجهت اضافه ، ویا محیط ومحاط وحالت احاطه ، مالکیت ومملوکیت وملکیت خوانده میشود ولذا تعبیربملکیت یا مالکیت ، ازحیث وجودخارجی ، فرقی ندارد

اما مقصود کنونی ، ازعنوان فوق ، بحث بلحاظ وجود و عدم وجود علقه از حیث وجود شرایط وفقداق موانع است .

**بهرحال** این نکته مسلم است که مالکیت یك امراعتباری وتصوری و خیالی صرف نیست چه ازبرای آن درخارج نوع تحقق و وجودی است که منشاء آثاروموضوع احکام‌شرعیه‌است وبهمینطوراسباب آن‌هم که عبارت : ازعقود وایقاعات و احکامند ، بدون شك از سنخ خودش میباشند یعنی آنها نیز موضوعات خارجیه

و افعال انشائی یا غیر انشائی از برای مکلف هستند که حکم شرعی بآنها تعلق میگیرد ، النهایه شارع وجود شرایط وفقدان موانعی را برای منشأ اثر بودن آن اسباب لازم دانسته ،وبیان ومعرفی فرموده‌است ، بحیثی که اگر آن شرایط موجود وموانع مفقود شد. آثار بر آن مترتب میشود واگرموجودنشد ، آثارهم‌مترتب‌نمیشود و حتی علم وشك مکلف هم در آن تاثیری نمیتواند داشته باشد چنانکه مثلا کسی مال غصب شده را بدون اطلاع ازغصب بودن آن میخرد وسپس آن مال را بشخص ثالثی که آنهم آگاه ازغصبیت مال نیست ، میفروشد دراین معاملهٔ اخیرطرفین معامله باعتقاد اینکه باراده واختیار، بارعایت تمام جوانب، سبب مملك رابوجودآورده‌اند ثمن و مثمن را رد وبدل مینمایند ولی این سبب ، چون نظربواقع ، جامع شرایط نیست لذاآثاروضعی ندارد وبهمین جهت مالك میتواند ملکش را ازید مشتری دوم ویدهای تالیه خارج سازد ـ برعکس اگرملکی بکسی بارث رسیده و اوندانند که مورث مثلا فوت کرده ، یا بالاخره درمالکیت خود تردید داشته باشد وآن ملك را باعتقاد اینکه ملك غیر است بدیگری انتقال دهد ، چون در این صورت سبب واقعا موجود است ، اثربرآن مترتب شده وملکیت جدید برقرارمیشود . وبعبارت دیگر مالکیت اثرومسبب اسبابی است که واجد شرایط وفاقد موانعی باشد که شارع مقرر داشته و یا معرفی فرموده است . پس‌هرگاه سبب با اوصاف شرعی و بروجهی که شارع بیان نموده موجود شد ( بمانند نارواحراق ) مسبب نیز موجود میشود وآن سبب هم متصف بصحت میگردد چنانکه بر عکس ، اگرواجد اوصاف شرعی نباشد مسبب برآن مترتب نمیشود وچنان سببی متصف بفساد است .

مرحوم آشتیانی درحاشیهٔ بر« فرائد » شیخ دررساله برائت واشتغال میفرماید « لو کانت المعاملة الصادرة من المکلف واجدة للشرایط الشرعیة وموضوعا للحکم الشرعی لزمها تعلق الحکم الشرعی به من غیرفرق بین کون الفاعل فی‌زمان‌ایجاده معتقدا بوجود الشرط اومعتقدا بعدمه اوشاکا فیه وان لم یکن واجدة لها لم یکن معنی لتعلق الحکم الشرعی به فی نفس الامر وان اعتقد الفاعل وجودها فضلا عما

اذا کان شاکا فیه و هذا معنی کونها من قبیل الاسباب للامور الشرعیة لان ترتب المسبب علی السبب لایعقل الفرق فیه بین کون المکلف معتقدا بسببیته و بین کونه معتقدا بعدمها الاتری ان وجود النار یؤثر فی الاحراق وان لم یعتقد المکلف تاثیرها اواعتقد عدم وجودها و هکذا الامر فی المعاملات بالنسبة الی ما یترتب علیها من الاحکام والاثار الشرعیة »باتوجه به بیان فوق و کلمات علماء (در بیان اجرای احتیاط در معاملات قبل ازفحص ) تقریبا ، بلحاظ معنی ، در این مورد اتفاق نظر است و تفاوت مالکیت شرعی و اسلامی ، بامالکیت عرفی ومالکیت جوامع غیراسلامی هم، ازهمینجا معلوم ونمایان است چه اگردرموانع وشرایط شرعی دقت شود ، وباتوجه به حدود شرعی ، ملکیت شرعی با آنچه در عرف باین نام خوانده میشود ، مقایسه گردد ، این نتیجه بدست میآید که دربسیاری ازموارد که عرف تصوروجودمالکیت را می نماید . درشرع آن علقه موجود نمیباشد وآثارشرعی بر آن مترتب نمیگردد چنانکه مثلا هر گاه یکنفر ، علیه دیگری ، بحاکم مراجعه نمایدوبا حیله وتزویر حکمی برحقانیت خود دربارهٔ ملکی یا مالی دریافت دارد وبموجب حکم ، بر آن ملك مسلط شود ، در حالی که محق نبوده است ، این شخص با اینکه ازنظرعرف وقضاء مالك شناخته شده است لیکن از نظر شرع وشارع مالك نیست وبموجب آیهٔ شریفه « ولاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل وتدلوابها الی الحکام لتاکلوا فریقا من اموال الناس » تصرفات اواکل بباطل وحرام است واین مال تحصیل شده ، همواره برای دارنده‌اش موجب زیاد شدن مسئولیت شرعی وخسران ودرحقیقت وبال است

البته علت این اختلاف روشن است چه شارع واقع‌را بمردم میشناساند وآنها رابحقایق اشیاء ارشاد وآشنا میسازد ، ولی عرف ظاهررا تماشا نموده وبا عقل ناقص وهدایت نشدهٔ خود ، بقیاس بین ربا وبیع، یا زنا ومتعه ، مثلا فرقی نمییابد . پس برای اینکه مالکیت شرعی از غیر شرعی ، تمیزداده شود لازم است بموارد منفی و مثبت قضیه (ولوبروجه اجمال واشاره ) توجه شود ومورد تذکارواقع گردد .بدین منظور مطلب دردو قسمت ذیلا دنبال میشود .

## قسمت اول

### موارد عدم تحقق مالکیت در اسلام

اجمالا دانسته شد درمرحلهٔ اول هرچیزی قابلیت برای اینکه موضوع مالکیت واقع شود ندارد ودر مرحلهٔ دوم هرنوع تصرف وتحصیلی هم موجب وسبب تحقق مالکیت نمیتواندباشد چه اکتسابات وتصرفاتی که فی‌حد نفسه موردنهی‌شارع باشد هیچگاه علقهٔ مالکیت ایجاد نمینماید وسبب شرعی‌ملك نبوده ومملك نمیتواندبشود بلکه همواره متصرف بحکم‌شارع مسئول وضامن است که اینك برای شناسائی این موارد وبالنتیجه تذکر مقدارمحدودیت مالکیت شرعی ، بروجه کلی ضمن انواعی بآنها اجمالا اشاره میشود :

**نوع اول** اشیاءواموالی که شخص‌تحصیل مینمایددرمقابل چیزهائی که عرفا مالیت ندارد ویاشارع انتفاع واستفادهٔ ازآنها را بطوراطلاق منع‌وحرام ساخته باشد ( مثل اقسام خمرومیته ) .

دلیل برعدم حصول نسبت وعدم تحقق مالکیت دراین نوع یا مربوط بعرف است ویا مربوط بشرع ، بدین بیان که :

الف ـ مناط مالیت هرچیز برسبیل منع الخلو یکی ازدو امر است :

۱ـ آنکه مالیت‌باعتبارخاصیتی است که‌برخود شیء مترتب میشود یعنی‌منافع مترتبهٔ برشیء ، متوقف‌برنفس شیء است بنحوی که براثرانتفاع ، شیء موردانتفاع معدوم میشود مانند خاصیت رفع گرسنگی درنان ورفع تشنگی درآب .

۲ـ آنکه مالیت باعتبار منافعی است که بابقاء شیء ، برآن مترتب میشود مانند سکنی ، نسبت بمنزل ، وسواری نسبت بمرکوب ، پس‌هرگاه شیء ، نه‌دارای خاصیتی‌ونه‌دارای‌منفعتی‌باشد سلب مالیت ازآن صحیح میباشد . حتی‌اگر یکی‌ازآن دوامر برای‌آن شیء‌بطورنادریافت شودبنحوی که ازلحاظ آن‌خاصیت‌ومنفعت نادره ،

قابل توجه ومورد اعتنا نباشد بازهم مالیت چنان شیئی صحت سلب دارد ولذا آنچه درشرع مسلوب الخاصیة والمنفعة گردیده باینکه انتفاع آن بطورمطلق منع وحرام شده است مالیت ندارد ودرنتیجه نسبت بآن چیزها وهم عوض آنها مالکیت شرعی حاصل نمیشود ومعنی قول پیغمبر ﷺ « ان الله اذا حرّم شیئا حرّم ثمنه » همین است یعنی مراد از تحریم ، تحریم علی الاطلاق است که عبارت از تحریم جمیع انتفاعات شیء باشد نه تحریم بعض منافع باترخیص بعض منافع دیگر ـ وباین بیان ملازمه بین تحریم شیء با تحریم ثمن آن شیء ، ملازمهٔ عرفی وارتکازی است زیرا تحریم شیء برنهج مذکور مستلزم سلب مالیت از آن شیء است وباسلب مالیت ، بذل مال درمقابل آن صحیح نیست چه پیش عرف بذل مال بازاء مال میشود نه بذل مال بازاء چیز موهوم ومسلوب المالیة ـ پس مالی که شخص باین وسیله ازدست غیر خارج کرده و وضع ید بر آن نموده است ید او محترم شمرده نمیشود و هر نوع تصرف و تبدلی هم مجوز وموجد مالکیت او نمیتواند باشد .

ب ـ دلائل شرعی برحرمت این اموال وعدم جواز تصرف آنها زیاد است از قبیل قوله تعالی « لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل » ونبوی مشهور « ان الله اذا حرم شیئا حرم ثمنه » وروایات متکاثره واجماعات منقوله درموضوعات وافراد این نوع وقسمتی ازروایت تحف العقول که در آن حضرت صادق درپاسخ سؤال ازجهات معایش عباد ازجمله چنین فرموده است « ... واما وجوه الحرام من البیع والشراء وکل امر یکون فیه الفساد مما هومنهی عنه من جهة اکله وشربه او کسبه او نکاحه اوملکه اوامساکه اوهبته اوعاریته اوشیء یکون فیه وجه من وجوه الفساد نظیر البیع بالربا ، لما فی ذلك من الفساد ، اوالبیع المیتة ، اوالدم ، اولحم الخنزیر ، اولحوم السباع من صنوف سباع الوحش اوالطیر ، اوجلودها ، اوالخمر اوشیء من وجوه النجس ، فهذا کله حرام ومحرم ، لان ذلك کله منهی عن اکله وشربه ولبسه وملکه و امساکه والتقلب فیه بوجه من الوجوه لما فیه من الفساد ، فجمیع تقلبه فی ذلك حرام وکذلك کل بیع ملهوبه ومنهی عنه مما یتقرب به لغیر الله ، اویقوی به الکفر

و الشرك من جميع وجوه المعاصی ، او باب من الابواب يقوی به باب من ابواب الضلالة ، اوباب من ابواب الباطل ، اوباب يوهن به الحق فهوحرام محرم،حرام بيعه وشراؤه وامساكه و ملكه وهبته وعاريته وجميع التقلب فيه الا فی حال تدعوا الضرورة فيه الی ذلك ..»

**نوع دوم** - وجوه و اموالی که بدست میآینـد در ازاء چیزهائیکه منافع معمولی وعرفی آنهاکاری ممنوع وحرام است :

بعبارت دیگر چیزهائی ساخته شده یا میشوند بهیئتهای مخصوصی که موارد استعمال آنها صرفا امور محرمه میباشد و نفع محلل مقصودی ندارند مانند آلات لهو وقمار وضرب وطرب ـ هر گاه شخصی ازراه ساختن و مبادلهٔ این اشیاء نقود یا اشیائی تحصیل نماید مالك آن نقود و اشیاء بدل وعوض نمیشود مگر اینکه تبدیل بعد اززوال هیأت یابشرط زوال انجام شود وعلت آن این است که ازوجود ومبادلهٔ این اشیاء بنحو وصورت خاص عادتاً غیرازحرام قصد نمیشود .

دلیل منع مالکیت وخروج آنها ازاصل، ازآیات قولهتعالیاست «یاایهاالذین آمنوا انما الخمر والمیسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشیطان فاجتنبوه» منضما بروایت شیخ ازجابر ازابیعبدالله علیه السلام که فرمود وقتی این آیه نازل شد گفته شد یارسولالله «میسر» چیست ؟ حضرت رسول صلی الله علیه و آله فرمود «کل ما یقمربه حتی الکعاب ..» ابن بابویه در «من لایحضره الفقیه» باسنادش از حضرت صادق علیه السلام روایت نموده که حضرت ازآباء خود تابرسد یعلیبنابیطالب علیه السلام چنین نقلفرمود «نهی رسولالله صلی الله علیه و آله عن بیعالنرد» ونیز روایت تحفالعقول «وکل مبیع ملهوّ به وکلمنهیعنه» ونبوی سابق« ان الله اذا حرم شیئا حرم ثمنه» وآیه «لا تاکلوا..» باتوجه باینکه عنوان و هیأت چیزهائیکه ذکر شد دارای انتفاعات مقصودهئی جز حرام نمیباشند پس اکل مال بازاءآنها اکل بباطلاست ودرنتیجه درچنین مواردی هم علقهٔ مالکیت بوجود نمیآید .

**نوع سوم** - استیلاءبراشیاء واموالی کهبواسطهٔ تعامل وتعاطیعوضچیزهائی

واقع شوند که ازجهت صفت موجودهٔ درآنها منهی ومحرم میباشند .

این موصوفات بوصف مذکور دوقسم میباشند :

قسم اول ـ آنهائیکه صفت محرمه وممنوعه درآنها امری است که درخارج موجود است مانند صلیب وصنم وامثال آندوازچیزهائی که مرکبند ازماده وصورت ومالیتشان قائم بهردو یاصورت تنها است . دراین‌صورت هرگاه‌نقود واموالی بازاء صورت این اشیاء یامقابل صورت ومادهٔ آنها اخذ شود اضافهٔ مالکیت نسبت بآخذ نقود واموال محقق نمیشود وید اومحترم نمیباشد .

قسم دوم ـ آنهائیکه صفت محرمه وممنوعه درآنها مخفی است چون معاملهٔ چیزهائی که مغشوش بچیزی باشد مانندآب درشیر یا لیرهٔ غش‌دار وتقلبی یا فروش روغنی که باپیه ومواد دیگربروجهی مخلوط کرده باشند که معلوم نباشد وفروشنده هم بخریدار نگوید دراینصورت نیزهرگاه معامله وبیعی براعیان این چنین اجناس واقع شود آنکه جنس مغشوش را میدهد و عوض آنرا دریافت میدارد مالك تمام عوض مذکور باتفاق علماء نخواهد شد و ید اومضمون است بجهت فساد معامله و عدم امکان تبعض صفقه بواسطهٔ امتزاج آنها بنحوی که عادتاً انفصال وتجزیهٔ آنها ممکن نیست .

دلیل عدم مالکیت غش فروش درعوض ، اخبار صحاح مستفیضه ومعتبره‌است ازجمله درخبرصحیح است « لیس‌من المسلمین من غشهم » درصحیح دیگر«لیس منا من غشنا » سومی « ان البیع فی‌الضلال غش وان الغش لایحل » ودرخبردیگراست « نهی رسول‌الله (ص) ان یشاب اللبن فی‌الماء » ونیز پیغمبر(ص) فرمود ازما نیست کسیکه در معامله بامسلمانان غش کند یا بآنان ضرر بزند یا تقلب وحیله نماید و هرکه بابرادر مسلمان خود غش کند خداوند برکت روزی اورا میبرد وراه معاش اورا میبندد واورا بخودش واگذار میکند .

**نوع‌چهارم** ـ اموالی که اخذ میشود در نتیجهٔ تعاطی و معاملاتی که جهت آنهامشروع‌نیست وقصد طرفین مساعدت برمحرم‌است ـ مانند اجاره محل ومسکن

یانوع بارکشهابرای محرمات وفروختن امثال انگورو کشمش برای درست کردن شراب ونظائرآنهاکه افراد آنها بسیار است .

علماءِ ودانشمندان فقه اسلام این نوعرا بسه فرضیهٔ مورد بحث قرارداده‌اند.

فرض اول ـ آنکه بذل مال بازاءِ منفعت محرمه باشد مثل بیع انگور باالتزام بتخمیرآن یااجاره دادن دکان برای مشروب فروشی ـ خواه امور محرمه صریحا شرط شود، یاباتوافق‌قبلی بنای عقد برآن امور گذاشته شود ـ دراینصورت گفته‌اند این‌فعل حرام وممنوع و معامله فاسداست ودلیل فساد علاوه برآنچه سابقا اشاره شد خبر جابر است « قال سئلت اباعبدالله علیه السلام عن الرجل یواجر بیته فیباع فیه الخمر قال حرام اجرته » و دلالت این خبر برفساد واضح است زیرا حکم بحرمت اجرت شده است وبعلاوه سایرعمومات برای فساد درمثل مقام‌کافی است و اختلافی هم درمسئله نیست .

فرض دوم ـ اینکه بذل مال بازاءِ منفعت محلله و محرمه هردو شده باشد و تمثیل نموده‌اندآنرا به کنیزمغنیه یا مانند مثال استاد ذوالمجدین « مثل رادیو که برای اطراب وشنیدن بعضی ازاصوات وبرای اطلاع ازاخبار آماده شده بخرد ودر مقام بیع وشراء بلحاظ منفعت محرمه ثمن عین را زیادترقرار دهند » این فرض را هم محکوم بفساد وحرمت دانسته‌اند ودلیل آن نصوصی است که وارد شده باینکه « ثمن الجاریة المغنیة سحت » و « وانه قد یکون للرجل الجاریة تلهیه و ما ثمنها الاکثمن‌الکلب» وهمچنین‌نصوص عامه هم شامل این موضوع میشود وچون اوصاف قابل تقویم نیست لذا تبعض صفقه جاری نمیشود .

اما دراین صورت اگر فارغ ازمنفعت محرمه ویاصرفا بقصد منافع محلله معامله واقع شود صحیح است .

فرض سوم ـ آنکه ثمن ومثمن درمقابل یکدیگر قرار داده شوند اما بقصد اینکه ثمن بمصرف حرام برسد دراین صورت نیزازباب اعانت براثم وعدوان شکی درحرمتش نیست اما حرمت مذکور دلیل فساد وبطلان معامله نیست .

آنچه مورد نظر در اینجا میتواند واقع شود دوفرض اول است زیرا ما در اینجا درمقام بیان مکاسب محرمه نیستیم بلکه بحث دراین است که بدانیم درچه مواردی بواسطهٔ نهی شارع یا بجهات دیگر رابطهٔ مالکیت برای ذوالید حاصل نمیشود و درنتیجه تشخیص قیود وحدود مالکیت است و این امر در دو فرض اول مصداق پیدا میکند نه درسوم زیرا دردو فرض اول نه تنها نفس عمل محرم است بلکه وجهی که درازاء منافع محرم اخذ شده حرام است ودرنتیجه غیر قابل تملك برای آخذ و گیرنده میباشد .

**نوع پنجم** - اموال و نقودی که بعنوان اجرت و دستمزد و امثال آن بازاء اعمال محرمه دریافت میگردد .

موارد ومصادیق این قسم هرمالی است که عوض آن عمل حرام باشد و علت و ضابطهٔ آن علاوه برمصرحات ونصوص اخبار که ببعضی ازآنها اشاره خواهد شد این است که عمل وقتی بازاء عوض واقع شود خواه بعنوان اجاره ابدان وخواه نوعی جعاله باشد باید نفیا وایجاباً دراختیار عامل واجیر باشد یعنی عامل واجیر بواسطهٔ ایجاب یا تحریم شرعی عمل ، مسلوب الاختیار نشده باشد چه هرگاه بموجب حکم شرعی عملی برشخص واجب باشد در ترکش مختار نیست و هرگاه عمل درشرع ممنوع و محرم باشد اختیار اتیان وانجام آن برای شخص نخواهد بود وبنابراین این فعل وعمل برمحرم واجد شرط صحت معامله نیست چه درصحت معامله مذکور ، بودن فعل وترك عمل در اختیاروتسلط عامل معتبرمیباشد .

برای توضیح بیشترموضوع متذکرمیشود صحت اجاره اعم ازاینکه براعمال یا انتفاع واقع شود متوقف بردوامراست .

۱ـ آنکه منفعت وعملی که بذل مال درقبال آن میشود ملك موجر و اجیر وتحت سلطنت واختیار اوباشد .

۲ـ اینکه مورد اجاره برای مستاجرممکن الحصول باشد بنحوی که بتواند ازآن استیفاء نماید . پس هرگاه اجاره واجد این دوامر یا یکی ازاین دو نباشد باطل است

و اما خروج شیء ازتحت سلطنت واختیار ، یك مرتبه ممکن‌است ازنظرتکوینی، و مرتبه دیگر از نظر تشریع باشد ـ اعمالی که از نظر تکوینی از قوه و اختیار ما خارج است بسیار وواضح است لیکن آنچه ازنظرتشریع خارج ازاختیار وقدرت میشود عبارت از اعمالی است که فعل یا ترك آن برحسب امر ونهی شارع الزامی باشد ـ که تعبیر ازآنها بواجباب ومحرمات میشود .

نکتهای که لازمست متذکر بشویم این است که در واجبات اقسامی است که نیابت‌بردار بوده واخذ اجرت برآنها اشکالی‌ندارد ـ ازمحرمات هم بعضی ازمواقع بااینکه عمل بظاهر حرام است لیکن موجب حرمت مال، وسلب ملکیت نمیشود ـ مثلا هنگام نمازجمعه معاملـه ممنوع وحرام است ولیکن اگر معاملهای واقع شد بااینکه طرفین مخالفت نهی نموده ومرتکب گناه شدهاند لیکن معامله صحیح است. وقتی درست دقت درموارد اینگونه ازواجبات ومحرمات‌بشود معلوم میگردد موارد مذکور تقریبا محصور بمواردی میباشند که ملاك صحت بهردوامر باقی است یعنی سلطه واختیار شخص نسبت باصل عمل بواسطهٔ امر یا نهی یکی ازدوطرف وجود و عدم ازنظر شرع ازبین نرفته است وممکن الحصول برای مستأجر هم میباشد وآن درمحرمات وقتی است که نهی بطور مستقیم برروی‌آن عمل خاص واقع نشده یعنی حرمت عمل، نفسی وذاتی‌نباشد بلکه حرمتش بواسطه امری باشد که خارج ازذات آن است ـ واما درمحرمات که حرمت آنها ذاتی ونفس الامری است مطلقا اخذ اجرت جایز نیست چه عادت برجعل اجرت جاری‌باشد مانند ساختن مجسمه‌یاجاری نباشد مثل کذب ونحوآن ولذا اجرت شاهد زور ، برشهادتش جایـز نیست . پس اگر بصورت ظاهراجرتی درجمیع این محرمات اخذ شود گیرندهٔ اجرت مالك‌آن نمیشود بجهت اینکه شرط اول ازدوشرط درمقام مفقود است .

پس از ذکر قاعدهٔ مذکور که مصادیق وموارد آن کم نیست چند مورد که دارای اهمیت درهرعصری بوده ونصوص خاصی برآنها وارد است اسم برده میشود:

۱ـ اجوری که برای ساختن مجسمه اخذ شود اجیرمالك آنها نمیشود زیرا

عمل مزبور بموجب روایات عدیده واجماع علمای شیعه ممنوع است .

۲- مبلغ ومقدارمالی که ازراه کم فروشی یا هرنوع کم دادن ازمبیع یاثمن تحصیل شود چه حرمت این عمل ، بادلهٔ اربعه ثابت است . **اما کتاب** آیه ۸۶ از سوره ۱۱ « ولاتبخسوا الناس اشیائهم..» وآیه۱و۲ ازسورهٔ تطفیف « ویل للمطففین..» **واما عقل** بجهت اینکه عمل مذکور ظلم است نسبت بکسی که طرف معامله است وظلم هم قبیح وعقلا مذموم است **واما سنت** اخبار وروایات وارده درنهی ازاین عمل بسیاراست ومسئله اجماعی علما میباشد بنابراین شکی درحرمت واشتغال ذمه کسی که کم داده بمقدار آن نمیباشد .

۳- مالیکه ازراه رشوه بدست آید - دراینکه گرفتن رشوه حرام است ومرتشی مالك آنچه میگیرد نمیشود ، بین علماء اتفاق نظراست واگر اختلافی باشد ازنظر مصداق است که رشوه بچه چیزهائی اطلاق میشود چنانکه درمصباح است « هی ما یعطیه الشخص للحاکم اوغیره لیحکم له اویحمله علی مایرید » نقل ازنهایه « انها الوصلة الی الحاجة بالمصانعة » و از مجمع البحرین است « قلّما یستعمل الرشوة الا فی ما یتوصل به الی ابطال حق اوتمشیة باطل » .

بهرحال حرمت رشوه مسلم است ودلیل آن ازکتاب وسنت عبارتست از : قوله « سماعون للکذب اکالون للسحت » مراد از« اکل » مطلق تصرف است وسحت درلغت بمعنی حرام وهر کسب بد و پستی که موجب عار وننك است میباشد ودرعرف شرع بحرام اطلاق شده است چنانکه درکافی روایتی است که عمار بن مروان میگوید از اباجعفر علیه السلام سؤال کردم از « غلول » حضرت فرمود « کل شیء غل من الامام فهوسحت واکل مال الیتیم وشبهه سحت والسحت انواع کثیرة منها اجور الفواحش وثمن الخمر والنبیذ والمسکر و الربا بعد البینة فاما الرشاء فی الحکم فان ذلك الکفر بالله العظیم وبرسوله » روایت دیگری ازسکونی ازابیعبدالله علیه السلام نقل شده که حضرت میفرماید « السحت ثمن المیتة وثمن الکلب وثمن الخمرومهر البغی والرشوة فی الحکم و اجر الکاهن » دیگر ازحضرت رضا (ع) روایت شده که فرمود « ثمن

الجاریـة المغنیة ثمن الکلب وثمن الکلب سحت والسحت فی النار » و در روایت اصبغ بن نباته ازحضرت امیر علیه‌السلام منقولست « ایما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه یوم القیمة وعن حوائجه وان اخذ هدیة کان غلولا وان اخذ رشوة فهوشرك ».

٤ـ سرمایه و وجوهی که در ازاءِ تغنی بدست آید مخصوصا وقتی که همراه با رقص واجتماع زن ومرد باشد . دلیل برحرمت وعدم جواز تکسب بآن آیات و روایات عدیده‌است ازجمله درسورهٔ لقمان است « ومن‌الناس من یشتری لهوالحدیث لیضل عن سبیل الله بغیر علم ویتخذها هزواً اولئك لهم عذاب مهین » .

صاحب مجمع‌البیان میفرماید اکثرمفسرین قائلند باینکه مراد ازلهوحدیث غناء است واین قول ابن‌عباس وابن مسعود ومروی ازابیجعفر (ع) وابیعبدالله (ع) میباشد ـ در کافی روایت شده ازمحمدبن‌مسلم ازابیجعفر(ع) « قال سمعته یقول الغناءِ مما قال الله « ومن الناس من یشتری .. الایة » ونیزخبری است ازابی‌عبدالله علیه‌السلام « الغناء مجلس لاینظرالله الی‌اهله وهومما قال‌الله عزوجل، « ومن الناس من یشتری لهوالحدیث .. الایة »

ودرخبر دیگر است « هومما اوعدالله علیه النار » ازابی‌بصیر روایت شده که گفت ازاباجعفر علیه‌السلام سؤال کردم ازکسب مغنیات ، حضرت فرمود « التی یدخل علیها الرجال حرام والتی تدعی الی العرایس لیس به بأس وهو قول الله عزوجل ومن الناس .. الایة » پس آیه برتحریم غناءِ دلالت میکند ولازمهٔ آن تحریم کسب واکتساب بآن عمل است .

ونیز ازنصربن‌قابوس منقول است که گفت شنیدم ازاباعبدالله علیه‌السلام میفرمود « المغنیة ملعونة ملعون من اکل کسبها ، ودراین خصوص اخبار زیادی وارد شده است ودرنتیجه درحرمت آن وحرمت کسب بآن اختلافی بین علما نیست .

٥ ـ اشیاءِ واموالی که دربازی قمار وبرد وباخت آن ، تحصیل شود باتفاق علماء حرام است ووصف مالکیت نسبت بآنها حاصل نمیشود دلیل برحرمت کتاب

وروایات متعدده ومتواتره است ازجمله محمد بن یعقوب باسنادش اززید شحام روایت نموده که گفت از اباعبدالله (ع) سؤال کردم از قوله تعالی « فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور - قال الرجس من الاوثان الشطرنج وقول الزور الغناء» صدوق نیز این روایت را بطورمرسل نقل کرده ونیز ازعلی بن ابراهیم بطورمعنعن از ابی عبدالله (ع) روایت کرده « انه سئل عن الشطرنج فقال دعوا المجوسیة لاهلها لعنها الله » علی بن ابراهیم درتفسیرش از ابی داود ازابیجعفر (ع) روایت کرده در قوله تعالی «انما الخمر والمیسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشیطان فاجتنبوه لعلکم تفلحون قال اما الخمر فکل مسکر من الشراب الی ان قال ... واما المیسر فالنرد و الشطرنج وکل قمار میسر و اما الانصاب فالاوثان التی کانت تعبدها المشرکون و اما الازلام فالاقداح التی کانت تستقسم بها المشرکون من العرب فی الجاهلیة کل هذا بیعه و شرائه والانتفاع بشیء من هذا حرام من الله محرم و هو رجس من عمل الشیطان » محمد بن ادریس نقل کرده است از کتاب جامع بزنطی از ابی بصیر ازابیعبدالله (ع) « قال بیع الشطرنج حرام واکل ثمنه سحت واتخاذها کفر واللعب بها شرك والسلام علی اللاهی بها معصیة وکبیرة موبقه والخائض فیها یده کالخائض یده فی لحم الخنزیر لا صلوة له حتی یغسل یده کما یغسلها من مس لحم الخنزیر والناظر الیها کالناظر فی فرج امه واللاهی بها والناظر الیها فی حال ما یلهی بها والسلام علی اللاهی بها فی حالته تلك فی الاثم سواء ومن جلس علی اللعب بها فقد تبوأ مقعده من النار وکان عیشه ذلك حسرة علیه فی یوم القیمة و ایاك ومجالسة اللاهی والمغرور یلعبها فانها من المجالس التی باء اهلها بسخط من الله یتوقعونه فی کل ساعة فیعمل معهم » ونیز در کافی از ابی الحسن روایت شده است « قال (ع) النرد والشطرنج والاربعة عشر بمنزلة واحدة وکل ما قومر علیه فهو میسر » .

وبهرحال اخبار مذکور واخبار دیگری که اینجا گنجایش ذکر وبحث آنها را ندارد تماما برحرمت عمل آنها وآلات واسباب آنها وحرمت وجوه حاصله بوسیله اینگونه اعمال دلالت دارند وحکم آن ، مورداتفاق نظر نزد علماء میباشد وبنابراین

وجوهی که بدین نحو حاصل شود علقهٔ مالکیت شرعی نسبت بآنها حاصل نمیگردد

۶ـ اموالی که ازراه قوادی ودائر کردن اماکن فساد بدست آید وآن چنان است که دو شخص را بطورنا مشروع باهم مربوط سازد ، وبعبارت دیگرعمل شخصی که وسیله برای روابط نا مشروع اشخاص میشود و وسائل زنا ولواط را فراهم یا تسهیل مینماید واز این راه وجوهی بدست آورد ـ حرمت تحصیل چنین اموالی نیز مسلم است ومحتاج بذکر آیات واخبار بیشمار آن نیست .

۷ ـ کمك نمودن بظالم درظلمش حرام است وآنچه درمقابل کمك مذکور تحصیل شود اعتبارملك بر آن نمیشود ورابطهٔ مالکیت برقرار نمی گردد ـ دلیل آن ازقرآن « ولاتعاونوا علی الاثم والعدوان » وازسنت روایات عدیده‌ای است که آنرا از گناهان کبیره شمرده است ازجمله خبری است که امام (ع) میفرماید « من مشی الی ظالم لیعینه وهویعلم انه ظالم فقد خرج عن الاسلام و قال (ع) اذا کان یوم القیامة ینادی مناد این الظلمة ؟ این اعوان الظلمة ؟ این اشباه الظلمه ؟ حتی من برا لهم قلما اولاق لهم دواة فیجتمعون فی تابوت می حدید ثم یرمی بهم فی جهنم» .

وبهرحال حرمت این اندازه ازموضوع اعانت بکتاب وسنت وعقل و اجماع محرز ومسلم است واحتیاجی بذکر آن دلائل نیست پس مالی که در ازاء آن خدمت بدست بیاید نیزحرام است .

بالجمله چند موضوع فوق از باب نمونه اسم برده شد والا ملاك کلی ومناط حکم دراین موضوع ازابتداء بدست آمد وآن این بود که هروجهی درمقابل عملی که حرمت نفس الامری وذاتی داشته باشد اخذشود ملك گیرنده نمیشود ، وبرآخذ حرام است درآن تصرفات مالکانه نماید واضافه مالکیت درنتیجه نسبت بذوا الید محقق نمیگردد . بنا براین نوع اخیرمنحصر بموارد مثال نمیباشد همچنانکه انواع قبلی آن منحصر بآنچه ذکرشد نیست وبدیهی است افراد هریك ازاین انواع درخارج زیاد ، ومتاسفانه بسیاری ازآنها فعلا شاید درجوامع وبازار مسلمین هم رایج باشد شیخ انصاری اعلی الله مقامه درذیل عنوان « ما یحرم الاکتساب به لکونه عملامحرما

فی نفسه » میفرماید افراد این نوع اگرچه جمیع اعمال محرمه که قابل برای مقابله مال است ازجعاله واجاره وغیر آن میباشد الاینکه عادت اصحاب چون بر آن جاری است که بسیاری ازچیزهای محرمه ای را که ازشان آنها اکتساب بآنها است و دسته‌ای از محرمات که اکتساب بآنها متعارف نیست مانند غیبت و کذب ونحو آنها ذکر مینمایند ما هم پیروی از آثار آنها نموده و اکثر آنها را درمسائلی بیان می نمائیم و سپس بیست وهشت صنف آنها را در ضمن بیست و هشت مسئله بطور مبسوط بحث فرموده که مسئلهٔ اول آن تدلیس ماشطهٔ زنهائی است که درمعرض ازدواج میباشند ودوم تزئین دادن مرد برآنچه براو حرام است وهمچنین شعبده و کهانت وانواع سحروغیره را شیخ در مکاسب باتذکرادله آنها بیان فرموده که طالب تفصیل می تواند بآن مراجعه کند واجمال کلام و رئوس مطالب را با توجه بدلائل گذشته ذیلا از کلام شیخ بهائی ملاحظه نماید.

شیخ بهائی انواع موارد تجارت و کسب حرام رااین‌چنین بیان فرموده است :

نوع اول - خرید وفروش چیزهائی که نجس باشد خواه نجاست آن اصلی باشد چون نجاست خمروانواع نبیذ ها وفقاع‌ها ومیته وپوست و گوشتی که درصحرا افتاده باشد وحال آنها معلوم نباشد و خونی که وقت بریدن سرحیوانی که خون جهنده داشته باشد برآید وچون نجاست سك وخوك چه خریدن وفروختن همه‌اینها جایز نیست . اما بیع سك شکاری وسگی که محافظت گله می کند وسگی که حراست زراعت یا باغ مینماید جایز است وخواه نجاست آن عرضی باشد مانند چیزهائی که روان باشد وقابل پاك کردن نباشد چون دوشاب روانی که موش در آن مرده باشد سوای روغن نجس که نزد مجتهدین خریدن و فروختن آن با اعلام مشتری جهت سوزانیدن درجائی که سقف نداشته باشد جایز است اما چیزهائی که نجس شده و قابل پاك کردن باشد خرید وفروش آنها جایز است .

نوع دوم - خرید و فروش تریاق فاروق جهت داخل بودن شراب و گوشت افعی .

نوع سوم ـ خریدن وفروختن سرگین وبول حیوانی که گوشت آنرا نخورند ودرخریدن وفروختن سرگین وبول حیوانی که گوشت اورا خورند میانهٔ مجتهدین خلاف است اقوی آن است که حرام است سوای بول شتر بجهت شفا .

نوع چهارم ـ خریدن وفروختن آلات قمارولهو چون نرد وشطرنج ودف و نی وعود وغیراینها ازچیزهائی که منافع معمولی آنها حرام باشد .

نوع پنجم ـ خریدن انگور وشیرهٔ خرما برای آنکه شراب کنند .

نوع ششم ـ خریدن وفروختن چوب بواسطه آنکه بت بتراشند .

نوع هفتم ـ خریدن و فروختن سلاح جنك چون تیر و نیزه وشمشیر باعداء دین وساختن سلاح جهت ایشان ودر فروختن سلاح بکسانی که راهزنی مسلمانان می کنند میانه مجتهدین خلاف است . اصح آنست که حرام است .

نوع هشتم ـ عمل صورتهای سایه داروا جرت گرفتن بر آن وعمل صورتهائی که سایه نداشته باشد چون نقش پرده میانه مجتهدین خلاف است اصح آنست که حرام است .

نوع نهم ـ عمل غناء و آن تحریر آوازاست بطریق سرودودستان واجرت بر آن گرفتن وازحضرات معصومین علیهم السلام رخصت وارد شده درجوازخوش خواندن زنانی که در عروسی چیزی خوانند بشرط اینکه سخنان باطل نگویند ومردان آوازایشان را نشنوند وهمچنین حرام است هجو کردن مؤمنان وغیبت ایشان .

نوع دهم ـ عمل سحر و کهانت وشعبده واجرت گرفتن بر آنها وقمار باختن .

نوع یازدهم ـ قصابی کردن یهود و نصاری .

نوع دوازدهم ـ فروختن آنچه در آن نفع نباشد چون حشرات وفضلات انسان و کرمهاسوای کرم ابریشم و کرمی که جهت مکیدن خون برعضوی ازاعضاء مریض می چسبانند دراین هردومیانهٔ مجتهدین خلاف است اقرب آنستکه فروختن آنها جایز است وهمچنین جایزاست فروختن زنبورعسل بشرط آنکه تسلیم آن ممکن باشد و مشاهده آن توان کرد .

نوع سیزدهم - خریدن وفروختن مصحف اما فروختن غلاف و کاغذ وجلد آن جایز است وهمچنین فروختن مصحف بکافر حرام است .

نوع چهاردهم - خریدن وفروختن کتابهائی که حکم آن منسوخ باشد چون تورات وانجیل وزبور ونوشتن ونگاهداشتن آنها بغیر نقض وحجت .

نوع پانزدهم - خریدن و فروختن چیزهائی که مغشوش بچیزی باشد که ظاهر نباشد چون آب درشیر .

نوع شانزدهم - خریدن وفروختن حیوانی که مسخ شده باشد چون میمون مگر فیل که باستخوان آن منتفع میتوان شد ودرحدیث وارد شده که حضرت صادق شانه‌ای ازاستخوان فیل داشته‌اند .

نوع هفدهم - خریدن وفروختن جانوران درنده سوای آنچه بآن شکار توان کرد چون پارس وباشه وباز وچرز وغیره ودرخریدن وفروختن شیر وپلنك و گرگ خلاف است اصح آنست که حرام است وبعضی ازمجتهدین برحرمت آن نقل اجماع نموده‌اند .

نوع هیجدهم - خریدن وفروختن مال غیر چون مغصوب ودزدیده ولقطه پیش ازتعریف یکسال وموقوفات عامه وخاصه چون وقف اولادی سوای موضعی که استثناء شده چنانکه دربحث وقف مشهوراست وهمچنین خریدن وفروختن خاکه طلا ونقره که دردکان زرگری بهم رسد جایز نیست .

نوع نوزدهم - فروختن کنیزی که از آقا فرزند داشته باشد درغیر موضعی که استثناء کرده اند .

نوع بیستم - خریدن وفروختن چیزهائیکه مشترك باشد چون آب دریا و خاك صحرا پیش ازآنکه درآن تصرف کنند .

نوع بیست ویکم - خریدن وفروختن زمینهائی که امام آنرا بقهروغلبه گرفته باشد وخانه ها ودرختهائی که دررقت فتح درآنها باشد .

نوع بیست ودوم - خریدن وفروختن نتاج .

نوع بیست وسوم - خریدن وفروختن بچه‌ای که درشکم‌مادر وپشت پدرباشد تنها بی‌آنکه چیزی بآن ضم کنند .

نوع بیست وچهارم - خریدن وفروختن چیزی بشرط دست سودن باینطریق که بایع بمشتری گوید که هرمتاعی که تودست بر آن نهی فروختم بتوبمبلغ معین

نوع بیست وپنجم - خریدن وفروختن بشرط انداختن باین معنی که بایع‌به مشتری گوید هرمتاعی را که پیش تواندازم فروختم بتوباین مبلغ .

نوع بیست وششم - خریدن و فروختن بشرط سنك زدن باین معنی که بایع بمشتری گوید هرمتاعی را که سنك توبر آن خورد بتوفروختم بمبلغ معین .

نوع بیست و هفتم - خریدن و فروختن بعد از ندای روز جمعه . و در این صورت بیع صحیح است اما این فعل حرام است .

نوع بیست وهشتم - خریدن وفروختن چیزی که به کیل ووزن درآید پیش ازآنکه آنرا قبض کنند بغیرآنکسی که ازاو خریده است . اما باو فروختن بمثل آنچه بآن خریده جایز است واگربغیر مثل آن بفروشد بزیاده و کم باو فروختن جایز نیست .

نوع بیست ونهم - خریدن وفروختن دین ومنفعت آن .

نوع سی‌ام - خریدن وفروختن آزاد .

نوع سی ویکم بیع بندهٔ گریخته ومرغ درهوا .

نوع سی ودوم - بیع دین بدین .

نوع‌سی‌وسوم - سلم‌وسلف خریدن گوشت‌ونان وآنچه وصف آن نتوان کرد .

نوع سی وچهارم - بیع ربوی یعنی بزیاده و کم خریدن وفروختن دوجنس متفق که بکیل ووزن درآید .

نوع سی وپنجم - بیع میوه‌ها پیش از آنکه ظاهر شود و بعضی از مجتهدین گفته‌اند که اگر بزیاده ازیکسال باشد یاآنرا باچیزی دیگر ضم کنند جایز است وخریدن وفروختن پشمی که برپشت حیوانات باشد تنها جایز نیست .

نوع سی وششم - بیع سبزیها پیش ازظاهرشدن .

نوع سی وهفتم - بیع مزابنه وآن بیع میوه وخرمااست بآن میوه وخرمائی که ازآن درخت باشد سوای عریه یعنی یك درخت خرمائی که درخانه یا باغداشته باشد ( بجهت وجود نص ) .

نوع سی‌وهشتم - بیع محاقله وآن بیع زراعت است بهمان جنس بشرط آنکه ازآن زمین حاصل شود .

نوع سی ونهم - بیع طفل و دیوانه ومست وبیهوش وخفته وکسی که او را باکراه برآن دارند ومفلسی که اورا ازمالش منع کرده باشند .

نوع چهلم فروختن گرو کننده متاعی راکه پیش شخصی گرو کرده باشد بی اذن او .

نوع چهل ویکم - خریدن وفروختن کسی که درمسجد اعتکاف کرده باشد اما آن بیع صحیح است .

ازآنچه گفته شد این نکته روشن وواضح میشود که ازنظرشرع وشارع اسلام بهرطریقی واز هر راهی نمیتوان علقهٔ مالکیت ایجاد کرد وازنظائرموارد و انواع مذکورهرچند ممکن است اموالی بچنك آید وشخص خودرا مالك آنها پندارد ولی مالکیت موجود نمیشود ودارنده‌وجمع کننده مال‌ازطرق‌مذکوربغیرازآنچه‌استثناء شده بجای آنکه مالك باشد ضامن است وآنچنان اموالی درصورتیکه مالك آن معین باشد باید بمالکش والا بولی مسلمین و سلطان زمان تحویل شود تا بـا آن معاملهٔ اموال مجهول المالك بنمایند .

## قسمت دوم

## موارد تحقق مالکیت

جای شبهه‌ای نیست که دراسلام بنص آیات وبرطبق احادیث وروایات مالکیت فردی پذیرفته شده واهمیت واحترام زیادی بآن داده شده استولی اگردردستورات شرعی توجه شود معلوم میگردد این مالکیت از جنبهٔ انتفاعی وانسانی نباید خارج شود وبصورت هوس بازی واقناع شهوات واحتکارارزاق عمومی درآید .

اوامر ونواهی قرآن واحادیث که موضوع آن مال است اکثر برمحور مالکیت شخصی است ، مثلا وقتی در باره زکـوة امر میشود بقوله تعالی « خذ من اموالهم صدقة » و یا بقوله تعالی : « .... انفقوا من طیبات ما کسبتم و مما اخرجنا لکم من الارض . . » ویا درباب کسب درآیه ۳٤ ازسورهٔ نساء نهی و تجویز آن چنین شده است « یا ایهاالذین آمنوا لاتاکلواموالکم بینکم بالباطل الاان تکون تجارة عن تراض منکم » ویا درباب اخذمال بغیرحق درآیه (۱۸٤) ازسوره بقره این چنین نهی فرموده است « ولاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل وتدلوابها الی الحکام لتا کلوا فریقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون » وهمچنین نظایر این آیات که ازمال صحبت میشود موضوع و متعلق حکم ملك و مال فردی است ، وبر خلاف گفتهٔ گوستا ولوبون نویسنده تاریخ تمدن عرب واسلام که میگوید درقرآن احکام ملك ومال خیلی کم است، لیکن مفسرین آنرا نهایت درجه شرح وبسط داده‌اند . مال وملك بیش ازسایر موضوعات درقرآن موضوع احکام قرار گرفته است چه آیات مربوط به صدقات و زکوة وخمس وبرخی ازآیات حج وجهاد وآیات مربوط به باب اطعمه واشربه وهم آیات مربوط بارث وغیره موضوع آنها مال وملك است ، وثبوت حکم برای موضوع هم فرع ثبوت موضوع است ویاباصطلاح معروف ، ثبوت شیء لشیء فرع ثبوت مثبت له میباشد ـ ولی در مقام اثبات اگردرآیات وحتی اخبار بالاستقلال ازمال و ملك

سخن نرفته وتعریف نشده است علت آن بوده که موضوع درنظرعرف شناخته شده ومعروف بوده ونیازی بتوصیف نداشته است مع الوصف در مواردی که عرف بخطا میرفته ، شارع اورا متنبه خطایش چه مستقیما بانزول آیات بمانند « احل الله البیع وحرم الربوا » و « واعلموا انما غنمتم من شیء » و « قل الانفال لله ولرسوله » وچه با تفسیر وبیان حکم بوسیلهٔ خاندان وحی (که تنها کسانی هستند که حق تفسیر قرآن را میدارند ) فرموده وراه ورسم انسانیت ، واز جمله ملك ومالداری ومصرف مال را بآنها آموخته است .

موارد تحقق واثبات مالکیت فردی دراسلام باتوجه بدستورات واصول اسلامی از جهات مختلفه قابل دسته بندی وبحث است لیکن روش بحث هر چه باشد حکم موضوعات یکی است واگر اختلافی دراحکام باشد مربوط بعقاید اشخاص است نه حکم الله فلذا متذکر میشود اشیائی که اطلاق ملکیت خاص بر آنها میگردد و از نظرمتشرعین باین عنوان شناخته شده‌اند ، یا تولیدی هستند ویا تحصیلی ، وسبب آن هم یا اقدام خود شخص است بروجهی که شارع تجویزفرموده ، یا حکم شارع ویا انتقال شرعی است . اینك از لحاظ اینکه این اقسام غالبا از نظر بحث تداخل مینماید وتفکیك آنها هم موجب تفصیل وتکراربی فایده وازغرض بدوراست بذکر موارد ( بروجهی که‌حاکی ازآن‌اقسام نیزباشد) ذیلا اکتفامیشود .

**مورد اول ـ اشیاء تولیدی :**

اشیا تولیدی اشیائی است صورتا غیرموجود که براثراقدامات عملی شخص و بمقتضای حرفه وصنعتی باشکال خاصی موجود میشوند .

این قسم نیزدودسته‌اند یکی آنکه شخص سازنده وفاعل حساب میشود دیگر آنکه شخص در آن عامل محسوب است .

دسته اول مربوط بصناعات است ـ مانند اینکه کفاش تخته چرمی را بصورت کفش ونجار چوب را بصور مختلف در ـ میز ومبل درمیآورد یـا سازنده اتومبیل وهواپیما وسایر دستگاهها که ازآهن ومواد دیگرآن وسائل را میسازد ،

**مالکیت صانع دراسلام :**

در شرع اسلام نتیجهٔ اینگونه اعمال شخص بخود او عاید است و مالك آنها میباشد یعنی هر کس از نوع حرفه و صنعت خود بهر نحو و صورتی میتواند بهره برداری نماید جزدرمواردی که اصل‌حرفه وصنعت ویا طریق استفاده ازآن ممنوع شده است . پس صنعتگر میتواند چیزی بسازد و مستقیما از آن در حوایج شخصی استفاده نماید ویاآنرا بفروشد ویا با چیزدیگری تبدیل نماید یا بدیگری ببخشدو هم میتواند صنعت خود را بدیگری تعلیم دهد ودرمقابل آن اجر ومزد بگیرد ویا با دیگری قرارداد نماید که هنر وصنعت خودرا با مزد روزانه ویا اجرت مقطوع دراختیاراو گذارد . مثلا خیاط خودش یکوقت دوخته فروش است یکمرتبه برای کارروزانه ازصاحب کاراجرت میگیرد و گاهی‌برای دوخت لباس مخصوص اجرت خاص میگیرد . پس بهرحال صاحب حرفه وصنعت بصورمختلف ازصنعت خود بهره برداری مینماید ومالك نتیجه اقدام وعمل خود میشود وشرعا مالکیت اوهم محترم شناخته شده است مشروط بآنکه مادهٔ مورد استعمال‌ازطرق صحیح ومشروع بدست آمده باشد والامثلا گرچرمی که کفش شده یا آهنی که اتومبیل‌شده متعلق‌بدیگری باشد وبدون رضای مالك صنعتگر آنرااستعمال نماید شارع‌باین اقدام وعمل احترام نگذاشته وارزش قائل نمیشود .

**تجلیل ازصنعتگران امین دراسلام :**

ازصاحبان حرفه وصنعت که امین ومؤمن باشند درشرع اسلام تجلیل شده تا جائی که دوست خداوند متعال معرفی گردیده‌اند در کافی است که محمدبن مسلم ازابی عبدالله علیه‌السلام روایت نموده که حضرت فرمودند « قال امیرالمؤمنین علیه‌السلام ان الله یحب المحترف الامین » کلینی در روایت دیگری نقل کرده « ان الله یحب المؤمن المحترف » خداوند در سوره « العصر » میفرماید « والعصر . ان الانسان لفی‌خسر الاالذین آمنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر » دراین آیه‌باتاکید بقسم، انسان درتباهی معرفی شده مگراینکه دارای دوصفت‌باشد : یکی

ایمان داشته باشد بآنچه پیغمبر اکرم آورده است والبته لازمهٔ ایمان عمل بروفق آن میباشد - دیگر آنکه کارهائی از پیش گرفته وازروی حق وحقیقت باصبروحوصله انجام دهد که شایسته ودرخورمقام انسانیت باشد تاازنتیجهٔ کاراوضمنا نوع دررفاه وآسایش واقع شوند درآیه۷ و۸ ازسوره « بینه » این کسان بهترین جهانیان وپاداش آنها درنزد پروردگار بهشتهای جاودانی معرفی شده است . درآیه ۷٦ ازسورد ۱۹ میفرماید « والباقیات الصالحات خیرعند ربك ثوابا وخیرمرداً » باقیات صالحات بر طبق آنچه ازمعصوم وارد شده بسه چیز گفته شده یکی فرزند نیکوکاری که موجب شود ازپدرش به نیکی یاد نمایند دوم ثمره علمی که ازشخص باقی بماند وآیندگان ازآن بهره برند سوم آثارمادی و مالی که نام اورا زنده نگه بدارد این مطلب بر وجه روشنتری ازآیه ٤٦ ازسوره ۱۸ قوله تعالی « المال والبنون زینة الحیوة الدنیا والباقیات الصالحات خیرعند ربك ثوابا وخیرعملا » ممکن است استفاده شود -چه دراین آیه باقیات صالحات ازنظراهمیت درنزد شارع نقطه مقابل مال وفرزند قرار داده شده است زیرا چنانکهٔ قبلا گفته شدقرآن ازحیات دنیا بلهوولعب تعبیر کرده « وماهذه الحیوة الدنیا الالهوولعب وان الدار الاخرة لهی الحیوان ..» پس زندگی دنیائی که درنظرشارع این همه بی مقداراست دیگرزینت آن چیست ؟! اما درمقابل اهتمام واهمیت بباقیات صالحات داده وبدین بیان فهمانده است هرمال وفرزندی شایسته ودرخوراین عنوان نیست بلکه آن آثار وجودی خاص که مفید بنوع و کمك برای نسل آینده باشدبروجهی که نام اورا زنده وبنیکی پایدارمیسازددرنزد پروردگار پسندیده ودارای پاداش نیك میباشد پس نتیجه عمل انسان بحکم آیات نه تنها مال انسان است در حال حیات بلکه در ممات هم تاروز رستاخیز بدنبال انسان باقی است چنانکه درقوله تعالی است « یومئذ یصدرالناس اشتاتا لیروا اعمالهم فمن یعمل مثقال ذرة خیرا یره ومن یعمل مثقال ذرة شرا یره » .

**دسته دوم مربوط بکشاورزی ازقبیل زراعت وغرس اشجاراست:**

شارع مقدس بعمل عامل آنقدر احترام گذارده که اگر درملك غیر وبدون

اجازه‌اوعمل کند مالك زرع‌میباشد ونتیجهٔ زحمات اوباوعاید میگردد واین‌جمله از مضمون حدیث « الزرع للزارع ولو کان غاصبا » بصورت یك‌قاعدهٔ کلی‌مورداتفاق علمای اسلام و بپیروی آنها مورد قبول دانشمندان حقوق میباشد ودرقانون مدنی ایران‌درماده۳۳باین عبارت بیان شده است « نماومحصولی که اززمین حاصل میشود مال مالك زمین‌است چه بخودیخود روئیده باشد یابواسطهٔ عملیات مالك مگراینکه نما یا حاصل ازاصله یا حبهٔ غیرحاصل شده باشد که دراین صورت درخت ومحصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگرچه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد » . پس کشت وزرع بروجه مذکور دراسلام موجب مالکیت محصول میباشد وعملی است که دراخبار مورد امرواقع شده النهایه امر حمل براستحباب گردیده است . شاهد برمدعی خبرمحمدبن یعقوب است باسنادش ازابی عبدالله علیه السلام که مردی ازحضرت سئوال مینماید باینکه طایفه‌ای میگویند زراعت مکروه است « قال علیه السلام ازرعوا واغرسوا فلا والله ما عمل الناس عملا احل ولا اطیب منه والله ليزرعن الزرع وليغرسن الغرس (۱) بعد خروج الدجال» وخبردیگرازابیعبدالله علیه السلام میباشد که فرمود « ان الله جعل ارزاق انبیائه فی الزرع والضرع کیلا یکرهوا شیئا من قطر(۲) السماء » وخبردیگراست که محمدبن عطیه میگوید شنیدم اباعبدالله علیه السلام فرمود « ان الله عزوجل یختار لانبیائه الحرث والزرع کیلایکرهوا شیئا من قطر السماء » . صدوق اعلی الله مقامه نظیر این خبر را ازمحمد بن عطیه روایت نموده واضافه کرده است که سئوال شد ازقوله تعالی « وعلی الله فلیتوکل المتوکلون » قال علیه السلام « الزارعون » .

ودرتوصیف‌زراعت ازحضرت صادق علیه السلام روایت‌شده که‌فرمودبزرگترین کیمیا زراعت است . ونیزدرخبرسکونی است که حضرت صادق فرمود « سئل النبی صلی الله علیه وآله وسلم

(۱) درکافی ووافی « ولیغرسن‌النخل » ضبط شده است

(۲)القطر:هوان یزن الرجل حباً او غیره فیاخذ ما بقی‌بلاوزن علی حسابه .. کانه من‌قطار الابل لاتباع بعضه بعضاً .

ای المال خیر ؟ قال زرع زرعه صاحبه واصلحه وادی حقه یوم حصاده » .

ازحضرت امیرالمؤمنین علیه السلام روایت شده که آنچه ازمعایش خلق واسباب آن در قرآن آمده پنج وجه است وجه امارت و وجه عمارت ووجه تجارت و وجه اجارت و وجه صدقات .. تااینکه میفرماید و اما وجه عمارت پس قوله تعالی « هوالذی انشاکم من الارض و استعمرکم فیها فاعلمنا سبحانه انه قد امرهم بالعمارة لیکون ذلك سببا لمعایشهم بما یخرج من الارض من الحب و الثمرات وما شاکل ذلك مما جعله الله معایش للخلق » .

دروافی ازکافی است که یزید بن هرون گفت شنیدم حضرت صادق میفرمود « الزارعون کنوزالانام یزرعون طیباً اخرجه الله وهم یوم القیمة احسن الناس مقاما واقربهم منزلة یدعون المبارکین » .

ونیز ازتهذیب است که یزید بن هرون واسطی گفت سؤال کردم ازجعفر بن محمد علیهما السلام ازفلاحین« قال علیه السلام هم الزارعون کنوزالله فی ارضه ومافی الاعمال شیء احبّ الی الله من الزراعة وما بعث الله نبیا الا زراعا الا ادریس علیه السلام فانه کان خیاطاً».

وبهرحال ازاین روایات وروایات دیگرمسلم میگردد که زارع نسبت بحاصل حبه واصلهٔ خودشرعا مالك میباشد وضمنا ازتعلیل مذکوردرفرمایش مولای متقیان علیه السلام چنان مستفاد میشود که جایز نیست اراضی که وسیله و سبب معاش مردم است بدون کشت و زرع احتکار شود .

کشاورزی و زراعت در دستورات اسلامی بهترین اعمال و بزرگترین کیمیا میباشد چنانکه درکافی ازامام باقر علیه السلام روایت شده‌است که فرمود «کان ابی یقول: خیر الاعمال الحرث ، تزرعه فیأکل منه البرّ والفاجر اما البر فما اکل من شیء استغفرلك واما الفاجر فما اکل منه من شیء لعنه ویاکل منه البهائم والطیر » .

وروایت شده که حضرت صادق فرموده: « الکیمیاء الاکبرالزراعة » ـ ونیز درکافی است که امام صادق برمردمانی ازانصار گذشت که مشغول حرث بودند حضرت بآنها فرمود : « احرثوا فان رسول‌الله صلی الله علیه وآله قال : ینبت الله بالریح کما

ینبت بالمطر قال : فحرثوا فجادت زروعهم » .

**مورد دوم اشیاء تحصیل شده ازمحاربین :**

درآنچه بقهر و غلبه ازکسی که مال اوحلال است گرفته شود در سه صورت زیرمالکیت محقق میشود .

اول ـ در جهاد با کفار ـ هرگاه مسلمانی محاربی را بکشد مالك لباس و سلاح ومرکبی که برآن درمعرکه سوار است میگردد و درانگشتری ومیان بند و همیان اواختلاف است . بعضی ازمجتهدین گفته‌اند اگرامام شرط کرده‌باشد متعلق باومیباشد والا جزءِ غنائم است .

دوم ـ مطابق اخبار اطفال وزنان کفار بمجرد اینکه درجنك اسیرشدند ملك کسانی میشوند که آنهارا گرفته باشند .

سوم ـ اشیاء منقول ازقبیل طلا ونقره و امتعه و کلیهٔ آنچه تملك آن برای مسلمان صحیح است بعد از تأدیـه خمس وقسمت و اختصاص یافتن سهام بغانمین ، هرذی سهمی مالك سهمش میگردد اما قبل ازتقسیم ، درحکم اموال مشترکه است وجایزنیست تصرف درآن بدون اجازه واذن ذوی‌الحقوق ، (تفصیل درمبحث غنائم گذشت ) .

**مورد سوم - اشیائی که انسان پیداکند :**

آنچه شخص ازطلا ونقره وجواهر ، درمحل غیرمعموره ، درکشور اسلامی، بیابد وسکهٔ اسلام برآن نباشد ویا دردیارکافران بیابد ( خواه درمعموره باشد یاغیر معموره وخواه اثر اسلام روی‌آن باشد یا نباشد ) متعلق بکسی است که آنرا یافته است . در قانون مدنی قسم اول در ماده ۱۶۵ چنین پیش بینی شده است « هرکس دربیابان یاخرابه که خالی ازسکنه بوده ومالك خاصی‌ندارد مالی پیدا کند میتواند آنرا تملك کند و محتاج بتعریف نیست مگر اینکه معلوم باشد که مال عهد زمان حاضر است دراینصورت درحکم سایر اشیاء پیدا شده درآبادی خواهد بود » لیکن حکم قسم دوم شایـد ازآن جهت که مورد احتیاج نبوده درقانون مدنی بیان نشده

است . اما اگرشرایط مذکورموجودنباشد یعنی چیزی در کشوراسلامی ودرمعموره وآبادی یافت شود :

**اولا** شخص نبایـد آنرا بردارد چنانکه روایت شیخ درصحیح حسین بن ابی العلاء حکایت دارد « قال ذکرنا لابی عبدالله علیه السلام اللقطة فقال لاتعرض لها فان الناس لوترکوها لجاء صاحبها حتی یاخذها» ودرصحیح محمد بن مسلم است ازابیجعفر علیه السلام قال : « سئلته عن اللقطة قال : لا ترفعها فان ابتلیت بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها فی عرض مالك تجری علیها ما تجری علی مالك حتی یجیء لها طالب فان لم یجیء لها طالب فاوص بها فی وصیتك » . (کافی)

**ثانیا** درصورتیکه لقطه را برداشت باتوجه بخبراخیر واخبار دیگری که در مقام هست اگر قیمت آن ازیکدرهم بیشتر باشد بایستی یکسال تعریف کند پس از آن اگر تصرف وتملك نماید درملك شخصی او داخل میشود ولی اگر صاحب آن معلوم شود متصرف ، درمقابل مالك ، ضامن است . ماده ۱۶۳ قانون مدنی میگوید « اگرقیمت مال پیدا شده ده شاهی یابیشتر باشد پیدا کننده بایـد یکسال تعریف کند اگر درمدت مزبوره صاحب مال پیدا نشد مشارالیه مختار است که آنرا بطور امانت نگاهدارد یا تصرف دیگری درآن بکند در صورتی که آنرا بطور امانت نگاهدارد وبدون تقصیراوتلف شود ضامن نخواهد بود » .

نوع مالکیت لقطه : دراینکه نسبت بشیء پیداشده علاقه مالکیت حاصل میشود یااینکه مالکیت آن انتفاعی ودرحکم مالکیت است وبعبارت دیگرمالکیت متزلزل بـرای واجدش ایجاد میشود یـا قطعی موضوع قابـل بحث میباشد ـ وباتوجه باخبار این باب هردو نوع آن احتمال داده میشود مثلا اینکه درکافی از داود بن سرحان ازابی عبدالله علیه السلام روایت شده که حضرت فرمود : « فی اللقطة یعرفها سنة ثم هی کسائرماله » .

ونیز درکافی است که حضرت صادق درپاسخ سؤال ازلقطه فرمود : « تعرف سنة قلیلا کان اوکثیرا ، قال : وما کان دون الدرهم فلا یعرف » و یا خبر محمد بن

مسلم ازابی‌جعفر علیه السلام باینکه « سألته عن الدار یوجد فیها الورق، فقال: ان کانت معمورة فیها اهلها فهولهم وان کانت خربة قد جلا عنها اهلها فالذی وجد المال فهو احق به . » میتواند دلیل برمالکیت مطلقه واجد باوجودشرایط آن باشد .

اما خبر دیگر ازمحمد بن مسلم که قبلا ذکر شد و درآن تعبیر شده است به « فاجعلها فی عرض مالك تجری علیها ما تجری علی مالك ..» ویاخبر ابی‌بصیر از ابی‌جعفر (ع) قال : « من وجد شیئا فهو له فلیتمتع بـه حتی یاتیه طالبه فاذا جاء طالبه رده الیه .» ویاخبرعلی بن جعفر از برادرش موسی بن جعفر (ع) که درفقیه وتهذیب آمده‌است ودر آن است « وسالته عن الرجل یصیب درهما اوثوبا اودابة کیف یصنع قال یعرفها سنة فان‌لم یعرف جعلها فی عرض ماله حتی یجیء طالبها فیعطیها ایاه وان مات اوصی بها وهولها ضامن . » دلالت داردبراینکه مالکیت انسان درلقطه بعد ازتعریف وباشرایطش نظیر مالکیت اونسبت بسایراموال اواست ازحیث قدرت برتصرف ازبیع وهبه وامثال آن‌لیکن یك تفاوت باسایر املاکش‌دارد وآن این است که هرگاه مالکش بیاید وآنرا بخواهد اگرعین باقی باشد واجب است بمالکش تسلیم شود والاضامن قیمت آن است پس این مالکیت نوعی‌است که درشرع اجازه داده شده وبمانند مالکیت بدل حیلوله است و یا ملك متزلزل است بمانند مالکیت مبیع خیاری درزمان خیار بایع .

گفتار علماء نیز مختلف است و صاحب جواهر قول اول را یعنی مـالکیت مطلقه واجد را پس از تعریف نسبت باکثر داده است وبنابراین قول ، مالك لقطه پس ازتملك واجد آن درعین لقطه حقی‌ندارد هرچند باقی باشد وشاید بتوان بنفع این قول ازخبرابی‌العلاء که درکافی آمده وچنین‌است « قال : قلت‌لابی‌عبدالله(ع): رجل وجد مالافعرفه حتی اذا مضت‌السنة اشتری به خادماً فجاء طالب المال فوجد الجاریة التی اشتریت بالدراهم هی ابنته قال : لیس له ان یأخذ الا دراهمه ولیس له الابنة انماله رأس‌ماله و انما کانت ابنته مملوکة قوم . » استفاده نمود ولی‌خود صاحب جواهرقول دوم را اختیار نموده است .

**مورد چهارم - اشیائی که ازمعادن بدست آید :**

معادن جمع معدن است و آن بردوقسم است :

**الف - معادن ظاهره و هویدا** که احتیاج بمخارج استخراج ندارد وسعی وعمل انسان نسبت بآنها عبارت ازاخذ وبرداشت ازآنها است مانند نمك و گوگرد ومومیا وسرمه وامثال آنها هرچه روی زمین ظاهر باشد .

این قسم ازمعادن راکسی باحیاءِ مالك نمیشود لیکن هر کس سبقت در برداشت ازآنها بگیرد میتواند باندازهٔ حاجت خود ازآن بر گیرد و از دیگران مقدم میباشد واگر دو یاچند نفر باهم اقدام باخذ نمودند درصورتیکه ممکن باشد همگی باهم ازآن استفاده مینمایند والا اگرسابق معلوم بود ، آن سابق اولی است ودرصورت تساوی درسبقت ، قرعه حاکم بین آنها است وخلاصه ، بااین ترتیب در آنچه از این معادن بر گیرند مالکیت اختصاصی نسبت بآن محقق میشود بدلیل شمول قول امام (ع) « من سبق الی مالایسبق الیه مسلم فهواحق به » .

در مالکیت اخذکننده ، بروجه مذکور ، نسبت بمقدار مورد احتیاج ، بین علما نسبتاً توافق است اما درزائد برمقداراحتیاج ، بین علما اختلاف است . بعضی چون شهیدین و محقق کرکی درمقدار زائد برمعتاد ، نیز سابق را مقدم دانسته‌اند وبعضی دیگردرمقدار زائد، مالکیت سابق را مشروط بعدم اضراربدیگران میدانند صاحب شرایع میگوید « و من سبق الیها فله اخذ حاجته » صاحب جامع المقاصد مدت اخذ و استفادهٔ سابق را مشروط و مقید میسازد « بما اذا لم یضرمقیما » که صاحب جواهر احتمال داده است بر گشت این قول را بجواز اخذ زائد بر مقدار حاجت تاحدی که مضار بغیر نباشد ( از این بیان صاحب جواهر چنان برمیآید که درمباحات.رعایت حکومت اصل لاضرر میشود وبایستی بشود .

**ب - معادن زیر زمینی** که‌نیازباستخراج وعمل وسعی انسانی دارند وفقها ازآنها بمعادن باطنه تعبیر مینمایند ( چون معادن طلا - نقره - مس - آهن - سرب

فیروزه ـ عقیق ـ ذغال سنك و امثال آنها ) مالکیت آنها بدو صورت ممکن‌است : **اصلی وتبعی** .

**صورت اول** یعنی **مالکیت اصلی** بعقیدهٔ بسیاری از فقها چنانکه حکایت شده از شیخ طوسی و ابن براج وشهیدین و محقق کرکی باحیاءِ خودآنها میباشد بدین معنی که هر گاه انسان سعی‌و کوشش‌نمود ومخارجی جهت استخراج متحمل شد تا بمعدن برسد مالك آن میشود ، خواه معادن ملك خاص امام باشد چنانکه شیخ مفید وسلاروکلینی قائلند ویا ملك جمیع مسلمین باشد ـ گویا استدلال اینها بهمان دلائل احیاءِ موات باشد چه گفته‌اند در این مقام احیاءِ که سبب ملك است صدق مینماید زیرا احیاء هرچیزی بحسب خودش میباشد ولذا گفته شده کسی که چاهی بکند تا بآب برسد مالك آن میشود ولی مادامی که بآب نرسیده تحجیر محسوب میشود . در مورد معادن هم ، تا وقتی بمعدن نرسیده و آماده برای بهره برداری نگردد اعمال انجام یافته تحجیر میباشد که برای عامل فقط حق اولویت ایجاد مینماید ودراین‌صورت اگرترك‌عمل کند یابوسیله حاکم اجبار براتمام‌میشود ویا ازوی رفع ید میگردد .

**صورت دوم** - یعنی مالکیت تبعی ، آنست که کسی زمینی را احیاء نماید بعد درآن معدنی ظاهروپیدا شود ، مالك زمین، مالك معدن نیزمیگردد واستدلال نموده‌اند باینکه معدن ، جزئی از اجزاء زمین است ودر نتیجه مالکیت معدن هم تابع مالکیت زمین است وبتبع مالکیت کل حاصل میشود . ماده ۱۶۱ قانون مدنی میگوید :

« معدنی که درزمین کسی‌واقع شده باشد ملك صاحب زمین است واستخراج آن تابع قوانین مخصوصه خواهد بود » وبهرحال آنچه استخراج وبهره برداری ازمعادن میشود درصورتیکه خمس آن تادیه شود ملك اختصاصی و شخصی میگردد

**مورد پنجم دفینه**

دفینه که در عبارت فقها بپیروی ازاخباربه کنوز ورکاز تعبیر شده است در

ماده ۱۷۳ قانون مدنی تعریف شده : بمالی که درزمین یا بنائی دفن شده وبرحسب اتفاق و تصادف پیدا شود . علما درمعنی کنز ورکاز اختلاف دارند بعضی معتقدند گنج فقط بر طلا ونقره اطلاق میشود وبقیه چیزهای پیدا شده که مدفون باشد در حکم لقطه است . برخی دیگر مانند صاحب تذکره و مسالك وشرایع وغیره قصد ذخیره را شرط تحقق گنج میدانند ولذا ازآن تعبیر نموده‌اند بهرمالی که در زیر زمین ذخیره شده باشد . صاحب عروه میگوید کنزمالی است که درزیرزمین یادیوار یا درخت یا کوه ذخیره شده باشد ومدار بر صدق عرفی است خواه طلا یا نقره مسکوك یا غیر مسکوك ویا غیراز اینده ازجواهرات باشد . بنابراین اگرمالی در زمین بواسطه خراب و ویران شدن خانه یا شهری مستورشده وبعدا بدست آید در لقطه داخل میباشد چه اطلاق ذخیره بر آنها نمیشود ـ اما بعضی دیگر آنرا تعمیم داده وشامل تمام آنها میدانند ودلیل آنها اخباری است که درآنها تعبیر بر کازشده‌و رکاز ازرکز بمعنی‌خفاء آمده وصاحب جواهرهم کنوزرا بارکاز اصطلاحا مرادف دانسته است و هم از مصباح المنیرنقل شده که رکاز مطلق مال مدفون میباشد و بنابراین قصد ذخیره درآن اثری ندارد بهرحال ملاك درصدق گنج ودفینه اطلاق ونظرعرف است .

اما شرایط مالکیت دفینه ازنظرمحلی که درآن یافت میشود نزد محققین فقه فرق مینماید باین بیان که :

اولا ـ اگردفینه دراراضی دارالحرب پیدا شود پس ازاخراج خمس، بدون شرط ملك یابنده است .

ثانیاً ـ اگردراراسلام پیدا شود درصورتی که دراراضی ویران وغیرمعموره یا اراضی مباحه و یا اراضی که ملك تمام مسلمین میباشد مانند معموره از مفتوح عنوه یافت شود شرط تحقق مالکیت فردی ( علاوه براخراج خمس ) آن است که اثروعلامتی که ملکیت مسلمانی‌رابرآن محرزبدارد درآن‌نباشد واین‌حکم‌باقتضای جمع بین صحیح ابن مسلم که میگوید «سئلته عن الورق توجدفی دارفقال علیه السلام ان

کان الدار معمورة فیها اهلها فهی لاهلها وان کانت خربة فانت احق بما وجدت » وخبر محمد بن قیس ازامام باقر علیه السلام که میفرماید « قضی علی علیه السلام فی رجل وجد ورقا فی خربة ان یعرفها فان وجد من یعرفها والاتمتع بها . » میباشد .

قانون مدنی این مضمون رادردوماده زیرچنین بیان کرده است :

ماده ۱۷٤ « دفینه که مالك آن معلوم نباشد ملك کسی است که آنرا پیدا کرده است » .

ماده ۱۷٦ « دفینه که دراراضی مباحه کشف شود متعلق بمستخرج آنست » .

بطوریکه ملاحظه میشود ماده ۱۷٦ بطور کلی دفینهٔ مکشوفه دراراضی مباحه را مطلقا ملك مستخرج آن دانسته است . لیکن برحسب ماده ۱۷٤ اطلاق مذکور مقید میشود باینکه مالك دفینه معلوم نباشد والا بدیهی است که اگر مالك معلوم باشد مباح بودن محل موجب اباحه ملك غیر نمیتواند بشود ولذا فقها میگویند هر گاه قرائنی برمالکیت مسلمانی نسبت بکنوز پیداشده موجود باشد درصورتی که آن شخص یا ورثهٔ او معلوم باشد بلااشکال تسلیم مالك میگردد ولی اگر مالك شناخته نشود حکم لقطه برآن مترتب ویا امرش بحاکم شرع محول میشود ویا بمجهول المالك ملحق شده وازطرف مالك تصدق می گردد .

صاحب عروه بین مالك جدید و قدیم فرق گذاشته است باینکه اگرواجد، علم داشته باشد که خود مالك یا ورثهٔ مالك موجودند اما آنها را نمی شناسد برای اجرای حکم مجهول المالك برآن وجهی است ولی اگرعلم دارد باینکه درقدیم ملك مسلمانی بوده ظاهرا حکم کنز برآن جاری میشود .

حسب ظاهر واطلاق ماده ۱۷٤ قانون مدنی چنانکه دیده شد همینکه مالك دفینه معلوم نباشد خواه اثروعلامت ازمالکیت مسلمی داشته باشد یانه واجد ومستخرج را مالك میداند ولیکن این ظهوروا طلاق نیز باتوجه بماده ۲۸ آن قانون که میگوید « اموال مجهول المالك بااذن حاکم یاماذون ازقبل او بمصارف فقرا میرسد » مقید گشته ونتیجتاً برموردی میتواند حمل واطلاق شود که اثروعلامت اسلامی نداشته

باشد ویا لااقل علم بوجود مالك ویا وارث او نباشد والاموردی که علم بوجود مالك باشد اما مالك شناخته نشود مسلما ازمصادیق اموال مجهول المالك میشود .

ثالثا ـ اگردر زمینی که از دیگری خریده گنج بدست آورد هر گاه علم داشته باشد مال مالك ومالکین سابق نیست و آثار اسلام هم بر آن نباشد مالك میشود والا بایستی بمالکین قبل ازخود اطلاع دهد هر گاه آنها مدعی مالکیت نشوند ملك یا بنده میگردد واگرمدعی مالکیت شدند و آنرا تعریف نمودند بآنها اعطا میشود .

رابعا ـ هر گاه دفینه درملك غیر بدست آید ظاهرا تکلیف وترتیب آن به عهدهٔ مالك است چنانکه درصحیح ابن مسلم که گذشت حکم آن بجمله « ان کان الدار معمورة فیها اهلها فهی لاهلها » معلوم گردید و لذا بمالك اطلاع داده میشود وهمینکه مالك مدعی مالکیت شد بدون لزوم تعریف وتفتیش باو رد میشود و حتی اگرمالك زمین ازخود نفی مالکیت دفینه را نمود چنانکه ثانی شهیدین میفرماید ازقبل اوبمالك قبلی وقبلی مراجعه میشود واگرهیچیك مدعی مالکیت نشوند ودر صورتی که اثر اسلام هم بر آن نباشد واجد مالك میشود والا درحکم لقطه میگردد

اما دراین مورد ماده ۱۷۵ قانون مدنی چنین است « اگر کسی درملك غیر دفینه پیدا نماید باید بمالك اطلاع دهد اگر مالك زمین مدعی مالکیت دفینه شد وآنرا ثابت کرد دفینه بمدعی مالکیت تعلق میگیرد » .

عبارت این ماده ازلحاظ اینکه مالك زمین را موظف باثبات ادعایش نموده است مخالف نص واصل واجماع است .

اما نص چنانکه در صحیحهٔ ابن مسلم دیده شد . و اما اصل برای اینکه احترام مالکیت ایجاب مینماید که هیچکس درملك دیگری هیچ نوع دخل وتصرفی ننماید وبرداشتن کنز اززمین غیر بدون اجازهٔ او نوعی تصرف است چه رسد که در مقابل ادعای اومقاومت شود وخلاصه اصل اقتضا دارد که هر چیزی در ملك کسی بود مادامی که خلافش ثابت نشده بالاصاله یا بتبع ملك مالك آن است .

واما مخالف اجماع است چه ازفقها دراین مسئله کسی نیست که درقبال ادعای مالك

زمین دلائل اثباتی مطالبه نماید . موافقترین عبارتی که در کلمات فقها با این ماده میتوان یافت این عبارت غروه است « لووجد الکنزفی ارض مستاجرة اومستعارة وجب تعریفها و تعریف المالك ایضا فان نفیاه کلاهما کان له و علیه الخمس و ان ادعاه احدهما اعطی بلا بینة و ان ادعاه کل منهم ففی تقدیم قول المالك وجه لقوة یده والاوجه الاختلاف بحسب المقامات فی قوة احدی الیدین » مع الوصف بطوریکه ملاحظه میشود بنابراین بیان هم ازمالك وحتی ذوالید بینه ودلیل اثباتی مطالبه نمیشود.

بعلاوه ماده مزبورهم ازنظرمفهوم وهم ازنظرمنطوق خالی ازاشکال نیست چه :

اولا ـ مفهوم جمله شرطیه (اگرمالك زمین مدعی مالکیت دفینه شد و آنرا ثابت کرد دفینه بمدعی مالکیت تعلق میگیرد) آن است که اگر مالك زمین مدعی مالکیت دفینه شد وآنرا ثابت نکرد . یا اگرغیرازمالك زمین وحتی مالکین سابق زمین مدعی مالکیت دفینه شدند وآنرا ثابت هم کردند جزا برآن مترتب نمیشود یعنی دفینه تعلق بآن مدعیان مالکیت نمیگیرد درحالی که این خلاف محض است .

ثانیا ـ حکم منطوق حکم جدیدی نیست بلکه حکمی است مبهم که حتی رفع ابهام آن ازماده ۱۷٤ بایستی بشود زیرا درخود ماده تعیین نشده که درصورت عدم اثبات ادعای مدعی دفینه متعلق بچه کسی است . بعبارت دیگر وقتی مالك زمین دعوی خود راثبات نماید درنتیجه مالك دفینه معلوم خواهد شد واگرادعای خود را ثابت ننماید پس مالك آن معلوم نشده است واین معنی همان چیزی است که ماده ۱۷٤ قانون مدنی باین عبارت گفته است « دفینه که مالك آن معلوم نباشد .. » و بنا بر این نیازی بماده ۱۷۵ نیست ـ شاید هنگام تنظیم ماده ۱۷۵ چیزی ازقلم افتاده وخلطی شده باشد ومثلا منظوربیان حکم قسم سوم بدین عبارت « اگر کسی درملك ابتیاعی ازغیر.. » بوده است .

**مورد ششم ـ غوص**

غوص عبارتست ازبیرون آوردن جواهر ودرولؤلؤ ومرجان ویاقوت وغیر آنها بفرورفتن دردریا ـ آنچه انسان باین وسیله بدست آورد هر گاه قیمت آن بیك دینار

که تقریبا معادل قیمت ۱۸ نخود طلا است نرسد بدون شرط ملك بیرون آورنده است واگر قیمت آن معادل یك دینار و بیشتر شد مالکیت فردی پس ازاخراج خمس تحقق میابد بدلیل اخبار عدیده که ازجمله خبریست که کلینی وشیخ ازابوالحسن موسی بن جعفر علیه السلام روایت کرده‌اند که ازحضرت سئوال شد « عما یخرج من البحر من اللؤلؤ والیاقوت والزبرجد و عن معادن الذهب و الفضة هل فیها زکوة ؟ فقال علیه السلام اذا بلغ قیمته دینارا ففیه الخمس » ـ اما اگر چیزی راآب بساحل اندازد و یا روی آب باشد و کسی حیازت نماید حکم غوص بر آن بار نشده وبعنوان حیازت مباحات مالك میشود . همچنانکه اگر اموالی دردریا غرق شده باشد و صاحب مال نا امید شود واعراض نماید و کسی از آن چیزی بیرون آورد بدون پرداخت خمس مالك آن میشود . درقانون مدنی دوماده ذیل ـ حکم موارد فوق راچنین بیان میدارد

ماده ۱۷۷ « جواهری که ازدریا استخراج میشود ملك کسی است که آنرا استخراج کرده است وآنچه که آب بساحل میاندازد ملك کسی است که آنرا حیازت نماید » ماده ۱۷۸ « مالی که دردریا غرق شده ومالك ازآن اعراض کرده مال کسی است که آنرا بیرون بیاورد» بطوریکه مشاهده میشود درماده ۱۷۸ برای مالکیت آخذ درمال غرق شده دوشرط پیش بینی شده یکی آنکه مالك ازآن اعراض کرده باشد دیگر آنکه ازدریا بیرون بیاورد پس اگر این دوشرط یا یکی از آندو نباشد ملکیت حاصل نمیشود .

توضیح آنکه صاحب مال پس ازغرق شدن اموالش یکی ازسه حالت ممکن است داشته باشد :

اول آنکه امیدوار باشد که بوسیله‌ای مالش را نجات دهد . در این مرحله اگر کسی بهرصورتی ازآن چیزی بیرون بیاورد یا اخذ نماید مالك نمیشود .

دوم ـ آنکه مالك مایوس ازاخراج اموالش گردد اما اعراض ننموده باشد دراین حال دراقوال اختلاف است . بعضی گفته اند آنچه به غوص بیرون آورده شود غواص مالك آن میشود وآنچه آب بساحل اندازد یا از روی آب گرفته شود ملك

مالك آن است واگرمالك را نشناسد درحکم لقطه میباشد . دلیل آنها خبرسکونی وشعیری است که سئوال میشود دربارهٔ کشتی که دردریا بشکند سپس بعضی از آنچه غرق شده بغوص بیرون آورده شود و برخی را آب دریا بیرون اندازد « فقال اما مااخرجه البحرفهولاهله الله اخرجه واما مااخرجه بالغوص فهو لهم و هم احق به » چه ظاهر ازاین تفصیل که درخبر آمده عدم اعتباراعراض و کفایت انقطاع امید مالك درغوص میباشد .

سوم ـ آنکه مالك اعراض ازمال خود مینماید دراین صورت مال مزبورجزو مباحات شده وفرقی نمی نماید که بغوص اخراج شود یا بوسیله آب بساحل بیفتد وحیازت گردد وحتی اگردرغیردریا یعنی درخشکی اعراض مالك از مالی محرز ومسلم شود بحیازت مالکیت محقق میگردد .

**مورد هفتم ـ شکار**

ازقدیمترین زمان یکی ازطبیعی ترین وسائل ارتزاق وعادی ترین اسباب تمتع وتعیش بشرشکار بوده است ودرادیان باستانی هم فی الجمله مباح شناخته شده است .

دردیانت اسلام از کتاب وسنت آیات وروایاتی برجوازوحلیت آن وارد شده وازنظر اهمیت کتابی بخصوص درمجموعه های فقهی اختصاص به صیدوذباحه داده شده است . فقهاموضوع صید وشکاررا ازدونظرمورد بحث قرارمیدهند یکی ازنظر تذکیه بآلات وشرایط مخصوص درمقابل تذکیه ای که بذبح حاصل میشود ودیگری ازنظر وضع واثباب یدبرحیوان بری وبحری میباشد که بالاصاله ممتنع ودراختیاروسلطنت انسانی نیست . البته بحث کنونی صرفا متوجه نظردوم وبدان لحاظ است که اثبات ید برمباحات سبب مملك میباشد .

صاحب جواهر میفرماید صید بهردونظرومعنی مباح است ودلیل از کتاب و سنت واجماع محصل ومنقول برآن قائم است بلکه ازضروری مذاهب ودین است.

**اما از کتاب** قوله تعالی است « یا ایها الذین آمنوا لیبلونکم الله بشیء من الصید تناله ایدیکم و رماحکم » و « احل لکم صید البحر و طعامه متاعا لکم

وللسیارة وحرم علیکم صیدالبر مادمتم حرما » و « .. فاذاحللتم فاصطادوا » و « و ما علمتم من الجوارح مکلبین تعلمونهن مما علمکم الله فکلوا مما امسکن علیکم و اذکروا اسم الله .. » .

**و اما از سنت** - اخباراین باب ازنظرمضمون مقطوع الصدور وبلحاظ معنی متواترمیباشد که در کتب معتبرهٔ اخبارو کتب مبسوط فقه ازقبیل ریاض و جواهرو مفتاح الکرامه وغیره مسطوراست وجمله‌برآنند که حیوان آزاد وبدون مالك که علامت مالکیت دراو نباشد ازاموال مباحی است که بمطلق استیلاء درتحت ملکیت انسان درمیآید . درصحیح عبدالله بن سنان است ازابی عبدالله علیه السلام : « من اصاب مالا اوبعیرا فی فلاة من الارض کلت و(۱)تاهت وسیبها صاحبها لما لم یتبعه فاخذها غیره فاقام علیها وانفق نفقة حتی احیاها من الکلال ومن الموت فهی له ولاسبیل له علیها انما هی مثل الشیء المباح » .

بطوری که ازتنظیر این روایت مستفاد میشود وبلکه مصرح است شیء مباح باخذش تملك میگردد . و در خبر سکونی است در بارهٔ مردی که با چشم مراقب پرنده‌ای بودواورا دنبال میکرد تا درمیان درختی افتاد ودراین موقع مرد دیگری آمد وآنرا گرفت حضرت امیر علیه السلام فرمود « للعین مارات وللید ما اخذت » وخبر

---

(۱) در کافی چاپ اخوندی ووافی « قد کلت وقامت وسیبها صاحبها مما .. » ثبت شده است و در بیان آن گفته شده : قامت وقفت - سیبها ترکها لاترکب - و السایبة المهملة - والناقة کانت تسیب فی الجاهلیة لنذر ونحوه او کانت اذاولدت عشرة ابطن کلهن اناث سیبت ولا سبیل له ای لصاحبه .

اما این سه لفظ پشت سرهم باممایا (لما) لم یتبعه سازش ندارد زیرا تسییب اعراض است وبیان یا تعلیل به (ما) وفعل جحد (لم یتبعه) که مفید نفی ماضی است منافی با معنی آن است و بعلاوه این عبارت میرساند که در صورت اعراض مالك بوسیله تسییب باید دوصفت کلت وقامت هم موجود باشد تا بتواند شخصی آنرا بگیرد وبنابراین عبارت متن که در کتب دیگر ثبت است بهتراست .

دیگر سکونی « الطیر اذا هلك جناحه فهوصید و هوحلال لمن اخذه »

و همچنین است مرسل ابن بکیر« اذا هلك الطائر جناحه فهی لمن اخذه ». ونظائراین اخبارزیاد است که برتحقق مالکیت نسبت بحیوان مباح و آزاد باخذ و صیدآن دلالت دارد .

قانون مدنی حکم مذکوررا رعایت نموده ودرماده ۱۷۹ مقررداشته : «شکار کردن موجب تملك است » ودرماده ۱۸۰ چنین میگوید « شکار حیوانات اهلی و حیوانات دیگری که علامت مالکیت درآن باشد موجب تملك نمیشود » .

طرق ووسائلی که ممکن است حیوان آزاد بری وبحری‌را شرعاً تملك نمود بقرارذیل است :

الف ـ نگاهداشتن شکار بوسیلهٔ حیوان معلمی که شکارچی برای شکار بفرستد دراین صورت فرق نمینماید که آن حیوان معلم ، سك شکاری یا ازقبیل یوزپلنك وپلنك وسایرسباع ویا بازوعقاب وامثال آنهاباشد پس اگرشکارچی حیوان شکاری بدنبال شکار سردهد و آن حیوان هم شکار را بگیرد و بدون اینکه آنرا بکشد برای اینکه صاحبش برسد نگهدارد در این اثناء شخص دیگری برسد و شکار را بگیرد دومی مالك نمیشود بلکه شکارمزبورمتعلق بکسی است که حیوان شکاری را فرستاده است ـ اما اگرشکاربوسیلهٔ حیوان مذکور قبل ازرسیدن شکارچی و تذکیهٔ آن مقتول شود دراین‌صورت فقط شکارسك معلم حلال وملك شکارچی‌میشود ولی شکار سایرحیوانات هر چند معلم باشند حرام و میته است وقابل تملك شرعاً نمیباشد .

براین مطلب علاوه بردلالت آیات مذکورنصوص زیادی است که برای شاهد یکی دوخبر که شامل هردوفرض مسئله است نقل میشود : ـ ازابی‌بکرحضرمی در کافی‌وهم ازتفسیرعلی بن‌ابراهیم روایت شده است قال « سالت اباعبدالله علیه‌السلام عن صیدالبزاة والصقوروالکلب والفهد ، فقال :لاتاکل صید شیئی من هذه الاماذکیتموه الاالکلب المکلب ، قلت : فان قتله ؟ قال علیه‌السلام : کل لان الله عزوجل یقول : و

ماعلمتم من الجوارح مکلبین تعلمونهن فکلوا مما امسکن علیکم واذکروا اسم الله علیه» .

ودر روایات دیگر در تفسیر« کلوا مما امسکن علیکم » حضرت میفرماید هر یك از انواع سباع صید را برای خود نگاه میدارد مگر سگهای شکاری و معلم که برای صاحبش آنرا امساك مینماید - وبازدر کافی درروایت موسی بن بکراز زراره ازآنحضرت نقل شده « انه قال : فی الصید الکلب ان ارسله الرجل وسمی فلیا کل مما امسك علیه وان قتل، وان اکل فکل ما بقی، وان کان غیرمعلم یعلمه فی ساعته ثم یرسله فلیا کل منه فانه معلم فاما خلاف الکلب مما یصید الفهد والصقر واشباه ذلك فلاتاکل من صیده الاما ادرکت ذکاته لان الله عزوجل یقول : « مکلبین » فما کان خلاف الکلب فلیس صیده مما یؤکل الاان تدرك ذکاته . »

ب - وارد آوردن ضرب وجرحی بقصد شکاربرحیوان آزاد وقابل شکاربر وجهی که اورا ازمقاومت وفراربازدارد چنانکه شکارکننده بااسلحه یاپرتاب جسم دیگری که درصورت اصابت عادتاً شکاررا متوقف میسازد صدمه‌ای بشکارواردسازد که نتواند فرارنماید .

توضیح آنکه دراین مسئله سه صورت ممکن است :

اول - آنکه بواسطهٔ ضربت‌وارده‌شکار کشته شود . دراین صورت اگربوسیلهٔ سلاحی آهنی که برنده یا سوراخ کننده باشد ( مانند شمشیرو نیزه وتیر ) ضربت واقع شود وقبل‌ازرسیدن صائد وفرصت‌تذکیه صیدبمیرد مذکی‌محسوب ودرملکیت صائد قرارمیگیرد چنانکه محمدبن یعقوب باسنادش ازمحمدبن قیس از ابی جعفر علیه‌السلام روایت نموده است « قال من جرح صیدا بسلاح و ذکر اسم الله علیه ثم بقی لیلة اولیلتین لم یاکل منه سبع و قد علم ان سلاحه هوالذی قتله فلیا کل منه ان شاء » ودرصحیح محمدبن‌مسلم است‌ازابی‌جعفر علیه‌السلام « قال کل من‌الصید ماقتل‌السیف والرمح والسهم ». ونیزدر کافی درصحیح‌حلبی‌است : « قال، سئلت‌اباعبدالله علیه‌السلام عن الصید یضربه الرجل بالسیف اویطعنه بالرمح اویرمیه بسهم فقتله وقدسمی حین‌فعل ذلك فقال کل لاباس به » .

لیکن اگر بوسیلهٔ جسمی کوبنده چون گرز وچوب وسنك وامثال آن ضربت واقع شود وصائد بتذکیهٔ صید نرسد آن شکارمیته است وقابل تملك شرعی نمیباشد دلیل آن اخبارعدیده است ازجمله محمدبن یعقوب باسنادش ازسلیمان بن خالد از ابی عبدالله علیه السلام روایت نموده است که « قال : سئلت اباعبدالله عما قتل الحجر و البندق أیؤ کل منه ؟ قال : لا » مثل این خبر را شیخ باسنادش ازحسین بن سعید روایت نموده است ونظیر آن نیزصحیح حلبی وخبرحریز وخبرعبدالله بن سنان است ودرقرب الا سناد روایت شده ازحسین بن علوان عن جعفرعن ابیه علیه السلام « ان علیا علیه السلام کان یقول لاتاکل ما قتل الحجر والبندق والمعراض الا ما ذکیت ».

اخباردیگراین اطلاق راراجع بمعراض مقید میسازد باینکه اگربرای شکار ساخته شده ویا تنها سلاح اوباشد لاباس ..

دوم ـ آنکه ضربت وارده برشکارطوری باشد که نتواند فرار نماید در این صورت شکار کننده ازحین اصابت ضربه مالك شکارمیگردد .

سوم ـ آنکه ضربت وارده شکاررا ناقص کند اما نقصی که اورا درحرکت ویاپرواز کند نماید بروجهی که اگرشکارچی باسرعت شکاررا تعقیب نماید بتواند اورا بگیرد والابطورعادی قادربر گرفتن آن نباشد دراین صورت سبب ملك که عبارت ازاخذ وحیازت صید است حاصل نشده ولذااگرشخص دیگری آنرا بگیرد دومی مالك میشود زیرابرعکس اولی براو صائد وآخذ وحائزصدق می کند وحتی بدلیل اصل حق اختصاص هم برای اولی ایجاد نمیشود .

ج ـ بدام افتادن شکاردردامی که بقصد شکار گذاشته شده است یعنی بصرف وقوع صید وتثبیت آن دردام صید واخذ وحیازت مصداق پیدا میکند ودرنتیجه دام گذارنده ازهمان موقع مالك شکارمیگردد .

عبارت جواهردراین مسئله شرح ومتن ممزوج چنین است « لاخلاف ولااشکال فی ان ما یثبت فی آلة الصائد علی وجه یخرج عن کونه ممتنعا کالحبالة و الشبکة والفخ ونحوهایملکه ناصبها للاصطیاد وکذا کل ما یصادللاصطیاد به بلاخلاف اجده

فیه بل‌الاجماع بقسیمیه علیه .. » پس اگر کسی تورماهی گیری بقصد گرفتن ماهی بآب‌اندازد ومقداری‌ماهی‌در آن‌افتد ویاتله‌ای‌نصب کند وحیوانی‌را بدام‌اندازد کسی حق ندارد در آنها تصرف نماید اگرتصرف نمود غاصبانه وضامن است .

بهرحال ازحیث نص‌وفتوی اتفاق حاصل است دراینکه صید بهر آلتی ازقبیل شرك ـ حباله ـ شباك و تورهـا ـ صقور ـ فهود ـ احجار ـ بنادق وغیرآنها جایز است واینکه دربرخی از روایات حکم بتحریم‌آن چیزی شده که « بقسی البنادق » شکارشود باتوجه باخباردیگر محمول است بر کشته شدن شکاربه بنادق والااگر بندقه فقط موجب دستگیری شکارشود وجهی‌برای تحریم نخواهد بود پس خلاصه شکار کردن باین معنی که حیوان ممتنع ووحشی‌درتحت ید وقبضه واستیلای شخص قرار گیرد ، بهرآلتی واقع شود ، جائز ومملك است .

قانون مدنی در این مقام دو مورد راکه شاید در دام بودن ویا گرفتاری و اطلاق اخذ وصید برآن قابل تردید بوده اختصاص بذکرداده ودرماده ۱۸۱ گفته است « اگر کسی کندو یا محلی برای زنبور عسل تهیه کند زنبورعسلی که در آن جمع میشوند ملك آن شخص است همینطوراست حکم کبوتر که دربرج کبوترجمع شود . » .

بطوریکه ملاحظه میشود ، درنظرعرف شاید دروهلهٔ اول بعید باشد که‌بکندو یا برج کبوتر آلت صید ، وهم بکبوتری که دربرج و زنبوری که در کندو جمع میشود صید گفته شود . امابادقت کافی‌معلوم خواهد شد که صید هرچیزی بطریق خاصی‌شاید ومنظورازصیدآنست که حیوان‌آزاد وفراری بهروسیلهٔی رام ودرتحت اختیارقرار گیرد وچون نسبت بکبوتروزنبور ، بوسیلهٔ کندو وبرج کبوتر ، باین هدف میتوان نائل آمد لذا میتوان گفت در مصداق شکار داخل میباشد ، وازباب تنقیح مناط واولویت حکم صیدهای سایر دامها نیزمعلوم ودرنتیجه حکم‌آن ازنظر قانون مدنی مطابق حکم فقهی مذکوراست .

**مورد هشتم تحصیل آب :**

یکی ازمهمترین موضوع حیاتی ، که مورد ابتلای عموم است و در حقیقت رکن واساس زندگی را تشکیل میدهد ، آب است که خداوند درباره آن میفرماید « و من الماءِ کل شیءٍ حی » ودر سورهٔ فرقان آیه ٤٧ میفرماید « هوالذی ارسل الریاح بشراً بین یدی رحمته و انزلنا من السماء ماء طهوراً لنحیی به بلدة میتا ونسقیه مما خلقنا انعاما و اناسی کثیراً » .

آنچه ازظاهر آیات کتاب مستفاد است ، آب مادهٔی نیست که ازنظرحوائج محدود ، و مختص بکسی دون دیگری باشد بلکه هرذیروحی بدان محتاج است چنانکه درهمین آیه که مذکورشد نکاتی چند دراین زمینه مشهود است که ازآن جمله میباشد :

۱ــ آنکه آب ماده حیات ومادهٔ زنده شدن وزنده ماندن همه چیزاست .

۲ ــ مادهای است پاکیزه که پلیدیها هم بآن زدوده میشود .

۳ــ زمینهای خشك وقصبات ودهات بیروح را روح میدهد .

٤ ــ هرذیروحی ازانسان وحیوان محتاج است که باآن شاداب شود وازآن طراوت وتازگی همی بازگیرد .

٥ ــ توجه دادن مخلوق بمبدأ اعلی کــه در مقام امتنان این ماده را فرو فرستاده برای احیاءِ وبرای تسقیه ونوشانیدن بدواب ومردم .

پس باتوجه بنکات مزبوروباقتضای امتنان واینکه فاعل سقی ، خود اواست که تمام مخلوق ازاین حیث نزد اویکسان میباشند بایستی حق سقی وشرب برای همه برنهج واحد باشد ولذا گفته شده آب یکی ازمشترکــات است که حق همه نسبت بآن مساوی است چنانکه درمن لایحضره الفقیه ازابن عباس روایت شده که پیغمبر ﷺ فرمود « **الناس شرکاء فی ثلث الماء والنار و الکلا** » وازجابر بن عبدالله روایت شده که نبی اکرم ﷺ ازفروش مازاد آب نهی فرمود . فقهادرباب آبها بدو لحاظ بحث میکنند یکی بلحاظ مالکیت ودیگری بلحاظ سقایت وترتیب آبیاری و

حق تقدمی که برای اشخاص و اراضی پیدا میشود ولی البته فعلا بحث ما متوجه قسمت اول است .

بر حسب عقاید و آراء فقهاء آبها از نظر مالکیت سه دسته‌اند :

دستهٔ اول - آبهائی که باتفاق علماء بین تمام مردم مشترك و نسبت بهمه یکسان میباشند مانند آب دریا و نهرهای بزرك چون دجله وفرات ونیل وجیحون و امثال آنها ومانند چشمه هائی که در بیابانهای موات ولم یزرع و کوهستانها میجوشد این آبها مال تمام مردم است و هر کس حق دارد از آنها استفاده نموده و آنها را استعمال نماید . دلیل هم اجماع وخبر ابن عباس است که گذشت وحتی تقریباً اتفاق دارند براینکه اگر این قسم از آب درزمین و ملك خصوصی اشخاص وارد و جمع شود مالك زمین مالك آن نمیشود همچنانکه اگر بواسطهٔ نزول باران یا برف آب یا برف در آن اراضی بماند مالکیت برای صاحب زمین نسبت بآن آب وبرف حاصل نمیشود . بعضی حکم آب مذکوررا تنظیر نموده‌اند بحکم جوجهٔ پرنده‌ای که در منزل وبستان افتد وآهوئی که در زمین کسی میان لجن یا لای درختان گیر کند ویا ماهی که خود را ازدریا بکشتی اندازد یعنی همانطور که در تمام این موارد صاحب زمین ومنزل و کشتی مالك نمیشود وهر کس آنهارا حیازت نماید مالك است درمورد آبهای مذکورهم همین حکم جاری است النهایه کسی حق ندارد برای اخذ آب واشیاء مشابه مذکور داخل ملك غیرشود چه نفس این عمل تصرف درملك غیر وحرام است لیکن اگرمرتکب این فعل حرام شد هرچند ازاین حیث گناهکاراست اما هرآنچه ازآب ونظایر مذکوراخذ وحیازت نماید ملك اومیشود .

دسته دوم - آبهائی که باتفاق مملوك میباشندو آن عبارت استازآنچه شخص ازدستهٔ اول بوسیلهٔ ظروفی اخذ وحیازت نماید مانند آب کوزه ومشك وحوض‌ها و وآب انبارهای خصوصی وامثال آنها این قسم بدون اختلاف میان علمای شیعه مملوك ودر حکم سایر مایعات مملوکه میباشد و کسی حق ندارد درآن تصرفی نماید وهر گاه کسی ازآنها غصب نماید برغاصب واجب است که تا باقی است عینا والامثل

آنرا مسترد نماید ـ اما برخی ازعلماء عامه باستناد اطلاق حدیث نبوی در این موارد بحق اولویت قائل میباشند .

**دسته سوم** ـ آبهائی که فقها را در آنها اختلاف رای وعقیدت است و آن هر آبی است که درملك شخص بجوشد خواه چاه وخواه چشمه یاقنات باشد .

در توضیح متذکر میشود که نهرهای احداثی و چاهها چه بروجه قنات یا بصورت چاه باشد برسه قسم است : اول ـ آنکه درملك احداث وحفرمیشود دوم آنکه درزمین موات بقصد تملك ایجاد میگردد . سوم ـ آنکه درزمین موات احداث وحفرشود اما نه بقصد تملك بلکه مقصود استفاده موقت از آن باشد .

درقسم اول ـ مالکیت نسبت بمکان حفرشده ازپیش ازحفرموجود بوده است امادرقسم دوم ـ وقتی احداث کننده مالك چاه وقنات و نهرمیشود که احیاء صدق نماید واحیاء چاه وقنات باین است که بآب برسد یا آب بیرون آید ودر نهر باین استکه آماده ی وصل برودخانه و آب آزاد شود زیرا مقصود ازحفرواحداث آنها ایجاد آب ورسیدن بآب میباشد . پس با وصول بمقصود مالکیت دراین موارد ثابت میشود ولی قبل از رسیدن بآب چنانکه درمعادن باطنی گفته شد تحجیر است .

اما فرض قسم سوم بیشترمربوط بزمانهای گله داری وطوایف چادرنشین است چه آنها محل اقامت دائمی اغلب اختیار نمی کنند وبطورموقت درمکانهائی که دارای علوفه و آذوقهٔ برای اغنام واحشامشان باشد مسکن گزیده و پس ازچندی از آنجا بمکان دیگر کوچ مینمایند وبرای رفع نیاز موقت چاه یا چشمه ونهری ممکنست احداث نمایند . نسبت باین مستحدثات مالك نمیشوند زیرا احیاء کننده از ابتداء قصد تملك نداشته است وچون مقصود استفاده درمدت اقامت بوده لذا برای همان مدت حق اولویت پیدا مینمایند وهمینکه از آن محل کوچ نمودند هر کس سابق شد احق واولی است بمانند معادن ظاهری .

درحکم اخیر ظاهراً اختلافی نیست ودردو قسم اول هم درمالکیت محل آب اتفاق است لیکن درمالکیت وعدم مالکیت آب آنها اختلاف است .

**قول بمالکیت آب** که قانون مدنی هم آنرا اتخاذ واقتباس نموده ودرمواد ۱۴۹ و۱۶۰حکم آنرا بیان داشته بمشهور نسبت داده شده است . اما ظاهرا ازمصادیق « رب شهرة لااصل له » میباشد چه خواهیم دید که دلیل چندان مساعد با آن نیست در قبال آن قول غیر مشهوراست که باید آنرا قول قدمای از علما دانست که از آنجمله شیخ الطائفه میباشد .

استدلال قائلین بمالکیت بوجوهی ممکن است :

۱ ـ ادعای اجماع .

۲ ـ تمسك بسیرهٔ مستمره دراعصار وامصار .

۳ ـ دعوی اینکه آب مذکور نماء ملك بمانندمیوه درخت وشیر گاوو گوسفند میباشد .

٤ ـ آنکه حفر نهر یا چاه حیازت است باین معنی که چاه ویا نهر آلت و واسباب برای بدست آوردن آب است ودرحکم دام وتورماهی گیری است همانطور که صیدبمحض اینکه درتوریادامی که برای شکار نصب شده بیفتد ملك صائدمیشود آب هم همین حکم را دارد .

٥ ـ آنکه حدیث « من سبق الی مالم یسبق الیه مسلم فهوله » برآب چاه و نهروقنات نسبت بحفر کنندهٔ آنها صادق است چه قبل ازاو کسی ازمسلمین برتصرف آبهای مذکور سبقت نگرفته بوده است پس بحکم حدیث ـ مال او میباشد .

٦ ـ بفحوای صحیح سعید اعرج از ابی عبدالله علیه السلام که چنین است « سئلته عن الرجل یکون له الشرب مع قوم فی قنات فیها شرکاء فیستغنی بعضهم عن شربه ایبیع شربه ؟ قال نعم ان شاء باعه بورق وان شاء باعه بکیل حنطة» وروایت سعیدبن یسار نیز نظیر آن است وصحیح کاهلی ( عبدالله ابن یحیی ) که باین نحو در وافی وتهذیب است « سئل رجل اباعبدالله علیه السلام و انا عنده عن قناة بین قوم لکل منهم شرب معلوم فاستغنی رجل منهم عن شربه ایبیعه بحنطة او شعیر ؟ قال علیه السلام یبیعه بما شاء هذا مما لیس فیه شیء » وبآنچه درقرب الاسناد وارد شده باینکه سئوال شد از

قومی که بین آنها قنات مشترکی بوده که هرفرد آنها دارای شربی بود پس یکی ازآنها شرب خود را بدرهمی یا بطعامی فروخته است آیا این کار کار شایسته‌ای است ؟ قال علیه السلام نعم .

وجه دلالت این اخبار این است که امام علیه السلام فروش سهمی از آب قنات را مستقلا جایزدانسته است وبموجب اخباردیگر که وارد شده بیع واقع نمیشود مگر درملك . پس مالکیت آب مسلم است .

۷ ـ آنکه حفرچاه ونهروقتی بآب رسید احیاء است بسرایت زیرا اختلافی نیست که تا قبل ازآنکه حفرچاه ونهربآب برسد تحجیری بیش نیست .

۸ ـ آنکه مالکیت نسبت بزمین مقتضی مالکیت آبی که در باطن آن باشد نیزهست وخلاصه بدلائل وشواهد مذکورمالکیت آب درموارد بحث مسلم است .

لیکن دلائل فوق چنانکه نا گفته پیدا است برپایه واساسی استوار نیست و ایرادات زیربترتیب برآنها وارد است :

۱ صرفنظرازاینکه اجماع محصل حاصل نیست ومنقول حجت نمیباشد ادعای نقل اجماع درمثل این مسئله که مخالفین آشنا وناآشنادارد ودررأس آنهاچون شیخ طوسی شخصیتی علمی وجامع میباشد بسی موهن وسست است .

۲ ـ بی پایه ترازادعای اجماع تمسك بسیرهٔ مستمره دراعصار وامصار است چه اگر منظور سیرهٔ زمان پیغمبر وائمه باشد آنچه تواریخ ودستورات دینی نشان میدهد خلاف آن ادعـا است زیرا هیچوقت پیشوایان اسلام کسی را از آب منع نمیکردند وبلکه اگرآبهائی درظروف هم میداشتند بدیگران که محتاج میبودند میدادند واگرسیره‌ایست که ازبنی‌امیه اخذ ورائج گشته مانند هزاران بدعت دیگر قابل تمسك نبوده وبی ارج است .

مونتسکیو که مسائل را ازنظرحقوقی نقادی نموده درروح القوانین میگوید درعصری که ایرانیان درآسیاحکومت مطلقه داشتند هرشخصی قناتی احداث میکرد یا نقاط بی آب را باآوردن آب جاری آباد وآبیاری مینمود اعقاب او تا پنج نسل

ازحق مالکیت آن آب میتوانستند استفاده نمایند همین موضوع سبب شد که امروز (زمان منتسکیو) دراراضی خشك قنات ونهرهائی جاری است که هیچکس نمیداند بانی آن کیست ؟ واز کجا بوجود آمده است ؟ .

از بیان این محقق بر میآید که در زمانهای پیش آب و زمین ملك بمعنی امروزی نبوده است و این حق که برای احداث کننده قنات ونهر قائل شده بودند کارتشویقی فوق العاده‌ای بنظر میآمد ومع الوصف آنهم بطور موقت ودر حقیقت یکنوع حق اولویت وحق تقدمی محدود وبرای انتفاع بوده است وبطوری که همین دانشمند مینویسد مالکیت زمین وآب درقبل ازاسلام نه در کشورایران شخصی بوده ونه در کشورهای بنام آنروز وضع ثابتی ازنظرشخص داشته است . بنابراین اگر احیانا مالکیت یك امر عرفی امضائی فرض شود ناگزیر مقررات آنروز در بارهٔ مالکیت آب واراضی باید مورد نظر باشد وباتوجه بدان اوضاع اثبات سیره برخلاف ادعای مدعی میشود .

۳ - تنظیراین آبها به نما ومیوهٔ درخت قیاس باطل ومع الفارق است .

٤ - ادعای حیازت نسبت باین آبهاوتنظیرچاه ونهربدام وآلت صید تعبیری خالی ازوجه ومحتاج وضع لغت میباشد چه حیازت درلغت بمعنی گردآوردن چیزی ومحیط شدن بر آن است که این معنی جزبا اشیاء محدود سازش ندارد - بعلاوه با توجه بعدم صحت قیاس اگربازهم بخواهیم درمقام مقایسه برآئیم آبی که وارد نهر خصوصی میشود تا وقتی اتصال بآب آزاد و مباح داشته باشد حق اینست تنظیر بتوری شود که پهن شده وهنوز جمع نگردیده است که در این صورت مسلما تمام ماهی هائی که ازمحوطه ومحیط تورعبور نموده‌اند ملك صاحب تورنمیشوندزیرا هنوز رابطهٔ آنها بامحیط آزاد قطع نشده است ووقتی اتصال قطع شود آب ماندهٔ درمجری تنظیر بماهی مانده وگرفتار شده درتور پس از جمع کردن آن گردد .

۵ حدیث سبق منطبق براین موارد نیست زیرا :

اولا - مادامی که آب بطور محدود و محصور در اختیار گرفته نشود سبقت

بر آن نمیتوان گفت والا اگر کسی احیانا مسیر آب دجله وفرات وامثال آنرا تغییر دهد باید مالك تمام آب دجله وفرات گردد .

ثانیاً ـ اگر گفته نشود که حدیث مذکور ازحیث مورد خاص ومربوط بغنایم جنگی در دار کفراست چه دراسلام سابق برتمام امام است ـ لااقل تخصیص آن بنصوصی که مذکورخواهد شد مسلم است وبعبارت دیگر مالم یسبق بایستی ازنظر شارع قابل تملك واتصاف بملکیت باشد تا سبقت بدان افادهٔ ملکیت نماید و سبب مالکیت شود . اما همانطور که اگرمورد سبقت مثلا ازقبیل شراب وخوك وامثال آن باشد نهی شارع مانع ازسبقت وتحقق مالکیت است همینطوردراین مقام هم نهی شارع ازجهت اعلام باینکه عموم مردم درآب و گیاه ومواد سوخت مساوی هستند مانع ازتحقق مالکیت بواسطهٔ سبقت میگردد .

ثالثاً ـ « لام » در « فهوله » بصراحت مفید ملکیت نمیباشد چه ممکنست بمعنی اختصاص باشد .

۶ ـ اخبار مذکور ومورد استناد قائل بمالکیت نیزدلالتی بر ادعای مدعی ندارد چه :

اولا ـ دربرخی موارد بیع حق اولویت وتقدم هم ازقبیل مورد تحجیرممکن است .

ثانیاً ـ باید توجه داشت که آنچه در تمام این روایات اجازهٔ بیع آن داده شده شرب معلوم ومضاف بشخص است ودر هیچیك ازآنها صحبتی ازآب وسهم آب نشده است وشرب بکسرشین درلغت ، هم بمعنی آب مشروب ، وهم بهره ونصیب از آب ، وهم وقت الشرب ، وهم بجای آب ومورد یعنی مکان ومحل ورود آب گفته میشود .

پس باتوجه بمعانی متعدد بایستی باقرائن استعمال مستعمل، فیه معلوم ومشخص گردد . دراین روایت قرائن متعددی موجود است براینکه مراد از شرب مورد و مجرای آب است چه سؤال سائل از جوازبیع است که با ملاحظه روایات باب بیع

جواب آن وقتی ممکن است مثبت باشد که مبیع مملوك ومعلوم ومقدور باشد. پس اگرمراد جواز بیع آب قنات باشد این حکم مسلما مخالف شرایط صحت بیع است زیرا بایع نه قادر برتسلیم مبیع است ونه مقدار آن معلوم میباشد وهم مملوك بودن آن برخلاف روایاتی که ذکرخواهد شد وحدیث نبوی مذکوراست. وبعلاوه وگذشته از اقتضای مقام قرینهٔ مقالی هم درصحیح عبدالله کاهلی هست زیرا شرب بوصف وقید «معلوم» وباقید نسبت آن بشخص، مورد سئوال واقع شده است وبدیهی است برفرض اینکه آب موجود درقنات مملوك باشد آبی که هنوزازمنبع اصلی خود وارد قنات نشده معقول نیست که معلوم ویا مملوك کسی باشد پس روایات مذکور برجواز فروش آب نمیتواند حمل شود برعکس چنانکه سابقا گفته شد وقتی حفر نهروچاه وقنات بآب رسید مجری وچاه ملك میشود واگرچندنفر بشراکت حفر نمودند بنسبت عمل وخرج، شریك ومالك میشوند ودراین صورت نصیب وسهم هریك ازچاه و مجری میتواند معلوم باشد ودرنتیجه هریك بقدرحصهٔ خود حق اولویت دراستفاده از آب پیدامینمایند وبنابراین هرگاه یکی ازشرکاء حصهٔ خودرا ازمجری وچاه بفروشد خریدار قائم مقام فروشنده ازهرجهت میشود وانصافا ازاین احادیث هم بیش ازاین چیزی ظاهر نیست ودلالتی برملکیت آب ندارد.

ممکن است گفته شود این استدلال درصورتی صحیح است که یکی ازشرکاء حصهٔ خود رابطوردائم وبروجهی بفروشد که دیگربا شرکاء درهیچکدام ازمجری وآب شریك نباشد اما ازفحوای اخبارمزبور که درآنها تعبیر باستغناء ازشرب شده فهمیده میشود که منظورسائل سئوال ازفروش مازاد آبی است که مورد حاجت برای مصارف خودش میباشد از دون اینکه فروشنده قطع علاقه از مجری یا چاه نموده باشد.

جواب اینست که برفرض تسلیم دراین صورت یابایستی کامهٔ بیع بطورمجاز در مورد صلح و اجاره بکاررفته باشد ویا منظور ازبیع شرب مورد سئوال آنچیزی باشد که از زمان قدیم دربین زارعین ازنظرتقسیم آب مرسوم بوده و هم اکنون در

بعضی قنوات ( اگرمخصوصاً کم آب باشد) معمول است و آن چنان است که آبگاهی که باختلاف استخر و تالاب و آبگیرهم بدان میگویند آماده میکردند این استخر در داخل بوسیلهٔ مرزهای کوتاهتری ازمرز اصلی بدو یا سه آبدان ویا آبگیر مستقل تقسیم میشود . آبی که ازقنات بیرون میآید ابتداء دراین استخرجمع میگردد و همینکه یکی از آن آبگیرها پرویا باندازهٔ سهم مورد نظررسید آب بآب گیردیگر بسته میشود . دراین موقع آبگیراولی که اندازهٔ آن معلوم است اختصاص بصاحب حق پیدا میکند وملك او میگردد وبهرنحوی که خواهدآنرا مصرف مینماید در این صورت و با این تعبیر و اصطلاح نیزهم اتصاف و اضافه شرب بر وجهی که در اخبارمورد نظرآمده صحیح وهم بیع آن بدون اشکال میباشد .

۷ ـ استدلال باحیاء بسرایت استحسانی غیرمستحسن است زیرا احیاء مفهومی است که درهر مورد ، عرف مصداق آنرا تعیین میکند چنانکه در همین مورد حفر چاه یاقنات یانهروقتی آمادهٔ بهره برداری حسب معمول ومتداول شد بنظرعرف احیاء است واگر باین حد نرسید تحجیری بیش نیست بعلاوه احیاء ازاعمال انسانی است که توام بااراده وقصد باشدوبدیهی است که باتسری که صرفاانفعال است مصداق پیدا نمی نمایدو گذشته ازاینهااحیاء وقتی سبب ملك است که نص برخلاف آن نباشد

۸ ـ دلیل هشتم قائلین ملکیت نیازی بجواب ندارد وجوابش ازخودش پیدا است زیرا آب و خاك دو جنس متباین میباشند بر وجهی که نه یکی جزء دیگری است ونه مولد ونماء دیگری تا بتوان ادعا کرد طبع مالکیت زمین مقتضی مالکیت آب مخزون درباطن آن است وجواب نقضی این گفتارهم درمورد دفینه است .

اما استدلال قائلین بعدم مالکیت نصوص غیرقابل انکاراست وازجمله کسانی که قائل باین قولند چنانکه صاحب جواهر فرموده در مختلف ازابی علی حکایت شده و از این عبارت « غنیه » « اذا کانت البئرفی البادیة فعلیه بذل الفاضل لغیره لنفسه وما شیته » استفادهٔ این قول گردیده است .

شیخ طوسی در مبسوط وهم در خلاف با مختصراختلافی این مسئله را عنوان

فرموده است . درخلاف میفرماید « هر گاه شخصی باحیاء مالك چاهی شد و آب آنرا بیرون آورد باندازهٔ حاجت خودش وچهارپایانش سزاوارتراز دیگران به آب آن چاه میباشد ونسبت بمازاد براو واجب است بغیر برای شرب خود ودوابش بذل وبخشش نماید اما بذل آب زاید برای سقی زراعت وآبیاری براوواجب نیست بلکه مستحب میباشد ـ شافعی قائل باین قول است و ابو عبیدبن خربوز قائل باستحباب بذل میباشد خواه برای رفع حاجت شخصی یاآب دادن بمواشی یا زراعت باشد سپس شیخ میفرماید درمیان مردم کسانی هستند که قائل بوجوب بذل مازاد آب بغیرو بلا عوض برای استفادهٔ چهار پایان ومزرعه میباشند و کسانی هم قائل بوجوب آن بعوض بوده واما بدون عوض بذل را واجب نمیدانند .

پس ازآن میفرماید دلیل ما آن چیزی است که ابوهریره روایت کرده است باینکه نبی اکرم (ص) فرمود « من منع فضل الماء لیمنع به الکلاء منعه الله فضل رحمته یوم القیامة » چه دراین روایت وجوهی ازدلالت است .

۱ـ آنکه وعید برمنع ، دلالت بروجوب بذل مینماید .

۲ـ آنکه وجوب بذل فضل وآب زیادی غیر معوض است یعنی بدون مطالبه عوض واجب است .

۳ ـ آنکه بذل آبی واجب است که اضافه ازحاجت باشد نه آبی که برای خود شخص وچهارپایان وزراعتش مورد حاجت میباشد .

٤ ـ آنکه بخشش آب اضافی برای چهارپایان نیزواجب است نه غیر آن ـ ونیز بعنوان دلیل دوروایت دیگر نقل فرموده که یکی روایت ابن عباس است باینکه پیغمبر(ص) فرمود « الناس شرکاء فی ثلاث الماء والناروالکلاء » . دیگری روایت جابربن عبدالله است « واما النبی نهی عن بیع فضل الماء » . و بعد از این عبارت شیخ فرموده است « ولایمکن حمل ذلك الاعلی هذا الموضع » ودر مبسوط پس از بیان اقسام آبار حکم واستدلال قضیه را بروجه فوق با اختلاف اندکی بیان نموده وچنین میفرماید « فکل موضع قلنا انه یملك البئر فانه احق من مائها بقدرحاجته

لیشربه وشرب ماشیته وسقی زرعه فاذا فضل بعد ذلك شیء وجب علیه بذله بلاعوض لمن احتاج الیه‌لیشربه وشرب ماشیته من السایلة وغیرهم‌ولیس‌له منع الماء الفاضل من حاجته حتی لایتمکن غیره من رعی الکلاء الذی بقرب ذلك الماء وانما یجب علیه ذلك لشرب المحتاج الیه وشرب ماشیته فاما لسقی زرعه فلا یجب علیه ذلك لکنه یستحب و فیهم من قال یستحب ذلك لشرب ماشیته وسقی زرعه و لایجب ـ و فیهم من قال یجب بذله بلاعوض لشرب الماشیة ولسقی الزرع ـ وفیهم من قال‌یجب علیه بالعوض فاما بلاعوض فلا وانما قلنا ذلك لما رواه ابن عباس ان النبی (ص) قال الناس شرکاء فی ثلاث الناروالماء والکلاء وروی جابرالنبی (ص) نهی عن بیع فضل الماء فاذا ثبت انه یلزمه البذل فانه لایلزم بذل‌آلته التی یستقی بها من البکرة والدلو والحبل وغیرذلك لان ذلك یبلی بالاستعمال » .

باتوجه بعبارت شیخ که دربالا ذکرشد حکم واستدلال براین مسئله معلوم میشود . ممکن است ازکسانی که برای بی اعتبارساختن حکم اخباراحتمالات را تقویت مینمایند باشند که بگویند اخبارمورد استناد شیخ نبوی وعامی است جواب این است که اولا هرنبوی وهرخبری که عامه بدان عمل نمایند بی اعتبارنیست . ثانیاً ـ این اخبار مورد عمل‌واستناد تمام‌علمادربارهٔ آبهای‌آزاد شده است وتخصیص بدون مخصص هم جایزنیست . ثالثا . این اخبارازطرق خاصه و از ائمهٔ اطهار نیز وارد شده‌است چنانکه شیخ طوسی‌درتهذیب وابن بابویه روایت کرده‌اند ازمحمدبن سنان که گفت : ازابی الحسن علیه‌السلام ازآب وادی سئوال کردم حضرت فرمود « ان المسلمین شرکاء في الماء والناروالکلاء » .

ازکتاب هم‌آیه ۱۵۵ ازسورهٔ الشعراء وآیه ۲۸ سورهٔ القمراشعاری بر قول دوم دارد زیرا بموجب آیه اول یعنی قوله تعالی « و قال هذه ناقة لها شرب و لکم شرب یوم معلوم » شرب ناقه وشرب مردم بریك نسق اختصاص بآنهاداده شده است وبموجب‌آیه دوم یعنی قوله تعالی « ونبئهم ان الماء قسمة بینهم کل شرب محتضر » حکم‌مذکورتاکید وتائید شده است چه مفسرین گفته‌اند منظورقسمت‌آب بین ناقه

ومردم است واشاره باین است که ناقه را از آب نباید منع کنند وهمانطور که آنها حق شرب دارند شترهم این حق را دارد وچون ازنظروجودی واحتیاج بآب ناقهٔ صالح و سایرحیوانات ومردم درتمام ازمنه دارای ملاك واحدمیباشند ظاهرا اشتراك درحکم میدارند و کسی نه تنهاحق ندارد دیگری را ازنوع خودش ازآب منع کند بلکه نسبت بسایرانواع حیوان نیزاین حکم جاری است .

در کافی وتهذیب است ازابان ازابیعبدالله علیه السلام که فرمود « نهی رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم عن النطاف والاربعاءقال : والاربعأان یسنی مسناة فیحمل الماء فیستقی به الارض ثم یستغنی عنه فقال : لاتبعه ولکن اعره جارك ـ والنطاف ان یکون له الشرب فیستغنی عنه فیقول : لاتبعه ولکن اعره اخاك اوجارك .

## مورد نهم ـ تحصیل مواد سوخت وجمع آوری گیاهان

ازجمله چیزهائی که درشرع بحیازت ملك میشود نارو کلاءاست چه همانطور که دراخبار گذشته دیده شد دراین دو ماده مردم مساوی هستند پس هر کسی که سبقت بجوید میتواند بقدرحاجت ازآنها اخذ نماید وعموم قوله (ع) « من سبق الی ما لایسبق الیه مسلم فهواحق به » این معنی را شامل است . فقهادرمباحث مختلف بعناوینی ازاین موضوع بحث مینمایند مثلا درجواهر در کتاب جهاد ذکر شده است که در بین امامیه خلافی نیست دراینکه اشیائی که در اصل مباحند مانند صیدها و واشجارونحو آنها اختصاص باحدی ندارند وتملك آنها برای هرمسلمانی جایزاست ودردارالحرب جزء غنایم نمیشوند بلکه براباحهٔ اصلی باقی میباشند چه آنها مملوك اهل حرب نبوده اند تا جزء غنائم درآیند مگراینکه درآنها اثرملك باشد که دراین صورت ( بلحاظ ملکیت آنها برای اهل حرب چنانکه نظیرش دربلاد اسلام ملك شناخته میشود ) جزو غنائم محسوب میگردند مانند درختان قطع شده و چوبهای نجاری شده وسنگهای تراشیده شده .

ویا در کتاب شرکت آخرین مسئلهٔ آن چنین است « المسئلة التاسعة اذا استاجر للاحتطاب او الاحتشاش او الاصطیاد مدة معینة صحت الاجارة لعموم ادلتها

الشاملة لذلك و يملك المستاجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة لانه نماء عمله المملوك له فهو في الحقيقة كالعبد المملوك الذي يكون لسيده » .

اما برخی ازفقهادراین مسئله اشکال کرده‌اند باینکه عمل اجیر مربوط بخود اومیباشد وبرای خودش مملك است نه برای دیگری وبعبارت دیگرحیازت مباحات را قابل نیابت نمیدانند چه طرفین نسبت بموضوع مساوی هستند ازجامع المقاصد وتذکره است که تصریح نموده‌اند باینکه هر گاه دراین‌امورتوکیل را جایز بدانیم اجارهٔ برآنهارا باید تجویز نمائیم واگرتوکیل را جایز ندانیم اجاره را نیز بایستی منع نمائیم . صاحب جواهر ادعای ملازمه را منع فرموده باینکه ملکیت مباح در این مسئله ازتوابع ملك عمل اجاره است وآن غیرازتملك بنیابت و حیازت میباشد ولذا برصاحب شرایع اشکال وارد نیست که درباب وکالت قائل بعدم جواز و عدم صحت شده است اما دراین مسئله برعکس قائل بصحت میباشد .

ونیزدر کتاب وکالت فقها بمناسبت اینکه حیازت مباحات قابل نیابت است‌یا نه ازاین موضوع اسم برده‌اند چنانکه درشرایع درردیف چیزهائی که قبول نیابت نمی کند التقاط واحتطاب واحتشاش ذکر شده است که صاحب جواهردر ذیل آن توضیحاً میفرماید درقواعد وتذکره جزم‌بعدم صحت نیابت درالتقاط است واحتمال داده‌باینکه شاید منظور،غیرازآن‌چیزی باشد که بحکم‌مباح است . یعنی مرادقسمی ازالتقاط که باید بمالکش‌مسترد ویا یکسال‌تعریف شود میباشدنه‌آن قسم که بدون تعریف، شخص میتواند تملك نماید . سپس موضوع‌حیازت راپیش کشیده‌وباستدلال اینکه بموجب دلائل احیاء وحیازت قصد فعل بعنوان استیلاء برشیءِ شرط ومعتبر میباشد وصرف حیازت ولوقهرااتفاق‌افتد ویابقصد عدم‌تملك‌واقع شود مملك نمیباشد قائل بصحت نیابت و استیجار التقاط و احتطاب واحتشاش ( یعنی برچیدن و هیمه گردکردن و گیاه درویدن ) شده است .

پس با توجه باحادیث و گفتار فقهاءِ معلوم میشود هیمه و اشجار و همچنین گیاههای صحرا که عمل واقدام کسی درروئیدن وغرس آنهادخالت نداشته مال عموم

مردم است و کسی حق ندارد برای خود رجحانی قائل شود ودیگران را ازاستفادهٔ ازآنها منع کند چنانکه دراخبارتصریح شده باینکه « لاحمی الاالله ولرسوله والناس شرکاء فی الکلاء والنار » وبنابراین مالکیت آنها صرفا بحیازت بمعنی عرفی وبر وجه التقاط واحتطاب واحتشاش واقع میشود .

**مورد دهم - سهام زکوة بعدازتسلیم بمستحقش**

یکی ازواجباتی که کمال اهمیت درشرع اسلام بآن داده شده دادن زکوة است درآیات عدیده‌ای ازقرآن کریم که امر بنمازشده بدنبال آن امر باداء واتیان زکوة هم شده است . خداوند تبارك وتعالی باین اوامر یعنی بمثل قوله تعالی «اقیموا الصلوة وآتوا الزکوة » وهم بتوصیف زکوة دهندگان را بایمان وبروتقوی وایعادآنهائی را که زکوة نمیدهند بعدم ایمان بآخرت و بالاخره با تعیین موارد ومستحقین زکوة را بقوله تعالی درسوره توبه آیه ٦٠ « انما الصدقات للفقراء والمساکین والعاملین علیها والمؤلفة قلوبهم وفی الرقاب والغارمین وفی سبیل الله وابن السبیل فریضة من الله والله علیم حکیم » بصراحت تکلیف ووظیفه انسانی را درمقابل خالق وخلق و اهمیت زکوة وتحقق نوعی ازشرکت قهری بین شخص مالك واین جهات را بیان فرموده وظاهرساخته است . دراخبارهمانطور که تارك صلوة کافرخوانده شده بمانع زکوة هم اطلاق گردیده است .

این دوموضوع دراسلام یکی ازنظرستایش ونیایش معبود مطلق ودیگری از نظرنظام اجتماع ومصالح اجتماعی ودستگیری همنوعان وکمك ونوازش مستمندان حائز کمال اهمیت است ـ اداء زکوة علاوه برجهتی که ذکرشد از لحاظ اطاعت امرمولی جنبهٔ عبادی نیزدارد بعلاوه چون مالك حقیقی مقداری ازملکش را به بنده‌ای ازبندگانش داده که سهمی یا سهامی ازآنرا به بنده یا بندگان دیگراو که بوصف آنهارا مشخص ساخته است بدهد و یا بمصرف معینی برساند و بقیهٔ سهام را مورد استفادهٔ شخصی قراردهد لذا امانت عبد اقتضا دارد که بدستورمولی عمل نماید واگرعمل نکرد درامانت خیانت نموده است واینکه فرموده « الاغنیاء وکلائی »

شاید ازهمین باب باشد که وکیل امین موکل است .

بهرحال ازمقصد ومطلب دورنشویم مستحقین زکوة برطبق آیهٔ فوق یعنی « انما الصدقات .. » هشت صنف میباشند چهارصنف اول مذکوردر آیه همینکه سهم زکوة بآنها داده شود وقبض نمایند مالك آن میشوند النهایه عامل یعنی کسانی که مامور جمع آوری و نگهداری حساب صدقه هستند وقتی ازصدقه سهم میبرند که جمع آوری صدقه بنمایند ولی از آنچه امام مستقیما اخذ مینماید ویا صاحب مال بنفسه مباشرتوزیع آن میشود سهم ندارند چه دراین صورت اطلاق عامل بر آنها نمیشود.

اما درچهارصنف اخیر مالکیت مراعی ومشروط بمصرف درطریق مخصواست مثلا غارمین ومکاتبین وقتی تملك آنها صحیح است که سهم زکوة را درقضاء دین ومال کتابت مصرف نمایند ودرغیراین صورت مالك نمیشوند .

حکم مذکورعلاوه برمفاد اخبار - مستفاد از آیه مذکوراست چه درچهارصنف اول « لام » ملك ذکرشده ودرچهارصنف اخیراز « لام » به « فی » عدول شده است و این تعبیرتنبیه وایماء است باینکه چهاردسته اول برای خودشان قبض مینمایند و درسهم زکوة بهرنحوی بخواهند تصرف میکنند بخلاف چهاردسته اخیر که تصرف آنها بمنظور مصرف درجهات معینه است .

## مورد یازدهم - سهام خمس

خمس حقی است مالی که خداوند تبارك وتعالی که مالك بالاصاله وحقیقی است بربندگانش دراموال مخصوصی واجب ساخته است وآنرا مختص بنی هاشم قرارداده همچنانکه صدقه را بغیرآنها اختصاص داده وبعلت اینکه دون شان آنها دانسته برآنها حرام فرموده است .

سهام خمس بنص آیات واحادیث شش سهم است که سه سهم آن متعلق بامام و سه سهم دیگرمال یتامی ومساکین وابناء سبیل ازسادات است .

دروجوب خمس و وجوب تادیه وارسال آن نزد امام و تقسیم آن بشش قسم نسبت بزمان حضوراشکالی نیست واتفاق حاصل است اما دربارهٔ زمان غیبت نظرعلما

مختلف است . بعضی را عقیده بر آن است که بموجب احادیثی که بما رسیده است ائمه حقوق خود را برشیعه شان مباح کرده‌اند و لذا برای شیعه اجازهٔ تصرف در اخماس میباشد . دستهٔ دیگر گفته‌اند حکم‌وجوب تغییر نیافته اما چون واجب است که خمس بدست امام برسد ودرزمان غیبت ممکن نیست لذا باید آنرا از مال جدا کرده ودر ایام حیات خود آنرا حفظ نماید و برای بعد ازخود بحفظ آن بدابید وصیت کند تا بدست قائم آل محمد بعد از ظهور برسد . دسته سوم را عقیدت چنان است که خمس شش قسمت میشود وسه سهم آن دفن ویا وثیقه گذارده شود وسه قسم دیگر برایتام آل محمد ومساکین وابناء سبیل آنها تقسیم گردد .

بعضی ازعامه گفته‌اند خمس برچهار سهم‌قسمت میشود سهم ذوی‌القربی برای قرابت نبی‌اکرم ﷺ اختصاص میابد و سه سهم دیگر ازآن سایر مسلمین است و این گفته منسوب بمذهب شافعی است ـ برخی گفته‌اند خمس بسه سهم تقسیم میشود زیراسهم‌حضرت‌رسول(ص) بوفات‌ساقط‌شده وبزعم‌خود میگویند ازانبیاء ارث نماند وسهم ذوی القربی هم ساقط شد چه ابابکروعمر آنرا ندادند وازصحابه کسی‌بر آنها ایراد نگرفت این‌قول ازمذهب ابی حنیفه واهل‌عراق است. دراقسام اموال امام‌در مبحث انفال ازسه سهم اختصاصی امام ذکری شد واینك نسبت بسه‌سهم دیگرمتذکر میشود که اختلاف در این موارد با توجه باخبار وظاهر کتاب قابل استماع واثر نیست چه :

اولا ـ سیاق آیه وعطف این سه دسته از صاحبان سهام بر ذواللام برمالکیت صنف آنهادرسهمشان بحکم‌شارع دلالت دارد وهم‌دراعلامی که در آیه شده‌است اشعار ودلالتی‌است براینکه ازآیه حکم تکلیفی که عبارت ازاداء خمس بمستحقش باشد اراده شده است نه اینکه صرفا ارادهٔ حکم وضعی یعنی ثبوب خمس شده باشد تا اینکه حکم بتحلیل ازطرف امام منافی‌آن نباشد وبنابراین حکم باباحه باحکم‌آیه که وجوب اداء خمس است منافات دارد .

ثانیاً ـ اخباری که مفید اباحه است هر چند مطلق باشد مربوط بسهام امام

یعنی نیمی ازخمس میباشد وسرایت بملك غیر که نیم دیگر آن باشد نمینماید . بعلاوه منظورازاباحه دراخبارباب باتوجه باخبارمعارض و کتاب ، اختصاص مصرف خمس بشیعه است نه اینکه حکم وجوب دربارهٔ خمس دهنده برحسب حضوروغیبت امام تغییر پیدا نماید .

ثالثاً ـ اخبار معارض بااخبار اباحة ازحیث کثرت وصراحت راجح است وهم موافق بااصل واحتیاط واحتیاج میباشد .

رابعاً ـ اجازهٔ تصرف در مال غیر محتاج بدلیل قطعی است که مقام فاقد آن است .

خامساً دراخباری حکمت تشریع خمس اینچنین بیان شده است ـ بی نیازشدن ذریهٔ رسول اکرم ﷺ ازسئوال ورفع ذلت ومسکنت از آنها و بودن خمس برای هاشمی بدل زکوة برای غیر آنها واینکه اگر خداوند تبارك وتعالی این مقدار را برای مئونت مستحقین کافی نمیدانست هرآینه برآن میفزود ویاغیر آنرا نیز برای ایشان مشروع میساخت که این ملاك و حکمت اختصاصی بزمان حضور یا غیبت ندارد بلکه زمان غیبت مساس حاجت بآن بیش اززمان حضور محسوس ونمایان است پس باتوجه باین جهات احتمال خلاف خلاف است ومسلم است که اگر کسی خمس مالش را بیرون کند واهلش بعنوان خمس آنرا قبض نماید مالك خاص آن میشود .

**مورد دوازدهم ـ انتقالات شرعیه .**

اشیاء پس ازآنکه بصور شرعی تحصیل وازطریق حرف وصنایع مشروع پیدا شد علقه و رابطهٔ مالکیت را بروجهی که اشاره شد بهمراه دارد ولازمهٔ این علقه اقتداروتسلط مالك است بنحوی که میتواند انواع تصرفات مشروع را درملك خود بنماید ودیگران موظف میباشند بتصرفات او بدیدهٔ احترام نگرند .

این وضع همواره درحد شرعی وقانونی برای مالك باقی است تا اینکه علقهٔ مالکیت اوسلب یا محدود گردد .

درسلب اضافه کافی است که یکی ازمضاف یا مضاف الیه یانفس اضافه ازبین

برود همچنین درجده یکی از محیط ویا محاط ویا احاطه ازمیان برداشته شود و بنابراین مالکیت چه ازمقوله جده وچه ازمقولهٔ اضافه باشد دریکی‌ازاین سه حالت سلب میشود یعنی درصورت فقدان مالك یا مملوك ویا ملك مالکیت سلب میگردد النهایه هرگاه مملوك باقی باشد و سلب مالکیت بواسطهٔ فقدان مالك یا قطع رابطهٔ ملکیت شده باشد ممکن است رابطه وعلقهٔ جدید بین آن مملوك با شخص دیگری برقرار گردد که این رابطهٔ جدید هرگاه بروجوهی مشروع صورت گیرد انتقال شرعی حاصل ومنتقل الیه متصف بمالکیت نسبت بمال موضوع انتقال میگردد .

**انتقال قانونی وارادی :**

بر قراری رابطهٔ جدید و انتقال شرعی بدو وجه یعنی بحکم شارع و بارادهٔ مالك میسراست .

**وجه اول** - منظورازانتقال بحکم‌شارع وقانون مواردی است که ارادهٔ مالك درنقل وانتقال دخالت ندارد هرچند سبب آنرا خود باعث باشد بلکه شارع در هر مورد برحسب خصوصیات موضوع - حکم بانتقال بروجه خاص و طریق مخصوص فرموده است چنانکه درمثل ابواب ارث ودیات وتفلیس‌وضمان قهری ونفقات واجبه وتقاص مقرراست .

**وجه دوم** - برعکس وجه اول دراینجا اراده مالك انتقال را انشاء وایجاد مینماید النهایه برای وصول بواقع شارع اورا ارشاد فرموده وراههای خطارا معرفی وممنوع ساخته وطرق صواب را برویش‌باز گذاشته است ولذا تا وقتی علقهٔ مالکیت حاصل نشده تحقق‌آن بدون سبب شرعی نشاید اما همینکه مالکیت محقق شد - چنان نیست که برای مالك ایجاد قیدی نماید که رهائی از آن مشکل باشد بلکه برعکس مملوك همواره در قید مالك وتحت ارادهٔ اوقرار میگیرد وهر وقت مالك بخواهد می‌تواندآنرا رها ودرارادهٔ دیگری قراردهد ویا قسمتی ازاختیاروحقوق خود را بدیگری محول نماید و همین است معنی حدیث مشهور و قاعدهٔ « الناس مسلطون علی اموالهم » که همیشه مورد استناد فقها واقع میشود وتقریباًترجمهٔ آن

ماده ۳۰ قانون مدنی را تشکیل داده است که میگوید « هرمالکی نسبت بمایملك خود حق همه گونه تصرف وانتفاع داردمگردرمواردی که قانون استثناء کرده باشد» .

پس مالك بمیل واراده وباقتضای سلطنت مطلقه میتواند مملوك خودرا خراب وتلف نماید چنانکه مثلا بسوختن وشکستن وامثال آن آنرا ازبین ببرد وهم میتواند علقهٔ مالکیت خود را از آن بردارد و باصطلاح از آن اعراض نماید چنانکه مثلا حیوانی را صاحبش دربیابان رهاسازد ویا انگشتری را عمدا بدریا اندازد ویا چیزی را مثلا درمحلی که شهرداری برای خاکروبه اختصاص داده بیندازد دراین صورت با اینکه مالك ومملوك موجود است رابطه وعلاقه که بنام ملك خوانده میشود بارادهٔ مالك قطع گردیده است .

همچنین مالك میتواند مملوك خود را برای مدتی جهت بهره برداری بدیگری بلاعوض یا باعوض و بمنظور استفاده مخصوصی ویا بطورمطلق واگذار نماید ویا هر نوع تصرف دیگردر آن بنماید وبهرشکل وصورتی که منع شرعی نداشته باشد از آن استفاده نماید وهم میتواند علاقه وارتباط خود را قطع وبصوری سبب ایجادعلاقهٔ شخص دیگری باآن گردد ـ وبدیهی است که درهرجا پای دیگری بمیان آمد آنهم نیزچون مرید و مختار است بایستی موافقت خود را اعلام نماید . غرض این است که مالك همانطور که بمقتضای قاعده تسلیط میتواند درنفس اموال مداخله وتصرف نماید دروصف ونسبت اموال یعنی مالکیت نیزمیتواند انواع تصرف را (جزمواردی که شارع منع کرده) بنماید النهایه درصورت اصطکاك ارادهٔ او باارادهٔ دیگری بایستی دواراده بروجهی توافق نمایند که یکدیگررا خنثی نسازند .

وچون هریك ازتصرفات ارادی چه کلی یا جزئی وچه درمملوك یا ملکیت باشد محتاج بوسیله وآلت ابراز نوع اراده میباشد لذا دربسیاری ازموارد برای اداء مقصود و مراد بلفظ احتیاج است بخصوص در جائی که توافق دو اراده لازم باشد ( اگرچه گاهی بصرف فعل وعمل هم ابرازاراده ممکن واکتفاهم میشود) وازاینرو است که باب عقود وایقاعات بوجود میآید چه موارد صورت توافق دواراده عقداست

واتیان فعل بقصد نتیجه مخصوص ایقاع میباشد .

اینك باتوجه بمراتب مذکور معلوم است حسب اختلاف مراد و چگونگی تعلق اراده عقود و ایقاعات تا چه حد میتواند مختلف باشد - بطوریکه تصور میرود نظم دادن وتنویع آنها از کثرت تنوع محال است و شاید بهمین لحاظ قانون مدنی بااینکه بروش فقهاء اسلام احکام وشرایط آنچه را عنوان خاص داشته ذکر نموده درماده ۱۰ حکم قراردادهای خصوصی را بطور کلی چنین بیان کرده است : «قرار دادهای خصوصی نسبت بکسانی که آنرا منعقد نموده‌اند درصورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذاست .

این نحوحکم کلی دراخبارو آیات ازعبارات «تجارةعن تراض» - «اوفوا بالعقود» و« المؤمنون عند شروطهم » - ای عهودهم مستفاداست وباستناد همین‌عمومات درباب معاملات همینکه تصادق عرفی باشدونهی‌شرعی‌هم‌نباشد حکم بصحت‌میشودونافذاست.

ناگفته پیداست که در شرع بدستورات کلی قناعت نشده است و با اینکه معاملات مجعولات وحقایق شرعیه نیستند وامضائی میباشند مع الوصف انواعی از آنها که بیشترمورد ابتلا بوده وبرای تحقق آنها خصائصی مخصوص‌لازم بوده احکام وشرایط آنها در کتاب واخبار مشروحا مذکور افتاده‌است وفقها بحد کمال از آنها بحث ودرخلال ابحاث مختلف آنهارا باقسام وتقسیمات ذیل منقسم نموده‌اند :

**۱ - ازجهت وجود وعدم ارکان ، بصحیح وفاسد :**

عقد صحیح آن است که شرایط اساسی (که عبارتست از قصد ورضا واهلیت متعاقدین‌ومعلوم بودن موضوع‌ومشروعیت جهت معامله) در آن‌باشد وعقد وقتی‌فاسد است که یکی‌ازاین‌شرایط وارکان‌رافاقد باشد .

قاعده - چون شرایط صحت معامله وجودی ومسبوق بعدم است لذا اصل اولیه درمعاملات فساد است لیکن برحسب ادلهٔ نقلی وعمومات واطلاقات از قبیل «اوفوا بالعقود »-«تجارة عن‌تراض » - «المؤمنون عند شروطهم» «احل الله البیع» وامثال آنها اصل ثانوی صحت است. امابشرط اینکه عقد واقع شده از مصادیق

عرفیه باشد زیرا اگراز مصادیق عرفیه نباشد باعموم واطلاق احراز موضوع وتعیین مصداق نمیتوان نمود.(تفصیل موکول ببعد میشود)

**۲ ـ عقد ازلحاظ نقصان ارکان تقسیم میشود به نافذ و غیرنافذ :**

عقد نافذ آنست که در ارکان آن نقص وخللی نباشد برعکس ، عقدغیرنافذ آن است که دریکی از ارکان آن نقصی باشد که بتوان آنرا رفع نمود مثل اینکه رضای حاصل شده در نتیجه اشتباه در موضوع یا اکراه باشد چنانکه ماده ۱۹۹ قانون مدنی می گوید « رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه نافذ نیست » وماده ۲۳میگوید « اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگرچه از طرف شخص خارجی غیراز متعاملین واقع شود » .

در این مقام اصل نافذ بودن معامله است و مدعی نقص میباید اثبات نقص نماید زیرا ظاهر از آن‌جهت که وجه ومرآت واقع میباشد بر ادعای خلاف ظاهر مقدم است تا اینکه اثبات شود .

**۳ ـ ازجهت طبیعت وماهیت منقسم میشود بلازم وجایز :**

عقدلازم آنست که هیچیك ازطرفین نمیتوانند آنرا فسخ بکنند مگردرموارد معینه مثل عقد بیع واجاره ـ وعقد جائز برخلاف آنست مانند وکالت ، ودیعه‌و عاریه ـ مادتین ۱۸۵ و ۱۸۶ قانون مدنی متضمن تعریف دوقسم فوق میباشند .

اصالة اللزوم ـ این اصل بعنوان سببی ومسببی تقریبا مورد قبول فقهاء واقع شده وجاری است باین معنی که هرگاه شك در انفساخ عقد واقع شود اصل عدم انفساخ جاری واستصحاب بقاء آن میشود .ونیزدر بقاء اثر ومسبب آن اگر شك شود اصل مقتضی بقاء آن است ولذا گفته شده است اصل در ملك لزوم است مگر آنکه خلافش ثابت شود ومنظور آنست که هرگاه بیکی از اسباب مملك ـ ملکی برای شخصی حاصل آمد و چیزی ازقبیل فسخ در عقود ویا رجوع در مثل معاطات موجب شك در زوال مالکیت گردید بحکم استصحاب ویا برحسب ادلهٔ لفظیه مالکیت بحال قبل از فسخ و رجوع باقی است (غرض ازتردید اخیر این است که

مراد از اصل هم ممکن است قاعدهٔ مستفاد از ادله باشد وهم ممکن‌است استصحاب باشد) . درقانون مدنی‌این اصل در ماده ۲۱۹ چنین بیان شده است « عقودیکه بر طبق قانون واقع شده باشد بین‌متعاملین وقائم مقام آنهالازم الاتباع‌است مگراینکه برضای طرفین اقاله و یا بعلت قانونی فسخ شود »

**۴- ازلحاظ اثر منقسم میشود به تملیکی وعهدی :**

عقد تملیکی آنست که سبب انتقال ملکیت شود مانند عقد بیع که بموجب آن مبیع از طرف بایع بمشتری انتقال و تملیك میگردد و مانند هبه وصدقه . اما **عقد عهدی** آنست که بموجب آن ذمهٔ یکطرف درمقابل طرف دیگرمشغول میشود وایجاد تعهد وحق دینی مینماید مانند بیع سلم .

**٥ - ازحیث استقلال وعدم‌آن منقسم میشود باصلی وضمن العقد :**

عقد اصلی آن است که قصد وارادهٔ طرفین‌استقلالاروی آن‌برود خواه شرایطی ضمن آن باشد خواه ساده باشد برعکس عقد تبعی یا ضمن العقد که بتبع عقد اصلی انجام میشود ودرحقیقت شرطی ازعقد اصلی است .

**٦- ازحیث صورت وشکل بتشریفاتی وغیرتشریفاتی تقسیم میگردد :**

عقد تشریفاتی عبارتست ازعقدی که شکل و صورت خارجی خاصی در آن ملحوظ شود بروجهی کـه هر گـاه بآن شکل واقع نشود عقد محقق نگردد مانند عقد نکاح بنا بعقیدهٔ کسانی که درایجاب وقبول آن الفاظ وصیغ مخصوصی را شرط دانسته‌اند ودرایقاع ، طلاق که درحضور دونفرعدل بایستی صورت پذیرد .

اما عقد غیر تشریفاتی عقدی است که بتوان بهرنحوی که حاکی ازقصد و رضای طرفین باشدآنرا واقع ساخت مانند اغلب عقود متداوله .

**۷ - ازجهت اطلاق وتقیید تقسیم میشود بساده ومشروط :**

عقد وقتی ساده است که درآن قید وشرطی نباشد درمقابل آن مشروط است وآن وقتی است که واجد یکی ازشرایط صفت یا نتیجه و یا شرط فعل نفیا یا اثباتا باشد .

**۸ ـ بلحاظ موضوع منقسم میشود بمعوض وغیرمعوض :**

عقد معوض آنست که اراده وقصد متعاقدین بنقل مال بازاء مال دیکری تعلق گیرد وبعبارت دیگرمبادله مال بمال است مانند عقد معاوضه بخلاف غیرمعوض که معامله درمقابل عوض نمیباشد مانند صلح بلاعوض وهبه .

**۹ ـ ازجهت تاثیر، عقد منقسم میشود بمنجزو معلق :**

ماده ۱۷۹ قانون مدنی میگوید « عقد منجز آنست کـه تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف بامردیگری نباشد والامعلق خواهد بود » دراین ماده منطوقاعقدمنجز ومفهوما عقد معلق تعریف شده است وچنانکه پیدا است منظورازعقد معلق در این ماده فقط تعلیق درمنشاء است مانندوصیت نه انشاء چه اگر تعلیق در نفس انشاء باشد همانطور که فقها متذکرند اساسا قرارداد وعقدی وجود پیدا نمی کند ومحال است توافق دواراده حاصل شود وبعلاوه موجب غرر و نزاع است که شرعا ممنوع میباشد و چون نویسندگان قانون مدنی بدون شك باین موضوع توجه داشته‌اند لذا معلق را تعریف کرده‌اند بعقدی که تاثیر آن موقوف بامردیگری باشد نه اینکه وقوع عقد وانشاء موقوف بامر دیگری باشد .

**دسته بندی عقود :**

بعضی ازفقهاء عقود رابطور کلی سه دسته نموده‌اند ۱ عقود اموال مانند بیع وهبه وغیره ۲ عقود افعال مثل وکالت وجعاله وامثال آن ۳ عقود مافی الذمه مانند ضمان عهدی وحواله وغیره .

اما از نظر نقل و ایجاد مالکیت جدید ، عقود را میتوان باجمال چنین دسته بندی نمود :

۱ ـ عقود ومعاملاتی که مراد تملیك عین است یعنی بارادهٔ مالك سلب اختصاص وعلقهٔ مالك ازمملوك و ایجاد علقه برای مالك جدید میشود ـ این معاملات اگر درمقابل عوض باشد بیع است واگر بمنظوراین است که طرف مثل آنرا از حیث مقدارووصف رد نماید **قرض** است واگر برای زمان بعد ازفوتش ومجانی باشد **وصیت**

است و اگر مجانا وبلاعوض بدون قیدی داده شود **هبه** واگر بقصد قربت اعطا شود **صدقه** است .

در این معاملات انتقال بنقل ملك حاصل میشود مگردر موارد معاوضه که مبادلهٔ مال بمال برصورتی که مبیع وثمن تعیین نشود واقع گردد که دراین‌صورت فرض انتقال بنقل مملوك متصور است همچنانکه در ارث مثلا تبدیل مالك فرض شده است .

۲ - عقودیکه برای تسلیط بر تصرف است و آن نیز بحسب نحوهٔ وقوع و تعلق اراده فرق مینماید چه اگر غرض از تسلیط حفظ منافع و اطمینان طرف در وصول طلبش باشد رهن است که گفته اند « الرهن وثیقة لدین المرتهن » و اگر غرض حفظ عین مال برای مالك باشد ودیعه است وهر گاه منظوراز تسلیط برتصرف بروجه قائم مقامی وتصرف‌ازقبل مالك باشد وکالت خواهد بود .

۳ معاملاتی که مراد تملیك منافع است و آنها هم بنا بخصوصیاتی که در متعلق‌اراده واظهار آن ملحوظ میشود ابواب وقف وتحبیس وسکنی و عمری ورقبی وعاریه واجاره ووصیت برمنافع را تشکیل میدهند .

بهر حال یاتوجه بآنچه ذکرشد این نتیجه حاصل است که با این وسائل و اسباب مالکیت بااینکه بصفت دائم است همواره کلا یا جزئا درنقل وانتقال است و از گردشهای تجاری و اقتصادی آن رابطهٔ ملکیت جدید بروجه شرعی با رعایت شرایط ومقررات پیش بینی شده درشرع پدید میآید .

**آیا نقل درکدام جزء مالکیت حاصل میشود ؟**

نکته‌ای که مبهم ومورد توجه میباشد این است که باتوجه بآنچه سابقا گفته شد مبنی بر اینکه مالکیت از سه چیز بنام مالك - مملوك - و ملك حاصل میشود این سئوال پیش میآید که‌آیا نقل وانتقالی که بوسیلهٔ اسباب واین معاملات ایجاد میشود مربوط بکدامیك ازاین سه چیزمیباشد ؟

اگر گفته شود مملوك یاملك تبدیل‌ونقل‌میشود شایدبباب‌ارث بر آن اعتراض

شود واگر گفته شود انتقال بتبدیل درطرف مالك است تصویر آن درمثل ابواب اجاره ورهن وودیعه وعاریه غیرمعقول ودرباب بیع وهبه مشکل است .

جواب این سئوال این است که لزومی ندارد ملتزم بنقل و انتقال در تمام موارد ازیك جهت شویم بلکه قول بتفصیل هم ممکن است چه برحسب حکم شارع و کیفیت تعلق ارادهٔ مالك طرف نقل وتبدیل فرق مینماید وتصویر آن درهریك از سه جزءِ مذکور بسه صورت زیر امکان دارد :

**صورت اول** ـ تبدیل مالك و آن درمثل باب ارث وحتی شفعه صادق است چه وارث وشفیع قائم مقام مورث ومالك میشود وتغییر وتبدیلی ظاهرا دروضع ملك ومملوك حاصل نمیشود وبهمین جهت درارث اگرمال مورث متعلق حق دیگری باشد پس ازانتقال بورثه بهمان حال باقی است وورثه بقائم مقامی مورث بحکم « من بعد وصیة یوصی بها اودین .. » ( که در سورهٔ نساء ضمن بیان سهام ورثه چندین دفعه تذکر داده شده است ) میبایستی دراداءِ آن حقوق ازترکه اقدام نمایند ودر شفعه هم شفیع حصه شریکش را در قبال همان قیمت و ثمنی که بین خریدار و فروشنده تراضی شده تملك می نماید هرچند هیچیك ازآندو راضی نباشند .

**صورت دوم** ـ یعنی انتقال وتبدیل بنقل مملوك وآن درمانند باب اجاره و وقف وامثال آن متصور است چه درباب اجاره :

**اولا** همانطور که صاحب جواهر میفرماید « اجاره نقل منفعت است نه اینکه عقد یا انتقال باشد وبنظر ایشان بهترین تعریف این است که اجاره ـ چیزیست که مشروع شده است برای نقل منفعت بعوض بدیگری ـ لیکن محقق میفرماید ـ عقدیست که ثمرهٔ آن تملیك منفعت است بعوض معلوم ـ و در مسالك است اینکه «اجاره شرعا عبارت ازتملیك منفعت خاصه است بعوض معلوم» ودرلمعه تعریف شده است باینکه «اجاره عقدی است که بر تملك منفعت معلومه بعوض معلوم واقع شود» درجامع عباسی است « اجاره مالك ساختن منفعت معلوم است مرشخصی را بعوض معلومی » ماده ۲۶۶ قانون مدنی در مقام تعریف چنین است « اجاره عقدی است که

بموجب آن مستاجر مالك منافع عین مستاجره میشود » . غرض این است که با توجه بتعاریف مذکور هرچند اجاره را مانند سایر اصطلاحات باب معاملات بعضی اسم سبب و بعضی اسم مسبب دانسته اند ولی در اینکه نتیجه اجاره تملیك و نقل منفعت است تقریبا اتفاق حاصل است .

ثانیا ظاهر ازهریك از کلام فقهاء وادله وقصد متعاقدین تملیك فعلی منافع است باین معنی که پس ازوقوع اجاره مستاجر مالك منافع مملوك درمدت معلوم میشود وجمیع آثار ملك بر آن مترتب میگردد وبهمین جهت جایز است آنرا بدیگری بطور معوض یا بلاعوض منتقل نماید مخصوصا درصورتی که مالك باو اجازه داده باشد.

اینك اگر تملیك منفعت بروجه تبعی وبواسطه نقل مملوك برای مدت اجاره باحفظ ملکیت برای مالك باشد قضیه بلااشکال است . اما اگر تملیك ونقل منافع مستقلا فرض شود قضیهٔ اجاره با توجه بمراتب مذکور غیر معقول خواهد بود زیرا منفعت ازامور معدومه است و تملیك امورمعدومه و تعلق ملکیت فعلیه بآنها عقلا محال است وشرعا جایز نیست .

اما صغرای این قضیه بدیهی وواضح است واما کبری بجهات ذیل غیرمعقول است :

۱ـ ممکن است برعین مستاجره بعلل سماوی یا عدم اقدام مستاجر منافعی مترتب نشود دراین صورت نه تنها تملیك وتملك فعلی محقق نمیشود بلکه شانی آن هم تحقق نیافته و در مقابل عدم نفع هم بقول فقهاء اجرت و مال الاجاره نباید تعلق گیرد .

۲ـ اصل درعقود وایقاعات وبخصوص در تملیکات چنانکه ازجمعی از فقهاء بعنوان قاعده نقل شده این است که بمعدوم مستقلا تعلق نمیگیرد وبر این اصل ادعای اجماع هم شده است .

۳ـ تعلیق درانشاء تملیك جایز نیست و درعقد ، تنجیز شرط است پس ظاهر ازانشاء صیغه ایجاد علقه است حقیقتا بین قابل وموضوعی که نقل میشود واین علقه

نسبت بمعدوم مسلما ممکن نیست .

٤ ـ لازمهٔ تملیك غیرموجود همواره وعلی‌الاطلاق‌غرراست چه غرردرمعدوم مسلما بیش از غررشیء موجود مجهول است پس قضیه بضررو نزاع ممنوع و عدم جواز انتفاع بر گشت مینماید .

ممکن است ایراد شود که اگر اجاره نقل مملوك باشد بروجهی که اثبات مالکیت برای مستاجردرمنافع که مملوك تبعی است بشود :

اولا ـ لازم میآید کـه ابتداء نسبت بمتبوع یعنی مملوك اصالی هم برای مستاجر مالکیت پیدا شود ودراین صورت مالکیت موجرباید معدوم گردد درحالی که کسی قائل باین قول نیست وخلاف اصل ودلیل است .

ثانیاً ـ مالك نباید در مدت اجاره بتوانـد در مورد اجاره تصرفی به بیع و وقف وامثال‌آن بنماید وحال‌آنکه خلاف‌آن مسلم است .

ثالثا ـ دراجرای صیغه بایستی جایز باشد که مثلا بجای «آجرتك هذه‌الدار» گفته شود «ملکتك هذه الدار» درصورتی که باتفاق عبارت دوم مفید اجاره نمیباشد

**جواب** : درمورد اول ، ملازمه ممنوع‌است چنانکه درمنافع‌مباحات بااینکه اصول‌آنها آزاد است ثمره و منافع آنها باتملك ملك میشود وشاید شهید در لمعه بهمین‌نظربجای تملیك تملك استعمال نموده‌ودر تعریف فرموده است «هی‌العقد علی تملك المنفعة المعلومة بعوض معلوم» بعلاوه شارع در مثل زراعت حکم بمالکیت زارع درزرع‌فرموده هرچند مالك عین اراضی نباشد پس ملازمه ثابت نیست .

اما ازمورد دوم ـ جواب داده میشودباینکه مالکیت دارای سه خصلت وصفت است اطلاق ـ انحصارودوام .

بواسطه صفت اطلاق مالك عین ، مالك بهره برداری ازعین ، ومالك تصرف نامحدود درآن وهم مالك اخراج ملك باعراض یا بانتقال ازملکیت میشود .

حقوقدانان خارجی‌ازاین سه‌نوع سلطه مالکیت بحق‌تعبیر کرده‌اندو گفته‌اند حق استعمال وحق‌استقلال وحق اخراج وعلت این تعبیر آنست که ازخود مالکیت

هم بحق مالکیت تعبیر نموده اند یعنی حق را همواره بمعنی وسیع کلمه استعمال مینمایند که معنی جنسی میدهد ومالکیت قسم آن میشود نه قسیم آن .

صفت انحصاری بودن منشاء سلطنت مطلقه مالك درعین وعدم اجازهٔ مزاحمت دیگران در کاراواست .

اما باصفت دوام مالکیت مالك بطورغیرمتناهی قابل تقسیم بمالکیت در آنات وازمنه میباشد ودرهریك ازاین اقسام چون عین مملوکه مالیت نسبی دارد لذا بهمان نسبت قابل تبدیل بمال دیگر و یا اعطاء بدون عوض و امثال آن از طرف مالك خواهد بودواین انواع ازانتقال هرچند درحقیقت نقل نوعی ازمالکیت است اماچون دارای خصال وخصوصیات مالکیت نیست باید گفته شود نقل مملوك بروجه محدود است و لذا بالتبع در آن مدت منافع نیز منتقل میشود وبدیهی است که آن منافع پس ازوجود ـ خود ملك ومملوك مستقلی میگردد .

اما مورد سوم ـ جواب آن ازجواب مورد دوم معلوم است چه صیغهٔ « ملکت» مفید نقل ملکیت است و نقل ملکیت مطلق تنها بـانقل مملوك بطورمحدود مصداق پیدا نمی نماید بلکه وقتی صدق میکند که اوصاف سه گانه فوق را بهمراه داشته باشد ولی همین صیغه اگربمیزانی که ملکیت دراجاره محدود است مقید و محدود گردد باینکه مثلا گفته شود « ملکت سکنی هذه الدار سنة » اجـاره صحیح است .

امادرباب وقف ـ آنچه ازعقایدعلما واخباراستفاده میشوداینست که مقصوداز وقف حبس کردن اصل واطلاق وتسبیل منفعت است واختلافی اگردرتعبیروتعریف دیده شود مربوط باین است کـه بعضی کلمه وقف و همچنین سایر عناوین ابواب معاملات را اسم عقد دانسته اند وبرخی دیگراسم معنی حاصل ازعقود میدانند .

بهر حال تعاریف بیشتر فقهاء مقتبس از این عبارت حدیث نبوی (ص) است « حبس الاصل وسبل المنفعة » . حال که این موضوع مسلم است اگرمنظورازحبس اصل، حبس عین موقوفه باشد با اطلاق وتسبیل منفعت وفـق نمیدهد زیرا منافع

حاصل نمیشود مگر با انتفاع ـ وانتفاع ملازم با تصرف وعمل دروقف است درحالی که اقتضای حبس عدم تصرف در آن است ونیز مخالف اخبار و آراء علماء مبنی بر لزوم قبض میباشد چه باقبض عین موقوفه نقل آن مسلم است پس ناگزیر غرض از حبس اصل ، اصل مالکیت واقف است وشاید عقیدهٔ آن دسته ازعلماء مانند ابوالصلاح و بعضی از عامه که قائل ببقاء عین موقوفه درملك واقف میباشند بر همین مبنی بوده است وروایاتی که منع ازبیع وارث وهبهٔ آن نموده بر آن دلالت دارد که ملکیت قبل ازانتقال مملوك بااجرای صیغه بارادهٔ مالك حبس شده است واخباری که دراستحباب وقف وارد شده ـ چنانکه کلینی باسنادش از اسحق بن عمار ازابی عبدالله (ع) روایت نموده است « قال لایتبع الرجل بعد موته الا ثلاث خصال : صدقة اجراها الله فی حیاته فهی تجری له بعد موته » وامثال این خبر که دربرخی بصدقه جاریه تعبیر شده وعلما از آن به « وقف » تفسیر نموده اند دلالت دارد براینکه ملکیت واقف محفوظ ومحبوس میباشد و« لام » ملك در عبارت خبر یعنی قوله « تجری له » این نظررا تائید می نماید وبازدرموضوع وقف منقطع الاخروحبس که پس ازمدت بعقیدهٔ تمام علماء ارث میشود این مطلب روشن وواضح میگردد ـ وبهمین جهت است که هرگاه بنا بمصالحی فروش وقف تجویز شود باید بقصد تبدیل معامله شود ودر پول آن تصرف نگردد تا اینکه بدل آن خریده شود ویا اگرممکن باشد باتوجه به تامین نظر واقف از ابتداء تبدیل با حسن شود واین نحومبادله ومعاوضه هم هرگاه بروجهی واقع شود که ثمن ومثمن وبایع ومشتری معلوم نباشد نیزمثال دیگری از نقل مملوك گفته شده است .

**صورت سوم** ـ یعنی انتقال بنقل ملکیت مانند صدقه و بیع و امثال آنها درتوضیح این مطلب یاد آورمیشود که هبه درنزد علماء تملیك عین است بلاعوض وبروصف تنجیزوبدون شرط قصد قربت ـ وصدقه تملیك عین است منجزا وبا قصد قربت . ودرایجاب آن هم عبارات « ملکتك » و « هذا لك » کافی دانسته شده است که ظاهراین عبارت ومقتضای تعریف مذکور که مورد قبول تمام فقها میباشد نقل

واعطای ملکیت است ازواهب بمتهب .

واما دربیع چنانکه از کلمات علماء مستفاد میشود بااینکه درنتیجه ( یعنی سلب ملکیت مبیع از فروشنده و دخول آن درملکیت خریداردرثمن بعکس)اتفاق حاصل است لیکن بین علماء ازنظرمعرفی آن تشتت واختلاف است وظاهراز تعبیرات آنها ( بعد ازقبول جملگی این قول را که مراد از این تعاریف کشف فی الجمله و تعریف تقریبی نظیر تعریف لغوی است نه تعریف میزانی ومنطقی که بحد ورسم باشد) حاکی ازاختلافشان درد ومورد است یکی لفظی است و دیگری مربوط بمعنی و ماهیت میباشد :

الف ـ اختلاف لفظی همانطور که درتمام ابواب معاملات مشهورومشهود است این است که برخی لفظ بیع وامثال آنرا ( همانطور که دروقف گفته شد ) اسم سبب دانسته‌اند و لذا درتعریف ـ کلمه « عقد » ویا « ایجاب وقبول » راآورده‌اندوبعضی اسم مسبب دانسته وبدین جهت درتعریف کلمات مذکوررا بکارنبرده‌اند .

ب . اختلاف معنوی آنها نیزازظاهرتعابیروتعاریفشان پیدااست چه صریح ویا ظاهربعضی ازعبارات مساعد بانقل واعطاء ملکیت است وبعضی دیگر از تعاریف با تبدیل مملوك مناسب میباشد . مثلاآنچه ازمصباح المیزان نقل شده است که اصل دربیع‌مبادله مال بمال است ـ یا درمبسوط وقواعد وتذکره ونهایت الاحکام آمده است باینکه بیع انتقال عین مملوکه از شخصی بدیگری بعوض مقدر ومعلوم بر وجه تراضی میباشد ـ یا دروسیله ومختلف گفته شده است بیع عقدی است که دال برانتقال مملوك بروجه مذکور است ـ وهم آنچه بعضی تعریف کرده‌اند باینکه‌بیع عقدی است که استحقاق تصرف درمبیع‌وثمن وتسلیم آندورا اقتضادارد ـ جملهٔ این تعابیرمناسب با تبدیل مملوك است .

اماتعریف صاحب شرایع باینکه عقد بیع لفظی است که‌برنقل ملك ازمالکی بمالك دیگر بعوض معلوم دلالت کند ـ وهم تعریف لمعه باینکه بیع نقل ملك به عوض معلوم است ـ ویا تعریف محقق کرکی‌باینکه بیع‌نقل ملك ازمالك بدیگری

است بصیغه مخصوص وهم آنچه درمصابیح علامهٔ طباطبائی آمده است باینکه تعریف بیع بانشاءِ تملیك عین بعوض بروجه تراضی مختصر ترومحکم ترین تعریف بیع است ونیز تعریف وتعبیر صاحب عروه باینکه بیع تملیك عین است بعوض ـ همگی این قبیل تعاریف ظاهر وبلکه صریح درنقل ملك است نه مملوك .

پس باتوجه بکلمات وتعبیرات فقها معلوم میشود بظاهردرمعنی وماهیت بیع بین آنها اختلاف است . **شاید علت** این اختلاف مربوط بنحوهٔ تصور بیع و تعلق اراده وقصد بایع باشد چنانکه گاهی بایع بعنوان معاوضه معامله‌ای انجام میدهد بروجهی که ثمن ومثمن در آن معلوم نیست . این نوع معامله مصداق همان تعریف منقول ازمصباح یعنی مبادله مال بمال است ومعمولادرمثل بیع وقف بمنظوررعایت نظر واقف وحفظ مالکیت محبوسهٔ او بیع برهمین اساس واقع میشود ـ والابرحسب عادت ومعمول قصد وارادهٔ بایع تعلق میگیرد باینکه ازخود سلب علقهٔ مالکیت از مبیع بنماید وبرای مشتری ایجاد مالکیت کند ـ وفقها هم ظاهرقول وتعبیرشان هر چه باشد درنتیجه این مطلب را قبول دارند وجمله متفقند براینکه هر گاه مثلا کسی خانه خودرا بفروشد دراقباض آن کافی است که خلع ید نماید وبدیهی است که این عمل از مصادیق نقل منزل و خانه نمیشود و بخصوص که نیز اتفاق دارند بر اینکه بعد ازوقوع عقد وتوافق دواراده ملکیت مبیع ازبرای مشتری حاصل میشود درحالی که دراین مقام اصلا مملوك بحال خود باقی است ونقل نشده است واگر ادعـای نقل اعتباری شود بایـد گفت پس اختلاف لفظی است زیرا مفروض همان ملکیت است النهایه اگردر طرف عین ملحوظ شود مملوکیت است و بنابراین ـ ارتباطی بنقل عین نخواهد داشت .

**بیع معاطات :**

دراینکه بیع مفید ملکیت است اشکالی نیست و احدی احتمال خلاف آنرا نداده است جزدربیع معاطات که برخی آنرا مفید اباحهٔ درتصرف دانسته‌اند وبعضی مانند محقق ثانی آنرامفید ملکیت غیرلازم ودسته‌ای هم چون شیخ مفید ومستفاد

ازقول علامه درتذکره قائل با فادهٔ ملکیت آن بروجه لزوم شده‌اند وچون دراین مسئله ازنظر تملیك واباحه درآراء علما اختلاف است فرصت ومجال بیشتری برای بحث و تشریح مطلب بدست آمده است لیکن ورود درآن ازمقصد کنونی بدوراست اما نتیجهٔ بحث ( آنچه مربوط میشود ) چنان است که یا از ابتدا بتعاطی بر وجه تراضی ملکیت حاصل میشود ـ ویا ازابتداء اباحه است ودر خلال تصرف ، ویابعد ازاتلاف ، ملکیت موجود میگردد ـ ویا اصلاملکیت حاصل نمیشود .

صورت اخیرتقریباً باتفاق مردود ومخالف سیرهٔ مستمره است ومستلزم عدم جواز تصرف طرفین و ضمان متصرف است . اما صورت دوم و سوم مستلزم این است که نفس تصرف یا اتلاف بدون اذنی از طرف مالك در خصوص آن تصرف و اتلاف مملك باشد ـ چه مالك ازحین دفع و اعطاء مال بدیگری قصد نقل نموده است که مفروض عدم تاثیر آن قصد درایجاد مالکیت است وبعدهم سلب اختیارازاو شده است پس درتصرف واتلاف مذکور که بنابفرض مملك است وجود اذن مالك متصور نیست باضافه تصرف موقوف برملك هم بمجرداذن مالك نشاید چه مثلافروختن مال غیر بقصد اینکه ثمن را مالك بشود درحالیکه مبیع از ملکیت دیگری خارج گردد غیر معقول است ـ وبنابراین وبا توجه باینکه عرفا بتعاطی بیع گفته میشود وتراضی‌هم موجود است بحکم « احل الله البیع » و « تجارة عن تراض » وبرحسب سیرهٔ مستمره معاطات سبب فعلی و بمانند سبب قولی ایجاد مسبب یعنی ملکیت مینماید .

شیخ انصاری اعلی الله مقامه پس ازطرح وجرح وتعدیل اقوال دراین مسئله واقوی دانستن قول بملکیت بحث را بلزوم وعدم لزوم آن معطوف داشته وفرموده است قول بلزوم اوفق بقواعد است چه با تعاطی ، ملکیت حاصل‌شده وبارجوع مالك اولی ، شك درزوال آن پیدا میشود ، که اصل مقتضی عدم زوال ملك واستصحاب آن است وبنابراین اصل درملك لزوم‌است . پس باتوجه بمذکورات هریك ازاین انواع تبدیل ونقل ، میتواند منشاء پیدایش مالکیت وایجاد اضافه جدید گردد .

**مورد سیزدهم -حریم املاك**

یکی ازمسائل دقیق ومورد نیازونزاع دراجتماع که مخصوصا درمقام قضا با اشکالات زیادی مواجه میشود مسئله « حریم » است .

حریم شرعا و قانونا در حکم ملك است وبمانند تمام مالکیت های دیگر که بالاخره‌منتهی باحرازواحیاء میشود سبب اولی آن احیاء است ولی بعدا بمانند سایر املاك بااسباب دیگرمالکیت ـ علقه جدید نسبت بآن ممکن‌است چنانکه درصحیح احمدبن عبدالله است که سئوال کردند از حضرت رضا علیه‌السلام ازمردی کـه مالك ضیعه‌ای است وبرای آن حدودی است که بالغ به بیست میل یا زیادتر و یا کمتر میباشد مردی باو پیش نهاد میکند که ازمراعی ضیعه بمن بده ومنهم فلان مبلغ بتو میدهم « فقال علیه‌السلام اذا کانت الضیعة له فلاباس » .

**حریم چیست ؟** ـ همانطور که درماده ۱۳۶ قانون مدنی است « حریم مقداری ازاراضی اطراف ملك وقنات ونهر وامثال آن است که برای کمال انتفاع از آن ضرورت دارد » وبتعبیرفقهاء « ما یتوقف الانتفاع بالعامرعلیه » وبعبارت دیگر« کل ما یتعلق بمصالح العامر» میباشد ( جواهر کتاب احیاء موات ) .

در اینکه حریم درحکم ملك است و کسی‌حق‌ندارد آنرا احیاء نماید و احیاء کننده مالك آن نمیشود بنابگفتهٔ صاحب جواهرونقل ازتذکره خلافی نیست .ولی اختلاف در دو مقام است یکی اینکه حریم ملك است یا حق ؟ دوم اینکـه مقدار وحد آن چیست ؟ .

**مقام اول** ـ ظاهرازبیان‌عده‌ای ملکیت است چنانکه درعبارت شیخ‌درمبسوط است « فاذا احیاها وملکها فانه یملك مرافقها التی لاصلاح للارض الابها » و بعد ازچند سطردرفرق‌بین‌ملك وموات ازلحاظ حریم میفرماید « .. والفرق بین الملك والموات ان الموات یملك بالاحیاء فمن‌سبق الی حفرالبئر ملك حریمه وصاراحق به ولیس کذلك فی الملك لان ملك کل واحد منهما ثابت مستقروللمالك ان‌یفعل فی ملکه ما شاء » ودرمسالك این قول اشهردانسته شده است .

ولی جماعتی قائل بعدم ملك بودن حریم شده و آنرا ازحقوق ارتفاق میدانند که ازجمله ظاهراز کلام شهید ثانی در شرح لمعه است ـ توضیح آنکه در لمعه از شرایط احیاء **«انتفاء کونه حریما لعامر»** ذکرشده و در شرح تعلیل باین عبارت گردیده است « لان مالك العامر استحق حریمه لانه من مرافقه ومما یتوقف کمال انتفاعه علیه » در یك صفحه بعد که بیان حریم عین میشود می فرماید « بمعنی انه لیس للغیر استنباط عین اخری فی هذا القدر لاالمنع من مطلق الاحیاء » که این عبارات صریح درحق ارتفاق است واگردرعبارت شیخ هم دقت شود معلوم میشود غیرازآنچه در کلام شهید است اراده نشده زیرا در جمله اول شیخ چنانکه مشاهده شد « یملك مرافقها» تعبیرشده که ازآن نمیتوان استفاده مالکیت نمود .

درقانون مدنی ماده ۱۳۹ مقررشده است « حریم در حکم ملك صاحب حریم است وتملك وتصرف در آن که منافی باشد باآنچه مقصود ازحریم است بدون اذن ازطرف مالك صحیح نیست وبنابراین کسی نمیتواند در حریم چشمه ویا قنات دیگری چاه یا قنات بکند ولی تصرفاتی که موجب تضرر نشود جایزاست » .

ازاین تعبیرقانون معلوم میشود که مقنن حریم را ملك ندانسته بلکه ازلحاظ حفظ حق احیاء کننده آنرا درحکم ملك قرارداده است بروجهی که عبارت شرح لمعه بآن ناظراست .

**مقام دوم** ـ بااینکه حریم یك امرعرفی است ودرهرمورد بسته بکیفیات و خصوصیات فرق مینماید مع الوصف درمواردی ازقبیل طریق و مجرای آب و چاه و چشمه و حائط حدودی بواسطهٔ وجودنصوصی مقررشده است که ببرخی ازآنها اشاره میشود :

**۱ـ حد طریق** ـ زمین تا وقتی آباد نشده اشخاص درعبور ازآن آزادند و حدی برای حرکت عابرین نمیباشد اما وقتی عمران وآباد شد بدونوع راه احتیاج دارد یکی راه عبورومرورعمومی ودیگری راهی که برای انتفاع اززمین لازم است محقق درشرایع وعده‌ای حد راه را در اراضی مباحه پنج ذراع دانسته اند و

مستندشان خبرموثقی است ازابی عبدالله علیه السلام «قال اذا تشاح قوم فی طریق فقال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم اربع اذرع فقال ابوعبدالله علیه السلام بل خمس اذرع» درمسالك باصل برائت از زائد نیزاستناد شده است باین معنی که اگردیگری بخواهد اقدام درعمران نماید رعایت پنج ذراع را بایستی بنماید واجتناب از این مقدار واجب است ولی نسبت بزائد ازآن اصل برائت ذمه از وجوب اجتناب زاید ازپنج ذراع است .

برخی دیگرازجمله شیخ وحلی وشهیدین و محقق کرکی و غیر ایشان حد مذکوررا هفت ذراع گفته‌اند و استناد آنها بخبر مسمع است از ابی عبدالله علیه السلام « الطریق اذا تشاح علیه اهله فحده سبع ادرع » ونظیر آن درخبرسکونی است ودر نبوی است « اذا اختلفتم فی الطریق فاجعلوه سبع اذرع » . درمسالك احتمال داده شده که اختلاف روایات محمول براختلاف طرق است چه در بعضی از راهها مانند راههای خصوصی املاك پنج ذراع کافی است ودربعضی احتیاج بهفت ذراع میباشد و گاهی دربعضی ازراههائی که مثلا کاروانهای حج ازآنها عبور مینمایند هفت ذراع نیز کافی نیست و احتیاج بزائد بر آن است . پس در هر حال قدر حاجت بایستی رعایت شود .

**۲ حریم نهر وقنات** بمقدارزمینی است که دردوطرف نهربامتداد آن برای خاك ریختن درموقع تنقیه واصلاح آن جهت جریان آب وعبور برای حفاظت لازم است . دلیلش خبرمرفوع ابراهیم بن هاشم است « قال حریم النهرحافتاه وما یلیهما»

**۳ حریم حائط** ـ مقدارزمینی است که برای ریختن خاك ومصالح ساختمانی آن درصورت خرابی لازم است .

**۴ حریم خانه** ـ آن اندازه از زمین است که برای برف انداز و ریختن خاك وخاکروبه وآبریز آن ، مورد حاجت است .

**۵ حریم چاه** ـ برحسب نوع چاه وغرضی که ازحفر آن بوده‌است متفاوت است مثلا بئرمعطن یعنی چاهی که بمنظور سقی شترو گوسفندان حفرمیشود از هرطرف چهل ذراع است ـ بئر ناضح یعنی چاهی که برای آبیاری است حریم آن شصت ذراع وچاه قنات درزمین سخت ازهرطرف پانصدذراع ودرزمین رخوه هزارذراع میباشد

چنانکه درخبر سکونی است از ابی عبدالله علیه السلام « ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال مابین بئر المعطن الی بئر المعطن اربعون ذراعاومابین بئر الناضح الی بئر الناضح ستون ذراعا و مابین بئر العین الی بئر العین یعنی القناة خمسمائة ذراع » .

اخباردیگری است درباره حریم چاهها که بظاهردرتعیین حریم اختلاف میدارند وبعضی دررخوه وصلبه بودن زمین پانصد وهزار ذراع برای قنات تعیین نموده اندولی ازمجموع این اخبارو آنچه مربوط بدلیل « لاضرر » است این ملاك بدست می آید که تصرف دومی بایستی دراراضی مباحه درمحدوده‌ای باشد که موجب ضرر برای سابق یعنی آنکه ابتدا بعمران نموده است نشود ومؤید این قول ( که منسوب بابن جنید ومورد تمایل علامه در مختلف میباشد ) صحیح محمدبن الحسین است « قال کتبت الی ابی محمد علیه السلام رجل کانت له قناة فی قریة فاراد رجل ان یحفر قناة اخری الی قریة له کم یکون بینهما فی البعد حتی لاتضر احدیهما بالاخری فی الارض اذا کانت صلبة اورخوة؟ فوقع علیه السلام علی حسب ان لاتضر احدیهما بالاخری انشاء الله » .

علاوه براینها در وسائل کتاب احیاء موات ( درباب اینکه کسی قناتی حفر می کند بعدمعلوم میشود بقناتی که پیش ازقنات او بوده ضرروارد آمده قنات اخیر مسدود میشود واگرقنات پیشین بدومی ضررداشته باشد صاحب آن ضامن نمیباشد) سه خبرذکرشده که چون ازحیث دلالت بر منظور نزدیك بهم میباشند بنقل یکی از آنها اکتفا میشود - بروایت صدوق درخبر عقبة بن خالد است که ازابی عبدالله علیه السلام سئوال میشود درباره مردی که در کوهی قناتی احداث نموده و آب آنرا جاری ساخته است بعد مردی دیگرمیآید آن کوه را شق نموده و قنات دیگری احداث مینماید ودرنتیجه قنات دومی آب قنات اول رامی کشد « فقال علیه السلام یتقایسان بحقائب البئر لیلة لیلة فینظرایتهما اضرت بصاحبتهافان رایت الاخیرة اضرت بالاولی فلتعور وقضی رسول الله بذلك و قال ان کانت الاولی اخذت ماء الاخیرة لم یکن لصاحب الاخیرة علی الاول سبیل » .

بموجب ماده ۱۳۷ قانون مدنی « حریم چاه برای آب خوردن بیست گزو برای زراعت سی گزاست » ودرماده بعدی مقرراست « حریم‌چشمه وقنات ازهرطرف در زمین رخوه پانصد گزودر زمین سخت دویست وپنجاه گزاست لیکن اگرمقادیر مذکوره دراین ماده ومادهٔ قبل برای جلوگیری ازضرر کافی نباشد باندازه‌ای که برای دفع ضرر کافی باشد بآن افزوده میشود » .

**اختلاط درانطباق** - بطوریکه ملاحظه میشود حکم قانون با حکم شرعی قضیه تطبیق‌مینماید ولی نکته‌ای که ازنظرانطباق با موضوعات ازنظرقضائی مهم‌است توجه باین مسئله است که حریم مربوط باراضی موات است اما در املاك معموره حکم حریم‌بلاخلاف جاری نیست‌وبحکم قاعده تسلیط وعدم اولویت یکی‌ازمالکین بردیگری حکم‌حریم منتفی است ولذا درعبارت فقهاء تصریح شده است « بان لکل منهم التصرف فی ملکه بما شاء وان تضررصاحبه .. » .

ازطرفی بطوریکه درقانون‌ودرعبارت‌شهید ملاحظه شد اجازه داده شده که در حریم چاه مثلاتصرفاتی که موجب تضررصاحب حریم‌نباشد معمول گردد وازجمله برای زراعت واحداث باغ احیاء وتصرف شود بنابراین قضایای خارجیه که مورد نزاع واقع میشوند ممکن است بصوری در آیند که هر چند بظاهر شبیه یکدیگر باشند لیکن حکم آنها مختلف باشد مثلا یکنفرشکایت میکند باینکه دیگری ایجاد واحداث قنات یا چاهی نموده وآب قنات یا چاه اوراکم کرده ویا خشکانیده وباو خسارت وارد ساخته است حقیقت خارجیهٔ این قضیه ممکن است یکی از این صور باشد که باید تشخیص شود :

۱- آنکه قنات اولی ودومی هردو دراراضی موات واقع شوند البته در این صورت حکم قضیه معلوم است وبا نظر کارشناس پس ازتشخیص اضرار، قنات دومی بایستی مسدود شود .

۲- آنکه قنات ویاچاههای شاکی ومشتکی عنه هردودر املاك معموره واقعند اما مالکین ظاهراراضی غیرازمالکین قناتهاوچاههاهستند . این صورت نیزدرحکم

شبیه قسم اول است وحق آنکه مقدم بوده است بایدرعایت شود .

۳ ـ آنکه قنات اولی ازملك و زمینی عبور مینماید که مورد تصرف مشتکی عنه وصاحب قنات یاچاه دوم است دراین صورت هم وجود رشته قنات قرینه براثبات حق ارتفاق اولی است ولازم الرعایه است مگراینکه خلافش ثابت شود .

٤ ـ چاه یا قنات اولی درزمینی است وچاه ویاقنات احداثی درملك شخصی ومتصرفی دومی یا شخص ثالثی است که این اجازه را داده است دراین فرض باید بتاریخ عمران توجه نمود اگر تاریخ احداث قنات اولی مقدم برعمران محل چاه یا قنات دومی باشد چون قبل از عمران محل دومی حق حریم برای اولی در محل دومی ثابت شده است رعایت حق مزبور لازم است و اما اگر تاریخ عمران اراضی ومحل چاه وقنات دوم مقدم باشد یا همزمان باشد از تصرفات دومی باستناد ضرربا ولی نمیتوان جلوگیری نمود وحتی اگرتاریخ عمران ازحیث تقدم وتاخر مجهول باشد نیز با استناد باصول از عمل دومی جلوگیری نمیشود . و بهر حال قضیه برحسب موارد در مرحلهٔ اول از این لحاظ وسپس از لحاظ تشخیص ضرر و تجاوزبحد وعدم آن شایان توجه ودرخور دقت است .

**مورد چهاردهم ـ احیاء موات :**

دراینکه احیاء موات ازاراضی درصورتی که واجدشرایط شرعی باشد سبب مملك است وبرای محیی ایجادمالکیت مینماید ظاهرا اختلافی نیست چنانکه شیخ انصاری درمکاسب میفرماید « ماعرض له الحیاة بعدالموت وهوملك للمحیی فیصیرملکاله بالشروط المذکورة فی باب الاحیاءباجماع الامة کما عن المهذب وباجماع المسلمین کما عن التنقیح وعلیه عامة فقهاء الامصار کما عن التذکرة ولکن ببالی من ظاهر کلام یشعربانه یملك التصرف لانفس الرقبة » .

ولی باوجود این ازجهات عدیده اختلاف نظر درتعابیر علماء پیدا شده است بحدی که در برخی مواقع تعبیراتشان مضطرب میشود و حکم قطعی بدست داده نمیشود . مثلا درهمین جمله که ازشیخ نقل شد درآخر کلام بعبارة « یملك التصرف

لانفس الرقبة » بیك نحو مالکیت خاص اشاره شده ویا در کلام محقق است «وان کان الامام غائبا کان المحیبی احق بها مادام قائما بعمارتها فلوترکها فبادت آثارها فاحیاها غیره ملکها و مع ظهور الامام یکون له رفع یده عنها » ملاحظه میشود دربارهٔ محیی اول به « احق بها » حکم باولویت او شده ونسبت بمحیی دومی با کلمهٔ « ملکها » ظاهرا حکم بملکیت گردیده است مع الوصف از عبارت بعدی معلوم میشود که این مالکیت بروجهی نیست کـه از مالك اصلی یعنی امام سلب مالکیت شده باشد ولذا درمسالك در تفسیر این عبارت شهید ثانی فرموده است که مالکیت محیی ملکیت تامه نیست زیرا امام بعدازظهور ازاورفع ید مینماید واگر مالکیت او تامه بود برای امام نبود که ازاو خلع ید نماید . وازتذکره است کـه تصریح به احق بودن محیی وبعدم مالکیت او شده است .

پس اینك با توجه بموارد اختلاف و برای حل اشکال باید دید اولااحیاء چیست ؟ ثانیاً برچه زمینهائی موات صادق است ؟ ثالثا باچه شرایطی اثر و مالکیت شرعی برآن مترتب میشود ؟ وبالاخره مستنبط ازاخبارچیست ؟ .

**احیاء چیست ؟** ـ درقانون مدنی ماده ۱۴۰ که درمقام شمارش اسباب تملك است درردیف اول احیاء اراضی موات را قرار داده استودرماده۱۴۱مقصودرا بیان نموده باینکه « مراد ازاحیاء زمین آنست که اراضی موات ومباحه را بوسیله عملیاتی که درعرف آباد کردن محسوب است ازقبیل زراعت ـ در ختکاری ـ بنا ساختن ـ و غیره قابل استفاده نمایند» .

درشرع اسلام هم برای این اصطلاح معنی خاصی قرارداده نشده بلکه مانند تمام الفاظ باب معاملات درمعنی عرفی استعمال شده است واینکه بعضی مانند ابن نما گفته‌اند باینکه تحجیراحیاء است وصاحب جواهرباتوجیهی خواسته است آنرا وجیه بداند بعید است بلکه باید گفت احیاء ملاك خاصی ندارد وهمانطور که بسیاری ازفقهاء متذکرمیباشند درهرموردی فرق مینماید چنانکه تحجیر نیز بتبع نظر نهائی ازاحیاء ـ تفاوت می کند چه هراقدام عمرانی تا وقتی آماده برای بهره برداری

ونتیجهٔ مقصوده نشده تحجیر است ولذا برحسب غرض ممکنست ازنظرمصادیق گاهی تداخل حاصل شود . مثلا کسی قصد دارد درزمین مباح خانه‌ای برای سکنی بسازد وباین منظوراطراف زمین را دیوارمیکشد این‌عمل تحجیر است . اما اگرمیخواهد جائی برای گوسفندان ( حظیره ) بسازد همان عمل ـ احیاء است پس درهر مورد تشخیص عرف حاکم است .

**برچه زمینهائی موات صادق است ؟** ـ درقانون مدنی بیان نشده که مقصود ازاراضی موات چیست ؟ اما از عبارت ماده ۱۴۱ که با « واوجمع » کلمهٔ «مباحه» را بر « موات » عطف نموده است استفاده میشود مقنن چهارنوع ازاراضی را مورد نظرقرار داده است که عبارتند از :

۱ـ موات ومباح ۲ ـ موات وغیرمباح ـ ۳ ـ غیرموات ومباح ٤ ـ غیرموات وغیرمباح و در این ماده فقط حکم نوع اول را بیان نموده است اما حکم سه نوع دیگر درسایرابواب قانون مدنی تکلیفش روشن است چه نوع چهارم مطلق اراضی مملوکهٔ وقسم دوم هم اراضی مخروبه‌ای است که عرفا موات بآن گفته میشودولی هنوزبسرحد اباحه نرسیده وعلاقهٔ مالکیت نسبت بآن باقی است که حکم این دو قسم معلوم است امـا نوع سوم مشمول ماده ۲۳ قانون مدنی است که میگوید « استفاده ازاموالی که مالك خاص ندارد مطابق قوانین مخصوص بآنها خواهد بود»

این نظرمقنن تقریباموافق ومتخذ ازچیزی است که شیخ انصاری درتقسیم اراضی بیان فرموده‌است باینکه اراضی بردوقسم است موات ومحیات وهریك ازاین‌دوصفت یااصالی ویاعرضی است .

اینکه باین‌توافق جنبهٔ تقریبی‌داده شد برای این‌است که موات‌بالاصاله یعنی ارض مواتی که مسبوق بمالکیت نباشد ازاقسام‌نوع «موات ومباح » است وبرعکس موات بالعرض‌نسبت بنوع دوم (یعنی موات وغیرمباح) عام است چه این‌نوع قسمی ازآن است وقسم دیگرش مثلاآن اراضی موات میباشند که مسبوق بمالکیت بوده ومالك ازآن اعراض نموده باشد .

**تعریف موات :**

اکثرفقهاموات را عبارت دانسته‌اند اززمینهائی که معطل‌افتاده وازآنهاانتفاع برده نمیشود . صاحب جواهرپس از این تعریف متن : « و اما الموات فهوالذی لا ینتفع به لعطلته اما لانقطاع الماءِ عنه اولاستیلاء الماء علیه اولاستیجامه اوغیرذلك من موانع الانتفاع‌فهو للامام لایملکه احد **وان احیاه مالم یاذن له** الامام »توضیح داده است باینکه آنچه درباره موات ذکرشد مطابق با عرف است ودرنافع وجامع الشرایع‌وسرایرودروس ولمعه ومسالك وروضه و کفایه هم‌باین‌نحوتعریف شده است است وسپس‌معنی موات را ازصحاح ومصباح وقاموس ونهایه حکایت نموده وتعریف تذکره را باینکه « الموات هی الارض الخراب التی باد اهلهاواندرس رسمها »نقل نموده واضافه فرموده است باینکه مراد جمیع اینها از موات عطلت مزبوره است خواد برای آن ازپیش مالی بوده است یا نه وخواه رسوم عمارت وآثار انهار باقی باشد یانباشد چه برای این امور مدخلی‌درصدق اسم موات نمیباشد وفرض بقاءآثار احیاء قبلی بمنزلهٔ تحجیربنص و فتوی مدفوع است وهم قیاس آن برتحجیر که مقارن باصدق عمران است باطل وحرام است .

پس باتوجه بمراتب مذکورمعلوم شد که موات بزمین متروك ومعطله‌اطلاق میشود ومؤید همین معنی فرمایش‌حضرت باقر علیه‌السلام است درصحیح کابلی « وجدنا فی کتاب علی علیه‌السلام ان الارض لله یورثها من یشاءِ من عباده والعاقبة للمتقین انا واهل بیتی الذین اورثنا الله تعالی الارض ونحن المتقون والارض کلهالنا فمن‌احیا ارضا من المسلمین فلیعمرها ولیؤد خراجهاالی الامام من اهل‌بیتی**وله ماا کل‌منها** و ان ترکها اوخربها فاخذها رجل من المسلمین من بعده فعمرها و احیا ها فهو احق بها من‌الذی ترکها فلیؤد خراجها الی الامام من اهل بیتی **وله ما اکل** حتی یظهر القائم من اهل بیتی بالسیف فیحویها و یمنعها و یخرجهم منها کما حواها رسول الله صلی‌الله‌علیه‌وآله ومنعها الاماکان فی ایدی شیعتنا فیقاطعهم علی مافی ایدیهم ویترك الارض فی ایدیهم» دراین خصوص‌وبرای دانستن حد عطلت دوخبر ذیل که درکافی است مورد استناد میتواند واقع شود :

۱- خبر یونس عن العبد الصالح عليه السلام قال: «ان الارض لله جعلها وقفا على عباده فمن عطل ارضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علة اخرجت من يده ودفعت الى غيره و من ترك مطالبة حق له عشر سنين فلا حق له».

۲- از امام صادق عليه السلام قال: «من اخذت منه ارض ثم مكث ثلاث سنين لا يطلبها لم يحل له بعد ثلاث سنين ان يطلبها».

**باچه شرایطی اثروحکم مالکیت شرعی براحیاء مترتب میشود ؟**

برای اینکه احیاء موجب مالکیت شرعی گردد شرایط ذیل لازم دانسته شده است: ۱- آنکه زمین مورد احیاء ازاراضی مفتوحة العنوه نباشد چه اینگونه اراضی ملك قاطبه مسلمین است وبیع ورهن وهبه وسایر اقداماتی که صحت آنها موقوف برملك است در آنها نمیشود ودرصورت موت ، احیاء آنها بروجهی که بر آن ملکیت مترتب شود صحیح نیست.

۲- آنکه مالك معروف وشناخته شده‌ای ازمسلمین نداشته باشد.

۳- آنکه حریم ومرفق املا معموره نباشد.

٤- آنکه ازطرف شارع مشعر برای عبادت بمانند منی ومشعر اعلام نشده باشد

۵- آنکه ازاراضی وزمینهائی که ازطرف امام یا نبی اکرم برای اشخاصی اقطاع شده است نباشد.

٦- آنکه ازطرف شخص دیگری تحجیر نشده باشد.

۷- آنکه حمی ازطرف نبی اکرم وولی واقع نشده باشد.

۸- گذشته ازتمام این شروط یك شرط که باجماع علما وبحکم نصوص لازم است اذن امام است.

درباب «انفال» گفته شد که موات مطلقا از انفال وملك خاص امام است و بدیهی است تصرف درمال غیر بدون اجازهٔ مالك شرعا حرام وعقلا قبیح است ولذا تمام فقها متذکر این معنی شده‌اند که موات ملك امام وهیچکس مالك آن نمی شود هرچند آنرا احیاء نماید وتصریح نموده‌اند باینکه اذن امام برای مالك شدن محیی شرط ولازم است چنانکه دردنبالهٔ عبارتی که درتعریف موات ازمحقق ذکرشد باین

عبارت «واذنه شرط فمتی اذن ملکه المحیی له اذا کان مسلما» شرط مذکور بیان شده ودرعباراتی حتی تصریح شده است بعدم جواز احیاء بدون اذن امام مانند این عبارت جواهر «واما اذا لم یکن لها مالك معروف للجهل به اولهلاکه وکانت میتة فهی للامام اجماعا ولایجوز احیائها الا باذنه ولو بادر مبادر فاحیاها **من دون اذنه لم تملك**».

**وبهرحال** اذن امام ازشرایط حتمی ولازم احیاء است تاسبب مالکیت شرعی شود. اما درغیبت امام بعضی گفته اند اذن امام ساقط میشود بعضی دیگر اذن کلی امام راکه ضمن عمومات داده شده کافی واحیاء را بالنتیجه مملك دانسته اند ولی هیچیك ازاین ادعاها صحیح نمیتواند باشد وبربیش از آنچه از کلام محقق وشهید ثانی که درابتدا ذکرشد یعنی حکم به «احق واولی بودن محیی» دراین حال نمیتوان حکم نمود. چه:

اولا ـ اذن امام باتصریح بعبارت «ابحنا لشیعتنا» فقط بروجه اباحه ومخصوص شیعه است.

ثانیا ـ دلیل احیاء فرمایش پیغمبر اکرم صلی الله علیه وآله است باینکه «من احیا مواتا فهوله» ودرخبردیگر «من احیی ارضا مواتا فهی له» ودرنبوی دیگراست «عادی الارض لله ورسوله ثم هی لکم منی» ودرخبردیگراست «موتان الارض لله ولرسوله ثم هی لکم منی ایها المسلمون» که از «لام» دراین اخباراستفادهٔ ملکیت شده است درصورتی که «لام» تنها برای ملکیت نیست بلکه یکی ازمعانی آن اختصاص است بخصوص که قرینه‌ای هم براستعمال آن درمعنی دوم (چنانکه در این مقام است) باشد چه در صحیح ابن مسلم است «ایما قوم احیوا شیئا من الارض و عمروها فهم احق بهاوهی لهم» ودرصحیح دیگراست «ایما قوم احیوا شیئا من الارض اوعمروها فهم احق بها» پس تعبیر باحق دراین اخبارقرینه است براینکه «لام» برای اولویت و اختصاص است نه ملکیت وبعلاوه بر فرض مفید ملکیت باشدبا وجود شرط اذن است

ثالثا ـ حکم بمالکیت محیی دروضع حاضرعلاوه برفقدان شرایط منافی و مخالف حکم مستفاد ازنصوص واخبار آتیه است.

حکم مستفاد ازاخبارچیست؟ ـ ازدقت دراخبارمربوط بموضوع بحث استفاده

میشود که درحکم شارع برای اراضی خراب وغیر آباد از نظر اقتصاد و ترویج کشاورزی سه حالت در نظر گرفته شده است : حالت اول ـ آنکه مالك ، اراضی متصرفی خود را ترك نماید و بعمران آن نرسد . حالت دوم - اراضی خراب و معطل کـه مالك آنها شناخته نشود و اعراض آنهم معلوم نباشد ـ حالت سوم ـ اراضی و زمینهای موات که ملك مسلمانی سابقا نبوده و یا معلوم باشد که مالك اعراض نموده است .

حالت اول درمطلق مواردی که زمین باهلش واگذار و در دست آنها باقی میماند صاحبان اراضی بنا بمستفاد از اخبار موظفند درعمران و آبادی اراضی خود کوشا باشند و ترك عمران آن ننمایند والاامام و سلطان مسلمین آنرا میگیرد و برای کسی کـه قیام بعمران آن نماید قباله مینماید و آن زمین بنا بظاهر اخبار ملك مسلمین میشود چنانکه درصحیحه احمد است که حضرت رضا علیه السلام میفرماید کسی که طوعا باسلام گرود زمینش در دستش میماند وعشر و نیم وعشر از آنچه عمران نموده از او اخذ میشود « ومالم یعمر منها اخذه الوالی فقبله ممن یعمره و کان للمسلمین» و نیز در وسائل خبر مضمری است که کلینی از صفوان بن یحیی وهم از احمد بن محمد روایت کرده است باینکه « جمیعا قال ذکرنا له الکوفه وما وضع علیها من الخراج وما سار فیها اهل بیته فقال (ع) من اسلم طوعا ترکت ارضه فی یده واخذ منه العشر مما سقی بالسماء والانهار و نصف العشر مما کان بالرشاء فیما عمروه منها ومالم یعمروه منها اخذه الامام فقبله ممن یعمره و کان للمسلمین وعلی المتقبلین فی حصصهم العشر او نصف العشر ولیس فی اقل من خمسة اوسق شیء من الزکوة وما اخذ بالسیف فذلك الی الامام یقبله بالذی یری کما صنع رسول الله صلی الله علیه وآله بخیبر قبل سوادها و بیاضها یعنی ارضها و نخلها و الناس یقولون لا تصلح قبالـة الارض والنخل و قد قبل رسول الله صلی الله علیه وآله خیبر وعلی المتقبلین سوی قبالة الارض العشر و نصف العشر في حصصهم ثم قال ان اهل الطائف اسلموا وجعلوا علیهم العشر و نصف العشر وان مکة دخلها رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم عنوة و کانوا اسراء فی یده فاعتقهم وقال اذهبوا وانتم الطلقاء » .

و نیز از محمد بن یعقوب باسنادش از اسمعیل بن فضل هاشمی روایت شده که گفت «سئلت اباعبدالله علیه السلام عن رجل اکتری ارضا من ارض اهل الذمة من الخراج و

اهلها کارهون وانما یقبلها السلطان بعجز اهلها عنها اوغیر عجز فقال اذا عجز اربابها عنها فلك ان تاخذها الاان یضارواوان اعطیتهم شیئا فسخت انفسهم بها لکم فخذوها الحدیث»

باتوجه بدوحدیث اول حکم ارضی که صاحبش باختیار قبول اسلام نموده و عمران زمینش را بجهتی ترك کرده است معلوم میشود ودرحدیث سوم حکم اراضی جزیه واختیارسلطان باینکه بدون رضای اهلش میتواند زمین را درصورت عجز از رسیدگی بآن بدیگری بدهد معلوم ومقرراست وبلکه عبارت « فلك ان تاخذها » ظهوردروجوب ونوع الزامی برای قباله گیرنده دارد .

فقهاء امامیه را تقریبا دراصل مسئله اتفاق است وعبارات نافع وتبصره وقواعد وتذکره قریب باین عبارت شرایع است « کل ارض ترك اهلها عمارتها کان للامام تقبیلها ممن یقوم بها » بطوریکه از این عبارت پیداست عنوان مسئله کلی واعم از خصوص ارضی است که اهلش اسلام قبول نمایند ـ اما مع الوصف بایدتوجه داشت که در کلام فقهاء دردومورد اختلاف نظراست یکی دردفع طسق وعدم آن باهلش دیگری درعموم حکم نسبت بهرارضی که اهلش ترك عمران وآبادی آن مینمایند یا اختصاص حکم بارضی که اهلش طوعا اسلام اختیار کرده باشند .

البته بطوریکه دراخبارسابق مشاهده شد ازدادن طسق ذکری نشده است در مسالك درتفسیر ودنباله عبارت مذکور یعنی « کل ارض ترك ... » ذکرشده است مانند زمینی که اهلش برآن اسلام بیاورند وارض جزیه وغیرآنها ازمملوکات بعد میگوید « ولاتنحصر اجرتهافی ماقبل به الامام بل لهم الاجرة ومازاد من مال التقبیل لبیت المال لما تقدم من ان حاصلها یصیر للمسلمین » .

نقل ازسرائراست « فان ترکوا خرابا اخذها امام المسلمین و قبلها من یعمرها واعطی اصحابها طسقها واعطی المتقبل حصته وما یبقی فهو متروك لمصالح المسلمین فی بیت ما لهم علی ماروی فی الاخبار » .

درنهایه است « یدفع من حاصلهاطسقها لاربابها والباقی للمسلمین » امابعضی با توجه بظاهر روایت بدادن وظیفه و حق الارض بمالك سابق آن قائل نیستند چنانکه دردروس است « . ولوترکوا عمارتها فالمشهور فی الروایة ان للامام علیه السلام

تقبیلها بما یراه ویصرف فی مصالح المسلمین » .

در قاطعة اللجاج است « و ثانیها ارض اسلم اهلها علیها طوعا من غیر قتال و حکمها ان تترك فی ایدیهم ملکا لهم یتصرفون فیها بالبیع والشراء والوقف وسایر انواع التصرف اذا قاموا بعمارتها و یؤخذ منهم العشر اونصفه زکوة بالشرائط فان ترکوا عمارتها وترکوها خرابا کانت للمسلمین قاطبة وجاز للامام ان یقبلها ممن یعمرها بمایراه من النصف اوالثلث او الربع او نحو ذلك وعلی المتقبل بعداخراج حق القبالة ومؤنة الارض ووجود النصاب العشر و نصفه و علی الامام علیه السلام ان یعطی اربابها حق الرقبة من القبالة علی المشهور » .

این بیان موافق فتوای ابوالصلاح وشیخ است وعلامه نیز آنرا در منتهی و مختلف وتذکره وسرائراختیار کرده است .

ابن براج وابن حمزه قائل شده‌اند باینکه باترك عمارت وآبادی ملك تمام مسلمین میگردد وامرش با امام است .

وبهرحال هرچند در کلمات وتعابیرفقهاء از لحاظ لزوم تادیه اجرت ارض بمالك سابق وعدم آن وهم ازنظرتعمیم حکم وهم دراینکه بعد از مسامحه درتعمیر و آبادی ملك مسلمین است ویا ملك امام میگردد اختلاف است . اما باوجود نصوص وظواهری که نمونهٔ آنها دربالا مذکور شد جای اختلافی باقی نیست و واقعا این حکم لطفی‌است که ازجانب مالك حقیقی مقررشده است تا افرادی نتوانند تنهامنبع ارزاق عمومی مردم ومسلمین راکه زمین است بدون استفاده و بصورت محتکرانه معطل بگذارند ـ این حکم برقرار شده تا بدانند که اگر تعلل وتنبلی درعمران و آبادی زمین وبهره برداری از آن نمایند آن ملك بحکم قانون متعلق بمسلمین میشود ووالی وحاکم ازطرف مسلمین بسراغ او میرود و ملك معطله و مخروبه را بکسی میسپارد که اهل کشت وزرع باشد و قیام بعمران وآبادی نماید و عوائد حاصله را هم بمصرف مسلمین میرساند وحتی چنانکه مستفاد ازظاهر اخبار است این عمل بروالی واجب میباشد .

صاحب جواهرمیفرماید « بل الظاهر من الخبرین و بعض العبارات وجوب

التقبیل علی الامام ولو باعتبار ولایته علی المسلمین المقتضیة لمراعات مصلحتهم بل لعله مراد من عبر بالجواز کابن زهره والفاضلین والشهیدین وغیرهما ولو باعتبار انه متی جاز وجب سیاسة ومراعاة لمصلحة المسلمین والظاهر ایضا قیام نائب الغیبة مقام الامام فی ذلك بناء علی اختصاص الحکم به لعمومها هذا کله فی الارض المملوکة التی ترك اهلها عمارتها فخربت ولم تصل الی حد الموات » .

حالت دوم ـ آنکه زمین معطل افتاده باشد بشبه موات لیکن معلوم باشد که مالکی داشته ودلیلی براعراض مالك نباشد جزصورت ظاهر ملك که خراب است و کشت وزرع نمیشود وصاحبش از آن بی‌خبروغائب است . دراین‌صورت اگر کسی مبادرت باحیاء وعمران آن نماید مادامی که اشتغال بعمران داشته باشد حقش مقدم برمالك اول است ولواینکه مالك اول حاضر شودچنانکه :

۱ ـ در کافی‌خبرمعاویة بن وهب است «سمعت اباعبدالله یقول: ایمارجل‌اتی خربة بائرة فاستخرجها و کری انهارهاوعمرها فان‌علیه فیهاالصدقة فان کانت ارضا لرجل قبله فغاب عنها و ترکهافاخربها ثم‌جاء بعدیطلبها فان الارض‌لله ولمن‌عمرها »

۲ ـ درتهذیب خبر سلیمان بن خالد است‌قال « سالت ابا عبدالله علیه‌السلام عن الرجل یاتی الارض الخربة فیستخرجها ویجری انهارها ویعمرها ویزرعها ماذا علیه قال‌علیه‌الصدقة‌قلت فان کان یعرف‌صاحبها قال‌فلیؤدالیه حقه » ونظیراین خبرصحیح حلبی است . و هم نصوص دیگری است که دلالت دارد بر جواز تعمیر اراضی مخصوصا وقتی بحد موات برسد واینکه بواسطهٔ تعمیر تعمیر کننده احق و اولی از مالك‌اولی‌میشود . ـ صاحب جواهراین موردرا با اینکه احتمال داده است ازانفال باشد که برای شیعه مباح شده است لیکن در مقام احتیاط فرموده است « و لکن معذلك الا حوط استیذان الحاکم مع الامکان و احوط منه دفع الاجرة اذا کانت الارض مما لایزول ملکها بالموات اولم یعلم حالها بل للحاکم‌التصدق بعین الارض کغیرها من‌مجهول المالك ان لم نقل انها من الانفال » .

در کلمات فقها دراین مسئله ازجهاتی اختلاف است : ۱ـ آنکه بعضی مدعی حصراین بحث شده اند بموردی که سبب مملك اولی احیاء باشد ودر موارد دیگر

که بیکی ازنواقل واسباب شرعیه مالك شده باشد مالکیت اورا دائمی و غیر قابل زوال دانسته اند وشاید نظرشان بر این بوده است که درصورت اول احیاء مانع از مباح بودن زمین شده است وچون بواسطهٔ عروض موت این‌مانع‌زایل‌میشود ممنوع عود مینماید بخلاف موارد انتقالات شرعیه . ولی چنانکه روش بحث ما است مادامیکه ازآیات واخبار شاهدی اقامه نشود ادعا ازهر کس باشد با هراستحسانی وجیه ومورد قبول نیست وچنین شاهدی هم دربین نیست .

وبالجمله ازاین قائلین باید پرسید آیا چه فرق است بین حالتی کـه اولی خودش متحمل مخارج وزحماتی‌شده وزمینی‌را آباد واحیاء کرده باشد وبعدبگذارد که خراب شود وبحال موات درآید یا اینکه آنرا بعد ازاحیاء بدیگری هدیه و اعطا کند ویا بارث بدیگری برسد وسپس خراب وموات شود ؟ ! ـ آیا غیراز اینکه دومی زحمتی نکشیده ، رنجی نبرده وخرجی نکرده است تفاوتی بین آنها هست ودر کیفیت ونوع مالکیت میتوانند فرق داشته باشند ؟ ! مگرید دومی ازاولی‌متلقی نیست و سلطه مالك اول بدوم منتقل نشده است پس آن حق زائد کـه برای دومی هست از کجا آمده است ؟. وازواضحات است که اسباب ناقلهٔ شرعی‌موجب نمیشوند مگرنقل چیزیرا که برای منتقل عنه بوده بمنتقل الیه ، پس اگر ملکیت حاصله برای اولی ملکیت فی‌الجمله و موقت یعنی مادامی است که عمارت موجود باشد ( چنانکه درملکیت باحیاء بنا گذاشته شد) همین ملکیت بمنتقل الیه منتقل میشود و اگر ملکیت قبل از انتقال برای منتقل عنه دائمه است همان وضع بمنتقل الیه منتقل میگردد وبعد از انتقال برای منتقل الیه نیزبهمان حال است .

غرض این است کـه عقود و نواقل شرعیه آنچه را برای اول بود بدومی منتقل مینمایند وچیزی بآن نمیافزایند وفرقی دروجود واسطه وتعدد وسائط وعدم آن نیست، وهمواره یااغلب درسلسله صعودی مملوکات بمملوك باحیاء‌منتهی‌میشوند وبرعکس‌عیناًدرسلسله طولی نزولی بحصول‌خراب‌تنزل‌مینمایند بدون‌اینکه در کیفیت ملکیت زیادتی وازحیث اطلاق وتقیید فرقی حاصل آید .

۲ـ آنکه جماعتی ( که ازجمله علامه وشهید ثانی را اسم برده‌اند ) قائل به

جواز تملك معمر دوم بسبب احیاء شده‌اند واستدلال نموده‌اند بعموم قوله ﷺ «من احیی ارضامیتة فهی له» و بصحیحهٔ محمدبن مسلم از حضرت باقر ﷺ « قال ایما قوم احیوا شیئا من الارض او عمروها فهم احق بها وهی لهم » ونظایراین اخبار که بر تملك محیی باحیاء دلالت میدارند ـ وآنرا تعلیل نموده‌اند باینکه علت در تملك این‌ارض ، احیاء وعمارت است پس وقتی علت زائل شد معلول یعنی‌ملك بودن آن، زایل میشود ودومی چون باحیاء ایجاد سبب ملك نموده است لذا ملکیت برای‌او ثابت میگردد وبدینجهت واجب نیست چیزی باولی بابت حق او بدهد .

۳ـ دسته دیگر مالکیت احیاء کننده اول را قبول دارند ولی نسبت بعمران کننده دوم اختلاف میدارند آنها نسبت بمالکیت اولی بعمومات اخبار استناد واضافه مینمایند که اصل بقاء ملك است واینکه با وجود شناخته شدن مالك زمین ، احیاء موجب تملك نمیشود بعلاوه ملکیت زائل نمیشود مگر باسباب مخصوصه ، وخراب وموت از آن اسباب نیست پس‌ملکیت اولی ادامه دارد واما بمعمردوم بموجب‌اخبار این اجازه داده شده است واز جمله بخبرسلیمان بن خالد تمسك نموده‌اند النهایه جملهٔ ذیل آنرا یعنی‌قوله « قلت‌فان کان‌یعرف صاحبها قال‌فلیؤدالیه حقد »بعضی‌حمل کرده‌اند برتأدیه رقبه وبرخی برتأدیه اجرت رقبه .

همچنین‌احتمالات واقوال‌دیگری‌درمسئله داده‌شده‌است که‌اغلب بدلیلی‌متکی نمیباشد و تذکر آنها هم فائده ندارد وقول حق‌بعقیده‌ما آنچیزیست که اخبار بآن گویا است .

ومستفاد ازاخبارچنانکه بعد هم خواهیم دید اولا ملکیت محیی‌وخروج رقبه ازملك امام نیست بلکه احیاء سبب اختصاص وموجب احقیت محیی و اولویت او بتصرف دررقبه میگردد ولام‌درعمومات احیأ برای مجرداختصاص است بقرینهٔ آنچه درصحیحهٔ کابلی واخبارتحلیل برای شیعه است ثانیا اخبارتحلیل حاکم برعمومات احیاء است‌بنوع‌حکومت‌مخصص‌نسبت بعمومی که‌براوسابق باشد ثالثا نسبت‌بین‌امثال صحیح کابلی وصحیح‌معاویة‌بن وهب بااطلاق اخبار نسبت‌مطلق ومقیداست‌رابعاً خبر سلیمان بن خالد با صحیح کابلی وخبرمعاویه بعد ازحمل نمودن لام را براختصاص

وتقیید اطلاقات را بآنچه درصحیح کابلی است تعارض ندارند تابمانند بعضی بدنبال وجه جمع برویم وممکن است منظوراز جملهٔ «فلیؤدالیه حقه» که درخبرسلیمان است نه رقبه ونه اجارهٔ آن باشد بلکه منظورمخارج وکارکرد اولی( که ازلحاظ آماده نمودن زمین برای معمردوم هم مؤثر است و بر حسب مواردمتفاوت میشود) باشد.

حالت سوم آنکه ارض موات سابقا ملك مسلمانی نبوده و یا معلوم باشد که مالك آن اعراض نموده است.

این ارض ازانفال وملك امام است واحیاء آن باذن مالکش در زمان حضور جایزاست اما درزمان غیبت محیی احق بمورد احیاء است مادامی که قیام واقدام بعمارت وکشت وزرع مینموده باشد چنانکه درشرایع در کتاب احیاء است «..ولا یجوزاحیائها الاباذن الامام ولو بادر مبادر فاحیاها من دون اذنه لم تملك وان کان الامام غائبا کان المحیی احق بها مادام قائما بعمارتها» ودرعبارت دیگر بعدازتعریف موات میفرماید «فهو للامام لایملکه احد و ان احیاه ما لم یاذن له الامام و اذنه شرط فمتی اذن ملکه المحیی له اذا کان مسلما».

ونیزدر کتاب جهاد فرموده است «وکل ارض موات سبق الیهاسابق فاحیاها کان احق بها».

باتوجه باین عبارات محقق وتعبیراتی که درنافع وغیر آن نظیراین تعبیرشده است معلوم میشود بسیاری ازفقهاء دراین موارد بصراحت قائل باحقیت محیی میباشند

وحتی باستناد ظاهر صحیح ابی خالد کابلی از حضرت باقر علیه السلام وخبر عمر بن یزید از حضرت صادق علیه السلام باینکه «سمعت رجلا من اهل الجبل یسال ابا عبدالله علیه السلام عن رجل اخذ ارضا مواتا ترکها اهلها فعمرها وکری انهارها وبنی فیها بیوتا وغرس فیها نخلا وشجرا قال فقال ابوعبدالله: کان امیر المؤمنین علیه السلام یقول من احیی ارضا من المؤمنین فهی له وعلیه طسقها یؤدیه الی الامام فی حال الهدنة فاذا ظهر القائم فلیوطن نفسه علی ان یؤخذ منه» برخی دادن خراج زمین را براحیاء کننده واجب ولازم دانسته‌اند ازجمله محقق کرکی در فوائد شرایع این قول را تعلیل نموده باینکه این موات ازانفال و ملك غیر است و ملك

غیریعنی امام علیه السلام مجانا اباحه نمیشود و مؤید این معنی دانسته است قول امام را درباب خمس باینکه « واحل لنا خاصة المساکن والمتاجر والمناکح » زیرا ببعضی ازتفاسیر منظور ازمساکن که درخبراستثناشده مساکن متخذه درارض انفال است.

جای دیگرمحقق کرکی درباره تصرف درملك امام میفرماید آیا حلال است برای هر کس تصرف درآن نماید یا جواز تصرف موقوف براذن حاکم ویا براذن سلطان جوراست وبرهرتقدیر آیا عوض تصرف برمتصرف واجب است یا نه ؟پاسخی ازاصحاب دراین خصوص نمیدانم ولی اطلاق نصوص واطلاق کلام اصحاب « ربما اقتضی کونها کالارض الخراجیة اعنی المفتوحة عنوة » .

شیخ انصاری میفرماید « هی من الانفال نعم ابیح التصرف فیها بالاحیاء بلا عوض وعلیه یحمل مافی النبویین » «موتان الارض لله ولرسوله صلی الله علیه و آله ثم هی لکم منی ایها المسلمون » ودیگری « عادی الارض لله ولرسوله ثم هی لکم منی » دردنبالهٔ این عبارت بصحیحهٔ کابلی ومصححهٔ عمربن یزید که مذکورشد اشاره نموده سپس فرموده است ائمه بعد ازحضرت امیر علیه السلام انفال را برشیعه حلال کردند وفرمودند « ما کان لنا فهو لشیعتنا » چنانکه درروایت مسمع بن عبدالملك است « کل ما کان فی ایدی شیعتنا من الارض فهم فیه محللون یحل لهم ذلك الی ان یقوم قائمنا فیجبیهم طسق ما کان فی ایدی سویهم فان کسبهم فی الارض حرام علیهم حتی یقوم قائمنا ویأخذ الارض من ایدیهم » .

شیخ بااینکه تمام استدلال را روی حلیت موضوع برده معلوم نیست چطور دفعة اظهارنظر برملکیت نموده ومیفرماید « الثالث ما عرض له الحیاة بعد الموت و هو ملك للمحیی » و ادعای اجماع فرموده است در صورتی که اگر دلیل اجماع باشد اولا ـ اجماع در بیش از اباحه مسلم نیست . ثانیا اجماع اگر معتبر است بواسطه دخول قول امام است درحالی که نص بیش ازتحلیل را نمیرساند وتجاوزاز اجازهٔ مالك درتصرف مالش عقلا قبیح و شرعا ممنوع است بعلاوه اخبار مشعر بر حلیت محتمل است صرفا مربوط بباب سهم امام ازخمس باشد نه سایر اموال امام وبرفرض شامل موات هم بشود با توجه باخبار خاص ، حلیت مقید بعوض میگردد

وبتادیه خراج تخصیص داده میشود .

درفرمایش شیخ باینکه ائمه بعد ازامیرالمؤمنین ﷺ انفال رابرشیعه حلال فرموده‌اند ایماء و ایهامی است باینکه تأخر گفتار ملاك قرار داده شده است اگر چنین باشد توقیعات صاحب الزمان مؤخر از روایات مذکوره است وازجمله :

۱- توقیعی مروی از کتاب اکمال الدین است باسنادش از اسحق بن یعقوب « .. واما المتلبسون باموالنا فمن استحل منه شیئا فاکله فانما یاکل النیران واما الخمس فقدابیح لشیعتنا وجعلوا منه فی حل ..» بطوریکه ملاحظه میشود دراینجا اباحه مختص خمس قرارداده شده است .

۲- ازمحمدبن عثمان عمری است که توقیعی بدون سئوال ابتدائا وارد شده واین چنین است « بسم الله الرحمن الرحیم لعنة الله والملائکة والناس اجمعین‌علی من استحل من مالنا درهما » . خزاعی گفته است که این توقیع را ابوعلی اسدی برای ما بیرون آورد وما دیدیم وخواندیم .

۳- خبرمحمدبن جعفراسدی است که گفته است درآنچه برشیخ ابی جعفر محمدبن عثمان عمری درجواب مسائلش ازحضرت صاحب ﷺ وارد شد این‌چنین بود « واما ما سئلت عنه من امر من یستحل مافی‌یده من اموالناویتصرف فیه‌تصرفه فی ماله من غیرامرنا فمن فعل ذلك فهو ملعون ونحن خصمائه فقد قال النبی ﷺ المستحل من عترتی ما حرم الله ملعون علی‌لسانی ولسان کل نبی ... » تا اینکه فرموده است « واما ما سئلت من امرالضیاع التی لنا حیتنا هل یجوزالقیام بعمارتها واداء الخراج منها وصرف ما یفضل عن دخلها الی الناحیة احتسابا للاجر و تقربا الیکم فلا یحل لاحد ان یتصرف فی مال غیرنا بغیراذنه فکیف یحل ذلك فی مالنا انه من فعل‌شیئا من‌ذلك بغیرامرنا فقد استحل‌مناما حرم علیه ومن اکل‌من‌مالناشیئا فانما یاکل فی بطنه نارا وسیصلی سعیرا » .

باتوجه باین نصوص‌ونظائر آنهافرمایش محقق کرکی‌باینکه اقتضای نصوص وکلام اصحاب این است که موات درحکم همانند ارض خراجیه یعنی‌مفتوح‌العنوه است ظاهرا قوی میباشد .

# باب پنجم

## انطباق احکام بربلاد واراضی

**مقدمه :**

دراساس احکام اقسام اراضی واینکه برای تحقق هریك از انواع مالکیت زمین که دراسلام مقرر ومعرفی شده است چه شرایط واوصافی لازم است اشکالی نیست ودرمباحث باحثین، بعنوان محمولی وبصورت قضایای حقیقیه ومفروض الوجود بحد کمال ازآنها بحث شده است لیکن درمقام عمل وتشخیص وتحقق خارجی واز حیث انطباق آن احکام برموضوعات ابرهای تیرهٔ حوادث آنچنان شبهاتی بوجود آورده است که هم اکنون تنها یکنوع از انواع مالکیت ارضی مورد قبول عوام است و خواص هم بیشتر همان یکنوع را درحمایت وحصاردلائل قرار میدهند و از انواع دیگر فقط بمانند احکـام تاریخی منسوخ یاد میکنندوحتی در کلمات بعضی چنانکـه خواهیم دید بعللی بحث درسایرانواع خاتمه یافته تلقی گردیده است .

عوامل زیادی درپیدایش اینگونه شبهات وخلط موضوعات دست داشته است که دررأس تمام آنها سود جوئی وهوی و خواهشهای شهوانی و نفسانی افراد زمان منضماً باعمال ورفتار کسانیکه درقیافه حاکم اسلامی وبنام اسلام مقدرات مسلمانان را دردست میداشته وبرآنها حکومت میکرده‌اند بچشم میخورد .

این شبهات ازلحاظ بحث موضوعی درحقیقت مجرای حکم شارع را دراراضی مورد ابتلای مسلمین عوض نموده وبا دلائل تازه‌ای موضوعات احکام عدیده را در لوای یك حکم قرارداده است که امید است درفصول آینده بیاری حق براز این رمز وقوف حاصل آید .

# فصل (۱)

## طرق تسلط اسلام براراضی

بشهادت تاریخ واخبارعامه وخاصه اراضی ازحیث کیفیات وطرقی که مسلمین بر آنها دست یافته‌اند بتقسیم اولی دونوع بوده است : ۱سرزمینهائیکه بجنك استیلاء بر آنها حاصل شده است . ۲ ـ بلاد واراضی که بدون جنك تحت سلطه ونفوذ اسلام درآمده است .

درنوع اول جنك یا باذن امام ویا بدون اذن امام بوده است ـ واما درنوع دوم یا اهلش با تبلیغ ، قبول دعوت نموده واسلام‌اختیار کرده‌اند ـ یا آنکه بدون جنك وبدون قبول اسلام دروازه ها را بروی مسلمین باز گذاشته اند واسلام بدین ترتیب برسرزمین آنها مسلط شده است ـ یا اهالی آن کوچ نموده ویا هلاك شده‌اند یا بدون جنك ولی ازترس لشکراسلام کوچ کرده ومحل خود را ترك گفته اند یابا مسلمین صلح نموده‌اند بشرط اینکه‌اراضی‌مال مسلمین باشد ـ یاصلح‌نموده‌اند بشرط اینکه اراضی دست خودآنها باشد ولی خراج زمین را خود آنها بدهند ویا اینکه زمین دست آنها باشد وجزیه بدهند بطورسرانه وثابت ویا بمعیاردرآمدزمینها

اینك بادرنظر گرفتن اینکه قطایع سلطان مال امام و از انفال است بترتیب خلاصه عقاید و حکم هرقسم ازنظر میگذرد :

**قسم اول ( استیلاء بجنك وباذن امام ) :**

این قسم بعقیده شیعه ملك جمیع مسلمین است و عایدات آن میبایستی در مصالح مسلمین مصرف شود وتولیت آن درحیات وبسط ید امام با امام است والا با والی وسلطان ویا نایب امام میباشد .

شافعی وابن زبیررا عقیده آنست که حکم غیرمنقول ومنقول، مساوی است و

متعلق بغانمین است النهایه اگرخود غانمین ازاراضی صرفنظر نمایند وقف برمصالح مسلمین میشود . عمر ومعاذ وثوری وعبدالله بن مبارك را عقیده بر آن است که امام بریکی ازدو کارمختاراست ۱ ـ تقسیم آن بین غانمین ۲ ـ وقف آن برمسلمین .

ابوحنیفه واصحابش معتقدند باینکه امام مخیر است درسه امر : ۱ ـ تقسیم غیرمنقول بمانند منقول برغانمین . ۲ ـ وقف غیرمنقول برمسلمین ۳ـ مستقر کردن اهلش و گرفتن جزیه‌ئی باسم خراج ویا اگربخواهد میتواند اهلش را بیرون کند و دسته‌ئی دیگر از مشرکین را جانشین آنها نماید و بر آنها جزیه‌ئی بنام خراج قراردهد .

مالك معتقد است باینکه بمحض استیلای مسلمین واستغنام ، اموال غیرمنقول وقف برمسلمین میگردد ونیازی بوقف امام نیست ولذا بیع وشرائش جایز نمیباشد

ازمیان این اقوال آنچه مسلم است وسیره پیغمبر صلی الله علیه وآله وسلم بر آن بوده واخبار وحتی عمل خلفای راشدین بر آن دلالت دارد این است که اراضی مفتوحه برای مسلمین گذاشته شده وفعلا متعلق بجمیع مسلمین است وخریدوفروش آنها جائز نیست خواه بنوع وقف برطریقه مالك وابوحنیفه ودیگران باشد وخواه نوع خاصی ازمالکیت جمعی باشد ( چنانکه فقهاء شیعه گفته‌اند ) وبهرحال دراینکه این نوع اموال درهیچ موردی بین غانمین تقسیم نشده است اختلافی نیست چنانکه درخراج قاضی ابویوسف که برای هارون الرشید جمع آوری شده باین مطلب تصریح شده وچندین شاهد از گفتار دیگران اقامه گردیده است که عمر مفتوحات زمان خود را ازاراضی شام وعراق واگذارنمود برای جمیع مسلمین ودراین خصوص بااصحاب ومهاجرین هم مشورت نمود ورأی علی (ع) وعثمان وطلحه وابن عمر برواگذاری اراضی برای مسلمین بود .

ضمنا این نکته را لازم است بیاد داشته باشیم که هرچند نتیجه اقوال درعمل نسبت بعدم تقسیم اراضی مفتوحه یکی است لیکن وصول باین نتیجه از راهی که شیعه بر آن رفته استوارترومتکی بدلائل منصوصه از طرق خاصه و عامه است که

ناگزیرمیبایستی مورد قبول دیگران باشد چه علاوه براجماع واخبارخاص روایت شده است که چون پیغمبر هو اذن را فتح فرمود زمین آنرا بین غانمین تقسیم نفرمود - اگرزمین ملك غانمین بود هرآینه بین آنها تقسیم میفرمود .

ابویوسف ازلیث بن سعد ازحبیب بن ابی ثابت نقل کرده است که : اصحاب رسول خدا وجماعتی ازمسلمین از عمرخواستند که شام را قسمت نماید و در میان متقاضیان زبیر بن عوام وبلال بن رباح بیش ازسایرین اصرار براین امر میداشت . عمر تقاضای آنهارا رد کرد وازتقسیم امتناع نمود و گفت « اللهم اکفنی شر بلال و ذریته » یا « اللهم اکفنی بلالاواصحابه » - پس اگر تقسیم واجب بودی هرآینه عمر تقاضای آنها را رد نمیکرد والتماس آنها را که مطالبه حق بود اجابت میکرد .

وبازروایت شده است که عمردرباره ارض سواد باحضرت امیر (ع) مشورت نمود حضرت علی (ع) باو فرمود « دعها عدة للمسلمین » وامربواگذاری آن برای مسلمین فرمود و رأی بتقسیم اراضی بین مسلمین نداد - بدیهی است اگر قسمت واجب بود حضرت درمشورت بقسمت نظرمیدادند .

بعلاوه بطوریکه از حدیث زهری که ابویوسف در کتاب خراج ذکر کرده است برمیاید : عمرپس ازاستشاره و گذاشتن دویا سه روز حکم عدم تقسیم اراضی مفتوحه را حکمی کتابی اعلام کرد وآیات فیيء را برخواندتا رسید باین آیه « و الذین جاؤا من بعدهم یقولون ربنا اغفرلنا و لاخواننا الذین سبقونا بالایمان و لا تجعل فی قلوبنا غلاللذین آمنوا ربناانك رؤف رحیم » پس گفت « فکانت هذه عامة لمن جاءمن بعدهم فقدصارهذا الفيیء بین هؤلاءجمیعافکیف نقسمه لهؤلاء وندع من تخلف بعدهم بغیرقسم ؟ » پس همگی برترك اراضی و جمع خراج آن متفق شده واجماع برآن نمودند .

**قسم دوم یعنی صورتی که جنك بدون اذن امام باشد :**

بعقیده شیعه غنائم آن جزوانفال واختیار آن با امام است ، اما جمیع فقها این قسم را با قسم اول درحکم مساوی میدانند .

ضمنا یادآور میشود که فتوحات زمان عمر و بلکه تا زمان صادقین (ع) ظاهراً در این حکم داخل نیست چه حسب قرائن و امارات موجود چنانکه سابقا گفته شد فتوحاتیکه تا زمان عمر نصیب اسلام گردید با اذن و رضای امام (ع) بوده است و در اخباریکه از صادقین (ع) درباره اراضی خراجیه رسیده است حکم اراضی مفتوحه باغنائم منقول فرق میدارد و بخصوص در برخی تصریح شده است باینکه عمل امیرالمؤمنین در بارهٔ «سواد» سیره نسبت بسایر بلاد میباشد و بالاخره از مجموع اخبار مربوط این نتیجه حاصل است که این قسم از اراضی هم که حتی تا زمان صادقین فتح شده و خراجیه بوده در حکم با اراضی قسم اول یکی است و حتی مستفاد از برخی اخبار بمانند خبر حماد (که خواهد آمد) این است که حکم مفتوحات اسلامی اهل جور و اهل عدل یکی است.

**قسم سوم یعنی بلادی که اهالی آن باختیار قبول اسلام نموده‌اند :**

اراضی این دسته متعلق بخود آنها است و بصورت ملك شخصی در ید آنها باقی مانده و فقط بایستی زکوة بروجهی که مقرر است (درصورتیکه بنصاب میرسید) میپرداختند چنانکه درخبر صحیح است از احمد بن محمد بن ابی نصر که گفت «ذکرت لابی الحسن الرضا (ع) الخراج وماسار به اهل بیته فقال العشر و نصف العشر علی من اسلم طوعا یترك ارضه فی یده وا خذمنه العشر و نصف العشر مما عمر منها وما لم یعمر منها اخذه الوالی فقبله ممن یعمره و کان للمسلمین و لیس فیما کان اقل من خمسة اوسق شیئی» - بطوریکه از این خبر ظاهر است هر گاه همین مالك هم اشتغال بعمران اراضی خود ننماید حکم آنها بعهده والی مقرر شده است .

نکته قابل توجه این است که این خبر در این قسمت بعنوان ابقاء مالکیت شخصی زمین مورد استناد علما است درحالیکه همین خبر مورد قبول، باتوجه بعبارات «..یترك ارضه ..» ومحدودیت آن بزمان عمران خود دلیل برعدم مالکیت ودلیل بر ایجاد حق انتفاع و بعبارتی ایجاد نوع مالکیت انتفاعی میباشد .

**قسم چهارم یعنی مفتوحاتی که بدون جنك نصیب اسلام شده است**

این مفتوحات سرزمینهائی هستند که اهالی آنها بدون مبارزه دربها را بروی اسلام ومسلمین باز گذارده‌اند ودر نتیجه درحالی که اهالی قبول اسلام ننموده‌اندو با آنها صلحی هم واقع نشده است سرزمین آنها در تحت تصرف و لوای اسلام قرار گرفته باشد .

این اراضی ازانفال میباشد که دربحث فیء وانفال تفصیل آن گذشت .

**قسم پنجم یعنی آن اراضی که اهلش هلاك شده ویابعللی سرزمین خود را ترك نموده اند :**

این قسم جزو انفال واختصاص بامام ووالی مسلمین میدارد (برای تفصیل بمبحث انفال مراجعه شود .

**قسم ششم وآن سرزمینهائی است که اهالی آنهاازبیم لشکریان اسلام کوچ نمایند ومحل را تخلیه کنند** چنانکه مثلا لشگردربیرون شهریا قلعه‌ئی موضع گرفته واهل شهریا قلعه از ترس قبل‌ازمواجهه ومقاومت محل را خالی‌وفرار کنند این قسم اراضی ملك تمام مسلمین است شیخ در مبسوط میفرماید : « و مایؤ خذ بالفزع‌مثل ان ینزل المسلمون علی حصن فهرب اهله ویترکون‌اموالهم‌فیهافزعامنه فانه یکون من جملة الغنائم التی تخمس والاربعة اخماس للمقاتلة » .

ماوردی در احکام السلطانیه میگوید : « ماملك منهم عفوا لا نجلائهم عنها خوفاً فتصیر بالا ستیلاء علیها وقفاً » .

**قسم هفتم که صلح واقع شود بشرط اینکه ارض ملك مسلمین باشد وبرای‌مشرکین با دادن جزیه درآن حق سکنی باشد :**

حکم‌این اراضی نیز حکم‌اراضی مفتوحة العنوة است وخلافی در این مسئله نیست . صاحب جواهرپس از بیان این مسئله و استناد بعموم ادلّه صلح وخصوص ادلّه ونصوص وارده درباره خیبر میفرماید : « مضافا الی کون هذا الصلح من الفتح عنوة وبالسیف وقهراضرورة تعدد افراده » ـ ازاین عبارت معلوم میشود بنظرایشان درصدق مفتوح العنوة همانچیزیکه ازظاهر ایجاف خیل ورکاب فهمیده میشودکافی

است یعنی همینکه افراد متعددی از مسلمین باوسائل روز کـه شتر واسب بوده در تصرف شهر یا کشوری دخالت میداشته اند هر چند صلح شده باشد مفتوح العنوة صادق است .

ماوردی میگوید : اگرصلح واقع شود باینکـه ارض برای مسلمین باشد با وقوع صلح ارض وقف واز دار اسلام میگردد که بیع و رهن آن جائز نیست وخراج اجرت زمین است که باسلام آوردن ساقط نمیشود وهر گاه زمین منتقل بدیگری و یا بیکی ازمسلمین بشود خراج زمین ازاو اخذ میشود .

**قسم هشتم - آنکه صلح واقع شود باین نحوکه مشرکین مالك اراضی خود باشند ولی از منفعت و عوائد اراضی سهمی از نصف یـا ثلث ( بسته بصلحی که امام یا نایب امام با آنها میکند )** بپردازند . در این صورت در مدت بقاءصلح وعدم تخلف ازشروط درزمینهاشان تصرفات مالکانه مینمایند ومیتوانند حتی آنها را بفروشند لیکن اگراسلام آوردندویا ملك منتقل بمسلمانی شد خراج مقرر ازآن برداشته نمیشود ـ چنانکه درصحیح ابن مسلم است ازابی جعفر علیه السلام « عن شراء اهل الذمة فقال لاباس فیکون ذلك اذا کان ذلك بمنزلتهم » ونظیر آن درخبر مضمر است باین عبارت : « یؤدی کما یؤدون » ـ ودر کافی درخبر ابن ابی یعفوراست ازحضرت صادق علیه السلام : «ان ارض الجزیة لاترفع عنها الجزیه :» ظاهرا ماوردی ودیگران بین قسم هفتم وهشتم تفصیل نداده اند درصورتیکه فرق این دوقسم برحسب شروط صلح مسلم است وازلحاظ آثار هم در قسم هفتم خراج وجزیه جمع میشود ولی درقسم هشتم فقط خراج اخذ میشود همچنانکه درقسم آینده فقط جزیه گرفته میشود .

**قسم نهم ـ آنکه صلح واقع شود باین نحوکه مشرکین مالك اراضی خود باشند لیکن عوض صلح** در ذمه آنها قرار داده شود ـ خواه مبلغ و مقدار ثابتی بطورمقطوع برذمه آنها مقرر شود ویا مقدار ما فی الذمه بحساب منافع ملك بطور ثلث یا ربع تعیین گردد بدینمعنی که ثلث یا ربع مبین بدهکاری آنها باشد بروجهی که ازهرممری بخواهد مانند سایر بدهکاریهایش بتواند تادیه نماید .

دراین صورت هر گاه جزیه دهندگان قبول اسلام نمایند جزیه وخراج مزبور ساقط میشود و اگر زمین را بفروشند ازمشتری چیزی اخذ نمیشود بلکه جزیه همچنان برذمه بایع ومالك اولی باقی میماند .

**ارض جزیه :**

معمولا دردو وجه اخیر ارض آنها ارض جزیه نامیده میشود وآنچه ازصاحبان این اراضی گرفته میشود گاهی درروایات خراج و گاهی جزیه خوانده شده است وظاهرا آنچه در کلام امام آمده است که هر گاه جزیه از رؤسشان گرفته شود ازاموال واراضی آنها اخذ نمیشود وهر گاه ازاراضی اخذ گردد ازرؤس آنها جزیه گرفته نمیشود ناظر باین دوموردا ست والادرمواردیگر چنانکه درمبحث جزیه گذشت جزیه مقدار وملاکی ندارد وبنظر ( امام هرطور مصلحت بداند وبروجهی که در آن صغار باشد) تعیین میشود ضمنا باید توجه داشت که درفروض دیگر مسئله اراضی یا مال امام یا ملك جمیع مسلمین ویا اختصاصی مسلمین است وچنین املاکی اگر بدست ذمیها برای عمران و کشت و زرع داده شود واجرت زمین از آنها دریافت شود ، تأدیه و پرداخت این خراج کافی ازجزیه رؤس آنان نمیباشد .

در کافی درخبر زراره ازابن مسلم است که گفت ازامام صادق علیه السلام پرسیدم «ارایت مایاخذهؤلاءمن هذاالخمس من ارض الجزیة ویؤخذمن ارض الدهاقین جزیة رؤسهم اما علیهم فی ذلك شیء موظف ؟ فقال : کان علیهم ماا اجازواعلی انفسهم و لیس للامام اکثرمن الجزیة ان شاء الامام وضع ذلك علی رؤسهم و لیس علی اموالهم شیء و ان شاء فعلی اموالهم و لیس علی رؤسهم شیء فقلت : فهذا الخمس ؟ فقال : انما هذا شیء کان صالحهم علیه رسول الله صلی الله علیه وآله » .

در کافی درخبر حریز ، ازمحمدبن مسلم است که گفت از امام علیه السلام سئوال کردم ازاهل ذمه « ما ذا علیهم مما یحقنون به دمائهم واموالهم ؟ قال : الخراج فان اخذ من رؤسهم الجزیة فلا سبیل علی ارضهم و ان اخذ من ارضهم فلا سبیل علی رؤسهم » .

درخبر اول بطوریکه درمرآت العقول است سائل از آن چیزی سئوال میکند که

عمر بر نصارای تغلب بست .

اما بیان امام علیه السلام دردوخبر مزبور، مشعر بآن است که : ۱ ـ اختیارامام درجزیهٔ مقرر برارض جزیه بیکی ازآن دوصورت است ـ ۲ـ با صلح ورضایت وبر حسب اجازه والتزام‌جزیه دهندگان ممکن است بترتیب مخلوط چیزی‌برقرارشود

۳ ـ پاسخ اول امام بقوله «کان علیهم ما اجازوا علی انفسهم» اشاره بقاعده الزام است وجواب دوم باینکه «انما هذا شیءٍ کان صالحهم علیه رسول‌الله صلی الله علیه وآله» دلیل جوازآنست .

٤ ـ آنچه در این مورد گرفته میشود چه بر اراضی مقرر شده باشد و چه برروُس‌جزیه است لقوله : «ولیس‌للامام‌اکثرمن الجزیة ..» ٥ ـ درخبردوم‌بقرینهٔ سئوال‌ومجموع پاسخ، کلمهٔ «الخراج» بمعنی جزیه استعمال شده است . بهرحال دردو وجه اخیر مالکیت ذمی دراراضی او ازنظرشرع ابقاء شده است بحیثی که میتواند آنها را بذمی دیگر یا بمسلمانی بنوعی انتقال دهد اما باز هم این مالکیت مطلق نیست .

برای روشن شدن این موضوع لازم است بنکات وقیود ذیل توجه شود :

۱ ـ هرگاه ذمیها بشرایط صلح رفتارننمایند ونقض عهد کنند درحکم محارب محسوب واموال منقول آنها فیء وملك مسلمین میشود چنانکه درمنتهی وتذکره‌و غنیه ومسالك وغیره تصریح باین امراست .

این شرط تقریبا همواره غیر عملی بوده است زیرا تواریخ از هیچ صلحی در اسلام اسم نبرده‌اند که پایدار مانده باشد و حتی نه تنها از شرایط صلح سر پیچی میکرده‌اند بلکه غالبا خود را مجهز ساخته وبر علیه مسلمین اقدام مینموده‌اند که نیازبلشکر کشی مجدد پیدا میشد چنانکه بعضی ازشهرها دوبار وسه بار در حقیقت بدست مسلمین فتح شده است .

ممکن است درحجیت قول مورخ تردید شود واستصحاب بقاءِ صلح گرددامانباید فراموش کرد که مبنای این استصحاب ومثبت صلح همان قول مورخ است .

۲ـ هرگاه کسانی دردارالحرب اسلام میآوردند خون آنها محفوظ میماندو

مالك اموال منقول خود میبودند لیکن اموال غیرمنقول شان وازجمله اراضی، فیء وملك مسلمین میشد چنانکه درخبر حفص بن غیاث است که « قال سئلت اباعبدالله ﷺ عن رجل من اهل الحرب اذا اسلم فی دارالحرب فظهر علیهم المسلمون بعد ذلك فقال اسلامه اسلام لنفسه ولولده الصغار وهم احرار وولده ومتاعه ودقیقه له فاما الولد الکبار فهم فیء للمسلین الاان یکونوا اسلموا قبل ذلك فاما الدور والارضون فهی فیء ولایکون له لان الارض هی ارض جزیة لم یجر فیها حکم الاسلام » .

۳ - مقدار ومبلغ جزیه که بر آن صلح واقع شده اگر صلح از قبیل مهادنه یا جزیه باشد بروجهی است که درمبحث جزیه ومهادنه تفصیل آن گذشت - وپرداخت جزیه درآخر هرسال وبنابر قول ابوحنیفه در اول هرسال واجب است و این حقی است سالیانه برای مسلمین بر آنها، که مدت آن یکسال است بمانند خراج که اجرت یکسال زمین میباشد ودرهردومورد جزیه وخراج هرگاه ازطرف امام درآخر مدت یا پایان سال درآنها تجدید نظر نشود ثانیاً خود بخود تجدید میشود .

٤ - امربر قراری جزیه وکم وزیادنمودن آن با نایب امام و سلطان وقت است بمانند خراج. وسیره وتقریر امام براین معنی دلالت دارد - ازمرحوم مجلسی نقل شده است باینکه : مشهورعدم تقدیرجزیه اهل کتاب است بلکه بسته بنظرامام یا حاکم مسلمین است که هرچه صلاح بداند مقررفرماید » وظاهر قوله تعالی «حتی یعطوا الجزیة عن یدوهم صاغرون » براین معنی دلالت میدارد و میرساند که این قرارداد نتیجه وفلسفه‌ای داردو آن این است که برذمیها سخت گرفته شود تا اسلام آورند .

صاحب جواهر میفرماید « وکیف کان فلا خلاف ولا اشکال فی ان للامام ان ینقص ویزید فی الصلح بعد انتهاء مدته علی حسب ما یراه من المصلحة بل الظاهر ان ذلك لنایبه ایضاً » .

۵ - دردوقسم اخیرهرگاه جزیه دهندگان اسلام آورندجزیه وخراج مذکور ازآنها برداشته میشود ودرحکم قسم سوم که باختیاراهالی قبول اسلام نموده اندقرار میگیرند یعنی زمین آنها دردست آنها واگذارمیشود وبا تحقق شرایط ازآنها عشر

ونیم عشر گرفته میشود اما شرطش اقدام درعمران و آبادی اراضی است چنانکه درصحیحه رضوی درقسم سوم دیده شد و تفصیل بیشتر قضیة در مبحث احیاءِ اراضی گذشت مراجعه‌شود.

غرض‌ازاین‌تقسیم‌بعدازآنچه‌بتفصیل درمباحث سابق وازجمله در بحث انفال و احیاءِ موات گذشت این است که بمبدأ مالکیت ارضی در اسلام توجه شود ودر خاطره‌یادداشت گردد که ازنظرشرع قسم سوم وهشتم ونهم بااوصافی که مذکورشد ملك اختصاصی است ولی سایرقسمتهایا ملك امام ویا ملك جمیع مسلمین بوده‌است تا شاید درمباحث آینده برای رفع شبهات و نزاعات صغروی و اختلافات موضوعی مؤثر ومفید واقع شود.

## فصل (۲)

### در کلیات دلائل وشبهات

درآنچه ذکرشد احکام اراضی درشریعت اسلام بیان گردید، ومعلوم‌شد این احکام باختلاف‌طرق استیلاء ونفوذ اسلام‌وعمارت وخرابی ارض متعدد، و مختلف میشوند ومع‌الوصف‌مجموع اقسام متعددهٔ آن اراضی‌درتحت‌سه عنوان ملکیت‌فردی، ملکیت جمیع مسلمین (یا ملی اسلامی) - وملکیت امام - داخل میباشند وافراد هریك ازاین سه عنوان هم ازیکدیگربرحسب اوصاف وخصوصیات‌بصورت قضایای حقیقیه مشخص و ممتاز هستند اما اشکال واشتباه در مصادیق وموضوعات است - مثلا وقتی بخواهیم بدانیم ایران یا مصر یا شام و یا یکی ازسایر کشورهای اسلامی درچه‌ردیفی است وداخل درحکم کدامیك از این عناوین میباشند وحکم شرعی هر یك آنهاچیست؟ درتردید واقع میشویم بخصوص که درهرموضوعی ونسبت باراضی هرشهری دلائل وظواهری اقامه ومشاهده میشود کـه آنرا ممکن است در تحت یکی ازعناوین مالکیت فردی - یاامام ویامسلمین‌قراردهد وازبحث دوعنوان‌دیگر خارج سازد، اکنون این دلائل را بجهاتی و از جمله بدانجهت که قاطع و کافی

قرار داده است .

**رابعا** ـ درخبر ابی برده گذشت که ازحضرت صادق ازارض خراج سئوال شده است حضرت میفرماید « ومن یبیع ذلك هی ارض المسلمین » ـ همچنین وارد شده که ابن شریح میگوید از امام صادق علیه السلام سئوال کردم از خریدن زمینی از زمینهای خراج « فکرهه وقال انما ارض الخراج للمسلمین ... » .

اینك باتوجه باین قبیل سئوالات که ازمطلق اراضی خراجیه زمان صادقین شده وپاسخ عام ایشان با ینکه ارض خراج ارض مسلمین است ویا اینکه سیره امام دربارهٔ عراق امام برای سایر ارضین است جای شبهه باقی نمیماند .

**خامسا** دراخبار انفال تصریح است باینکه آنچه بدون ایجاف خیل ورکاب بدست مسلمین افتد از انفال است و آنچه ازارضین که بمحاربه اخذشود حاصلش درمصالح مسلمین مصرف میشود همچنانکه درخبر حماد گذشت که حضرت امیر علیه السلام میفرماید « .. والارض التی اخذت بخیل ورکاب فهی موقوفة .. » کلام مولای متقیان مطلق است ودلیلی بر تقیید وتخصیص آن ونظایر آن نیست ـ واگراحیانا تصور شود که این عمومات باعموم مرسله وراق معارض است نا گزیر برحسب دستور برای حکومت بعموم قوله تعالی « واعلموا انما غنمتم .. » و آیه فیء مراجعه میشود وچون بر حسب نص واجماع زمین مفتوح برای کسی قباله نشده وباقیمانده ی ازغنائمی است که مشمول آیه است لذا متعلق بمسلمین میباشد .

**سادسا** ازقرائن وشواهد حال علم حاصل است باینکه امیرمؤمنان علیه السلام وسایر ائمه بمفتوحات اسلامی که موجب تقویت دین و انتشار آن میبود راضی بوده اند درتائید این مطلب لازم است دراین خبر دقت شود دروسائل و کتاب حجة کا فی ازحماد ازعبد صالح علیه السلام ( امام ) روایت شده که در این روایت امام بعد از بیان موارد انفال وتعیین صنوف اموال میفرماید « . . والانفال الی الوالی و کل ارض فتحت ایام النبی صلی الله علیه و آله الی آخرالابد وما کان افتتاحا بدعوة اهل الجور و اهل العدل لان ذمة رسول الله فی الاولین و الاخرین ذمة واحدة لان رسول الله صلی الله علیه و آله

برای اثبات موضوع نمیباشند بنام شبهات در فصول ومباحث آتیه بررسی نموده و در معرض تعدیل وترجیح قرار میدهیم .

## فصل ( ۳ )

### شبهه دروجود اذن امام در مفتوحات

حکم مفتوح العنوة وقتی جاری است که اراضی مفتوحه باذن امام فتح شده باشد وبنا براین جمیع آنچه بعد ازنبی اکرم ﷺ و در زمان خلفای راشدین بغیرازایام خلافت حضرت علی علیه السلام فتح شده ازانفال وملك امام‌است - چنانکه در مرسله عباس وراق امام علیه السلام میفرماید « اذا غزی قوم بغیراذن الامام فغنموا کانت الغنیمة للامام علیه السلام » و چون باستثنای جزیرة العرب سایر کشور های اسلامی از قبیل‌ایران ومصروغیره درزمان خلیفه دوم فتح شده واذن امام درآنها معلوم نیست پس درهیچیك آنها بواسطهٔ عدم ثبوب موضوع حکم مفتوحه جاری نمیشود .

پاسخ : این دلیل بجهات زیر علیل وغیروجیه است :

**اولا** روایت مورد استناد مرسله است .

**ثانیا** اخباری که در باب سواد وارد شده مخالف این ادعا است زیرا ارض سوادازمفتوحات زمان‌عمروازمتصرفات‌ایران آنروز بوده است .

**ثالثا** چنانکه درمبحث مفتوح العنوة دیدیم امام باقر علیه السلام سیره امام علیه السلام را درباره کلیه اراضی که بعد از رسول خدا صلی الله علیه و آله فتح شده بر روش و شیوهٔ عراق بیان فرموده ودستور امیرمؤمنان علیه السلام را درباره عراق سرمشق تمام اراضی‌مفتوحه

قال : المسلمون اخوة تتکافی دماؤهم ویسعی بذمتهم ادناهم .. » .

**سابعا** - ظاهر بعضی از اخبار دلالت دارد باینکه آنچه در زمان خلیفه ثانی فتح شده باذن مولای متقیان علیه السلام بوده‌است چنانکه درخصال شیخ صدوق درابواب سبعه ازجعفرجعفی ازامام باقر علیه السلام روایت شده که وقتی امیرالمؤمنین علیه السلام ازجنك نهروان بر گشت درمسجد کوفه نشسته بود رئیس یهود بحضورحضرتش آمد وعرض کرد اگراجازتم بدهی میخواهم ازچیزهائی پرسش کنم که جز نبی ویاوصی ازجواب آن عاجزاست حضرت فرمود هرچه خواهی بپرس - یهودی ازچگونگی وتعداد امتحان اوصیا درزمان حیات ودر زمان ممات انبیا سئوال میکند و حضرت بطور مفصل پاسخ او را میدهد مبنی بر اینکه اوصیاء در زمان حیات پیغمبران در هفت مقام امتحان میشوند وبعد ازانبیاء نیزدرهفت مقام امتحان میکردند -یهودی پس‌ازتصدیق‌فرمایش آن حضرت میخواهد که اوراازامتحاناتی که خداوندحضرتش را درحیات ودرممات نبی صلی الله علیه و آله نموده آگاه سازد . حضرت آن مقامات راکه از آزمایش بیرون آمده بتفصیل برای یهودی بیان فرمود واز جمله درمقام چهارم از مقامات بعد از نبی صلی الله علیه و آله چنین میفرماید « . . یا اخا الیهود فان القائم بعد صاحبه ( یعنی عمر بعد ازابوبکر ) کان یشاورنی فی موارد الامور ومصادرها فیصدرهاعن امری ونیاظرنی‌فی غوامضها فیمضیها عن رایی ولا اعلم احدا ولایعلم اصحابی یناظره فی ذلك غیری .. » .

و بدیهی است که خروج بکفار و خواندن آنهاباسلام از اعظم امور مورد مشاوره است . مؤید این حدیث‌واینکه عمردرمفتوحات اسلامیه باعلی علیه السلام مشورت مینمود چند چیز است :

۱ - اعتراف عمر بکرات باینکه « لولاعلی لهلك عمر » این اظهار با توجه بمواردش که گفته‌اند در بیش از هفتاد مورد تکرارشده است میرساند که عمر چون برأی ونظر صائب صاحب حق واقف بود مانند یك مقلد درهر امرشرعی که پیش میآمد وتردیدی میداشت بعلی علیه السلام مراجعه میکرد واز رأی مولای متقیان‌پیروی

مینموده است .

۲ـ وجود صحابه خاص علی علیه السلام درلشکراسلام که حتی دربعضی از جنگها امارت لشکر با عمار بوده است و سلمان تولیت مداین را قبول نمود ومسلم است که این دونفر بدون اذن مقتدا وپیشوای خود علی علیه السلام اقدام باین امور نمیکردند

۳ـ نقل شده است عمرچون درلشکراسلام ضعف وسستی درمقابل سپاه ایران مشاهده کرد از حضرت امیرمؤمنان علیه السلام استدعا کرد حضرت امام حسن علیه السلام را بمجاربه یزدجرد بفرستد حضرت هم پذیرفت‌و گفته شده که حضرت‌امام حسن(ع) به ری وشهریار وارد شدند ودرمراجعت بقم وازقم به کهنك وازآنجا باردستان واز آنجا بقهبان وسپس باصفهان تشریف فرما شدند ودر اصفهان در محل مسجد عتیق نماز خواندند ودرحمام مجاورآن غسل کردند .

٤ ـ درمرسله صدوق است باینکه عمر دربارهٔ این اراضی با حضرت علی(ع) مشورت نمود حضرت فرمود « دعها عدة للمسلمین » .

٥ ـ اخبار نبی اکرم بفتوح وغلبه مسلمین برفرس وروم .

صاحب جواهر در کتاب جهاد میفرماید : در کـافی است کـه ظاهراً این فتوحی که درزمان عمرشد باذن‌امیرالمومنین (ع) بود، چه عمرباصحابه ومخصوصا با امیرالمومنین درتدبیر حرب وغیرآن مشاوره مینمود « وکان لایصدر الاعن‌رای امیرالمومنین (ع) وکان النبی صلی الله علیه وآله وسلم قداخبربالفتوح وغلبة المسلمین علی الفرس والروم وقبول سلمان تولیة المدائن وعمار امارة العساکرمع ما روی فیهما قرینة علی ذلك » .

در قاطقه اللجاج است : قد سمعنا ان عمر استشار امیر المومنین (ع) فی ذلك . ـ بعلاوه شاهد قطعی براین امر موضوع تقسیم غنائم ایران است که بدون شبهه درحضور حضرت امیر وحسنین(ع) وبا رأی ونظرآنحضرت‌انجام شد ودرنتیجه نسب سادات ازطرف مادر ایرانی گردید .

# فصل ( ٤ )

## شبهه در محیات بودن مفتوحات حین فتح

وقتی علم داشته باشیم باینکه اراضی مفتوحه درحال فتح محیات بوده است حکم مفتوح العنوة جاری میشود اما اگر اراضی موات بوده وبعد ازفتح عمران شده باشد ازانفال ومال امام خواهد بود ودلیل آن اجماع و اخباریست که دلالت دارند بر اینکه موات بطور مطلق ملك امام است وصورت شك هم ملحق بدوم است نه اول یعنی اگر شك داشته باشیم که حین فتح عامره بوده یا نه؟ باقتضای اصل تأخر حادث واینکه عمران امری حادث است وهم باستناد استصحاب موات بودن ، درحکم انفال داخل میشود .

**پاسخ** این بیان ازتوجه بوجوه ذیل ظاهر میشود :

**وجه اول** : اجماع واخباریکه دلالت دارند براینکه اراضی مفتوحه ملك مسلمین است عام ومطلق میباشند که شامل موات وعامره میشوند - وبرفرض که آنچه دلالت میکند براینکه موات ملك امام است نیز مطلق باشد وشامل موات از مفتوحه هم بشود تخصیص اخیر رجحان دارد بخصوص که ممکن است ملکیت امام ازجهت ولایت عامه باشد چنانکه ظاهر صحیح کابلی است از حضرت باقر(ع) «وجدنا فی کتاب علی (ع) : ان الارض لله یورثها من یشاء من عباده والعاقبة للمتقین ، انا و اهل بیتی الذین اورثنا الله الارض ونحن المتقون والارض کلها لنا ، فمن احیا ارضاً من المسلمین فلیعمرها ولیؤد خراجها الی الامام من اهل بیتی و له ما اکل منها فان ترکها او اخربها فاخذها رجل من المسلمین من بعده فعمرها واحیاها فهو احق بها

من الذی ترکها ، یؤدی خراجها الی‌الامام من اهل بیتی وله ما اکل منها حتی یظهر القائم من‌اهل بیتی بالسیف ، فیحویها و یمنعها ویخرجهم منها ، کما حویها رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم ومنعها الاماکان فی ایدی شیعتنا فانه یقاطعهم علی ما فی ایدیهم ویترك الارض‌فی ایدیهم . » ( کافی کتاب الحجة ) دراین صحیحه که یك برنامهٔ دائمی و همیشه نو و مترقی برای اصلاحات زراعی در حکومت اسلام است بنکاتی اساسی اشاره و بلکه تصریح شده است که برخی ازآنها عبارت است :

۱ــ آنکه تمام زمین ملك ائمه (ع) است واختصاص بعامره وموات ندارد و این‌حکم‌وقتی بااخبارمفتوح العنوة وظاهرقوله تعالی « والارض وضعها للانام »قابل جمع است که مراد ازمالکیت امام بروجه عام واز باب النبی اولی بالمومنین من انفسهم وبودن ولی درحکم نبی صلی الله علیه و آله و سلم باشد .

۲ ــ آنکه هر کس زمین را احیاء نماید دو وظیفه دارد و بعبارت دیگر بدو شرط محتوم متعهد است یکی آنکه بحکم « فلیعمره » درعمران آن بکوشد وزمین را بلااستفاده نگذارد ویاآنرا خراب ننماید ــ دیگر آنکه بحکم« ولیؤد خراجها» باید خراج واجاره آنرا بامام بدهد .

۳ ــ آنکه مالکیت آباد کننده، مالکیت منافع و منحصراست بآنچه از آن بخورد وبهره‌بر گیرد ومالك اصل‌زمین نمیشود ولذا دردوصورتیکه دست ازعمران زمین بردارد و آنرا ترك کند یا آنرا بصورتی در آورد که خراب نمودن عرفا بر آن صدق کند ودیگری‌ازمسلمین آنرابگیرد وعمران واحیانماید دومی‌سزاوارتر ازاولی‌است و آن‌نیزموظف بهمان وظائف وشرایط اولی‌میباشد لیکن آنهم مالك‌اصل زمین نمیشود زیرا درصورت تحقق مالکیت معنی ندارد که امام زمان ملك مردم‌را ازدست آنها خارج سازد یا ملك شخص را با مالك آن مقاطعه کند و با قرار داد در دستش بگذارد و ظاهر از عبارت « فهو احق بها من الذی ترکها » هم عدم مالکیت هردو، نسبت باصل میباشد.

٤ ــ آنکه این مالکیت انتفاعی از پیدایش سبب آن درتمام مدتی که‌تخلف

ازوظایف مقرره نشود معتبراست و کسی حق ندارد بحق او تجاوز نماید .

**وجه دوم** : - ازتوجه باخبار باب انفال که مطابق با مضمون آیه فیءاست یعنی قوله تعالی «وما افاءالله علی رسوله منهم فما اوجفتم علیه من خیل ولارکاب ولکن الله یسلّط رسله علی‌من یشاء والله علی کل شیئی قدیر» (آیه۶ سوره حشر) معلوم میشود انفال و ملك امام در این مقام فقط صورت عدم ایجاف خیل و رکاب است .

**وجه سوم** : اجرای اصل تأخر حادث معارض با اصل دیگر ازنوع خودش درطرف مقابل است زیرا فرض این است که فتح وعمران هردو مسلم‌است وشك در تقدم و تأخر آندو است و اگر گفته شود فتح معلوم التاریخ است میگوئیم حال که تاریخ را قبول دارید عمران بحکم تاریخ وباستصحاب قهقرائی‌مقدم‌برفتح است .

**وجه چهارم** : استصحاب و اصل عدم در این مقام بواسطه عـدم علم بحالت سابقه قابل اجرا نیست چه :

اولاموت زوال‌حیات‌است ازچیزی که حیات میداشته است ویابعبارت جامعتر موت زوال صفت خاصه شیءِ است چنانکه مثلا گفته میشود «ماتت النار» وقتی که خاکستر آن سردشود - ویا«ماتت‌الریح» هنگامی که باد ساکن‌بشود و«مات‌الثوب» وقتی جامه کهنه شود .

**ثانیا** قرآن حیات وموت را دو فعل از افعال فاعل معرفی مینماید چنان که در آیه ۲۵۸ سوره بقره است «.. اذقال ابراهیم ربّی‌الذی یحیی‌ویمیت قال انا احیی وامیت ..» ودر آیه ۱۵۶ سوره آل عمران است «.. والله‌یحیی‌ویمیت والله بماتعملون بصیر» درصورتیکه عدم را نشاید که بفاعل نسبت داده شود .

**ثالثاً** ظاهر بسیاری ازآیات حاکی از احیأ طبیعی ارض است چنانکه دراین آیات سوره الرحمن‌است « والارض‌وضعهاللانام . فیها فاکهة والنخل ذات الاکمام. والحب ذوالعصف و الریحان . » ویا درآیه ۱۴۱ سوره انعام است : «هوالذی انشاء جنات معروشات وغیر معروشات والنخل و الزرع مختلفاً اکله والزیتون و الرمان

متشابهاً وغیر متشابه کلوا من ثمره اذا اثمر و آتوا حقه یوم حصاده ولاتسرفوا انه لایحب المسرفین .» .

وشاید بهمین لحاظ باشد که در کلمات بسیاری ازفقها ارض موات بمعطّله تفسیر شده است مثلا درشرایع است « واما الموات فهوالذی لاینتفع به لعطلته اما لانقطاع الماء عنه اولاستیلاء الماء علیه اولاصتیجامه اوغیرذلك فهو للامام لایملکه احدوان احیاه مالم یأذن له الامام واذنه شرط ... » ودر تذکره است «ان الموات هی الارض الخراب التی باداهلها واندرس رسمها ..» وبدیهی است باین معنی وتفسیر نسبت بمحلی که هم اکنون آباد ودائر است نمیتوان اصل عدم بمعنی اصل عطلت یاخراب بودن وهلاك شدن اهلش جاری کرد .

**رابعاً** تجمع در نقطه‌ئی دردوران کشاورزی دلیل برعمران وآبادی اطراف آن است مگر آنکه خلافش ثابت شود وچون قسمت اول یعنی وجودجمعیت معلوم است پس باصل عقلائی وعادت واحتیاجات بشری قسمت دوم یعنی عمران نیزمسلم میباشد بخصوص که درصدر اسلام بطوریکه تاریخ نشان میدهد سرزمینهائی بمانند ایران ومصر ازهم اکنون آباد تربوده است و این موضوع را دفاتر و سوابق باج وخراج که مورخین ثبت کرده اند تأئید مینماید ـ البته بسا بناهائی که درنقطه‌ئی ویران ودر نقطه‌ئی دیگرساخته شده است لیکن بدیهی است که حکم مفتوحه‌مختص بابنیه نیست تا اینکه گفته شود بناها وقراءآن زمان خراب و ویران شده و ابنیه و قراءجدیدی در همان مکانها یا با فاصله در مکان دیگری ساخته شده است . شیخ انصاری اعلی الله مقامه درمکاسب دراین مقام میفرماید : « **فما قیل** من ان البلاد المحدث بالعراق مثل البغداد و الکوفة و الحلة والمشاهد المشرفة اسلامیة بنا ها المسلمون ولم تفتح عنوة ولم یثبت ان ارضها یملکها المسلمون بالاستغنام والتی فتحت عنوة واخذت من الکفار قهراقدانهدمت **لایخلوا عن نظر** لان المفتوح عنوة لایختص بالابنیة حتی یقال انها انهدمت فاذا کانت البلاد المذکورة ومایتعلق بها من قراها غیر مفتوحة عنوة **فاین ارض العراق المفتوح عنوة المقدر بستة و ثلثین الف الف**

**جریب** ، وایضاً من البعیدعادة ان یکون بلدالمدائن علی طرف العراق بحیث یکون الخارج منها مما یلیه البلاد المذکـوزة مواتـا غیر معمورة وقت الفتح . » همین استعجاب درری وشهریارسابق باتهران کنونی وطوس ونیشابورسابق ومشهد وهمچنین سایرشهرها هست .

## فصل (٥)

### شبهه تبدیل حکم مفتوحه بسبب عروض موت

چون با توجه باخبار بلاد وتاریخ اسلام این نتیجه بدست میآید که در طی قریب چهارده قرن اراضی ، صفات خود را ازدست داده و دچار تغییراتی شده اند و بسیاری از آن اراضی که بهنگام فتح متصف بحیات بوده انـد غامره وموات گردیده‌اند وبرعکس ، وشاید این تبدل وصف چندین دفعه درنقاطی تکرار شده باشد لذا این سئوال طرح میشود که آیا این چنین زمینهائی چه حکمی دارند ؟ - آیا حکم قبل از موت ابقاء میشود ویا با تبدیل وصف حکم نیزتغییر مینماید ؟ .

بعضی از متاخرین گفته اند اقوی درحکم اینگونه اراضی این است که از حکم سابق خارج میشوند وملك کسی میگردند که آنها را مجددا احیاء وعمران مینماید زیرا دلائل حکم اراضی مفتوحه ازاین موارد یعنی مواردی که موت عارض شود منصرف میباشند ولی دلائل حکم احیاء موات بعارض بروجه اطلاق وبلا معارض ظهور دراین موارد میدارند .

برای روشن شدن قضیه متذکر میشود که هرگاه عروض موت بعد از فتح مشکوك باشد بحکم استصحاب رفع شك میشود اما در صورتیکه علم بعروض

موت باشد دواحتمال باقتضای دلائل ممکن است یکی آنکه بملکیت امام علیه السلام بر گردد ودیگری آنکه بحکم سابق بماند .

دلیل احتمال اول عبارت است از : ١ ـ اطلاق اخبار انفال ٢ـ صحیح کابلی که درمبحث قبل ذکرشد وسایر عمومات واخباریکه دلالت دارند براینکه زمین تماما ملك امام علیه السلام است .

از این عمومات آنچه خارج میشود عامرهٔ از مفتوحه است بدین بیان که گفته شود وصف حیات بهمراه فتح بقهر، مانع از مالکیت مطلقه امام میگرددپس همینکه وصف مذکور یعنی مانع زائل گردد ممنوع یعنی ملکیت امام عود میکند ( اذا زال المانع عاد الممنوع ) .

اما دلیل احتمال دوم عبارت است از :

١ـ اختصاص آیات انفال وفیء چنانکه سابقاً ملاحظه شد بغیرازمواردایجاف بخیل ورکاب .

٢ـ عموم آیات واخباراراضی مفتوحه العنوة واینکه دربسیاری ازاخبارتعبیر بموقوفه بودن این اراضی شده است چنانکه درخبرحماد است از ابی الحسن اول علیه السلام « ـ الارض التی اخذت عنوة بخیل‌ورکاب‌فهی موقوفة متروکة بید من‌یعمرها ویحییها ویقوم‌علیها علی قدرطاقتهم من الخراج النصف والثلث اوالثلثان . . » اولا وقف بودن مقتضی دوام وبقاء آن بحال سابق است ثانیاً درآخر همین خبر بجملهٔ « الی آخرالابد » تصریح بتأبید شده‌است ثالثا عموم واطلاق « من یعمرها ویحییها » شامل مورد عروض موت میشود وبیان حکم احیاء بعد ازموت را هم مینماید .

٣ـ اطلاق اخبار وارده در باره سواد مانند صحیح حلبی و بیان امام علیه السلام باینکه « هولجمیع المسلمین لمن هوالیوم ولمن یدخل فی‌الاسلام بعد الیوم ولمن لم یخلق بعد .. » دلیل برعدم تغییر حکم اینگونه اراضی است .

اما قول باینکه احیاکنندهٔ این نوع اراضی مالك آن میشود فرضیه‌ایست که ازاخبارو آیات شاهدی برآن نمیتوان آورد ، چه اولا اخبار تحلیل برفرض شمول

آنها نسبت باراضی ، حداکثر شامل آن زمینهائی میتواند بشود که ازانفال و ملك امام بوده است نه زمینهائیکه دخالت امام ازنظر ریاست عامه وباصطلاح بعنوان حق حاکمیت است بعلاوه این اخبار درهمان مورد انفال هم مفید تملیك نمیباشد بلکه تحلیل درانتفاع است . ثانیا ـ اخبار احیاء مقیداست باینکه زمین مسبوق بملکیت مالکی معلوم نباشد ولی دراین مفروض هم سبق ملکیت محرز وهم مالك یعنی جمیع مسلمین معلوم است پس نه تنها احیاء دراین مورد مملك نیست بلکم حکم جواز تصرف هم آنچیزیست که (در بلغة الفقیه) آمده است باین عبارت :

« واما اخبار الاحیاء فهی مقیدة بعدم سبق الملکیة لمالك معلوم وفی الفرض مملوك ، والمالك معلوم وهو المسلمون فاذا لا مناص عن القول بالتوقف علی اذن الامام عليه السلام اومن یقوم مقامه وهولاینافی الحکم بملکیة الاثار لمن کانت یده علیها حملا للتصرفات علی الوجه الصحیح من تحقق الاذن عند ایجادها واحداثها ـ ودعوی سقوط اعتبار الاذن فی زمان الغیبة اوتحققه فیه علی عهدة مدعیها . » .

## فصل (٦)

### شبهه منتفی شدن حکم مفتوح العنوة درزمان غیبت وحال حاضر

دربسیاری ازمسائل ومباحث فقهی که اختلاف نظرمشاهده میشود وقتی درست دقت شود معلوم میگردد اختلاف معلول ومولود عدم تجزیه وتحلیل ومستند بدلائل عامی است مبتنی برحسن نیت وبر اساس نظم عام که باحسن نیت و پاك نظری از طرف صاحبان نظراعمال وبرموضوعات منطبق شده اند النهایه هر بصیرو بینائی درحد

حدت دید خود چیزی را درك نموده و با توجه بموجباتی کـه ظاهر را تقویت مینموده است حکمی‌را بعنوان حکم ظاهری قضیه مناسب یافته‌است ودر نتیجه حکم واقعی‌در بوته فراموشی‌قرار گرفته واجرای آن متوقف گردیده است که از آن جمله داستان مفتوح العنوة وانفال است .

دراین‌داستان بااینکه تمام‌فقها درحکم شرعی آن‌تقریبا‌موافقند ولی‌وقتی‌نوبت بمقام‌عمل میرسد از اشکالات سابق شروع میشود وپس ازرفع آن موانع این شبهه وادعا درمراحل انطباق پیش میآید که : درحال غیبت وزمان حاضرموضوع‌مفتوحه موجود وباقی نیست ! ! چه :

اولا بقاء اراضی‌برحکم مفتوحه مستلزم حرج وضرر منفی‌است باین بیان که وقتی مسلم شدسرزمینی مفتوح العنوة است وشرایط آن موجود است فرض این‌است که دراین گونه اراضی هیچ نوع تصرفی ازطرف اشخاص نشاید مگرتصرفی کـه امام علیه السلام اذن واجازه دهد وحسب قباله وقرارداد باقتضای مصالح مسلمین ازطرف امام علیه السلام با عاملین‌بسته شود ، وچون تحصیل اجازه وبستن‌قرارداد باامام درحال غیبت ممکن نیست ومتروك گزاردن این اراضی موجب ویران شدن آبادیهاومستلزم عسر وحرج وضرر برمسلمین است پس نفی حرج وضرر، مقتضی رفع حکم مفتوحة العنوة ازموضوع‌است درزمان غیبت ، وبالملازمة دراین‌حال موضوع درحکم‌اباحه داخل میشود که درنتیجه معمر واحیاء کننده مالك آن خواهد شد .

ثانیاً ـ اجرای حکم مفتوح العنوة درعصرحاضر مخالف اصول وقواعداست زیرا درکلیه اراضی اسلامی و حتی سرزمینهائیکه مفتوح العنوة بودن آنها ثابت و مسلم است ، یقین داریم که حین فتح تمام اراضی آنها محیات نبوده و موات هم داشته‌است وبازیقین داریم که ازمحیات آنها هم‌قطایعی‌اختصاص بملوك داشته که پس ازفتح ملك‌اختصاصی‌امام شده‌است با این‌وصف درآنچه اکنون محیات ودردست هر متصرفی است شك میداریم که‌آیا ازموات ایام فتح ویا ازقطایع‌اختصاصی‌امام ویا از محیات‌زمان فتح وملك مسلمین‌است ، اگرازدوقسم‌اول‌باشد انفال‌وملك امام‌بوده و

درزمان غیبت ملك معمرومحیی است، واگرازقسم اخیرهم باشد محتمل است تصرف متصرف برمبنای اذن والی جور یا عدل باشد وبا وجود این احتمال منضما باینکه افعال مسلمین محمول برصحت است زمین دردست متصرف باقی میماند وبااجرای اصل صحت حکم بملکیت آن میشود .

بعبارت دیگر براثر تغییرات وتبدیلاتی که بمرورزمان درطی نزدیك بچهارده قرن درکشورهای اسلامی روی داده، واراضی آنهادست بدست گردیده است اکنون دیده میشود که در تمام ممالك اسلامی متصرفین نسبت باراضی مورد تصرف خود معاملهٔ املاك شخصی مینمایند وتصرفات واضعین ید بصورت تصرفات مالکانه است ، از طرفی میدانیم ممالکی که بدست مسلمین افتاده ( چنانکه گفته شد ) حالات مختلفی داشته که فقط آنچه محیات بوده و بقهر و غلبه و باذن امام علیه السلام بتصرف اسلام در آمده محکوم بملکیت تمام مسلمین است ولی اقسام دیگر یا از انفال و ملك امام بوده ، ویا در ملکیت مالك سابق و بحال ملك شخصی باقی مانده است ، بنا براین وباتوجه باینکه شیاع هم ، موجب یقین نیست و گفته مورخین هم بمانند قول لغوی و طبیب است که حجت قطعی نمیباشد در هر قطعه‌ئی از زمینهای متصرفی اشخاص حتی قطعات اراضی که مفتوحه بودن آن مسلم میباشد شك وتردید میشود ولااقل این شك حاصل است که آن قطعه از موات یا قطایع ملوك ویاملك مسلمین بوده است ؟ و همین مقدار از شك برای صحت تصرف متصرف و حکم بملکیت او بحکم اصالة الصحة درافعال مسلمین کافی است وعلم اجمالی هم بوجود قطعاتی ازملك مسلمین ، دربین مجموع قطعات مؤثر نمیباشد وضرری بمالکیت افراد در مورد ابتلا واحتیاج وارد نمیسازد . زیرا نسبت بهر یك از مکلفین ، تمام اطراف شبهه ، مورد ابتلا نیست وبلکه شبهه غیرمحصوره است که ارتکاب موردابتلاء بحکم اصل اباحه واصالة الحل جائز میباشد ، وقاعدهٔ ید و اصل تسلیط بلا معارض حکم ظاهری قضیه خواهد بود ، پس باستناد ظواهر - اصالةالحل و اصالة الصحة ، وباقتضای قاعده ید و اصل تسلیط و مرور زمان بملکیت متصرفات هر متصرفی ، حتی نسبت بسر زمینهائیکه مفتوحه بودن آنها مجمع علیه

باشد بمانند عراق مثلا حکم میشود و بالنتیجه در عصر حاضر بحث مفتوح العنوة عملا خاتمه یافته تلقی میگردد ونتیجهٔ عملی برآن نمیتواند مترتب شود .

## ( رفع شبهه )

چون دورنمای این شبهه آنقدر جالب وفریبنده وهم ملایم‌طباع وامیال‌شهوانی ومناسب خود خواهی ومنافع فردی وشخصی است که انسان بدون توجه بعاقبت ونتیجه ، درهمان نظرات اولیه شیفته آن شده و قبول آنرا اعلام مینماید و با عین رضا از تمام عیوب آن چشم میپوشد که گفته‌اند :

وعین‌الرضا عن کل عیب کلیلة ولکن‌عین‌السخط‌تبدی المساویا

و حتی ممکن است این ظواهر آراسته ، پیش ار باب نظر هم طوری جلوه نماید که توقف در همان نظرهٔ اولیه را روا دارند وخود رابرای کشیدن خط‌بطلان برروی احکام مفتوح العنوه وانفال قانع سازند و بر مالکیت فردی مفتوح العنوة واراضی‌خراجی حکم دهند ! ! لذا برطالبین‌حقیقت لازم است با بررسی دقیق‌دلائل شرعی‌را ازسفسطه جدا سازند ووسوسهٔ وسواس خناس راازدل بزدایند و آئینهٔ پاك ضمیررا بر مطلوب منطبق سازند تا حکم واقعی شرع بر آنها مکشوف گردد و از اینگونه شبهات فریبنده که منجر بجعل حکم شرعی وبدعت مسلم میشود رهائی حاصل آید .

پس از این مقدمه متذکر میشود که بدو طریق این شبهه قابل رفع است : یکی از طریق انکشاف وجدانی ودیگری از طریق تحلیلی واستدلالی .

### اول رفع شبهه بطریق انکشاف وجدانی

دراین روش که علاوه براین شبهه ، رافع سایر شبهاتی هم که درنتیجه با آن مشارکند میشود نکات ذیل باید مورد نظرقرار گیرد :

١ ـ آنکه احکام اسلام ابدی است و زمان در آنها مؤثر نمیتواند باشد و آراء شخصی وبدعتها بحساب احکام اسلامی نمیاید زیرا چنانکه در کافی در خبر

زراره است حضرت صادق میفرماید : «حلال محمد حلال ابداً الی یوم القیامة وحرامه حرام ابدا الی یوم القیامة ، لایکون غیره ولایجیی غیره وقال : قال علی علیه السلام : ما احد ابتدع بدعة الاترك بها سنة » ودرخصوص مورد بحث هم درخبر حماد است که امام کاظم علیه السلام پس از تفصیل وبیان مطلب میفرماید « . . والانفال الی الوالی وکل ارض فتحت عنوة فی ایام النبی صلی الله علیه وآله وسلم الی آخر الابد ، و ما کان افتتاحا بدعوة اهل الجوروا هل العدل لان ذمة رسول الله فی الاولین والاخرین ذمة واحدة لان رسول الله صلی الله علیه وآله قال : المسلمون اخوة تتکافی دماؤهم ویسعی بذمتهم ادناهم ..».

بموجب خبر اول بطور عموم از تغییر دادن احکام پیغمبر اسلام منع گردیده است وخبر دوم نص خاص بر دوام حکم مفتوحه است وهم تصریح براین میباشد که مفتوحات بعد از نبی اکرم صلی الله علیه وآله چه بدعوت اهل جورو چه بدعوت اهل عدل باشد بواسطه اشتراك درعلت درحکم مفتوحات ایام نبی صلی الله علیه وآله است .

۲ـ آنکه هرحکمی که از حاکم ومفتی شرع صادر شود اگر چه در حق مقلد حکم الله است اما همینکه معلوم شود که مخالف حکم شارع وبرخلاف ما انزل الله بوده ومستلزم تحلیل حرام ویا تحریم حلالی است بهیچوجه مطاع ومتبع ، حتی برای مقلدین هم نمیباشد وحکم واقعی شارع نسبت بموضوع ، بقوت خود باقی و لازم الاتباع است ـ در کافی است که حضرت امام جعفر صادق علیه السلام بابی بصیر در باره قوله تعالی ( ایه ۳۰ سوره توبه ) « اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله » میفرماید « اما والله مادعوهم الی عبادة انفسهم ولودعوهم ما اجابوهم ولکن احلوا لهم حراما وحرموا علیهم حلالا فعبدوهم من حیث لایشعرون » ـ ودرخبر دیگر آنحضرت میفرماید « والله ماصاموا لهم ولاصلوا لهم ولکن احلوا لهم حراما وحرموا علیهم حلالا فاتبعوهم».

در این خبر نه تنها اخذ باینگونه احکام منع شده است بلکه عاملین آنها مشرك خوانده شده اند .

وباز در کافی ازمحمد بن مسلم ازامام محمد باقر علیه السلام روایت شده است که حضرت امیر مؤمنان علی علیه السلام مردم را مخاطب ساخته و فرموده : « ایها الناس انما

بدء وقوع الفتن اهواء تتبع واحکام تبتدع ، یخالف فیها کتاب‌الله یتولی‌فیها رجال رجالا فلوان الباطل خلص لم یخف علی ذی حجی و لوان الحق خلص لم یکن اختلاف ولکن یؤخذ من هذا ضغث ومن هذا ضغث فیمزجان فیجیأن معاً فهنالك استحوذالشیطان علی اولیائه و نجی الذین سبقت لهم من‌الله الحسنی »

مفاد این‌خطابه درهرزمانی بایددر گوشها طنین‌انداز باشد تا متابعت هوسها و پیروی احکامی که‌مخالف کتاب خدا باشد ننمایند وشبهات حق بجانب ، آنها رااز درك حق منحرف نسازد ومتوجه باشند که‌برای‌تشخیص وتمیز حق‌ازباطل (دردورانی که‌هردو مخلوط و ممزوج عرضه می‌شوند ) تنها یك محك وجود دارد و باسفسطه و مغالطه ولفاظی و قیاس بامقیاس عقول ناقصه ، حق از باطل شناخته نمیشود . آن محك منفرد ، امامان هستند که فارق بین حق و باطل میباشند و با اخذ و پیروی گفتارو کردار آنها نیل بحق و حقیقت و یافتن احکام شریعت میسر است که‌فرمود « . . و نجی‌الذین سبقت لهم من‌الله الحسنی »

۳ـ آنکه باتفاق‌علماءاراضی‌مفتوح‌العنوة بحکم شارع‌ملك جمیع‌مسلمین‌است واراضی انفال ملك امام میباشد و کسانیکه شرایطی برای مفتوح‌العنوة قائل‌شده‌اند درصورت جمع نبودن شرائط آنرا نیزازانفال وملك‌امام دانسته‌اند .

٤ـ آنکه مفتوح‌العنوة مطلقا ملك‌اختصاصی‌نمیشودو انفال هرچند باتملیك امام ممکن‌است ملك خاص شود ولی‌چنین تملیکی ثابت‌نشده‌است واصل مقتضی‌عدم تملیك واستصحاب بقاء برملکیت امام است .

ممکن است گفته شود امام برای شیعه اباحه فرموده است بروجهی که مفید تملیك است چه :

اولا اباحه هرچند اعم از جواز تصرف و تملیك میباشد لیکن دراین مقام محفوف بقرینه تملیك از قبیل تعلیل بطیب ولادت و امثال آن است بخصوص که در خبری‌امام علیه السلام فرموده‌است«ماهولنافهو لشیعتنا» که‌لام مفیدملکیت‌است .

ثانیاً یدآخذ و تناول دراین مورد که از طرف مالك اباحهٔ کلیه است سبب

مملك میباشد وآن مانند یدآخذ بقصد تملك درمورد اعراض مالك میباشدوتناول آن همچون تناول از نثار درجشنها و عروسیها است و بالنتیجه بحکم مباحات است که هر کس مسبوق بحیازت آن شدمالك میگردد .

جواب این اشکال بسیار روشن است زیرا : اولاادعای اینکه اباحه تصرف اعم از تملیك و جواز تصرف است صحیح نیست چه تملیك سبب مملك میخواهد که اصل مقتضی عدم آن است و بعلاوه در اباحه ملکیت مالك بحال خود باقی است ودر آن می‌تواند مانع تصرف غیر گردد بر خلاف تملیك که بـرای مالك سابق حـق هیچگونه مداخله‌ئی باقی نیست .

ثانیاً قوله علیه السلام «ابحنا لشیعتنا » ویا « ماهولنا فهو لشیعتنا »مفید تملیك نیست چه جمله اول که واضح است واما جمله دوم برای اینکه ازلام بیش ازمعنی اختصاص فهمیده نمیشود وبعلاوه چه اباحه باشدوچه اختصاص و یا تملیك مالك ویامجاز بودن در تصرف ومصرف وصف برای کلی شیعه میباشد نه فرد - پس اگر قائل بمالکیت شیعه هم بشویم مالکیت آنها درانفال مانند مالکیت مسلمین درمفتوح العنوه خواهد بودلاغیر.

ثالثاً - قضیه یدآخذ وتناول وتشبیه بمباحات ارتباطی بامورد بحث ندارد چه فرض اینست که موضوع مسبوق بملکیت است و بحث روی این است که مالك اباحه فرموده است و اکثر چیزی که درمقام ممکن است قائل شد این است که اباحه درحال استفاده و پس از اخذ بهره ، مفید ملکیت منفعت یا انتفاع دانسته شود مانند منافع زمینی که مالك بزارع اجازه دهد که در آن مجاناً کشت وزرع نماید ویامانند ملکیت حاصله نسبت ببضع کنیز محلله چه کنیز مزبور برای محلل له ازجهت خصوص انتفاع ببضعش مملوکه است و این مالکیت درانتفاع مزبور ، منافات نمیدارد بااینکه اصل درمالکیت مالك اباحه کننده باقی باشد . باضافه محتمل است که اباحه هریك از ائمه برای زمان همان امام مؤثر باشد ولی با وفات چون اصل ملکیت بامام بعد منتقل میشود اجازه مالك جدید لازم باشد که چنین اجازه‌ئی نرسیده است بلکه برعکس چنانکه درباب موات ملاحظه شد توقیعات صاحب الامر ظاهر در منع است که لازمه آن

لزوم پرداخت حق الارض وخراج بوالی مسلمین ونایب امام است .

٥ ـ بحکم شارع وبلکه استقلال عقل تصرف درملك غیر بدون اجازه مالك ومجوز شرعی حرام است ودعوی وجود مجوز دربیش ازحق انتفاع مردوداست واگر احیانا دروجود مجوز شك شود بااجرای اصل رفع شك میشود .

اینك باتوجه بمقدمات ونکات مذکور **بطلان اینگونه استدلالات وشبهات که منجر به از بین بردن حکم انفال ومفتوح العنوة وتأسیس حکمی مخالف آن** وبالنتیجه تحلیل حکم حرمت تصرف درمال غیر وبلکه حکم بمالکیت وانتقال ملك غیر بدون سبب شرعی **میشود بانکشاف وجدانی ودرنزد وجدان سلیم مسلم و واضح میباشد .**

## دوم رفع شبهه ازطریق تحلیلی واستدلالی .

دراینروش ، شبهه تجزیه وتحلیل میشود وآنچه پایه استدلال برای بوجود آوردن آن شبهه واشتباهکاری قرار گرفته بررسی میگردد . دراینعمل ملاحظه میشود قواعد واصولی مربوط باحکام ظاهریه بکار رفته است که هریك درجای خود صحیح ومتقن است النهایه بصورت مغالطه وسفسطه درغیر محل ازآنها استفاده شده وشبهه را بوجود آورده است . این اصول ودلائل عبارتند از : ١ ـ نفی حرج وضرر ٢ ـ اصل اباحه شرعی ٣ ـ مرورزمان ٤ ـ اصل صحت ٥ ـ قاعده ید . که ذیلا بطور اشاره وبقدر رفع حاجت ازآنها صحبت میشود :

### الف ـ لزوم عسر وحرج وضرر برمسلمین:

دراصل قاعده واینکه نفی حرج وضرر ازاحکام ثانویه ومقدم براحکام اولیه میباشند قبلا بحث شد دراینجا فقط باین نکته توجه میشود که استناد بنفی حرج و ضرر درغیر محل وملازمهٔ ادعائی ، مردوداست چه همانطور که گفته شد ونصوص اخبار بآن گویا است اولا اراضی مفتوح العنوه ملك جمیع مسلمین است .

ثانیا حکم آن اختصاص بزمانی دون زمانی ندارد ومالکیت ونسبت مسلمانان هرزمان باآن اراضی بمانندمسلمانان زمانهای قبل است یعنی نسبت مالکیت مسلمین

براین اراضی دائمی است (باخبار زراره ، حماد ، ابی‌بصیر و محمد مسلم که قبلاذکر شده مراجعه شود) ثالثا مداخلهٔ امام دراین اراضی نه‌شرط حکم است ونه شرط اجرای حکم ، بلکه اینمداخله صرفا ازنظر حاکمیت وازباب ریاست عامه و نظارت است واین نظارت‌ازطرف نایب‌امام وحاکم جور وعدل‌وبلکه هرفردمسلمانی ممکن است چه بدیهی است که امور مسلمین ونظم اجتماع‌وتشکیلات اسلامی بمانند سایر احکام اسلام باغیبت امام‌تعطیل نمیشود وناگزیر بدست حاکمی عادل یاجائر اداره میگردد ولذا برطبق نصوص تصرفات سلطان ووالی دراراضی‌خراج ، وهم درنفس خراج ، وتقبل آنها ازحاکم تجویز شده است پس ملازمه ادعائی یعنی لزوم حرج وضرر برمسلمین درزمان غیبت ممنوع‌است وبالاخص‌درتعلیمات‌وتشکیلات اجتماعی وحکومتی اسلامی ، که هرفرد مسلمان نه تنها بعنوان اینکه عضوی از اجتماع و فردی ازجمع است بحساب آمده است بلکـه دربسیاری ازموارد درامور اجتماعی استقلال دارد ودر عین اینکه رعیت است خود راعی ومسئول رعیت میباشد .

توضیح آنکه درجامعه اسلامی هر فرد مسلمان دو عنوان ووظیفه فردی و جمعی میدارد .

درعنوان فردی هرشخصی بمانند فردی ازافراد سایر اجتماعات دارای کلیه حقوق ووظائفی‌است که شارع مقرر وتصویب فرموده است .

اما درعنوان جمعی هرفرد درحدود برنامه معین نماینده وسرپرست اجتماع اسلامی میباشد ومداخلات نوعی او که مربوط بمصالح وامور مسلمین‌باشد بدانجهت که مسلمین برادر وبرابروهمانند نفس واحدی هستند ممضی ونافذ است چنانکه در اخبار راجع بمهادنه ودادن‌امان ملاحظه میشود که مداخلات‌وعمل‌فرد درپیش‌جمع معتبر میباشد وامانی که‌ازطرف فردی ازمسلمین داده میشودجامعه مسلمان‌بایدآنرا محترم بشمارد ویا درقضیهٔ دادن زکوة وخمس ، که اگربارعایت شرائط ، مستقیم وبدون تسلیم بمتولی‌وبیت المال پرداخت شود مجزی است وهمچنین است سایر مواردی که مسلمین ازیکدیگر ولایت میدارند وبجای یکدیگر ویا برای نوع کار

میکنند، برای اینکه مسلمانان برحسب تعلیمات ودستورات اسلام برادروآئینه تمام نما وچشم وچراغ یکدیگرند ، برای اینکه دروغ بهم نمیگویند وتهمت نمیزنند و یکدیگرراتکذیب نمینمایند ، برای اینکه خدعه وخیانت در کار آنها نیست وظلم وستم بریکدیگر روا نمیدارند ، برای اینکه مسلمان برای برادر اسلامی خود آنچیزی را میخواهد که برای عزیزترین افرادخانواده اش دوست دارد و کراهت وزشت میشمارد هرچه را که برای عزیزترین اهلش دوست ندارد ، مردمسلمان بخوشی وشادی برادر مسلمانش خوشحال ودر حزن واندوه او غمگین میشود وآنچه درامکان داشته باشد برای گشایش کار او بکار میبرد وبدینجهات است که مخاطب واقع شده اند باینکه همه راعی وهمه مسئول ازرعیتشان میباشند ، اینها مانند جسد واحدی هستند وهمه روح واحدی میباشند .

شاهد مطلب اخباریست که دراینخصوص وارد شده که برای مثال بمضمون چند حدیث از کتاب ایمان و کفر کافی توجه داده میشود :

١ ـ ازحارث بن مغیرة است :قال : قال ابو عبدالله عليه السلام : المسلم اخوالمسلم هو عینه ومرآته ودلیله ، لایخونه ولایخدعه ولایظلمه ولا یکذبه ولا یغتابه .

٢ـ ازابی بصیراست : قال : سمعت اباعبدالله عليه السلام یقول : المؤمن اخوالمؤمن کالجسد الواحد ، ان اشتکی شیئامنه وجد ألم ذلك فی سائر جسده ، وارواحهما من روح واحدة .

٣ ـ درخبر عیسی بن ابی منصور است که حضرت صادق عليه السلام بابن ابی یعفور فرمود : یابن ابی یعفور قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ست خصال من کن فیه کان بین یدی الله عز وجل وعن یمین الله ، فقال ابن ابی یعفور : وماهن جعلت فداك ؟ قال : یحب المرءالمسلم لاخیه مایحب لاعزاهله ، ویکره المرءالمسلم لاخیه مایکره لاعز اهله ، ویناصحه الولایة ، فبکی ابن ابی یعفور وقال: کیف یناصحه الولایة ؟ قال : یابن ابی یعفور اذا کان منه بتلك المنزلة بثه همه ففرح لفرحه ان هو فرح وحزن لحزنه ان هو حزن وان کان عنده مایفرج عنه فرج عنه والافدعا الله له ، قال ثم قال ابوعبدالله: ثلاث لکم،

وثلاث لنا : ان تعرفوا فضلنا وان تطؤوا عقبنا وان تنظروا عاقبتنا ،

٤ - ازخبر ابی المأمون حارثی است که گوید بامام صادق علیه السلام عرض کردم ماحق المؤمن علی المؤمن ؟ قال علیه السلام : ان من حق المؤمن علی المؤمن المودة له فی صدره ، والمواساة له فی ماله ، والخلف له فی اهله ، والنصرة لمن ظلمه ، وان کان نافلة فی المسلمین وکان غائبا اخذ له بنصیبه ، واذا مات الزیارة علی قبره وان لایظلمه وان لایغشه وان لایخونه وان لا یخذله وان لا یکذبه وان لا یقول له اف واذا قال له : اف فلیس بینهما ولایة ، واذا قال له : انت عدوی فقد کفر احدهما ، واذا اتهمه انماث الایمان فی قلبه کما انماث الملح فی الماء .

باتوجه بفحوای این اخبار وصراحت خبر اخیر حفظ ونگاهداری ازمال و خانواده هرمسلمان ازجملهٔ حقوق وتکالیفی میباشد که مسلمانان بریکدیگر دارند . پس اگر تصرفات شخص وفرد درارض خراج بعنوان اول یعنی ازجهت فردی وبقصد تملك باشد تصرفات او باطل وبلحاظ تصرف درملك غیر ، حرام وهم موجب ضرر برنوع وجامعه مسلمین است اما برعکس ، اگر تصرفات واقدامات عمرانی فرددر آن اراضی بعنوان دوم یعنی برای رعایت مصالح برادران دینی وبقصددادن خراج وپرداخت حق مسلمین باشد باینمعنی که پس ازوضع مخارج ، خراج وحق مسلمین را ببیت المال تسلیم دارد ، تصرفاتش مباح وازنظر نظام عمومی اسلام ازوظائف محسوب است . و بنا براین ممکنست باجازه سلطان جائر ، یاعادل ، یااجازه حاکم شرع ویا عدول مؤمنین وحتی بدون اجازه لیکن بقصد نمایندگی از جامعه وبه نیت پرداخت حق مسلمین ، درارض خراج ازطرف هرمسلمانی اقدام بعمران وآبادی بشود . پس فرض لزوم ضرر وحرج چه ازلحاظ فردی وچه نوعی واهی وممنوع است .

## ب - اصل اباحه

درسابق راجع باصالة الحل واصل اباحه بقدر کافی صحبت شدواین نتیجه بدست آمد که بااجرای این اصل درمواردی که منعی نباشد ممکنست قابلیت موضوع برای مالکیت احرازشود اما خودش مفید مالکیت نیست چه مالکیت مسبب اسبابی است

که بعد از احراز قابلیت موضوع بایستی موجود شود و وجود سبب مملك در مقام ممنوع است زیرا ارض مفتوحه قابل تملك شخصی نیست وارض انفال هم که ملك امام میباشد ازطرف مالك بکسی منتقل نشده است بلکه امام آنها را تحلیل ومباح برای نوع شیعه فرموده است نه شخص و با اصدار این اجازهٔ انتفاع، ازخود سلب مالکیت نفرموده است .

## ج - قاعده مرورزمان

گفته شد که تغییر و تبدیل اوضاع و تبدل دوران و زمان ، درحقایق شرعیه و قوانین و قواعد حقیقیه ایکه بوسیله خاتم انبیا بر مردم خوانده شده است و نجات بشریت وتشکیل مدینه فاضله درهر عصری بستگی برعایت آنها دارد مؤثر نمیباشد اگر فرضا مسلمانان اسمی ویا مسلمان نماها بسیاری از احکام شرعی ویااحیاناتمام آنهارا با تعبیرات ناروا ویابهر اسمی پشت سر بگذارند ودراجرای آنهاروی موضوعات تعلل ورزند ومنکرات شرعی را بصورت معروف، ومعروف را بصورت منکر درآورند بیشك این قلب وانقلاب عملی وظاهری موجب قلب حقیقت وتغییر قوانین آسمانی نخواهد شد پس شمول واجرای قاعده مرورزمان دراحکام دائمی اسلام راه ندارد .

ممکن است گفته شود مرورزمان دراراضی سبب مملك است وشرع بآن حکم داده است چه درخبر یونس است که امام علیه السلام فرمود : « ان الارض لله جعلها وقفا علی عباده فمن عطل ارضاً ثلاث سنین متوالیة لغیرما علة اخرجت من یده ودفعت الی غیره ومن ترك مطالبة حقه له عشر سنین فلاحق له » . ودرخبر دیگر است که حضرت صادق علیه السلام فرمود : « من اخذت منه ارض ثم مکث ثلاث سنین لایطلبها لم یحل له بعد ثلاث سنین ان یطلبها » ( این دوخبر در کافی وتهذیب است ) .

بطوریکه مفاد این دوخبر حکایت دارد مرور زمان منشاء و سبب چند حکم مختلف میگردد ازجمله :

۱ــ باز گشت زمین بحکم اصل ، بدین توضیح که چون زمین ملك خدا است واو بر بندگانش وقف نموده است پس هر کس قطعه‌ئی را در دست دارد باید در عمران و آبادی آن بکوشد وهر گاه سه سال متوالی معطل بگذارد ازاو گرفته میشود

و بدیگری تحویل میگردد .

۲ـ زوال حق که مدت آن ده‌سال مقررشده است وهر گاه درظرف این مدت مطالبه نشود پس از آن برای اوحقی نیست .

۳ـ تغییرحکم درباره اراضی براثرعدم مطالبه چنانکه طبق مستفاد از خبر دوم هر گاه زمینی از کسی اخذ شود ومدت سه سال درمقام مطالبه واسترداد آن بر نیاید دیگرحق مطالبه ندارد وجائزوحلال نیست که بعد از آن مدت درمقام مطالبه بر آید .

پس باتوجه باین اخبار کسانیکه هم اکنون اراضی مفتوحه وانفال رامتصرفند چون مسلما بیش ازاین مدتها چه ازتصرف خودآنهاوچه سابقین آنها گذشته است کـه صاحبان اراضی در مقام مطالبه بر نیامده‌اند لذا دیگر حقی برای آنها باقی نیست وحکم بمالکیت متصرف میشود .

درپاسخ گفته میشود که : این اشکال صحیح نیست واین دوخبر برخلاف و علیه نظرمستشکل است چه بحکم خبراول زمین ازطرف مالك آن وقف اعلام شده است وحق کسانیکه روی زمین کارمیکنند یك حق موقت ومشروط معرفی گردیده است که شرط آن معطل نگذاشتن زمین یعنی سعی درعمران و آبادی آنست ـ اما وقت و اجل آن پس از تثبیت حق عمران مدت سه سال بعد از تعطیل کـار و خودداری ازعمران است یعنی حق مذکور بااینکه فاقدشرط میشود مع الوصف تامدت سه سال محترم شمرده شده ورعایت میگردد ولی بعد از سه سال بر والی است که از نظررعایت نظم عام زمین را ازاو بگیرد وبدیگری بدهد که بعمران و آبادی آن اقدام نماید . وچون ممکن است عمران کننده سابق که زمین را معطل گذارده و بدینجهت زمین از او اخذ شده است متحمل مخارجی برای اصلاح زمین شده باشد وحقوقی درآن پیدا نموده باشد لذا برای جلوگیری ازضرر ، باو حق داده شده تا مدت ده سال حقش را مطالبه نماید و اگر در این مدت ادعائی نکرد ظاهر این است که حقی نداشته است چنانکه جمله « فلاحق له » نیز بدان مشعر است نه اینکه

مرور زمان حق او را ساقط نموده باشد .

اما خبردوم موردش همان مورد خبراول و مؤید حکم آن است النهایه سه سال مکث نمودن و بسراغ زمین نرفتن و مطالبه نکردن آن ، درحکم سه سال عطلت وبمثابه آن محسوب است وبعبارت دیگر بموجب این دوخبرحق انتفاع از زمین در دوصورت پایان میابد .

صورت اول آنکه منتفع سه سال زمین را معطل بگذارد واقدام درعمران آن ننماید ، صورت دوم آنکه زمین از او گرفته شود وتا سه سال درمقام مطالبه آن بر نیاید که این عدم مطالبه هم خود بهترین دلیل برعدم علاقه بعمران ودر نتیجه بمنزله مهمل ومعطل گذاردن زمین درمدت سه سال مذکور میباشد .

بعلاوه درمورد بحث یعنی اراضی خراجی اصولا مرور زمان جاری نمیشود زیرا اولا دراخبار مربوط باراضی خراجیه تصریح بدوام شده است . ثانیا خبراول از دوخبریکه اشکال متکی بر آنها بود بنفع مالکیت استغراقی دلیل است وبلکه در آن صراحت دارد ومفاد خبردوم هم درقضیه اراضی خراجی از نظر حقوق مسلمین قابل تصور نیست وفقط ممکن است حقوق زارعین وعمران کنندگان برحسب آن تضییق گردد چه گیرنده زمین اگردراین مورد امام وولی مسلمین باشد ولایت خود را اعمال نموده است وحق مطالبه‌ئی برای آنکه زمین ازاو گرفته شده نخواهدبود مگرنسبت بحق اعیانی . واگر شخص دیگری از مسلمین ، زمین را گرفته باشد دومی بمانند اولی درقبال مسلمین وبیت المال مکلف بپرداخت خراج است وعنوان متصرف اولی ودومی نسبت بجامعه اسلامی و آن طبیعت کلیه ، عنوانی واحد است النهایه ظاهراین است که بمتصرف اولی حق داده شده است تا مدت سه سال بمناسبت سبق تصرف و عمران ، زمین را ازدومی مطالبه نماید وخلع ید اورا بخواهد .

برای اینکه بوحدت ویگانگی سازمان وتشکیلات اسلامی واحترام اعمال و ومداخلات سیاسی واجتماعی فرد درنزد جامعه ومیزان مسئولیت او بهترواقف شویم لازم است علاوه برتوجه باخباری که دراین خصوص گذشت دراین خطبهٔ رسولخدا صلی الله علیه وآله وسلم

که دراصول کافی بطرقی از حضرت امام صادق (ع) وارد شده و ایراد آن در مسجد خیف وبحکایت برخی اخباردرحجة الوداع بوده است دقت شود : «نضرالله عبدا سمع مقالتی فوعاها و حفظها و بلغها من لم یسمعهافرب حامل فقه غیر فقیه و رب حامل فقه الی من هوافقه منه ثلاث لایغل علیهن قلب امری مسلم : اخلاص العمل لله ، و النصیحة لائمة المسلمین ، و اللزوم لجماعتهم فان دعوتهم محیطة من ورائهم ، المسلمون اخوة تتکافی دماؤهم و هم ید علی من سواهم ، و یسعی بذمتهم ادناهم » .

پیغمبراسلام دراین بیان کوتاه و پرمعنای خود اساس برنامه ابدی اسلام و مسلمانی‌واصول سازمان صحیح وتشکیلات نافذ ودرست اسلامی را که حافظ بشریت است بطوربسیارفشرده منتشرساخت و وحدت واتحادی راکه درخورفطرت اصلی و مقام انسانیت انسان وجامع بین ماده ومعنی باشد نوید دارد و با این جمله « یسعی بذمتهم ادناهم » اعلام فرمود که در این سازمان اجتماعی نیرومند و قوی آنچنان عدالت وحس اعتماد وخلوص‌نیت برقرار وحکمفرما است که نه تنها افراد آن در حقوق و تکالیف خاصه برادر و برابرند بلکه در خدمات نوعی و عمومی یکسان میباشند وهمه درکارهای جامعه کوشا وساعی ودراداره امور سهیم وشریك میباشند و اقدام و امضای کوچکترین فرد آنها که جنبهٔ اجتماعی داشته باشد بعهدهٔ جمیع قرار میگیرد ودر نزد جامعه مسلمین معتبر ومحترم ومؤثراست .

پس بهرحال بنابرآنچه ذکرشد مرورزمان بر فرض اینکه معتبر باشد علیه جامعه اسلام وآن کلی که وجودش درضمن افراد است درمتصرفات مسلمین‌باتوجه باصل جاری نمیشود .

## د - اصل صحت درعمل غیر

مقدمتا بایدتوجه داشت این اصل‌ازاصول موضوعیه ایست مربوط‌بنظم‌عمومی که فی‌الجمله اعتبار آن بلا اشکال و مورد وفاق علماء اعلام است و اجرای آن موجب رفاه وآسایش نوع ،وبرای حفظ نظام وتسهیل امورزندگی ومراوده‌هامفید،

ومستلزم حسن معاشرت وراحتی‌خیال وایجاد حس اعتمادواطمینان بیکدیگراست.

اساس وپایه این اصل درحقیقت برپاکی طینت وشرافت فطری انسانی که صحت گفتارو کردار وپندار افراد انسان را غالبا اقتضا میدارد استواراست .

این اصل چون وابسته بفطرت وبلحاظی از لوازم مدنیت است لذا اختصاص باسلام نمیدارد ودرمیان ملتهای دیگرهم تاحدی مجری وعملا معتبر میباشد النهایه میزان اعتبار ووسعت دائرهٔ اجرای آن فرق مینماید وبستگی بصلاح وفساد ملتها و اهل‌هر زمان و مکان دارد و جوامع متمدن هم سعی میکنند آنرا با فرمولها و عکس العمل‌های خاصی برای بیدارنمودن غرورفردی وملی‌ملت خود ویاباقتضای ضرورت بکاربندند .

دراجتماعی که سازمانش مبتنی بر تعلیمات اسلامی وافرادش خود را مقید باجرای دستورات وقوانین اسلام بدانند ودرعمل نمودن بآنها ساعی و کوشا باشند مسلما این اصل بطور اطلاق وبدون هیچ قید وبندی قابل اجرا بوده و معتبر است زیرا مسلمان نسبت‌ببرادران‌اسلامی خود، هم ازلحاظ انفرادی وهم‌ازلحاظ‌اجتماعی حقوق ووظائفی میدارد که حسن ظن واعتماد واطمینان بریکدیگر و اجرای اصل صحت دراعمال و گفتاراو کمترین وظیفه انسانی ودینی‌وی درجهان مسلمانی‌میباشد برای شاهد چند خبر ذیلا از اصول کافی نقل میشود :

۱ـ ازابراهیم بن عمریمانی‌است که حضرت صادق علیه‌السلام فرمود « حق‌المسلم علی المسلم ان لایشبع ویجوع اخوه ولایروی ویعطش اخوه ولایکتسی ویعری‌اخوه فما اعظم حق المسلم علی اخیه : و قال : احب لاخیك المسلم ما تحب لنفسك و اذا احتجت فسله وان سالك فاعطه لا تمله خیرا و لا یمله لك ، کن له ظهراً فانه لك ظهر، اذا غاب فاحفظه فی غیبته و اذا شهد فزره واجله واکرمه فانه منك وانت منه فان کان علیك عاتبا فلاتفارقه حتی تسال سمیحته وان اصابه خیر فاحمدالله‌و ان ابتلی فاعضده وان تمحل له فاعنه واذا قال الرجل لاخیه : اف، انقطع مابینهما من الولایة واذا قال : انت عدوی کفراحدهما ، فاذا اتهمه انماث الایمان فی قبله

کما ینماث الملح فی الماء ، و قال بلغنی انه قال : ان المؤمن لیزهر نوره لاهل السماء کما تزهر نجوم السماء لاهل الارض و قال ان المؤمن ولی الله یعینه ویصنع له ولایقول علیه الاالحق ولایخاف غیره » .

۲ـ ازمحمدبن عجلان است که گفت : « کنت عندابی عبدالله علیه السلام فدخل رجل فسلم ، فساله کیف من خلفت من اخوانك ؟ قال : فاحسن الثناء وزکی واطری ، فقال له: کیف عیادة اغنیائهم علی فقرائهم؟ فقال قلیلة، قال و کیف مشاهدة اغنیائهم لفقرائهم قال : قلیلة ، قال فکیف صلة اغنیائهم لفقرائهم فی ذات ایدیهم ؟ فقال : انك لتذکر اخلاقا قل ماهی فیمن عندنا ، قال : فقال : فکیف تزعم هولاء انهم شیعة .» .

۳ـ ازابی المغرأ است که حضرت امام صادق علیه السلام فرمود : « المسلم اخو المسلم لایظلمه ولایخذله ولایخونه ، ویحق علی المسلمین الاجتهاد فی التواصل و التعاون علی التعاطف ، والمواساة لاهل الحاجة ،وتعاطف بعضهم علی بعض حتی تکونوا کما امرکم الله عزوجل : « رحماء بینهم » متراحمین مغتمین لما غاب عنکم من امرهم علی مامضی علیه معشر الانصار علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله . » .

٤ ـ ازمعاویة بن عمار است که امام صادق علیه السلام در قوله تعالی : « قولوا للناس حسنا » فرمود : « وقولوا للناس حسنا ولاتقولوا الاخیر احتی تعلموا ماهو؟ »

٥ ـ ازجابربن یزید است که امام باقر علیه السلام در قوله تعالی « و قولوا للناس حسنا » فرمود : قولوا للناس احسن ماتحبون ان یقال فیکم . » .

٦ـ ازحضرت امیرالمومنین علیه السلام است که میفرماید « باید امر برادر مؤمن خودرا ببهترین محامل حمل کنی وباید بسانحه‌ئی که ازبرادرتو سرزند گمان بد نبری مادامیکه محمل خوبی از برای آن بیابی » این اخبار وچند خبری که سابقا ذکرشدنمونه هائی ازاخباری هستند که حقوق ووظائف مسلمین رادرمقابل یکدیگر مقرروتعیین میتمایند ومفاد جمله آنها میرساند که لازم است شخص مسلمان گمان بد بهیچیك ازمسلمین نبرد و گفتار و کردار ایشان را حمل بربدی ننماید و آنهارا متهم نسازد بلکه هرعملی ازهر کس می بیند و هر سخنی از هر کس میشنود آنرا

ببهترین محامل حمل کند .علاوه براخبارمذکور وباتوجه باینکه دوخبر شماره٤و ٥ دلیل کتابی بود. ازکتاب نیز بقوله تعالی : « اجتنبوا کثیراًمن الظن ان بعض الظن اثم » استناد شده است ببیان اینکه ظن سوء اثم است وچون حمل فعل وقول مسلم برفاسد ، بدگمانی در حق مسلمان است پس اثم میباشد و لذا اجتناب ازآن بحملش برصحیح واجب میباشد .

وهمچنین اجماع قولي وعملی‌هم براعتبار اصاله الصحة قائم است .

پس عقل و کتاب وسنت واجماع اجمالا حکم باعتبار اصالة الصحة مینماید وازاین حیث اشکالی نیست .

امابایددید که : منظور ازاین اصل صحت چیست ؟ درچه مواردی اجرای آن ممکن است ؟ . چه آثاری برآن مترتب میشود ؟ وحال ونسبت این اصل ، وقتی در قبال اصول دیگر ( از قبیل اصل فساد و یـا اصل عدم و استصحاب ) واقع میشود چگونه است ؟ .

**منظور ازاصل صحت درعمل غیر:**

صحت وفساد هرشیء عبارتست ازاینکه آن شیء دارای جمیع چیزهائی باشد که درآن معتبر است که درفارسی بدان « درست » گویند ، وآن وصفی است نسبی واضافی که همواره دروجوداحتیاج بمحل وموضوعی میدارد که قابل اتصاف بصحت وفساد باشد ، وهرچند این معنی درتمام موارد معنای واحدی است لیکن درعمل و انطباق . ازحیث آثاروبحسب جهات اضافه و انظار ومقاصد اختلاف بسیاری حاصل مینماید بطوریکه شیء واحد میتواند بحسب اثر ونظری صحیح وبحسب اثرونظر دیگر فاسد باشد چنانکه مثلا درعبادات : نماز بدون سوره ازنظر کسی که قرائت سوره را واجب نمیداند صحیح ، واز نظر کسی که سوره را واجب میداند باطل و فاسد است . ودرمعاملات : عقد بیع ونکاحی که بفارسی واقع شود ، ازنظر کسی که‌وقوع آنها را بفارسی جائز میداند صحیح ، وازنظرمخالف فاسد میباشد ویا مثل معاملات‌ربوی که ازنظرعرف صحیح، ولی‌ازنظرشرع باطل وفاسد است، فلذا درمقام

اجرای صحت درعمل غیر ، وحمل فعل مسلم برصحت با مراتبی از معنی واحد و یا مصادیق مختلف وبظاهر با معانی متعدد سروکار پیدا میشود ازجمله :

۱ـ آنکه فعل مسلم حمل برصحت شود واقعا ودرنزد حامل بدان معنی که فاعل درفعلش جرح نشود وعملش بر محملی شرعی ( از دون حکم بترتب جمیع آثار ) حمل گردد مانند کلامی که ازمومنی شنیده شود ومردد بین سلام وفحش باشد که آثار سلام ووجوب رد بر آن مترتب نمیشود .

۲ـ آنکه فعل مسلم برصحت فعل درنزد فاعل حمل شود یعنی سوءظن باو نبریم ودرفعلش اورا متهم ننمائیم و نسبت بد ، و ارتکاب گناه باو ندهیم بلکه آنچه از فاعل صادر میشود بروجهی که نزد خود او نیکو وصحیح است حمل نمائیم .

۳ـ آنکه حمل شود بر صحت و ترتب آثار نزد فاعل یعنی آثار وضعیه آنچیزیکه باعتقاد فاعل صحیح است بر آن بارشود .

٤ ـ آنکه حمل شود برصحت وبحکم بترتب آثارشرعی نزد حامل بدینمعنی که عمل مسلم واقعا صحیح تلقی شود وهمان آثارشرعیه ایکه برفعل صحیح واقعی مترتب میشود بر آن بار گردد .

از این معانی آنچه مورد نزاع و مفید بمقاله علماء و مخصوصا متأخرین از فقهاء واصولیین است دو معنی اخیر ومخصوصا معنی چهارم است . واما آنچه دلیل از ادلهٔ اربعه باآن مساعد است معنی اول ودوم میباشد .

توضیح آنکه مقصود علماء ازاصل وحمل فعل مسلم برصحت ، این است که فعل صادر از مسلم از افعالی است که اثر مقصود ، از قبیل ملکیت و زوجیت وغیر آنها از آثار واغراض مقصوده ، بر آن مترتب میشود نه مجرد عدم سوءظن یا داشتن حسن ظن وبعبارت دیگرمحل ومورد نزاع این است که آیا در صورت حصول شك درفعل مسلم ، واجب است بنا براین گذاشته شود که فعل صادر از مسلم ، از افعالی است که حکم وضعی واثر مقصوده حتی درمقام مشاجره و تنازع بر آن بار میگردد یا واجب نیست چنین بنائی گذاشته شود .

هیچیك از کتاب وسنت و عقل چنانکه در کلام شیخ انصاری مشروحا بیان شده براین معنی مورد نزاع ، دلالتی ندارد وبلکه اخباری خلاف آنرا میرساند که از آنجمله است :

١ـ فرمایش حضرت صادق بمحمدبن فضل « یا محمد کذب سمعك وبصرك عن اخیك فان شهد عندك خمسون قسامة انه قال و قال لم اقل فصدقه و کذبهم » . بطوریکه ازظاهر این روایت پیدا است اگر مراد از تصدیق ، تصدیق واقعی باشد بدان معنی که آثارمترتبهٔبرصدق واقعی برآن بارشود وازتکذیب نیز تکذیب‌واقعی باشد تنافی وترجیح بلا مرجح و بلکه ترجیح مرجوح لازم میاید . پس مقصود از از تکذیب سمع و بصر از برادر مسلم نیست مگر نفی تهمت و عدم حکم بصدور قبیح ازمسلم ، و یا مراد این است که بحسن فعل مسلم حکم نماید ، چنانکه مثلا اگر شخص ظاهر الصلاحی را به بیند یا بشنود که مرتکب شرب خمرشد واجب است براو حواس خودرا بدین ترتیب تکذیب نماید که اثرفعل برآن بار ننماید و حکم نکند باینکه آن شخص مرتکب حرام شده است بلکه بنا را بر این بگذارد که ضرورت طبی شرب خمر را ایجاب نموده است و یا اگردید که اراضی خراجیه را که بعنوان عرصه غیرقابل‌خرید وفروش است ، خرید وفروش‌مینماید اوراغاصب نخواند وتصرفات اورا حرام نداند بلکه بجواز تصرفات وبیع‌وشراءاو باعتبار آثار واعیانی حکم نماید وآثار واحکام اصل را هم باعتبارش باقی بدارد .

واما ذیل حدیث یعنی تکذیب خمسین‌قسامه ، بطریق‌تفریع‌اولویت وبعنوان تاکید حکم صدرآن ، و ظاهراً بروجه مبالغه بیان شده است و بالنتیجه منظور از تصدیق مؤمن ، حکم بمطابقت گفته او با واقع است که لازمهٔ آن تکذیب شهود عدل ازنظر انطباق با واقع است وآن منافات باحکم بصدق آنها حسب اعتقادشان ندارد . و بعبارت دیگر باید گفت هر دو راست میگویند اما صدق شهود نقل است که ممکن است درست درك واقع ومنظور فاعل را ننموده باشند وازاین جهت گفته آنها با واقع مطابقت نداشته باشد ولی صدق مؤمن علمی و مربوط بخود اوومطابق

باواقع است ، وبدیهی است که براین تصدیق واین نوع اصالة الصحة آثار وضعیه بار نمیشود .

۲ـ روایت عبدالله بن سنان ازحضرت صادق علیه السلام « لاتثقن باخیك کل الثقة فان صرعة الاسترسال لاتستقال » این روایت ازآنجهت مورد استشهاد است کـه از اجرای اصل صحت بمعنی اخیر منع میکند زیرا لازمه اعتبار اصل صحت بمعنی مبحوث عنه این است که وثوق واعتماد تام ببرادر مؤمن بشود .

۳ـ درتحف العقول استازامام جعفرصادق علیه السلام « اذا کان الزمان زمان جورو اهله اهل غدرفالطمانینة الی کل احد عجز » .

٤ ـ آنچه از کلام مولای متقیان از نهج البلاغه مورد توجه شیخ در رسائل واقع شده است باینکه : « اذااستولی الصلاح علی الزمان واهله ثم اساءرجل الظن برجل لم یظهر منه خزیة فقد ظلم واذااستولی الفساد علی الزمان و اهله ثم احسن رجل الظن برجل فقد غرر » و همچنین قول ابی الحسن علیه السلام در روایت محمدبن هارون جلاب : « اذا کان الجور اغلب من الحق لایحل لاحدان یظن باحد خیرا حتی یعرف ذلك منه » .

پس باتوجه باین اخبار وباقتضای جمع بین آنها بایستی فعل مسلم صرفابر جهات نیك آن حمل وآثارتهمت آن ترك گردد وازحیث ترتیب سایر آثار در آن توقف شود .

**دعوی اجماع :**

بعضی ازمتاخرین چون برای اعتباراصل صحت بمعنای اخیراستدلال بکتاب وسنت وعقل را مفید وخالی از مناقشه نیافته اند لذا باجماع بعنوان تنها دلیل کافی برمقصود تمسك نموده اند وانعقاداجماع را برموارد بحث فی الجمله مسلم ومحقق دانسته اند ،.اما عموم وشمول آن بروجهی که درمورد اختلاف مفید ومورد اعتماد باشد مشکل است چه :

اولا دلیل اجماع دراین مورد ( چنانکه گفته شده است ) یا استصحاب است

ویا غلبه وظهور حال مسلم .

تقریر استصحاب بدین تقریب شده است که : اصل درجمیع اشیاء سلامت است و فساد امری عارضی وبرخلاف طبیعت اصلیه میباشد که هر گاه آن عارض نباشد شیء بالطبع صحیح خواهد بود پس اگر شك دروجود عارض شود با اجرای اصل عدم واستصحاب حکم بصحت میشود وبنابراین استصحاب ، درمقام اعتبار اصل صحت کاشف اجماع بر صحت و سلامت درجمیع موجودات است ـ ولی این دلیل بطور قطع ووضوح کلیت ندارد ودراحکامی که وجود آنها بستگی بتحقق اشیاء و ایجاد شرایط وارتفاع موانعی دارد فرض آن ممکن نیست وبلکه قضیه درست عکس میشود

واما قضیه غلبه (که منتسب بفاضل قمی است ) وظاهر حال مسلم (که مانند علامه وجماعتی بر آنند) بدین توجیه است که : مسلمین درافعال واعمالشان رعایت دستورات وتعالیم شارع را مینمایند وغالبا رفتار و کردار آنها مطابق با اعتقادشان میباشد پس درمورد شك ، ازباب غلبه وحصول ظن باینکه عمل عامل بر طبق اعتقاد او میباشد جانب صحت ترجیح داده میشود وحمل برصحت میگردد ومراد ازظاهر حال مسلم هم همین است بعبارت دیگر ظهور حال مسلم ازحیث اینکه مسلم وپای بند و معتقد باحکام شارع است اقتضا نمیدارد جز اجتناب از آنچه نزد شارع فاسد است و عمل بروفق آنچه معتقد است که نزدشارع جائزمیباشد پس هر آنچه از مسلمین صادر میشود باقتضای این ظاهر بر صحت حمل میگردد لیکن این غلبه و ظهور بیش ازآنچیزی را که اخبار بآن گویااست اقتضا نمیدارد چه برحسب صلاح وفساد اهل زمان وقدرت وضعف معنویات ورواج بندگی مادیات ظاهر وغالب تغییر مییابد وهم در بسیاری ازموارد بواسطه تزاحم وتعارض امکان ندارد تمام آثار بر فعل مترتب گردد .

**ثانیا** اجماع برحکم شرعی بدووجه منعقد میشود یکی برموارد جزئیه ودیگری بر عنوان کلی ، بنا بروجه اول تعدی از همان موارد اجماعی جائز نیست و فقط بنا بروجه دوم است که حسب اقتضای اطلاق معقد اجماع ، اعتماد براجماع واخذ

بآن در موارد اختلاف جائز است اما دلیلی نیست که اجماع ادعائی از نوع دوم باشد .

**ثالثا** اگرادعا شود که اجماع مورد بحث بجمیع موارد تعمیم داردو براعتبار واجرای اصالة الصحة درجمیع موارد ، اتفاق حاصل است جواب داده میشود که این ادعا مخالف چیزیست که در کلام محقق ثانی وعلامه مبنی برعدم اجرای اصالة الصحة قبل از احرازارکان عقدآمده است ، مضافا باینکه جماعتی مفاد این اصل را تخصیص بصحت نزد فاعل داده‌اند که درآن صورت جزدر مواردی نادره مفید ونافع نمیباشد وباز جماعتی دیگر آنرا دربسیاری از موارد با اصل برائت و نظایر آن معارض دانسته‌اند وحتی آن اصول را براصل صحت مقدم داشته‌اند وواضح‌است که حسب این نظریه یعنی بعد از بنا گذاشتن بر تقدیم مثل اصل برائت بر صحت دیگرحکم بجریان اصل صحت مؤثر ونافع نمیتواند باشد .

پس باتوجه بمراتب و جهات مذکور اجماع هم بر بیش از آنچه از نصوص استفاده میشود دلالت نمیدارد وبالنتیجه اعتبار اصالة الصحة درجمیع موارد وتعمیم آن بآن حدی که در کلام بعضی از متأخرین ملاحظه میشود مخدوش وهم مخالف مفاد نصوص است .

**موارد اجرای اصالة الصحة :**

باتوجه بانچه گفته شد در کلیه مواردی که امر دائر شود بین اینکه فعل صادر از مسلم حرام و ممنوع یا مباح وجائز است بمقتضای مفاد ادلهٔ اصالة الصحة ( که دراینمورد اصالة الجواز نیز خوانده میشود ) فعل مزبور برجهت مشروع و مباح آن حمل میگردد تا وقتی خلاف آن ثابت شود . اما صحت حسب معتقدات فاعل وعرف وعادت محل فرق مینماید پس اگرفاعل مسلمان واز اهل صلاح‌باشد همانطور که مستفاد از اخبار است ، باو ظن برده نمیشود وهرعملی از او دیده یا شنیده شود بروجه مباح ومشروع آن حمل میگردد و الغاءِ احتمال حرمت در فعل مسلم لازم میباشد . ولی اگر فاعل اهل فساد یا مخالف دین و خارج از دین باشد

عمل او بیشك حمل برظاهر حال خودش باید بشود وبنا براین درمسئله صوری پیدا میشود : چه برفرض اینکه شاك درفعل غیر وباصطلاح ، حامل برصحت ، مسلمان باشد ، فاعل فعل، یا مسلمان است یا غیرمسلمان ، وبرفرض بودن فاعل مسلمان ، یا عقیدهٔ او درصحت و فساد فعل ، ازحیث شرائط وارکان ، موافق و مطابق عقیده حامل است یانه ، ودرصورت عدم توافق دو عقیده ، یا بین عقاید آنها تضاد است یا وجه جمع دارد ، ودرهرصورت فاعل یا عالم بصحت فعل میباشد یا جاهل است وباز حامل یا عالم است بعلم یا جهل فاعل ، یا عالم نیست ، وفعل هم یا ازشرعیات است ویاازعرفیات،ودرهریك ازاین دونوع،اتصافش بصحیح وفاسد ممکن است یاممکن نیست

ازجمیع این صور فقط مواردی که.فعل قابل اتصاف بصحت وفساد ازمسلمانی عالم بهصحت وفسادفعلش،صادرشودوحامل هم عالم بحال فاعل باشدواعتقادحامل وفاعل مطابق ویالااقل قابل جمع باشد آن فعل برصحت نزدحامل وفاعل، حمل میشود.واگردرهمین فرض اعتقادفاعل وحامل متباین ومتضاد باشد برصحت نزد فاعل حمل میگردد ـ اما درسایرصور وموارد ، جریان اصل وحمل فعل برصحت مشکل است . وبرفرض اینکه دربرخی ازآن صور ، با تاویلاتی وباصرفنظر نمودن ازمفاد اخبار ، بتوان بادعای اجماع وسیره مدعی رفع اشکال شد ، لیکن در برخی دیگر از آن موارد ادعای رفع اشکال هم ممکن نیست وحمل برفساد موافق اصل است ، وبجهاتی کـه بر کسی پوشیده نیست و در خلال ابحاث توضیح داده شده است مورد بحث از همان موارد میباشد .

**آثار مترتبهٔ بر جریان اصالة الصحة :**

دراینکه مستفاد از اخبار وارده در این باب این است که : جائز نیست ظن سوءبمسلم برده شود وبایستی امر قبیح ( اعم ازفعل وترك ومرددبین ایندو ) ازمسلم نفی شود ومطلق عمل وکاراو برنیکوحمل گردد اشکالی نیست پس هرگاه چیزی از مسلم صادربشود خواه فعلی باشد مرددبین حسن وقبح ، یا ترکی باشد مرددبین آندو ، وخواه دانسته نشود که فعلی نیکو یا ترکی قبیح ویا ترکی نیکو یا فعلی

قبیح ، ازاوصادر شده است ، در هر حال و مقام ، واجب است آنچه از مسلم صادر شده برچیزی حمل شود که صدور آن ازمسلمان شرعا جائز است .

برجریان اصل باین صورت آثاروضعی خاصی مترتب نمیشود وحکم مخصوصی بان ثابت نمیگردد بلکه فقط رفع اتهام از مسلم مینماید ودر مقام تنازع و تداعی ، موافق با این اصل را مدعی علیه قرار میدهد . مثلا هر گاه کلامی از مسلمی شنیده شودو شك شوددر اینکه آن کلام دشنام یاسلام بوده است، جریان اصل وحمل کلام قائل بر صحت ، مقتضی وجوب رد سلام نیست ، بلکه فقط ، اقتضای آن رفع اتهام وبد گمانی است یعنی گفته میشود : آنچه از او صادر شده قبیح و حرام نبوده و کلامی شرعاً جائز بوده است . پس اگر سامع ، مدعی شود که قائل ، اورا فحش داده یا قذف کرده است و قائل منکر فحش یا قذف شود بنا باصالة الجواز و اصالة الصحة در فعل مسلم ، بینه بعهده سامع است .

اما فقهاء ومخصوصا متأخرین این مقدار از آثاررا ازاصالة الصحة نمیخواهند بلکه بحث ایشان دراین است که فعل وامر مسلم ( بهمان معنای عام ) واجب است که حمل شود برفعلی که بر آن اثروضعی مترتب گردد ، وبعبارت دیگردرهرمورد که درفعلی از افعال مسلمانی ، تردید و شك شود باینکه آیا صحیح است یا فاسد ، اصل اقتضا دارد که شاك جمیع آثار مقصودهٔ شرعی وعرفی کـه بر فرد صحیح از همان فعل مترتب میشود ، بر آن فعل مشکوك مترتب سازد . اما چون این تعبیر خالی ازمناقشه نیست ونزد طرفداران آنهم بروجه عام قابل اجرا نمیباشد چه تمام افعال مسلم ، قابل اتصاف بصحت وفساد نمیباشد ، وبر هر فعلی آثار وضعی خاصی مترتب نمیشود ، و وصف صحت همیشه ودر هر عملی دارای اثر واحدی نیست لذا ناگزیر بتفسیر وتقیید آن شده‌اند باینکه :

**اولا** فعل مسلم باید از افعالی باشد که صحیح وفاسد داشته باشد یعنی متصف بصحت وفساد بشود . اما اگر از برای آن صحیح وفاسدی نباشد اصالة الصحة در آن جاری نمیشود واز محل کلام خارج است .

**ثانیا** باید احراز بشود که فعل بروجه وعنوانی صادر شده است که صحیح آن موضوع اثر ومتعلق امر است تا با اجرای اصل ، بر مشکوك آن، آثار صحیح مترتب گردد والا اصل مذکور جاری نمیشود خواه ازاموری باشد که حصول آن متوقف برقصد باشد وخواه توقف برقصد نداشته باشد . مثلا اگرتردید شوددرصحت رکوع غیر ، بعد از احراز عنوان رکوع ، یا درتطهیر جامه بعد از احراز شستن آن بعنوان تطهیر اصل صحت جاری میشود . اما اگرشك دراین باشد که انحناء بعنوان رکوع ازفاعل صادرشده یا بعنوان قتل حیه مثلا ویا شستن وفروبردن جامه درآب بعنوان تطهیر بوده است یا بعنوان دیگری ومثلا ازاله کثافت ، اصل صحت جاری نمیشود وبااجرای اصل صحت، عنوان وموضوع ثابت نمیگرددوبلکه انحناء بنفسه وهمچنین فرو بردن جامه درآب اصلا متصف بصحت وفساد نمیشوند .

**ثالثا** صحیح بودن هر فعلی بحسب خود آن فعل است . توضیح آنکه درنزد شارع وعرف اثر مقصود از افعال یك چیز نیست تا بتوان آن اثر را ازفعل مشکوك خواست وبر آن بار نمود بلکه باختلاف افعال اثر مختلف میشود و لذا حمل فعل مسلم بر صحیح امکان ندارد مگر بر این بنا کـه شیخ در رسائل فرموده است : « فصحة کل شیء بحسبه » یعنی بودن فعل از افعالی که درنزد شارع و یا در نزد عرف وشرع با هم ، اثری که از آن فعل مقصود است بر آن مترتب میشود .پس صحت جزء درمرتبهٔ جزئیت وشرط در مرتبهٔ شرطیت ، بودن آنها است بوصفی که اگر آنچه دروجود کـل ومشروط معتبراست بآنها ضم شود نتیجه واثر مقصود بر آنها بار گردد درمقابل فاسد آنها که چنین نیست . پس مثلا صحت ایجاب این است که اگر قبول صحیح در پی داشته باشد اثر عقد حاصل شود ، اما اگر شك بشود دراصدارقبول از طرف مشتری اصل صحت درایجاب ، حکم بوجود قبول نمینماید همچنین اصل صحت درعقد درهبه وصرف و سلم ووقف، حکم بتحقق قبض نمیکند ویاصحت عقد دربیع فضولی وبیع عین مرهونه از طرف راهن مثبت اجازهٔ مالك و اذن مرتهن نیست بلکه صحت دراین موارد عبارت ازاین است که : عقد بحیثیتی

است که اگر درموارد اول قبض ودرموارد اخیر اجازه واذن بآن ملحق شود اثر بر آن مترتب میشود .

**رابعا** آثاری که باصل صحت ثابت و بر فعل مترتب میگردد باید منحصراً از آثاری باشد که برفعل صحیح شرعا وبدون واسطه مترتب میباشد اما آنچه ملازم صحت واز لوازم عقلی وآثار با واسطهٔ فعل است براصل مذکور مترتب نمیگردد، شیخ انصاری دراین مقام میفرماید : « فلو شك في ان الشراء الصادر من الغير كان بما لايملك كالخمر والخنزير اوبعين من اعيان ماله فلا يحكم بخروج تلك العين من تركته بل يحكم بصحة الشراء و عدم انتقال شيءٍ من تركته الى البايع لاصالة عدمه .. » .

وبهر حال باتوجه بتمام این گونه قیود ، میزانی صحیح ومعیاری قاطع برای اعتبار این اصل ، ونحوهٔ تقدم آن بر سایر اصول بدست داده نشده است ودر مقام اجراء وترتب مقدار اثر ، کلمات اعلام مضطرب است که نقل آنها از مقصد بدور است واینك باید دید درباب عقود ومعاملات وبالنتیجه در موضوع بحث کنونی اثر آن چیست ؟ وآیا میتواند مفید بمقاله مدعی باشد یانه ؟ .

**اصالة الصحة درعقود ومعاملات :**

هریك از اصول شرعی وقواعد کلی که ارباب فقه تأسیس نموده‌اند براساسی متکی وبردلیلی استوار است که هنگام عمل و اجرا بایستی آن اساس مورد نظرو درمقام استناد حد دلیل آن رعایت شود و از آن تجاوز نگردد اما در برخی موارد مشاهده میشود که کار استناد باین اصل خود ساخته بالا میگیرد وبجائی میرسد که باشارع رقابت مینماید !! .

یك نمونه از این داستان در اصل مورد بحث با مشاهدهٔ اقوال باحثین بچشم میخورد . دیده میشود اصلی است که بادعای اجماع تاسیس شده است ، ودرحالیکه درطرف مقابل ، قائلین باصالة الفساد هم مدعی اجماع میباشند ، بر جمیع اصول سببی ومسببی ، حکومت وتقدم آن دربعضی مقالات محرز شناخته شده است .

درتقریرات مرحوم محقق نائینی نوشته آیة‌الله کاظمی است « لایبعدان تکون اصالة الصحة فی العقود بنفسهامعقد الاجماع بالخصوص مع قطع النظرعن الاجماع علی اصالة الصحة فی مطلق عمل الغیر.. فنقول قد اختلف کلمات الاعلام فی حکومة اصالة الصحة فی العقود علی جمیع الاصول الموضوعیة المقتضیة لفساد العقدو المتحصل من الکلمات اقوال ثلثة » سپس سه قول را بیان فرمود که خلاصه آنها این است :

۱ـ حکومت اصل صحت برهراصلی که مقتضی فساد باشد ـ خواه آن اصل مقتضی فساد،درشرائط عقد وخواه درشرائط متعاقدین وخواه درشرائط عوضین جاری شود ـ پس اگرمتعاقدین اختلاف نمایند دروجود شرایط صحت عقد ازقبیل ماضویت وعربیت ، یا دربلوغ عاقد ویا درقابلیت یکی از عوضین برای نقل وانتقال ، قول کسی که مدعی صحت است مقدم میباشد و اصل عدم بلوغ عاقد یا عدم بودن مال قابل ازبرای نقل وانتقال، جاری نمیشود .

۲ـ حکومت اصل صحت برخصوص اصلی که ازحیث شرائط تأثیر عقد (از قبیل ماضویت وعربیت وامثال آنها ) مقتضی فساد است . پس اگر شك در صحت و فساد صرفا از ناحیهٔ سبب باشد یعنی دروجود شرایطی که در نفس سبب معتبر است شك شود ، اصل صحت جاری میشود اما اگرشك در صحت وفساد مسبب از شك در شرایط متعاقدین یا شرایط عوضین باشد اصالة الصحة درآن جاری نمیشود .

وبالجمله اصالة الصحة فقط در موردی حاکم بر اصل عدم نقل و استصحاب بقاءِ مال درملك مالك آن است که اصل موضوعی دیگری درمورد شك دربین نباشد واما هرگاه اصل موضوعی دیگری ( ازقبیل اصل عدم بلوغ عاقد ، یا عدم قابلیت مال برای نقل وانتقال ) باشد ، اصاله الصحة جاری نمیشود .

۳ـ حکومت اصل صحت برهراصلی که مقتضی فساد عقد باشد جزاصولی که جاری بشود درمورد شك درصحت وفساد که مسبب از شك در شرایط عرفیه برای عوضین یا متعاقدین باشد ( مانند شك در مالیت عوضین ویا رشد متعاقدین ) وباین اعتبار حسب اختلاف عقود، بعضی‌از شروط گاهی مختلف میشود وچه بسا شرطی ،

ازشرائط عرفیه عقدی ، باشد ولی درعقد دیگرازشرائط شرعیه شمرده شود چنانکه مثلا ممکن است بلوغ ضامن ، درعقد ضمانت ، از شرائط عرفیه باشد ولی درعقد بیع ، ازشرائط شرعیه محسوب شود، زیرا حقیقت ضمان تحویل مافی‌الذمه‌وانتقال مال ازذمه‌ئی بذمهٔ دیگراست ودرنظرعرف برای صبی وغیر بالغ ذمه‌ای نیست ،پس بلوغ ازشرائط عرفیه درعقد ضمان است ، بخلاف بیع ،چه حقیقت بیع ، مبادله‌مال بمال است هرچند مبیع یا ثمن کلی باشد و بلوغ ازشرائط عرفیه برای مبادله بین‌دو مال نیست واینکه بعضی‌دردعوی بلوغ درعقد ضمان باقتضای اصل عدم بلوغ ،قول مدعی‌عدم بلوغ رامقدم داشته اند ولی دردعوی بلوغ‌درعقد بیع، بحکم‌اصالة الصحة قول مدعی بلوغ را ترجیح داده‌اند شاید بهمین نظرباشد اینك برای کمال وقوف بمقصود اجمالی از گفته قائلین باصالة الفساد را متذکر میشویم وسپس برای اخذ نتیجه بکلام محقق نائینی برمیگردیم .

**اصل فساد درمعاملات :**

درمقابل قائلین باصالة الصحة ، دسته‌ای قائل باصالة الفساد در معاملات و ایقاعات شده‌اند ودلیل عمده این دسته هم اجماع است ، مرحوم طباطبائی درمفاتیح الاصول مسئله را طوری عنوان کرده است که گویا از مواردی که شك دروجود شرایط وارکان باشد مطلقا فراغت حاصل ، وبطلان آن محرز ومسلم ، وازبحث خارج است و بحث اختصاص میدارد بمواردی که پس از تکمیل جمیع شرایط و ارکان،شك بواسطه این باشد که دلیل شرعی برصحت وفساد نباشد ودراشتراط وعدم اشتراط شیئی شك بشود و تازه در چنین موردی هم باقتضای اصالة الفساد حکم بفساد فرموده است که اینك چند جمله ازکلام آنمرحوم عینا نقل میشود : « اعلم ان المعاملة الغیر المنهی عنها ، الصادرة عن البالغین الاصیلین ، المشتملة علی الایجاب والقبول اللفظیین ، لایخلوا اماان‌تکون مما قام الدلیل‌الشرعی‌علی صحته اومما قام الدلیل الشرعی‌علی فساده اوممالم یقم الدلیل الشرعی علی صحته ولاعلی فساده فان کانت من الاولین فالحکم فیها واضح و ان کانت من الثانی فلا بدمن

الحكم بفسادها نظرا الى ماقدمناه من ان الاصل فى المعاملات الفساد . . » و در جاى ديگرميفرمايد : « اذاانعقد الاجماع على صحة معاملةاوايقاع وشك فى اشتراطها بشىء ، فان اللازم حينئذ الحكم بالاشتراط و ذلك لان الاصل فساد المعاملة و الايقاع وعدم ترتب اثرها حتى يقطع بالصحة وترتب الاثر وليس ذلك الا بالاقتصار على المجمع عليه وهوالجامع للشرط وليس مجرد الاتفاق على شرعيتها بنفسه كافيا للحكم بالصحة فى محل الخلاف ومرجع ذلك الى ان الصحة حكم شرعى يحتاج فى اثباته الى دليل شرعى وقد صرح بان الاصل فى المعاملات الفساد حينئذ جدى والسيد الاستادو والدى العلامه » سپس ازقول آنها نقل اجماع نموده وفرموده است « فقال جدى :وايضا اجماع المسلمين قاطبة واقع على ذلك سيما الفرقةالناجية ـ وقال الاستاد : فان الاجماع منعقد على بقاء حكم السابق هيهناالى ان يثبت المزيل و ان لم نقل به مطلقا و لذلك قال بالبقاء فيه من لم يعمل بحجية الاستصحاب » .

استدلال قائلين باصالة الفساد بوجوهى است ازجمله :

١ ـ آنكه جميع اصحاب برفساد اتفاق دارند چه همواره از مدعى صحت مطالبه مقتضى آن ميشود .

٢ ـ آنكه صحت معامله عبارت از ترتب اثر مقصود است و ترتب اثر حكم شرعى است كه ثبوتش متوقف بر دليل شرعى ميباشد پس تا از طرف شارع دليلى برصحت معامله‌اى نرسيده است ، بدليل استصحاب وابقاء ما كان ، اصل عدم صحت يعنى عدم ترتب آثارمطلوبه است ، مثلا ثمن قبل ازبيع مشكوك درملكيت مشترى بوده ودرملك بايع داخل نبود ومبيع بعكس ، اكنون بعد ازآن معامله هم برحال خود باقى است واستصحاب حال ملك وجودا وعدما واجب است وهمچنين است حال درخيار وشفعه وغير اين دو ، از توابع واحكام بيع وهم درغير بيع ازمعاملات از قبيل اجاره ، مضاربه ، نكاح ، طلاق و غيرآنها از انواع عقود وايقاعات .

٣ ـ آنكه اصل برائت مقتضى برائت ذمه از لزوم امرازامور شرعيه وآثار آن است .

٤ ـ آنکه بحکم قوله تعالی « آلله اذن لکم ام علی الله تفترون » و آیات عدیده وروایات بیشمار تشریع حرام است واتخاذ حکم شرعی و ثبوت آن بجز از شارع ممنوع است درحالی که اگر اصل صحت باشد لازم میآید هر کس هر نوع معاملهٔی غیر از آنچه در کتب فقه شمرده شده است بتواند انجام دهد وشارع وشریك شارع درشرع وتشریع بشود .

٥ ـ آنکه اگر اصل درمعاملات، فساد نباشد لازم میآید ملکی برای احدی مستقر نگردد ومالك وغیر مالك بعد ازحدوث شك و اجرای اصل بجهت احتمال انقطاع ، مساوی گردند وبعلاوه حکم بصحت مخالف آنچیزیست که درخبر است « لایحل مال الا من حیث ما احله الله » .

**تفصیل وتمیز حق :**

بطوریکه ملاحظه شد هریك ازطرفداران اصالة الصحة واصالة الفسادمتمسك بدلائل و شواهدی شده اند که نظرآنها را بروجه تعمیم تأمین نمینماید وبمقصودشان وافی نمیباشد جز قضیه اجماع که هردو دسته مدعی آن میباشند و بدیهی است این دوادعا بروجه اطلاق نمیتواند صحیح باشد ، زیرا صحت و فساد متقابلین هستند واعم از اینکه تقابل آنها بروجه عدم وملکه یا از قبیل تقابل تضاد ویا ایجاب وسلب باشد قابل جمع نمیباشند . پس نا گزیر یا باید از باب تعارض و تساقط یا لااقل ازباب وجود مخالف از این دلیل یعنی اجماع دست برداشت ـ و یا باید آنرا بمورد خاص بارعایت شرایط مخصوصه بروجه ودرحدی که مخالف نداشته باشد اختصاص داد وبعبارت دیگرمورد اجماع را تشخیص داد والبته درصورت امکان وجه دوم وجیه وبلکه لازم وضروریست .

اینك اگر کلام باحثین در مبحوث عنه بدقت بررسی شود این نتیجه بدست میآید که در باب معاملات اصل فساد بعنوان اولی اجماعی است چنانکه بعنوان ثانوی درمواردی که مشکوك فیه واجد جمیع ارکان ظاهری باشد وشك ازناحیه شرائط باطنی (مانندقصدورضا ) طاری شود، اصل صحت، اجماعی است ـ امادرمواردیکه مشکوك فیه مورد اختلاف است مانند جائیکه شك درصحت بواسطه شك درسلطهٔ عاقد

باشد دراین صورت دلیل اجماع اگر چه فرضا درهیچیك از دوطرف صحت وفساد موجود نیست ولی اصل اولی بحال خود باقی است ولذا چه صحت وفساد، دو امر ووصف وجودی باشند وچه فساد امری عدمی باشد حکم بفساد میشود .

توضیح آنکه چون صحت درمعاملات و ایقاعات عبارت از ترتب اثر شرعی است وفساد عدم ترتب اثر مزبور است وآندو ازلوازم انطباق وعدم انطباق اسباب شرعیه ، برمأتی به ، وموجود خارجی میباشند ( یعنی درحقیقت ملاك ومناط اتصاف موجود خارجی بصحت وفساد اینست که درمعاملات اسباب آنها بر آن موجود خارجی و مأتی به منطبق باشد یا نباشد ) لذا مقتضای حکم عقل در مشکوك فیه اشتغال و حکم بعدم ترتیب آثار انطباق است جز درموردی که اجماع یا نصی بر خلاف آن باشد وبالنتیجه حکم بترتب اثر وانطباق درمورد شك محتاج بدلیل است ، ونبودن دلیل مثبت ، برای عدم ترتب اثر کافی است پس درجمیع مواردیکه صحت معامله مشکوك باشد اصل مقتضی فساد است مگر خلاف آن باصل یا اماره‌ئی ثابت شود و بعبارت دیگر اصل عدم ترتب اثر برمعامله خارجیه وبقاء متعلق آن برحالتی است که قبل ازتحقق معامله بر آن بوده است پس اصل اولی درمعاملات بمعنی اعم (که شامل عقود وایقاعات و احکام بشود ) چنانکه در کلمات اعلام آمده است ، فساد میباشد خواه شك ازجهت شبهه حکمیه باشد ویا ازجهت شبهه موضوعیه یعنی شك درصحت یك عقد یا ایقاعی، ناشی ازجهل بحکم شارع باشد باینکه ندانیم شارع حکم بفساد آن فرموده ویا این قسم نزد شارع صحیح است ویا اینکه بعد ازعلم بحکم شارع واینکه چه نوع عقدی وبا چه شرائطی صحیح است شك ناشی از این است که نمیدانیم آنچه واقع شده دارای شرایط وارکان شرعیه هست یانه و بهرحال چه صحت معامله از جهت اول وچه از جهت دوم مشکوك باشد اصل ، عدم ترتب آثار وفساد است .

لیکن حسب اماره ودلیل شرعی ممکن است تأسیس قاعده و اصل ثانوی بر صحت بشود زیرا اختیار جعل صحت و فساد بید شارع است ، شارع میتواند بامر مشکوك حکم معلوم بدهد ، بدینمعنی که مکلف را مکلف سازد که درمقام عمل ، درحال شك درترتب آثار، وشك درانطباق مأموربه و اسباب شرعیه ، برمأتی به و

موجود خارجی ، متعبداوبحکم شارع ، برخارج مشکوك ، اثرمترتب سازدوآنراتا کشف واقع ، بحکم حال انطباق بداند و نیز برای بعد از انکشاف خلاف هم ، شارع قادراست بآنچه ناقص واقع شده ، اکتفا نماید وآنرا مطابق مأموربه فرض کند ـ همچنانکه برعکس او میتواند حکم عقل را نسبت بقبل ازانکشاف خلاف مبنی بر فساد وعدم انطباق ، امضا کند و بعد از انکشاف خلاف مأتی به ناقص را کافی نداند .

**- نتیجه -**

پس باتوجه بآنچه گفته شد امکان اصل ثانوی برصحت ( خواه بعنوان اصل عملی وخواه بروجه اماره ) بلااشکال است اما اثبات آن اصل محتاج بدلیل وهم حدود ووسعت دائره اجرای آن تابع دلیل است ودلیلی هم که بمستفاد از کلام علماء اصل ثانوی برآن متکی میباشد یا اجماع است ویا عمومات واطلاقات :

**الف ـ اجماع :**

معقداجماع در باب معاملات بدوصورت ممکن است ، یکی آنکه معقداجماع فعل غیر باشد بدین بیان که معامله صادر از غیر ، فعلی از افعال غیراست وحمل فعل غیر بر صحت اجماعی است پس دلیل اصالة الصحة درفعل غیر دلیل اصالة الصحة درعقود وایقاعات نیزمیباشد ـ اما دراین صورت اعتبار ومورد اجرای آن دربیش از آنچه در ابتدای این بحث بیان شد ممنوع است وبالاخره فعل غیر وبلکه فعل مسلم در مورد شك درحکم شرعی دلیل شرعی نمیباشد و الا لازم میآید همواره در احکام تضاد و تناقض حکمفرما باشد ، و افراد بظاهر مسلمان در تشریع با شارع شریك باشندو بدعتها همه باعتبار اینکه صادر ازمسلم است صحه گذاشته شود ـ دیگری آنکه معقد اجماع (بخصوص وبا قطع نظر ازاجماع براصالة الصحة درفعل غیر) اصالة الصحة درعقود ومعاملات باشد ، دراینصورت هم (صرفنظر ازاینکه این ادعا معارض باادعای اجماع قائلین باصالة الفساد است) بایستی باتوجه بقول محقق ثانی وعلامه ودیگران که بطور محدودو با قیودی اصالة الصحة را درعقود قابل اجرا دانسته اند حد اجماع تشخیص وبمجمع

علیه وقدر متیقن از آن اکتفا شود .

قول محقق ثانی مفادا این است که : جریان اصل صحت در عقود بعد از استکمال ارکان آنهااست که وجود عقد محقق باشد اماقبل از آن برای عقدوجودی نیست پس اگر اختلاف نمایند دروقوع عقد برحریا بر عبد ، یمین برمنکر وقوع عقد برعبد است ـ عبارت دیگر و صریحتری که شیخ انصاری از محقق ثانی نقل فرموده است ذیلا نقل میشود : « لاشك فی انه اذا حصل الاتفاق علی حصول جمیع الامور المعتبرة فی العقد من حصول الایجاب و القبول من الکاملین و جریانهما علی العوضین المعتبرین و وقع الاختلاف فی شرط مفسد فالقول قول مدعی الصحة بیمینه لانه الموافق للاصل لان الاصل عدم ذلك المفسد و الاصل فی فعل المسلم الصحة اما اذا حصل الشك فی الصحة والفساد فی بعض الامور المعتبرة وعدمه فان الاصل لایثمر هنا فان الاصل عدم السبب الناقل » نظیر این معنی منتسب بعلامه است .

غرض ازاین استشهاد تذکراین نکته است که بزرگان فقه برای اجرای اصل صحت وتمسك بآن حدی قائل بوده‌اند که اگرفرضا در آن حدوبارعایت آن شرایط دعوی اجماع را بتوان پذیرفت مسلما درخارج از آن حد اجماعی وجود ندارد وادعای آن واهی است .

درتقریرات محقق نایینی است که : دلیلی جزاجماع براصالة الصحة درعقود نیست وبرای معقد اجماع هم چنان اطلاقی نیست که نسبت بجمیع موارد شك در صحت وفساد تعمیم داشته باشد بلکه قدر متیقن از معقد اجماع آنچنان جائی است که سلطهٔ مالك بر ایجاد معامله از حیث نفسش و از حیث مال معقود علیه مسلم و مفروغ عنه باشد وشك درصحت وفساد بعد از فراغ از سلطه مذکور ، مسبب ازشك درتأثیر عقد برای نقل‌وانتقال باشد وبعبارت دیگراهلیت عاقد برای ایجاد معامله وقابلیت معقود علیه برای نقل وانتقال درعقد وضع اصالة الصحة مأخوذ میباشدپس برای جریان اصل مذکور محلی نیست مگر بعد از احراز اهلیت عاقد و قابلیت معقود علیه ـ فلذا هر گاه شك راجع باهلیت عاقد و یا قابلیت معقود علیه برای

نقل وانتقال باشد اصل صحت مرجع نمیباشد بلکه مرجع حسب اقتضای مقام سایر اصول عملیه است - محقق مذکور مطلب را ضمن مثالهائی توضیح میدهد تااینکه میفرماید : « فتحصل من جميع ما ذكرنا انه لا تجرى اصالة الصحة عندالشك فى اختلال شرط من شروط قابلية العوضين للنقل والانتقال او اختلال شرط من شروط اهلية المالك وسلطنته على النقل والانتقال بل مورد اصالة الصحة فى العقود هو ما اذا كان الشك متمحضا فى اختلال شرط من شروط صحة العقد ( اى اذا كان الشك فى الصحة و الفساد مسببا عن الشك فيما يعتبر في الايجاب والقبول من العربية والماضوية والموالات ونحو ذلك مما ذكره الفقهاء في شروط العقد ) لانه ليس في البين دليل لفظى يؤخذ باطلاقه والقدر المتيقن من معقد الاجماع هو ما ذكرناه » - پس دانسته شد که درمثل مقام که شك درقابلیت موضوع وسلطه عاقد میباشد اصالة الصحة بنابراینکه مدرك آن اجماع باشد قابل تمسك نیست واعتبار ندارد .

**ب - عمومات واطلاقات :**

از کلام بسیاری ازفقهاء استفاده میشود که قاعده ثانوی یعنی اصل صحت در معاملات مبتنی است برعمومات و اطلاقات کتابی از قبیل : « یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» و « یاایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الاان تکون تجارة عن تراض منکم » و « احل الله البیع وحرم الربوا » - و یا خبری از قبیل آنچه در صحیح ابن سنان است از حضرت صادق علیه السلام که فرمود : « المسلمون عند شروطهم الا کل شرط مخالف کتاب الله عزوجل فلا یجوز » ویادرصحیح دیگر است « .. والمسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله عزوجل » وبنابراین مراد ازاصل ، دلیل عام وارد درانواع معاملات است .

هرچند نسبت بهریك ازاین عمومات واطلاقات که‌مورد استناد است ایراداتی (از حیث طرف خطاب، ومورد وزمان خطاب ، وتخصیص وتعمیم ، واطلاق وتقیید ، وحقیقت ومجازوغیره ) وارد میشود ودرنتیجه اجمالی درآنها هست که بیان آن باید از کتاب و یا از شریعت نبویه دانسته شود لیکن میتوان گفت از هیئت مجموعیه

دلیل عام که درهر بابی از معاملات موجود است این ملاك حاصل میشود که در مطلق معاملات اصل صحت است . وبدیهی است این اصل درهرحال تابع مفاددلیل خود میباشد ودراین صورت حسب اقتضای دلائل .

**اولا** بباب عقود اختصاص میدارد وشامل ایقاعات نمیشود ودر نتیجه اخص از مدعی است :

**ثانیا** - برفرض اینکه الفاظ باب معاملات موضوع از برای صحیح آنها باشند ومعانی شرعی داشته باشند محلی برای اجرای این اصل نیست زیرا بر گشت شك بوجود شرعی موضوع و عدم آنست که تا احراز نشود متعلق حکم شارع واقع نمیشود. پس بنای این اصل بر این فرض است که گفته شود : چون احکام باب معاملات عرفی وامضائی هستند که در برخی موارد شارع آنها را با شرائط خاصی امضاء ویا درمصادیق آنها احیانا تصرفاتی نموده وعرف راتخطئه کرده است ولی بهرحال الفاظ آنهارا درهمان معانی عرفیه استعمال فرموده است لذا هر گاه درصحت وفسادمعامله‌ای شك بشود بعمومات مذکور بر صحت آن معامله استناد میشود وبعبارت دیگر اصل صحت از آن عمومات ماخوذ و بآنها معتبر میباشد امادراینصورت مشروط است براینکه موجود خارجی بطور قطع ازمصادیق عرفیه عقد وتراضی وبیع مثلا باشند ومورد نهی شارع هم واقع نشده باشند چه اگر سبب شك. تردید دروجود وعدم یکی ازشرایط وارکان عرفیه باشد با اجرای سایر اصول موضوعیه ، موضوع از مصداق عرفی الفاظ مذکورخارج میشود ودرنتیجه عقد وتراضی وبیعی في المثل وجود ندارد تا محکوم بوجوب وفاء یا حلیت وجواز بشود وهمچنین اگر مورد نهی واقع شده و یا حکم خاص آنرا شارع بیان نموده باشد مجالی برای تمسك باصل و عمومات باقی نمیماند پس بنابراین فرض هم قضیه اصل صحت بمقاله مستدل مفید نمیباشد چه :

**اولا** قابلیت موضوع برای معامله وسلطهٔ عاقدبرمعقودعلیه ازشرایطوارکان عرفیه عقد است که درمسئلهٔ مورد بحث یا معدوم است ویامشکوك وبحکم عدم میباشد

**ثانیا** درباب بیع وهم مطلق اموال بموجب اخبار تصریح است باینکه «لا بیع الا فی ملك» و «لایحل مال الامن حیث ما احله الله» که حکم بوجود وتحقق بیع معلق برمالك بودن بایع شده است وهمچنین حکم بجواز تصرف در اموال معلق وموقوف براین گردیده است که مورد تصرف ونحوهٔ تصرف متصرف از مصادیق «من حیث ما احله الله» باشد پس هر گاه معلق علیه مشکوك باشد حکم بترتب آثار وجواز تصرف درمال ممنوع است وبالنتیجه مطلقا محلی برای اجراء واعتبار اصل صحت، دراینموارد نیست.

## هـ - اماره یا اصل ید

منظور از ید قدرت وسلطنت شخص برشیء است بحیثی که آن شیء درتحت استیلاء واختیاراوقرار گیرد که بتواند ذوالید انواع تصرفات را درآن بنماید.

چون اینگونه اختیار وسلطه عرفا وعادة ازخصائص مالك وازلوازم مالکیت است وغالبا ذوالید هم مالك چیزی است که دردست اومیباشد وتصرف واستیلاءغیر مالك برملك غیر بنحو مالکانه خلاف عادت است لذا طریقه و روش عقلاء برآن شده است که هر گاه مشاهده شود کسی برچیزی این نوع سلطه دارد ازباب غلبه واز نظر نظام اجتماعی که میبایستی متکی براعتماد واطمینان بر همدیگر باشد و افعال واعمال محمول برصحت گرددوظواهر عنوان برای باطن قرارداده شوداورا مالك میدانند و اگر بخواهند با او معامله ای انجام دهند مطالبه دلیل مالکیت نمینمایند.

این مبنای عقلائی وروش عرفی بموجب نصوص عام وخاصی درمقررات اسلامی آمده ودرنزد باحثین وحقوقدانان اسلامی بصورت اصلی متین ویادلیل اجتهادی متقنی درآمده است ودرقانون مدنی ایران مادهٔ ۳۵ چنین وارد شده است «تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود».

پس اشکال وخلافی نیست دراینکه ظاهر ومقتضای ید ملکیت است وپاره‌ای از اخبارهم براین معنی دلالت دارد. لیکن اختلاف در این است که این ظهور از

باب اصل عملی ودلیل فقاهتی است ویاامارہ ودلیل اجتهادی ـ سبب ومنشاءاشکال واشتباه عدم علم بنحوهٔ اعتبار شرعی ید است یعنی عدم علم باین است که آیاشارع قضیهٔ ید را اعتبار کرده از حیث اینکه کاشف از مالکیت است ولو کاشف نوعی واز باب غلبه باشد ، یا آنرا اعتبار کرده است ازدون ملاحظهٔ کشف ونظر بواقع ، خواه کاشف از واقع باشد یا نباشد . بگفته کسانی که دلائل اعتبار ید را از باب اول دانسته‌اند مانند شیخ انصاری وتبعه ایشان، ید ازامارات ودلیل اجتهادی‌خواهد بود وبنابر این ناظر بواقع و کاشف از واقع میشود ، وازآن بواقع ولو نوعا ، ظن حاصل میگرددهرچند علم بحکم‌ظاهری‌نیز حاصل میآید . برعکس، کسانیکه مفاد ادله اعتبار ید را از نوع دوم دانسته‌اند مانند فاضل نراقی درمستند ، قاعدهٔید ازاصول عملیه ودلیل فقاهتی میشود که ماحصل آن علم بحکم ظاهری از دون‌لحاظ جهت کشف آن از واقع است .

ثمرهٔ این اختلاف در موارد تعارض معلوم میشود چه بین دلیل اجتهادی و فقاهتی تعارض حاصل نمیشود بلکه اول وارد یا حاکم برثانی است ، واما بین دو دلیل اجتهادی یا دو دلیل فقاهتی تعارض ممکن است فلذا اگرید را اماره بدانیم براستصحاب ملکیت سابق ، مقدم خواهد بودواگراصل عملی بدانیم، با استصحاب تعارض مینماید .

ازتوجه‌بعلتی که‌دربعضی‌ازادله‌اعتبارید مذکوراست مانندقوله عليه السلام « لماقام للمسلمین‌سوق» ظاهراتعبدبه‌یدفهمیدمیشود یعنی‌این‌تعلیل‌بظاهردلالت دارد براینکه ید از ادلهٔ فقاهتی واصول عملیه است نه از امارات ـ لیکن بر فرض اینکه ید از اصول هم باشد بعقیدهٔ اصولیین براستصحاب مقدم است زیرا ید اخص است و حتی میگویند دلیل هم همیشه براصل مقدم نیست بلکه وقتی‌حاکم یا وارد براصل است که اصل اخص از دلیل نباشد والا ناچار بایستی باصل عمل شود تا محذور لغویت وطرح اصل بطور کلی‌لازم نیاید چنانکه دراین مقام برفرض تقدم‌اجرای‌استصحاب برید این محذورپیش میآید . چه کمترموردی میتوان یافت که استصحاب برخلاف

یدجاری نباشدو بنابراین محذوروعلت که مذکوراست درفرمایش امام علیه السلام باینکه «لما قام للمسلمین سوق» باید ید ناظر برموارد استصحاب باشد ودر نتیجه بمقتضای ید عمل شود تا لغو آن لازم نیاید .

**ید درکجا معتبر است ؟**

آنچه گفته شد بحثی است که برای قدرت دادن باصل یا اماره ید شده یا میتوان نمود اما باید بیاد داشت که :

**اولا** این قاعده یك مبنای عرفی‌وعقلائی دارد و آن لزوم حس اعتماد وحسن همکاری برای برقراری نظم اجتماع است وبعبارت دیگر قاعده ید از نظر عرف یکی ازقواعد نظم اجتماع میباشد پس باید دید عرف وعقلاء تاچه حد آنرا قابل اجرا میدانند ونظم عمومی اجرای آنرا ایجاب میکند .

آنچه مسلم است عرف جوامع بشری ید را در اموال منقول که معارضی نداشته باشد معتبر میدانند واصلی دارند باینکه : ید درمنقول سند مالکیت است ،و نظم عمومی هم بیش ازاین مقدار اعتبار آنرا لازم ندارد بلکه اعتبار زائد براینمقدار خود موجب بی نظمی‌واختلال نظم استولذا درقوانین جزا وحتی‌درقانون‌مجازات ایران ماده ۲۳۰ برای کسیکه اموال مسروقه را با علم بمسروقه بودن مخفی کند مجازات تعیین شده است ودرعمل کسانیکه این اشیاء راخرید وفروش مینمایند از مصادیق ماده مذکور محسوب میگردند ودیگرخریدار نمیتواند برای تبرئه خود بقاعدهٔ ید استناد نماید وبحکم‌این اصل خود را مالك بداند یا ازخود رفع‌مسئولیت نماید .

در عرف هم دیده میشود اگر جنسی و متاعی مثلا در بازار بمعرض فروش گذارده شود وشخص ثالثی مدعی مالکیت‌آن گردد هر چند دلیل هم نداشته باشد عقلای اجتماع تادعوی خاتمه نیابد با صاحب ید معامله نمیکنند وحتی اگرنسبت بصاحب ید سؤظن حاصل نمایند از معاملهٔ بااوخودداری مینمایند واین نیست مگر اینکه عرف و عقلاء در این مورد قاعده را معتبر ندانسته‌اند ـ و اینکه در موقع

دعوی از مدعی دلیل میخواهند روی اصل و قاعدهٔ دیگری است که برای فصل خصومت ونزاع مقرر شده ودرقوانین آئین داد رسی هم پیش بینی شده است .

**ثانیا** ـ ادله شرعی اعتبار ید هم بیش از مقدار مذکـور بان اعتبار نمیدهد زیرا آنچه برای اعتبار یـد بآن تمسك جسته اند بر گشت بسه وجـه مینماید : ۱ـ اجماع ۲ ـ غلبه وظهور حال مسلم ۳ ـ جملهای از روایات مانند روایت حفص وفدك وغیره .

اما اول یعنی اجماع ، با توجه باختلافی که دراصل واماره بودن ید هست تکلیفش معلوم است واجماع اجمالی هم کافی نیست وبلکه لازمه آن اعتبار اجمالی ید است .

اما دوم که غلبه باشد ، دلیلی براعتبار آن نیست وبعلاوه حکم باعتبار ید باعتبار غلبه فقط درموارد بلا معارض ومجهول الحال است .

اما سوم یعنی روایات ، منصرف بموارد وصوری است که سوابق آن مجهول باشد ومعارض هم نداشته باشد وموضوع هم از لحاظ قابلیت تملك شخصی بلا مانع باشد وبلکه ظاهر این است که از اشیاء منقول هم که مناسب سوق است باشد بدلیل محذور منصوصی که دربعضی ازاخبارباب ، علت حکم بملکیت ید معرفی شده‌است وآن عبارت از اختلال سوق وبطلان حقوق است .

اینك برای روشن شدن موضوع لازم است بقسمتی از متون احادیث مورد استناد توجه شود :

۱ـ خبر حفص بن غیاث . دراین روایت است « ارایت اذارایت فی ید رجل شیئاً ایجوزان اشهد انه له قال علیه السلام نعم ... ولولم یجز هذا لما قام للمسلمین سوق» ازاین جمله سئوال که : هر گاه چیزی را دردست مردی‌به‌بینم ـ وپاسخ امام علیه السلام که با توجه بکلمه اشاره یعنی « هذا » ظاهر در این است که محذور منصوص ، علت حکم مورد سئوال میباشد ومنضما بقرینه سوق چنین استفاده‌میشود که این‌حکم مربوط‌باجناس بازاری یعنی اشیاء منقول است وعلت حکم‌وهم سئوال راوی سرایت

وشمول نسبت باشیاء غیر منقول ندارد .

۲ - موثقه یونس بن یعقوب . دراین حدیث سئوال از اثاثه خانه ومتاع هر یك از زن یا مردی‌است که پیش ازدیگری بمیرد امام علیه السلام میفرماید«ما کان من‌متاع النساء فهو للمرئة وما کان من متاع الرجل و النساء فهو بینهما ومن استولی علی شیء منه فهوله » آنچه ازاین خبر ممکن است مورد استفاده برای ملکیت یدواقع شود جمله « من استولی علی شیء منه فهوله » میباشد لیکن با توجه باینکه مرجع ضمیر « منه » متاع میباشد مورد آن ظاهرا خاص است .

۳ - روایت حمزة بن حمران . دراین خبر راوی سئوال میکند که ببازار میروم ومیخواهم کنیزی بخرم - هنگام خرید. کنیز میگوید من آزادهستم حضرت فرموده است : « اشترهاالان یکون لها بینة » .

٤ - صحیحهٔ عیص - راوی عرض میکند مملوکی مدعی حریت خود میشود ودلیلی بر صحت ادعای خود اقامه نمینماید آیا او را بخرم ؟ امام علیه السلام میفرماید « نعم » - چنانکه ظاهر است مورد این دو روایت هم خاص است و وافی بمقصود نمیباشد وباتکاءآنها اعتبار ید شامل مورد بحث نمیشود - ضمنا لازم‌است بیادداشته باشیم که دراین دو خبر تصریح است باینکه قاعده ید بابینه مقاومت نمینماید .

٥ - چنانکه بعضی گفته‌اند ممکن است باین جمله ازفرمایش حضرت‌صادق که‌در کافی‌ازابی‌بصیرروایت‌شده‌است«البینةعلی المدعی والیمین علی المدعی‌علیه» برای‌اعتبارو‌ملکیت‌یداستنادشود. اما باتوجه بصدرروایت‌وفرمایش امام‌علیه السلام باینکه : «ان‌الله‌حکم‌فی‌دمائکم‌بغیرماحکم‌به‌فی‌اموالکم‌حکم‌فی‌اموالکم‌ان‌البینةعلی‌المدعی..» معلوم میشود این خبر درمقام بیان قاعده‌ی دادرسی است وارتباطی بقضیهٔ ملکیت‌ید ندارد وبخصوص که مدعی علیه همیشه ذوالید نمیباشد وبعلاوه درسابق گفته شد که ظاهرا اموال شامل اراضی نمیشود .

٦ - روایت فدك - ازاین‌روایت آنچه مورد استناد میباشد احتجاج حضرت امیر علیه السلام باابی بکرواعتراض بر طرز حکومت وقضاوت او است - حضرت بعداز

سئوالاتی اورا بر گفته های خودش الزام نمود وفرموده است : چرا ازمسلمین بر طبق قاعده داد رسی وفرمایش نبی اکرم نسبت بآنچه ادعا کرده اند شهود نخواستی وبرخلاف حکم الله از فاطمه برآنچه دردست داشت ودرحیات رسول خدا مالك آن بود بینه خواستی .

برای اینکه بهتر معلوم شود آیا فرمایش امیرمؤمنان عليه السلام با قاعده ملکیت ید ارتباط میدارد یانه ؟ باید باصل قضیه ومورد استناد توجه شود : در احتجاج از حمادبن عثمان از ابیعبدالله عليه السلام روایت شده است که : چون با ابوبکر بیعت شد وبرمسند خلافت مستقر گردید کس فرستاد ونماینده حضرت فاطمه عليها السلام را ازفدك بیرون کرد ، حضرت فاطمه عليها السلام نزد ابی بکر آمد وفرمود « یا ابابکرلم منعتنی میراثی من ابی رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم واخرجت وکیلی من فدك وقد جعلهالی رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بامرالله تعالی » ابوبکر گفت شهودخودرا براین امر بیاورید ،ام ایمن وحضرت علی عليه السلام بیامدند و شهادت دادند باینکه خداوند متعال : اوحی الی رسول الله « فآت ذا القربی حقه » فجعل فدك لهاطعمة بامرالله تعالی ـ ابابکر نوشته ای راجع باسترداد فدك بحضرت فاطمه تقدیم داشت ، اما عمر دراینموقع رسید واز جریان مستحضر شد،نوشته را از حضرت فاطمه گرفت وبا آب دهان محو کرد وپاره نمود حضرت فاطمه عليها السلام درحالتی گریان خارج شد ، پس ازاین جریان حضرت علی عليه السلام بمسجد آمدند ودرحضور مهاجر وانصار با ابوبکر از در احتجاج وارد شدند و فرمودند « یا ابا بکر لم منعت فاطمة میراثها من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و قد ملکته فی حیوة رسول الله صلى الله عليه وآله فقال ابا بکر ان هذا فیء للمسلمین فان اقامت شهودا ان رسول الله صلى الله عليه وآله جعله لها والافلاحق لهافیه فقال امیرالمؤمنین عليه السلام یاابابکراتحکم فینا بخلاف حکم الله فی المسلمین قال لا فقال عليه السلام فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه وادعیت انا فیه من تسئل البینة ؟ قال ایاك کنت اسئل البینة قال عليه السلام فما بال فاطمة عليها السلام سئلتها البینة علی ما فی یدها وقدملکته فی حیوة رسول الله صلى الله عليه وآله وبعده ؟ ! ولم تسئل المسلمین علی ما ادعوه شهودا کما سئلتنی علی ما ادعیت علیهم

فسکت ابو بکر فقال عمر یا علی دعنا من کـلامك فانا لانقوی علی حجتك فـان اتیت بشهود عدول والا فهو فیء للمسلمین لا حق لك ولالفاطمة فیه . . » احتجاج همچنان ادامه یافت تا کار برسوائی کشید وحاضرین گفتند « والله صدق علی علیه السلام » مورد حاجت با عبارت نقل شد ـ دراین محاجه بدو وجه کردار ابابکر مورد اعتراض واقع شده واین خبر بر دو مطلب دلیل است : یکی آنکه ادعای عدم توریث انبیاء واینکه ترکهٔ آنها صدقه است باطل وبی اساس است دیگر آنکه برفرض اغماض و تسلیم یعنی با مماشات وقبول این ادعا که پیغمبر خدا فرموده باشد « نحن معاشر الانبیاء لانورث وما ترکناه صدقة » ویا « انا معاشر الانبیاء لانورث وان ترکتنا فیء وصدقة » اصولا فدك ازماترك حضرت رسول نبوده وبعنوان میراث ، بحضرت فاطمه نرسیده است بلکه سبب ملکیت حضرت فاطمه نسبت بفدك فرمان خداوند متعال بوده است بقوله « وآت ذا القربی حقه » بروجهی که حتی حکم آن مستثنی ازحکم انفال است وبعبارت دیگر حقی است که از طرف مالك حقیقی برای فاطمه علیها السلام جعل شده است و تملك او بتملیك الله تعالی است نه بتملیك نبی . و بهر حال با توجه بچگونگی وظاهراین قضیه ونحوهٔ محاجه حضرت علی علیه السلام و طرح شکایت حضرت فاطمه علیها السلام ارتباط آن بااصل یدواستفاده دلیلیت از آن برای قاعدهٔ یدو تقدم یا عدم تقدم آن براستصحاب مشکل است وبلکه برعکس اگر بجهاتی این قضیه باصطلاح « قضیة فی واقعة » بحساب نیاید دلیل برای ید مستصحب و ید ناشی از سبب مملك است نه ید فعلی ـ چه این نکته مسلم است که بهنگام اعتراض وطرح دعوی ازطرف حضرت فاطمه علیها السلام آنحضرت مستقیما و یا توسط نماینده و وکیل بر فدك استیلاء وتسلطی نداشت وبرعکس، استیلاء ید نوعی مسلمین بر فدك حسب ظاهر با تعیین نماینده از طرف والی مسلمین ، و بعث و ارسال او برای تحویل گرفتن فدك محرز وبا اخراج نماینده حضرت فاطمه علیها السلام مستقل ومستقر شده بود وبطوریکه ظاهرحدیث نشان میدهد حضرت فاطمه بید فعلی استناد نفرموده وصرف ید را برای ملکیت دراینمورد کافی ندانسته بلکه ید سابق را که مبتنی برسبب مملك

است ملاك حقانیت ومورد تمسك قرار داده است وباذکر این جمله کوتاه «یاابابکر لم منعتنی میراثی من ابی رسول الله ﷺ واخرجت وکیلی من فدك وقد جعلهالی رسول الله بامر الله تعالی» دلائل واسباب مالکیت خود را با اعتراض برحکم سابق او که بنفع (باصطلاح) مسلمین صادر کرده ودستور تخلیه داده بودبدین شرح ابراز فرموده است :

۱ ـ آنکه چرا حکم خلاف ما انزل الله صادر کردی ومیراث پدری مرا از من بازداشتی .

۲ ـ ای ابوبکر تو که از نزدیکان پیغمبر بودی وبرامور مالی پیغمبر بخوبی واقف بودی ومیدانستی که وکیل ونماینده من فدك را اداره میکند وبرسبب تصرف من درفدك اززمان حیات پیغمبر وادامه آن دربعد از پیغمبر واقف بودی ، پس بر فرض اینکه خبر مجعول را بر حکم صریح کتابی مقدم داشتی ، فدك که ارث نبود ومدعی هم نداشت چرا توخود هم مدعی شدی وهم قاضی ومجری ، ووکیل مرا از فدك اخراج نمودی .

۳ با توجه باین اعتراضات اینك هر یك از اسباب ذیل را قبول داشته باشی من محق میباشم و از تو میخواهم حق مرا بمن برگردانی یکی آنکه حسب گفتهٔ تو که فدك از ترکهٔ پیغمبر است من دختر پیغمبرم و فدك میراث پدری من است وخبر عدم توریث انبیاء مجعول ومخالف احکام صریح قرآن است . دیگر آنکه حسب واقع چنانکه خودت هم درجریان بوده‌ای فدك اساسا ارث نیست بلکه بامر الهی بقوله تعالی « و آت ذا القربی حقه » رسولخدا آنرا بعنوان عطیه و نحله بعد ازآنکه بحکم انفال بوده بمن تملیك فرمود ویااینکه بروجه مستثنی از انفال وبهمان سببی که پیغمبر ﷺ مالك انفال میشد فدك بمن تملیك گردید ـ پس بهر تقدیر حکم باینکه فدك فیء و ملك مسلمین است بر خلاف « ما انزل الله » و مخالف حکم الله است که باید ملغی الاثرشود وفدك بمتصرف سابقش بر گردد .

و اینکه ابوبکر شاهد خواست و حضرت فاطمه علیها السلام و یا حضرت علی علیه السلام

درهمان وهله اول ایراد واعتراضی نفرمودند که شاهد باید از مدعی خواسته شود دلیل بر این است کـه حسب ظاهر هم اکنون حضرت فاطمه علیها السلام مدعـی محسوب میشد .

شاید تصورشود که فرمایشات حضرت امیر علیه السلام درمحاجه با ابوبکرمخالف این‌معنی‌وظاهردراین‌است که‌باستنادملکیت‌یدحضرت فاطمه، مسلمین‌مدعی محسوب میشدند و بایستی از مسلمین راجع بادعای آنها بینه خواسته میشد نه از حضرت فاطمه اما اگر کلام آنجناب درزمان و موقعیت های خاص آن مطالعه و سنجیده شود معلوم میشود این تصویر صحیح نیست واحتجاج وایراد ، متوجه ومعطوف‌بدو حکم خلاف‌ویتبعیضی است که درآندواعمال‌شده بود که در حکم اولی‌فرضامسلمین مدعی بودند و ادعای‌آنها هیچ دلیلی و سببی بهمراه نداشت و حتی شاید مدعی هم نداشته وخود ابوبکر بعنوان ولایت از مسلمین وتصدی حقوق آنها مدعی شد که ترکهٔ رسولخدا صلی الله علیه وآله وسلم فیء وبمسلمین تعلق دارد وباز مدعی شد فدك که درتصرف دخترپیغمبر صلی الله علیه وآله میبود از ترکهٔ رسولخدا صلی الله علیه وآله میباشد ودخترپیغمبر مدعی علیه وصاحب یدی بود مستصحب که سبب مملك آن مربوط بزمان حیات رسولخدا بود با وجود این ابوبکر بدون خواستن بینه از مدعی حکم بنفع مسلمین وبضرردختر پیغمبرغیا با صادر کرد ولی درحکم دومی یعنی‌وقتی قضیه عکس شد وحضرت‌فاطمه علیها السلام برحکم اواعتراض نمود و پیش وی شکایت برد ، بااینکه دعوی وی مستند بآیاتی‌ازکتاب بود ، برخلاف دعوی اول ازاو بینه خواست و بعد از استماع گواهی گواهان بادعای مدعی و گفته شاهدی که خودش تصدیق نمود آیهٔ‌تطهیر درباره آنها نازل شده است ترتیب اثر نداد وکسانی راکه خدا ورسولش راستگو ومنزه وپاك معرفی کرده جرح‌نمود وشاهد ازسنخ خودش میخواست . این بود که حضرت علی علیه السلام یعنی مظهر حق درمقام ابراز واظهار حق ( نه درمقام مطالبه حق فاطمه علیها السلام ) درمسجد و در حضور مهاجر و انصار کوس رسوائی او را بزد تا اینگونه قضایا بنام اسلام درتاریخ اسلام ثبت نگردد وارتباط آنها با اسلام بکلی

قطع شود .

بالجمله احتجاج حضرت علی علیه السلام برای ید دلیل نمیشود ولی باتوجه باینکه قضیه مربوط بغیرمنقول یعنی فدك است ودربیان حضرت علی یا وصف ملك بتنهائی ذکرشده است مانند «.. لم منعت .. میراثها .. وقد ملکته ..»ویااینکه کلمه یدمقید بقید مالکیت استعمال شده است مانند « فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه..» ویا « علی مافی یدها وقد ملکته .. » وتحقق قید مذکوریعنی مالکیت هم منوط و موقوف بروجود سبب مملك است لذا چنین نتیجه میدهد که در ملك غیر منقول برخلاف منقول ید بتنهائی کافی ومعتبر نیست بلکه باید یدمستند بسبب مملك باشد واین همانچیزیست که درعرف جوامع روزهم‌متداول بوده است چه در نظامات‌ارضی وقت اغلب ذوالید غیرازمالك زمین میبوده ولذا ید مستقلا دراراضی اعتبار نمیداشته است نکته جالب توجه این است که دراین‌احتجاج بید مالکیت مسلمین‌ویدمالکیت فرد یکنوع اعتبار داده شده است ودرردیف یکدیگر قرار گرفته‌اند .

ثالثا ـ کسانیکه ید را بطورعموم معتبردانسته، وبراستصحاب مقدم داشته‌اند ناگزیردرچهارمورد عکس قضیه‌یعنی تقدم استصحاب ید را برید فعلی بااعتذاراتی پذیرفته‌اند :

۱ ـ درجائیکه ذوالید اقرارنماید باینکه مال ، سابقا مال مدعی بوده است. مشهور براین است که دراینصورت استصحاب خواه از باب ظن وخواه تعبد باشد بر قاعدهٔ ید مقدم است وذوالید بایستی بر انتقال بخود دلیل اقامه نماید .

در مقام اعتذار سبب این امر را چنین بیان کرده‌اند : چون ذوالید بواسطه اقراریکه نموده است بمقتضای آنچه دلالت دارد براینکه اقرارعقلاء برضررایشان نافذ است ید خود را باطل نموده است، وبمقتضای کلامش مدعی‌انتقال مال ازمقرله گردیده است پس صاحب ید ، مدعی ، ومقرله ، مدعی علیه ، میشود و بنابر این ، دلیل اعتبارید ، شامل صورت اقرار نمیشود .

۲ ـ درجائی که علم‌باشد باینکه‌آنچه دردست ذوالید است ملك شخص معینی بوده است ، دراین صورت بنابرقول جماعتی بید عمل نمیشود و حکم بتقدیم قول

کسی میشود که بمالکیت سابق او علم حاصل است وبنا براین استصحاب ملکیت برید مقدم میشود .

اما طرفداران اعتبار ید ، گفته‌اند : در اینصورت هم استصحاب مقدم نیست بلکه ادلهٔ اعتبار ید ، شامل این مورد یعنی موردیکه علم بحال سابق آن باشد نمیشود و بعبارت دیگر ادلهٔ اعتبار ید بالذات ، منصرف از صورت علم است پس سقوط ید ، بمناسبت رجوع بمقتضای استصحاب ، و تقدیم آن برید ، نمیباشد بلکه موجب عدم اعتبار ید ، در اینمورد همان عدم شمول دلیل ید است بطوریکه اگر فرض شود استصحاب اصلاحجت نیست مع الوصف باز هم ید اعتبار ندارد و لازمه این امراین است که برید ، دراین فرض اتکاء واتکال نمیشود حتی درجائیکه در مقابل صاحب ید ، از طرف شخص دیگری ، بر خلافش ادعائی نشود ، ولذا گفته شده است : دراین مسئله درصورت عدم تداعی هم حکم بملکیت ذوالید نمیشود .

۳ ـ درجائیکه حال ید مسبوق بسابقه ومعلوم باشد چنانکه مثلادانسته شود که در گذشته ید ذوالید امانی یا غصبی وامثال آن بوده است وشك دراین باشد که بعدا بناقل شرعی منتقل شده است یا نه اصل ، عدم نقل ، و استصحاب حال ید است .

آنچه دراین فرض مورد قبول علماء میباشد این است که استصحاب مقدم بر ید است النهایه طرفداران تقدم ید ، متعذرند باینکه این مورد نیز از محل فرض خارج است زیرافقط دراستصحابیکه جریان آن درمقابل ید باشد، ید ، مقدم‌میباشد نه دراستصحابیکه درنفس ید جاری باشد .

٤ ـ درجائیکه اساسا موضوع قابل تملك شخصی نیست ویافرض امکان تملك واستیلاء ید مشروع مبتنی برمجوزات غیر معموله ونادره است مانند ملك وقف که درموارد خاصی اجازهٔ فروش آن داده شده و محتمل است ذوالید بواسطه عروض یکی ازآن مسوغات آنرا خریده باشد در این صورت در اعتبار و عدم اعتبار ید دو وجه ذکر شده است .

یکی اعتبارید وتقدم آن براستصحاب وقفیت است ـ بمقایسه اینکه استصحاب بقاءِ وقفیت مثل استصحاب بقاءِ ملکیت وبودن مال در ملك غیر است و بنا براین محکوم بید میباشد مگر اینکه ید حادث بشود بیکی از احوال غیر ملك برچیزی که وقف بوده است چنانکه مثلامال موقوفه بعنوان اجاره درید شخصی بوده وشك درعروض مسوق، طاری بر آن باشد، وبعبارت دیگرحال سابق ید، نسبت بعین موقوفه معلوم ، وشك درحادث باشد ـ دراین صورت استصحاب حال ید مقدم برید میشود . ( این وجه را سید طباطبائی صاحب عروه اختیار فرموده است ) .

وجه دیگر عدم اعتبار ید ، و وجوب انتزاع مال از ید ذوالید و تسلیم آن بارباب وقف استمگراینکه ذوالید ملکیت‌فعلیهٔ خود را ثابت نماید ـ این وجه را مرحوم نایني اقوی ازاول دانسته و استدلال فرموده است باینکه ید اماره بر ملك است اما در مالیکه طبیعت آن قبول نقل و انتقال‌فعلی بنماید و محبوس نباشد ـ و مجرد امکان عروض چیزی که با وجود آن قابل نقل و انتقال میشود کافی نیست .

بعبارت دیگر ید اماره است براینکه بیکی از اسباب نقل و انتقال بر سبیل اجمال وبدون تعیین سبب خاص، مال ازمالك اولی بذی الید منتقل شده است ـ و تصویر این لحاظ وخصوصیت بعد از فراغ از این است که مال قابل نقل و انتقال باشد ـ پس درمثل وقف که بالطبع قبول نقل و انتقال نمی کند ونقل وانتقال آن منوط بعروض یکی‌ازمسوغات‌است . **اولا** بایستی عروض مجوز بیع ، اثبات شود و در **وهله ثانی** نقل آن بغیر

امارهٔ ید، متکفل جهت دومی یعنی‌نقل‌آن‌بذی الید است‌اماجهت اولی، بید، قابل اثبات نیست ـ وبعبارتی روشن ، دلیل ید متکفل اثبات عروض مجوز نمیتواند باشد بلکه اثبات آن بایستی بطریق دیگری بعمل آید ودرحقیقت جهت اول ،بمنزلهٔ موضوع برای جهت ثانی میباشد پس استصحاب عدم عروض مسوغات بیع ، سقوط ید را اقتضا دارد چه استصحاب مذکور، بمدلول مطابقی موضوع ید را رفع مینماید

وبالنتیجه این استصحاب هم بمانند استصحاب حال یدبردلیل ید مقدم میباشد .

ممکن است گفته شود بنابراین فرض که ید ، اماره برنقل است نه اصل - چون شأن امارات اثبات لوازم وملزومات هردومیباشد وعروض مسوغات نقل ، از لوازم نقل است پس ید همانطور که نقل را ثابت میکند ، طر و مجوز نقل را نیز ثابت مینماید .

اما فساد این گفته از بیان سابق واضح است چه قابلیت مال برای نقل و انتقال از بـاب لازم و ملزوم نیست بلکـه بمنزله موضوع برای نقل و انتقال میباشد - همچنانکه اگر آنچه دردست ذوالید است درسابق خمر بوده ودر انقلاب آن بسرکه شك حاصل شود ، با مارهٔ ید نمیتوان سرکه شدن آنرا ثابت کرد ، بلکه مالیت . وثبوت انقلاب ، موضوع ید است که بید قابل اثبات نیست .

## ید در کجا نا معتبر وضمانی است

درقبال اماره ید که دلیل مالکیت است حالت دیگری برای ید هست که موجب مسئولیت و ضمان ذوالید میباشد و آن یدی است که اساس و پایه آن غیر مشروع باشد - وبعبارت دیگر استیلاء بر حق غیر بغیر حق است اعم از اینکه از باب غصب ویااتلاف ویا استیفاءِ ویا قبض به بیع فاسد وامثال آنها باشد .

مراد از مسئولیت وضمان در اینگونه موارد این است که مال غیر بر عهدهٔ ضامن قرار میگیرد ، واز لوازم آن لزوم تدارك مال مذکوراست ، برای این قسم از حال ید قاعدئی تاسیس نموده اند بنام ضمان ید واین اصطلاح حقوقی از لغت ضمن بمعنی دخول شیءِ درشیءِ گرفته شده است و چون مال مضمون در ذمه ضامن داخل شده ومانند جزءِ از ذمه او میگردد لذا ضمان نامیده شده است .

**قاعدهٔ ضمان :**

این قاعده علاوه براینکه مبتنی برمبنای عقلائی قبح تصرف درمال غیر است مستند بدلائل از کتاب وسنت نیز میباشد :

**الف کتاب :**

١ ــ سوره بقره آیه ١٨٤ « ولاتاکلواامو الکم بینکم بالباطل... » وسوره نساء آیه ٣٣ « یا ایها الذین آمنوا لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل .. » .

٢ ــ در سوره بقره آیه ١٩٠ « . . فمن اعتدی علیکم فاعتد و اعلیه بمثل ما اعتدی علیکم .. » .

٣ ـ درسوره الشوری آیه ٣٨ « وجزاء سئیة سیّئة مثلها » .

٤ ـ درسوره حمسق آیه ٣٩ «ولمن انتصر بعد ظلمه فاولئك علیهم من سبیل..»

این آیات بروجه عموم ، دلالت دارند براینکه استیلای بر مال غیر و اخذ آن برغیر وجهی که شارع اجازه داده ممنوع ، واکل بباطل ، و تعدی و تجاوز است ــ این عمومات شامل آنچه شارع اباحه نکرده است از قبیل غصب و مقبوض بقعود فاسده وغیر آن میشود وبرذم ، وتحریم آن دلالت دارد بخصوص آنچه جنبهٔ تعدی و سلطهٔ عدوانی داشته باشد که قبیح وهم فاعل آن ظالم و مسیىء است وبحکم منصوص ، خداوند ، معتدی وظالم را دوست نمیدارد .

**ب ــ سنت** : اخبار زیادی از معصوم دراین خصوص رسیده که چند فقرهٔ آن بروجه نمونه ذکرمیشود :

١ ـ قوله علیه السلام « المسلم علی المسلم حرام ماله ودمه وعرضه » .

٢ ـ از پیغمبر اکرم صلی الله علیه وآله وسلم است «المسلم اخوالمسلم لایحل لهماله الاعن طیب نفس منه » ونظیر این مضمون در کلام امام علیه السلام است « لایحل مال امرء مسلم لاخیه الاعن طیب نفسه » . مضمون این حدیث بر حرمت جمیع افعال و تصرفات درمال غیر دلالت دارد که از آنجمله امساك ونگهداری آن است .

٣ ـ توقیع صاحب الا مرعجل الله فرجه « لایجوز لاحد ان یتصرف فی مال غیره الا باذنه . »

٤ ـ نبوی مشهور که اساس قاعده میباشد « علی الید ما اخذت حتی تؤدی » این حدیث برضمان که حکم وضعی است بمطابقه ، وبر وجوب رد، بالتزام دلالت

دارد :

اما اول واضح است زیرا کلمهٔ « علی » هر گاه بفعلی ازافعال مکلفین ،اسناد داده شود ظاهر درحکم تکلیفی است ولی اگر بشئی از اموال اسناد داده شود مثل اینکه گفته شود « علیه دین » در اینصورت « علی » برای مجرد استقرار در عهده است و فرقی نمینماید بین اینکه مستقر درعهده ، عین باشد یا دین ، و چون اسناد مذکور درحدیث ، بمطلق اموال است لذا شامل ضمان عین ودین هردو میشود .

واما دوم یعنی دلالت التزامی بروجوب رد ، از دو لحاظ است : یکی آنکه قید و غایت قرار دادن « اداء » فی حد نفسه مستلزم وجوب است . دیگر آنکه بواسطه انکشاف آن از مطلوبیت مستلزم وجوب میباشد باین بیان که چون « اداء» غایت قرارداده شده برای حکم بر وجهی که رافع ضمان میباشد لذا دلالت دارد براینکه شرعا مطلوب است و مطلوبیت در این مقام ناگزیر عبارت از وجوب اداء است .

**لوازم وفروع :**

از توجه بعموم آیات واخبار ، استیلاء وتصرف وحتی خود داری از استرداد مال غیر جائزنیست ورد فوری آن واجب است اعم ازاینکه ازباب غصب باشد یاااز باب مقبوض بعقد فاسد واعم از اینکه قبض کننده از هنگام استیلاء ید عالم بفساد سبب وعدم تملك خود باشد یا نه پس از این عمومات استفاده میشود :

۱ ـ آنکه استیلاء برشیء هر گاه بروجه شرعی نباشد موجب مالکیت نمیشود و شیء مغصوب و یا ماخوذ بعقد فاسد در ملك غاصب و آخذ داخل نمیگردد زیرا مشمول تناول بباطل و منهی میباشد پس درملك مالك باقی میماند و در نتیجه رد عین آن اگر عین موجود باشد بـا فوائدش واجب است و اگر موجود نباشد در صورت مثلی بودن ، مثل والا قیمت آن باید تأدیه شود .

۲ ـ آنکه مالکیت مالك اولی چون باقی است لذا بحکم قاعده تسلیط وعموم آیات واخبار مالك حق دارد ملك خود را دردست هر کس ببیند انتزاع نموده واز

او بگیرد هرچند ذوالید راضی نباشد .

دراین حکم فرق نمی نماید بین اینکه عین مضمونه ، دستهای متعددی بواسطهٔ عقود فاسده گردیده ویا تعاقب ایادی بروجه غصب باشد ـ ونیز دربطلان معاملات ایادی بعدی فرق نمینماید که ایادی لاحقة عالم بفساد یدو یا ایادی سابق باشند یا جاهل باشند همچنانکه درصورت تعاقب ایادی غاصبانه هم فرق نمیکند که هریك عالم یا جاهل بچگونگی ایادی ماقبل خود باشند چه توارد معاملات صوری و بدون رضای مالك شرعی ، وتعاقب ایادی غیر مجاز ، عین را از ملکیت مالکش خارج نمیسازد ولذا اگر هزاران سال بگذرد وچندین هزاردست . عین گردش کند علقهٔ مالکیت شرعی ملك همچنان بجای خود باقی میماند .

۳ ـ آنکه اگرصفت عین مضمونه تغییر نماید مانند اینکه گندم آردیا نان شود ـ ویا ردآن متعسر شود مثل ورق آهن یا چوبی که برای ساختن در ، ویا در کشتی ، بکار رود ، و مانند چوب یا تیر آهنی که در ساختمان استعمال شود ، بدلیل بقاءِ مالکیت، ردآن نیزواجب است واگرنقصانی درنتیجه استعمال مذکور حاصل شده باشد تفاوت قیمت را نیز باید بپردازد مگراینکه تغییرعرفا بمنزله تلف باشد ویا ردعین متعذرباشد که در صورت اخیر گفته اند بدل حیلوله داده میشود و هرگاه رفع عذر شد هریك ازبدل ومبدل منه بمالکش تسلیم میگردد .

شاید باین فرع درصورتی بتوان قائل شد که استیلای ید ازروی تعدی باشد زیرا بحکم «یؤخذباشق احواله» معلوم میشود حکم آن فی حدنفسه ضرری است که بلاضرر رفع نمیشود والادرتمام موارد مضمونه، حقااجرای این حکم مشکل است ولاضررمانع اجرای آن است ..

٤ ـ هرگاه عین تلف شود مالك حق دارد بهریك ازایادی که درمالش تصرف نموده اند مراجعه نماید ودر صورت مثلی ، مثل والا قیمت روز تلف یا اعلی القیم را دریافت دارد ، وذمه هریك درمقابل مالك بروجه بدلیت مشغول میباشد تا اینکه حقش را از یکی یا ازمجموع آنها وصول نماید النهایه اگرحقش را از کسی وصول

کند که عین دردست او تلف شده دیگر او حق ندارد بایادی سابق برخودمراجعه نماید اما اگر از ایاد ماقبل او وصول نموده تأدیه کننده حق مراجعه بایادی لاحقه را تا برسد بکسی که عین دردست اوتلف شده است دارد .

**قاعده در قرارضمان :**

بر حسب آنچه گفته شد سنگینی مسؤلیت متوجه کسی میشود که عین در دست او تلف شده است او کسی است که آیادی دیکر بالاخره باومراجعه مینمایند وامیدوارند که بحقشان برسند اما اودیگر بکسی مراجعه نمینماید وضمان براومستقر میشود که درنتیجه باید متحمل خسارات گردد .

لیکن همیشه قرار ضمان بر کسی که عین نزد او تلف شده است نمیباشد بلکه درمثل معاملات فضولی ومعاملاتی که روی عین‌مغصوبه واقع میشود ومشتری بدون علم بموضوع ، بحکم ظاهر ید ، معامله مینماید قضیه درست برعکس است ، وید لاحق بسابق مراجعه مینماید تا بغاصب ویافروشنده فضولی برسد وضمان براو یعنی دست اول قرار میگیرد زیرا او کسی است که مشتری را مغرور نموده است پس طبق قاعدهٔ غرور که نزد فقهاء از قواعد مسلمه ومتخذ از روایت نبوی است « المغرور یرجع الی من غره » او تنها کسی است که آنچه مالك ازاواخذ مینماید بدون تدارك مانده واز کیسه‌اش میرودوحق مراجعه بدیگری راندارد ولی برعکس دیگران حق مراجعه باو را دارند ومعنی قرارضمان هم همین است .

پس سبب ضمان اگر غرر باشد قرار ضمان برغار است واگرسبب ضمان‌تلف باشد قرار ضمان بر کسی است که عین نزد او تلف شده است .

حکم قرار ضمان بهردو وجه درقانون مدنی دیده میشود :

الف - قرارضمان درصورتیکه سبب ضمان غرر باشد درمواد زیر پیش بینی شده است . ماده ۲۶۱ میگوید « درصورتیکه مبیع فضولی بتصرف مشتری داده شود هرگاه مالك معامله‌رااجازه نکردمشتری نسبت باصل مال ومنافع‌مدتی که درتصرف او بوده ضامن است اگرچه منافع را استیفاء نکرده باشد وهمچنین است نسبت بهر

عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد » با توجه باین ماده مشتری در قبال مالك سه نوع مسئولیت دارد : یکی مسئولیت نسبت باصل مال دوم مسئولیت نسبت بمنافع مدت تصرف ـ سوم مسئولیت نسبت بعیب و نقصی که درمدت تصرفش برعین وارد شده باشد .

درماده ۲٦۲ مقرراست که« درمورد ماده قبل مشتری حق دارد که برای استرداد ثمن عینا یا مثلا یا قیمتا ببایع فضولی رجوع کند » سپس درماده ۲٦۳ تفصیل قائل شده باینکه « هر گاه مالك معامله را اجازه نکند ومشتری هم برفضولی بودن جاهل باشد حق دارد که برای ثمن و کلیه غرامات ببایع فضولی رجوع کند . ودرصورت عالم بودن فقط حق رجوع برای ثمن را خواهد داشت » بطوریکه ملاحظه میشود حق رجوع مشتری ببایع فضولی بمیزان ثمن مطلق است چه عالم بموضوع باشدیا عالم نباشد . اما حق مراجعه بسایرغرامات منحصر بصورت عدم علم مشتری است و علت این است که دراینحال مغرور بمشتری اطلاق میشود نه در صورت علم ـ حتی درصورت علم قول مشهوردر نزد فقهاعدم حق رجوع مشتری بفروشنده برای استرداد ثمن است . ولی کلام مشهور باتوجه باصل قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» که شیخ انصاری متذکرشده قابل تردید است .

ب ـ درصورتیکه سبب ضمان تلف باشد حکم قرار ضمان بر طبق ماده ۳۱۸ چنین مقرر است « هر گاه مالك رجوع کند بغاصبی که مال مغصوب درید اوتلف شده است آن شخص حق رجوع بغاصب دیگر ندارد ولی اگر بغاصب دیگری بغیر آن کسیکه مال در ید او تلف شده است رجوع نماید مشارالیه نیز میتواند بکسی که مال در ید او تلف شده است رجوع کند یا بیکی از لاحقین خود رجوع کند تا منتهی شود بکسی که مال درید اوتلف شده است وبطور کلی ضمان برعهده کسی مستقراست که مال مغصوب درنزد او تلف شده است » .

## اسباب ضمان

حقوقدانان اسلامی وقتی ازغصب صحبت میدارند چون نظرشان بآثار وضعی

ومسئولیت مدنی آنست بحث راآنچنان تعمیم میدهند که در ضمن از آنچه در این آثاراز نظر حکم شریك است بحث مینمایند همچنانکه وقتی صحبت ازقاعده ضمان پیش میآید متذکر اسباب آن نیزمیشوند واینکه در کلمات فقهاء تعابیر وتعاریف مختلفی برای غصب دیده میشود برهمین اساس است مثلا :

ابن اثیرمیگوید « انه اخذ مال الغیرظلما وعدوانا » درقواعد ونافع وارشاد ودروس ولمعه وتنقیح تقریبا این تعریف قبول شده ودرشرایع نظیر آنها و اینچنین تعریف شده است « الغصب هو الاستقلال باثبات الید علی مال الغیر عدوانا » جهت تبدیل کلمهٔ اخذ باستقلال گویا بمنظور شمول غصب برموارد اثبات ید بوده است چنانکه اگر مال ازابتداء با اجازه مالك اخذ شده وبعد تعدی وتجاوز شود ،غصب اطلاق میشود . اما بظاهر اخذ هم بمعنی عام است و لذا آنچه از قوله صلی الله علیه وآله وسلم « علی الید ما اخذت » استفاده میشود بر وجهی است که شامل نظایر فرض مزبور هم میشود .

دروسیله ازغصب باحتواء برمال غیر بغیر تراضی تعبیر شده است .

بعضی بروجهی عامتر وبه « استیلاء برمال غیر بغیرحق » آنرا تعریف نموده اند ونظرشان براین بوده است که شامل مواردیکه چند نفر بشرکت مالی را غصب نمایند وهم مثل موردی که شخصی قهرا درمنزل مالك با مالك سکنی نماید بشود زیرا این موارد غصب است ولی کلمهٔ استقلال که درتعاریف سابق بکار برده شده شامل آنها نمی شود وبعلاوه بجای « عدوان » بغیر حق گفته اند تا نیز شامل مواردی گردد که از روی جهل ویا بروجه خطاء وغلط استیلاء حاصل شود چه این موارد ازنظر ضمان درحکم غصب است . بنظر بعضی چون این تعریف شامل غصب حق نمیشده است لذا بجای . مال غیر ،حق غیر گذاشته وچنین تعریف نموده اند «الغصب هوالاستیلاء علی حق الغیر بغیر حق » قانون مدنی این تعریف را گرفته لیکن بجای کلمهٔ بغیرحق ، کلمهٔ « بنحوعدوان» را گذاشته است اما نقص آنرا درذیل ماده ۳۰۸ چنین جبران کرده است : « غصب استیلاء برحق غیر است بنحو عدوان ـ اثبات ید بر

مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است » . وبنا بر این استیلاء ید بر حق غیر در مثل مدرسه ورباط وتجحیر، غصب ومحرم است هرچند ضمان نداشته باشد و شامل غصب حق مرتهن وغصب حق موقوف علیهم در وقف عام بوسیله استیلاء بر عین مرهونه و بر ملك وقف بنا بر آنکه قائل بانتقال آن بخدا بشویم نیز میشود واین دو قسم علاوه بر حرمت، مضمونه هم میباشند چه مثلا اگر مالك، عین مرهونه را بغیر حق وبطور عدوان ازید مرتهن خارج نماید هر چند راهن ، غاصب مال غیر نیست اما ضامن است که بدل آنرا از مثل یا قیمت بمرتهن تسلیم نماید پس در قبال حق مرتهن ضامن است . همچنین در غصب وقف عام ، بنا بر قول مذکور، غاصب فقط بر حق غیر یعنی حق موقوف علیهم مستولی شده است لیکن ضامن است، وعمل او مانند سایر موارد غصب اموال حرام است

بهرحال از بیان فوق بطور کلی اسباب ضمان معلوم گردید ـ واز لحاظ قسمت بندی شیخ بهائی مجموع آنهارا شصت و چهار قسم شمرده است لیکن بروجه جمع تری میتوان از آنها بشرح زیر یادآور شد :

١ ـ استیلاء واخذ حق غیر بعدوان .

٢ ـ منع مالك از تصرف در مالش درصورتیکه اتلاف یا تسبیب محسوب شود.

٣ ـ تصرف غیر مجاز امین درمورد امانت :

٤ ـ انکار کسی که مالی بعاریه یا ودیعه وامثال آن در دست او است .

٥ ـ مباشرت در اتلاف مال غیر اعم ازاینکه عین باشد مثل اینکه جامهٔ کسی را پاره نماید یا منفعت باشد مانند سکنای دار ، و رکوب دابه هرچند غصب هم مصداق پیدا نکند ، (درمواد ٣٢٩ تا ٣٣٠ قانون مدنی این قسمت بیان شده است) ودلیل آن حدیث « من اتلف مال الغیر فهوله ضامن » وروایات دیگر میباشد .

٦ ـ تسبیب وآن هرفعلی است که تلف بسبب آن حاصل شود مثلا اگر کسی چاهی درغیر ملك خودش حفر نماید وانسانی یا حیوان کسی در آن افتد وتلف یا ناقص شود ویا چیزی لغزنده درمسیر عمومی وراه عبور مردم اندازد و آن موجب تصادف وصدمه عابری گردد ضامن است، درخبر سکونی است ازامام جعفر صادق علیه السلام

« قال رسول الله صلی الله علیه وآله من اخرج میزابا او کنیفا او اوتد وتداً او اوثق دابة او حفر شیئا فی طریق المسلمین فاصاب فعطب فهو له ضامن » در صحیح کابلی است ازابی عبدالله علیه السلام « سالته عن الشیء یوضع علی الطریق فتمر به الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره فقال علیه السلام کلشیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه » . فروع ومسائل این حکم کلی زیاد است وفقها برای راهنمائی وبیان تطبین و انطباق آن باتوجه باخبار مربوطه بحد کافی بحث نموده اند وحقا رعایت واجرای آن دراجتماعات مترقی روز که تسبیب و موجبات اضرار بطریق مسلمین از هر حیث فراوان و در افزایش است کمال ضرورت را میدارد .

درقانون مدنی درچند ماده از این قضیه سخن رفته است وازجمله ماده ۳۳۱ حکم کلی آنرا چنین بیان مینماید « هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آنرا بدهد واگر سبب نقص یاعیب آن شده باشد بایداز عهدهٔ نقص قیمت آن برآید.» این ماده و مواد بعد آن اگر چه رسائی کافی ندارند لیکن متاسفانه بهمان اندازه شمولی هم که دارند بآنها عمل نمیشد وبدینجهت بجای اینکه سعی درعملی نمودن آنها بصورت قاعده ای عام بشود ضمن لایحه‌ای بمواردی از مصادیق این قضیه تصریح شد وآن تصریح درنتیجه از ارزش وعمومیت عام هم دراینمقام کاست .. !

۷ - قبض نمودن بعقد معوض فاسد ، چنانکه مثلا قبض ، درمعامله ای باشد که یك یا دو طرف آن اهلیت نداشته ویاموضوع معامله مالیت نداشته باشد ویاملك معامله کننده نباشد ومالك هم عقد را رد نماید وغیراینها از شروطی که عدم رعایت آنها موجب فساد عقد میشود .

۸ - قبض بسوم ، منظور این است که شخصی متاعی را برای فروش عرضه میدارد - هرگاه کسی آنرا برای خرید قبض نماید ضامن است . بعضی گفته‌اند مراد ازقبض سوم معنی عام تری است وآن عبارت از هرچیزیست که دریافت میشود برای انجام امری بحیثی که مضمون بوده وبرذمه آخذ قرار گیرد ومثلا باین تعبیر قبض نمودن زن مالی را برای اینکه مهرش باشد ویا مرد مالی را قبض نماید برای

اینکه عوض خلع باشد وامثال اینها ، از قبیل مقبوض بقبض سوم است .

۹ ـ استیفاء منفعت باجارهٔ فاسد سبب برای ضمان اجرت المثل است .

۱۰ ـ تصرف درمال غیر بروجه غلط واشتباه چنانکه کسی لباس غیررا بتصور لباس خود بپوشد .

۱۱ ـ عقد ضمان وآن عبارتست از اینکه شخصی برىء تعهد والتزام بمالی نماید که درذمه دیگری است .

البته ناگفته پیداست که شاهد کلام درمقام ، حکم قضیهٔ مقبوض بعقدفاسد وموضوع تعاقب ایادی فاسده ویا غاصبه است کـه تکلیف مالك در این احوال بـا ذوالید چنانکه گفته شد معلوم وروشن است . واجماعی است که مالك ، عین رادر دست هر کس یافت بدون عوض وبدون رضای ذوالید میتواند آنرا ازدست اواخراج نماید وبتصرف خود درآورد .

پس خلاصه از مجموع آنچه ذکرشد ایهام وابهامی در حکم این مقام باقی نمیماند وبا اندك تأملی معلوم میشود که ایرادات وشبهات معموله برخلاف نصوص است وحکم هیچیك ازاماره واصول مورد استناد، علاوه براینکه معارض با نص نمیتواند باشد شامل اینمورد نمیشود واساسا دلائل آنها منصرف ازموارد بحث میباشد ،اینك با توجه بسوابق واینکه اهالی کشورهائیکه امروزاسلامی است درظهوراسلام همگی کافر ویا اهل کتاب بودند ودربیدینی ویا دینی که میداشتند متعصب بودند وحتی بااسلام لجاج وعناد مخصوصی میداشتند ، واینکه سیرهٔ تمام کشورها درتمام اعصار بر این جاری بوده است که بدون محاربه هیچگاه تسلیم نمیشده‌اند وبرای نمونه جنگهای ثبت‌شده ایران واعراب وداستان دعوتنامه حضرت رسول ونامه رسان انحضرت را با خسرو پرویز بیاد بیاوریم و نیز جنگهای مصر و غیره را از نظر بگذرانیم برای ما علم ویقین حاصل میشود که هیچیك از کشورهائیکه در صدر اسلام و در زمان خلفای راشدین بدست مسلمین افتاد . اهالی آنها بمیل و اختیار باستقبال مسلمین نشتافته‌اند وبدون مداخله وکمك لشکر اسلام وهجوم مسلمین تسلیم نشده‌اند

ودرارض جزیه هم کمتر قراردادی میتوان یافت که تخلف از شرائط آن نشده باشد ویا بمیل ودلخواه خلفای وقت وحتی ولات محل از بین نرفته باشد واصولا اثبات این ادعا که زمینی صلحی است بسی مشکل وادعائی بلا دلیل است .

پس با این حال اگر برفرض درموردی شك شود ـ اصل بقاء آنها برحال سابق و عدم تسلیم اهالی محل بدون محاربه ، وعدم قبول اسلام بدعوت وتأخرقبول اسلام برفتح، وعدم تنظیم صلحنامه است ووجود هریك وخروج از مفاد اصل محتاج بعلم و یا دلیل علمی است که ارائه وابرازآن برعهده مدعی میباشد . اکنون درتکمیل بحث مالکیت اراضی و تبیین تفاوت طریق عقلا در حکم ید نسبت باموال و اراضی مناسب ویا ضرور است که بموضوع ازلحاظ سیره بطور کلی وبالاخص سیرهٔ مسلمین صدر اسلام واز نظر ظاهر قرآن بروجه خلاصه وتذکار توجه شود :

# فصل ( ۷ )

## سیره

سیره درلغت رفتار وروش وطریقه‌است وآن برفعلی اطلاق میشود که بروجه تمادی ویا بطریق عادت انجام شود خواه منتسب بشخص یا اشخاص و خواه منتسب بنوع باشد .

باجئین حقوق وقتی در ریشه حقوق مطالعه میکنند از انواع سیره باخلاق و ادب ـ رسم وعادت وبالاخره عرف تعبیر مینمایند . وقانونی‌را که برخلاف اخلاق و رسوم وضع شده باشد بدترین قانون میدانند ـ اما فقها اگر از سیره اسم میبرند

بدان منظور نیست بلکه منظورشان کشف از حکم ویا رضای شارع است وعلت این تفاوت این است کـه قانون را مردم میسازند ولی شرع مردم را میسازد و بعبارت دیگر قانون برای حفظ نظم موجود و معروف وضع میشود هرچند برخلاف نظم واقعی ونظمی باشد که برای انسان بودن انسان لازم است ولی شرع برای معرفی واقع وبر قراری نظم انسانی و حفظ نظام انسانیت است و لذا شرع هیچگاه تابع عرف نیست ولی اگرعرفی صحیح باشد آنرا ابقاء وتنفیذ مینماید .

پس سیره بخودی خود وبروجه عام حجت نیست مگر سیرهٔ خاص نبی وامام ویا سیره ایکه از رضای آنها حکایت داشته باشد . و اینکه در کلمات فقهاء دیده میشود درضمن استدلال ودر تایید مسئله‌ای از سیره اسم میبرند و گاهی آنرا مقید نموده و «سیره دراعصار وامصار» میگویند منظورهمین سیره یعنی سیرهٔ مسلمین است بروجهی که یا از تنفیذ ویا از قول و فعل معصوم حکایت نماید اما متاسفانه سیره مسلمین همواره چنین حکایتی نمینماید بلکه باتفاق مورخین، دوران غصب وتغاصب شدیدی را گذارنده است واین دو حالت از دقت درروش مالی وطریقه اقتصادی شخصی آن اشخاصیکه مسلمین درهرزمانی دور آنها جمع شده اند بخوبی مشخص ومعلوم میگردد بدین منظور نمونه‌هائی ازعصر پیغمبر صلی الله علیه وآله وعصر خلفاء راشدین غیر ازعثمان برای معرفی سیره سالم ، وامثله ای ازدوران و خلافت عثمان باعصر بنی امیه و بنی عباس برای شناسائی دوران تغاصب ذیلا ذکر میشود .

## ( ۱ عصر پیغمبر )

بموجب روایاتی که تواتر آنها از حیث معنی مسلم و غیرقابل انکار است پیغمبر اسلام وهمچنین ائمه اطهارهیچگاه ملك ومالی برای خوداندوخته نمیداشتند و هرچه بدست آنها میرسید در مصرفش مصروف میفرمودنـد و اگرچیزی بروجه اختصاصی بخود آنها منتقل میشد در راه خدا انفاق میکردند و خود باساده ترین زندگی و بمانند یکی از فقیرترین افراد زندگی میفرمودند . حضرت صادق علیه السلام میفرماید « کان رسول‌الله یأکل اکل العبد ویجلس جلوس العبد ویعلم انه عبد » .

در کافی است از عبدالله بن سنان از حضرت صادق علیه السلام که فرمود « خرج النبی صلی الله علیه و آله و هو محزون فاتاه ملك و معه مفاتیح خزائن الارض ، فقال :یا محمد هذه مفاتیح خزائن الارض یقول لك ربك افتح وخذمنها ما شئت من غیر ان تنقص شیئا عندی فقال رسول الله صلی الله علیه و آله الدنیا دارمن لادار له ، و لها یجمع من لاعقل له فقال الملك والذی بعثك بالحق نبیالقد سمعت هذاالکلام من ملك یقولدفی السماالرابعة حین اعطیت المفاتیح » - خبردیگردر کافی از حضرت صادق نقل شده استباینکه حضرت رسول صلی الله علیه و آله فرمود در طلب دنیا اضراربآخرت است ودرطلب آخرتاضرار بدنیا « فاضروابا لدنیا فانه اولی بالاضرار » .

ازحضرت رسول روایت شده است که « لاتتخذ واالضیعة فتحبوا الدنیا » وباز فرموده است « دعوا الدنیا لاهلها ، من اخذ من الدنیا فوق ما یکفیه اخذ حتفه و وهو لایشعر» درروایت دیگر است از آنحضرت که « یقول ابن آدم مالی مالی وهل لك من مالك الا ما اکلت فافنیت اولبست فابلیت او تصدقت فامضیت » .

نبی اکرم صلی الله علیه و آله وشاگردان مکتبحضرتش باقل آنچه کفاف معیشتوضرور درزندگی بود قناعت میفرمودند وازعایشه روایت شده است که چهل شبانه روزدر خانه رسول خدا چراغی و آتشی افروخته نشد سئوال شد با چه زندگی میکردید « قالت بالاسودین التمر والماء» . از فضیل وارد شده است که حضرت رسول صلی الله علیه و آله از موقعی که وارد مدینه شد سه روز ازنان گندم خود را سیر نفرمود .

از جابر روایت شده است که حضرت رسول صلی الله علیه و آله برفاطمه وارد شد وهی تطحن بالرحی وعلیها کساء من وبر الابل ، فلما نظر الیها بکی وقال : « یا فاطمة تجرعی مرارة الدنیا لنعیم الابد » پس این آیه نازل شد « ولسوف یعطیك ربك فترضی » .

درطریقه ورفتار حضرت رسول صلی الله علیه و آله آمده است که بعد از بعثت تا آخر عمر هیچ صبحی او واهل بیتش سیرنشدند مگرآنکه درشام گرسنه بودند وهیچ شامی سیر نشدند مگرآنکه صبح آن گرسنه بسربردند - خواب حضرتش بر روی عبائی

بود آنرا دولا میفرمود وروی آن میخوابید شبی چهارتا کرده بودند وحضرت روی آن خوابید چون بیدارشدفرمودمرا ازبیداری شب بازداشتید ـ بسی اتفاق افتاد که رسولخدا صلی الله علیه وآله وسلم جامهٔ خود را بیرون کرده بود که بشوید بلال اذان نمازمیگفت وحضرت جامهٔ دیگر نداشت که بپوشد وبنمازبیرون رود . روایت است کـه روزی یکی از زوجات حضرت رسول چون شدت گرسنگـی آنحضرت را مشاهده نمود عرض کرد یا رسول الله از خدا نمی طلبی که برایت طعامی فرستد حضرت فرمود بآن خدائی که جانم درقبضهٔ قدرت اواست کهاگر ازخدا بخواهم کوههای دنیارا برایم طلا مینماید لیکن من اختیار کردم گرسنگی دنیا را برسیری آن ـ وفقردنیا رابر غنای آن وحزن واندوه آنرا برفرح وشادمانی آن ـ بدرستیکه دنیا سزاوار محمد وآل محمد نیست وخداوند از برای پیغمبران اولواالعزم راضی نشد مگرصبر بر ناخوشیهای دنیا وکناره کردن ازلذات آن پس از برای من راضی نشد مگراینکه تکلیف کرد مرا بآنچه بر ایشان تکلیف کرده است وگفت « فاصبر کما صبراولوا العزم من الرسل » یعنی صبر کن چنانکه اولوا العزم ازپیغمبران صبر کردندبخدا قسم که جزطاعت اوچاره‌ای ندارم وبخدا قسم که صبرمیکنم بقدرقدرت وتوانائی وطاقت خود همچنانکه ایشان صبر کردند ، درخبریست که حضرت رسول ازقول جبرئیل فرمود که : خدایتعالی فرمود بهترین وپرنفع ترین دوستان من درنزدمن کسی است که سبکبار باشد وازنمازخود لذت برد وعبادت پروردگارخویش رانیکو بجای آورد ودرمیان مردم گمنام زیست نماید وروزی بقدر کفاف وقناعت باو رسد وبر این صبر کند وچون مرگ براو وارد شود میراث او کم باشد ـ حضرت کسی راکه دعا میفرمود ازخدا میخواست که بقدر کفاف وقناعت باو روزی دهد . این سیره درهمه انبیاء واولیاوحتی حکما باندك شدت وضعفی بوده استوسعی میکرده‌اند حرص وطمع را درنفس خویش بکشند ونفس را از حظوظ ولذات دنیائی بر حذر دارند تاقرب بیشتری بجوارحضرت رب العزة پیدا نمایند واگرتقرب بحق موقوف برآن نبود هیچگاه عظمای نوع انسان وبرگزیدگان حضرت منان که بر اسرار

هستی واقف واز حقیقت آگاهند برخود تنك نمیگرفتند واز مال وملك دربیش از حد اقل ضرورت اعراض نمیفرمودند ـ موسی بن عمران کـه بیواسطه با خدای سخن میگفت وانوار تجلی حق براو میتابید آیا دردنیا چگونه زندگی میکرد ؟ـ قوت غالبش گیاه زمین وبرك درختان بود واز کثرت ریاضت چنان لاغر و ضعیف شده بود که سبزی علفی که میخورد از ظاهر شکم مبارکش نمایان بود ـ عیسی روح الله همیشه جامه اش از موی وخوراك او برك درختان وعلف صحراها بودهیچ روزی قوت فردای خود را ذخیره نمیکرد وهیچ مسکنی نداشت ، هر کجا شام میشد همانجا میخوابید ـ یحیی بن زکریا لباسش از لیف وخوراکش برك درخت بود .

درباره نوح گفته شده که هزاروپانصدسال زندگانی کردوخانه ای برای خود دردنیا نساخت وهمواره چون صبح میشد میگفت تا شب نمیمانم و چون شب میشد میگفت بصبح نمیرسم .

در حال ابراهیم خلیل آمده است کـه همواره لباسش پشمینه و غذایش از جو بود .

در باره سلیمان بن داود گفته شده است کـه با آنهمه پادشاهی عظیم لباس موئی میپوشید و چون شب در میرسید دستهایش را بگردن قفل مینمود و پیوسته تا صبح ایستاده و گریان میبود وقوتش از دسترنج خود او از زنبیل بافی بود .

وخلاصه احوال تمام انبیاء واولیا وبخصوص پیغمبر آخرالزمان و صحابه و پیروان اوبرهمین منوال بود .

بهرحال آنچه گفته شد ازسیره نبی اکرم است وبنا برآنچه ازطریق فریقین وارد شده است حضرت رسول صلی الله علیه وآله وسلم امت خودرا باتباع توصیه نموده وفرموده است « من احبنی فلیستن بسنتی » یا «من رغب عن سنتی فلیس منی » وصریحترازحدیث دستور ایزد متعال است ( آیه ۳۱ سوره ۳ قوله تعالی ) « قل ان کنتم تحبون الله فاتبعونی یحببکم الله ویغفرلکم ذنوبکم والله غفوررحیم » بگو ای محمد اگرشما خدا را دوست میدارید پس ازمن پیروی کنید تاخدا شمارادوست بدارد و گناهانتان

را بیامرزد وخدا آمرزنده ومهربان است .

دریکی از کلمات مولای متقیان بین این مطالب جمع شده‌وهم روش وسیره نبی اکرم بیان وهم امر بتأسی واخذ بآن سیره گردیده است و بعلاوه از احوال پیغمبران سلف بروجهی‌اسم برده شده که‌هم‌تنبیه وتنبهی برای‌مخاطبین مسلمان وهم حاکی ازاعتراض وملامت میباشد نسبت بکسانیکه خود را پیروآن انبیاء میدانند ودرعمل نشانه‌ای ازپیروی آنهاندارند وآن خطبهٔ ۱۵۹ نهج البلاغه است که‌ترجمه قسمتی ازآن ذیلا نقل میشود : قسمت اول این خطبه متضمن اوصاف کمال قادر متعال است وقسمت دوم آن اشعاری بحال راجیان و تکذیب بعضی از مدعیان رجأ بثواب خداوند و خوف از عقاب او میباشد که میفرماید : ادعا میکند بزعم فاسد خود که بخدای تعالی امیدوار است ، بحق خدای بزرك که دروغ میگوید چیست حال او ؟ ! که از رجأ و امیدواری در عمل و رفتار او نشانه ای پیدا نیست . . . دروغگو است آن مدعی که دنیا درنظرش عظیم مینماید ودرقلب اوموقعیت ومحلی ارجمند دارد ، آنکه دنیا را بر خدا برتری داده و آنرا بر رضای خدا اختیار مینماید وبآن روی آورده‌وبرای آن بنده وفرمانبردار گردیده است ( وحال اینکه ای مدعی باید بدانی) هرآینه‌پیروی کردن حضرت رسالتمآب دررفتار و کردارمر تورا کافی است وبرنکوهش وعیب دنیا و کثرت مهالك آن تورا راهنما است ، چه از رسول اکرم اطراف وجوانب دنیا قبض بربسته شد و برای غیر او اکناف آن مهیا گردید ،ازشیرخواری‌دنیا باز گرفته‌واززینتهای آن‌دور کرده‌شد.واگرمیخواهی ( ای مدعی کاذب پیروی از موسی نمائی ) باز گومینمایم اسوهٔ موسی کلیم الله را وقتی که میگفت « رب انی لما انزلت الی من خیر فقیر » بخدا سوگند موسی از خداوند نخواست مگر نانی که بخورد چون همواره گیاه زمین میخورد واز لاغری وکمی گوشت سبزی تره از پوست درون شکم او دیده میشد ، واگر خود را پیرو داود میدانی اینك حال داودبن ایش را که صاحب مزامیر وزبوربود بشنو هرآینه بتحقیق‌وی بدست خود از برك خرما بوریا میبافت و بوسیلهٔ همنشینان او بفروش

میرسید وازثمن آن بخوردن نان جوی اکتفا مینمود، واگرمتابعت عیسی بن‌مریم مینمائی بدانکه عیسی سنك را بالش خود قرارداده ولباسی درشت میپوشید و نان خورش او گرسنگی بود یعنی وقتی قوتی میخورد که گرسنگی او شدت نموده بود وازآن‌لذت خورش میبرد، چراغش درشب روشنائی ماه وسایه بان اودرفصل زمستان مشرقها و مغربهای زمین بود کنایه ازاینکـه خانه ای نداشت ، میوه وریحان او چیزی بود که زمین برای حیوانات میرویانید نه زنی داشت که مفتون او شود ونه فرزندی داشت که او را محزون سازد ، نه اورا مالی بود که ویرا ازذکر حق باز گرداند ونه طمعی که اورا خواردارد ، پاهایش مرکب ودستهایش خدمتکاراو بود « درعدة الداعی از ابیعبدالله علیه السلام نقل شده است که عیسی میفرمود : اللهم ارزقنی غدوة رغیفا من شعیر وعشیة رغیفا من شعیر ولا ترزقنی فوق ذلك فاطغی » .

آنگاه بدنبال این تنبه و اعتراض امر بتأسی فرمود بقولش « فتاس بنبیك الا طیب الاطهر فان فیه اسوة لمن تأسی و عزاء لمن تعزی الخ » یعنی پس بنیکو ترین خلایق وپاکیزه ترین مردمان که نبی تو است تاسی واقتدا نماچه بطور قطع تنهارفتار او است که شایسته تقلید است برای کسیکه پیروی کند وسزاوارانتساب است برای کسیکه نسبت خود را باو بدهد ، ودوسترین بندگان نزد خدا آنکسی است که به پیغمبر خود تأسی نماید واثر او را متابعت کند (آیا آن اثرنبی اکرم چیست ؟ که تاکید درتأسی میفرماید ) پیغمبر ازدنیا بقدرضرورت اکتفا میفرمود وهیچ التفاتی بدنیا نمیداشت ، تهیگاه او از تهیگاه تمام اهل دنیا باریکتر بود ، وبیش ازسایرین با گرسنگی میساخت ، دنیا براوعرضه شد ولی‌ازقبول‌آن امتناع ورزید ، ومیدانست ( دنیا درنزد خداوند مبغوض است) وچیزیرا که خداوند سبحانه وتعالی دشمن داشته او هم‌آنرا دشمن میداشت ( ازموسی بن یسار دراحیاء العلوم نقل شده است که : قال النبی صلی الله علیه وآله ان الله عزوجل لم یخلق خلقا ابغض الیه من الدینا وانه منذ خلقها لم ینظر الیها ) ـ وچیزیرا که خداوند حقیر گرفته پیغمبر هم ( بواسطهٔ حقارت آن چیز نزد خدا ) آنرا حقیر شمرده است ، و چیزیرا که

خدا کوچك و بیمقدار گرفت پس نبی هم آنرا کوچك گرفت ، و ( بدینجهت ) اگر نباشد درما هیچ چیز جزاینکه چیزیرا دوست بداریم که خدا و رسول دشمن میدارند وبزرك بشماریم چیزیرا که خدا ورسول کوچك میشمارند هر آینه برای مخالفت ونافرمانی خدا وسرپیچی ازامراو کافی است ـ وبتحقیق که همواره حضرت رسول صلی الله علیه وآله بر روی زمین طعام میخورد ومانند نشستن غلام مینشست وبا دست خویش کفش خود را میدوخت وجامه خود را پینه میزد ، وبر الاغ برهنه سوار میشد و پشت سرخود دیگری راسوارمیکرد وبردرخانه اش پرده‌ای منقوش آویخته شده بود بیکی از زنان خود فرمود ای زن آن پرده را از نظرمن پنهان کن چه وقتی بان نظرم میافتد دنیا وزینتهای آن بیادم میآید ـ پس قلبا ازدنیا اعراض فرمود ، ویاد دنیا را از نظر خود محو داشت و دوست میداشت زینت وآرایش دنیا ازپیش چشم حضرتش بدور باشد تا آنکه ازآن لباس فاخری برنگیرد وباور ندارد که آن‌جای آرمیدن است و درآن امید اقامت نمیداشت ( چه دنیا دارمجازاست نه دار قرار چه خوش گفته است: احلام نوم او کظل زائل ـ ان اللبیب بمثلها لایخدع ـ وبدینجهت فرمود علیه السلام : « الدنیا دارمن لا دار له ولها یجمع من لاعقل له ، وعلیها یعادی من لاعلم له ،وعلیها یحسد من لافقه له، ولها یسعی من لایقین له » ـ باری پس دنیا را از نفس نفیسش بیرون کرد وآنرا از قلب بکوچانید وازجلو چشم غایب گردانید وهمچنین است هر کسی که چیزیرا دشمن بدارد نمیخواهد بانچیز بنگرد ودشمن میدارد که نام آن درنزدش برده شود .

وهر آینه براستی چیزی دررسول خدابود که تورا بر بدیهای دنیا وعیوب آن دلالت وراهنمائی میکند وآن این است که آن حضرت باخواص خود در دنیا گرسنه میماند وبا بزرگی مقام ومنزلت رفیعش زینتهای دنیا از او بدور بود ، پس برناظر واجب است بدیدهٔ عقل واز روی تدبر نظر افکند و بعقل خود دریابد که آیاخداوند محمد صلی الله علیه وآله وسلم را بسبب این سیره واحوال ، گرامی داشته یا او را خوار کرده است ، اگر بگوید اورا خوار کرده بخدای بزرك قسم که قطعا دروغ گفته

وبهتان بزرگی زده است ، واگر بگوید اورا گرامی وبزرك داشته است پس باید بداند خداوند کسانیرا که دنیا را بر آنها بسط ووسعت داده و حال آنکه آنرا ازنزدیکترین مقربان درگاهش بازداشته، پست وخوارساخته است - پس باید متأسی اقتدا به پیغمبرش نماید واثر او را پیروی کند وپای خود را جای پای اوبگذارد وگرنه از افتادن درهلاکت ایمن نباشد زیرا خداوند سبحان محمد صلی الله علیه و آله و سلم را کاملا بر قیامت واحوال آخرت مطلع وعالم گردانید واو را بشارت دهندهٔ بهشت وبیم دهنده از عذاب قرار داد ، از دنیا برفت بدون اینکه بهرهٔ دنیوی برده باشد و بآخرت وارد شد درحالیکه ازتبعات ومکاره دنیا سالم مانده بود ، سنگی روی سنگی ننهاد تا راه خود را گذرانید ودعوت پروردگارش را اجابت نمود ، پس خداوند بزرك بواسطهٔ نعمت وجود آنحضرت که درپیش روی ماقرار داده تا متابعت و پیروی او را بنمائیم وپیشوائی که گام درپی او نهیم ، چقدر منت واحسانی بزرك فرموده است بعد میفرماید : « والله لقد رقعت بدرعتی هذه حتی استحییت من راقعها . . » تا گفته پیدا است که منظور از ذکر این قسمت از خطبهٔ حضرت مولی الموالی معرفی سیره نبی صلی الله علیه و آله و سلم از لسان ولی و هم امر امام متوجها با نام نسبت بپیروی و تأسی بحضرت خیر الانام است . واینك برای مزید استحضار بیمناسبت نیست به بینیم پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم چه داشته ؟ وچه بجای گذاشته است ؟

## ( دارائی پیغمبر اکرم (ص) )

بطوریکه در کتب تاریخ مسطور است حضرت محمد صلی الله علیه و آله و سلم از پدر کنیزی بنام برکه مکنی به ام ایمن ، پنج شتر و گله‌ای گوسفند - و از مادر منزلی واقع در شعب بنی علی که مولد حضرتش بود بارث برد ، واز حضرت خدیجه دخترخویلد منزلی درمکه که بین صفا ومروه ، درپشت بازار عطارها واقع بود با مقداری از اموال دیگر بآنحضرت رسید .

گفته شده است که خدیجه پس ازازدواج ، آنچه ازمال دنیا داشت بحضرت محمد بخشید و ثروت خدیجه بیشتر اموالی بود که بوسیله چند نفر امین برایش

تجارت میشد .

درفتوحات اسلامی اموال زیادی از باب سهام غنائم ویا انفال و یا بروجه هبه بتصرف پیغمبر درآمده است چه در ظرف بیست وسه سالیکه حضرت بتبلیغ دین ومقاتله بامشرکین اشتغال داشت نفوذ اسلام بهمه جای جزیرة العرب گسترده شده بود ، و از سال اول هجرت که جهاد واجب شد تا وفات حضرت رسول جنگهای عدیده بین مسلمین و کفار روی داد که بعضی از مورخین تا سی غزوه و چهل وپنج سریه وشصت وشش بعثت نوشته‌اند . ( توضیح آنکه جنگهائی که با حضور پیغمبر میشد غزوه وهرآنچه حضرت قشون میفرستاد بعث وجنگهائیکه برای دفاع دشمن میرفتند سریه خوانده شده است ) .

## مصرف اموال :

از توجه بتاریخ این نکته مسلم است که درزمان حیات رسول اکرم اسلام بر تمام جزیرة العرب دست یافت ودر نتیجه اموال منقول وغیر منقول این سرزمین یا بحکم النبی اولی بالمؤمنین من انفسهم و یا بعنوان اختصاص در اختیار رسولخدا صلی الله علیه وآله وسلم درآمد .

اموال منفول را حضرت بلافاصله میان مستحقین تقسیم ویا درمصارف عمومی وبرای تقویت اسلام مصرف میفرمود و برای خود حتی از آنچه مختص حضرتش بود چیزی اندوخته نمیفرمود .

اما اراضی واموال غیر منقول را که مفتوحه ویا از ما افاء الله بود باستثنای قطعاتی که باشخاصی اختصاص داد بقیه را بصوت صدقات جاری قرارداد وتولیت آنرا پس از خود بحضرت امیرالمؤمنین وائمه بعد ازآن حضرت تا برسد بحضرت حجت سپرد ، این صدقات مدتی در دست زید بود وپس از او بدست حسن بن زید امیر مدینه افتاد .

ماوردی میگوید صدقات نبی صلی الله علیه وآله وسلم معلوم ومحصور در هشت قسمت بشرح زیراست :

۱ - املاك مخیریق یهودی - وی از علماء یهود بنی النضیر بود هفت حائط داشت بنامهای : مبیت ، صافیه ، دلال، حسنی ، برقه اعراف ومسربه - دریوم احد بحضرت رسول ایمان آورد واملاك مذکوررا برای حضرت وصیت نمود ودرر کاب حضرت باکفار احد مقاتله کرد تا اینکه بقتل رسید واین اولین اراضی بود که حضرت رسول مالك شد .

۲ - اراضی بنی النضیر درمدینه - و آن چنان بود که بنی النضیر پس از پانزده روز که‌درقلعه وحصارخودمحصور بودندازحضرت‌پیغمبرامان‌خواستند حضرت بآنها امان داد بشرط اینکه از مدینه بروند و سلاح جنك و زر وسیم بهمراه نبرند جهودان بنی النضیر وقتی تصمیم بر جلای محل گرفتند برای اینکه مسلمین از خانه هاشان‌نتوانند استفاده نمایند آنها را خراب میکردند - بهرحال اموال اینها اولین فیء بود که بحکم آیه « ما افاء الله .. » بهره رسولخدا گردید که هرچه خواهد بکند .حضرت رسول اموال آنها را بغیرازاراضی برمهاجرین قسمت فرمود از انصار جز سهل بن حنیف وابو دجانه سماك بن خرشه که خیلی آنها رامستحق یافت کسی دیگررا بهره نداد . واراضی آنرا یا خود حبس فرمود ویابقول مورخین شیعی بامیرالمؤمنین بخشید وآنحضرت‌ازبرای اولاد فاطمه علیها السلام موقوف داشت .

۳ - کتیبه ٤وطیح ٥ سلالم - توضیح آنکه مورخین هفت حصن برای خیبر نوشته‌اند ولی ماوردی مینویسد خیبر دارای هشت حصن محکم بوده است بنامهای : ۱- ناعم - ۲ قموص ۳ - کتیبه ٤ - شق - ٥ نطاء - ٦ - وطیح -۷ سلالم - ۸ -حصن صعب بن معاذ .

این حصون‌باستثنای وطیح - وسلالم مفتوه العنوه است ولی دو حصن مزبور بصلح فتح شده است باینکه اهالی آندو امان خواسته وکوچ نمودند ولذا این دو از « ما افاء الله » بوده است وکتیبه هم بابت خمس اراضی مفتوحه سهم حضرت شد پس سه حصن مذکور خالصهٔ حضرت رسول گردیده وحضرت آنها را صدقه جاریه ساخت وپنج حصن دیگر را که درجملهٔ آنها وادی خیبر ووادی سریرووادی‌حاضر

بود بین غانمین برهیجده سهم تقسیم فرمود ـ مقسوم علیهم هزاروچهارصد نفر از اهل حدیبیه اعم ازحاضر و غایب بودند ولی غایب آنها فقط جابربن عبدالله بود ـ ترتیب تقسیم چنان بود که دراین عده دویست سواربود بهر صد نفر سه سهم اعطاء فرمود وبهزاردویست نفرپیاده بهرصد نفر یکسهم وبنابراین خیبرمقسوم برهیجده قسمت شد .

اما گویا این تقسیم مربوط بغنائم فراوان منقولی بوده کـه در این غزوه بدست آمده بود و الا چنانکه سایر مورخین نوشته اند اهالی خیبر تقاضا نمودند نخلستانهارا به نصفه کاری بآنها بدهند وحضرت پیغمبر صلی الله علیه و آله موافقت فرمودبشرط اینکه هروقت بخواهدآنهارا اخراج کند ولذا همه ساله مأموری در موقع برداشت محصول از طرف پیغمبر میرفت ومحصول را نصف میکرد و این عمل تا زمان عمر ادامه داشت ولی عمر یهودیها را بکلی از عربستان اخراج نمود .

مؤید نظر فوق این است که ماوردی خود در جای دیگر میگوید خراج مقاسمه ، در نخل جائز است چنانکه رسول خدا صلی الله علیه و آله در باره اهل خیبر بنصف از ثمار نخل عمل فرمود .

٦ ـ فدك ـ از سر گذشت خیبر بریهودیهای فدك،ترس غلیه نمودونماینده‌ای خدمت حضرت رسول فرستادند وحاضر بصلح بر طبق قرار داد خیبر شدند یعنی به نصفه کـاری عمل نمایند . النهایه چون فدك بدون جنك بدست آمده بود خالصه پیغمبر بود وبا نزول آیهٔ « وآت ذاالقربی حقه » حضرت رسول آنرا بفاطمه علیها السلام واگذار نمود ـ اما ماوردی وسایر مورخین اهل سنت آنرا نیز از صدقات حضرت رسول شمرده‌اند .

٧ ـ ثلث از زمین وادی القری : ماوردی مینویسد ثلث اراضی مزبور مال بنی‌عذره ودوثلث آن متعلق بیهود بوده است که بایهود صلح شد باینکه نصف‌اراضی آنها مال پیغمبر باشد و بنا براین اراضی سه ثلث شد وقتی عمر خواست یهودیها را اخراج نماید حق آنها را تقویم نمود ونود هزار دینار بآنها داد وسپس به بنی‌عذره

پیشنهاد کرد اگر میخواهند نصف قیمت مذکور را بدهند ودر نتیجه در نصف شریك باشند بنی عذره قبول نمود وچهل وپنجهزار دینار پرداخت و نصف وادی ملك آنها ونصف دیگر ملك مسلمین شد .

۸ ـ موضع سوق در مدینه که بآنها مهروز میگفتند ـ این محل را مروان از عثمان خواست و عثمان برای او آنرا اقطاع نمود و از این حیث باعث ایراد مردم شد .

اما اموال موروثی که قبلا اسم برده شد ، ام ایمن را حضرت بزید بن حارثه تزویج فرمود ، وزید کسی بود که حکیم بن حزام اورا برای خدیجه ازبازار عکاظ بچهار صد درهم خریده بود وخدیجه اورا بحضرت بخشید که حضرت او را آزاد کرد وام ایمن را باو تزویج کرد ـ واما دو خانه موروثی حضرت را عقیل بن ابی طالب فروخت وهنگامیکه در حجة الوداع حضرت وارد مکه شدند گفته شد بکدام منزل نزول میفرمائید حضرت فرمود « هل ترك لنا عقیل من ریع » گفته‌اند چون مکه مفتوحه بود حضرت بر آن حکم مستهلك را اجرأ فرمود ، و بهر حال بآن رجوع نفرمود ـ واما اموال منقول را در راه خدا انفاق نمود .

خلاصه حضرت رسول با آنهمه اموال واملاك که باختصاص وبولایت دردست میداشت خود وعائله‌اش بحد اقل کفاف قناعت میفرمود و چیزی برای خود باقی نمیگذاشت تا آنجا که هنگام رحلت چنانکه روایت شده است زره آنجناب درمقابل سی صاع جو پیش مردی یهودی در گرو بود .

## ( ۲ ـ عصر خلفای راشدین غیر از عثمان )

از نظرمورخین عصرخلفای راشدین باستثنای دوره خلافت عثمان عصرطلائی اسلام واصل عدل وتقوی محسوب شده است بدنیا کسی توجه نمیداشت وهر کس عملی انجام نمیداد از روی صافی وصداقت بود وبعقیدهٔ خود حقیقت را از نظردور نمیداشت گفته‌اند حکومت دراین دوره بیشتر بمقامات روحانی شبیه بود ، خلیفه لباسی ساده میپوشید ودر کوچه وبازار همانند افرادعادی حرکت مینمود وبا پست

ترین افراد هم سخن میشد ، خوراك آنها با خوراك فقیرترین افراد مردم مساوی بود ، واین سختیها که بخود میدادند صرفنظر از جهات روحانی و معنوی بمنظور هم آهنگی وعملی ساختن روح برابری وبرادری ومساوات بود :

جرجی‌زیدان ومورخین دیگرمینویسند خلفای راشدین (غیرازعثمان) بملك ومال اعتنا نداشتند ( همین قسم سایرصحابه پیغمبردرزمان خلفای راشدین باتقوی وپرهیزکار بودند ) چنانکه :

۱ ـ ابوبکر وقتی در گذشت بغیر از یکدرهم از مال دنیا چیزی نداشت ـ ابو بکر پیش از اسلام و در اسلام تا قبل از خلافت تجارت میکرد . وقتی مسلمان شد چهل هزار درهم سرمایه او بود لیکن هنگام وفات فقط زمینی ودو جامه داشته است که وصیت نمود زمین را بفروشند وقرض او را به بیت المال اداء نمایند ودو جامه را کفن او سازند .

۲ ـ عمر که در تاریخ مؤسس دولت مسلمین خوانده شده است ، بتقوی و پرهیزکاری وزهد وپاکدامنی نزد مورخین مشهور است ، فتوحات اسلامی دردوره عمر درتواریخ نمایان است و غنائم از هر سوی سیل آسا بطرف مدینه و بیت المال سرازیر ودر جریان بود . مع الوصف حقوقی که عمر برای خودش قرار داده‌بود مساوی با حقوق سایر صحابه‌ی با سابقهٔ دراسلام بود ، و چیزی ازآنهمه در آمد سرشار ، زائد از حقوقش بر نمیداشت و هرگاه بمال بیشتری احتیاج پیدا میکرد ازمتصدی بیت المال قرض‌میکرد .وقتی ضربت خورد واحساس کرد مرگش نزدیك شده است به پسرش وصیت کرد که هشتاد هزار درهم به بیت المال مقروض است از حقوق فرزندانش و در صورت عدم تکافؤ از حقوق آل خطاب قروض او تأدیه شود .

۳ ـ تقوی و پرهیزکاری واقعی مولای متقیان ، امیر مؤمنان ، و بغض و ونفرتش از دنیا داری ، بیش ازآن بود که بوصف آید ومشهورترازآن است که محتاج بذکر باشد ، خطبه‌های نهج البلاغه وسایر دستورات وتعالیم واصله از آن

حضرت که رعایت آنها برای بوجود آوردن یك جامعه بتمام معنی انسانی وتشکیل مدینه فاضله واجتماع فضلا کاملا کافی است تراوشی از بحر وجود ویا شعاعی از انوار حقیقت او است.

رفتار علی علیه السلام آنچنان درزهد وورع، وعدل وتقوی، حیرت انگیز بود که هیچ مورخ ونویسنده ای ازدوست ودشمن نتوانسته است روی این حقیقت پا بگذارد وبگذرد - درتفسیر طنطاوی است «فقد کان العلی مغالیاً فی الزهد والعدل ومن اقواله تزوجت بفاطمة ومالی فراش الاجلد کبش تنام علیه باللیل، و نعلف علیه ناضحنا بالنهار، و مالی خادم غیرها» با حضرت فاطمه علیها السلام ازدواج کـردم در حالیکه فرشی نداشتم جز پوست قوچی که شب روی آن میخوابیدم و در روز شتر آبکش خود را روی آن علف میدادیم وجز آن خادمی نداشتم.

طنطاوی وجرجی زیدان ودیگران نوشته‌اند درایام خلافت علی علیه السلام مالی از اصفهان رسید، حضرت آنرا بهفت سهم قسمت فرمود یك گرده نان اضافه آمد آنرا نیزهفت قسمت فرمود وامراء هفتگانه را خواند قرعه زد تا معلوم دارداولین قسمت را بکدامیك واگذارفرماید - علی هیچ بنائی ازآجریا خشت ویانی نساخت خودش آذوقه وخوراکیها را از مدینه تهیه و در انبان ریخته بخانه میبرد، گفته شده است روزی شمشیرش را ببازار برد و فروخت و فرمود اگر چهار درهم برای خرید جامه‌ای داشتم آنرا نمیفروختم.

شیخ مفید از سعیدبن کلثوم روایت کرده است که وقتی درخدمت امام‌جعفر صادق علیه السلام بودم آن حضرت از امیرالمؤمنین نام برد ومدح آنجناب را بسیار نمود تا آنکه فرمود: بخدا قسم علی بن ابی طالب علیه السلام هیچگاه در دنیا حرامی تناول ننمود تا از دنیا رحلت فرمود وهیچوقت دو امر از برای او روی نمیداد که رضای خدا در اندو امر باشد مگر آنکه امیرالمؤمنین علیه السلام آن امریرا اختیارمیفرمود که سختر وشدیدتر بود ونازل نشد بررسول خدا صلی الله علیه وآله نازله وامرمهمی مگر آنکه علی علیه السلام را میطلبید و برای او ظاهر میساخت و هیچکس را در این امت طاقت

رسولخدا صلی الله علیه و آله و سلم نبودمگر امیر المؤمنین علیه السلام وعمل آنحضرت مانند عمل شخصی بود که مواجه بهشت ودوزخ باشد که امید ثواب وترس عقاب داشته باشد ودر راه خدا از مال خویش که بکد یمین ورشح جبین حاصل کرده بود ، هزاربنده خرید وآزاد کرد وقوت اهل خانه آنحضرت زیت وسرکه وعجوه بود ولباس او از کرباس تجاوز نمیکرد و هر گاه جامه میپوشید که آستین آن بلند بود مقراضی میطلبید وآن زیادیرا میبرید ، وهیچکس دراهلبیت واولاد آنحضرت مثل علی بن الحسین علیه السلام در لباس وفقاهت اشبه باو نبود ..

حضرت امیر علیه السلام روزها روزه میگرفت وشبها بگرسنگی میگذرانید وغذا و قوت خود را بدیگران عطا میفرمود ـ سورهٔ هل اتی در باره ایثار آنحضرت وارد شده است و آیه « الذین ینفقون اموالهم باللیل والنهار سراً وعلانیة .. » درشان آن جناب است ، از کار کردن عار نداشت مزدوری میکرد واجرتش را تصدق میفرمود و بحکم آنکه الفضل ما شهدت به الاعداً ـ همین بس است که معاویه یعنی کسی که اعداء عدو آنجناب بود درحق حضرتش گفت که : علی اگر مالك خانه‌ای از طلا و خانه ای از کاه شود ، طلا را بیشتر تصدق میدهد تا هیچ از آن نماند ـ هنگامیکه آن جناب از دنیا رفت هیچ چیز باقی نگذاشت ـ و خطاب آنحضرت به : یا بیضاءِ ویا صفراءِ غری غری وعمل او باینکه بیت المال را پس از تصدق اموال جاروب مینمود ودرجای آن نماز میگذارد ، در کتب سنی وشیعه نوشته شده است باری :

چه حصر کردن فضل علی میسر نیست
سخن بس است دگر کن بعجز خود اقرار
کسی که دم زنداز فضل بی نهایت او
چه مرغکی است که از بحر تر کند منقار
حدیث فضل علی را تمام نتوان کرد
اگر مداد شود ابحر و قلم اشجار

گمان نکن که در این گفتگو بود اغراق
چنین بما خبر آمد ز احمد مختار

در کلمات مولای متقیان دیده میشود که از جمع مال به بیش از کفاف و زیاده از اندازهٔ کفایت معاش صریحا نهی شده است ودستور مصرف آن در اعمال صالحه که زاد وتوشه آخرت باشد داده شده است از جمله درخطبهٔ چهلم نهج البلاغه میفرماید : « الدنیا دار منی، لها الفناء ولا هلها منها الجلاء ، وهی حلوة خضرة و قد عجلت للطالب والتبست بقلب الناظر فارتحلوا عنها باحسن ما بحضرتکم من الزاد ولا تسئلو افیها فوق الکفاف ولا تطلبو امنها اکثر من البلاغ » یعنی دنیا سرائیست که از برای آن فنا واز برای اهل آن بیرون رفتن از آن بارنج وعنا تقدیرشده است ( چنانکه خداوند سبحان میگوید : کل من علیها فان ونیز کل شیء هالك الاوجهه) و این دنیا در مذاقها شیرین است ودر نظر های اهلش سبز و خرم است لیکن از برای آن دوام وثباتی نیست تا طالب آن بتواند از آن متمتع شود ، درقلب ناظرین مشتبه شده است ( تا اینکه مفتون آن شده وبر آن حریص گردیده اند : کمثل غیث اعجب الکفار نباته ثم یهیج فتریه مصفراً ثم یکون حطاماً و فی الاخرة عذاب شدید ) پس از آن رحلت و کوچ نمائید ( بدینمعنی که خود را مهیای سفر آخرت نمائید : فاستعدوا للموت قبل نزول الفوت) به نیکوترین توشه ایکه درحضورشما است (که آن توشه عبارت از تقوی وانفاق مال درراه خدا وانجام کار های شایسته است) بعد از این مقدمه و درس زندگی چنین نهی فرموده است : نباید دردنیا بالا تر از قدر کفاف معیشت چیزی بخواهید ونه زیاده از حد کفایت طلب نمائید .

در کافی ازسکونی ازاباعبدالله روایت شده است «قال علیه السلام قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم طوبی لمن اسلم و کان عیشه کفافا » ودرروایت دیگر از سکونی است که حضرت صادق علیه السلام فرمود : « قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم اللهم ارزق محمد او آل محمد ومن احب محمد او آل محمد العفاف والکفاف وارزق من ابغض محمد او آل محمد المال والولد » .

دربحار درحدیثی ازابی ذر آمده است : « قال رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم یا اباذرانی قد دعوت الله جل ثناؤه ان یجعل رزق من یحبنی الکفاف و ان یعطی من یبغضنی کثرة المال والولد .. » .

خلاصه آن است وصف حال پیشوایان اسلام واین است صراحت مقال آنان اما کو تابعی که بحقیقت آنهارا دنبال نماید وبتواند ازطول آمال بگذرد وحرص وآز را کنار گذارد ؟! وکجا است آن شیعه وپیروی که نفس را از اتباع هوی بازدارد و بمتابعت پیشوایان خود گراید ومال را چنانکه باید مقدمه و وسیله ارتزاق خودداند و ماز اد را بمصرف همنوع وبالمآل نجات اخروی خود رساند ! ! ( گر تو دیدی سلام ما برسان .. )

## روش مامورین وعمال درعصراین خلفاء

مأمورین و عمال این خلفاء بیشتر از اهل تقوی و مشهور بحسن اعتقاد در اسلام بودند وآنها نیز خلفاء را بر اجرای حق وعدالت کمك و یاری مینمودند و اگر احیانا اشخاصی از عمال ، قلبا هم با روش خلیفه مخالف میبودند جز اینکه صورت ظاهر را حفظ وباو اقتدا نمایند چاره ای نداشتند ، بخصوص وقتی میدیدند خلیفه شخصا مراقب اوضاع است وکارهای آنها را کنترل وحساب آنها رارسیدگی مینماید چنانکه عمر همه ساله بوضع عمالش میرسید و بکمترین تهمت آنها را معزول میساخت .

نوشته‌اند عمر عمید بن سعد را والی حمص ساخت چون یکسال گذشت باو نوشت « اقدم الینا » یکوقت دید جناب استاندار پای برهنه وپیاده در حالیکه انبان وکاسه‌اش برپشت وعصایش بردست بود از راه رسید ، عمر پرسید آیا دعوت ما را اجابت کردی یا آن بلاد را بلاد خوبی نیافتی ؟ جواب داد ای‌عمر: آیا تورا خداوند از سوءظن منع نکرده است ؟ ! اینك من تمام دنیا را پیش تو آورده ام - عمر پرسید خوب از مال دنیا چه باخود داری ؟ گفت ، عکازی که بر آن تکیه میکنم واگر بدشمنی برخوردم با آن از خود دفاع مینمایم وانبانی که طعام‌خود را با آن حمل مینمایم بعد عمر از طرز کارش پرسید جواب داد از شتر دار شتر

واز اهل ذمه جزیه میگیرم وبین فقرا ومساکین وابناء سبیل قسمت مینمایم وبخدا سوگند اگر چیزی از آنها پیش من مانده بود هر آینه میاوردم ، عمر باو گفت بسر کارت بر گرد ،

از جمله عمال سلمان فارسی بود کـه عمر او را والی مدائن کرده بود ـ وی درزهد وتقوی مقام ارجمندی داشت وازخواص علی‌بن ابی طالب بود نوشته‌اند که هنگام احتضار گریه میکرد از او پرسیدند چرا گریه میکنی ؟ گفت شنیدم رسول خدا ﷺ میفرمود « ان فی الاخرة عقبة لا یقطعها الا المخفون » ومن‌این همه مال بسیار را در اطراف خود میبینم حاضرین نگاه کردند در خانه او جز یك ظرف کوچکی از پوست ویك ظرف آبخوری ویك مطهره چیزی نیافتند .

ابادر : یکی دیگر از تربیت یافتگـان اسلام و متأسیان بسیرهٔ نبی اکرم ابی‌ذر غفاری است ، وی دربی اعتنائی بدنیا ومبارزه با معاویه وعثمان وطالبین دنیا از مقتدای خود پیروی میکرد ـ ابادر میگفت مرد مسلمان فقط بقدر روزی شبانه روزخود باید ذخیره داشته باشد واگر بیش ازخرج یك شب ویك روزچیزی‌بدستش آمد میبایستی درراه خدا انفاق نماید وبمصرف کارهای خیر برساند .

ابادر درخلافت عثمان روانه شام شد ویا در زمان عمر بشام رفت و بهر حال درزمان عثمان که حکام سر بخود شده بودند و معاویه والی عثمان با اطرافیانش اموال عمومی را غارت میکردند وی در کوچه وبازارشام همواره رفتار نبی اکرم را بمردم یاد آور میشد وبا خواندن آیاتی از قرآن اغنیاء را بعذاب الهی تهدید مینمود و فریاد میزد : ای توانگران در روز باز پسین باگداختهٔ سیم و زری که اندوخته اید پیشانی وپشت وپهلوی شما را داغ میزنند وآنقدر آن آیات راتکرار کرد وازاینگونه سخنان‌وتبلیغات مؤثر نمود که بینوایان‌برعلیه توانگران بهیجان وشورش‌آمده وبر اغنیاء تاختند تا بالاخره معاویه بعثمان گزارش داد که با بودن ابادر درشام کشور شام در مخاطره شورش علیه خلیفه است ـ عثمان درپاسخ نوشت ابادر را روی شتر بی جهازنشانیده بمدینه بفرست اما ابادر وقتی بمدینه رسیدتاب

دیدن مظالم عثمان را که سرازفرمان خدا وروش پیغمبر وحتی خلفای قبل ازخود باززده بود نداشت وهمچنان بامربمعروف ونهی از منکر مشغول بود وهر گاه‌عثمان را میدید بعنوان تعریض بر او این آیه را میخواند : « یوم یحمی علیها فی نار جهنم فتکوی بهاجباهم وجنوبهم وظهورهم .. » آنقدر بروش خویش ادامه داد تا عثمان اورا بربذه تبعید نمود ودرهمان تبعیدگاه عثمان ، این مرد حق بدرودحیات گفت .

خلاصه آنکه در عصر پیغمبر ﷺ یعنی تا سال دهم هجری سراسر شبه جزیرهٔعربستان تحت‌نفوذ مسلمانان درآمد وحکومت اسلام برسرزمینی محدودبه: تبوك وایله ـ جنوبا کرانه های یمن ـ شرقا خلیج فارس ـ غربا بحراحمرمستقر گردید ـ دراین مدت ده سالیکه پیغمبر با کفار جنگید ، صحابه و یاران پیغمبر باروش حضرت مأنوس شده بودند واز پیشوای خود حقایق را آموخته وبتمام‌معنی باو تأسی میجستند ـ درزمان ابو بکر و پس از وفات رسول اکرم عربستان دچار آشوب شد و یك حالت بلا تکلیفی بخود گرفت که باعث آن شورای ساختگی چند نفر بود زیرا آنها مسیر طبیعی کار را که دیری نگذشته بود که‌پیغمبردرعید غدیر خم بآن تصریح کرده تغییر داده بودند ـ این امر باعث شد که مردم صادق و صافدل جزیرة العرب را دو دل و مردد سازد ، آنها از زبان پیغمبر چیزی شنیده بودند واینك بوسیله نزدیکترین صحابه عملی برخلاف آن میدیدند و بر سر آنهم نمیتوانستند اطلاع حاصل نمایند لذا یکدسته بکلی مرتد شدند وازاسلام بر گشتند دسته دیگر از طوائف بدوی بامید اینکه دستورات پیغمبر معلوم میشود قابل تأویل و تفسیر و یا تغییر است از دادن صدقه ( زکوة ) امتناع کردند اما نماز را قبول داشتند ـ دسته سوم که اکثریت را تشکیل میدادند بحال انتظار وبلاتکلیفی بسر میبردند ـ دراین‌میان چند نفری هم که برتمام منویات پیغمبرواقف واصحاب‌نزدیك حضرتش بودند مانند : سلمان ، اباذر ، مقداد عمار و جابر بن عبدالله ، تردیدی درتشخیص‌حق‌نداشتند وحق‌را میگفتند ، اما درپا فشاری بیشتر، باتوجه بتردیدیکه

با عمل آندسته شوری سازدردلها راه یافته بود و اینکه تبلیغات مخالف دین در جریان بود ، بیم آن میرفت که اصل را از دست بدهند زیرا شبهه قویتر میشد وجدال بصورت ریاست دنیوی جلوه میکرد وبهمین جهت علی بن ابی طالب تسلیم آنها شد نه اینکه تسلیم حضرت از بیکسی و ضعف بود و این موضوع از فرمایش حضرت علی بحضرت فاطمه پیدا است ...

ابوبکرنا همواریهای داخلی را صاف وراه را برای عمر هموار نمود پس ازابوبکر عمر بفتوحات شام وعراق ومصر وایران پایان داد - وبیشتر فتوحات اسلام درزمان عمر واقع شد در این فتوحات بانظرصحابه و مخصوصا حضرت امیر علیه السلام اراضی مفتوحه وقف برامور مسلمین میشده است واغلب دردست ذمیها باقی میماند وعایدات آنها به بیت المال ریخته میشد . اگر در زمان حضرت رسول قطعاتی از اراضی فیء بافرادی از مسلمین و اگذار شده است ولی درزمان عمر چنین موردی پیش نیامده است .

طنطاوی ذیل تفسیر سوره احقاف مینویسد : عمر مسلمین را از ذخیره مال منع کرد ، وبر مسلمین اقتناء ضیاع وزراعت یا مزارعه راحرام ساخت زیرا ارزاق ونفقهٔ آنها وکسان وحتی عبید وموالی آنها از بیت المال تأدیه میشد .. و هر گاه یکی از اهل ذمه که از ساکنین اصلی بلاد بود اسلام میآورد - آنچه از زمین و خانه که دردست او بود بسایر اهل قریه ویا صحابه خودش تحویل میداد . و آنها خراج این اراضی را بمیزان عامل قبلی میدادند و اسم آن تازه مسلمان در دفتر ثبت میشد ومانند سایر مسلمین برایش وظیفه ومقرری بر قرار میگردید - بدنبال این مینویسد « و الغرض الذی کان یرمی الیه عمر من هذا القاعدة ان یبقی اهل الذمة و ارضهم مصدراً للمال الذی یحتاج الیه المسلمون فی اتمام الجهاد وقفا لمصالحهم مدی الدهور الی ان قال وعمر یریدان یبقیها محبوسة علی آخرهذه الامة من المسلمین المجاهدین قوة علی جهاد من لم یظهر واعلیه بعد من المشرکین لاتباع ولا تورث لما الزموه انفسهم من اقامة فریضة الجهاد » بعد میگوید این قاعدهٔ عمر را

عمر بن عبدالعزیز اموی تأیید کرده وقدم بقدم کردار عمربن خطاب را پیروی کرد و گفت : « ایما ذمی اسلم فان اسلامه یحرز له نفسه وماله وما کان من ارض فانها من فیء الله علی المسلمین ، و ایما قوم صالحوا علی جزیة یعطونها فمن اسلم منهم کانت داره وارضه لبقیتهم » از بیان کلی منسوب بعمربن عبدالعزیز پیدا است که درصورت صلح واخذ جزیه ذمی را مالك زمین نمیدانسته‌اند بلکه هر گاه اسلام میاورد اراضی‌ومنازلش را میبایستی بدیگران ازمحلی ها بدهد وعلت این‌امر هم آن بود که ذمیها را کارگر زمین میدانستند ولی کـارگر آزاد و بر اساس مزارعه واجاره وغیره نه کارگر دررژیم فئودالی واقطاعی .

باری از توجه بانچه بما رسیده پیدا است که سیرهٔ صحابه درزمان ابو بکر وعمر علاوه برروش شخصی آنها از نظر اجتماع اسلامی نیز با مالکیت ارضی‌موافق نبوده وآنچه ازاراضی فتح میشده برای مسلمین بصورت حبس ووقف باقی میمانده است وباتفاق فرق اسلامی پس از این حالت ، آن اراضی دیگرقابل تملك شخصی نمیبوده است .

دردوره عثمان وضع عوض شد واطرافیان او امور را برروشی سوق دادند که البته بعنوان سیره مسلمین قابل استناد نیست و بایستی در فصلی جداگانه با روش حکام اموی از او نام برد . ودرحقیقت همان وضعی کـه عثمان ایجاد کرده بود موجب زحمت برای پیشوای شیعیان هم شد چه استخوان را از دهان کـلاب باز گرفتن امری بس دشوار بود ولذا جنگهای داخلی که بیداد گران درمقابل پرچم عدل و دادبرپا کردند وبرعلیه حق‌قیام‌واقدام نمودند حاصل محصولی‌بود که‌تخمش را عثمان درمیان مسلمانان پاشیده بود .

اما سیره وطریقه علی علیه‌السلام نسبت باملاك مفتوحه درقسمتهائیکه درزمان‌عثمان بوسیله والیان بیدین اودرآنها تغییری حاصل نشده بود بر همان روش وشیوهٔ عمر باقی گذارده شد ، زیرا سابقا گفته شد که عمر دراین امور با مشورت حضرت علی علیه‌السلام عمل واقدام مینمود وباین جهت عمال ووالیانی که از طرف حضرت منصوب

میشدند همان جزیه وخراجی را میگرفتند که درزمان عمرمقررشده بود ، واینکه برخی تصور کرده اند با وضع موجود چاره‌ای جز اجرای همان معمول عمر نبود از حقیقت بدور است چه نزد مورخین و محدثین این نکته مسلم است که علی علیه‌السلام درقول وفکروعمل جز آزادگی ومردانگی وانصاف وعدالت چیزی نمیدانست وهدفش اسلام وراستی ودرستی بود ، جز بحق و حقیقت توجهی نداشت ، از حیله ومکر وتزویر ومماطله در امور شرعی بریء بود . پس اگردر کیفیت تصرف اراضی خراجیه اقدامی غاصبانه میدید یقینا بدون ملاحظهٔ زمان و مکان بعمالش دستورات لازم را میداد .

علی علیه‌السلام برای آنی حاضرباجرای خلاف انصاف نبود ، اوچنان شیفتهٔحق وعدالت واجرای مساوات بود که روزی زره خود را نزد مردی یهودی بدید با اینکه خودش خلیفه بود او را نزد شریح قاضی برد ، وشانه بشانه مدعی علیه‌ایستاد ودعوی خود را طرح کرد وحتی از اینکه قاضی آن حضرت را بکنیه ، ومدعی‌علیه را باسم ، خطاب کرد برآشفت و باین مقدار از بی عدالتی و عدم رعایت تساوی نمیتوانست راضی شود . علی علیه‌السلام در پاسخ این سئوال که مسلمان واقعی چگونه است ؟ فرمود : مسلمان واقعی برای رفاه دیگران شکمش گرسنه ولبش تشنه واز خوف خدا چشمش گریان است .

این سجیه و روش بائمه ویازده معصوم بعدازآنحضرت انتقال یافت وآنهادر هیچ زمانی از گفتن حق و بیان احکام دین امتناع نمیورزیدند و آنچه روش و گفتار آنها راجع بنظام ارضی نیز بدست میدهد همان است که باختلاف اقسام اراضی بحکم آنها با تذکر برخی از روایات مربوط اشاره گردیده .

**- فائده -**

مسلم است که روش ائمه دین از باب اینکه آنها اعقل عقلا هستند کاملترین نمونه های سیره و ارشاد بسیره مسلمین از حیث بودن مسلم و ملتزم بحکم شرعی میباشد ، ورفتار نبی اکرم وائمه بمانند قول آنها حجت ولازم الاتباع است وتأسی

و اقتداء بآنها برطبق نصوصی که ببرخی ذیلا بعنوان شاهد اشاره میشود ضروری است :

۱ ـ قوله تعالی « لقد کان لکم فی رسول الله اسوة حسنة لمن کان یرجوا الله والیوم الاخر » .

۲ ـ قوله تعالی « فلیحذر الذین یخالفون عن امره . . » وجه دلالت آنکه امر ، حقیقت در فعل وهم در قول مخصوص است ومشترك حمل بر معانیش میشود و بر فرض تنزل لا اقل مجمل است و تکلیف بمجمل مقتضی اتیان بجمیع محتملات آن است تا برائت از اشتغال حاصل شود .

۳ ـ درسوره انعام آیات ۱۵۴ و۱۵۶وسوره اعراف آیه ۱۵۸ بقوله « فاتبعوه » امر باتباع شده است وآن وقتی مصداق پیدا مینماید که بمثل فعل نبی اتیان شود

۴ ـ قوله تعالی « قل ان کنتم تحبون الله فا تبعونی . . » این آیه از سایر آیات صریحتر وروشنتردلالت بروجوب اتباع دارد چه حکایت از تلازم بین محبت خدا و اتباع پیغمبر دارد و چون محبت خدا واجب است پس اتباع نیز مثل آن واجب است .

۵ ـ قوله تعالی « ما آتیکم الرسول فخذوه . . » بدیهی است هر گاه پیغمبر عملی را انجام دهد صدق مینماید که آنرا اتیان نموده است پس بموجب امراخذ آن واجب میشود .

۶ ـ از ام سلمه روایت شده است « انها سئلته عن قبلة الصائم فقال صلی الله علیه وآله وسلم لها: لم لا تقولی لهم انی اقبل وانا صائم . »

۷ ـ درپیروی صحابه ازحضرت وارد شده است «ان الصحابة خلعوا لما خلع وذبحوا لما ذبح ورجعوا الی عایشة بعد منازعتهم فی الغسل من التقاء الختانین حین اخبرت بان النبی صلی الله علیه وآله وسلم اغتسل منه » پس اگر متابعت واجب نبود صحابه اینچنین نمیکردند باضافه دستور صریح حضرت امیر مومنان علیه السلام هم در خطبه گذشته ملاحظه شد .

پس با توجه بمراتب مذکور و آشنائی بشیوه مرضیه پیشوایان دین معلوم میشود :

اولاحد مستحسن مالکیت بمیزان کفاف معیشت و کفایت زندگی است .

ثانیا تحصیل مال از راه های مشروع و حلال باندازه مذکور حسب روش آنها لازم و ضروری است چنانکه حضرت امیر علیه السلام ایام فراغت از احیاء دین وعبادت را باحیاء اراضی وتربیت نخلستان وغیره میگذرانید وعوائد ومحصول کار خود را هم‌صرف رفاه بینوایان میفرمود .

ثالثا مصرف درآمد مال باید درهمان راههائی باشد که آنها صرف مینمودند و کنز وذخیره مال جائز نیست لقوله تعالی « والذین یکنزون الذهب والفضة ولا ینفقونها فی سبیل الله فبشرهم بعذاب الیم . اما مقداروحدآن درخبر تحف العقول‌از حضرت صادق علیه السلام چنین تعیین و بیان شده است « قال علیه السلام : المال اربعة الف . واثناعشرالف درهم کنز . ولم یجتمع عشرون الف من حلال ، وصاحب الثلاثین الفاهالك ، ولیس من شیعتنا من یملك مائة الف درهم . » .

رابعا بر حسب روش و هم توصیه آنها باید نصفت و عدالت در بین برادران مؤمن برقرار ورعایت گردد چنانکه در کتاب ایمان و کفر کافی آمده است که ابان بن تغلب از حضرت صادق سئوال نموده است کـه مرا خبرده حق مؤمن بر مؤمن چیست ؟ حضرت فرمود : « ... یا ابان تقاسمه شطرمالك ، ثم نظر الی‌فرأی ما دخلنی فقال : یا ابان اما تعلم ان الله عزوجل قد ذکر المؤثرین علی انفسهم ؟ قلت : بلی جعلت فداك ، فقال : اما اذا انت قاسمته فلم تؤثره بعد ، انما انت وهو سواء ، انما تؤثره اذا انت اعطیته من النصف الاخر . » .

دوروایت‌بعداز آن‌ذکرشده است که محمدبن عجلان گفت‌درخدمت امام صادق علیه السلام بودم پس مردی وارد شد و سلام کرد حضرت پس از جواب سلام از احوال برادران شیعه که در محل گذارده است جویا شد ، آنمرد خیلی از آنها تعریف و تمجید نمود حضرت فرمود : « کیف عیادة أغنیائهم علی فقرائهم ؟ فقال : قلیلة ،

قال : و کیف مشاهدة اغنیائهم لفقرائهم ؟ قال : قلیلة ، قال : فکیف صلة اغنیائهم لفقرائهم فی ذات ایدیهم ؟ فقال : انك لتذکر اخلاقا قلماهی فیمن عندنا ، قال : ففال : فکیف تزعم هولاءِ انهم شیعة ؟ » - این روایت هم از لحاظ لزوم پیروی امام وهم از لحاظ وقوف بر سیره امام قابل ملاحظه وشایان دقت است .

خامسا در امر اراضی وقتی ملاحظه میشود رسولخدا صلی الله علیه و آله اراضی خیبر را بقرار نصفه کاری بذمیها داد و چون عملی موقت بود عمر آنها را از آن اراضی بیرون کرد ، ویا قسمتهائیکه صلح میفرمود شرط صلح ( در غیراز موارد مهادنه ) همواره این بود که اراضی آنها فیءِ باشد وهمچنین عمر در فتوحاتی که در دوره او نصیب اسلام شد رویه اش بر آن بود که اراضی را با نظر صحابه وقف وحبس مینمود واز عاملین آنها بهره ای بنام خراج میگرفت وچون نوبت بحضرت امیر علیه السلام رسید آنحضرت هم همان خراج را از آنها میگرفت و ائمه بعدی چنانکه سابقا ببرخی از فرمایشات آنها اشاره شد مطلق اراضی خراجی راقابل خرید وفروش جز بعنوان حق اعیانی نمیدانستند و از معامله آن نهی میفرمودند ، منضما باینکه در روش هیچیك از این سه خلیفه پیغمبر تقسیم اراضی بین غانمین معمول نبوده و اقطاع تملیکی هم از طرف آنها معلوم نشده است، سیره سالم و بلکه حکم شرعی در باره کلیه اراضی خراجیه بدست میآید .

**اعتراض :**

ممکن است گفته شود چون ملکیت حکمی است عرفی وعقلائی که شارع آنرا امضاءِ نموده است وبرای امضاءِ شارع هم عدم رد آن کافی است لذا هر گاه ملکیت چیزی ، در زمان ظهور اسلام متداول عرف زمان میبوده وشارع از آن منع نکرده باشد ویا ورود منع مشکوك باشد حکم قبل از شرع ابقاءِ میشود و نیز اگر متعارف بین مسلمین چنان است که نسبت بچیزی نوع خاصی از احکام ملك را اجراءِ میدارند این سیره دلیل بر آن است که آنچیز موضوع آن نوع بخصوص ازملکیت شرعی است ، پس اگرمثلا درباره حکم اراضی ایران ویا سایر کشورهای اسلامی شك داشته باشیم که مفتوحه یا فیءِ و یا ملك شخصی است ، بسیره و عمل

مراجعه میشود وهم ممکن است نوع ملکیت مرسوم ومتعارف درقبل ازظهور اسلام نسبت باینگونه اراضی استصحاب شود ،نتیجهٔ سیرهٔ مسلمین وهم استصحاب سیره و عرف عام حکم بجواز ملکیت فردی ، در این قبیل اراضی است و در صورت علم اجمالی هم بوجود مفتوحه، چون تمام اطراف شبهه مورد ابتلای شخص نیست‌حکم بجواز وصحت ملکیت فردی در مورد ابتلاء میشود .

**پاسخ :**

ازدقت دربیان فوق معلوم میشود، اعتراض‌مذکورازخلط چندچیز نامأنوس، با نتیجهٔ مأخوذه تشکیل یافته است که هر گاه تجزیه و تحلیل شود قضیه بخودی خود آشکار و بطلان آن بر ملاء میشود ، آن چند چیز : سیره مسلمین ، عرف و سیره عام ، استصحاب واصالة الحل است .

اما سیره مسلمین عبارت از عمل مسلمین است باعتبار اینکه مسلمان وملتزم باحکام شرعیه اسلامیه میباشند . این سیره هر گاه باستمرارش ازصدراسلام تازمان حاضر علم حاصل شود در کاشفیت آن از رضای صاحب شریعت و درنتیجه حجیت آن اشکالی نخواهد بود چه اگر برخلاف رضای شارع میبود برصاحب شریعت‌بود که نگذارد درمیان مسلمین ادامه‌پیدا نماید وآنها را منع‌میفرمود ولی‌بشرط‌اینکه سیره ازملتزمین ومتدینین بشریعت باشد والا بسیره عوام‌وکسانیکه بیمی ازمخالفت با آداب شریعت ندارند و اتباع کل ناعق هستند اعتماد نشاید چه واضح است که سیره این چنین کسان کاشف ازرضای معصوم نمیتواند باشد زیرا برفرض برای اینها صاحب شریعت بنا بوظیفه، حق را اظهار بدارد ، راه خود را میروند و قبول نمینمایند ، پس برای اینکه سیره قابل استناد باشد سه شرط لازم دارد : استمرار تعمیم درمیان مسلمین ـ بودن صاحبان سیره ملتزم باحکام وآداب شریعت ، و هر گاه سیره مزبور حاصل آمد اعتماد برآن شاید النهایه اگرمتعلق آن ازامورتوقیفی باشد سیره کاشف از جعل شرعی والا کاشف از امضاء ورضای شارع است . لیکن اشکال درحصول سیره واستمرار آن اززمان معصوم میباشد که خواهیم دیدچگونه

دوران تغاصب استمرارسیره‌سالم را قطع میکند ومبداء سیره هم‌نسبت بارض‌چنانکه دیدیم بیشتر موافق مالکیت عنوانی وجنس میباشد .

**اما عرف عام .**

عرف‌وسیره عام که از آن بطریقهٔعقلاءنیز تعبیر میشودعبارت‌است‌ازاینکه‌عقلاء امری‌را بروجه‌استمرارو بدون‌ملاحظه‌ملیت‌معمول‌ومتداول‌دارندو بعبارت دیگر طریقه عقلاءیك‌قانون‌مخصوصی‌برای‌قوم یاملت‌ویادین‌ومذهبی نیست‌بلکه‌مربوط بانسانیت‌و شعورانسانی‌است که‌ازمرتکزات ذهنی‌وفطرت‌عقلاء وازودایعی کـه‌خداوند بمقتضای حکمت‌بالغه‌اش‌جهت حفظوبرقراری نظام درنهادانسان گذاشته سرچشمه گرفته‌است

شرط‌اعتماد واتکال بآن طریقه اینست که : اولانسبت بتمام عقلاء(صرفنظر از جهات عرضی ) تعمیم داشته باشد ـ ثانیا استمرارآن تا زمان شارع باشد ـ ثالثا در مسمع ومنظرشارع قرار گرفته وشارع آنرا منع نکرده باشد .

باوجود این شرایط ، کشف قطعی میشود بر اینکه صاحب شریعت بعرف و طریقت عقلاء راضی است والا آنرا بمانند بسیاری از عادات جاهلیت منع میفرمود واگرهم منع میفرمود خبرش (بواسطه وجودوواعی برنقل)بما میرسید .

باتوجه بمراتب مذکورطریقهٔ عقلاءاحتیاج ندارد که از طرف شارع باعتبار آن تصریح شود بلکه صرف عدم منع کافی و ملازم رضای شارع است مع الوصف درمثل ملکیت که از امور اعتباریه وصحت اعتبار آن موقوف براعتبارمعتبردانسته شده است ، هرگاه معتبرغیر از شارع باشد ناگزیر ازامضای شارع ولو بروجه کلی میباشد .

**تفکیك صور سیره :**

برای احتراز از اختلاط بحث و حصول اشتباه در نتیجه ، لازم است توجه شود که سیره ، سه صورت ممکن است پیدا نماید :

۱ ـ آنکـه متعلق سیره از امور توقیفیه ، و سیره کاشف از جعل شرعی باشد .

۲ ـ آنکه امری درقبل از اسلام میان یك قوم یا یکدسته ای مثلا از عرب مرسوم ومتداول بوده وبوسیله شارع ابقاء و تنفیذ شده ودر نتیجه سیره کـاشف از امضای شارع باشد .

۳ ـ آنکه امری قبل ازشرع مورد عمل عقلاء ازهرملت ومذهبی بوده وسیره مسلمین هم بر آن ادامه یافته وجاری شده است .

در صورت سوم سیره مسلمین وطریقه عقلا جمع شده و امر واحدی تشکیل میدهند که با تعدد لحاظ استدلال بهر یك از آندو یعنی سیره مسلمین وطریقهٔعقلا صحیح است ـ مثلا درمالکیت اشیاء منقول ومالکیت عمارات و ابنیه و اشجار دست نشان ، طریقه عقلاءِ قائم است ومعلوم است که برحسب اعتبار عقلاء هر کس مالك چیزی میبوده که دردست میداشته است ومالك ساختمانی بود که برای خود ساخته بود ودرختی که برای خود غرس کرده بود ـ وحق داشت آنها را بوجهی واگذار نماید یا مبادله ومعاوضه نماید و نیز معلوم است که این طریقه استمرار پیدا نموده تا زمان اسلام ، و مسلمین قبل از قبول اسلام بر آن روش بوده و بعد از اسلام هم ادامه میدادند ، وهم امروز نیز ادامه دارد . پس دراین صورت جائزاست هم بسیره مسلمین تمسك جسته شود وهم بطریقه عقلاءِ استناد گردد .

اما صحبت دراین است که آیا درمالکیت ارضی وتشخیص یکی از انواع و نظام آن چنین سیره وعرفی موجود است وبآن میتوان تمسك نمود یا نه ؟ سئوالی است که دادن جواب مثبت بان خالی ازاشکال نیست چه مالکیت زمین باعتباربهره واستفاده ایست که میتوان ازآن برد ـ وبهره برداری موقوف برتعاون وهمکاری افراد وحوصله وگذر زمان وایام و فصول است لذا در زندگی های اولیه که تنها سبب ممالك احرازبوسیله شکاروحیازت میبود وحتی‌دوران گله داری‌ترجیح‌میدادند ازنعمت های رسیدهٔ خدا دادی استفاده نمایند تا اینکه منتظرحاصل بذروثمرغرس خود شوند ولذا هرروز هرنقطه را مناسب ومفید برای خود میدیدند بدانجا کوچ میکردند. در دوران بین گله داری وزراعی و حتی دوران کشاورزی رسم و قاعدهٔ

واحدی بر مبنای اختصاص زمین بفرد یا خانواده و یا قبیله بدست نمیآید بلکه بر عکس در طی اعصار ودر بین قبائل وامصار بصور مختلفی عمل میشده است واغلب استمرار هم نداشته است .

البته کسانیکه در ریشه حقوق اقوام و ملل مطالعه داشته باشند بر تحول و عدم ثبات مالکیت ارضی از لحاظ نوع آن و هم از لحاظ مالك آن و هم منشاء و چگونگی پیدایش آن وادواری که ازحیث اباحه ووضع ید موقت قبیله‌ای ووضع ید دائم طایفگی ونظام اقطاع وغیره بر آن گذشته است اطلاع کامل دارند واینك مجال ورود در آن بحث نیست فقط بذکر چند جمله از روح القوانین نوشته مونتسکیو کـه از محققین بزرك حقوق است بعنوان مثال و شاهد مقال اکتفا میشود :

۱ ـ بعضی از قانونگذاران باستانی مانند « لیکورك» ( LICURGUE ) و « رومولوس » (ROMULUS) اراضی را بالسویه تقسیم نمودند ( لیکورك از قدیمیترین قانونگذاران است کهدرقرن۹ قبل ازمیلاد میزیسته است ـ ورومولوس از اولین‌پادشاهان روما ودر ۷۱۵ ـ ۷۵۳قبل ازمیلاد بوده است) بعد مؤلف‌مینویسد این ترتیب در دونوع دموکراسی نو بنیاد ویا قدیمی که بکلی فاسد شده باشدقابل اجراء است زیرا درتشکیلات اولی عملی ساختن موضوع تقسیم هیچگونه اشکالی ندارد بطوریکه دریونان کردند . واما درنوع‌دوم افکارعمومی برای‌تقسیم بالسویه اراضی مساعد است وفقراً باکمال میل خواهان این تقسیم هستند ، اغنیاء هم خواه نا خواه ازدست رفتن اراضی‌را تحمل میکنند ـ اماقانونگذاران اگربرای‌استقرار و دوام آن ، هنگام تقسیم ، قوانینی وضع ننمایند یك عمل واساس موقت چیده اند وعدم مساوات از راهی که قانون منع نکرده وارد خواهد شد .

۲ ـ در آتن قانونی بود که داشتن دو وراثت را قدغن میکرد و منشاء این قانون‌همان تقسیم مساوی زمینهاوسهامی بود که بهر یك از اهالی داده میشد .

۳ ـ ارسطو میگوید : فالئاس دوکالسرون ترتیبی مقرر کرده بود تا در

جمهوریهائیکه اموال مساوی نبود مساوات بر قرار شود .

٤ - دردموکراسی کافی نیست که فقط اسهام زمین برابر باشد بلکه همانطور که در رم معمول بود اسهام باید کوچك هم باشد ، « کویوس » بسربازان خود میگفت : خدا نکند یکنفر زمینی را که برای تغذیه یك مرد کافی است کم بداند

٥ - در دموکراسی چون دارائی بالسویه میان مردم تقسیم شده است تجمل وجود ندارد .

٦ - قوانین تقسیم اراضی که مردم در جمهوریها اصرار بوضع آن داشتند طبعا عمل سودمندی بود .

٧ - پلوتارك در کتاب خود بعنوان مقایسه بین «نوما » و«لیکورك » وهمچنین « دنیس » در کتاب خود ذکرمینماید : رومولوس بانی شهررم اراضی کشور کوچك خویش را بین اتباع خود قسمت نمود وازاینجهت تصورمیرود قانون میراث رومی از آنجا سرچشمه گرفته باشد زیرا مقرراتی که برای تقسیم اراضی وضع شده بود چنین اقتضا میکرد که ملك یك خانواده بخانواده دیگری منتقل نشود . (رومولوس، میگویند درسال ٧٥٣ قبل ازمیلاد در وسط دشت لاسیم ( LATIUM ) محوطه مربعی را بوسیله شیار جدا کرده وشهر رم را در آن محوطه بنا کرد ) .

٨ - در امپراطوری ، چون امپراطور ، مالك تمام اموال است تقریبا تمام جرائم مستقیما برعلیه منافع اوواقع میشود لذا تمام بزهها را با مرك کیفرمیدهند چه عدم اطاعت بعظمت امپراطور خود یك جنایت عظیمی است .

٩ - درترکیه سلطان معمولا بدریافت سه درصد از افراد مردم قناعت میکند اما از آنجائیکه اغلب اراضی را سلطان بسربازان چریك خود میبخشد بهرترتیبی که بخواهد وهوس بکند دراین اراضی دخل وتصرف مینماید وتمام ماترك افسران ارتش را تصرف مینماید واگر شخصی بدون وارث بمیرد سلطان ملك او را متصرف میشود وبدختران متوفی فقط منافع املاك را میدهد - بنا بر این اغلب اموال ملت بشکل نا پایداری وبدون اینکه مشمول قوانین ثابتی باشد بتصرف دولت درمیاید

۱۰ - بموجب قوانین باتنام پادشاه تمام ارثیه حتی‌زن و اولا دوخانه متوفی را تصاحب مینماید .

۱۱ سفرنامه مربوط بچین از رسمی بحث میکند که درطی هرسال امپراطور زمینها را افتتاح مینماید .

۱۲ - نزدایرانیان قدیم هشتمین روزماهیکه خرم روزنامیده میشد پادشاهان از جلال خود صرفنظر کرده با کشاورزان غذا میخوردند .

۱۳ - وقتی سرزمینی حاصلخیز شد طبعا مورد توجه دیگران قرار میگیرد ودرنتیجه تحت تصرف آنها واقع خواهد شد ... با توجه بموضوع فوق این نتیجه بدست میآید که اراضی حاصلخیز غالبا تحت سلطهٔ حکومتهای انفرادی قرار میگیرد ...

۱۴ - با اینکه یونانیها انموقع هیچ تمایلی بحکومت انفرادی نداشتندمعهذا اراضی حاصلخیزاسپارت بحکم طبیعت ، حکومت اشرافی را درآنجا بوجودآورد که‌نزدیك بحکومت انفرادی است برای اینکه . . اراضی حاصلخیزعموماد‌شتهائی میباشند که از نظرجنگی نمیتوان در آنها در مقابل مهاجم مقاومت کرد ، اهالی تسلیم مهاجمین میشوند ، وبا از دست دادن اراضی ، روح آزادی‌آنها از بین‌میرود ومجبور باطاعت دائمی میگردند ..

۱۵ - درعصری که ایرانیان درآسیا حکومت مطلقه داشتند هرشخصی قناتی احداث میکرد ویا نقطه بی آبی را بواسطه‌آوردن‌آب جاری مشروب مینمود‌اعقاب او تا پنج نسل حق داشتند از حق مالکیت‌آن آب استفاده نمایند ، همین موضوع سبب شد که امروز دراراضی خشك ایران نهرهائی جاری است که هیچکس‌نمیداند بانی آن کیست واز کجا بوجود آمده است .

۱۶ - قبل از آنکه فرانکها از ژرمن خارج شوند طرز مالکیت بین آنها ظاهرا منحصر بزمین منزل بوده وآنهم اختصاص بمردان میداشته است ، درقانون سالیك همین اصل مقرر شده ومصرح است که هر گاه مردی دارای فرزندانی‌باشد

فرزندان ذکور اواراضی پدری را بمیراث میبرند وفرزندان اناث ازبردن ارث محروم میباشند .

۱۷ - « تا سیت » و « سزار » در کتابهای خود مینویسند زمینهای زراعتی ملل ژرمن فقط برای یکسال بآنها داده میشد و از آن پس آن زمینها عمومی میگردید یعنی آنها را برای زراعت بدیگران واگذار میکردند ودر واقع افراد ملل ژرمن زمین زراعتی شخصی نداشتند وزمین آنها محوطه ای بود که دراطراف خانه خود ایجاد میکردند و وقتی میمردند این محوطه ( زمین سالیك ) بفرزند ذکور آنها میرسید ..

۱۸ - سزار قیصر روم در کتاب خود میگوید ملل ژرمن هیچ علاقه بزراعت نداشتند .. وهیچکس دارای اراضی مخصوص که محدود بحدود معین باشد نبود . امراء وقضات ملل ژرمن هرسرزمینی را که مورد نظر هریك از افراد بود و درهر جائیکه او میخواست باو میدادند و سال دیگر آنها را مجبور مینمودند تغییرمکان دهند وبجای دیگر بروند ...

۱۹ - قوانین ملوك الطوائفی دفعتا وبدون ارتباط با قوانین ماقبل دراروپا بوجود آمد ... گاهی از اوقات این قوانین اراضی و اموال مردم را میگرفت در عوض حقوقی بآنهااعطا میکرد که هیچ ارزش نداشت ومردم هستی خود را ازدست داده ودرعوض بباد هوا دلخوش میبودند .

مارکولف وقایع نگار در بار سلاطین فرانك مینویسد مردم املاك خصوصی خود را برای اینکه تبدیل به تیول شود بشاه واگذارمیکردند وشاه عین آن اراضی را درقبال تعهد پرداخت مقداری از محصول در دست آنها میگذاشت و باین ترتیب ملك خصوصی تبدیل به تیول میشد . غرض از این کار استفاده از مزایای زندگی اشراف و اعیان بود چه مثلا جریمه و خونبهای قتل یکفرد از اشراف که صاحب تیول بود ششصد سو - و از یکفرد عادی دویست سو - و از افراد رومی یکصد سو بود .

همچنین هر گاه از مقامات قضائی احضار میشدند و حاضر نمی گردیدند ، اگر امتناع کننده ازاشراف میبود درباره‌اش قضاوت میشد که شئون او اجازه نداده در داد گـاه حاضر شود ولی اگر از اشخاص دیگر بود بامر شاه مجبور بحضور میگردید واگر بازهم امتناع مینمود شاه حمایت خود را از او بر میداشت و معنی این کار این بود که اموالش راضبط میکردند وهیچکس باومسکن وغذا نمیدادتا از گرسنگی بمیرد . دراین ایام زندگانی اشراف مزایای زیادی داشت که دیگران از آن بی بهره بودند ـ برای استفاده از آن مزایا بود که عدهٔ زیادی ازمردم املاك خود را تبدیل بتیول مینمودند تا درسلك اشراف درآیند .

**ریشه اشراف :**

تاسیت میگوید هر یك از امراءِ ژرمن دارای یکدسته افرادی بودند که باو علاقه داشتند و هر جا که او میرفت آنها هم بااو همراه بودند وی این دسته را بر طبق اصطلاح خویش همراهان ( صحابه ) مینامید ..

امرای ژرمن برخلاف امرای ملوك الطوائفی مملوك « بنده » نداشتند بلکه تابع داشتند وهمراهان آنها تابعین بودند .

علت نداشتن بنده واضح بودزیرا برای اینکه امیری مملوك داشته باشدباید مالك زمین بوده واراضی را بنام تیول بین مملوکها قسمت نماید درصورتیکه امرای ژرمن فاقد زمین بودند وتیول در اختیار نداشتند .

در خلال بحث ( مونتسکیو ) مینویسد : بعضی از مورخین نوشته اند فرانکها که یکی از ملل ژرمن بودند وقتی سر زمین فرانسه ( گل ) را فتح کردند تمام اراضی آنرا به تیول تبدیل کردند وبمملوکها دادند که آنها را زراعت نمایند .. جای دیگر مینویسد بعضی از مورخین نوشته اند ملل ژرمن یعنی « بورگونی » و « ویزیگوت » ها تمام اراضی روم را غصب کردنـد . . اما درقوانین بورگونی و ویزیگوت نوشته شده است این دو دسته ژرمنی دو سوم اراضی را تصرف کردنـد

درقانون بورگونی ها درتقسیم اراضی روم اینطورمقرر گردیده است که دو

سوم زمین ویك سوم از برزگران آن متعلق به بورگونی ها باشد ـ ووقتی طوائف مذکور در کشور گل ( فرانسه ) مستقرشدند دو سوم از اراضی ویك سوم ازرعایای تیولی را تصرف نمودند از روی این قاعده معلوم میشود بردگی رعایا ووابستگی آنها به تیول قبل از آمدن بورگونیها به گل مرسوم بوده است و چون در آنزمان کشور گل ( فرانسه ) اقامتگاه رومیها بوده و با ملاحظه مقررات دیگری که در قوانین مذکور پیش بینی شده معلوم میشود بردگی رعایا منحصر برومیها نبوده همانطور که نجابت واشرافیت اختصاصی بطوایف ژرمن نداشته است .. ( پس ازآن میگوید ) قبلا گفته شد امرای طوایف ژرمن وقتی بجنك میرفتند عده‌ای همراه آنها بود که بنام یاوران خوانده میشدند وبعضی آنها را بنام وفاداران خوانده‌اند همین طبقه هستند که بعدا نام اشراف و نجبا را بخود گرفته اند و تاریخ قرون وسطی را در اروپا بوجود آورده اند .

یاوران که طبعا بقصد تحصیل اموال با رؤسای خود همراه میشدند غالبا منظورشان حاصل میگردید و املاکی بدست میاوردند که بعد ها املاك اختصاصی و زمانی املاك افتخاری وبالاخره تیول نامیده شد در این نکته تردید نیست که تیول‌یاوران که بعد تیول اشراف ونجبا شد بدوا قابل انتقال بوسیله شاه بود وشاه تیول هر کس را میتوانست از دستش بگیرد ..

بالاخره تمام تواریخ وقوانین‌ومدارکی که‌ازملل ژرمن برای ما باقی مانده میرساند که تیول یاوران در آغاز قابل انتقال بوده و بعد سلاطین تیول را مثل املاك و مستغلات امروز برای مدت یکسال یا زیاد تر بدیگران واگذار میکردند اما بطوریکه همه میدانیم بالاخره تیول مادام العمر شد و وقتی تیولی را بشخصی واگذار میکردند اوتا پایان حیات خود ازآن برخوردار میبود وکسی نمیتوانست تیول را از او منتزع کند .

این موضوع بکمك وزرای دربار که بمعاضدت این اشراف نیازمند بودند وباتکاء آنها حکومت میکردند عملی شد در نتیجه مشاغل بزرك وبتبع تیول مادام

العمر باشراف و اعیان واگذار میگردید و بلکه موروثی هم شد که بعد از مرك صاحب تیول بفرزندان او میرسید .

در سال ۸۷۷ بموجب فرمان شارل طاس تیول و مشاغل فرمانداران نظامی موروثی گردید وپس‌از مرك «کنت»هاشغل فرمانداری‌وتیول باولادشان میرسید ..

این اجمال که تفصیل آن درروح «القوانین»آمده است بعنوان شاهدنقل‌شد وبرای آشنائی بوضع مالکیت ارضی از زمانهای قبل از اسلام کافی میباشد وبدیهی است شبه جزیرهٔ عربستان هم که یا درتحت تسلط واستیلای ایران ویا امپراطوری روم بود از وضع رائج بین آنها بر خوردار میبوده است پس با این حال ادعای وجود سیره ازنوع اخیر ویا عرف عام واستناد بآن بطور قطع واهی است .

اما اگر گفته شود منظورعرف قومی وعرف محیطی است که درزمان حیات پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم در تحت تسلط حکومت اسلام قرار گرفت و بواسطهٔ عدم منع نبی اکرم معلوم میشود شارع بآن رضا داده وآنرا تنفیذ فرموده است و بالنتیجه سیرهٔ مورد استناد از قبیل قسم دوم از اقسام سه گانه مذکور میباشد .

دراینصورت ازمدعی‌ومعترض سئوال میشود : باتوجه بجریان فوق‌آیامیتواند ثابت نماید مالکیت زمین در میان اعراب در آن موقع از کدام نوع بوده است ؟ تصور میرود جواب منفی باشد اما دکتر کوستاولوبن مؤلف کتاب تمدن عرب و اسلام بروجه استقرأ پاسخ این سئوال را ضمن بیان ذیل میدهد :

در جزیرة العرب یك طبقه مردمان فلاحت پیشه‌ای هم دور از شهر و دهات مسکن دارند که دروضع آنها تغییری روی نداده است واز مطالعه وضع و حالات این دسته از اعراب مسائل واحکامی را که درقرآن ذکر شده خیلی خوب میتوان فهمید .

اینك از میان طوائف مختلفه این طبقه ، اعراب نیم آزاد حوران را بطور نمونه در اینجا ذکر مینمائیم که در حواشی صحرای شام مسکن داشته و «مسیو لوپلای» Leplay دریکی ازتالیفات مهم خود که راجع بطبقه مزدور

شرق تألیف کرده شرحی راجع برسوم وعادات ایشان ذکر نموده است که ازمطالعه آن معلوم میشود دو دسته مختلف بدوی ومتوطن که در عادات ورسوم متباینند وقتی در یکجا جمع میشوند چگونه باهم زیست وزنگی کرده واز معاشرت آنان باهم چه رسوم ونظاماتی تولید میشود .

اعراب حوران که نزدیك به بصری ( Bosra ) مسکن دارند ازبدوی ومتوطن هردو مرکب میباشند ، بدوی فقط در تابستان بدینجا آمده ودرزمستان بعراق عرب وسواحل رودخانه اردن میروند .

اعراب متوطن حوران بدستجات مختلفه ای تقسیم ، وهردسته ازیك خانواده معینی تشکیل یافته وتماما درتحت نظر ورياست یکنفر شیخ اداره میشوند ، همین حورانیها هستند که از مشاهده آنان بنظامات اولیه عرب میتوان پی برد .

گذران تمام این دستجات اززراعت میباشد ، اگرچه زمین مزروع زیاداست ولی آنها بقدر حاجت کشت وزرع میکنند .

حق مالکیت این اراضی مشترك بین تمام سکنهٔ قریه است ، سهم هر کشاورز بمیزان عدد گاوهای او مفروز میشود .محصولاتی که برمیدارند اول یکسهم آنرا برای آذوقه گاو و شتر کنار گذاشته و بعد از رفع احتیاج آنچه باقی میماند به بدویها و یا بازرگانان دمشق فروخته و بعضی اوقات بوسیله کاروان بسواحل شام حمل نموده از آنجا باروپا میفرستند .

تمام محصول ملك ومال جمعیت شناخته میشود ، باستثنای محصولات چندی که در دست اشخاص معینی است ومیتوانند درآن هرگونه دخل وتصرفی نمایند .

اعراب متوطن در قانون پابند قرآن ورسوم خود میباشند .

( نظیراین نوع حق ملکیت دراراضی تا همین اواخر بین طوائف ترکمنهای خودمان هم بوده است ونمونههائی ازآن حتی درپرونده های مطروحه درداد گاههای املاك که مربوط باراضی حدود گرگان و گنبد وبجنور بوده است بچشم میخورد که فعلا در صدد بیان آن نیستم . ) .

بهر حال باتوجه بجملات فوق واین قبیل تحقیقات محققین سیره مسلمین‌و عرف اعراب صدر اسلام راجع بنظام ملکیت ارضی بروجهی بدست میاید که‌مخالف غرض معترض و مناسب با رفتار فاتحین صدر اسلام است با این تفاوت کـه جای واحد قومی را واحداسلامی گرفته است .

پس با وصف مذکور اگر استصحاب جریان یابد مسلما بر خلاف مقصود و ومنظور معترض وبنفع مالکیت مسلمین در زمین خواهد بود .

و نیز مجالی برای حکم شبهه موضوعی هم بخصوص در مورد مثال باقی نیست زیرا : اولا دلائل کافی بمانند تمام موضوعات واحکام شرعی موجود است . ثانیا اگر فرض شبهه شود نسبت بجواز مالکیت خصوصی زمین اصل عدم قابلیت تملك خاص که تقریباً اصل موضوعی است ، مقدم خواهد بود ونوبت بسایر اصول و قواعد نمیرسد . ثالثا برفرض قبول اصالة الحل و بر فرض بودن این مسئله از باب « کل شیء فیه حلال‌وحرام فهولك حلال حتی تعلم الحرام بعینه » فقط استفادهٔ حلیت واباحه استغلال میشود وشك است در اینکه علقه ملکیت هم حاصل میشودیا نه ؟ و البته در حکم این شك اصل عدم جاری است . بخصوص که درحکم اموال حسب آنچه در خبراست باینکه « لا یحل مال الامن حیث ما احله الله » بایستی از تصرفات غیر ضروری وغیر منصوص خود داری شود .

نکته جالب توجه که خود جوابگوی معترض میباشد این است کـه نسبت بمفتوحات اسلامی مطلقا و بالاخص نسبت باراضی ایران از دوران خلفای غاصب اموی ببعد از طرفی بکرات غصب وتغاصب وازطرفی سرپیچی متمادی‌از دادن‌زکوة وبالاخره قضایای وقف وغصب موقوفات بقدری زیاد وشدید مشاهده میشود که‌اگر فرض شود اصلا مفتوح العنوه حکم‌خاصی نداشته است ویا منکر آن شویم هریك از عناوین اخیر کافی است که علم حاصل شود بباز گشت اراضی بولی مسلمین ، و اکنون برای شاهد از دوره تغاصب چند نمونه ذکر میشود :

## اولین مرحله تغاصب

بطوریکه در تواریخ ثبت است روش روحانی ومعنوی پیغمبردرخلافت‌عثمان بکلی دگرگون شد وخلافت ازمعنی بماده گرائید و جنبه های روحانی آن‌بجهات شهوانی تبدیل گردید ومواسات ونوع دوستی وعدالت‌جای خود را بخود خواهی و هوس بازی وسود جوئی داد .

امویها که اغلب درظاهر ازترس شمشیر اسلام‌آورده بودند و با قریش سوابق کینه توزی ودشمنی ممتدی داشتند در اینموقع که‌عثمان یعنی یکفرد اموی برمسند خلافت بناحق تکیه زده بود فرصت را مناسب یافته ودر صددتلافی وجبران گذشته برآمده بودند . آنها هدفی جز جمع مال و از بین بردن حقیقت اسلام نداشتندو درهر دو مورد بخوبی توفیق حاصل نمودند .

آنقدرتعدی وبی عدالتی در این دوره ( ۲۳ - ۳۵ ه ) آشکاروبرملاء شده‌بود که صرفنظر از مخبرین شیعی واقعه نگاران سنی هم نتوانسته اند پردهٔ اغماض بر آنها بپوشند - طنطاوی وجرجی زیدان علت قتل عثمان را :

۱ - تبذیر واسراف در بیت المال .

۲ - عدم تساوی بین مسلمین بترجیح بنی امیه بر سایرین .

۳ - ظلم برفقراء و غصب اموال آنها - میدانند .

آنها مینویسند که :

۱ - عثمان مشاغل ومناصب حساس را بخویشاوندان خود داد، ودرمیان آنها کسانی بودند که اسلام گردنگیر آنها شده بود ومسلمان اجباری بودند .

۲ - غنائم را که نسبتا زیاد بود اختصاص باهل وعشیرهٔ خود داده بودچنانکه در سال ۲۷ هجری مسلمانان ، افریقیه را بسر کردگی عبدالله بن‌سعد فتح کردند غنائمی که در این جنك بدست مسلمین افتاد بالغ بر دو میلیون وپانصد هزاردینار میشد ، عثمان یك پنجم یعنی پانصد هزاردینار آنرا که ازحقوق بیت المال‌ومسلمین بود بمروان بن حکم داد ودختر خود را هم باو تزویج نمود .

۳ ـ والیان چون از اقوام وخویشان اوبودند برخلاف رویه عمر،رسیدگی بحساب ومؤاخذه را از آنها برداشت و آنها هم درجمع مال ، حرص وولع خود را ظاهر ساخته ودر ظلم وستم شایستگی ذاتی خود را بمنصه ظهور و بروز رسانیدند وپیشرو آنها هم معاویه بود .

٤ ـ قاعده عمررادرمنع ازتملك آب وخاك ودستور کتاب را درمنع ازذخیره اموال برهم زدند .

آنها چون سست ایمان بودند یا اصلا ایمان نداشتند ، آیات الهی را نادیده میگرفتند واباذر را که همواره برای متذکر ساختن وبیم دادن آنها این آیات را: « و الذین یکنزون الذهب والفضة و لا ینفقونها فی سبیل الله فبشرهم بعذاب الیم یوم یحمی علیها فی نار جهنم فتکوی بها جباههم وجنوبهم و ظهورهم هذا ما کنزتم لانفسکم فذوقوا ما کنتم تکنزون .» برآنها میخواند، بربذه تبعید نمودند تادرآنجا وفات نمود .

اولین دورهٔ مالکیت شخصی دراسلام ازاینجا با خالی شدن بیت المال وغصب اراضی عمومی مسلمین وثروتمند شدن عده ای غارتگرشروع میشود ونمونه اجمالی از قضیه این است که :

در سلطنت عثمان چون معاویه بعنوان والی مستقر شد بتقلید ازرومیان برای خود دستگاه و گماشته و دربان ترتیب داد بروجهی کـه مقرری او کفاف آنهمه مخارج بیهوده را نمینمود ـ مقرری وی درزمان عمردر سال هزار دینار تعیین شده ونسبت بحقوق سایر عمال خیلی زیاد بود .

معاویه کـه بروحیه عثمان و میل درونی او آشنائی کامل داشت موقع را مناسب دید وبعثمان نوشت حقوق معمولی برای مخارج مهمانهائیکه بایستی ازآنها پذیرائی نماید ( چه از مأمورین عالیرتبه اسلامی وچه از نمایندگان رومی ) کافی نیست واستدعا کرد خلیفه املاك شام را قطعه وتیول او قراردهد .

املاك شام چه بود ؟ تقریبا تمام اراضی شام چه قبل ازاسلام این سرزمین در

دست بطریق ها بود وقتی مسلمین شام را فتح کردند بطریق ها یعنی نمایندگان و والیان رومی یا کشته شدند یا گریختند واین املاك بدست مسلمین افتاد وعمر آنها را وقف بربیت المال نموده بود ودر آمد آنها تا آن زمان به بیت المال ریخته میشد عثمان با پیش نهاد معاویه موافقت کرد و آنهمه اراضی مسلمین را باو واگذار کرد .

این عمل موجب تجری صحابه وسایر عمال گردید وهریك از سود جویان بنوبه خود در اقتناء ضیاع و عقار بمعاویه اقتداء کردند واز جمله طلحه و زبیر و سعد ویعلی ودیگران را اسم برده اند که خود راباختلاس اموال بیت المال ثروتمند وغنی ساختند وپیشواهم سعی میکرد از تابعین عقب نماند .

طنطاوی وجرجی زیدان مینویسند « .. حتی عثمان نفسه ، فانه اقتنی الضیاع الکثیرة، واختزن الاموال، فوجدواعندخازنه بعدموته (١٥٠،٠٠٠) دینارو (١،٠٠٠،٠٠٠) درهم وقیمة ضیاعه بوادی القری وحنین وغیرهما (١٠٠،٠٠٠) دینار وخلف خیلا و ابلا - والظاهر ان عثمان اندفع الی تحصیل الثروة علی المسلمین بمازاد عنده من الاموال، واغراه اهله علی ذلك وخصوصا معاویة ثم صارا متلاك العقار مألوفا شایعاً»

همینطور از زبیر هزاراسب وهزار کنیز باقی ماند و یکی از متروکات او پنجاه هزار دینار میشد .

عایدی طلحه در عراق بروزی هزار دینار میرسید و از ناحیه سراة بیش از آن دریافت میداشت .

زیدبن ثابت بقدری طلا ونقره از خود باقی گذاشت که بعد ازمرگش آنها را با تبرخرد میکردند ، بعلاوه صدهزار دینار بهای املاك ومزرعه های او میشد . واز این قبیل کسان زیادی را از صحابه اسم برده اند که ذکر نام آنها موردندارد وبرای شاهد ونمونه همینمقدار کافی است .

باتوجه بنوشته های این محققین پیدا است که مالکیت ارضی ازاین دوره بین مسلمین مألوف ومانوس گشته وصحابه وتابعین خلیفه حال ووضع صحابه و تابعین

امراء ژرمن را دربدست آوردن املاك وظبط نمودن اراضی پیدا کرده‌اند وهمانطور که آنها طبقه اشراف و نجبای اروپا را تشکیل دادند یاوران و اطرافیان عثمان و خلفای اموی قدم بقدم گویا از آنها در تیول داری ومالکیت ارضی در کشورهای اسلامی پیروی کردند .

غصب املاك ملی مسلمین واختصاصی شدن آنها دوسبب داشته است :

یکی روش‌عثمان بود که برای محبت وهمراهی با اهل وعشیرهٔ خود، اراضی را بصورت تیول واقطاع در اختیار آنها گذارد و ران قوم را با کیسه فتوت ملت وبیت المال مستغنی ساخت وبا فراموش کردن قواعد اساسی اسلام کـه بر مبنای نصفت وعدالت است مردمان منحط وپست فطرت را بطرف انحطاط وبرخلاف اسلام آنچنان تند راند که هیچ قدرتی حتی قدرت علی بن ابی طالب کـه از ابتداء از شرك والحاد وبت پرستی آنها را باسلام آورده بود نتوانست مانع سقوط آنها شود

سبب دیگر این بود که عثمان املاك و اراضی ملی را بنوع دیگری اقطاع نمود باین ترتیب که آب وخاك را برای بهره برداری باشخاص میداد که درمقابل چیزی به بیت المال بدهند ـ ماوردی مینویسد « .. ان عثمان اقطعها... وشرط‌علی من اقطعها ایاه ان یاخذ منه حق الغیءفکان ذلك منه اقطاع اجارةلااقطاع تملیك» گفته اند زمینهائی که عثمان بدین ترتیب اقطاع کرده بود بالغ بر پنجاه ملیون درهم میشد .

خلفای اموی بعد از عثمان نیز بهمان ترتیب اراضی را اقطاع کرده بودندو این اجاره دارها عوائد را جمع میکردند وبمقدارمقررچیزی به‌بیت المال‌میدادند تا درسال ۸۲ هجری‌درعام الجماجم که فتنه اشعث پیش آمد دفاتربسوخت وحساب املاك از بین رفت ودیگر هر کس هر چه در دست داشت ( چه بعنوان‌اقطاع‌ازنوع اول وچه اقطاع از نوع دوم ) تصاحب کرد وبدین ترتیب اولین وضع ید ومالکیت شخصی نسبت باراضی عمومی در اسلام پدید آمد وبین مسلمین شایع گردید !!پس مبدأ ومنشاء نظام فئودالی واقطاعی وچگونگی پیدایش آن در میان مسلمین‌معلوم

شد ونظام طبقاتی وحتی سرمایه داری هم در بین مسلمین از همینجا شروع میشود اما باید توجه داشت که این نظامات باسلام ارتباط نداردو بمانند هزاران منکردیگری است که درمیان مسلمانان رائج گشته ورائج است .

## دومین مرحله یا مراحل تکمیلی تغاصب

در این مرحله بایستی اوضاع ورفتاد امویان وعمال آنها را بخاطر آورده این دوره باتفاق مورخین دوره ماده پرستی وخلافت دنیوی بوده که بوئی ازمعنی ودین در آن نبوده است ـ همه کار باسم دین ولی برخلاف دین انجام میشد و مأمورین دولتی وخلفا و ولات جز جمع آوری اموال از هر ممرّی وعیاشی کاری نداشتند

در زمان بنی امیّه شامات ومصر ونوبه وقسمتی از آفریقای شمالی وعراق و فارس وخراسان تا مرزهند وارمنستان وآذربایجان و گرگان ومازندران وخوزستان وغیره بزیر پرچم اسلام بوده وتقسیمات کشوری آنروزرا به ده استان تقسیم وچنین ضبط کرده اند :

۱ ـ شام که بچهار بخش تقسیم میشد ـ ۲ ـ کوفه ـ۳ ـ بصره که فارس و سیستان و بحرین و عمان نیز ضمیمه آن بوده است ـ ٤ ـ ارمنستان وآذربایجان ۵ ـمکه ـ ٦ ـ مدینه ۷ـ قسمت افریقا ۸ ـ مصر ۹ـ یمن ۱۰ ـ خراسان .

دولتهای اموی ، عربی محض بود، وغیرعرب را تحقیر میکردند مسلمانان غیر عرب را موالی میخواندند ـ هر چه ممکن بود از آنها میگرفتند ، وبرعکس، نسبت بعربها بخشش مینمودند ـ اگر دقت شود نظام آریستو کراسی از اینجادر میان مسلمین پا گذاشته وریشه دار شده است .

جرجی زیدان مینویسدمعاویه پاره‌ای شهرستانهارا برایگان بیاران خودواگذار کرد، وازپاره‌ای شهرستانها با تقدیمی کمی راضی شد واختیار آنرا بدست دوستان خود میسپرد تا ازوی پشتیبانی کنند وبا اودمسازشوند . پس ازمعاویه نیزاین سیره دوام یافت .

طنطاوی از باب مثال ذکر میکند که محمد برادر حجاج بن یوسف چون

والی یمن شد بدرفتاری و ظلم برعیت را پیش گرفت واراضی مردم را بدون حق وبدون سبب وجهت میگرفت وخراجی اضافه برعشریه بر آنها بست بنام و ظیفه که وقتی‌عمر بن عبدالعزیز مصدر کار شد آنرا لغو کرد وبوالی خود نوشت بهمان عشریه اکتفا کند .

جرجی زیدان مینویسد عاملان بنی امیه درفارس میوهٔ باغها را ببهای زیادتر از معمول تخمین میزدند ومطابق ارزیابی ظالمانهٔ خود از آنان خراج میگرفتند .

دراین دوران آنها که‌خود رابنام خلیفه میخواندند بلهوولعب مشغول‌میبودندو وزراوعاملان هم هرچه میخواستند میکردند ودر بسیاری‌ازاوقات باشارهٔ یك کنیزك ویا باهدیه ، والی تعیین میگردید چنانکه هشام بن عبدالملك در ازای یك گردن بند جواهر نشان ، سراسر خراسان را بجنیدبن عبدالرحمن واگذار نمود ( ۱۱۱ هجری ) .

عمال ووالیان همی جز جمع آوری اموال نداشتند ، تمام کوشش آنها این بود که ثروت بیشتری بدست آورند برای اینکه میدانستند مأموریت آنها موقتی است ـ از باب مثال تنها غله امیر عراق بنام خالد قسری در زمان هشام بسیزده ملیون درهم یعنی یك ملیون دینار میرسید .

دوره عباسی‌هاهم‌ازنظرمالی‌وجمع‌وضبط‌اموال‌بوسیله‌عمال آنها ازدوران اموی دست کمی نداشت عصر عباسی بنظر مورخین دودورهٔ ترقی و انحطاط را گذرانده است . دوره ترقی از پیدایش آنها یعنی سال ۱۳۲ هجری تا ایام مأمون وسال۲۱۸ میباشد واز خلافت معتصم (۲۱۸ ه ) تا پایان دولت عباسی (۶۵۶ ه ) دوره انحطاط آنها است ولی از نظر جمع آوری مال ودرست شدن اشراف واعیان از موالی وپا برهنه هائیکه در اطراف خلفاء و ولات جای میداشتند کم و بیش با اندکی شدت وضعف شبیه بهم بوده اند .

جمع مال وضبط اموال وپیدا کردن ضیاع منحصر بخلیفه یاوزراء ووالیان نبود بلکه بحرم سراهای آنان و کنیزکان هم سرایت کرده بود .

گفته اند ضیاع باصطلاح زمان بمزارع گفته میشد و در ایام خلفای اموی وعباسی غالب آن متعلق بخلفاء ووزراء وامراء بودوبیشتر دهات واملاك بعللی بضیاع تبدیل شده بود .

ابن اثیر ودیگران مینویسند در دهات از فلاحین بودند کـه آنها را « اهل خراج » مینامیدند واینها بنحو اجرت یا شرکت برای صاحبان املاك که خلفاءیا اعیان وابسته بآنها بودند کار میکردند وبندرت فلاحی دیده میشد که ملك خاص داشته باشد - اینها با فقر و بیچارگی زندگی میگردند و بقوت مختصری قناعت مینمودند .

در زمانیکه درهم ودینار ازطرف وابستگان بدستگاه دولتی درشهرها بیحساب صدها وهزارها بخشش میشد ده نشینان آنچنان بافقردست بگریبان بودند که اگر یکی از آنها دیناری بدستش میرسید میخواست آنرا سجده نماید ، چندین دفعه آنرا میبوسید - واگر احیانـا ده یا بیست دینار بدستش داده میشد از خوشحالـی سکته یا جنون باو دست میداد و یا میمرد چنانکه برای صیادی در حضور ابن طولون در اواسط قرن سوم هجری روی داد و آن قضیه بگفته مقریزی اجمالا چنان بود که روزی صبحگاهان که هوا سرد بود ابن طولون با نسیم ازساحل نیل میگذشت صیادی را با پسربچه‌اش دید که ساتر عورت نداشت ، ابن طولون را بر او رقت آمد به نسیم دستورداد بیست دینارباوبدهد نسیم بیست دینار باو داد وبابن طولون ملحق شد اندکی بعد مراجعت نمودند دیدند پسربچه گریه میکند و آن مرد صیاد که تاب دیدن اینهمه دینار را نداشت سکته کرده ومرده است ! .

خلفاء وهمراهان او چگونه مالك میشدند ؟ !

اینجا درست داستان امراء ژرمن و همراهان تکـرار میشود ، گفته شد از ابتدای امویهااندوختن مال وملك رواجی بسزا یافت وتابعین‌وتابعین تابعین‌بدنبال یکدیگر همان روش را ادامه دادند - خلفای اموی خود پرچمداران غارت اموال واملاك خاص وعام بودند - اینها نه تنها به بیت المال دست انداخته وتصرفات غیر

مجاز مینمودند بلکه دارائی سایرین را بظلم وجور میگرفتند ـ بخصوص کـه غیر عرب را هر چند مسلمان هم میبودند بندگان خود میدانستند .

در سال ۱۳۲ که نوبت بعباسیان رسید هر چه‌توانستند ازامویها کشتند و باقیمانده آنها برای حفظ جان اموال‌واملاك خود را گذاشته وباطراف فرارنمودند وبنی عباس تمام دارائی آنانرا برای اداره امور کشور ضبط کردند .

خلفای بنی‌عباس اگرچه‌مانندبنی‌امیهٔ شخصااموال واملاك راغصب نمینمودند ولی‌وزراء وامراء ونزدیکان طماع آنها بمانند امویها از دست اندازی باملاك واموال مردم خود داری نمیکردند و خلفا هم چون چنین میدیدند سعی میکردند از این غاصبین ( یعنی وزراء ـ بزرگان ـ امیران ـ اعیان وسرکرده ها وغیره ) بنفع خود یا بیت المال خلع ید نمایند و اگر احیانا در مدت حیات آنان قدرت بر اینکار نمیداشتند ـ پس از مرك آنهااملاك‌واموالشان را مصادره میکردند ـ چنانکه‌هارون دارائی محمدبن سلیمان عامل بصره را پس از مرك او مصادره کرد ودر نتیجه مبلغ پنجاه ملیون درهم نقد وخانه ها ودکانها واملاك بسیاری که اجارهٔ آن روزی‌یکصد هزاردرهم‌میشد بتصرف خلیفه درآمد : (اینهم‌خود راهي‌بودبرای‌اینکه خلفاءدارای املاك زیادی بشوند ـ چند نمونه ذیل عنوان مصادره یاد خواهد شد ) .

برسم‌حکومتهای‌استبدادی که املاك‌سلاطین‌مستبد همیشه‌ازآن‌حاشیه‌نشینان میگشت املاك منتسب بخلفاء هم بدست نزدیکان و کسان آنها میافتاد و اطرافیان خلفاء آنقدراملاك‌بهم میزدند که اززیادی بیکدیگرهدیه میکردند، ازآنجمله نوشته اند وقتی مأمون دختر حسن بن سهل را گرفت ، پدر عروس روی اوراق کوچك زیادی برهریك نام یکی ازاملاك ومزارع متصرفی خود را نوشت وبین سران سپاه وبزرگان آن کاغذ ها را نثار کرد وهر کس قطعه ای از آن اوراق بدستش افتاد مالك ملکی که نام آن روی آن کـاغذ نوشته شده بود گردید .

دیگر از اسباب ملاکی اطرافیان خلیفه آن بود که در زمان بنی‌امیه‌مردم، دهات واراضی واملاك حاصلخیز را بواسطه تعدیات مامورین رها کرده بودند

وخلفاء آن املاك را باطرافیان واگذار میکردند چنانکه مثلا منصور املاك خوزستان را بنام املاك بایربه پسرش صالح واگذار نمود و در نتیجه نامبرده از مالکین بزرك گردید .

موجب وسبب دیگر ملاك شدن بزرگان واطرافیان خلفاء الجاء بود .

**الجاء چه بود ؟ !**

الجاء یعنی پناه بردن ودر اصطلاح عبارت بود از اینکه مالکین برای اینکه از شر مظالم باج بگیران راحت شوند ، مزارع و باغها واملاك خود را بمردمان بانفوذ واگذار وبا اجازهٔ شخص متنفذ ملك را برایش قباله مینموده‌اند .

این وضع تقریبا مانند عمل آن کسانی میبود که در حکومت اشرافی اروپا املاك خود را به تیول تبدیل میکردند و طبعا آن ملك در دفاتر دولتی بنام مالك جدید ثبت میشد ورفته رفته مالك قدیم از آن بی بهره میگردید .

اولین الجاء در زمان خلافت ولید واقع شد و آن چنان بود که عده‌ای از مالکین عراق از ترس تعدی و مظالم مامورین ، املاك خود را بنام مسلمة بن عبدالملك برادر خلیفه که والی عراق بود ثبت کردند ودر نتیجه آن املاك ملك خاندان مسلمه شد ـ ودرخلافت عباسیان املاك مسلمه تیول داودبن علی‌بن‌عبدالله بن عباس گردید و سپس بصورت خالصه سلطانی در آمد ـ پس از آن الجاء یك امر معمولی شده بود واز جمله در همان زمان امویه مالکین مراغه املاك خود را بنام مروان بن محمد ( والی ارمنستان وآذربایجان ) ثبت کردند واملاك مزبور در خاندان مروان باقی بماند تا عباسیان آن املاك را مانند دیگر املاك بنی امیه برای امور دولت تصرف کردند .

دردوران عباسی هم الجاء مرسوم بود چنانکه ملاکین زنجان برای تقرب به هارون املاك خود را بنام قاسم پسرش ثبت نمودند و خود بعنوان کشاورز در آنها عمل میکردند ـ آن املاك نیز پس از چندی از املاك تیول سلطان شد

همچنین ملاکین فارس املاك خود را بملازمین خلیفه که مقیم عراق بودند

واگذار نمودند وبا این حیله خود را از پرداخت یك ربع مالیات معاف نمودند

خلاصه موجبات و علل مذکور بهم دست داد و املاك را دربست در اختیار خلفاء ونزدیکان وملازمان آنها گذارد و دیوانی غیر از دیوان خراج بنام دیوان ضیاع تشکیل گردید .

**اقسام ضیاع :**

ضیاع بردوقسم بود: عمومی وسلطانی- ضیاع عمومی عبارت از املاك رجال و متنفذین دولت بود - واما ضیاع سلطانی چهار نوع بوده است :

۱ - ضیاع خاصه یعنی املاك شخصی خلیفه که هیچکس با او شریك نبود - این نوع املاك نوشته‌اند که طبق صورت تنظیمی علی بن عیسی درسال ۳۶۰ دارای عایداتی بود که بالغ بر ۵۱۶٫۴۴۷ دینار میشد واین درآمد باستثنای درآمداملاك نواحی واسط بوده که جزو ضیاع عمومی محسوب شده بوده است .

۲ - ضیاع عباسی یعنی مزارع واملاکی که متعلق بافراد خاندان عباسی بوده است - این املاك ، در لیست سال ۳۶۰ ، مالیات آن ۱۴۴٫۷۶۰ - دینار بود ( باستثنای ضیاع عباسی در واسط ) و شماره آن املاك در زمان مأمون به سی وسه هزار ( ۳۳۰۰۰ ) میرسید .

۳ - ضیاع مستحدثه - این قسمت که نوبنیادبودعلیحده ثبت شده ومالیات آن بالغ بر ۲۸۹٫۰۳۶ - دینار میشده است .

۴ - ضیاع فرات - این قسم درکنار رود فرات بوده و در سال ۳۰۶ هجری ۶۱۷٫۱۲۶ دینار مالیات از آن وصول میشده است .

در لطائف المعارف نوشته شده است که مکتفی پس از آنکه مرد ، یکصد ملیون دینار از او بجای مانده بود که یك پنجم آن یعنی بیست ملیون دینارضیاع وعقار واملاك بود .

**ثروت زنان خلفاء**

دردوره عباسی زنان هم آزادی عمل داشتند و کنیزکان درباری هم درچپاول

اموال عمومی وغارت مردم دست کمی از مردان نداشتند واینك چند نمونه :

۱ - خیزران مادر هارون وهادی درایام خلافت این دونفر با کمك درباریان، املاك واموالی گرد آورد که درآمد آنها بالغ بریکصد وشصت ملیون درهم درسال بود - طنطاوی درمقام مقایسه وحساب بر آمده و نوشته است این رقم یك مقابل و نیم در آمد سالیانه « روکفلر » که از ثروتمند ترین رجال امریکا است میباشد .

۲ - در آمد مادر محمدبن واثق از املاکش بالغ برده ملیون دینار بود که تقریبا معادل در آمد خیزران مادر هارون بوده است - ومهم این است که این در آمد برخلاف زمان خیزران در دوران فقر بیت المال بود .

۳ - مادر مقتدر (خلیفه) وقتی مرد از گورش بهنگامیکه خواستند اورا دفن کنند ششصد هزار دینار که پیش از مرك در آنجا مخفی کرده بود در آمد .

بطوریکه نوشته اند وضع مادران سایر خلفاهم بهمین منوال درممالك اسلامی میگذشته است و علت آن بوده که اغلب مادران خلفاء باسران سپاه و بزرگان همدست شده اموال دولتی را میان خود قسمت میکردند و گاهی هم خلفاء خود این صحنه را بوجود میآوردند چنانکه مستعین عباسی بمادرش ودوسردار ترك اختیار تام داده بود ( ۲۴۹ هجری ) و آنان هرچه از هر جا میرسید بین خود سه قسمت میکردند .

## غارتگری وزراء

وزیران در جمع آوری مال واندوختن ثروتهای بیکران دست کمی ازخلفاء نمیداشتند وبلکه در اواخر عباسی ها در آمد آنها از خلفاء وبیت المال هم بیشتر بود - کاربجائی رسیده بود که تمام مقامات خرید وفروش میشد وحتی وزارت راهم برشوه میگرفتند - رشوه میدادند وزیر میشدند ورشوه میستاندند ومقامات دیگررا میدادند وهم از موقعیت و مقامشان استفاده نموده و املاك مردم را بزور تصرف و تصاحب مینمودند .

ابن مقله پانصد هزار دینار به « الراضی » برای وزارت داد ( اوائل قرن

چهارم هجری) - وابن‌جهیروزارت رااز« القائم بامرالله » بمبلغ‌سی‌هزار دینارخرید این خرید هابدان سبب بود که فروشهائی‌درپی داشت ودادن این رشوه بامید آن بود که چندین مقابل آن اخذ شود .

بازاررشاء و ارتشاء رونقی بسزا میداشته واخذ اموال وضبط املاك ازطرف وزراءو امراء ومأمورین بحکایت تاریخ صورتی عادی بخود گرفته بوده است و با رعایت تناسب وحفظ مراتب آنقدر حیرت انگیز وتعجب آور رائج وازرسوم گشته بوده که گوئیا خود نظمی وعرفی خاص بوجودآورده بوده است - هر کس بادستی که میداده چندین برابر میگرفته است اما بالاخره آیا قرارضمان آن برچه کسانی میبوده است ؟ ! یعنی آنها که فقط میدادندواز آنها میگرفتند ولی آنها دیگربکسی برای‌جبران ووصول آنچه داده اند نمیتوانستند مراجعه نمایند چه کسانی بودند؟ البته این قراربر عهده آن بیچارگان وبی نوایانی بود که بمانند آن صیاد میبودند که داستانش گذشت ویا پس از اخذ اموالشان بان روز وحالت مبتلا میگردیدند آنهامسلمانانی بودند که‌مستقیم‌یاغیرمستقیم‌دردستگاه‌دستی نداشتندو بابانددغارتگران وغاصبین‌حقوق ملت واموال بیت المال وابسته وپیوسته نبودند !

نوشته اند خاقانی وزیر المقتدر در یك روز از نوزده نفر رشوه گرفت‌وآنها را یکی پس ازدیگری برای کوفه ناظرتعیین کرد - ناظرین پس از گرفتن ابلاغ مأموریت ، هریك بطرف کوفه یعنی محل مأموریت خود حرکت کردند -تصادفا در بین راه بیکدیگربرخورد نمودند وازحال وجریان کارواقف شدند باهم‌مشورت کردند که چه بکنند ؟ یکی از آنها پیشنهاد کرد : آنکه حکمش مؤخر وبعداز دیگران صادر شده است بکوفه‌برود چه ولایت اوصحیح است بقیه‌با آن‌رأی موافقت ومراجعت نمودند - البته وقتی پیش خاقانی آمدند ، وزیرسرآنها را هم بی کلاه نگذاشت وآنهارا بکارهای دیگر گماشت . شاعری در باره او گفته است :

وزیر لایمل من الرقاعة — یولی ثم یعزل بعد ساعة
و یدنی من تعجل منه مال — و یبعد من توسل بالشفاعة
اذا اهل الرشا صاروا الیه — فاحظی القوم او فرهم بضاعة

ابن‌خلکان و بعضی‌دیگرمینویسند اباالحسن‌بن‌فرات سه‌دفعه وزیرالمقتدرشد:

دفعه اول در سال ۲۹۶ هجری بود - مدت و زارتش سه سال بطول انجامید مالیکه درظرف‌این‌سه‌سال‌جمع کرده‌بود که مصادره‌شد بالغ‌برهفت‌ملیون‌دینارمیشد

نوبت‌دوم در سال ۳۰۶ بوزارت منصوب ولی در همان سال خلع شد .

نوبت سوم در سال ۳۱۱ هجری بود که بوزارت منصوب گردید ودرسال۳۱۲ عزل گردید در این دو دفعه هم مجموعا قریب سه سال وزارت کرد - اما این وزیر زرنك واز امتحان در آمده دراین مدت کوتاه ده ملیون دینار باضافهٔ ضیاع‌و املاکی که در آمد آن دوملیون دینار میشد فراهم کرده بود . درطرزتشکیلات آنروز، وزراء وامراء وولات درعراق یا ایران یا مصر وشام‌همواره‌اموال بسیاری جمع مینمودند وضیاع وعقاربیشماری بهم میبستند ، ودرحقیقت غصب اموال واملاك مردم در طبیعت انتظامات دولتی آنروز نهفته بود .

مینویسند ماردانی وزیر بنی طول در مصر وقتی مرد آنقدر املاك و ضیاع بزرگی از او بماند که کمتر کسی قبل از او چنان ملکی داشته است .

یعقوب بن کلس اولین وزراء فاطمیین درجمله املاکش ، اقطاعی در شام‌بود که در سال سیصد دینار غیر ازخراج در آمد داشت واملاك وضیاع واسب واشتری که از او باقی بماند چهار ملیون دینار ارزش داشت واین اموال غیرازغلام و کنیز و وجوهی بود که انفاق نموده بود . الافضل امیر جیوش وزیر المتنصرفاطمی - شصت ملیون دینار عین ( بعضی ششصد ملیون نوشته اند ولی بنظرطنطاوی این‌مبلغ از مجموع خراج صد سال مصر زیاد تر آمده وقابل قبول ندانسته است که‌چنین مالی نزد یکفرد جمع شود)- ودویست وپنجاه اردب دراهم نقد واشیاء قیمتی‌زیادی نوشته‌اند که سرسام آور است .

**طرق درآمد وزراء**

جرجی زیدان ودیگران راههای زیادی برای کسب وزراء مخصوصا دردولت عباسی ثبت کرده اند که از آنجمله است :

۱ - برای انتصابات رشوه میگرفتند ویا قبول مینمودند .

۲ ـ عمال هدایائی برای آنها میبردند .

۳ ـ بواسطه نفوذ وقدرتی که میداشتند ضیاع واملاك را آنچه میخواستند بدون حساب غصب نموده وتصرف میکردند .

٤ ـ اموال‌خراج رابواسطه اینکه دفاتر آن نظمی‌نداشت اختلاس میکردند .

۵ ـ چون پرداخت حقوق موظفین اغلب تأ خیرمیشد ،و کارمندانی‌محتاج بپول‌میبودندلذا آقایان وزراء ازاین موقعیت استفاده‌نموده ووسیلهٔ کسانی که‌داشتند حقوق محتاجین را بنصف قیمت میخریدند ـ وحتی این عمل نسبت برواتب فقها وسایر کسانیکه مقرری دریافت میداشتند مجری میشد ودرحقیقت‌رواتب ومقرریها را با مردم تقسیم بنصف مینمودند .

٦ ـ تجارت دیگر آنها این بود که اشخاصی ناحیه یا بلدی راتیول‌میگرفتند یا خراج آنرا تضمین‌میکردند ـ اینها بایستی یا رشوه ای بوزیر بدهند ویا سهمی از منافع را باو تقدیم نمایند .

۷ ـ بواسطه نفوذشان چیزهائی از تجار غصب مینمودند واین مأخوذات بنام « مرافق الوزراء » خوانده میشد وبین مردم مشهور میبود ، ازجمله این مرافق این بود که عیار نقود راکم میکردند ودینارهای ناقص سکه میزدند وازاینراه هم ربح زیادی میبردند . باوجود تمام این کارها که میکردند آذوقه و خرج گماشتگان ولشگررانیزازخلیفه‌مطالبه مینمودند.

**برگشت اموال مغصوبه به خلفاءو به بیت المال :**

ازآنجائیکه اجتماع‌متشکل ازافرداست وافراددرزندگی اجتماعی‌بریگدیگر بارند و بارگران آن بر دوش همگی قرار دارد و هم اینکه نظام طبیعت و قانون آفرینش بر آن جاری شده است که هرکس هر تخمی بپاشد وهر عملی از نیك و بد انجام دهد باید نتیجه ومحصول آنرا بدرود وپاداش وجزای آنرا به بیند که « فمن یعمل مثقال ذرة خیرا یره ومن یعمل مثقال ذرة شراً یره » وهرکس هرکار نیکی کند برای خودش و هر عمل بدی کند بخودش میکند که « من عمل‌صالحا فلنفسه ومن اساءِ فعلیها» ـ نتیجه اعمال این وزراء وعمال‌وامراء اغلب بخود آنها

برمیگشت ، وآنها که حاضر نبودند با عدل وانصاف و بمقتضای فطرت انسانی از روی صداقت و برادری و برابری در تعاون اجتماعی شرکت نمایند وترجیح میدادند همواره باظلم وستم سربار اجتماع باشندو با غارت ودسترنج دیگران زندگی نمایند بالاخره حق وعدالت از یك راهی بسراغ آنها میامد وبصورتهای مختلف محصول کاشته های خود را درومیکردند واکثرسر انجام این بازی طبیعت چنان میبود که بر اثر بیعدالتی وچپاول اموال عمومی ، دیگر رعیت چیزی نمیداشت که از آنها گرفته شود ودر امور اجتماعی آنها مصرف گردد وبیت المال هم خالی میبودلیکن تمام آن اموالیکه میبایستی در دست افراد مردم پراکنده باشد وهم آنچه دربیت المال برای حفظ تشکیلات ومخارج عمومی جمع شده باشد براثرمساعی وزراءوامراء و همدستان آنها نزد عده‌ای جمع میگردید و لذا از طرف خلفاء آنچه از مخارج عمومی که بایستی از صندوق بیت‌المال پرداخت شود بآنها حواله وازآنها مطالبهٔ ارزاق ونفقات میشد واگر امتناع میکردند بزور از آنها اخذ میگردید - خلفاء اموال باد آورده‌ی آنها را درحکم اموال بلاصاحب وبیت المال میدانستند وبدین جهت تمام اموال شان پس ازعزل یافوت از آنها گرفته میشد واین عمل رامصادره مینامیدند

**مصادره :**

علاج بیداد گریهای دسته ای ستمگر و آنهمه سبعیت مأمورین و منتفذین و غارت اموال عمومی مصادره بود که میتوانست اندکی کفه های ناموذون ترازورا تعدیل نماید وشاهین عدل را بوسط متمایل سازد وبهمین جهت درآن ایام مصادره امر رائجی شده بود وتقریبا بودجه وخرج تشکیلات دولتی از آن راه تأمین میشد زیرا ملت کـه بواسطه چپاول تیولداران وامراء ووزراء غارت شده بودند و قدرت پرداخت باج وخراج نداشتند - واز املاك خراجی هم اگرخراجی میرسید قبل‌از تحویل به بیت المال از خانه وزراء وامراء سر درمیاورد ، و در نتیجه اموال نزد آنها جمع میبود لذا کار بجائی میرسید که پایان مأموریت با مصادره وقتل یا یکی از آندو همراه میبود .

مصادره منحصر بدارائی وزراء نبود بلکه تمام مأمورین دولتی اگر مال و ملکی بهم می‌بستند و نیز کسان نزدیك آنها که از نفوذ مأمور سوء استفاده نموده واموالی جمع کرده بودند وحتی اگر اشخاص بواسطه اعمالی عایدی و املاك نا مشروعی بدست میآوردند بدلیل اینکه در بدست آمدن این اموال اسباب مملك شرعی وجود نداشته ورعایت نشده مصادره ویا استخراج میشدند .

اولین مصادره در زمان عمر نسبت بعمال خوزستان بعمل آمد جرجی زیدان مینویسد : اینان از حد اعتدال تجاوز کرده بودند یزیدبن قیس قصیده‌ای سرود ودر آن نام عاملان را بر شمرد وستمهای آنها راشرح داد وسود هائیکه بناحق برده بودند ذکر کرد واز عمرخواست که دارائی آنها را مصادره ومشاطره کند ،برای اینکه آنقدر جمع کرده‌اند که بقسمت راضی هستند و اضافه نمود کـه من مخفی میشوم مرا برای اداء شهادت مخواه ، انتظار دانستن احکام عادلانه تو را میکشم

عمر وقتی بر کار آنها واقف و اگاه شد تمام دارائی آنها را دو قسمت کرد یك قسمت آنرا مصادره نمود و به بیت المال داد . و باین نیز اکتفا نکرد اموال بعضی از کسان وبرادران آنها را نصفه کرد ـ یکی از آنها اعتراض کرد که من مامور دولت نبوده ونیستم چرا متعرض اموال ودارائی من میشوند ؟ ! عمر پاسخ داد که« برادرت که متصدی عشریه ایله بود . تو با پول بیت المال تجارت کرده وسودبرده‌ای بدینجهت باید ده هزاردرهم بدهی » و این مبلغ از او بستاند

عمر سیره اش را بر آن میداشت که هر گاه یکی از عمالش غیر از مقرری وحقوقش ازراه تجارت و کسب دیگری مالی بدست میآورد آن مال را بااو قسمت میکرد و آنرا مقاسمه یا مشاطره مینامیدند از جمله با سعدبن ابی وقاص که عاملش در کوفه ، وعمروبن عاص که عامل وی درمصر ، وابی هریره که عامل بحرین بود چنان کرد . ضمنا باید توجه داشت که مصادره ومقاسمه هائیکه عمر عمل میکرد از نظر احتیاج بیت المال نبود زیرا در آنموقع بیت المال بسیار غنی ودرآمد آن بیش از کفاف معیشت و اداره امور مسلمین بود بلکه حکم شرعی قضیه را بنظر خودش اجرا واحقاق حقوق ملت اسلام را مینمود و ظاهرا مورد اعتراض مسلمین

هم از این حیث واقع نشد .

معاویه هم اموال عمال را مصادره میکرد و نصف آنرا میگرفت حتی اگر عاملی میمرد نصف ارثش را ضبط میکرد وعذرش این بود که عمرچنان میکرد - تدریجا معاویه از گرفتن نصف تجاوز کرد ودارائی آنها را تمام میگرفت .

پس از معاویه سایر خلفای بنی امیه هم قسمتی ازاموال عاملان را میگرفتند وآنرا استخراج میخواندند ودر حقیقت آن نوعی غرامت بود .

استخراج غالبا با نهایت شدت اجرا میشد چنانکه در باره خالد قسری عمل شد - منشی خالد بنام حیان نبطی بهشام ( خلیفه ) گزارش داد کـه خالد قریب سی وشش‌ملیون درهم نقله کاری کرده است هشام فرمان داد بهرطور شده است‌معادل آن مبلغ از خالد ومأمورین او وصول شود .

هارون ، دارائی محمدبن سلیمان عامل بصره را پس از مرگ او مصادره کرد واز آن بابت پنجاه‌ملیون درهم نقد وخانه ها ودکانها واملاك زیادی که اجاره آن روزی صدهزاردرهم‌بود بتصرف خلیفه درآمد . بنی امیه قضیه استخراج را دراواخر تعمیم داده بودند بطوریکه هر عاملی معزول میشد دارائی او را حساب میکردندو آنچه درایام مأموریت بدستشان آمده بود ضبط میکردند .

در اوائل دوره عباسی از مصادره خبری نبود ولی بتدریج چون بیداد گری وطمع ورزی آغاز گشت خلفاء هم دست بکار مصادره شدند .

**بیت المال مظالم ؛**

درخلافت منصور ( ۱۳۶ - ۱۵۸ ) بازار مصادره رونق گرفت وی محلی بنام « بیت المال مظالم » تاسیس کرد و آنچه ازمأمورین خود مصادره میگرفت درآن محل جمع میکرد .

از زمان مهدی « ۱۵۸ - ۱۶۹ هجری » ظلم مأمورین موجب شد که خلیفه در روزهای معینی برای استماع شکایت جلوس میکرد و این روش در زمان هادی وهارون ومأمون تا مهتدی ( اواسط قرن سوم) ادامه داشت وهرچه شکایت میرسید تمام از دست عمال ومأمورین بود .

**راه در آمد والیان :**

والیان از طرق مختلفی تحصیل درآمد میکردند از جمله :

۱ ـ ابتدا که وارد بمحل ماموریت میشدند هر کس بقدر استطاعت خود میبایستی چیزی هدیه ورود باو بدهد .

۲ ـ در آمد دیگر از تجارت چوب و کالاهائی بود که در اختیار آنها میبود

۳ ـ اختلاس .

٤ ـ دست اندازی باملاك مردم وغصب اموال .

ازهمین راهها یکی دیگر ازعمال هارون بنام علی بن عیسی بن ماهان هشتادملیون درهم نقدینه اندوخته بود که هارون چاره‌ای جز ضبط تمام آن بنفع بیت المال ندید.

این مصادره گاهی پس ازمرك عامل مانندمصادره اموال محمدسلیمان و گاه پیش از مرك مانند مصادره اموال علی بن عیسی صورت میگرفت ، در مصادره اخیر هارون علی بن عیسی را از خراسان بر داشت ، نقدینه و اموال منقول او را بر یکصد وپنجاه شتر بار کرده وبه بیت المال برد ـ باستثنای سی ملیون درهم نقد که عیسی پسر علی بن عیسی در باغ عمارت واقع بلخ در پنهان کرده بود .

خلفای عباسی در آغاز کار اموال وزراء را بعنوان مجازات در مقابل گناهان سیاسی وغیره مصادره میکردند مثلا نخستین وزیرسفاح بنام ابو سلمه خلال (مشهور بوزیر آل محمد ) چون مورد سوءظن خلیفه واقع شد بدستور خلیفه بدست ابومسلم بقتل رسید ودارائیش راخلیفه ضبط کرد . پس ازچندی همان کار رامنصور باابومسلم انجام داده همینقسم هارون یا برمکیان. ومعتصم بافضل بن مروان رفتار نمود .

مصادرهٔ اموال وزیران بیش از هر موقع در زمان مقتدر ( ۲۹۵ ـ ۳۲۰ ) صورت گرفت در این زمان وزراء زود بزود تغییر میکردند و اموال آنها مصادره میشد ـ اول آنها ابن فرات بود که سه مرتبه بوزارت رسید ودیگری خاقانی بود ( که ازاین دو نفر قبلا نامی برده شد) بعد حامد بن عباس که دریغما گری وغارت اموال مردم شدت و قساوت بخرج میداد وپس ازاو عبدالله بن محمد، احمد بن عبیدالله بن خصیب، محمد بن علی بن مقله خطاط مشهور، سلیمان بن حسن ،عبیدالله بن محمد وحسین

قسم ، یکی پس از دیگری بوزارت رسیدند وبطور کلی اموال تمام وزیران مقتدر مصادره شد وخودشان یا زندانی میشدند ویا بقتل میرسیدند .

علاوه بر اموال وزیران ، اموال قاضیان وملازمان و زنان حرمسرا نیز در ایام مقتدر مصادره میشد بقسمی که‌میزان اموال‌مصادره شده تاچهل‌ملیون‌دینار رسید.

**ایغار :**

یکی دیگر از کارهائی که موجب ضبط املاك میشد ایغار بود . ایغار در اصل عبارت ازپرداخت تمام باج زمین بمأمور وصول بود - ولی بعداً دو نوع دیگر هم پیدا کرد : یکی عبارت بود از زمینی که بی خراج شاه بشخصی میبخشید - دیگری آنکه مبلغی نقداً بابت خراج بسلطان میدادند وازدادن خراج‌معاف میشدند وگاهی هم ضامن خراج محلی میشدند ولذا بضمان خراج ایغار گفته میشد بهرحال ازایغارهای مشهور زمان عباسیان ایغاریقطین است. این‌ایغارعبارت بوداز املاك‌زیادی که‌شخصی بنام یقطین بعنوان ایغار تصرف کرده بود که بعداً آن املاك خالصه دولت شد

باری اینها مشتی از خروارها ونمونه‌ای از سیره وفعل مسلم است که نه‌تنها وقتی‌هیچ دلیلی پیدا نمیشود بخودقوت قلب میدهیم وآنرا بحساب شارع میگذاریم بلکه گاهی بخود اجازه میدهیم که‌آنرا بر بسیاری از دلائل شرعی مقدم بداریم !! پس برای جلوگیری ازاشتباه ودفع مشتبه باید همواره درمنشاء ومنتهای این گونه دلائل بررسی شود تا بر صحت وسقم آنها وقوف حاصل آید .

## پیدایش حق ملکیت زمین

اهمیت موضوع ایجاب مینماید که یك بار دیگربروجه اجمال باین موضوع توجه شود و ادواری که برآن گذشته در نظر آید تا ضمناً تکلیف قضیه اجرای اصل صحت ، قاعده ید وسیره نسبت بتصرفات واعمال متصرفین دراراضی معلومتر وواضح تر گردد .

این نکته مسلم است که بر انسان عصرهائی از شکار ، گله داری ، فلاحت گذشته است درعصرهای شکار وگله داری از زمین وکشت و زرع آن صحبتی نبوده است در عصر بین گله داری وفلاحت بزراعت اندکی توجه میشود واز اینجا ادواری بر

زمین بتعاقب میگذرد :

دوره اول : قطعه زمینی از طرف یك عشیره زراعت میشد وسال دیگر ممکن بود از طرف قبیله‌ی دیگری بدون مزاحمت زراعت شود و اباحه انتفاع از زمین برای همه بالسویه بود .

دوره دوم : بواسطه زیاد شدن جمعیت و بیم مزاحمت هر دسته و قبیله ای بر قطعه ای‌اززمین وضع‌ید نموده‌وپس‌ازمدتی که از آن‌استفاده مینمودند اغلب‌تغییرجا و مکان میدادند اما هیچ دسته‌ای‌قصد امتلاك زمین را نمیداشتند فوستل دکولانج « Faustel de coulange » . درکتابش بنام « Lacité antiquc » نوشته است پیش قبائل قدیم ملکیت فردی معمول نبوده است وقبائل تاتارمالکیت را نسبت بحیوان قائل بودند و زمین راملك نمیدانستند ، همچنین المانیهای اول از زمین بغیر از محصول وغله آن مالك نمیشدند .

دوره سوم : بتدریج عشایر بر آن شدند قطعه اراضی را بجای وضع ید امتلاك نمایندوبا عملی شدن این فکرهر قطعه از اراضی‌اختصاص بهمان دسته وقبیله پیدا کرد که بر آن وضع ید نموده و درآن اقامت میداشتند . اما در این دوره حق ملکیت مزبور بهیچ فردی از افراد عشیره اختصاص نداشت وحتی رئیس قبیله که قویترین فرد آنها بود حق تصرفات ناقله را ازقبیل بیع ، هبه ووصیت نداشت زیرا حق ملکیت مذکور برای تمام عشیره بود .

دوره چهارم : طوائف واقوام بخاك خود قناعت نکرده وهمواره قویتران‌بر ضعیفتران حمله مینمودند وبا فتح وغلبه خاك آنها را تحت سلطهٔ خود قرارمیدادند وچون فاتحین شخصا نمیتوانستند بر سر زمینهای مفتوحه وضع ید نمایند لذا فقط بملکیت آنها اکتفا میکردند و آنها را اغلب بهمراهان و یاوران خود با شرایطی اقطاع مینمودند وگاهی دست اول بدست دوم با شرائطی اقطاع مینمود و از اینجا نظام اقطاعی پیداشدوفئودال بوجود آمد وفلاحین که پیش از فتح صاحب همه چیز بودند چنانکه در تاریخ قرون وسطی ملاحظه میشود بصورت بندگانی در آمده بودند که با زمین خرید وفروش میشدند .

دوره پنجم : از بعد فتح قسطنطنیه « ۱۴۵۳ - م » طبقات بتدریج بحقوق خود آشنا شدند وملکیت زمین برای اشخاص شناخته شدودر نتیجه نظام اقطاعی وفئودالیته متلاشی گردید مع الوصف اکثر قوانین بین تصرف درغیرمنقول با تصرف در منقول فرق میگذاشتندومثلا وضع ید را بر غیر منقول مثبت حقی نمیدانستند مگر آنکه باوجود سبب صحیح پنج سال ودر غیر آن پانزده سال بگذرد بخلاف منقول .

دوره ششم : برای اینکه تصرف در اراضی بسهولت تصرف در اشیاء منقول ممکن شود بدنبال راه حلی میگشتند تا اینکه عالم استرالیائی موفق بطریقه‌ای شد که این امر را تسهیل مینمود وآن بطریقه تورنس خوانده شد .

غرض این است که این ادوار بر اراضی اسلامی نیز گذشته است النهایه اسلام پس از تسلط برحسب کیفیت تسلط و نوع زمین حکم اراضی را در سه نوع مالکیت ملی اسلامی ، مالکیت ولی مسلمین ومالکیت افراد محصور وتثبیت نموده مع الوصف در طول چهارده قرن تمام اراضی اسلامی بروجه غصب وتغاصب دوره‌های چهارم و پنجم را بکرات گذرانده است که همین امردرمواردی که مالك مجهول است سبب انقلاب نوع مالکیت شرعی میگردد همچنان که سبب دیگر این انقلاب حکم ، دیون شرعی مستوعب است پس مثلا :

**الف اراضی عراق :**

که در اخبار و کلام فقهاء از آن به « سواد » تعبیر شده چون مفتوح العنوه بودن آن مسلم وقطعی است وطریقه وروشی که نسبت بآن اتخاذ شده اصل و سیره برای کلیه اراضی نظیر وخراجیه قرار داده شده است وحکم آن در اخبار خاصه صریحا معلوم ونزد فقها عمل وروش عمر بروجهی که گذشت مسلم و شواهد قطعی بسیاری هست که عمر این اراضی را ملك مسلمین وغیر قابل انتقال اعلام کرده است و مالك آن در هر زمان معلوم است لذا تحولات گوناگون و توالی ایادی غاصبه‌در آن مؤثر نیست وبروالی و سر پرست مسلمین است که حکم مفتوحه را اجراء نماید .

**ب - اراضی فدك :**

که داستان آن‌در سابق گذشت چون مالکین آن اولاد فاطمه علیها السلام و معلوم

میباشند لذا اگر بنا براجرای حکم شرعی آن باشد بایستی بانها تسلیم گردد .

**ج - اراضی مصر :**

که سر گذشت احکام شرعی آن نظیر ایران است با اینکه زمان خلافت عمر فتح شد واراضی بر حسب روش عمر چنانکه از سیوطی نقل شده در دست اهالی که اسلام اختیار نکرده بودند ابقاء گردید وخراج مقرر دریافت میشد ودرخراج خود، ابو یوسف هم باین معنی قائل است مع الوصف بین مورخین اختلاف شده است دراینکه آیا بلاد مصر بجنك فتح شده ویا لشگر اسلام بصلح بر آنها استیلاء یافته است ؟!

جرجی زیدان مینویسد : عمروعاص بفرماندار خربتا گفت که « شما وهر چه دارید انبار ماهستید زیرا کشور مصر با شمشیر ما گشوده شد ، مردم مصر بندگان ما هستند هر چه بخواهیم بر سر آنان میآوریم » ووقتی فرماندار «اخناء» از عمروعاص پرسید میزان جزیه این شهر چیست ؟ عمروعاص گفت : اگر این سرای پر از طلا کنی پاسخ کافی برای این پرسش ندارم زیرا شما گنجینه ما هستید اگر زیاد بخواهیم زیاد واگر کم بخواهیم کم برمیداریم .

وبهر حال سیره تغاصب بر این اراضی هم گذشته است ، احمدبن طولون تمام اراضی را مصادره کردوملکیت زمین را برای حاکم اعلام کرد - وقتی سلطان سلیم مسلط شد اراضی را گرفت وبر لشگریانش وبعضی از ممالیك حزبش تقسیم نمود این اراضی برزقه موسوم گردید وچون از قدرت سلطنت کاسته شد این ممالیك در بلاد خود مستقل ومستبد هر چه میخواستند میکردند که درنتیجه آبادیهای رو بویرانی وخرابی گذاشت وکیسه حکومت خالی شد . در قرن هفده بر این وضع بد ، بدتری افزوده شد وبرای جمع آوری مالیات نظام التزامات بر قرار گردیدو بملتزم قطعاتی ازاراضی واگذارمیشد که ازهر نوع مالیات معاف میبود بنام «اواسی» که فلاحین برای ملتزم بسخره کشت مینمودند . درسال ۱۸۱۳ که محمد علی پاشا والی مصرشد چون این وضع بدید بااستعانت ازاصول مذهب ابوحنیفه تمام اراضی مصر را مصادره ساخت وبمراکز ونواحی تقسیم کرد وتحت نظر و مراقبت وی اراضی هر ناحیه بر اهالی آن قسمت شد و در نتیجه نصیب هر فردی بین سه تا پنج فدان

گردید وفقط برای ذوالید حق انتفاع از آن املاك در مقابل پرداخت خراج و مالیات میبود ولی حق تصرف در آن املاك را نداشتند ومقررات ارث هم روی آن اراضی جاری نمیشد . وخلاصه نظر وعقیده تابعین ابو حنیفه براین شد که اراضی مصر تماماً خراجیه است ومالکیت اصل آنها با بیت المال مسلمین است وآن کسی که بربیت المال نظارت دارد وبدست او بیت المال بمصرف میرسد حق داردمنافع این اراضی را واگذار نماید وخراج آنرا در یافت دارد .

**د - اراضی ایران :**

که مفتوحه بودن آن مورد وفاق فقها ومورخین است ومیبایستی حکم آنهم بمانند عراق که جزئی از ایران بوده وفتح هردو تقریبا دریکزمان صورت گرفته بدون اختلاف باشد اما بعللی( که شرح آن موکول ببعد میشود ) احتمالات تقویت شده واز دست دوم احتیاط در اموال بشدت شروع شده‌تا بجائی که حکم مفتوحه عملا باطل اعلام گردیده است ، از سایراحتمالات بتفصیل صحبت شد یك احتمال دیگر که موجب اختلاف است باقی میماند و آن این است که‌آیا فتح ایران بصلح بود یا بعنوه ؟! ولی این احتمال حقاً نه مورد دارد ونه مؤثر است . اولامورد ندارد برای اینکه کسی منکر جنگهای قادسیه وجلولاء ونهاوند نشده و نمیتواند بشود - در جنك اول والی خراسان که فرمانده کل قشون ایران بود موسوم‌برستم فرخ زاد کشته شد وپایتخت یعنی طیسفون ( مدائن ) بتصرف مسلمین در آمد و درفش کاویان بدست اعراب افتاد واین فتح درحقیقت شکست یکباره‌ی ایران‌بود در جنك جلولاء نوشته‌اند صد هزاراز ایرانیان کشته شدند ودومین شکست قطعی بآنها وارد شد ( ١٦ - ه ) درجنك نهاوند بسال ٢١ هجری آخرین مقاومت دولت ساسانی در مقابل مسلمین در هم شکسته شد واین فتح را مسلمین فتح الفتوح نام گذاردند وبا این فتح دولت بدست مسلمین افتاد ومقاومتهائی که از این تاریخ‌ببعد نوشته شده است دیگر عنوان سر پیچی ونافرمانی از دولت مرکزی را دارد و در حکم اراضی بی اثر است .

وبعبارت دیگر فتح ایران که یك دولت یعنی یك واحد اجتماعی بود

با فتح مرکز وشکست لشکروسپاه آن وبالاخره با متلاشی شدن آخرین تشکیلات آن درفتح الفتوح بپایان رسید . وتااینموقع صلحی ادعا نشده وتجزیه‌ای هم صورت نگرفته بود . ونیز مسلم است کـه تا این تاریخ وقبل از فتح ، اهالی شهری از شهرهای ایران اختیار اسلام ننمود بلکه برعکس بعد از فتح هم چنانکه نوشته‌اند در هر فرصتی از اطاعت خلفاء سر پیچی مینموده اند . پس بنابر این مفتوحه‌بودن آن مسلم است وبا سواد از این حیث فرقی ندارد .

اگر بگوئیم در خصوص سواد روایت است درباره این فتوحات هم فرمایش امام محمد باقر در صحیح محمدبن مسلم که سابقا نقل شد سرایت و شمول دارد وبعلاوه مسلم است که در زمان صادقین این اراضی خراجیه بوده‌ودراخبار منتسب بآنها هم حکم خراجیه بروجه اطلاق وبطور کلی غیر قابل انتقال بیان شده‌است.

ثانیاًمؤثر نیست برای اینکه آنچه ازصلحنامه های پیغمبر اسلام درجزیرةالعرب مسلم است درصلح با ذمیها زمین برای مسلمین ویا بعنوان انفال مقررمیشده است ودلیل ندارد که عمر برخلاف این سابقه عمل نموده باشد بخصوص که درروش عمر نوشته اند در صلح باذمیها ومخصوصا اعاجم شرط میشده است که زمین آنهاخراجی وبرای جمیع مسلمین باشد پس بنا بر این اراضی مفتوحه زمان عمر چه صلحی و چه‌قهری باشد دارای حکم‌واحدی‌است وبهمین‌جهت‌قاعده شده‌است که : «هرزمینی در بلاد غیر عربی واقع وبآب غیر نهرهای عربی آبیاری میشود خراجی محسوب است» . ابو یوسف در خراجش از عبدالله بن سعیدنقل کرده است که : عمر هر گاه باقومی‌صلح میکردبر آنهاشرط پرداخت خراج مینمودودرجای دیگرمینویسد « الاتری ان عمربن الخطاب ظهرعلی ارض الاعاجم وترکها فی ایدیهم فهی ارض خراج . و کل ارض من اراضی الاعاجم صالح علیها اهلها و صاروا ذمة فهی ارض خراج» ودر عبارت دیگر او است « و اما ارض البصرة وخراسان فـانهما عندی بمنزلة السواد .. »

وبهر حال بر مدعی صلح است که‌آنرا اثبات ونوع آنرا تعیین کند واگر احیاناً نسبت بموردی عشری بودن زمین فرضاً قبول شود یقین است کـه در طی دوران تغاصب ازنظر شرع بصورت بلا مالك ومجهول المالك درآمده که حکم آن

با والی مسلمین است چه در حکومت های اموی و عباسی چنانکه گفته شد ملکی برای کسی نگذاشتند صاحب جواهر در عنوان « ما یأخذه السلطان الجائر باسم الخراج » بعد از نقل اقوال میفرماید : « ولذالك کله قال فی الریا ض ان علیه الاجماع المستفیض ضرورة عدم استقامة تعیش الانسان بدون نماء الارض والغرس فیها والفرض ان جمیعها بایدیهم . قلت بل لاینکر حصول القطع به بملاحظة السیرة القطعیة من العوام والعلماء فی سایر الاعصار والامصار فی الدولة الاموية والعباسية وما تأخر عنهما » . و از این مرحله که بگذریم داستان اوقاف جالب است که بر فرض صحت زمین آزادی نمیماند .

اگر از تمام این مراحل صرفنظر شود و بر تصرف متصرفین اراضی صحه گذاشته شود با توجه باینکه سهم زکوة دراموال شخصی از سهام ممتازه ایست که در منافع شریك است ودرهیچ ضرری شریك نیست وپس از فوت ازتر کهٔ متوفی جزء دیون او باید اخراج شود وسپس اگر چیزی بماند بورثه میرسد آیا کدام مالك بزرك میتواند ادعا کند که خود ویا پدروجدش زکوة واجب خود را تأدیه نموده اند و البته در اموال ظاهری تنها ادعای پرداخت کـافی نیست . پس از این مسیر هم اگر بحسابها رسیدگی شود تمام این املاك بزرك و حتی آنچه متصرفین آنها دارند ، بابت سهام معوقه زکوة وارباح آن ، بصندوق صدقات تعلق میگیرد وهنوز کفاف بدهی آنها را هم نخواهد نمود .

## فصل (۸)

### زمین و ظاهر قرآن

در استنباط احکام شرعیه بزرگترین دلیلی که در رأس تمام دلائل قرار گرفته و مورد استناد فقها واقع میشود قرآن است ،درآیات قرآن بعلل واغراض گونا گون شاید بیش از پانصد بار از ارض یعنی زمین اسم برده شده است که از مجموع آنها نه بانفراد ونه باجتماع مالکیت اختصاصی زمین استفاده نمیشود ودر مباحث فقهاء بعنوان دلیل این حکم ، هیچ آیه‌ئی مورد بحث واقع نشده است ولی :

۱ ـ در بسیاری از آیات مالك وجود وهستی تنها مالك زمین معرفی گردیده است وارض درحکم از این حیث با سماوات اشتراك دارد واغلب بدین تعبیرات است : « ان الله له ملك السموات والارض.. » « الذی له ملك السموات والارض لا آله الاهو..» « الم تعلم ان الله له ملك السموات والارض.. » « ..والارض جمیعا قبضته .. » وامثال اینها.

۲ ـ در آیاتی مانند قصه آدم وداود قرارشان درزمین بعنوان خلیفه ونماینده است چنانکه فرمود « . . انی جاعل فی الارض خلیفة .. » و « یا داود انا جعلناك خلیفة فی الارض فاحکم بین الناس بالحق .. » .

۳ ـ در آیاتی بمانند « ولکم فی الارض مستقر ومتاع الی حین .. » ظاهراً حق انتفاع از زمین بطور عمری بانسان از طرف مالك حقیقی اعطاء شده است .

٤ ـ در برخی از آیات اشعار است باینکه خیر وبرکت ونعمت تمام درنزد خدا واز جانب او است وهر چیزی میفرستد بنا بمصلحت و بمیزان حاجت است چنانکه درقوله تعالی است ( سوره حجر آیه ۱۹ ـ ۲۰ ) « والارض مددنا ها و القینافیها رواسی وانبتنا فیها من کل شیء موزون ـ وجعلنا فیها معایش و من لستم له برازقین وان من شیء الا عندنا خزائنه ومانتزله الا بقدر معلوم .. » .

در این بیان و نظایر آن اشعاریست باینکه روزیها و ارزاق عمومی حسب نظام کلی حساب شده است ودر این نظام هیچکس بدون روزی آفریده نشده است وروزی کسی در دست کسی نیست .

النهایه این نظام بایستی حفظ گردد وبا معطل ساختن زمین و احتکار ارزاق عمومی وزیاده روی های بیجا موجبات اختلال آن فراهم نیاید وآن فقط و فقط در سایه تعلیمات اسلام که در همه چیز اعتدال و وسط بمقتضای « امة وسطا » شعار او میباشد ممکن وبا بکار بستن « کلواو اشربوا » با رعایت « ولاتسرفوا » میسور میباشد .

۵ ـ درضمن قصص قرآن آمده است که کسانی بمانند استعمالات کنونی « زمین ما ـ وزمین شما ، بکار برده اند چنانکه در داستان حضرت موسی است « یرید آن یخرجکم من ارضکم .. » و « قالوا اجئنا لنخرجنا من ارضنا .. » و

« قالوا ان نتبع الهدی معك نتخطف من ارضنا .. » اما حضرت موسی قضیه را بحکایت آیات ۱۲۸ و ۱۲۹ سوره اعراف باقوم خود چنین درمیان میگذارد :«قال موسی لقومه استعینوا بالله واصبروا ان الارض لله یورثها من یشاء من عباده والعاقبة للمتقین. قالوا اوذینا من قبل ان تاتینا ومن بعد ما جئتنا قال عسی ربکم ان یهلك عدوکم و یستخلفکم فی الارض فینظر کیف تعلمون » و در مقابل ادعای فرعونیان که زمین را بخود نسبت میدادند با بیانی آکد ارض را مختص بخدا معرفی نموده واظهار امیدواری کرده است که بامر پروردگار، فرعونیان هلاك میشوند وقومش جای آنها را می گیرند. نظیر این بیان در آیات ۱۳ و ۱۴ سوره ابراهیم است : «وقال الذین کفروا لرسلهم لنخرجنکم من ارضنا او لتعودن فی ملتنا فاوحی الیهم ربهم لنهلکن الظالمین ولنسکننکم الارض من بعدهم ذلك لمن خاف مقامی وخاف وعید . » بحکایت این آیات کفار پیغمبرانشانرا تهدید مینمودند که شما را از خاك خود بیرون میکنیم مگر اینکه بملیت ومذاهبی که ما بر آن هستیم بر گردید اما خداوند برسولانش چنان وحی فرمود که این ظالمین وستمکاران را هلاك میسازیم وبطور حتم شما را در آن زمینهای معهودی که کفار بخود نسبت میدهند سکنی میدهیم .

۶ - برخی دیگر از این آیات که اسمی از زمین برده است ظاهر در این میباشد که خدا وولی آنرا بارث میبرد سوره مریم آیه ۴۱ : « انا نحن نرث الارض ومن علیها والینا یرجعون» - سوره انبیاء آیه ۱۰۵ :« ان الارض یرثها عبادی الصالحون» گفته شده است مراد ازعبادی الصالحون امت محمد است . ولی اطلاق برامام بعنوان اکمل افراد شاید ومؤید این معنی آنچیزیست که در صحیحه کابلی گذشت ، اینك با توجه باین آیات وتفسیر مذکور در صحیحه کابلی باضافه دو خبر نبوی ذیل : « موتان الارض لله ولرسوله ثم هی لکم ایها المسلمون » و « عادی الارض لله ولرسوله ثم هی لکم منی » این چهار اصل مسلم است : ۱ - آنکه اراضی مطلقا دردرجه اول ملك حقیقی وبلا معارض مالك اصلی یعنی خدا است ۲ - در درجه دوم ملك نبی واهل بیت است ۳ - آنکه از جانب نبی تملیك بمسلمین شده است ۴ - آنکه باز میگردد زمین بمالك اصلی واین جریان تجدید میشود .

## ( خاتمه )

### ( در حد احترام مالکیت وقدرت مالك در اسلام )

درمباحث گذشته گفتیم مالکیت از نظر موضوع وازنظرایجاد اضافه محدود بقیود واوصافی است که هر گاه آن حدود وشرایط کامل نشود اساس وپایه مالکیت متزلزل است وبدیهی است با عدم تحقق وصف در حمایت قواعد ومقررات مربوط بمالك ومالکیت نمیتواندواقع‌شود ـ اما هر گاه باهمان‌قیودوحدود شرعی‌مالکیت موجود گردید هیچ کس حق ندارد آن نسبت واضافه را از مالك سلب نماید ویا برای او ایجاد مزاحمت فراهم سازد وفقط اختیار وقدرت وتسلط‌برملك، با خود مالك است که هر نوع تغییروانتقالی بخواهد میتواند بدهد وبهر نحوه وطریقی از مملوك خود بهره برداری نموده واستفاده نماید .

بر اثر همین تسلطی که عرف برای مالك قائل شده وشارع امضاء نموده ویا شارع مستقلا وضع کرده است مالك بانواع مختلفی سلطه خود را برملکش‌اعمال می نماید ودر نتیجهٔ همین تصرفات وافعال واعمال مختلف ممکن است گاهی بین مالکین تزاحم منافع بوجود آید لذا از برای رفع مزاحمت احتمالی تصرفات‌هر مالك محدود بحد خودش میشود بروجهی که همگی با نظم و ترتیب صحیح ، با رعایت‌آن حدود ، بهتربتوانند ازثروت وسرمایه خود بهره برداری نمایند وبرای تشخیص مرزهای این اعمال آنچه درحد هرمالکی انجام گیرد موسوم بحق که جمع آن حقوق است میشود وآنچه خارج از مرز وحد مالك است و داخل مرز و حقوق دیگران‌است که درعین‌حال مالك‌بایدرعایت نمایدبنام‌تکلیف‌خوانده‌میشود .

پس برای هرمالك یك سلسله حقوقی است کـه این حقوق برای دیگران تکلیف است ونیز پاره‌ای تکالیف ایجادمیشود که اغلب وبلکه همیشه نتیجه‌حقوق

دیگران است که باید رعایت شود . شاید اشاره باین معنی باشد آنچه در - سوره مائده آیه ۸۷ میباشد باین مضمون « ای کسانیکه که‌ایمان آورده‌اید حرام نکنید آنچه را که خدا برای شما حلال ساخته است و تجاوز نکنید که خداوند تجاوز کنندگان را دوست ندارد .

بهر حال حقوقی که در شرع و عرف برای مالك شناخته شده است همانطور که سابقا ذکر شد سه نوع است حق استعمال و حق انتفاع و حق انتقال که هر موقع مالك میتواند یکی ازاین حقوق را بکاربندد ودیگران ملزم‌میباشند عمل اورا درهریك ازموارد در صورتی که تخطی ازمرزخود ننماید محترم بشمارند و این احترام تا موقعی است که عمل مالك در اعمال حق موجب تضرر و اضرار دیگران نباشد لیکن همینکه باعث زیان مسلمان دیگری باشد با شرایطی که گذشت عمل او محترم نبوده وبلکه حق در اینجا بتکلیف تبدیل میشود یعنی‌مالك ملزم است که رعایت نماید والا مجبور برعایت میشود همچنانکه وقتی اعمال حق خود را مینماید هر گاه دیگران بخواهند مانع او شوند یا ملك را بدون شرایط مقرر از دست او خارج سازند از طرف جامع وحاکم مجبور میشوند که رفع مزاحمت نمایند وملزم برعایت حق مالك میگردند .

## تکالیف والزامات دیگران در مقابل مالك

گفته شده هر کس ملزم است اقدامات واعمال مالك را بچشم احترام بنگرد وموظف است بحق اودست درازی ننموده وازهر گونه اقدام شخصی درمقابل مالك خود داری نماید وهر گاه باین وظیفه وتکلیف منفی‌خود عمل ننمودودرمقام‌معارضه ومبارزه بامالك درآمد ودست تعدی بحقوق او دراز کرد برجامع وحاکم است که رفع تعدی وتجاوز اورا بنماید وبر حسب مورد قوانین شرعی راکه برای احترام مال ومالکیت وحفظ نظام اجتماع مقرر است مجری دارد .

توضیح آنکه هر شخصی ممکن است بر ملك دیگری با اجازه مالك و یا بدون اجازهٔ او استیلاء حاصل نماید - در صورت اول - اجازه یا بواسطه وجود

اسباب ناقله است ویا صرفا اباحهٔ در تصرف وانتفاع است - در قسم اول سبب ناقل یا واجد شرایط اساسی میباشد ویا از حیث ارکان ناقص است .

درنوع اول چون با اجازه ووجود سبب مملـك عمل انجام شده نتیجه آن انتقال صحیح است وارتباط واضافهٔ مالکیت بین دومی وملك برقرار میشودو مالك اولی موظف است حق‌وملکیت را برای دومی‌بشناسد وملك را بتصرف او بدهد یا واگذار نماید .

اما در نوع دوم (مانند جهات محرمه که سابقا اشاره شد ) اگرملك بتصرف دومی هم داده شده باشد دومی حق ندارد در آن تصرفاتی بنماید بلکه موظف است بموجب اصل قاعدهٔ « ما یضمن‌بصحیحه یضمن بفاسده » مال‌را بصاحب اولی‌مسترد دارد وضامن هر گونه عیب ونقصی که در عین واقع شود میباشد وهر گاه خودش بوظیفه وتکلیف مقرر عمل ننماید حاکم او را ملزم بانجام تکلیفش خواهد نمود امادر موردی که اجازه مربوط بصرف اباحه باشد دراین‌صورت متصرف یا مستعمل در تصرف واستعمال ، یا رعایت حدود اجازهٔ مالك را نموده و از آن تجاوز نمی کند یانه - در قسم اول احترامات لازم برای حق مالك و مالکیت او رعایت شده ومسئولیت مستعمل محدود بحدود تعیین شدهٔ فیما بین است لاغیر - اما در قسمت دوم‌چون رعایت حق‌واختیاروسلطهٔ مالك‌نشده متصرف ومستعمل‌ضامن‌خواهدبود .

اما شق دوم از تقسیم اول یعنی موارد استیلاء بر ملك غیر بـدون اجازهٔ مالك نیز صور وشقوقی پیدامی نماید که بسته بمقدارونحوهٔ هتك احترام مالکیت وایجاد اختلال در نظم عمومی‌مسئولیت مستولی وذوالیدشرعا وقانونامتفاوت میشود تا بجائی میرسد که علاوه برضمان ومسئولیت مالی وتکلیف والزام نسبت برد عین و منافع و در صورت تلف عین ، الزام برد مثل و یا قیمت ، حتی ممکن است خونش هم مباح گردد .

در خبر صحیح است که حضرت صادق علیه‌السلام بعمروبن قیس فرمود آیـا میدانی که خداوند پیغمبری فرستاد وبر او کتابی نازل کرد ودرآن کتاب

هرچه مورد حاجت بود فروفرستاد «وجعل له دلیلا یدل علیه وجعل لکل شیء حدا ولمن جاو زالحد حدا» عمروبن قیس سئوال میکند چطور برای کسی که ازحد تجاوز کند حد قرار داده است حضرت فرمود «ان الله حد فی الاموال ان لایؤخذ الا من حلها فمن اخذها من غیرحلها قطعت یده حداً لمجاوزة الحد (کافی کتاب حدود) قال الله تبارك وتعالی «یا ایها الذین آمنوا لاتحرموا طیبات ماحل الله لکم ولاتعتدوا ان الله لایحب المعتدین. وکلوامما رزقکم الله حلالاطیبا واتقوا الله الذی انتم به مؤمنون» صدق الله العلی العظیم.

**پایان**

## مآخذ ومنابعی که بیشتر مورد استفاده واقع شده :


| | |
|---|---|
| روح الجنان وروح الجنان | جمال الدین شیخ ابوالفتوح رازی |
| آیات الاحکام | شیخ احمد بن شیخ اسمعیل جزائری |
| مجمع البیان | شیخ ابی علی الفضل بن الحسن الطبرسی |
| الجواهر | شیخ طنطاوی جوهری |
| تفسیر کبیر | فخرالدین رازی |
| من لایحضره الفقیه | ابی جعفرمحمدبن علی بن الحسین بن بابویه القمی |
| تهذیب | شیخ طوسی ( شیخ الطائفه ) |
| کافی (اصول وفروع) | شیخ ابو جعفر محمدبن یعقوب کلینی |
| خصال ـ علل الشرائع | شیخ صدوق |
| وسائل الشیعه | محمد بن حسن بن علی بن محمد الحرالعاملی |
| منهاج البراعة درشرح نهج البلاغه | میرزا حبیب الله بن هاشم الهاشمی |
| مکاسب ـ رساله لاضرر | شیخ مرتضی انصاری |
| خلاف ـ مبسوط | شیخ طوسی ( شیخ الطائفه) |
| شرح لمعهٔ دمشقیه | زین الدین بن علی بن احمد شامی عاملی مشهور به شهید ثانی |
| تقریرات فقه مرحوم نائینی | شیخ محمد تقی آملی |
| تعلیقه برمکاسب | سید محمد کاظم طباطبائی یزدی |
| عروة الوثقی وملحقات آن | « « « |
| منیة الطالب در حاشیه مکاسب | حاجی شیخ موسی خوانساری |
| ریاض ألمسائل | سید علی بن محمد علی طباطبائی |
| جواهر الکلام | شیخ محمد حسن بن شیخ باقر |
| رسائل (فرائد) | شیخ مرتضی انصاری |
| بحر الفوائد فی شرح الفرائد | حاج میرزا محمد حسن آشتیانی |

مفاتیح الاصول — سید محمد طباطبائی کربلائی
کفایة الاصول — محقق خراسانی آخوند ملا محمد کاظم
حقایق الاصول تعلیقه بر کفایه — سید محسن طباطبائی حکیم
تقریرات اصول مرحوم نائینی — شیخ محمد علی کاظمی خراسانی
تقریرات اصول — استاد محمود شهابی
اجود التقریرات — حاج سید ابوالقاسم خوئی
فصول — محمد حسین بن رحیم
قوانین الاصول — میرزا ابی القاسم قمی
ضوابط الاصول - نتائج — سید ابراهیم
حقوق مدنی — دکتر سید حسن امامی ( امام جمعه )
حقوق مدنی — استاد محمد بروجردی عبده
حقوق مدنی — منصور السلطنه عدل
الملکیة والحقوق العینیة — محمد کامل مرسی بك
نطاق حق الملکیة العقاریة — « « «
قانون اساسی وقانون مدنی ایران وقانون مدنی فرانسه
روح القوانین — مونتسکیو
فتوح البلدان — بلاذری
جزیه در اسلام — دانیل دنت ( ترجمه دکتر محمدعلی موحدی)
تمدن عرب واسلام — دکتر گوستاولوبون
تاریخ تمدن عرب — جرجی زیدان
احیاءعلوم الدین — ابی حامد محمدبن محمدغزالی
الاشباه والنظائر — جلال الدین عبدالرحمن سیوطی
احکام السلطانیه — ابی الحسن علی بن محمدبن حبیب بصری ماوردی
هدایه واسفار — ملاصدرا

و ازمنابع دیگر که احیانا استفاده شده درمحلش اسم مؤلف یاتالیف قید گردیده است

# فهرست مندرجات


| موضوع | صفحه |
|---|---|
| افتتاح به حمد براعة استهلال واشعار برمالکیت حقیقی | ۱ |
| تطور حالات انسان | ۳ |
| انسان برسر دو راهی ـ اصول قوای طبیعیه | ٤ |
| عقل ورسول | ٥ |
| کمال دو حجت ونتیجه | ٦ |
| مطالعه آیات سوره در جهت بحث | ۷ |
| معرفی نویسنده | ۱٦ |
| تشکر واعتذار | ۱۷ |
| علت نگارش وانتخاب | ۱۹ |


## باب اول ـ مالکیت بطور کلی

### فصل اول ـ مالکیت ازچه مقوله است ؟


| | |
|---|---|
| بیان ملاصدرا درباره ملك | ۲۱ |
| نظر آخوند خراسانی | ۲۲ |
| نظر شیخ انصاری | ۲۲ |
| نظر علامه طباطبائی صاحب عروه | ۲۲ |
| تقریر مرحوم نایینی | ۲۳ |


### فصل دوم ـ ملکیت حکم‌وضعی ومجعول‌است یانه؟


| | |
|---|---|
| توجه بامور منشا اختلاف : | |
| امر اول ـ اقسام سه گانه موجود | ۲۸ |
| نظر فلاسفه | ۲۹ |
| امر دوم ـ تعریف واقسام حکم : | ۳۰ |
| تعریف واختلاف امامیه ومعتزله با اشاعره | ۳۰ |
| اقسام حکم باعتبار حاکم | ۳۲ |
| احکام شرعیه از سنخ قضایای حقیقیه اند | ۳۳ |
| تقسیم حکم بتکلیفی ووضعی | ۳٤ |
| اقسام احکام شرعیه | ۳٥ |
| اقسام احکام عقلی | ۳٥ |
| امر سوم ـ اقسام مرکب | ۳٦ |
| امر چهارم ـ طرح مورد نزاع | ۳۷ |

صفحه

موضوع

بیان اهم اقوال:
الف ـ مجعول بودن احکام وضعی مطلقا ۳۸
ب ـ انتزاعی بودن احکام وضعی از تکلیفی ۴۱
ج ـ تفصیل باینکه در شرطیت وجزئیت اعتباری است ۴۴
د ـ تفصیل بروجهی که آخوند خراسانی بیان نموده ۴۵
در ثمره اختلاف ۴۸

فصل سوم در تعریف مالکیت

تعاریف مشهوره ۵۲
تنقیح مرام ۵۵
اشکال بر بودن مالکیت از امور واقعیه وجواب آن ۵۸
تفاوت بین اعتبارات عقلاء ودستورات شارع ۵۹
داستان فیل و کورها ونتیجه ۶۰

فصل چهارم ـ ارکان مالکیت

۱ ـ شخص وطبیعی ترین مالکیت ۶۲
۲ ـ شیء ۶۵
۳ ـ علقه وربط ۶۷
تفاوت وعلت بی ثباتی مقررات عرفی ۶۸
فرق بین مال وشیء ـ مال چیست ؟ ۶۹
فرق بین مال وملك ۷۰
در لسان قرآن واخبار مال شامل زمین نمیشود ۷۱

باب دوم ـ موضوع مالکیت وتقسیمات حقوقی آن

فصل اول ـ بعضی از تقسیمات حقوقی

الف ـ تقسیم باعتبار ذات ۷۴
ب ـ باعتبار بقاء .. ۷۶
ج ـ باعتبار داشتن نظائر .. ۷۷
د ـ باعتبار اصالت .. ۷۷
ه ـ باعتبار نسبت بمالك .. ۷۸

فصل دوم ـ تقسیم اموال بمنقول وغیرمنقول

اهمیت این تقسیم از لحاظ قوانین مختلفه ۸۱
مطالعه تاریخی این تقسیم ۸۳

| موضوع | صفحه |
|---|---|
| اموال غیر منقول : | ۸٤ |
| الف غیر منقول ذاتی | ۸۵ |
| ب ـ غیرمنقول بواسطه عمل انسان | ۸٦ |
| ج ـ غیر منقول حکمی ـ د ـ غیرمنقول تبعی | ۸۷ |
| اموال منقول : | ۸۷ |
| قسم اول ـ اموال منقول ذاتی | ۸۸ |
| قسم دوم ـ اموال منقول تبعی : ـ ۱ـ التزامات | ۸۹ |
| ۲ ـ سهام وحصص شرکتها | ۹۰ |
| ۳ ـ حق انتفاع از اموال منقوله ـ ٤ ـ حقوق مؤلفین ومخترعین | ۹۱ |
| قسم سوم ـ منقول توافقی ومآلی | ۹۱ |
| **فصل سوم فرق بین اموال خاصه وعامه** | |
| اختلاف نظر .. | ۹٤ |
| **باب سوم ـ انواع مالکیت در اسلام** | |
| مقدمه | ۹۷ |
| **فصل اول ـ حق** | |
| حق بمعنی اخص وفرق آن با حکم | ۱۰۰ |
| نکته اول ـ حق بمعنی عام برملکیت وحکم اطلاق میشود | ۱۰۲ |
| نکته دوم ـ حق بمعنی اخص قسیم ملکیت وحکم است | ۱۰۳ |
| نکته سوم ـ در موارد توارد بملکیت تعبیر میشود | ۱۰٤ |
| نکته چهارم ـ طبع حق مقتضی جواز نقل واسقاط است | ۱۰٤ |
| نکته پنجم ـ بین حق ودین فرق است | ۱۰٦ |
| نکته ششم ـ انتقال حق بواسطه انتقال متعلق آن | ۱۰۷ |
| تعریف حق ـ اقسام حقوق : | ۱۰۸ |
| ۱ ـ حقوق تامه وناقصه | ۱۰۹ |
| ۲ ـ حقوق ایجابی وسلبی | ۱۰۹ |
| ۳ ـ حقوق نسبیه و مطلقه | ۱۱۰ |
| ٤ ـ حقوق مالی وشخصی | ۱۱۱ |
| ۵ ـ حقوق سیاسی و مدنی | ۱۱۲ |
| ٦ ـ حقوق عمومی ـ مالی وفامیلی | ۱۱۳ |
| ۷ ـ حقوق عینی وحقوق شخصی | ۱۱٤ |
| مقارنه ومقایسه حقوق شخصی وعینی | ۱۱٤ |
| انواع حقوق عینیه | ۱۱۵ |

| موضوع | صفحه |
|---|---|
| ۸ ـ حق ملکیت وحق در ملك غیر | ۱۱۸ |
| ۹ ـ حقوق غیر منقول ومنقول | ۱۱۸ |
| ۱۰ ـ حقوق اصلی وتبعی | ۱۱۹ |

**فصل دوم ـ مالکیت اختصاصی اشخاص**

**مبحث اول خصائص ملکیت**

| | |
|---|---|
| ۱ ـ حق عینی | ۱۲۱ |
| ۲ ـ حق طلق | ۱۲۲ |
| ۳ ـ حق انحصاری | ۱۲۳ |
| ٤ حق دائم | ۱۲٤ |
| علائم مخصوصهٔ ملکیت : | ۱۲۵ |
| حق استعمال ، استغلال وتصرف | ۱۲۵ |
| تنقید | ۱۲٦ |

**مبحث دوم شمول ووسعت حق ملکیت**

| | |
|---|---|
| قسم اول ـ ازحیث ابعاد وجهات | ۱۲۷ |
| قسم دوم ـ ازحیث نتائج | ۱۳۰ |

**مبحث سوم پیدایش مالکیت اختصاصی**

| | |
|---|---|
| مالکیت مفید ومالکیت احتکاری | ۱۳۲ |

**مبحث چهارم ـ تاسیس اصل در باره مالکیت**

| | |
|---|---|
| اصل اولی ـ اصل ثانوی | ۱۳٤ |

**فصل سوم مالکیت اختصاصی امام وسلطان وقت**

| | |
|---|---|
| درسلطنت تامه امام | ۱۳۵ |

**مبحث اول ـ انفال** : نوع اول جعائل جنگی

| | |
|---|---|
| نوع دوم ـ چیزی که امام برجهت مخصوص مستحق ومالك میشود: | ۱۳۷ |
| الف ـ زمینهائی که بدون جنك بدست آید ـ ب اراضی موات | ۱۳۹ |
| ج ـ مراتع وجنگلها وانواع دیگری که مجموعا ذیل ۷ شماره ذکر شده است | ۱۳۹ |

**مبحث دوم ـ سهم امام از غنائم** اطلاق غنیمت واختلاف:

| | |
|---|---|
| اولا در اساس خمس ـ ثانیا در کمیت قسمت | ۱٤٤ |

| موضوع | صفحه |
|---|---|
| ثالثا ـ در کیفیت قسمت | ۱۴۵ |
| **مبحث سوم ـ فیء** | |
| فیٔ چیست ؟ | ۱۴۷ |
| بیان کلینی در فیء | ۱۴۸ |
| نسبت بین فیٔ وانفال وغنیمت | ۱۴۹ |
| **فصل چهارم ـ مالکیت مشترك بروجه اشاعه** | |
| **دلائل جواز :** | |
| اولا ـ آیات ـ ثانیا روایات | ۱۵۳ |
| ثالثا ـ اجماع مسلمین برجواز | ۱۵۴ |
| فرق بین ملکیت مشتبه وملکیت مشترك | ۱۵۵ |
| خصائص مالکیت مشترك | ۱۵۷ |
| **فصل پنجم ـ مالکیت جنس یاجهت بر وجه بدلیت** | |
| شواهد از کلام فقهاء ـ ۱ ـ درباب وصیت برای فقرا یا .. | ۱۶۰ |
| ۲ ـ در موضوع تعلق زکوة بسهم غانم | ۱۶۱ |
| ۳ ـ در مسئله حد سرقت شریك از مال مشترك | ۱۶۱ |
| نوع مالکیت در خمس وزکوة .. | ۱۶۲ |
| **فصل ششم ـ مالکیت جنس بروجه استغراق ـ یا مالکیت ملی** | |
| این نوع مالکیت از نظر فقها نوع مستقلی است ناشی ازاراده ویاحکم | ۱۶۹ |
| صورت اول | ۱۷۰ |
| صورت دوم چهار قسم است : | ۱۷۱ |
| **قسم اول مفتوح العنوه یااراضی ملی** | ۱۷۲ |
| **قسم دوم ـ خراج ومقاسمه یا بهره مالکانه از املاك ملی اسلامی** | ۱۷۴ |
| عقیده ولهاوزن وپیروانش راجع بوحدت خراج وجزیه | ۱۷۵ |
| عقیده دنیت | ۱۷۶ |
| گفته ماوردی وایراد وارد | ۱۷۷ |
| خراج ومقاسمه چیست ؟ | ۱۷۹ |
| مقدار خراج ومقاسمه | ۱۸۰ |
| اختیاروو ظائف سلطان ومستعمل زمین .. | ۱۸۱ |
| خراج از نظر تاریخی وموجبات اختلاف مقدار آن | ۱۸۳ |
| **قسم سوم ـ جزیه یا مالیات سرانه** | |
| تعریف جزیه وارکان آن | ۱۸۶ |

| موضوع | صفحه |
|---|---|
| در اینکه چه کسانی باید جزیه بدهند ؟-مقدار جزیه وفلسفهٔ آن | ۱۸۸ |
| **مهادنه وجزیه موقت وصورآن** | |
| الف مهادنه غیر معوض | ۱۹۲ |
| ب - مهادنه معوض بنفع طرف | ۱۹۳ |
| ج - مهادنه معوض بنفع اسلام | ۱۹۴ |
| مهادنه معوض در زمان خلفاء | ۱۹۵ |
| تفاوت جزیه وعوض در مهادنه از جهات مختلفه | ۱۹۸ |
| منشاء اشتباهات ولهاوزن وطرفداران عقیده او | ۲۰۰ |
| برای رفع اشتباهات کافی است توجه شود ... | ۲۰۱ |
| **قسم چهارم - عشریه** | |
| ارض عشر | ۲۰۲ |
| اصطلاح عشر با زکوة یکی است یا نه ؟ | ۲۰۳ |
| مساعدت دلیل | ۲۰۴ |
| **بیت المال** | ۲۰۶ |
| اولین دیوان در اسلام | ۲۰۷ |
| **باب چهارم تحدید مالکیت دراسلام** | |
| مقدمه | ۲۰۹ |
| **فصل اول کلیات** | |
| اشیاءهمه درحدند ونسبت آنها باندازه‌است | ۲۰۹ |
| شواهدی از آیات | ۲۱۰ |
| وصیت ارسطاطالیس وکتیبه مقبره او | ۲۱۱ |
| خلقت مشتهیات هم بر نظام عدل است وعبث نیست | ۲۱۲ |
| زشت وزیبائی مال ومالکیت حسب آیات وروایات | ۲۱۵ |
| بیان غزالی درمعرفت ومعرفی قدروحد مال | ۲۱۷ |
| **فصل دوم - تحدید مال ومالکیت در اسلام از نظراخلاقی** | |
| تحصیل مال حلال وظیفه است | ۲۱۹ |
| جهاتی که در تحصیل ومصرف مال باید رعایت شود | ۲۲۱ |
| نمونه ئی از اخبار که مال را محدود بکفاف مینماید | ۲۲۱ |
| مالکیت محدود بکفاف وحاجت است | ۲۲۲ |
| **فصل سوم - تحدید مالکیت در اسلام از نظر حقوقی** | |
| مقدمه | ۲۲۴ |

| موضوع | صفحه |
|---|---|
| **مبحث اول - تحدید یا قیوه حق مالکیت** | |
| اقسام قیود وحدود : | ۲۲۵ |
| نوع اول قیودی که برای مصالح عمومی مقرراست | ۲۲۵ |
| نوع دوم - قیود مقرر برای مصالح شخص : وآن دو قسم است | ۲۲۶ |
| **قسم اول قیود مصرحه :** | ۲۲۶ |
| ۱ - حقوق ارتفاق | ۲۲۷ |
| ۲ - احکام آثار املاك نسبت باملاک مجاور | ۲۲۷ |
| ۳ - حریم املاک | ۲۲۸ |
| ٤ - حق شفعه | ۲۲۸ |
| **قسم دوم قیود اجتهادیه** | ۲۲۹ |
| رعایت اصل لاضرر در قانون ومحاکم فرانسه | ۲۲۹ |
| فرق بین مضار عادی وغیر عادی | ۲۳۲ |
| اصل لاضرر وتسلیط در قانون مدنی ایران | ۲۳۳ |
| اصل تسلیط | ۲۳٤ |
| **قاعده نفی لاضرر** | |
| سند قاعده | ۲۳٤ |
| مفاد ومراد از جمله حدیث | ۲۳۵ |
| توضیح در تقدم قاعده بر عمومات احکام وتذکر نکاتی : | ۲۳۷ |
| نکته اول - در شمول ضررمنفی | ۲۳۸ |
| نکته دوم - مراد بمال وشمول آن | ۲۳۹ |
| نکته سوم - ضررشخصی نباید با اضراربغیر دفع شود | ۲۳۹ |
| نکته چهارم - حکم ضمان درمواردی که اجازهٔ اضرارداده شده | ۲٤۰ |
| نکته پنجم - دوران امر بین یکی از دوضرر | ۲٤۰ |
| دوران ضرربین مالك وغیراو | ۲٤۱ |
| تطبیق نظریه برقواعد | ۲٤۳ |
| حکم موضوعات مورد نظر | ۲٤۵ |
| تبصره - راجع ببرگشت مسائل فقه به پنج قاعده | ۲٤۸ |
| تردید در شمول دلیل تسلیط بر اراضی | ۲٤۹ |
| احتمال وحدت ملاك وجهات رد آن | ۲۵۱ |
| نوع سوم - قیود اتفاقیه | ۲۵٤ |
| **مبحث دوم - تحدید مالکیت بلحاظ موضوع** | |
| قابلیت اتصاف | ۲۵٦ |
| اشیاء طیب | ۲۵۹ |

صفحه

موضوع


اشیاء غیر طیب ۲۶۰
**اصل در اشیاء اباحه است یاحظر** ۲۶۲
الف بلحاظ عقلی : دلائل قائلین بحظرعقلی ۲۶۳
دلائل قائلین باباحه عقلیه ۲۶۵
ب از لحاظ شرعی : ۲۶۶
دلائل قول بحظرشرعی ۲۶۷
دلائل قول باباحهٔ شرعی ۲۷۰
رجحان دلائل اصل اباحه ۲۸۷
**مبحث سوم ـ تحدید در ملکیت**
تاثیر شرایط وموانع در ترتب اثر بر اسباب ۲۹۲
**قسمت اول** ـ مواردعدم تحقق مالکیت در اسلام ۲۹۵
نوع اول ـ تحصیل أشیاء در مقابل چیزی که مالیت ندارد ۲۹۵
نوع دوم ـ تحصیل مال بازاء چیز هائیکه منافع عرفی آنها کاری ممنوع وحرام باشد ۲۹۷
نوع سوم ـ اکتساب بچیزهائیکه ازجهت وصف موجوددر آنهامحرم باشد ۲۹۷
نوع چهارم ـ اخذ مال ازراه معاملاتی که جهت آن نا مشروع باشد ۲۹۸
نوع پنجم ـ اجرت وچیزی که برای عمل نامشروع اخذ میشود : ۳۰۰
۱ ـ اجوری که برای ساختن مجسمه اخذ میشود ۳۰۱
۲ـ آنچه از کم فروشی وامثال آن تحصیل شود ۳۰۲
۳ ـ آنچه از راه رشوه بدست آید ۳۰۲
۴ ـ وجوهی که در ازاء تغنی اخذ میشود ۳۰۳
۵ ـ آنچه درقمار حاصل آید ۳۰۳
۶ ـ اموالیکه ازراه قوادی ودائر کردن اماکن فساد بدست آید ۳۰۵
۷ ـ آنچه درمقابل کمك بظالم تحصیل شود ۳۰۵
نقل مواردی که مالکیت حاصل نمیشود از کلام شیخ بهائی ۳۰۶
**قسمت دوم** ـ مواردتحقق مالکیت
مالکیت شخصی واینکه در قرآن موضوع احکام زیادی میباشد ۳۱۱
مورد اول اشیاء تولیدی :وآن دودسته است ۳۱۲
دسته اول مربوط بصنایع ومالکیت صانع در اسلام ۳۱۳
تجلیل ز صنعتگران امین در اسلام ۳۱۳
دسته دوم ـ مربوط بکشاورزی ومالکیت زارع ۳۱۴
در تمجید از زارع وتوصیف زراعت ۳۱۵
مورد دوم ـ اشیاء تحصیل شده ازمحاربین : ۳۱۷

| موضوع | صفحه |
|---|---|
| مورد سوم - اشیائیکه انسان پیدا کند | ۳۱۷ |
| مورد چهارم - اشیائیکه از معادن بدست آید | ۳۲۰ |
| الف معادن ظاهره - ب معادن زیرزمینی و باطنه: | ۳۲۰ |
| صورت اول مالکیت اصلی - صورت دوم مالکیت تبعی | ۳۲۱ |
| مورد پنجم - دفینه | ۳۲۱ |
| شرائط مالکیت یابنده دفینه | ۳۲۲ |
| مورد ششم غوص | ۳۲۵ |
| مورد هفتم - شکار | ۳۲۷ |
| اسباب وطرق تملك حیوانات آزاد | ۳۲۹ |
| مورد هشتم تحصیل آب | ۳۳۳ |
| مهمترین ماده حیات | ۳۳۳ |
| **آبها از نظر مالکیت سه دسته اند :** | |
| دسته اول آبهای مشترك | ۳۳۴ |
| دسته دوم آبهای مملوك | ۳۳۴ |
| دسته سوم - آبهای مورد اختلاف : | ۳۳۵ |
| قول بملکیت آب واستدلال آن | ۳۳۶ |
| استدلال قائلین بعدم ملکیت آب | ۳۴۱ |
| موردنهم - تحصیل مواد سوخت وجمع آوری گیاهها | ۳۴۴ |
| مورد دهم - سهام زکوة بعد از تسلیم بمستحقش | ۳۴۶ |
| مورد یازدهم سهام خمس | ۳۴۷ |
| مورد دوازدهم انتقالات شرعیه | ۳۴۹ |
| انتقال قانونی وارادی : | ۳۵۰ |
| وجه اول بحکم شارع وقانون | ۳۵۰ |
| وجه دوم - باراده مالك وبوسیله عقود | ۳۵۰ |
| **تقسیمات عقود :** | |
| ۱ - از جهت وجود وعدم ارکان به .. | ۳۵۲ |
| قاعده | ۳۵۲ |
| ۲ - ازلحاظ نقصان ارکان به .. | ۳۵۳ |
| ۳ - از جهت طبیعت وماهیت منقسم میشود به .. | ۳۵۳ |

| موضوع | صفحه |
| --- | --- |
| ٤ ـ از لحاظ اثر بتملیکی و عهدی | ٣٥٤ |
| ٥ ـ از جهت استقلال و عدم آن باصلی و ضمن العقد | ٣٥٤ |
| ٦ ـ از جهت صورت و شکل به.. | ٣٥٤ |
| ٧ ـ از جهت اطلاق و تقید | ٣٥٤ |
| ٨ ـ بلحاظ موضوع بمعوض و غیر معوض | ٣٥٥ |
| ٩ ـ از جهت تاثیر منقسم میشود بمنجز و معلق | ٣٥٥ |
| دسته بندی عقود | |
| آیا نقل در کدام جزء مالکیت حاصل میشود : | ٣٥٦ |
| صورت اول ـ تبدیل مالك | ٣٥٧ |
| صورت دوم انتقال بنقل مملوک | ٣٥٧ |
| صورت سوم ـ انتقال بنقل ملکیت : | ٣٦١ |
| بیع معاطات | ٣٦٣ |
| مورد سیزدهم ـ حریم املاك | |
| حریم درحکم ملك است ـ حریم چیست ؟. | ٣٦٥ |
| مقام اول ـ حریم ملك است یا حق ؟ | ٣٦٥ |
| مقام دوم ـ حد حریم :ـ ١ حد طریق | ٣٦٦ |
| ٢ ـ حریم نهر و قنات ٣ ـ حریم حائط | ٣٦٧ |
| ٤ ـ حریم خانه | ٣٦٧ |
| ٥ ـ حریم چاه . | ٣٦٧ |
| اختلاط در انطباق | ٣٦٩ |
| مورد چهاردهم ـ احیاء موات | |
| احیاء موات با شرائطش سبب ملك است | ٣٧٠ |
| احیاء چیست ؟ | ٣٧١ |
| برچه زمینهائی موات صادق است ؟ | ٣٧٢ |
| تعریف موات | ٣٧٣ |
| باچه شرائطی اثر ومالکیت شرعی براحیاء مترتب میشود | ٣٧٤ |
| حکم مستفاد از اخبار چیست | ٣٧٥ |
| حالت اول ـ آنکه مالك ، اراضی متصرفی خود را ترك کند و بعمران آن نرسد | ٣٧٦ |
| حالت دوم ـ زمین معطل که اعراض مالك معلوم نباشد | ٣٧٩ |
| حالت سوم ـ اراضی موات که مسبوق بمالکیت مسلمانی نبوده یا اعراض مالك معلوم باشد | ٣٨٢ |

موضوع — صفحه

## باب پنجم

### انطباق احکام بر بلاد و اراضی

مقدمه ٣٨٥

فصل (١)

( طرق تسلط اسلام بر اراضی ) ٣٨٦

قسم اول – استیلاء بجنك وباذن امام ٣٨٦
قسم دوم - استیلاء بجنك وبدون اذن امام ٣٨٨
قسم سوم - بلادی که اهالی باختیار قبول اسلام نموده‌اند ٣٨٩
قسم چهارم - مفتوحاتی که بدون جنك نصیب اسلام شده است ٣٩٠
قسم پنجم – آن اراضی که اهلش هلاك شده یا .. ٣٩٠
قسم ششم - سر زمینهائیکه اهالی از بیم لشکریان اسلام کوچ نموده‌اند ٣٩٠
قسم هفتم – آنکه صلح واقع شود بشرط اینکه اراضی ملك مسلمین باشد ٣٩٠
قسم هشتم – آنکه صلح واقع شود باین نحو که .. ٣٩١
قسم نهم – آنکه .. عوض صلح در ذمه آنها قرار داده شود ٣٩١
ارض جزیه ٣٩٢

فصل (٢)

در کلیات دلائل وشبهات ٣٩٥

فصل (٣)

شبهه در وجود اذن امام در مفتوحات ٣٩٦

فصل (۴)

شبهه در محیات بودن مفتوحات حین فتح ٤٠٠
پاسخ بوجوهی است ٤٠٠

فصل (٥)

شبهه تبدیل حکم مفتوحه بسبب عروض موت ٤٠٤
دو احتمال ودلیل هر یك ٤٠٥

فصل (٦)

شبهه منتفی شدن حکم مفتوح العنوه در زمان حاضر ٤٠٦

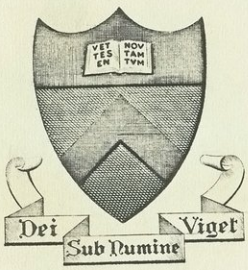
| موضوع | صفحه |
|---|---|
| اولا اجرای حکم مفتوحه مستلزم حرج وضرر است | ٤٠٧ |
| ثانیا اجرای حکم مفتوحه مخالف اصول وقواعداست | ٤٠٧ |
| رفع شبهه بدوطریق : | ٤٠٩ |
| اول بطریق انکشاف وجدانی | ٤٠٩ |
| دوم ـ از طریق تحلیلی واستدلالی : | ٤١٣ |
| الف ـ لزوم عسر وحرج وضرر .. | ٤١٣ |
| ب ـ اصل اباحه | ٤١٦ |
| ج ـ قاعده مرور زمان | ٤١٧ |
| د ـ اصل صحت در عمل غیر | ٤٢٠ |
| منظور از اصل صحت در عمل غیر | ٤٢٣ |
| دعوی اجماع | ٤٢٦ |
| موارد اجرای اصالة الصحة | ٤٢٨ |
| آثار مترتبه بر جریان اصالة الصحة | ٤٢٩ |
| اصالة الصحة درعقود ومعاملات | ٤٣٢ |
| اصل فساد در معاملات | ٤٣٤ |
| تفصیل وتمیز حق | ٤٣٦ |
| نتیجه : | ٤٣٨ |
| الف ـ اجماع | ٤٣٨ |
| ب ـ عمومات واطلاقات | ٤٤٠ |
| **هـ ـ اماره یا اصل ید** | ٤٤٢ |
| ید در کجا معتبر است ؟ | ٤٤٤ |
| ید در کجا نا معتبر وضمانی است ؟ | ٤٥٤ |
| **قاعده ضمان** | ٤٥٤ |
| لوازم وفروع | ٤٥٦ |
| قاعده در قرار ضمان | ٤٥٨ |
| اسباب ضمان | ٤٥٩ |
| **فصل (٧)** | |
| **سیره** | ٤٦٤ |
| سیره سالم : | |
| ١ ـ عصر پیغمبر (ص) | ٤٦٥ |
| دارائی پیغمبر (ص) | ٤٧٢ |
| مصرف اموال | ٤٧٣ |

| موضوع | صفحه |
|---|---|
| ۲ - عصر خلفای راشدین غیر از عثمان | ۴۷۶ |
| روش مامورین وعمال در این زمان | ۴۸۱ |
| فائده :در لزوم اتباع وتاسی | ۴۸۷ |
| اعتراض | ۴۸۹ |
| پاسخ : | ۴۹۰ |
| اما عرف عام | ۴۹۱ |
| تفکیك صور سیره | ۴۹۱ |
| عدم ثبات مالکیت ارضی | ۴۹۳ |
| ریشهٔ اشراف | ۴۹۷ |
| اولین مرحله تغاصب | ۵۰۲ |
| دومین مرحله یا مراحل تکمیلی تغاصب | ۵۰۵ |
| الجاء | ۵۱۰ |
| اقسام ضیاع | ۵۱۱ |
| ثروت زنان‌خلفاء | ۵۱۱ |
| غارتگری وزراء | ۵۱۲ |
| طرق در آمد وزراء | ۵۱۴ |
| بر گشت اموال مغصوبه بخلفاء وبیت المال | ۵۱۵ |
| مصادره | ۵۱۶ |
| بیت المال مظالم | ۵۱۸ |
| راه در آمد والیان | ۵۱۹ |
| ایغار | ۵۲۰ |
| پیدایش حق ملکیت زمین وادواری که بر آن گذشته است | ۵۲۱ |
| الف اراضی عراق | ۵۲۲ |
| ب - اراضی فدك | ۵۲۲ |
| ج - اراضی مصر | ۵۲۳ |
| د - اراضی ایران | ۵۲۴ |


## فصل (۸)


| | |
|---|---|
| زمین وظاهر قرآن | ۵۲۶ |
| خاتمه - در حد احترام مالکیت در اسلام | ۵۲۹ |
| تکالیف والزامات .. | ۵۳۰ |
| مآخذ ومنابع . | ۵۳۳ |
| فهرست | ۵۳۸ |

Library of




Princeton University.

Princeton University Library
32101 077107629