

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره (۵۵)

فعلی هذا لا یجوز للمحیی الثانی التصرف فی المھیة بعد طرؤ الخراب؛ لانتفاء الموضوع، مضافاً إلى أنّ الاستصحاب أيضاً یزیل موضوع الدلیل بالنسبة إلى المحیی الثانی.

بقي الكلام فی الأخبار الخاصة (بعد البحث عن مقتضى الأصل والعمومات) وهي أربعة (كما أشار الشیخ رحمته الله هنا إلى مبحث إحياء الموات):

الأولى: ما رواه الكليني... عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب، عن معاوية بن وهب قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «أیما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهاراً وعمرها فإنّ علیه فیها الصدقة، فإنّ كانت أرض لرجل قبله، فغاب عنها وتركها فأخربها، ثمّ جاء بعد یطلبها، فإنّ الأرض لله ولمن عمرها»^١.

وهذه الرواية تدلّ بظاهرها على خلاف ما دلّ علیه الأصل والعموم؛ حیث إنّها تحكي عمّن أتى الأرض الخربة وأخرجها عن الخربة بكري الأنهار والعمارة، فهو یكون مالکاً لها بذلك وعلیه الصدقة، وفي الذیل صرح بأنّ الأرض وإنّ كانت لرجل قبله إلاّ أنّه غاب وترك الأرض وصارت خربة، ثمّ جاء الرجل الأول ویطلبه من الثانی الذی عمرها حیث غیبتها، وحکم «بأنّ الأرض لله ولمن عمرها» وظاهرها بعد بیان هذا الحکم العام كون العلة والمناط لتحقّق الملكية هو عمارة الأرض الخربة، سواء كانت مواتاً بالأصالة وصارت خربة بعد العمارة، ولا فرق

١ . وسائل الشیعة ٢٥: ٤١٤، کتاب إحياء الموات ب ٣ ح ١.

في تحقّق الملكية لمن عمرها، وهذا التعليل مطلق يشمل المحيي الأول والثاني، ولا بأس بسند الرواية، بل هي رواية صحيحة.

الثانية: ما رواه الكليني عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب، عن هشام بن سالم، عن أبي خالد الكابلي، عن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام ﴿إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾^١ أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض ونحن المتّقون والأرض كلّها لنا. فمن أحى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخرّبها، فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو أحقّ بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام....»^٢.

وهذه الرواية أصرح دلالة من السابقة؛ لأنّها نصّت على انتقال الأرض إلى المحيي الثاني بعد عمرائها وإن كانت للألى بالإحياء، ولا بأس بالسند وقد تقدّم.

الثالثة: عن الكليني بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن النضر، عن هشام بن سالم، عن سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة، فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها

١. الأعراف (٧): ١٢٨.

٢. وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٤، كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ٢.

ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: «الصدقة»، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: «فليؤد إليه حقّه»^١.

وهذه الرواية تنافي الخبرين السابقين (الدالين على انتقال الملكية للمحيي الثاني) فإنّها وإن كانت صدرها ظاهرة في ثبوت الملكية لكلّ من أحيا الأرض إلّا أنّها نصّت على وجوب أداء حقّ صاحب الأرض بعد معرفته (في الذيل) ولا فرق في كون المراد من الحقّ هو نفس الأرض أو أجرة الأرض؛ لأنّ الأجرة والمنفعة متفرّعة على ملكية الأرض (بعد كون المنفعة تابعة لها).

فلا إشكال في تمامية دلالتها على بقاء ملكية المحيي الأول، إلّا أنّه أشكل في سندها الشهيد الثاني (في شرح اللمعة)^٢ وكذا المحقّق الأصفهانى أنّ «خبر سليمان بن خالد المنجبر ضعفه بعمل القدماء الذاهبين إلى البقاء...»^٣.

وأما المحقّق الخوئي رحمته الله قال: «فربما ترمى رواية سليمان إلى ضعف السند تارة، وإلى الإرسال أخرى كما في «البلغة» وحاشية بعض مشايخنا المحقّقين؛ إذ لا نعرف وجهاً لها بعد كونها صحيحة السند، فإنّه لا شائبة في سندها بوجه...»^٤.

١ . وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٥، كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ٣.

٢ . الروضة البهية ٢: ٢٥٤.

٣ . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهانى رحمته الله) ٣: ٣٢.

٤ . مصباح الفقاهة ٥: ١٤٣.

والظاهر أنّ حكمه بصحة السند (وأيضاً غيره) لأنّ النجاشي رحمته الله وصفه بـ«كان قارئاً فقيهاً وجهاً خرج مع زيد ولم يخرج معه من أصحاب أبي جعفر عليه السلام غيره فقطعت يده... ومات في حياة أبي عبد الله عليه السلام فتوجع لفقده ودعا لولده..»^١ وأيضاً في «الإرشاد» وصفه المفيد بكونه «ثقة»^٢، وأيضاً الكشي «... كان ثقة»^٣، مضافاً إلى أنّه من رجال «كامل الزيارات». وأضف إلى ذلك كلّه أنّ الرجل كان من رجال ابن أبي عمير وأنّه لم يرد قرح أو ذمّ في حقّه.

الرابعة: ما رواها الشيخ (في التهذيب) بنصّ الخبر السابق^٤. وسندها صحيح، ولذلك نصّ المحقّق الخوئي رحمته الله بعد دفع الإشكال عن سند السابقة بقوله: «فرواية الحلبي بعين ذلك المضمون والألفاظ فهي صحيحة...»^٥.

فاتضح أنّ الأخبار في الباب مختلفة كما نصّ عليه الشيخ الأعظم رحمته الله بقوله رحمته الله: «وإن كانت العمارة من معمر، ففي بقائها على ملك معمرها أو

١ . رجال النجاشي: ١٨٣ / ٤٨٤ .

٢ . الإرشاد (للمفيد رحمته الله) ٢ : ٢١٦ .

٣ . رجال الكشي ٢ : ٦٤٤ .

٤ . التهذيب ٧ : ٦٥٨ / ١٤٨ .

٥ . مصباح الفقاهة ٥ : ١٤٣ .

خروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن عمرها ثانياً خلاف معروف في كتاب إحياء الموات منشأه اختلاف الأخبار»^١.

ولاحظت أنّ الرواية الأولى والثانية تدلّان على زوال الملكية عن المحيي الأول بعد طرؤ الخراب، والثالثة والرابعة تدلّان على بقاء الملكية للمحيي الأول، ولهذا تصدّى الأعلام للجمع بين هذه الطوائف ورفع المعارضة بوجوه:

منها: ما أفاده المحقّق الأصفهاني رحمته الله قال: «وللجمع بين الخبر الأول والصحيحين طريقان: أحدهما: أنّ الخبر الأول نصّ في عدم مالكية الثاني، وصحيحة معاوية بن وهب ظاهرة في مالكية العامر الثاني، والنصّ مقدّم على الظاهر، فيحمل اللام على مجرد الاختصاص المجامع مع الحقّ فالأرض للأوّل ملكاً وللثاني الأحقية بعمارتها المجامعة مع أداء الأجرة إلى مالكيها، فليس للمالك الممتنع عن عمارة الأرض أن يزاحم من يقوم بعمارتها، فتدبر...»^٢.

ومراده من الخبر الأول رواية سليمان بن خالد أو رواية الحلبي الصحيحة، فادعي نصوصيتهما على عدم ملكية الثاني، ولعلّ دعواه هذه مبتنية على الحكم فيهما بوجوب دفع الحقّ إلى صاحبها الأوّل، ولكن بما أنّ الحقّ أعّم من الملك عند العرف واللغة، ولذلك يستعمل في حقّ السبق وحقّ التحجير، فيشكل تسلّم دعوى نصوصية الروائين في

١. كتاب المكاسب ٤: ١٨.

٢. حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني رحمته الله) ٣: ٣٣ - ٣٤.

عدم ملكية الثاني، إلا أن يقال: بأن نسبة الأرض (في الروايتين) إلى صاحبها الأول وكلمة الصاحب حقيقة في المتلبس (بناءً على القول بأن المشتق حقيقة في المتلبس) فتدلّ بهذه النصوصية على ملكية الأول، وبالتالي عدم ملكية المحيي الثاني، فيصح دعوى الجمع بالنص والظاهر بتقديم الأول على الثاني مع ثبوت الحقّ للثاني بعملية الإحياء.

وأورد عليه شيخنا الأستاذ دام ظلّه: بممنوعية هذه الدعوى؛ لأنّه ليس هناك سبب لاعتبار الأول صاحباً إلا إطلاق أدلّة الإحياء كقوله: «من أحيأ أرضاً فهي له... أيما قوم أحيوا...»؛ حيث دلّت اللام على ملكية الأول. ولكنّ المشكلة: أنّ هذه اللام فبنفسها موجودة في حقّ الثاني كما في رواية معاوية وهب «فإنّ الأرض لله ولمن عمرها» ولذلك نجد أنّ الأول والثاني مشتركان في دلالة اللام على ثبوت الملكية لهما فيتعارضان، وبذلك يندفع القول بنصوصية سليمان بن خالد وظهور الثاني والجمع بتقديم النصّ على الظاهر.

هذا ولكن بالتوجيه الأخير لكلام المحقّق الأصفهاني من نسبة الأرض إلى الصاحب (أي صاحبه الأول) يتمّ القول بنصوصية الرواية على ملكية المحيي الأول، وليس الكلام في استفادة الملكية له من قوله: «...فهي له» حتى يرد عليه باشتراك المحيي الثاني من عموم قوله: «...ولمن عمرها» في رواية معاوية نعم، يمكن الخدشة في التوجيه: بأنّ التعبير عن الصاحب في كلام السائل دون الإمام عليه السلام وإن ارجع إليه بالضمير، فتأمل.

منها: القول بالتفصيل فيما إذا صار المحيي مالكا للأرض بالإحياء وال عمران، وما إذا كانت ملكيته بسبب الشراء وسائر النواقل الشرعية، ففي الأول يحكم بزوال الملكية بطرؤ الخراب، وفي الثاني لا يزول ولا ينقطع ملكيته بذلك، وهذا التفصيل هو المعروف بين الأصحاب، ونفي الخلاف فيه بل حكي الإجماع عليه في «التذكرة»^١ ومال إليه الشهيد في «الروضة» ونصّ على ذلك بقوله: «...وموضع الخلاف ما إذا كان السابق قد ملكها بالإحياء، فلو كان قد ملكها بالشراء ونحوه لم يزل ملكه عنها إجماعاً...»^٢.

والظاهر أنّ الالتزام بالتفصيل منشأ تعارض الطائفتين بالتباين؛ حيث إنّ رواية معاوية بن وهب ورواية الكابلي تدلّان على ملكية المحيي الثاني، ورواية سليمان بن خالد والحلبي تدلّان على ثبوت الملكية للأول، وهذا التعارض واضح بين روايتنا سليمان بن خالد والحلبي لأنّهما تثبتان الملكية للأول مطلقاً بأيّ سبب حصلت الملكية بالإحياء أو الشراء أو الإرث) وبين رواية معاوية بن وهب (الدالّة على ثبوت الملكية للثاني مطلقاً) ولكنّ الرواية الكابلي يكون مدلولها أخصّ؛ لأنّها تثبت الملكية الثاني فيما لو كان الأول قد ملكها بسبب الإحياء؛ لقوله عليه السلام فيها: «... فمن أحيى أرضاً من المسلمين... فإن

١ . تذكرة الفقهاء ٢ (ط.ق): ٤٠١.

٢ . الروضة البهية ٧: ١٣٩.

تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها...»^١.

فهذه الرواية مع رواية معاوية بن وهب تثبتان ملكية الثاني، إلا أنّ رواية معاوية أعمّ من رواية الكابلي، فلا منافاة بينهما في الدلالة وأنّهما متوافقان بالعموم والخصوص، ولكنّ المخالفة والتعارض بينهما وبين رواية سليمان والحلي واضحة؛ لأنّهما نافيان الملكية للثاني وإثباتها للأول بأيّ سبب حصلت الملكية، إلاّ أنّه - كما تقدّم - أنّ رواية الكابلي تثبت الملكية للثاني بشرط حصولها بالإحياء دون سائر الأسباب، فهذه الرواية أخصّ مطلقاً وموافقة مع روايتي سليمان والحلي، فتتقلب النسبة إذن بين الطائفتين؛ لأنّ رواية الكابلي نسبتها مع الطائفة الأخيرة (المثبتة للملكية للأولى) نسبة الخاصّ مع العامّ، فيخصّص العامّ بهذا الخاصّ، بمعنى: أنّ رواية سليمان والحلي تخصّص برواية الكابلي، فتتقلب المعارضة بالتباين بالمعارضة بالعموم والخصوص، وتكون رواية سليمان (والحلي) أخصّ بالنسبة إلى رواية معاوية بن وهب (بعد انقلاب النسبة)، فتكون النتيجة الحكم بزوال ملكية الأول للأرض إذا ملكها بالإحياء بعد طرؤ الخراب وإحياء الثاني، وبقاء ملكيته لها فيما إذا ملكها بسائر الأسباب والنواقل.

ولمزيد التوضيح نقول توجيهاً لحقيقة انقلاب النسبة - كما عليه المحقق النائيني رحمته الله - : إذا اجتمع عامّان وخاصّ موافق مع أحد العامّين

١ . وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٤، كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ٢.

ومخالف مع الآخر، فيستحيل معارضة الخاص مع العامّين؛ لأنّه موافق مع أحد العامّين. فلا معنى للمعارضة.

وأما العام المخالف فلا معارضة أيضا بينهما؛ لكون النسبة بينهما نسبة الظاهر والأظهر، ومع تقديم الأظهر (كتقدّم القرينة على غيرها) وخروج الخاصّ عن طرف المعارضة مع العامّين، يكون الخاص حجة من دون معارضة حجة أخرى معه، فيخصّص العام المخالف؛ لأنّ النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص، فيصير العام المخالف أخص من العام الموافق، فتقلب النسبة بينهما؛ لأنّ أحدهما أخصّ والآخر أعم.

ولكن المحقّق الأصفهاني رحمته الله خالف القول بانقلاب النسبة، بل وذهب إلى استحالته وقال بالنسبة إلى المقام: «إنّه لا موجب لملاحظة الخاص أو المقيّد أولاً وتخصيص العام أو تقييد المطلق به؛ إذ التخصيص أو التقييد فرع وجود عام أو مطلق، وحيث إنّ المطلق هنا مبتلى بالمعارض، فلا بدّ أولاً من العلاج المخصوص بالمتباينين، فإذا بقي عام أو مطلق يصلح للمعارضة فنحمل على المقيّد مثلاً، فعلّه سقط المطلق بسبب معارضة المقدم عليه سنداً؛ حيث لا جمع دلالي بينهما والخبر مرسل ومعارضه صحيح...»^١.

هذا ما أفاده أولاً بالنسبة إلى المقام، ومراده منع تطبيق القاعدة (انقلاب النسبة) على المقام؛ معللاً بأنّ الجمع بين الأخبار المتعارضة

^١ . حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني رحمته الله) ٣: ٣٥.

متوقّف على بقاء الخبر المعارض على إطلاقه حتى تصل النوبة إلى تقييده بالخاص أو الأخص وتحقّق الانقلاب بينهما من التباين إلى العموم المطلق، إلاّ أنّه في المقام (أي معارضة رواية سليمان بن خالد ومعاوية بن وهب يجب تحقّق الإطلاق وتمايمته فيهما حتى تصل النوبة إلى القول بمخصّصة رواية الكابلي بالنسبة إليهما) قد سقط الإطلاق بعد المعارض؛ لتقدّم خبر معاوية بن وهب لتمايمته بسنده على خبر سليمان؛ لضعفه بالإرسال: فلم يبق مطلق بعد المعارضة حتى نقول بتقييده بالخاص (رواية الكابلي) ثم القول بانقلاب النسبة.

ولكن بما أنّ إشكاله مبني على القول بضعف خبر سليمان فلا يمكن الموافقة معه؛ لما مرّ من عدم تامة دعوى الإرسال، مضافاً إلى أنّه قد صحّحنا سليمان بن خالد بحسب شهادة أئمّة الرجال، هذا مضافاً إلى أنّ في المقام رواية أخرى وهي صحيحة الحلبي الموافقة مع رواية سليمان نصّاً ومضموناً، فلا يرد ما أورده الله.

ثمّ إنّ قال بعد ذلك: «وثانياً: قد حقّق في محله أنّ النسبة لا تنقلب بين المتعارضين؛ إذ ملاك المعارضة التي لها أحكام هو الظهور المستقر الذي له كشف نوعي عن المراد الجدّي (حيث عنوانه باب من أحيى أرضاً ثم تركها حتى خربت زائل ملكها ويكون لمن أحيها وإن كانت ملكاً له بوجه آخر، فعلى من أحيها أن يؤدّي أجرتها)، ومع تامة الكلام يستقرّ الظهور ويتحقّق الكاشفية النوعية ويستحيل انقلاب الشيء عما وقع عليه،... والكشف النوعي لا يتفاوت حاله من القوة والضعف بكونه حجة أو غير حجة...».

ثم قال: «وثالثاً: إنّ الترتيب المزبور إنّما يجب إعماله إذا كان التعارض بنحو التباين من دون جمع دلالي، وأمّا مع فرض نصوصية خبر سليمان بن خالد في عدم ملكية الثاني وظهور صحيحة معاوية في مالكيته - المحمولة على الأحقية - فلا تصل النوبة إلى الجمع الثاني»^١.

وما أفاده جواباً في الأمر الثاني مبتن على ما اختاره من كون المدار في التخصيص والتقييد ليس على أخصية مورد الحجّة، بل على أقوائية أحد المتعارضين من الآخر ظهوراً وكشفاً نوعياً عن المراد الجدّي، وقد حَقّق في الأصول عدم معارضة اللاحجة مع الحجّة.

وما أفاده في الأمر الثالث فهو ممنوع؛ لاستواء الخبرين من حيث الدلالة وأشكلنا في مختاره في الجمع بين النصّ والظاهر بين الطائفتين.

بقي الكلام في ما أفاده المحقّق الخوئي رحمته الله بعد ما أورد على التفصيل المذكور في كلام العلامة بقوله: «ولكن يرد على هذا الجمع بالخصوص هنا أمران: أحدهما: أنّه إن كان النظر في الأراضي المملوكة بما كان مملوكاً به مطلقاً ولو كان الإحياء مبدأ في التملك، وإلاّ فالأسباب القريبة للتملك هو غير الإحياء، فلا يبقى مورد لرواية سليمان بن خالد إلاّ نادراً، فيلزم حملها على المورد النادر فهو بعيد؛ إذ قلّما توجد من الأراضي أن لا ينتهي مبدأ التملك فيها إلى الإحياء، فإنّ أصل التملك في أكثرها هو ذلك»^٢.

١ . حاشية كتاب المكاسب للأصفهاني رحمته الله (٣: ٣٦).

٢ . مصباح الفقاهة ٥: ١٤٣.

وحاصل كلامه في الإيراد الأول - على القول بانقلاب النسبة بعد تسلّمه كبروياً - : إنّ هذا الجمع إنّما استلزم بحمل إحدى الطائفتين على المورد النادر فهو غير مرضي.

وأورد ثانياً بما حاصله: إنّ القائل بالجمع بين الطائفتين يفرض دلالة الطائفة الثانية على مدلوليهما بالعموم، وكذا رواية معاوية بن وهب في الطائفة الأولى عامّاً (سواء أكانت مواتاً بالأصالة أو الأرض الخربة التي عمّرت) إلاّ أنّه جعل رواية الكابلي خاصّاً بمن ملكها بالإحياء فقط. وهذا يخصّص رواية الحلبي وابن خالد، فتوجب انقلاب النسبة بين الطائفتين.

ولكنّ السيد الخوئي رحمته الله يفرض في المقام ويقول: «بأنّ روايتي ابن خالد والحلبي عام من جهة أنّ الأرض الخربة التي جائها المحيي الثاني أعم من أن تكون مملوكة بالإحياء أو بغير الإحياء فصارت خربة، وأنّ كونها خربة أعم من أن تكون مستندة إلى تركها وخرابها (كما في روايتي الكابلي ومعاوية) أو كانت الخربة بالقهر والاضطرار، كمنع الغاصب والجائر وجريان السيل وإتيان المطر وعدم قدرته على الاشتغال ونحوها من الموانع بحيث لا يكون الخراب بالترك الاختياري وإخراباً من المحيي، ورواية معاوية بن وهب وإن كانت في نفسها أعم من كون الملكية بالإحياء أو بغيرها؛ لعدم فرض الإحياء فيها ولكنّها أخص من رواية سليمان بن خالد؛ لأنّ الخراب فيها من الترك الاختياري، كما هو مقتضى عطف إخراجها على تركها في رواية الكابلي.

ورواية الكابلي مختصة بخصوص التملك بالإحياء وإن كانت من جهة الترك والخراب مساوية، فتكون أخص من رواية ابن وهب، فمفاد كلا الخاصتين هو أنّ المحيي أحقّ بما أحياه من الأرض الخربة، سواء كانت مملوكة بالإحياء أو بغيرها وإنّه لاحق للمحیی الأول... على كلّ حال نقيّد بهما معاً روايتي سليمان بن خالد والحلي، فتصير النتيجة: أنّ المحيي الثاني أحقّ بالأرض، فليس للأوّل مزاحمته؛ لكونه كسائر الناس في ذلك، ولا حقّ له في الأرض إلا أن يكون الخراب بنفسه أو لمنع الجائر والغاصب عن الإحياء... فإنّ في أمثال ذلك فلا يزول حقّ المحيي الأوّل، بل هو أحقّ بالأرض، وإن جائها (المحیی) الثاني فأحيائها وعمّرها فليردّ إلى الأوّل حقّه، وهذا هو القول الرابع في المسألة، والظاهر لم يقل به أحد فيما نعلم...^١.

بمعنى: أنّه في قبال المشهور القائل ببقاء الأرض على ملك المحيي الأوّل، وأيضاً في قبال القول بانتقال الأرض إلى المحيي الثاني مطلقاً، وكذا في قبال القول القائل بانقلاب النسبة والتفصيل بين ما كان الملكية الحاصلة للأوّل بالإحياء وزوالها عنه بعد الخراب وإحياء الثاني، وما إذا كان بسبب غير الإحياء كسائر النواقل الشرعية، فهي باقية على ملك المالك الأوّل.

ويمكن الإيراد على ما أفاده (كما أورد): بأننا سلّمنا تدريجية بيان الأحكام، إلا أنّ الروايات الواردة في مقام الجواب عن أسئلة السائلين

١ . مصباح الفقاهة ٥: ١٤٥ - ١٤٦.

والاستفتاء للمستفتين لابد أن تكون وافياً بمراد السائل وسؤاله وإلا يستلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أو تعطيله من غير ضرورة كموارد التقية، والظاهر أنَّ المقام من هذا الباب؛ حيث إنَّ الإمام عليه السلام في رواية سليمان بن خالد أطلق الجواب «بلزوم دفع الصدقة» ثم أجاب بعد سؤال السائل «بلزوم دفع حقه إليه» من دون أن يستفصل عن صاحب الأول من أنه تركه بالإهمال أو الاختيار، فلهذا يشكل الحكم بتقيده بما في رواية معاوية بن وهب من تخصيص الحكم بنوع خاص من الترك «...فغاب عنها وتركها فأخربها ثمَّ جاء بعد يطلبها»؛ لأنَّ إطلاقه في القوة بمكان أب عن التقييد بمقيّدات متأخرة.

وهذا الجمع على خلاف المفاهمة العرفية، على أنَّ قوله: «الظاهر أنه لم يقل به أحد» يشهد أنَّ هذه الروايات مع كونها بمعرض ملاحظة الفقهاء من السلف إلى الخلف لم يقل أحد بما أفاده الله في مقام الجمع.

وفي المقام طريق آخر، وهو حمل الطائفة الأولى عن إعراض المحيي الأول، بدعوى: ظهورها فيه، مع أنَّ الطائفة الثانية ليست ظاهرة فيه، ولذا حكم فيها بلزوم «أداء حقه إليه»، فلا معارضة بين الطائفتين؛ لتباين موضوعهما. ومع الإشكال في دعوى الظهور للطائفة الأولى (رواية معاوية بن وهب) على الإعراض؛ لشمول إطلاقه صورة الإعراض وعدمه. مضافاً إلى أنَّ رواية سليمان بن خالد ظاهرة في عدم الإعراض؛ لحكمه عليه السلام بلزوم «أداء حق صاحبه» ومعلوم أنَّ بالإعراض لم يبق حق

للساحب، فهي بهذا البيان ظاهرة في عدم الإعراض، فتكون النسبة حينئذٍ بينهما نسبة الإطلاق والتقييد، ويقيد الإطلاق رواية معاوية بخصوصية رواية سليمان، فينتج ابتناء الحكم بملكية المحيي الثاني وعدمها على الإعراض وعدمه، هذا ما أفيد توجيهاً لدفع المعاوضة بالتباين.

وأورد عليه: بأنّ دعوى الظهور لرواية معاوية في الإعراض غير تامّة؛ لأنّ غايتها الدلالة على ما «إذا غاب عنها وتركها وأخربها...» والغيبة ... أعم من الإعراض؛ لأنّه يمكن الترك والغيبة من دون الإعراض عن ملكية ماله وإن ترك ماله ورفع اليد عنه. ويمكن أن يقرب ذلك بما مثل به في كلام الفقهاء بترك الرجل زوجته من دون أن يعرض عنها وإن صدق على فعله الإعراض عن الزوجة، وقد يعرض عنها بتركها والإعراض عن الزوجية بمعنى الطلاق، ولذلك لا مانع من أن يترك الرجل أرضه وماله ورفع اليد عنها وصدق أنّه أعرض عن ماله ولكن لم يتحقّق بفعله هذا الإعراض عن ملكيته، ففي المقام وطروّ الخراب قد يقترن الترك مع رفع اليد والغيبة عنها من دون أن يعرض عن ملكيتها، وقد يقترن ويتحقّق مع الترك الإعراض عن الملكية لها، فعلى هذا يتمّ القول بتامية الإطلاق لرواية معاوية وشمولها لصورة الإعراض وعدمه (والقول بأنّها شاملة لكلا الصورتين) نعم لو سلّمنا الخصوصية لرواية سليمان بن خالد وأنها ظاهرة فيما لم يتحقّق الإعراض، فيمكن القول بتقييد رواية معاوية بها والحكم بحصول الملكية للمحيي الثاني على ما إذا تحقّق الإعراض، إن لم نقل بأنّ الحكم بلزوم «أداء حقّ الساحب»

أعمّ من الإعراض وعدمه وصحة حكم الشارع بلزوم أداء الحقّ إليه وإن تحقّق منه الإعراض.

فالمتحصّل ممّا ذكر: أنّ الإعراض تارة يدلّ على زوال الملكية، وتارة لا يدلّ عليه، وقد يستدلّ بعدم دلالة الإعراض على زوال الملكية: بأنّ الملكية من الاعتباريات الشرعية العقلائية الحاصلة بأسباب معيّنة، وهي إمّا قهرية كالإرث، وإمّا اختيارية الثابتة المتحقّقة بالقول، كالصلح والبيع و(في المنافع: الإجارة) وإمّا اختيارية متحقّقة بالفعل كالمعاطاة (على القول بها) وبالحيازة، وعندئذٍ إذا لاحظنا الإطلاقات الشرعية نعلم أنّ سببية الإعراض لزوال الملكية غير صحيحة؛ لأنّ إطلاق قوله **«إلا»**: «من حاز ملك» أو قوله: «ما تركه الميب فلوارثه» وهكذا... بإطلاقها شاملة للمعرض وغير المعرض، وهذا دليل على بقاء الملك بعد الإعراض، ومع التنزّل وعدم تسلّم الإطلاق في الأدلّة ووصول النوبة إلى الأصل، فلاستصحاب يقتضي بقاء الملكية بعد إعراض المالك عن ملكه، فالنتيجة: بقاء ملكية المالك الأوّل وعدم تمامية الأدلّة ووفائها لزوال الملكية بالإعراض، إلاّ أنّ الإعراض نفسه يتضمّن الرخصة للغير في التصرف في المال المعرض عنه، وإذناً لتملّك الغير، ومثّل له بما إذا ترك الرجل دابّته في الصحراء وأعرض عنه، فهنا وإن صحّ للغير والتصرف فيها إلاّ أنّ هذا لا يوجب زوال ملكية المالك عنها، بل ويحقّ له الاسترجاع من المتصرف، ففي الأرض لا تزول ملكية المالك الأوّل بمجرد إعراضه عنها، إلاّ أنّه بعد إعراضه لو سبق إليه أحد وقام بإحيائها والعمل عليها ثبت الملكية للثاني، باعتبار أنّ الإحياء يعدّ من أسباب

التملك، وإن أشكل في تحقّق الملكية بالإحياء على نحو الإطلاق حتى فيما كان مسبقاً بالإحياء للغير، ولذلك نقول: إنّ الإعراض مع ضمّ إحياء الثاني يوجب زوال الملكية، فعليه لم يبق للأوّل حقّ حتى يحكم بوجوب «دفع حقه إليه» بشرط أن يكون المحيي الثاني قصد التملك بالإحياء، فيما ذكر يتمّ الجمع بين الطائفتين، بل هو أقرب الوجوه.

لا بأس بما أُفيد في المقام والقول بترجيح هذا المسلك، إلا أنّ الأسهل هو القول - كما ذهب إليه المشهور - بأنّ الإعراض يوجب قطع علاقة المعرض عما أعرض عنه وصيرورته (في المقام) كالمباحات الأصلية، لقيام الارتكاز لدى العقلاء على أنّ الأرض بعد إعراض صاحبها يصير من المباحات، ويكون نسبه المالك الأوّل بعد إعراضه كنسبة سائر الناس إليها، فهو يصير بالنسبة إليها كالأجنبي، ولا يكون جواز التصرف للغير من مقولة الترخيص الضمني من صاحبها.

وهذا الارتكاز وهو المنشأ لقيام السيرة العقلانية على جواز التصرف وإباحته للغير. وربّما تؤيد السيرة بما ورد في صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه، فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وإنّما هي مثل الشيء المباح»^١ فقله عليه السلام: «إنّما هي مثل الشيء المباح» علة للحكم لنفي السبيل، وهذا يناسب القول بقطع علاقة

١ . وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٨، كتاب اللقطة ب ١٣ ح ٢.

المالك عن ماله بالإعراض وصيرورته كالمباح، فالارتكاز والسيرة منضمّاً إلى هذه الصحيحة أدلّ دليل على زوال الملكية، فبزوال الملكية بالإعراض يقوى القول بالمسلك الأخير.

ثم إنَّ الشيخ رحمته الله تصدّى للبحث عن الأراضي المفتوحة عنوة وبعد التعرّض والبحث في أحكام الأراضي بأقسامها قائلاً: «ثمَّ القسم الثالث (أي ما عرضت له الحياة بعد الموت) إمّا أن تكون العمارة فيه من المسلمين أو من الكفّار، فإن كانت من المسلمين فملكهم لا يزول إلّا بناقل أو بطروّ الخراب...»^١ [١]

[١] ولتبين الكلام في المقام نتعرّض إلى الأقسام الستّة التي عنونها المحقّق الخوئي رحمته الله في طليعة البحث قائلاً: «إنَّ الأراضي المملوكة للكفّار على أقسام: الأول: أن تكون باقية على ملكهم فعلاً فلا كلام لنا فيه.

الثاني: أن يسلموا طوعاً ويدخلوا في الاسلام برغبتهم منهم أيضاً مالكون لأرضهم ولا وجه لخروجها عن ملكهم، فهذا أيضاً خارج عن المقام.

الثالث: أن يموتوا ويتركوا أموالهم إراثاً ومنها أراضيهم، فتكون أموالهم وكذلك أراضيهم ملكاً للإمام عليه السلام؛ لأنّه لا وارث له غير الإمام، وهذا لا يختصّ بهم، بل الأمر كذلك في المسلمين أيضاً.

^١ . كتاب المكاسب ٤ : ١٨ .

الرابع: الأرض التي انجلى عنها أهلها من غير حرب، وهي من الأنفال فلله ورسوله، وبعده للإمام عليه السلام.

الخامس: الأرض التي أخذت من الكفار بالحرب والقهر والغلبة وبالخيل والركاب، وهي تسمى بالأراضي المفتوحة عنوة، وهي محلّ الكلام في المقام.

وهنا قسم سادس: وهي الأرض التي لم يتصف بشيء من الأمور المذكورة ولم يجر عليها الخيل والركاب وإنما أخذت من الكفار صلحاً ووصلحوا عليها من غير حرب كأرض الخيبر... وتسمى هذه بأرض الصلح^١.

فاتضح أنّ محلّ الكلام هنا في القسم الخامس، وهو الأرض التي أخذت من الكفار بالحرب، والكلام فيها من جهات:

الأولى: في أنّه هل تملك هذه الأراضي بمعنى: إمكان الملكية فيها أم لا؟ نسب إلى المشهور: أنّ الأراضي المفتوحة عنوة تملك ولو تبعاً للآثار، ينبغي هنا أولاً البحث عن الأخبار الواردة في المقام:

الرواية الأولى ذكرها الشيخ الأعظم ثالث الروايات: ما رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد، عن صفوان بن يحيى، عن ابن مسكان، عن محمد الحلبي، قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: «هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام

^١ . مصباح الفقاهة ٥: ١٤٦ - ١٤٧.

بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد»، فقلت: الشراء من الدهاقين؟ قال: «لا يصلح إلا أن تشتري منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء وليّ الأمر أن يأخذها أخذها» قلت: فإن أخذها منه؟ قال: «يردّ عليه رأس ماله وله ما أكل من غلّتها بما عمل»^١.

وهذه الرواية صريحة في أنّ الأراضي المفتوحة عنوة تنتقل ملكيتها بعد الفتح والتحرير عن ملكية الكفّار إلى عمّامة المسلمين (والمراد من السواد: كثير النخل والزرع) بعد حكمه عليه السلام بآته «لجميع المسلمين» وفسّره «لمن هو اليوم ولم يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد» فإنّها صارت ملكاً لهم بعد القول بظهور الكلام في الملكية بالظهور الإطلاقي، وأمّا من حيث السند فهي صحيحة.

الرواية الثانية: ما رواه الشيخ باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن عبد الله بن جبلة، عن علي بن الحارث، عن بكّار بن أبي بكر، عن محمد بن شريح (جعلها الشيخ رابعها): قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه وقال: «إنّما أرض الخراج للمسلمين» فقالوا له: فإنّه يشتريها الرجل وعليه خراجها، فقال: «لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك»^٢.

فهي تدلّ على المطلب بناءً على حمل الكراهة على فساد المعاملة في قبال المحبوب والمطلوب لا الكراهة التكليفية في قبال الاستحباب

١. وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٩، أبواب عقد البيع ب ٢١ ح ٤.

٢. وسائل الشيعة ١٧: ٣٧٠، أبواب عقد البيع ب ٢١ ح ٩.

أو الواجب والحرام؛ لأنّه في مقام بيان عدم محبوبية الشراء وضعاً؛ لكونها ملكاً للمسلمين بأجمعهم ولا يصح ولا يتم نقلها إلى المشتري، ولكنه في الذيل حكم بجواز الشراء بشرط أداء الخراج، وهذا لعله يكشف عن أنّ الكراهة في صدر الرواية من جهة عدم دفع الخراج، فيشكل تمامية دلالة الرواية على المدعى لذلك، مضافاً إلى أنّ السند مشتمل على عدّة مجاهيل (بكار من أبي بكر، محمد بن شريح الكندي...) .

الرواية الثالثة: ما رواه الشيخ رحمته الله بإسناده عن الحسن بن محبوب، عن خالد بن جرير، عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال (جعلها الشيخ خامسها): «لا تشتري من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة، فإنّما هو فيء للمسلمين»^١.

لا بأس بدلالاتها؛ لتصريحه بالنهاي عن شراء أرض السواد لكونها ملكاً للمسلمين (وهي الأراضي المفتوحة عنوة...) وأما السند، فلا بأس به وعدّه الأصحاب معتبرة.

الرواية الرابعة: ما رواه الشيخ رحمته الله بإسناده عن أبان بن عثمان، عن اسماعيل بن فضل الهاشمي قال: وسألته (أبا عبد الله عليه السلام) عن رجل اشترى أرضاً من أراضي الخراج فبنى بها أو لم يبن، غير أنّ أناساً من أهل

^١ . وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٩، أبواب عقد البيع ب ٢١ ح ٥.

الذمة نزلوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: «يشارطهم، فما أخذ بعد الشرط فهو حلال»^١.

ذكرها الشيخ الأعظم في عداد الروايات المستدلّة بها ولعلّه لما وردت في ذيلها من جواز البناء عليها وأخذ الأجرة من أهل الذمة لسكانهم فيها.

ونوقش في دلالتها: بما ورد في صدرها من جواز تملك الأرض من أهل الذمة بعد عجزهم عن دفع الخراج... إلا أنه بناءً على القول بتمامية التبعية في الدلالة لا بأس بالاستدلال بالذيل كما استدلل، وأمّا السند عدت من المعتمرات.

الرواية الخامسة: ما رواه الشيخ رحمته الله بإسناده عن الصفار، وهذه أول الروايات التي ذكرها الشيخ الأعظم عن أيوب بن نوح، عن صفوان بن يحيى، عن أبي بردة بن رجاء، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: «ومن يبيع ذلك هي أرض المسلمين»، قال: قلت: يبيعهما الذي هي في يده، قال: «ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟» ثم قال: «لا بأس اشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه، ولعلّه يكون أقوى عليها وأملا بخراجهم منه»^٢.

لا بأس بدلالاتها بعد استنكاره لبيع أرض المسلمين، فإنه عليه السلام علل استنكاره بكون الأرض للمسلمين، فلا يجوز تملكها وبيعها، ولهذا أجاز

١. وسائل الشيعة ١٧: ٣٧٠، أبواب عقد البيع ب ٢١ ذيل الحديث ١٠.

٢. وسائل الشيعة ١٥: ١٥٥، أبواب جهاد العدو ب ٧١ ح ١.

البيع بالنسبة إلى ما تعلّق به حقّ المتصرّف. والسند مما لا بأس به وإن كان أبو بردة الأزدي اسمه هاني مجهول؛ لكفاية رواية صفوان عنه أيضاً وغيره من أجلاء الرواة، مضافاً إلى ما نقله العلامة عن البرقي: «أنّه ممدوح».

بقي الكلام فيما قيل أو يمكن أن يقال من إمكان تعلّق الملك أو الحقّ بالأرض المفتوحة عنوة؛ حيث إنّ الاستفادة من النصوص المتقدّمة ولا سيّما رواية الحلبي الصحيحة ملكيتها لعامة المسلمين الشامل لمن هو مسلم حين الفتح أو من يوجد لاحقاً، بل وللكافر حين الفتح وأسلم لاحقاً، أو ولد كافراً فطرياً ثمّ أسلم بعده وإن قيل بكونها ملكاً للمسلمين الموجودين حال الفتح وإن حصلت الملكية لهم بعد وجودهم ودخولهم في الإسلام، والفرق أنّ بناءً على الأوّل ثبوت الملكية للمعدومين دون الثاني، فإنّها ثابتة (أي الملكية الفعلية) لخصوص الموجودين، وفي قبال هذين القولين قول بأنّها ملك لنوع المسلم دون أفرادهم، كما هو كذلك في حصّة الفقراء في الزكاة أو سهم السادة فليست الأرض ملكاً للأفراد حتى نقول بأنّها ملك للموجودين فعلاً وللمعدومين تقديراً.

وقول آخر: إنّها ملك للجهة، كملكية الأوّل للأموال العامة وعبرنا عن ذلك بالشخصية الحقوقية؛ بداهة الفرق بينه وبين الملكية للفرد وللطبيعي ويجيء هذه الأقوال بناءً على تحقّق الحقّ دون الملك. وفي المقام قولان آخران:

أحدهما: المنسوب إلى الشهيد^١ والمحقق^٢ الثانيين، وهو اعتبار الملك أو الحقّ بتبع الآثار. ولكنّ الإشكال: أنّه لا يوجد بهذا القول إشارة في لسان الروايات من أنّها تملك بتبع الآثار.

والآخر: هو القول بفكّ هذه الأراضي عن مطلق الملكية الشخصية والفردية وأنّها موقوفة مصروفة في مصالح المسلمين، إمّا بكونها تصير كالمساجد ولا تقبل الملكية، وإمّا بكونها كالأوقاف العامة وأنّها موقوفة على الجميع، وهذا القول يدلّ عليه مرسله حمّاد: «...والأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الحقّ الخراج...»^٣.

وهذه الرواية مضافاً الى إرسالها مؤوّلة ولا سيّما بعد التصريح في الروايات المتقدّمة الحاكمة بكون الأرض ملكاً لجميع المسلمين، والتأويل هو أنّها ناظرة الى المعنى المذكور في سائر الروايات، ولا سيّما بعد الحكم بوجوب دفع الخراج الى الوالي على ما صالحهم.

والمتحصّل من الأخبار المتقدمة: ترجيح القول بظهورها في الملكية الحقيقية الفعلية في هذه الأراضي لجميع المسلمين عامّة وأنّهم هم الملاك لها بنحو العموم الاستغراقي؛ لما تقدّم من تمامية الظهور الإطلاقي لـ«لام» للمسلمين بأجمعهم بعد كون التعبير بالمسلمين

١. مسالك الأفهام ٣: ٥٦.

٢. جامع المقاصد ٧: ١٠.

٣. وسائل الشيعة ١٥: ١١٠، أبواب جهاد العدو ب ٤١ ح ٢.

بصيغة الجمع المحلّي «بالأل» وأكد ذلك في كلامه «لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد» فلا إشكال في تحقّق الملكية لهم فعلاً وأنها ثابتة لهم بالفعل حتى المعدومين منهم بحسب ما يستفاد من النصوص ولا سيّما صحيحة الحلبي، إلا أنّه أشكل: بأنّ الملكية وإن كانت من الأمور الاعتبارية (غير حقيقية) وليست وزانها وزان إضافة فوق إلى السقف والأبوة إلى زيد. إلا أنّها لا مجال لإضافتها إلى الطرف المعدوم، فهي وإن سلّمنا إضافتها الفعلية إلى عامّة المسلمين الموجودين، ولكن إضافتها إلى المعدوم كمن يأتي بعد في الإسلام من الكفار والمسلمين في العصور المتأخّرة محل إشكال وهو أنّ المعدوم لا يعقل أن يملك شيئاً.

وقد أجيّب عن هذا الإشكال بوجوه حتى أتعّب بعضهم نفسه لدفع هذا الإشكال وأراد حلّ المشكلة لصحة الإجارة بالنسبة إلى المنافع غير الموجودة في المملوك المعدوم، وأيضاً جواز بيع الثمرة الموجودة مع المعدومة، أي لهذه السنة والسنة القادمة.

وبالجملة: تصوير الصحة في الإمكان عقلاً وشرعاً، أي إمكان ملكية المعدوم بملاحظة فهم العرف والعقلاء؛ لأنّ المدار على المفاهمة عندهم، إلا أنّ الذي يسهّل الخطب هو ما ذكرنا آنفاً من الوجوه المتصوّرة الخمسة في تصوير الملكية من الالتزام بكون الملكية لنوع المسلم وطبيعي المسلمين دون أفرادهم، أو القول بملكية الأرض لأحد الموجودين من المسلمين في عصر ونسل لكنّها ملكية محبوسة ومحدّدة، أو القول بأنّها ملك للجهة لملكية الأول للأموال العامّة،

ولذلك نقول: إن مدلول قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لمن هو اليوم ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد» هو الإطلاق والشمول وامتداد الحكم بالنسبة إلى المسلمين إلى يوم القيامة، ولا يختص الحكم بزمان التشريع، فالقضية مجعولة على سبيل القضية الحقيقية، فيتضح عدم اختصاص الحكم بالموجودين، فتكون الملكية فعلية بفعالية موضوعها (كما هو الشأن في كل الأحكام المجعولة على النحو القضية الحقيقية)، وبما ذكر يتضح الفرق بين هذه الأقوال والفرق بين القضية الحقيقية والقضية الطبيعية؛ حيث إنّ في القضية الطبيعية لا علاقة بالأفراد مع أنّ في الحقيقة ثابت للأفراد حقيقة، وهنا يلزم بيان استعراض أنواع الملكية المعنونة عند الشرع والعرف في الأموال الشخصية والأموال الكلية النوعية.

أما الشخصية فواضح؛ لأنّ العين ملكاً للشخص مع منافعها كما في جميع الأموال المتعلقة بالأشخاص، كما يمكن أن تكون العين للشخص وتكون منافعها للآخر، كالأموال المستأجرة.

وأما النوعية: فتارة: تكون العين ملكاً للنوع دون الشخص مع أنّ منافعها يكون ملكاً للشخص بالفعل، كالأعيان الموقوفة في الوقف الخاصّ على الأولاد مثلاً فالمنافع ملك لطبيعي الأولاد دون أفرادهم، ولا يتوقف التمليك لها على الإقباض.

وتارة: تكون العين والمنفعة ملكاً للنوع، كالوقف على العناوين العامة مثل الفقراء والعلماء، فهنا تكون المنفعة مملوكة للنوع.

والفرق بين هذا القسم والقسم السابق: أنّه يملك هنا المنافع بالإقباض.

وتارة: تكون الأعيان والمنافع للنوع والطبيعة والجهة مع قابلية الملكية بأعيانها للأفراد، كسهم السادة وسهم الفقراء في باب الزكاة. وتارة: تكون ملكاً للجهة، ويعبر عنها بالملكية الحقيقية في قبال الملكية الشخصية، واستقرب بعض الأعلام عدّها من مصاديق ملكية الجهة والطبيعة، فكما أنّ المال (في الفرض الثالث) لا يكون ملكاً للفرد عيناً ومنفعة (وإن عدّ الفرد من مصاديقها) ففي المقام كذلك. ومن مصاديق هذا القسم ملكية الحكومة والدولة بالنسبة الى الأموال العامّة، إلّا أنّ الإشكال هو كون العين والمنفعة في الفرض الثالث قابلتان للملكية بالإقباض، مع أنّ في الفرض الأخير لا يمكن تصوير ملكية العين للفرد بل هي باقية على ملكية الجهة.

وكيف كان، الذي يخطر بالبال اشتراك جميع هذه الموارد في الملكية النوعية مالكية العنوان والنوع للعين مع الفرق في المالكية بالنسبة الى المنافع، كما في الوقف الخاص (كالأولاد) فإنّ الموقوف عليهم (على نحو القضية الطبيعية) يملكون المنافع يصرف وجودهم وحياتهم، وكذا في الأوقاف العامّة يملكون المنفعة بالإقباض ولا سبيل لغير الموقوف عليهم فيهم ولا سيّما مع وجود المتولّي الخاص.

وأما في ما إذا كانت الملكية (للعين والمنفعة) للنوع والطبيعة، ففيها تكون العين والمنفعة مملوكتين للأفراد، كعين سهم السادة في الخمس وسهمي الفقراء والمساكين (في الزكاة) وأنّهما ملك لطبيعي السيّد وكذا

الفقراء، فإنَّهما بعد القبض يصيران مالكا للعين والمنفعة، فاتضح الفرق بين هذا القسم والوقف الخاص والعام أنَّه هنا يتحقَّق الملكية بالنسبة الى العين والمنفعة دون باب الوقف، فإنَّ العين فيه محبوسة وتكون المنافع للأفراد في الأول وللعناوين بعد القبض، مضافاً الى أنَّ المتصدِّي لتنسيق أمرها هو الحاكم والولي. وأمَّا في الملكية الحقيقية لا يتحقَّق الملكية بالنسبة الى العناوين ولا المنافع؛ لأنَّ الأموال متعلِّقة بالعموم، أي عامَّة الناس ولكنَّ المتصدِّي للتصرّف وصرفها في منافع الملاك في كلِّ عصر هو الحاكم بمعنى الدولة وإن عبّرنا بالملكية الحقيقية لضيق الخناق، ففي الأراضي المفتوحة لا يبعد بكونها كذلك؛ لتصريح النصوص بملكيتها «للمسلم» في عصر ونسل، وقد مرَّ ممَّا أن المراد منها نوع من الملكية المحبوسة المجدّدة، ولذا لا نقول بكونها ملكاً للحكومة، إلاَّ أنَّ المتصدِّي لصرف منافعها تنسيقاً وتنظيماً لأمرها هو الحكومة.

ولذا صرَّح الشيخ الأعظم رحمته الله بعدم مالكية عين الأراضي لأحد «وظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزءاً من المبيع، فيدخل في ملك المشتري نعم، يكون للمشتري على وجه كان للبائع: أعني مجرد الأولوية وعدم جواز

مزايمته إذا كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته ولو لعموم الشيعة...^١.

ثم نقل كلام «المبسوط»^٢: إطلاق المنع عن التصرف فيها وحمل كلامه على صورة عدم الإذن حال حضوره (الإمام عليه السلام)، ثم نقل كلام «الدروس»^٣: بنفوذ التصرف في حال الغيبة شاهداً على ما حمل عليه كلام «المبسوط».

وكيف كان، الذي يستفاد من كلمات الأعلام من الفقهاء عدم ملكية الأراضي المفتوحة عنوة للأفراد، وهي باقية على ملكية عنوان «المسلم» وإنما الكلام في جواز التصرف وإباحته، ففي زمان الحضور صرح الشيخ رحمته الله «أما في زمان الحضور والتمكّن من الاسئذان، فلا ينبغي الإشكال في توقّف التصرف على إذن الامام عليه السلام؛ لأنّه وليّ المسلمين فله نقلها عيناً ومنفعة... وأما في زمان الغيبة، ففي عدم جواز التصرف إلاّ فيما أعطاه السلطان الذي حلّ قبول الخراج والمقاسمة منه، أو جوازه مطلقاً نظراً الى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشيعة... أو التفصيل بين من يستحقّ أجرة هذه الأرض، فيجوز له التصرف فيها... وبين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض،... أو بين ما عرض له الموت

١ . كتاب المكاسب ٤ : ٢٢ .

٢ . المبسوط ٢ : ٣٤ .

٣ . الدروس الشرعية ٢ : ٤١ .

من الأرض المحيية حال الفتح وبين الباقية على عمارتها...وجوه أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس...»^١.

فالأقوال بالنسبة الى جواز التصرف فيها في عصر الغيبة - على ما

أفاده الشيخ رحمته الله - خمسة:

الأول: القول بعدم لزوم الإذن مطلقاً.

الثاني: متوقف على الإذن ولو من السلطان الجائر.

الثالث: لزوم الاستئذان من الحاكم الشرعي.

الرابع: قول بالتفصيل بين من يستحق أجره هذه الأرض وبين غيره.

الخامس: التفصيل بين الأراضي التي عرضت لها الموت وبين

الباقية على عمارتها حال الفتح.

وما أفاده من أنّ الاحتمال الثالث (لزوم الاستئذان من الحاكم

الشرعي) هو الأوفق بالقواعد تام؛ لأنّ بعد تمامية الدليل على ملكية

هذه الأراضي لعامة المسلمين (أو كونها متعلقاً لحقهم) لا يجوز

التصرف فيها إلا بإذن من كان له الولاية على الأموال والنفوس.

ثمّ تعرّض الشيخ رحمته الله الى بيان حكم المعاملة على الأجزاء المنفصلة

عن هذه الأراضي بقوله رحمته الله:

«... ومما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنون، كأوراق

الأشجار وأثمارها وأخشاب الأبنية والسقوف الواقعة والطين المأخوذ

^١ . كتاب المكاسب ٤: ٢٦ - ٢٧.

من سطح الأرض والجص والحجارة ونحو ذلك، فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكاً للمسلمين...»^١ [١].

[١] فالمستفاد مما أفاده أنه كما لا يجوز بيع أعيان الأراضي المفتوحة عنوة فكذلك لا يجوز المعاملة بأقسامها على أجزاء المنفصلة عنها؛ لأن القاعدة كما تقتضي البطان في الأعيان فكذلك فيها، إلا أنها ادعي قيام السيرة على جواز التصرف في هذه الأراضي بالبيع (ولا سيما في أراضي العراق أنها ورد من أراضي الفارس، مثل الكوفة التي هي المتيقن منها) بالنسبة إلى أصل الرقبة وكذلك الأجزاء منها، فهذه السيرة لو تمت تكون مخصصة للأدلة الدالة على عدم جواز التصرف.

ولكن المناقشة في تماميتها من حيث الاتصال بزمان المعصوم (وإن نقل الاتصال في قضية..) مضافاً إلى النقاش في الصغرى بمعنى: أنه وإن علمنا بتمامية الكبرى (وهو عدم جواز المعاملة على المفتوحة عنوة) ولكن لا شك في أن تلك الأراضي في أيام الفتح لم تكن عامرة بأجمعها (بل كانت بعضها من الموات التي هي داخلة في ملك الامام عليه السلام) فالحكم بعدم جواز المعاملة بالنسبة إلى الكل مما يحتاج إلى إحراز كون المفتوحة عامرة، وصرف العلم الاجمالي بوجود الأراضي المفتوحة في تلك الأراضي (العراق وبعض حوايلها وكذلك إيران) لا يوجب التنجيز بعدم كون الجميع محلاً للاستيلاء ليوجب

^١ . كتاب المكاسب : ٤ : ٢٧ .

تنجيز التكليف؛ حيث إنّ بعضها باقية على ملك الكفّار من أهل الذمّة في مقابل دفع الجزية وبعضها باقية على ملكهم بإسلامهم طوعاً، وبعضها من الأراضي الخراجية (كما إذا أخذت من ملكهم وفوّض اليهم بشرط دفع الخراج) وبعضها أن يكون من المفتوحة عنوة، وهذه تارة معمورة حين الفتح، وتارة من الموات والمتيقّن من هذه الأقسام المحكوم بكونها ملكاً للمسلمين هي القسم الأخير (ما كانت معمورة حين الفتح) ولذلك يشكل الإحراز (صغروباً) ولا سيّما بعد ثبوت اليد على تلك الأراضي المقتضى للملكية، هذا مضافاً الى أنّ الشك في كونها عامرة حين الفتح تجري أصالة العدم؛ لأنّ العمران أمر حادث فيثبت صحة جميع التصرفات بمقتضى العمومات الدالّة على لزوم الوفاء بالعقد ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فإنّها تدلّ على لزوم الوفاء بالعقد عدا العقد الواقع على المفتوحة عنوة، وعند الشك في أنّ المعاملة واقعة على المفتوحة عنوة (لصدق عنوانها من كونها عامرة وعدم كونها من الخراجية وعدم كونها من الموات) يعود الشك الى العنوان المخصّص وصدقه، فيجري الأصل المذكور، والله العالم.