



تقریرات درس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرس طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱

جلسه‌ی نود و هشتم؛ یکشنبه ۱۳۹۲/۲/۱۵

بررسی قول علامه‌ی حلی

بیان کردیم که در مورد تملک اراضی موات بالعرض با إحياء سه قول وجود دارد:

قول اول که ظاهراً مشهور می‌باشد آن است که موات بالعرض به ملک محیی اول باقی است و عروض موتان موجب خروج از ملک او نمی‌شود مگر آن که اعراض کرده باشد. لذا دیگران حق إحياء آن را ندارند؛ چون تصرف در آن غصب محسوب می‌شود.

قول دوم آن است که با عروض موتان از ملک محیی اول خارج می‌شود، لذا إحياء مجدد آن جایز بوده و موجب تملک محیی ثانی می‌شود.

قول سوم که منسوب به علامه رحمته الله و برخی دیگر است و حتی ادعای اجماع بر آن شده این است که اگر زمین با إحياء ملک کسی شده باشد، با عروض موتان از ملک او خارج می‌شود، ولی اگر با غیر إحياء مانند إشتراء، ارث، هبه و ... مالک شده باشد با عروض موتان از ملکش خارج نمی‌شود و دیگری نمی‌تواند در آن تصرف کرده و إحياء کند.

قول منسوب به علامه در میان عامه نیز طرفدار دارد. در کتاب *المعنی لابن قدامة* که نویسنده‌ی آن عبدالله بن احمد بن قدامة الجماعیلی المقدسی^۱ ثم الدمشقی (م ۶۲۰ ه ق) از علمای بزرگ حنبلی است که به عنوان شرح بر «مختصر» ابوالقاسم عمر بن الحسین بن عبدالله الخرقی شیخ الحنابله به بغداد در زمان

۱. المقدسی یعنی منسوب به بیت المقدس که در نزد ما بیشتر معروف به بیت المقدس می‌باشد. ظاهراً عبری آن «بت همیقداش» است.

أَنَّ الْمَوَاتَ قِسْمَانِ أَحَدُهُمَا مَا لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مَلِكٌ لِأَحَدٍ، وَ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ أَثَرُ عِمَارَةٍ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ بِغَيْرِ خِلَافٍ بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِالْأَحْيَاءِ. وَ الْأَخْبَارُ الَّتِي رَوَيْنَاهَا مُتَنَاولَةٌ لَهُ. الْقِسْمُ الثَّانِي مَا جَرَى عَلَيْهِ مَلِكٌ مَالِكٍ وَ هُوَ ثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٍ: أَحَدُهَا مَا لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ وَ هُوَ ضَرْبَانِ أَحَدُهُمَا مَا مَلَكَ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ فَهَذَا لَا يُمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ بِغَيْرِ خِلَافٍ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ مَا عُرِفَ بِمَلِكٍ مَالِكٍ غَيْرِ مُنْقَطِعٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ لِأَحَدٍ غَيْرِ أَرْبَابِهِ.

الثَّانِي مَا مَلَكَ بِالْأَحْيَاءِ ثُمَّ تَرَكَ حَتَّى دَثَرَ وَعَادَ مَوَاتًا فَهُوَ كَالَّذِي قَبْلَهُ سِوَاءً. وَ قَالَ مَالِكٌ: يُمْلِكُ هَذَا لِعُمُومِ قَوْلِهِ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ». وَ لِأَنَّ أَصْلَ هَذِهِ الْأَرْضِ مُبَاحٌ، فَإِذَا تَرَكَتْ حَتَّى تَصِيرَ مَوَاتًا عَادَتْ إِلَى الْإِبَاحَةِ كَمَنْ أَخَذَ مَاءً مِنْ نَهْرٍ ثُمَّ رَدَّهُ فِيهِ. وَ لَنَا أَنَّ هَذِهِ أَرْضٌ يُعْرَفُ مَالِكُهَا فَلَمْ تُمْلِكْ بِالْأَحْيَاءِ كَالَّتِي مَلَكَتْ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ وَ الْخَبَرُ مُقَيَّدٌ بِغَيْرِ الْمَمْلُوكِ، بِقَوْلِهِ فِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ». وَ قَوْلُهُ: «فِي غَيْرِ حَقٍّ مُسْلِمٍ» وَ هَذَا يُوجِبُ تَقْيِيدَ مُطْلَقِ حَدِيثِهِ.

وَ قَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ، فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «وَ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»: الْعِرْقُ الظَّالِمُ أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ الْأَرْضَ الْمَيْتَةَ لِغَيْرِهِ فَيَغْرِسَ فِيهَا. ذَكَرَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ فِي «سُنَنِهِ». ثُمَّ الْحَدِيثُ مَخْصُوصٌ بِمَا مَلَكَ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ، فَتَقْيِيسُ عَلَيْهِ مَحَلُّ التَّنَازُعِ. وَ لِأَنَّ سَائِرَ الْأَمْوَالِ لَا يَزُولُ الْمَلِكُ عَنْهَا بِالتَّرْكِ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْأَمْوَالِ إِذَا تَرَكَتْ حَتَّى تَشَعَّتْ. وَ مَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالْمَوَاتِ إِذَا أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ثُمَّ بَاعَهُ، فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى عَادَ مَوَاتًا، وَ بِاللُّفْظَةِ إِذَا مَلَكَهَا ثُمَّ ضَاعَتْ مِنْهُ، وَ يُخَالَفُ مَاءَ النَّهْرِ، فَإِنَّهُ أُسْتُهْلِكُ.

النَّوْعُ الثَّانِي مَا يُوجَدُ فِيهِ آثَارُ مَلِكٍ قَدِيمٍ جَاهِلِيٍّ كآثَارِ الرُّومِ وَ مَسَاكِينِ ثَمُودَ، وَ نَحْوِهَا، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمَلِكَ لَا حُرْمَةَ لَهُ. وَ قَدْ رُوِيَ عَنْ طَاوُسٍ، عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَ لِرَسُولِهِ ثُمَّ هُوَ بَعْدُ لَكُمْ». رَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ، فِي «سُنَنِهِ» وَ أَبُو عُبَيْدٍ، فِي «الْأَمْوَالِ». وَ قَالَ: عَادِي الْأَرْضِ: الَّتِي كَانَ فِيهَا سَاكِنٌ فِي آبَادِ الدَّهْرِ، فَانْقَرَضُوا، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَنْبَسٌ، وَ إِنَّمَا نَسَبَهَا إِلَى عَادٍ لِأَنَّهَا كَانُوا مَعَ تَقَدُّمِهِمْ ذَوِي قُوَّةٍ وَ بَطْشٍ وَ آثَارٍ كَثِيرَةٍ، فَنَسِبَ كُلُّ أَثَرٍ قَدِيمٍ إِلَيْهِمْ. وَ يُحْتَمَلُ أَنَّ كُلَّ مَا فِيهِ أَثَرُ الْمَلِكِ،

وَلَمْ يُعْلَمْ زَوَالُهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، أَنَّهُ لَا يُمْلِكُ؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَخَذُوهُ عَامِرًا، فَاسْتَحَقُّوهُ، فَصَارَ مَوْفُوقًا بِوَقْفِ عُمَرَ لَهُ، فَلَمْ يُمْلِكْ كَمَا لَوْ عَلِمَ مَالِكُهُ.^۱

قسم دوم از موات آن است که قبلاً ملک مالکی بوده است که خود سه نوع است. نوع اول آن است که مالک معینی داشته که یا آن را با شراء و هدیه مالک شده است که در این صورت با احیاء مجدد ملک محیی نمی‌شود بلاخلاف. ابن عبد البر گفته است: علماء اجماع کرده‌اند که آنچه شناخته شده که ملک مالکی غیر منقطع است احیاء آن برای احدی غیر از صاحبانش جایز نیست.

و یا این که با احیاء مالک شده اما آن را ترک کرده و تبدیل به موات شده است این صورت نیز مانند صورت قبل است [و کسی غیر از او حق احیاء ارض را ندارد یعنی احیاء موجب تملک ابدی می‌شود و با عروض موتان از ملک محیی خارج نمی‌شود. این طبق فتوای مذهب خودش یعنی حنبلی است ولی] مالک گفته است چنین زمینی با احیاء مجدد تملک می‌شود و ملک محیی ثانی می‌شود ...

النَّوْعُ الثَّلَاثُ مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمِلْكُ فِي الْإِسْلَامِ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ غَيْرِ مُعَيَّنٍ فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ.

نوع سوم آن است که به ملک مسلمان یا کافر ذمی در اسلام در آمده ولی مالک آن معلوم نیست. ظاهر کلام خرقی [یعنی ماتن] آن است که با احیاء موجب تملک می‌شود.

عین عبارت المغنی در «الشرح الكبير علی متن المقنع» که نویسنده‌ی آن هم ابن قدامة [برادرزاده‌ی صاحب المغنی] یعنی عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة الجماعیلی المقدسی الحنبلی (م. ۶۸۲) است، ذکر شده است.^۲

بنابراین این قول که «ما ملک بشراء او عطية فهذا لا يملك بالاحياء بغير خلاف» در بین عامه هم وجود داشته و یک قول قدیمی است.

مهمترین دلیلی که برای قول علامه رحمته الله بیان شده ادعای اجماع است، ولی همان‌طور که معلوم است نمی‌توان به این اجماع اعتماد کرد.

بعضی از متأخرین خواسته‌اند از راه جمع بین سه روایت ابو خالد کابلی، سلیمان بن خالد و معاویة بن

۱. المغنی لابن قدامة، ج ۵، ص ۴۱۶.

۲. الشرح الكبير علی متن المقنع، ج ۶، ص ۱۴۷.

و هب قول علامه را مدلل کنند.

جمع بین روایات به نفع قول علامه رحمته از طریق انقلاب نسبت

اگر صحیح‌هی سلیمان بن خالد را با روایت ابی خالد کابلی بسنجیم، نسبت آن دو عموم و خصوص مطلق خواهد بود؛ زیرا روایت کابلی بیان می‌کند اگر کسی زمینی را احیاء کرد سپس آن را ترک یا خراب کرد، آن‌گاه دیگری آن را احیاء کرد، محیی اول دیگر در آن حقی ندارد و مال محیی دوم می‌شود. اما در صحیح‌هی سلیمان بن خالد به نحو مطلق می‌فرماید اگر صاحبش را می‌شناسد باید محیی دوم حق صاحبش را برگرداند؛ چه صاحب اول با احیاء مالک آن شده باشد و چه به شراء و نحو آن.

بنابراین روایت ابو خالد الکابلی اخص مطلق است نسبت به صحیح‌هی سلیمان بن خالد و در نتیجه صحیح‌هی سلیمان بن خالد تقیید می‌خورد؛ یعنی محیی دوم باید حق صاحب قبلی را در صورتی که به غیر احیاء مالک شده باشد برگرداند و زمین به ملک صاحب قبلی باقی است.

حال اگر صحیح‌هی سلیمان بن خالد بعد از انقلاب نسبت با صحیح‌هی معاویة بن وهب سنجیده شود، رابطه‌ی آن‌ها نیز عموم و خصوص مطلق خواهد شد؛ زیرا صحیح‌هی سلیمان بن خالد بعد از انقلاب نسبت می‌گوید: در صورتی که صاحب قبلی به غیر احیاء مالک شده باشد محیی دوم مالک زمین نمی‌شود و باید زمین را به صاحب قبلی برگرداند، ولی صحیح‌هی معاویة بن وهب به طور مطلق می‌فرماید زمین مال محیی دوم است؛ چه صاحب قبلی به احیاء مالک شده باشد و چه به غیر احیاء. بنابراین صحیح‌هی معاویة بن وهب نیز تقیید می‌خورد و نتیجه این می‌شود که اگر صاحب قبلی به غیر احیاء مالک زمین شده باشد محیی دوم نمی‌تواند مالک زمین شود، ولی اگر به غیر احیاء مالک شده باشد، محیی دوم احق به آن است و به ملک محیی دوم منتقل می‌شود و این همان قول علامه رحمته است.^۱

۱. مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۱۴۲:

و قد يقع التعارض بين الطائفتين و حيث أن روايتي سليمان بن خالد و الحلبي مطلق من حيث أن الملك كان مستندا بخصوص الإحياء أو كان مستندا الى غيره من الشرى و الهبة و نحوهما بحيث يمكن ان تكون الخبرة من الملك بالإحياء، أو الملك بالشراء، و رواية الكابلي دالة على ان الملك أو الاختصاص كان من جهة الإحياء فقط، و انما صارت الخبرة عن الملك بالاحياء فتكون رواية الكابلي مقيدة لرواية سليمان بن خالد فتكون رواية ابن خالد مختصة بخصوص التملك بغير الاحياء و حيث ان رواية ابن وهب كانت مطلقة من حيث أن الملك بالإحياء أو بغيره فتكون رواية سليمان بعد التقيد خاصة و رواية ابن وهب عامة بعد انقلاب النسبة فتكون رواية ابن وهب مقيدة برواية سليمان بن خالد فتصير النتيجة أن الأرض التي كانت مملوكة بالإحياء أو متعلقا لحق المحيي بذلك فليس فيها حق لمن تركها اعنى المحيي الأول و أما لو كان المالك الأول مالكا بغير الاحياء كالشراء و نحوه و تركها أو أخربها و عمرها شخص آخر، فلا بدّ من أداء حقه لسبق حقه عليه و عليه فيثبت القول بالتفصيل المحكى عن

بنابراین تعارض بین این سه روایت با قاعده‌ی انقلاب نسبت^۱ حل می‌شود و نتیجه قول علامه می‌شود که اگر صاحب قبلی به غیر اِحیاء مالک شده باشد ملکیتش باقی است و با عروض موتان از ملکش خارج نمی‌شود، اما اگر به اِحیاء مالک زمین شده باشد با عروض موتان ملکیتش زائل می‌شود و به ملکیت محیی ثانی درمی‌آید.

نقد جمع مذکور به نحو انقلاب نسبت

اولاً: روایت ابو‌خالد طبق تبیینی که داشتیم از لحاظ سند ناتمام است، بنابراین حجّت نیست و نمی‌تواند صحیح‌هی سلیمان بن خالد را تقیید کند.

ثانیاً: التزام به تقییدی که صحیح‌هی معاویة بن وهب توسط صحیح‌هی سلیمان بن خالد بعد از انقلاب نسبت می‌خورد مشکل است؛ چون منحصر در موارد نادره می‌شود؛ زیرا اگر عبارت «فان کانت ارض لرجل» در صحیح‌هی معاویة بن وهب را مقید به تملک به خصوص اِحیاء کنیم، حمل بر فرد نادر کرده‌ایم؛ چون نوعاً تملک زمین به اشتراء، هبه، ارث و امور ناقله‌ی دیگر است و تملک به اِحیاء که شخص مباشرةً اِحیاء کرده باشد معمولاً کم اتفاق می‌افتد. لذا حمل بر آن بعید است.

ثالثاً: به نظر می‌آید نسبت بین روایت ابو‌خالد کابلی و صحیح‌هی سلیمان بن خالد عموم و خصوص مطلق نیست، بلکه عموم و خصوص من وجه است؛ زیرا روایت ابو‌خالد کابلی از این حیث که شامل تارک زمین به نحو اعراض می‌شود نسبت به صحیح‌هی سلیمان بن خالد اعم بوده و از طرفی صحیح‌هی نیز از حیث مالک شدن به اِحیاء و غیر اِحیاء اعم می‌باشد، در نتیجه نسبت بین این دو روایت عموم و خصوص من وجه می‌باشد، بنابراین تعارض هم‌چنان برقرار می‌باشد و انقلاب نسبت رخ نمی‌دهد.

تقریر متن: عبدالله امیرخانی

استخراج منابع و روایات: جواد احمدی

العلامة.

۱. قاعده‌ی انقلاب نسبت را ما با تبیینی که در اصول فقه کردیم قبول داریم و عده‌ای دیگر هم قبول کرده‌اند اما برخی دیگر از جمله مرحوم آخوند در کفایة این قاعده را قبول ندارند.