# بررسی اتجاه سوم در علاج تنافی بین دو طائفه

در اتجاه سوم که قائل به وجود جمع عرفی بین روایات دو طائفه بود، وجوهی از جمع عرفی بین طائفتین در کلمات ذکر شده که نتیجه بعضی از آنها موافق نظر مشهور، و نتیجه بعضی از آنها مخالف نظر مشهور است.

## وجه جمع اول

در بلغه الفقیه و مصباح الفقاهه فرموده اند که روایات طائفه دوم، قرینه است بر رفع ید از مفاد روایات طائفه دوم؛ چون دلالت روایات طائفه اول بر حصول ملکیت به ظهور است و حجیت ظهوردر جایی است که در مقابل آن نص و قرینه بر خلاف نباشد، لذا به قرینه طائفه دوم می گوییم مراد از "له" در طائفه اول، اولویت و احقیت است نه ملکیت.

### اشکال در وجه جمع اول

از آن چه گفته شد معلوم می شود که این وجه جمع تمام نیست، چون همان طور که دلالت طائفه اول بر حصول ملکیت به ظهور است، دلالت طائفه دوم هم بر عدم ملکیت به ظهور است نه به حد نص. اولا گفتیم خراج به معنای اجرة الارض نیست و برفرض هم که به این معنی باشد، این در حد ظهور است، و خراج نهایتا ظهور دارد در این که به معنای اجرة الارض است نه صراحت.

البته آقای صدر ادعا کرده است که برخی روایات طائفه اول مثل صحیحه عبد الله بن سنان هم صریح در ملکیت است، اما این مطلب صحیح نیست چون گفتیم دلالت روایت عبد الله بن سنان از باب اطلاق مقامی و سکوت در مقام بیان است و موجب ظهور است نه نص.

## وجه جمع دوم

جمع دیگری که مرحوم آقای صدر در اقتصادنا مطرح کرده است، این است که بعضی از روایات طائفه اول ظهور در حصول ملکیت دارند مثل روایات طائفه ثانیه که ظهور در عدم حصول ملکیت دارند، اما برخی روایات طائفه اول مثل صحیحه عبد الله بن سنان، به صراحت دلالت بر حصول ملکیت می کند.

وقتی چنین شد جمع عرفی این است که روایات صریح در دو طائفه با هم تعارض و تساقط می کنند و روایات ظاهر در طائفه اول مرجع بعد از تعارض نصین خواهد بود. همان طور که وقتی خاصین تعارض و تساقط کردند، به عام فوقانی به عنوان مرجع اخذ می کنیم. پس اگر احد النصین مرجحی نداشتند به ظاهر رجوع می کنیم و طبیعتا نتیجه این جمع، موافق نظر مشهور خواهد بود.

### اشکال در وجه جمع دوم

هرچند ایشان این قاعده را در چند جا مطرح کرده اند\_دراقتصادنا ودربحوث في شرح العروة درموارد متعدد\_، اما این قاعده از حیث کبروی تمام نیست، همان طور که خود ایشان معترف است به این که اصحاب این قاعده را قبول ندارند و فقط در تعارض خاصین، عام را به عنوان مرجع بعد از تساقط می دانند.

وجه تمام نبودن این قاعده این است که در این موارد به حسب فهم عرفی، مجموع ادله وارده با هم متعارض حساب می شوند، و چون مجموع ادله متعارض حساب می شوند، دیگر نحوه و کیفیت دلالت که صریح باشد یا ظاهر، دخلی در حل تعارض ندارد. چنین نیست که عرف بگوید فقط نص ها با هم تعارض دارند و ظاهر از مورد تنافی خارج باشد، بلکه عرف مجموع هر سه دسته روایت را متعارض می بیند.

اما اشکال صغروی در تطبیق این مبنی، این است که در روایات طائفه اول نص نداریم، و روایات طائفه دوم هم ظاهر است نه نص، لذا مورد از اقسام تعارض ظاهرین است نه تعارض نص و ظاهر یا اظهر و ظاهر.

## وجه جمع سوم

وجه دیگری که ایشان فرموده، این است که این دو طائفه روایت که هر دو را نص حساب کردیم، در نظر اولی و بدوی نص هستند اما بعد از تامل و تحلیل، هر کدام از این ها، از یک جهت نص است و از جهت دیگر ظاهر است. وقتی چنین شد و تنافی بین نص کلّ منهما و ظهور دیگری باشد، نصوصیت هرکدام قرینه بر رفع ید از ظهور دیگری می شود، نظیر آن چه در جمع بین "صلّ الجمعه" و "صل الظهر" بیان شد.

تطبیق این مبنی بر مقام این است که روایت عبد الله بن سنان، نص و صریح است در این که اداء خراج بالفعل واجب نیست، اما این که این عدم وجوب اداء، به حکم اولی و طبع اولی است، به نحو ظهور است؛ چون ظاهررجوع سائل به امام غیرمبسوط الید این است که ازباب مفتی به امام رجوع کرده است نه ازباب ولی الامر وقتی امام غیرمبسوط الید بفرماید این زمین خراج ندارد، ظاهر است در این که حکم اولی شرعی عدم وجوب است هرچند محتمل است از باب عفو در مقام عمل باشد ولی این احتمال خلاف ظاهراست.

طائفه دوم هم نص است در این جهت که ملکیت برای محیی حاصل نشده است، چون اجرة الارض منافات با ملکیت دارد، اما این که آیا فعلا هم باید اجرت را اداء بکند به نحو ظهور است، چون وقتی امام می فرماید این زمین خراج دارد، ظاهر در این است که فعلا باید خراج بدهد و اغماض نکرده است.

به نصوصیت روایت ابوخالد در عدم ملکیت، رفع ید می شود از ظهور روایت عبد الله سنان در ملکیت و عدم ثبوت خراج. آن چه در مقام مفید است این است که از جهت حصول ملکیت وعدم آن، این مدلول از روایت ابوخالد به نصوصیت استفاده می شود، اما از عبد الله بن سنان به ظهور استفاده می شود.

نتیجه این جمع، مخالف نظر مشهور است.

### اشکال در وجه جمع سوم

این جمع از جهت کبروی اشکالی ندارد و جمع عرفی است، لذا در مثال "صل الجمعه" و "صل الظهر" به این جمع ملتزم می شویم و تخییر بین وجوب ظهر و جمع را نتیجه می گیریم.

اما از نظر صغروی تمام نیست، چون صحیحه عبد الله بن سنان دلالتش به ظهور است نه نصوصیت، و دلالت روایت ابی خالد هم به ظهور بود نه نصوصیت.

## وجه جمع چهارم

وجه جمع دیگر این است که بر اساس نظریه انقلاب نسبت، بین روایات جمع کنیم:

طائفه اول ودوم متعارض هستند، اما اگر در کنار دو طائفه متباینین، طائفه ثالثی داشتیم که اخص مطلق از یکی از دو طائفه است، نسبت تباین به نسبت عموم و خصوص مطلق منقلب می شود. مثل اکرم کل عالم و لاتکرم ای عالم که متباین هستند، ولی اگر طائفه ثالثه ای با مفاد اکرم الفقیه وارد شد، نسبت منقلب می شود. اکرم الفقیه با طائفه اول تنافی ندارد و فقط طائفه دوم را تخصیص می زند. وقتی طائفه دوم تخصیص خورد، نسبتش با طائفه اول عموم و خصوص مطلق می شود و آن را تخصیص می زند.

تطبیق نظریه انقلاب نسبت بر مقام این است که طائفه اول دلالت می کند بر این که احیاء موجب ملکیت است مطلقا. طائفه دوم هم دلالت می کند بر این که احیاء موجب ملکیت نیست مطلقا و محیی باید اجرت بدهد. اما طائفه سومی داریم که در آن ها گفته شده است که امام برای شیعیان حلال کرده اند که در زمین ها تصرف کنند و لازم نیست اجرتی بدهند. با این روایات طائفه ثالثه، روایات طائفه دوم را تقیید می زنیم و طائفه دومِ تخصیص خورده اخص مطلق از طائفه اول و مقدم بر آن می شود.

### اشکال مرحوم آقای صدر به وجه جمع چهارم

ایشان در مقام اشکال به این جمع فرموده است اولا، کبرویا نظریه انقلاب نسبت را قبول نداریم.

ثانیا، صغرویا این نظریه در جایی قابل تطبیق است که طائفه سوم با طائفه اول موافق در مضمون باشد، مثل اکرم الفقیه که با اکرم العالم موافق در مضمون است. اما در ما نحن فیه طائفه سوم، دلالت دارد بر این که نهایتا تحلیل و جواز تصرف ثابت است، اما این که محیی مالک می شود، از روایات طائفه سوم استفاده نمی شود. وقتی حصول ملکیت از روایات طائفه ثالثه استفاده نشد، نمی تواند تنافی را از راه انقلاب نسبت حل کند.

به نظر می رسد اشکال صغروی ایشان تام است.

اما اشکال کبروی، مبتنی بر بحث اصولی انقلاب نسبت است. مرحوم نائینی فرموده نظریه انقلاب نسبت از اموری است که تصور آن موجب تصدیق آن است.

ایشان اصلی تاسیس کرده و فرموده است: هرجا دلیل ثانی، علی تقدیر اتصالش موجب تغییر ظهور دلیل اول شود، در فرض انفصال هم موجب هدم حجیت ظهور آن وقرینه برمراد جدی می شود . طبق این اصل، نظریه انقلاب نسبت مئونه زائده ای بیش ازنکته عرفی تخصیص ندارد، برخلاف نظر مرحوم آقای صدر که فرموده انقلاب نسبت علاوه برنکته قرینیت عرفیه تخصیص مئونه زائده دارد.

اگر هیچ کدام از جمع های عرفی تمام نشد، اتجاه ثالث تمام نخواهد بود، لذا تعارض مستقر است و باید از راه قواعد باب تعارض (اتجاه چهارم) مسأله را حل کنیم.

# بررسی اتجاه چهارم در علاج تنافی بین دو طائفه

در اتجاه چهارم باید ببینیم آیا مرجحی برای احدی الطائفتین وجود دارد یا نه.

یکی از مرجحات باب تعارض شهرت روائی است، یعنی اگر یک روایت مشهور باشد به نحوی که در منابع و اسناد مختلف نقل شده باشد، بر روایتی که مشهور نیست، مقدم است. مرجحی که بعد از این مرجح مطرح میشود، موافقت با کتاب و مخالفت با عامه است.

در محل بحث هم این ترجیحات ممکن است مطرح شود.

## مرجح اول

ترجیح اول یعنی موافقت با شهرت در روایات طائفه اول وجود دارد، با توجه به کثرت نقل و ادعای تواتری که شده است و این مصداق شهرت روائی است. اما اشکالی که وجود دارد، اشکال کبروی است زیرا مرجحیت شهرت مورد قبول نیست. هرچند در مقبوله ترجیح به شهرت روائی ذکر شده، اما مورد مقبوله باب قضاء است و در غیر باب قضاء دلیلی بر مرجحیت شهرت نداریم، حتی اگر مقبوله از نظر سندی تمام باشد. ملازمه ای هم در کار نیست؛ چون در قضاء بناء بر فصل خصومت است و این که به نحوی نزاع ختم شود و معنی ندارد که در منازعات توقف یا احتیاط کرد، لذا اگر در باب قضاء شهرت مرجح قرار گرفت، ملازمه ندارد با این که در موارد دیگر هم شهرت مرجح باشد.

## مرجح دوم

تطبیق مرجحیت موافقت کتاب در مانحن فیه قبلا مطرح شد. مرحوم آقای صدر فرموده است که طائفه دوم موافق کتاب است، چون از آیه "لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الّا ان تکون تجارة عن تراض" استفاده می شود که تصاحب و تملک اموال یکدیگر به غیر تجارة عن تراض جائز نیست، و غیر از تجارة عن تراض امر دیگری سببیت برای تملک اموال ندارد. بنابراین، روایات طائفه اول که دال بر حصول ملکیت بالاحیاء است، مخالف باعموم واطلاق کتاب خواهد بود چون چیزی که مصداق تجاره عن تراض نیست را مصداق مملّک قرار داده اند. هرچند این موافقت و مخالفت به نحو اطلاق و عموم است، اما در مقام ترجیح، موافقت با عموم و اطلاق جزء مرجحات است و روایات طائفه دوم موافق کتاب خواهد بود.

این ترجیح متوقف بر این مقدمه است که زمین موات را قبل از احیاء ملک امام علیه السلام بدانیم، والا اگر از مباحات باشد این مرجح تطبیق نمی شود چون در آیه شریفه فرض وجود ملکیت دیگران (اموالکم) شده است، لذا این آیه مرجح نخواهد بود.

این بحث در خصوصیت پنجم مطرح شد، و لذا گفتیم که خصوصیت پنجم در تعیین مختار در مساله تاثیر دارد.

مختار ما در خصوصیت پنجم این بود که آن چه از روایات استفاده می شد، این بود که روایاتی که دلالت بر ملکیت امام علیه السلام نسبت به موات می کند، اشکال سندی داشت. روایاتی هم که مشتمل بر عنوان "خربه" بود اشکال دلالی داشت؛ چون عنوان خربه ولو در مقابل عامره است، اما خربه به غیرعامری که مسبوق به احیاء باشد گفته می شود نه به مطلق غیر عامره. عمده تسالم و ارتکاز متشرعه است و اگر کسی در آن اشکال کند، دلیلی بر ملکیت امام نسبت به زمین موات نداریم.

اما اشکالی که در ترجیح به موافت کتاب مطرح است، این است که برخی گفته اند فقط موافقت با عموم کتاب از مرجحات است نه موافقت با اطلاق کتاب.

مشهور، موافقت با اطلاق کتاب را هم مرجح می دانند، چون مشهور اطلاق را مدلول کلام متکلم می دانند لذا موافقت با اطلاق، موافقت با مدلول کتاب حساب می شود. اما در مقابل نظر مشهور، برخی مثل امام و آقای خوئی قائل اند به این که اطلاق مدلول کلام نیست، بلکه اطلاق حکم عقل است یا حکم عقلاء. یعنی در جایی که متکلم قیدی را ذکر نکرده، عقلاء حکم می کنندیا عقل حکم می کند که مکلف در سعه است والا اطلاق مدلول کلام نیست. طبق این مبنی موافقت با اطلاق کتاب مرجح نخواهد بود. در مقام، آیه با ادات استثناء و حصر است و اگر دلالت ادات استنثاء بر حصر دلالت اطلاقی باشد، این شبهه وجود خواهد داشت.

## مرجح سوم

اگر ترجیح به موافقت کتاب مورد نداشته باشد، نوبت به ترجیح به مخالفت عامه می رسد. آقای صدر در اقتصادنا مطرح کرده است که در میان عامه این نظر وجود دارد که قائل به عدم مملّکیت احیاء و لزوم پرداخت اجرت شده اند، اما در نتیجه نهائی اعتراف کرده اند به این که این حکم عدم ملکیت در میان عامه به نحوی که در کلام مرحوم شیخ طوسی و بحر العلوم مطرح است، نیست؛ بلکه فقط در بعضی از صور موات بالاصاله این را گفته اند نه هر زمین موات بالاصاله.

اما در بحث احیاء موات که جزء مقالاتی است که در کتاب محاضرات تاسیسیه مطرح شده، تصریح کرده اند به این که رأی عامه هم حصول ملکیت بالاحیاء است نه عدم ملکیت، لذا مرجحیت مخالفت با عامه برای روایات طائفه دوم است نه طائفه اول.

در کلام مرحوم شیخ طوسی در خلاف آمده است که:

مسألة 3: «الأرضون الموات للإمام خاصة لا يملكها أحد بالاحياء، إلا أن يأذن له الامام و قال الشافعي: من أحياها ملكها، أذن له الإمام أو لم يأذن. و قال أبو حنيفة: لا يملك إلا بإذن و هو قول مالك[[1]](#footnote-1)»

یعنی بعد از احیاء، همه عامه شافعی، ابوحنیفیه و مالک قائل به حصول ملکیت شده اند.

لذا اگر نوبت به مرجح سوم رسید، طائفه اول موافق عامه خواهند بود و طائفه دوم مقدم خواهند شد، پس نتیجه این ترجیح نظر مخالف مشهور است (عدم مملکیت احیاء).

موافقت با سنت قطعیه هم جزء مرجحات است اما در مانحن فیه تطبیق نمی شود، مگر این که قطع به صدور روایات طائفه اولی داشته باشیم که در این صورت اگردرمقابل طائفه دوم درطائفه اول روایاتی بودکه معارض باطائفه دوم قرارگیرد وروایات طائفه اول به لسان >من احیی ارضاً مواتاً فهي له< متواترباشند دراین فرض رواياتی از طائفه اول که معارض طائفه دوم باشد موافق با سنت قطعیه و مقدم می شود.

## مقتضای دلیل اجتهادی و اصل عملی بعد از تساقط

اگر در مقام علاج تنافی هیچ کدام از وجوه عرفی مورد قبول قرار نگرفت، و هیچ کدام از دو طائفه هم مرجح در مقام تعارض نداشتند، تساقط می کنند. لذا باید ببینیم حکم مساله بعد از تعارض و تساقط طائفتین، به لحاظ دلیل اجتهادی و اصل عملی چیست؟

### مقتضای دلیل اجتهادی

به لحاظ دلیل اجتهادی، ممکن است گفته شود که اگر در حجیت سیره عقلائیه مجرد عدم ثبوت ردع را کافی بدانیم و نیاز به احراز امضاء نباشد، مانحن فیه از مصادیق این قاعده است؛ چون قطعا نزد عقلاء احیاء موجب ملکیت است. لذا سیره عقلائیه وجود دارد و روایات طائفه ثانیه چون معارض دارد نمی تواند رادع از این سیره باشد. پس اگر عدم ثبوت ردع، برای حجیت سیره کافی باشد، استناد به سیره تمام است. اما اگر بگوییم نیاز به امضاء داریم (که طبق این مبنی با وجود خبر ضعیف در مقابل هم به سیره نمی توان استناد کرد) استناد به سیره در این جا تطبیق نمیشود.

#### اشکال به تمسک به سیره عقلاء و جواب از آن

اشکالی که به استناد به این سیره مطرح است این است که این سیره عقلائی، مطلق نیست بلکه مقید است به این که مال، متعلق به شخص دیگری نباشد و مال رها شده باشد، والا احیاء ملک غیر، عند العقلاء مملّک نیست. پس اگر زمین موات را ملک امام بدانیم، مورد از موارد وجود سیره عقلائیه نخواهد بود. بله اگر موات را از مباحات بدانیم و ملک امام نباشد، این تقریب از استدلال به سیره قابل طرح است.

ممکن است از این اشکال جواب داد به این که: بله، این سیره مطلق نیست و مقید است به موارد عدم تعلق مال به غیر، اما این که در این موارد، احیاء را موثر نمی دانند، اولا در جایی است که مال، ملک برای اشخاص باشد نه ملک عناوین، و ثانیا شخص هم نسبت به مال خود اهتمام داشته باشد به نحوی که بخواهد آن را در مصارف شخصی خود مصرف کند، که در این موارد احیاء را کالعدم می دانند و اثری برای آن قائل نیستند. اما در مانحن فیه هرچند بگوییم زمین موات قبل از احیاء ملک امام است، اما اگر قائل شویم که ملکِ عنوان عام امام است، این اشکال وارد نخواهد بود؛ یا اگر بگوییم زمین موات ملک شخص امام است اما امام آن را در معرض انتفاع عامه ناس قرار داده و مصرف شخصی از آن نمی کند، چنین نیست که عقلاء در این جا هم احیاء را کالعدم بدانند. لذا مهم در سیره عقلاء این است که شخص نسبت به مال اهتمام داشته باشد نه این که مالک باشد، بلکه حتی اگر موات ملک غیر نباشد و فقط متعلق حق غیر باشد ولی شخص اهتمام داشته باشد، احیاء مملّک نیست، لذا در شرایط مملّکیت احیاء خواهیم گفت که یکی از شرایط مملّکیت احیاء، این است که زمین مورد حق تحجیر غیر نباشد.

پس مجرد این که موات مملوک امام و ملک غیر است، مانع از استناد به سیره عقلاء نمی شود.

### مقتضای اصل عملی

به لحاظ اصل عملی، اصل عملی موافق حصول ملکیت نیست، بلکه مقتضای اصل عملی در وضعیات، عدم حصول آن امر وضعی است؛ یعنی شک داریم که برای احیاء، مملکیت تشریع شده است یا نه، و اصاله الفساد در معاملات مقتضی حکم به عدم ملکیت است؛ چون ملکیت امر وجودی مسبوق به عدم است و احتیاج به دلیل دارد.

بحث در مملکیت احیاء تمام شد. نتیجه بحث این شد که احیاء هم یکی از اسباب ملک است و چنین نیست که حیازت سبب منحصره ملک باشد که محقق ایروانی فرمود. منتهی اگر در زمین موات قائل شدیم که از مباحات است، احیاء از اسباب اولیه ملکیت خواهد بود و الا اگر قائل شویم به این ملک امام بوده، بالدّقه سبب اولی ملک نیست ولی می توان گفت که سبب اولی ملکیت شخصی افراد است، البته مناقشه در این که عنوان سبب اولی ملک بر آن صادق است اهمیتی ندارد.

# ذکر جهاتی در بحث مملکیت احیاء موات

غیر از بحث اصل مملّکیت احیاء، جهاتی از بحث مملّکیت بحث احیاء وجود دارد. بحث اصل مملکیت احیاء، در کتب مختلف مطرح شده (در ابواب چهارگانه: کتاب احیاء موات، بحث شروط عوضین کتاب مکاسب، کتاب الخمس والانفال و کتاب الجهاد) اما جهات دیگر فقط در کتاب احیاء موات ذکر شده است که به عنوان اشاره مطرح می شود.

## جهت اول، ذاتی بودن عنوان احیاء

جهت اول در بحث مملکیت احیاء موات این است که ما هو السبب للملکیّه، عنوان ذاتی و خارجی احیاء است یا این که احیاء عنوان قصدی است و قصد احیاء در آن اثر دارد. از نوع کلمات استفاده می شود که احیاء عنوان قصدی نیست و امری ذاتی است؛ زیرا عنوان "من احیی" که در ادله ذکر شده، طبق فهم عرف بر عمل تکوینی خارجی صادق است ولو به قصد احیاء انجام نشده باشد.

اما بعضی از محققین ذات احیاء و نفس عمل تکوینی احیاء را موجب ملکیت ندانسته اند:

اولا از کلمات برخی از ایشان در جهت بعدی (اعتبار قصد تملّک در مملّکیت احیاء) استفاده می شود که چنین نیست که ذات احیاء موجب ملکیت باشد، بلکه قصد تملک هم مدخلیت دارد واین مستلزم این است که دراحیاء مملک قصد مدخلیت دارد وچنین نیست که قصد هیج نقشی نداشته باشد. ثانیا در بعضی از کلمات بخصوصه در این بحث مطرح شده، مثل آقای خوئی که فرموده: ولو در مملّکیت احیاء، قائل به لزوم قصد تملک نیستیم اما این که این عمل خارجی به قصد احیاء انجام شده باشد لازم است.

اما نوعا ذات احیاء را موجب ملکیت دانسته اند و قصد تملک را هم شرط ندانسته اند. به حسب ادله هم همین است، چون عنوان احیاء که در روایات اخذ شده، در جایی که قصد احیاء نباشد هم صادق است مثل بحث حیازت، منتهی در بحث حیازت دلیل خاص داشتیم بر این که ذات حیازت مملّک نیست و به خاطر دلیل خاص قائل به عدم کفایت مجرد حیازت شدیم اما این جا دلیل خاصی در مقابل نداریم.

## جهت دوم، اعتبار قصد تملک

جهت دوم این است که آیا قصد تملک در احیاء معتبر است یا نه. برخی از محققین مثل علامه در تذکره شهید در دروس، مرحوم شهید ثانی در روضه، تصریح کرده اند به این که ذات احیاء بدون قصد تملک مملّک نیست. متاخرین هم مثل مرحوم امام در تحریر قائل به این مطلب شده اند و فرموده اند احیاء بدون قصد تملک فقط موجب احقیت می شود.

در مقابل، برخی این را به عنوان شرط مطرح نکرده اند و برخی هم شرطیت آن را نفی کرده اند.

وجه عدم اعتبار قصد تملک این است که عنوان احیاء در جایی که قصد تملک نباشد هم صادق است و همین عنوان در ادله موضوع اثر قرار گرفته است.

اما وجهی که برای اعتبار قصد تملک مطرح شده، شبیه همان بحث حیازت است: یک وجه این است که عند العقلاء قصد تملک برای مملکیت احیاء اعتبار دارد و دلیل لفظی وارد در مورد بناء عقلاء هم حمل بر بیان و ارشاد به امضاء بناء عقلاء می شود.

در این وجه، هم اشکال صغروی هست و از جهت کبروی هم اشکال این است که این مبنی تمام نیست که دلیل لفظی وارد در مورد سیره عقلاء ناظر به امضاء آن باشد و اطلاق نداشته باشد زیرا ظاهر اولی خطاب در تأسیسی بودن است.

وجه دوم اعتبار قصد تملک در احیاء این است که هرچند در ادله عنوان احیاء ذکر شده، اما با توجه به این که این احیاء در بناء عقلاء هم وجود دارد و سبب ملکیت است و عقلاء احیاء عن قصد را موجب ملکیت می دانند، دلیل "من احیی ارضا ملکه" مثل احل الله البیع خواهد شد. در احل الله البیع گفته اند که: عنوان بیع اخذ شده و نمی دانیم که مراد از بیع مطلق تملیک مال بعوض است حتی اگر از اعیان نباشد یا این که بیع متوقف بر این است که از اعیان باشد؟ گفته اند عقلاء در جایی که مال از اعیان نباشد بیع را صادق نمی دانند، ولو مراد از بیع «صحیح عند الشارع» است، اما وقتی شارع برای ما هو الصحیح عنده شرطی ذکر نکرده، می فهمیم مراد همان است که عرف به آن بیع می گوید؛ لذا اگر چیزی از مقومات عرفی بیع باشد نمی توانیم برای نفی آن به اطلاق احل الله البیع تمسک کنیم و بگوییم بیع به معنای تملیک بعوض است؛ چون آن چه در آیه وجود دارد، این است که آن چه که عند العرف سبب ملکیت است را امضاء می کند. در مانحن فیه هم ولو از جهت لفظی عنوان احیاء بر موارد عدم قصد تملک صادق است، ولی دلیلی که احیاء را موجب ملکیت قرارد داده،ظاهرش آن است که همان احیائي را که عقلاء وعرف مملّک می دانند مملّک قرارداده است اگر چیزی نزد عقلاء مقوّم مملکیت احیاء باشد این دلیل بیش از آن دلالتی ندارد. ظاهراً مراد صاحب ریاض همین تقریب دوم که گفتیم باشد.

تعبیر صاحب ریاض این است که ادله احیاء، بحکم تبادر مختص به احیائی است که عن قصد باشد. توجیه این تبادر همین است که بگوییم دلیل احیاء، مثل احل الله البیع مختص به جایی است که عرف احیاء را در آن مورد مملک بداند.

صاحب جواهر به فرمایش صاحب ریاض اشکال کرده است و فرموده این ادعای انصراف واضح المنع است و چنین نیست که ادله انصراف داشته باشد. ممکن است اشکال صاحب جواهر به این برگردد که عند العقلاء هم ذات احیاء مملّک است نه احیاء عن قصد التملک. بله ممکن است عند العقلاء احیاء در جایی موجب ملکیت باشد که قصد ملکیت غیر نشده باشد که بحث دیگری است.

به نظرمی رسد دراین بحث حق باصاحب جواهر باشد وقصدتملک درمملک بودن احياء دخلی ندارد ورجوع به اطلاق دليل مملکيت احیاء بلامانع می باشد.

## جهت سوم، اعتبار اسلام یا ایمان محیی

جهت سوم بحث این است که آیا احیاء موات برای اشخاص خاصی موجب ملکیت است، یا این که اختصاص به عنوان خاصی ندارد و هر کس موات را احیاء کند مالک آن می شود؟

از برخی ادله استفاده می شود که ایمان یا اسلام، شرط مملکیت احیاء نیست و صرف احیاء مملّک است حتی اگر محیی از مخالفین یا کفار باشد. برای این مطلب به صحیحه ابی بصیر استناد می شود:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنْ شِرَاءِ الْأَرَضِينَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ- فَقَالَ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَهَا «6» مِنْهُمْ- إِذَا عَمِلُوهَا وَ أَحْيَوْهَا فَهِيَ لَهُمْ- وَ قَدْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ص حِينَ ظَهَرَ عَلَى خَيْبَرَ وَ فِيهَا الْيَهُودُ- خَارَجَهُمْ عَلَى (أَنْ يَتْرُكَ) الْأَرْضَ فِي أَيْدِيهِمْ- يَعْمَلُونَهَا وَ يَعْمُرُونَهَا[[2]](#footnote-2).

طبق این روایت حضرت(ص) در مورد زمینی که از اهل ذمه خریده می شود فرمود اشکالی ندارد، چون اگر احیاء کنند مالک آن می شوند.

همچنین این روایت از روایاتی است که شاهد است بر این که خراج به معنای اجرة الارض نیست و به معنای اعم به کار می رود (خارجهم)

کسانی که قائل به اعتبار ایمان در مملکیت احیاء شده اند، ممکن است از این باب باشد که به روایات تحلیل به تنهایی نگاه کرده اند؛ چون روایات تحلیل، مختص به شیعیان است. اما اگر آن را در کنار روایات احیاء ملاحظه کنیم این مطلب صحیح نخواهد بود. زیرا موضوع روایات تحلیل، جایی است که شخص مالک زمین نشده باشد، و روایات احیاء می گوید که شخص با احیاء مالک می شود، بنابراین ملک خودش است و موضوع اخبار تحلیل از بین می رود. تحلیل نسبت به جایی است که ملک امام یا ملک اصحاب خمس است، اما ادله احیاء دلالت بر ین می کند که لااقل چهار پنجمِ مال، ملک خود شخص است لذا بین روایات احیاء موات با روایات تحلیل منافاتی وجود ندارد.

## جهت چهارم، شروط زمین

جهت چهارم این است که زمینی که با احیاء، مملوکِ محیی می شود، شرائط خاصی دارد و مطلق زمین ها با احیاء به ملک اشخاص در نمی آیند.

در کتب فقها شروط متعددی ذکر شده، اما پنج شرط در کلمات مورد اتفاق است و در کلام محقق در شرائع، این پنج شرط ذکر شده است:

**شرط اول** این است که زمین موات در ید مسلم دیگری نباشد. چنین زمینی فقط برای خود ذوالید با احیاء به ملک در می آید.

**شرط دوم** این است که زمین موات به عنوان حریم برای زمین عامر نباشد، والا حریم ها مثل حریم بئر، حریم مزرعه و امثال آن ولو موات اند و ملک کسی نیستند اما هر شخصی نمی تواند با احیاء مالک آنها شود. اما این که محدوده حریم به چه مقدار است، جواب این است که حریم به حسب مقدار احتیاج تنظیم می شود، مثلا در مورد مزرعه، حریم بخشی است که برای نقل و انتقالات و نگهداری محصولات مزرعه مورد نیاز است.

**شرط سوم** زمین این است که جزء مشاعر قرار داده نشده باشد والا اگر شارع آن را به عنوان مشعر عبادات قرار داده باشد (مثل عرفه و منی و مشعر) ولو موات باشد به ملکیت در نمی آید. دلیل این مطلب، همان دلیلی است که زمین را مشعر و محل عبادت قرار داده. عبارت مرحوم محقق این است که:

>الثالث أن لا يسميه الشرع مشعرا للعبادة‌كعرفة و منى و المشعر فإن الشرع دل على اختصاصها موطنا للعبادة فالتعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحة أما لو عمر فيها ما لا يضر و لا يؤدي إلى ضيقها عما يحتاج إليه المتعبدون كاليسير لم أمنع منه<.

یعنی تصرف شخصی و انتفاع شخصی، با جهتی که زمین برای آن جهت قرار داده شده منافات دارد، لذا چنین زمینی با احیاء به ملکیت اشخاص در نمی آید. ایشان فرموده اما اگر احیاء به مقداری باشد که منافات با جهت عبادیت نداشته باشد، اشکالی ندارد، که البته همین هم محل کلام است.

**شرط چهارم** این است که زمین موات مورد اقطاع از جانب پیامبر(ص) یا امام(ع) قرار نگرفته باشد.

اقطاع به عنوان یکی از اسباب اولی ملک، در بحث های بعدی قابل بحث است. اقطاع این است که پیامبر (ص) یا امام معصوم یا فقیه (اگر قائل شدیم که اقطاع از شئون معصوم نبوده بلکه بماهو حاکم این حق را داشته) قسمتی از زمین موات را تقطیع کند و در اختیار دیگری قرار بدهد. نفس این اقطاع مانع می شود که شخص دیگری بتواند با احیاء مالک آن شود.

وجه مطلب این است که یا اقطاع موجب ملکیت است که طبیعتا شخص مالک زمین شده، و یا اگر موجب ملکیت نباشد لااقل حق اختصاص می آورد و تعلق حق من أُقطع له به زمین، مانع مملّکیت احیاء است.

**شرط پنجم** این است که زمین موات به تحجیر شخص دیگری در نیامده باشد. نسبت بین تحجیر و ید هم عموم و خصوص من وجه است.

## جهت پنجم، مدت زمان بقاء ملکیت حاصل بالاحیاء

جهت پنجم در بحث احیاء، این است که زمینی که به احیاء به ملک شخص در آمده، آیا این ملکیت حاصله بالاحیاء، تا زمان حیات شخص باقی است؟ یا این که اگر بقاءً زمین را اهمال کرد و به صورت خراب درآمد، دیگر مالک نخواهد بود لذا اگر شخص دومی آن را احیاء کند مالک می شود؟

این بحث در مکاسب مطرح شده. دو روایت مختلف در مورد داریم:

روایت اول، صحیحه معاویه بن وهب است که ظاهرش این است که شخص دوم که احیاء کرده مالک می شود و ملکیت شخص اول تمام شده است. روایت دوم، صحیحه سلیمان بن خالد است که از آن استفاده می شود محیی دوم مالک نمی شود و شخص اول مالک است. این که بین این دو روایت چگونه جمع کنیم بحث مستقلی است که در جای خود مطرح شده و وجوهی از جمع ذکر شده است.

بحث مملّکیت احیاء با توجه به جهات آن تمام شد. بحث واقع می شود در سبب سوم از اسباب ملکیت که عنوان اقطاع است.

1. ج3 ص 525 [↑](#footnote-ref-1)
2. وسائل 25 ص 416 [↑](#footnote-ref-2)