



تقریرات درس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱

جلسه‌ی نود و نهم؛ دوشنبه ۱۳۹۲/۲/۱۶

جمع دیگری بین دو روایت

جمع دیگری که بین دو صحیح‌هی سلیمان بن خالد و معاویه بن وهب به ذهن می‌آید آن است که در صحیح‌هی سلیمان بن خالد از حضرت سؤال می‌کند «فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ صَاحِبَهَا؟» حضرت در جواب می‌فرماید: «فَلْيُؤَدِّ إِلَيْهِ حَقَّهُ» بنابراین از این روایت استفاده می‌شود در صورتی بر محیی ثانی لازم است حق را آداء کند که صاحب قبلی زمین را بشناسد؛ یعنی اگر زمین صاحب داشته باشد و محیی ثانی آن را بشناسد نمی‌تواند مالک شود، ولی اگر او را نشناسد مالک می‌شود.

در میان عامه نیز همان‌طور که از المجموع شرح المهدب نقل کردیم ابوحنیفه چنین قولی را دارد: «إِنْ عَرَفَ أَرْبَابَهُ فَهُوَ عَلَىٰ مَلَكَهُمْ لَا يَمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ وَإِنْ لَمْ يَعْرِفُوا مَلَكَ بِالْأَحْيَاءِ» ولی مالک می‌گوید: «يَصِيرُ كَالْمَوَاتِ الْجَاهِلِي يَمْلِكُهُ مِنْ أَحْيَاءِ سِوَا عَرَفَ أَرْبَابَهُ أَمْ لَمْ يَعْرِفُوا» و شافعی عکس او می‌گوید: «لَا يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَ بِالْأَحْيَاءِ سِوَا عَرَفَ أَرْبَابَهُ أَوْ لَمْ يَعْرِفُوا» لذا راوی هم که از خدمت امام صادق عليه السلام می‌پرسد «فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ صَاحِبَهَا؟» به خاطر فضای موجود در آن زمان این سؤال را می‌پرسد و می‌توانیم بگوییم فضای جامعه در آن زمان این بوده که عرفان صاحب به عنوان موضوع دخیل بوده و حضرت با این پاسخ که «فَلْيُؤَدِّ إِلَيْهِ حَقَّهُ» در واقع آن را تأیید فرمودند.

این روایت می‌تواند قرینه باشد مراد از صحیح‌هی معاویه بن وهب که حضرت فرمودند «فَإِنَّ الْأَرْضَ

لِّلَّهِ وَلِمَنْ عَمَرَهَا» در صورتی محیی دوم مالک می‌شود که صاحب قبلی از آن اعراض کرده یا شناخته شده نباشد.

نقد این جمع

در نقد این جمع نیز می‌گوییم گرچه ظهور معمول عناوین در موضوعیت است نه طریقت، ولی عناوینی مانند عرفان، یقین، علم، قطع و نظائر آن ظهور در طریقت داشته و معمولاً به عنوان مرآت استفاده می‌شود، لذا مراد از «فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ صَاحِبَهَا؟» یعنی اگر صاحب داشته باشد - در مقابل اعراض که دیگر صاحب ندارد - هر چند بالتفصیل شناخته شده نباشد. عبارت منقول از ابوحنیفه را هم می‌توانیم این‌طور معنا کنیم؛ چون این عناوین، عناوین مرآتی و طریقی است، هر چند بعضی کلام او را به عنوان موضوعیت معنا کرده‌اند.^۱

پس نتیجه این شد که صحیح‌هی سلیمان بن خالد بیان می‌کند اگر زمینی صاحب داشته باشد چه بالاحیاء آن را مالک شده باشد، چه بالاشترای و الارث و ... إلى الابد ملک اوست و محیی دوم حق تصرف در آن را ندارد؛ مگر این که یکی از مخرجین از ملکیت اتفاق بیفتد که از آن جمله است اعراض، هر چند بعضی در این که اعراض جزء مخرجین از ملکیت باشد اشکال کرده‌اند، ولی ظاهراً به سیره‌ی عقلائی‌هی غیر مردوعه می‌توانیم بگوییم اعراض مخرج از ملک است.

بنابراین تعارض بین صحیح‌هی سلیمان بن خالد و صحیح‌هی معاویه بن وهب مستقر است و هیچ وجه جمع عرفی ندارد، لذا تساقط می‌کنند و باید به عام فوق رجوع کنیم که عام فوق همان‌طور که بیان کردیم مقتضای اولی «من أحيأ أرضاً فهي له» این است که ملکیت محیی اول مادامی که مخرجی نیامده إلى الابد باقی است و فرقی بین این که به إحياء مالک شده باشد یا به غیر إحياء - مانند إشتراء و ارث - نیست و تفصیل علامه رحمته الله درست نمی‌باشد.

مضاف به این که تفصیل علامه با طبع و ذوق عرفی هم سازگاری ندارد. این که بگوییم کسی که با زحمت فراوان زمینی را آباد کرده همین که موتان بر آن عارض شود از ملکش خارج می‌شود، اما اگر با

۱. عبارت منقول از شافعی، ابوحنیفه و مالک ظهور در موضوعیت عرفان صاحب دارد؛ چون بعید است قول شافعی را که می‌گوید «لا يجوز أن يملك بالاحياء سواء عرف إربابه أو لم يعرفوا» بر طریقت حمل کنیم و بگوییم مراد شافعی این است که چه مالک اول اعراض کرده باشد و چه اعراض نکرده باشد، احیاء آن برای دیگران جایز نیست. (امیرخانی)

ارث یا هبه به او رسیده باشد ملکیتش إلى الابد باقی است!

البته باید توجه داشت که اینها استحسانات است و نباید در فقه در دام آن گرفتار شد. اگر دلیل دلالت بر تفصیل داشته باشد ملتزم می شویم و چون دلیل دلالت ندارد نمی توانیم ملتزم شویم. استحسان با عقول ناقصه‌ی ما جایی در فقه ندارد؛ زیرا «إِنَّ دِينَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُصَابُ بِالْعُقُولِ النَّاقِصَةِ وَ الْأَرَءِ الْبَاطِلَةِ»^۱.

منبع استنباط در فقه ما کتاب، سنت، اجماع و عقل است و مراد از عقل، عقل قطعی است؛ نه عقل ظنی. یعنی یا باید عقل عملی قطعی مانند قبح ظلم و حُسن عدل باشد و یا عقل نظری قطعی باشد مانند استدلالی که برای اثبات واجب بودن مقدمه‌ی واجب ذکر می شود و مانند محاسبات ریاضی قطعی است.

بله ممکن است در استدلال اشتباه رخ دهد، کما این که در حل مسأله‌ی ریاضی هم ممکن است رخ دهد، ولی به هر حال آن عقل قطعی که واقعاً قطع باشد - نه ظن - حجت می باشد. بله در کتاب و سنت استظهار حجت است با این که خیلی از جاها بیش از ظن افاده نمی کند، ولی در استدلال عقلی باید حتماً قطع باشد و ظن حجیتی ندارد.

ارض عامر بالعرض

چهارمین قسم از اقسام چهارگانه‌ی اراضی، ارض عامر بالعرض می باشد که حکم آن از آن چه درباره‌ی سایر اراضی بیان کردیم مشخص می شو؛ زیرا:

ارض عامر بالعرض مسبوق به موات است که اگر آن موات، موات بالاصالة باشد پس هر کسی آن را احیاء کرده باشد مالک می شود.

و اگر آن موات، موات بالعرض باشد و در نتیجه مسبوق به ملک دیگری باشد، بیان کردیم که محیی دوم مالک نمی شود مگر این که صاحب قبلی اعراض کرده باشد و الا باید حق صاحبان قبلی را آداء کند.

و اگر ارض عامر بالعرض توسط محیی احیاء نشده باشد بلکه به طور طبیعی و بر اساس تغییر آب و

۱. کمال الدین و تمام النعمه، ج ۱، ص ۳۲۴:

و بهذا الإسناد [حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ الْكَلْبِيِّ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ نَابِتِ التَّمَالِي قَالَ: قَالَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عليه السلام: إِنَّ دِينَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُصَابُ بِالْعُقُولِ النَّاقِصَةِ وَ الْأَرَءِ الْبَاطِلَةِ وَ الْمَقَائِيسِ الْفَاسِدَةِ وَ لَا يُصَابُ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ فَمَنْ سَلَّمَ لَنَا سَلِمَ وَ مَنْ أَقْتَدَى بِنَا هُدَى وَ مَنْ كَانَ يَعْمَلُ بِالتَّقْيَاسِ وَ الرَّأْيِ هَلَكَ وَ مَنْ وَجَدَ فِي نَفْسِهِ شَيْئاً مِمَّا نَقُولُهُ أَوْ نَقْضِي بِهِ حَرَجاً كَفَرَ بِالذِّي أَنْزَلَ السَّبْعَ الْمَنَانِي وَ الْقُرْآنَ الْعَظِيمَ وَ هُوَ لَا يَعْلَمُ.

هوا آباد شده باشد، متعلق به امام علیه السلام می باشد؛ زیرا «کل ارض لا رب لها» از انفال بوده و مال امام علیه السلام می باشد [و در نتیجه اگر کسی آن را حیازت کند نسبت به آن اولویت پیدا می کند و مالک نمی شود].

پس بحمدالله مسائل مربوط به ارض عامر بالعرض نیز روشن شد.

آیا تصرفات یسیره در اراضی مفتوح العنوة جایز است؟^۱

اراضی عامره ای که ثابت شود از اراضی مفتوح العنوة بوده و متعلق به جمیع مسلمین می باشد، آیا تصرف یسیره در آن مانند برداشتن خاک آن برای درست کردن کوزه یا استفاده از شاخ و برگ درختان آن، بدون اذن ولی مسلمین جایز است یا این که جایز نیست و احتیاج به اذن ولی امر دارد؟

پاسخ آن است که چنین تصرفاتی در اراضی مفتوح العنوة جایز نیست و احتیاج به اذن ولی امر دارد و اگر هم اذن داد به همان مقداری که اذن داده تصرف در آن جایز است، هر چند احتمال دارد که سیره بر این قائم باشد که تصرفات یسیره مانعی ندارد، ولی جای تأمل دارد و ثابت نیست.

بله این مقدار سیره را می پذیریم - اختصاص به زمین های خراجیه هم ندارد - که قدم گذاشتن و رفت و آمد در سرزمین های وسیعی که مزاحمتی با منافع زمین ندارد، بدون اذن نیز جایز است اما این که از مواد و خاک آن زمین بتوانند استفاده کنند، سیره بر آن ثابت نیست، لامحاله طبق قاعده ای اصلی که تصرف در ملک دیگران بدون اذن مالک یا ولی آن جایز نمی باشد، باید از ولی امر اذن بگیرد، به همین خاطر در مورد مهرهایی که از کربلا و نجف آورده می شود این شبهه ممکن است مطرح شود که اگر بدون اذن ولی امر باشد جایز نیست، هر چند قبلاً در این که واقعاً اراضی مفتوح العنوة کجاست بحث کردیم که نمی توان جایی را به طور مشخص بیان کرد جزء اراضی مفتوح العنوة است، علاوه بر آن که از بعضی روایات استفاده می شود در مورد خاک کربلا و نجف اذن داده شده است.^۲

۱. این بحث به مباحث اراضی خراجیه منتقل خواهد شد.

۲. کامل الزیارات، الباب الثالث و التسعون: من این یؤخذ طین قبر الحسین علیه السلام و کیف یؤخذ، ص ۲۷۹:

۱- حَدَّثَنِي أَبِي (ره) عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ يُونُسَ بْنِ رَفِيعٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: إِنَّ عِنْدَ رَأْسِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ لَتُرْبَةٌ حَمْرَاءٌ فِيهَا شِفَاءٌ مِنْ كُلِّ دَاءٍ إِلَّا السَّامَ قَالَ فَأَتَيْتُ الْقَبْرَ بَعْدَ مَا سَمِعْنَا هَذَا الْحَدِيثَ فَاحْتَفَرْنَا عِنْدَ رَأْسِ الْقَبْرِ فَلَمَّا حَفَرْنَا قَدَرٌ ذِرَاعٍ أَنْحَدَرَتْ عَلَيْنَا مِنْ رَأْسِ الْقَبْرِ مِثْلُ السَّهْلَةِ حَمْرَاءَ قَدَرٌ دَرَاهِمٍ فَحَمَلْنَاهَا إِلَى الْكُوفَةِ فَمَزَجْنَاهُ وَحَبِينَاهُ فَأَقْبَلْنَا نَعْطِي النَّاسَ يَتَدَاوُونَ بِهِ.

۲- حَدَّثَنِي أَبِي رَه وَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ وَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ رِزْقِ اللَّهِ بْنِ الْعَلَاءِ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ عَمْرٍو السَّرَّاجِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: يُؤْخَذُ طِينُ قَبْرِ الْحُسَيْنِ علیه السلام مِنْ عِنْدِ الْقَبْرِ عَلَى قَدَرِ سَبْعِينَ بَاعًا.

تقرير متن: عبدالله اميرخانى

استخراج منابع و روايات: جواد احمدى

۳- حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ إِسْحَاقَ التَّهَاتُورِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حَمَادِ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: إِذَا تَنَاوَلَ أَحَدُكُمْ مِنْ طِينِ قَبْرِ الْحُسَيْنِ عليه السلام فَلْيَقُلْ اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ بِحَقِّ الْمَلِكِ الَّذِي تَنَاوَلَهُ وَالرُّسُولِ الَّذِي بَوَّأَهُ وَالْوَصِيِّ الَّذِي ضَمَّنَ فِيهِ أَنْ تَجْعَلَهُ شِفَاءً مِنْ كُلِّ دَاءٍ كَذَا وَكَذَا وَيُسَمِّيَ ذَلِكَ الدَّاءَ.

۴- حَدَّثَنِي حَكِيمُ بْنُ دَاوُدَ عَنْ سَلَمَةَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الرِّيَّانِ بْنِ الصَّلْتِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَسَدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مَصْقَلَةَ عَنْ عَمِّهِ عَنْ أَبِي جَعْفَرِ المَوْصِلِيِّ أَنَّ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: إِذَا أَخَذْتَ طِينَ قَبْرِ الْحُسَيْنِ فَقُلْ اللَّهُمَّ بِحَقِّ هَذِهِ التُّرْبَةِ وَبِحَقِّ الْمَلِكِ المَوْكَلِ بِهَا وَبِحَقِّ الوَصِيِّ الَّذِي هُوَ فِيهَا صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِ مُحَمَّدٍ وَاجْعَلْ هَذَا الطِّينَ شِفَاءً مِنْ كُلِّ دَاءٍ وَآمَانًا مِنْ كُلِّ خَوْفٍ فَإِنَّ فِعْلَ ذَلِكَ كَانَ حَتْمًا شِفَاءً مِنْ كُلِّ دَاءٍ وَآمَانًا مِنْ كُلِّ خَوْفٍ.

۵- حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ مَهْرَبَارٍ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ مَهْرَبَارٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْأَصَمِّ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو عَمْرٍو شَيْخٌ مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ عَنْ أَبِي حَمْرَةَ التَّمَالِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: كُنْتُ بِمَكَّةَ وَذَكَرَ فِي حَدِيثِهِ قُلْتُ جُعِلَتْ فِدَاكَ إِنِّي رَأَيْتُ أَصْحَابَنَا يَأْخُذُونَ مِنْ طِينِ الحَائِرِ لِيَسْتَشْفُوا [يَسْتَشْفُونَ] بِهِ - هَلْ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ مِمَّا يَقُولُونَ مِنَ الشِّفَاءِ قَالَ قَالَ يُسْتَشْفَى بِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ القَبْرِ عَلَى رَأْسِ أَرْبَعَةِ أَمْيَالٍ وَكَذَلِكَ قَبْرُ جَدِّي رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَكَذَلِكَ طِينُ قَبْرِ الْحَسَنِ وَ عَلِيٍّ وَ مُحَمَّدٍ فَخُذْ مِنْهَا فَإِنَّهَا شِفَاءٌ مِنْ كُلِّ سَقَمٍ وَ جُنَّةٌ مِمَّا تَخَافُ وَ لَا يَعْذِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الْأَشْيَاءِ الَّتِي يُسْتَشْفَى بِهَا إِلَّا الدُّعَاءُ وَ إِنَّمَا يُفْسِدُهَا مَا يُخَالِطُهَا مِنْ أَوْعِيَّتِهَا وَ قَلَّةُ اليَقِينِ لِمَنْ يُعَالِجُ بِهَا فَأَمَّا مَنْ أَيْقَنَ أَنَّهَا لَهُ شِفَاءٌ إِذَا يُعَالِجُ بِهَا كَفَتَهُ بِإِذْنِ اللَّهِ مِنْ غَيْرِهَا مِمَّا يُعَالِجُ بِهِ وَ يُفْسِدُهَا الشَّيَاطِينُ وَ الْجِنُّ مِنْ أَهْلِ الكُفْرِ مِنْهُمْ يَتَمَسَّحُونَ بِهَا وَ مَا تَمَرُّ بِشَيْءٍ إِلَّا شَمَّهَا وَ آمَا الشَّيَاطِينُ وَ كَفَّارُ الْجِنِّ فَإِنَّهُمْ يَحْسُدُونَ بَنِي آدَمَ عَلَيْهَا فَيَتَمَسَّحُونَ بِهَا لِيَذْهَبَ عَامَّةً طَبِيبًا وَ لَا يُخْرَجُ الطِّينُ مِنَ الحَائِرِ إِلَّا وَ قَدْ اسْتَعَدَّ لَهُ مَا لَا يُحْصَى مِنْهُمْ وَ أَنَّهُ لَقِيَ يَدِ صَاحِبِهَا وَ هُمْ يَتَمَسَّحُونَ بِهَا وَ لَا يَقْدِرُونَ مَعَ المَلَأَنِكَةِ أَنْ يَدْخُلُوا الحَائِرَ وَ لَوْ كَانَ مِنَ التُّرْبَةِ شَيْءٌ يَسْلَمُ مَا عُولِجُ بِهِ أَحَدٌ إِلَّا بَرًّا مِنْ سَاعَتِهِ فَإِذَا أَخَذْتَهَا فَانْتَمِمْهَا وَ أَكْثِرْ عَلَيْهَا مِنْ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَ قَدْ بَلَغَنِي أَنَّ بَعْضَ مَنْ يَأْخُذُ مِنَ التُّرْبَةِ شَيْئًا يَسْتَخِفُّ بِهِ حَتَّى إِنَّ بَعْضَهُمْ لَيَطْرَحُهَا فِي مِخْلَاةِ البَعْلِ وَ النِّجَارِ وَ فِي وَعَاءِ الطَّعَامِ وَ مَا يُمَسَّحُ بِهِ الأَيْدِي مِنَ الطَّعَامِ وَ الخُرْجِ وَ الجَوَالِقِ فَكَيْفَ يَسْتَشْفَى بِهِ مَنْ هَذَا حَالُهُ عِنْدَهُ وَ لَكِنَّ القَلْبَ الَّذِي لَيْسَ فِيهِ يَقِينٌ مِنَ المُسْتَخِفِّ بِمَا فِيهِ صَلَاحُهُ يُفْسِدُ عَلَيْهِ عَمَلَهُ.