**درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری**

**جلسه 024– 19 /08/ 1400 حق الماره /وجود حق مالی دیگر به جز زکات /زکات**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره ادله مانعین حق الماره بود. در یکی از استدلال ها بیان شده: اگر حق الماره ثابت بود، باید به روایات متواتر به ما می رسید. اصل این استدلال صحیح نیست اما می توان با ضمیمه این نکته استدلال را ثابت کرد که وجود اجماع عامه بر منع حق الماره، باید معصومین علیهم السلام روایات متعددی را در ردع آن بیان کنند. در جلسه گذشته بیان شد: اولا: روایات حق الماره متواتر است و ثانیا: بین کثرت روایات صادره و کثرت روایات واصله تلازمی وجود ندارد.

در این جلسه اقوال عامه مورد بررسی قرار می گیرد و سپس درباره استدلال مثبتین حق الماره به شهرت یا اجماع مورد بررسی قرار می گیرد.

## بررسی اقوال عامه درباره حق الماره

یکی از استدلالاتی که برای عدم ثبوت حق الماره شده، این است که اگر حق الماره ثابت باشد، باید به نحو متواتر به ما می رسید و چون اینگونه نیست، نشان می دهد حق الماره ثابت نیست.[[1]](#footnote-1)

بیان شد: این سخن که اگر حکمی ثابت باشد باید به نحو متواتر برسد، ثابت نیست و روشن نیست حتما باید به نحو متواتر رسیده باشد. بله در مواردی که عامه همگی قائل به مطلبی باشند، ممکن است به این مطلب تمسک شود که تناسب بین رادع و مردوع اقتضا می کند، شارع مقدس باید با عبارات زیادی اتفاق عامه را ردع کند. این بیان هر چند مثبت وجود روایات کثیر صادر است اما مثبت وجود روایات کثیر واصل نیست.

اما آیا از نظر صغروی حق الماره از مواردی است که باید روایات زیادی صادر شده باشد؟

### کلام شیخ طوسی در خلاف و مبسوط

منشأ این مطلب سخنی است که شیخ طوسی در خلاف دارند که از عبارت ایشان برداشت شده که تمام عامه قائل به عدم جواز اکل ماره هستند. اما ایشان به جمیع الفقهاء نسبت داده نه جمیع العامه و تصریح می کند: برخی از اصحاب الحدیث، قائل به جواز هستند. ایشان در مسأله 28 می فرماید:

إذا مر الرجل بحائط غيره و بثمرته، جاز له أن يأكل منها، و لا يأخذ منها شيئا يحمله معه. و به قال قوم من أصحاب الحديث و قال جميع الفقهاء: لا يحل له الأكل منه إلا في حال الضرورة.[[2]](#footnote-2)

شبیه به این عبارت در مبسوط البته نه به این وضوح وجود دارد:

إذا مر الرجل بحائط غيره حل له الأكل من غير ضرورة‌، و لا يجوز له حمله و عند المخالف لا يجوز من غير ضرورة، و قال بعض أصحاب الحديث ينادى ثلاثا فإن أجابوه و إلا دخل و أكل، و لم يتخذ جنبة و هذا قريب مما قلناه.[[3]](#footnote-3)

### کلام ابن قدامه

در مغنی ابن قدامه آمده است: وَقَالَ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ: لَا يُبَاحُ الْأَكْلُ فِي الضَّرُورَةِ؛[[4]](#footnote-4)

ظاهرا غلط چاپی در این عبارت وجود دارد و «لا یباح الاکل الا فی الضروره» صحیح است. ایشان عدم جواز اکل را به اکثر الفقهاء نسبت داده در حالی که شیخ طوسی به جمیع الفقهاء نسبت داده بود. علت این تفاوت این است که شیخ طوسی اصحاب الحدیث را جزء فقها تلقی نکرده است بر خلاف ابن قدامه که آنها از فقها دانسته است. طبری کتابی درباره اختلاف الفقهاء نوشته که در آن اقوال احمد بن حنبل را نقل نکرده است. طبری در توجیه این کار بیان می کند: احمد بن حنبل فقیه نبوده و محدّث است. همچنین مطالبی درباره دیدگاه کلامی احمد بن حنبل مطرح می کند. همین کار باعث می شود مشکلات متعدّدی برای طبری پیش آید و چون در بغداد حنابله زیاد بودند، خانه طبری را سنگباران می کنند. پس بحثی قدیمی است که امثال احمد بن حنبل را باید جزء فقها شمارد؟ البته در بحث ما که ردع کلام عامه باشد، لازم نیست این عامه فقیه باشند و اصحاب الحدیثی که مطرح هستند و اقوال آنها رواج دارد نیز تأثیر گذار است.

### نقل اقوال عامه

افراد متعدّدی میان محدّثین قائل به ثبوت حق الماره هستند و برخی نیز منکر حق الماره هستند. تا جایی که بنده تتبع کردم؛

المثبت من حق الماره: حماد شیخ شعبه، حَکَم، عبیده، عمر، ابو وائل، ابو سعید، ابو زینب، ابو بکره، ابو برده، عبد الرحمن بن سمره، ابراهیم، انس بن مالک که در مغنی ابن قدامه از او نقل کرده است.

المنکر من حق الماره: سعید بن جبیر، مجاهد، عایشه، عامر، حماد شیخ علاء بن مسیّب.

از ابن عباس تفصیل بین وجود حائط و عدم آن نقل شده است و در صورت اول، حق الماره را ثابت می داند.

در مصنف ابن ابی شیبه ذیل نقلی که از علاء بن مسیب کرده، در خصوص خرماهایی که روی زمین ریخته می نویسد:

قَالَ إِبْرَاهِيمُ: «إِنَّ الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِينَ كَانُوا لَا يَرَوْنَ بِأَكْلِهِ بَأْسًا»[[5]](#footnote-5)

به هر حال مسأله میان محدّثین عامه محل اختلاف شدید است.

## تقریب جدیدی برای لزوم ورود روایات کثیره

ممکن است به تقریب دیگری، لزوم کثرت روایات اثبات شود که در فرضی که مسأله محل ابتلا و اختلافی است باید از حضرات معصومین علیهم السلام موضعی در این باره رسیده باشد. هر چند بین فقها این مسأله اختلافی نیست اما بین محدّثین اختلاف شدید وجود دارد.

این نکته نیازمند ضمیمه است که مرحوم شیخ طوسی به خصوصِ شافعی و اصحاب شافعی عنایت زیادی دارد و فتوای شافعی عدم جواز است. در سنن کبری بیهقی از شافعی نقل کرده است:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: مَنْ مَرَّ لِرَجُلٍ بِزَرْعٍ أَوْ مَاشِيَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَمْ يَأْتِ فِيهِ كِتَابٌ وَلَا سُنَّةٌ ثَابِتَةٌ بِإِبَاحَتِهِ، فَهُوَ مَمْنُوعٌ لِمَالِكِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ, وَاللهُ أَعْلَمُ. قَالَ: وَقَدْ قِيلَ: مَنْ مَرَّ بِحَائِطٍ فَلْيَأْكُلْ وَلَا يَتَّخِذْ خُبْنَةً. وَرُوِيَ فِيهِ حَدِيثٌ لَوْ كَانَ يَثْبُتُ مِثْلُهُ عِنْدَنَا لَمْ نُخَالِفْهُ , وَالْكِتَابُ وَالْحَدِيثُ الثَّابِتُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَكْلُ مَالِ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِهِ. قَالَ الشَّيْخُ (باید مراد بیهقی باشد) أَمَّا قَائِلُ هَذَا الْقَوْلِ فَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ[[6]](#footnote-6)

جالب است که شافعی حدیث ثابت عمر بن خطاب را ثابت نمی داند.

با توجه به اختلاف شدید بین فقها و محدثین عامه، باید از ائمه علیهم السلام زیاد سوال شده باشد و پاسخ نیز زیاد باشد. پس مسلّم است صدور روایات از ائمه علیهم السلام کثیر بوده اما بیان شد: ملازمه ای بین کثرت روایات صادره و کثرت روایات واصله وجود ندارد.

سوال: آیا این کلام عامه که بعد از سه باز ندا دادن اکل جایز است، از باب اکل ماره است؟

پاسخ: ظاهرا حق الماره در نظر آنان با این شرط است و سه بار ندا دادن یکی از شرایط جواز آن است. مرحوم شیخ نیز ذیل این کلام آن را «قریب مما قلناه» تلقی کرد. ابن جنید که شبیه فتوای سه بار صدا دادن را بیان کرده و اوسع از حق الماره قائل است، بیان می کند: بعد از سه بار صدا زدن و نشنیدن جواب، داخل باغ شدن و اکل از آن جایز است.[[7]](#footnote-7)

## اقوال شیعه درباره حق الماره

مثبتین حق الماره به شهرت و اجماع تمسک کردند. آیا این اجماع از نظر صغروی ثابت است؟

قدیمی ترین فقیهی که به ایشان نفی حق الماره نسبت داده شده، سید مرتضی است. هر چند به ایشان نسبت داده شده که حق الماره را قبول ندارد اما عبارت سید مرتضی دقیقا بر خلاف آن است و ظاهر آن این است که ایشان حق الماره را قبول دارد و تنها احتیاط استحبابی دارد که از این حق استفاده نشود. ایشان می نویسد: الأحوط و الأولى أن لا يأكل[[8]](#footnote-8)

در توضیح باید گفت: گاهی فتوای خاصی اولی دانسته شده که دلیل بر افتاست و گاه عمل خاصی اولی دانسته شده که دلیل بر استحباب است. در این عبارت نیز بیان شد: ترک اکل اولی است که دلیل بر استحباب عدم ترک اکل است. اگر سید مرتضی بیان کرده بود: «منع اکل المارّ هو الاولی» یا «الفتوی بالمنع هو الاولی» دلالت بر فتوا داشت البته فتوای غیر جزمی. به نظر می رسد بین این دو تعبیر خلط شده و به همین دلیل شهید اول به سید مرتضی، حرمت را نسبت داده شده است. ایشان از این عبارت اینگونه فهمیده که «الاولی الفتوی بالمنع» در حالی که عبارت به این نحو است «الاولی ان لا یأکل» که از آن جواز اکل و استحباب ترک استفاده می شود.

قدیمی ترین قائل به حرمت که مشاهده شد، «بعض اصحابنا» است که در نزهه الناظر از او نقل کرده است. ایشان بعد از ذکر مجوّزین می نویسد: و قال بعض أصحابنا لا يجوز و هو الصحيح و قال المرتضى في المسائل الصيداوية الأحوط و الأولى أن لا يأكل[[9]](#footnote-9) ایشان در ادامه استدلال خود بر عدم جواز را بیان می کند.

مشهور نزهه الناظر را به یحیی بن سعید نسبت می دهند ولی مرحوم صاحب ریاض ذکر کرده که در برخی از نسخ قدیمی نزهه الناظر دیده که این کتاب برای مهذّب الدین نیلی است. تفاوت بین این نسخه و نسخه منسوب به یحیی بن سعید این است که نسخه مشهوری که به یحیی بن سعید نسبت داده شده، خطبه ندارد اما نسخه ای که به مهذّب الدین نیلی نسبت داده شده خطبه دارد. مرحوم آشیخ آغا بزرگ در الذریعه[[10]](#footnote-10) عبارت صاحب ریاض را آورده و کتاب نزهه الناظر را متعلّق به مهذّب الدین نیلی می داند. سپس می فرماید: یحیی بن سعید این کتاب را پسندیده و خود کتاب را بدون خطبه استنساخ کرده و کتاب اشتباها به ناسخ نسبت داده شده است. به نظر می رسد همین مطلب نیز صحیح است. نسخه قدیمی که صاحب ریاض نقل کرده، تاریخ 674 دارد و کتاب پیش از این تاریخ نوشته شده و زمان این نسخه زمان حیات یحیی بن سعید است. یحیی بن سعید 689 یا 690 فوت کرده و این نسخه چند سال پیش از وفات یحیی بن سعید نگاشته شده است که در این نسخه، کتاب به مهذب الدین نیلی نسبت داده شده است.

به هر حال قدیمی ترین کسی که قائل به حرمت اکل الماره شده، بعض اصحابناست که مهذب الدین نیلی در نزهه الناظر نسبت داده شده و برای بنده روشن نیست مراد از بعض اصحابنا کیست؟

نزهه الناظر کتاب بسیار خوبی است. این احتمال به ذهنم رسیده که شهید نیز که از المسائل الصیداویه سید مرتضی نقل کرده، مستقیم کتاب را در اختیار نداشته و از نزهه الناظر نقل می کند. چنانچه قدیمی ترین نقل از علی بن بابویه، در نزهه الناظر است. به هر حال، مقایسه بین نقلیات شهید و نزهه الناظر نیازمند تتبّع است.

شهید ثانی بیش از همه از دو گروه کتاب متأثر است. اول: کتب شهید اول به خصوص غایه المراد و دوم: کتب محقق کرکی به خصوص جامع المقاصد. بسیاری از مطالبی که شهید ثانی آورده، بیان روشن تر کلمات شهید اول و محقق کرکی است. شهید ثانی بسیار خوش قلم و روشن نویس است به همین دلیل مسالک ایشان کتابی ماندگار است اما از نظر ابتکارات، شهید اول و محقق کرکی برتری دارند.

بنده درباره فتوای علما تا زمان علامه متنی را نوشتم و اگر رفقا غیر از این موارد، موردی را پیدا کردند برای تکمیل بیان کنند:

افتی بجواز اکل المارّ من الثمار علی سبیل الاجمال علی اختلاف فی شروطه الکینی فی الکافی و لا ینافی ذکره لاخباره فی باب النادر و صاحب فقه الرضا علیه السلام فیه و کذا والد الصدوق علی ما حکاه فی المختلف و الصدوق فی الفقیه و المقنع و ابن الجنید علی ما حکاه فی المختلف. نعم ذکر انه لا یفعل ذلک الا عند الضرورة احوط و السید المرتضی اذ حکی فی نزهه الناظر عن المسائل الصیداویه انه قال: الاحوط و الاولی ان لا یأکل و ظاهره جواز الاکل مع رجحان الترک فتأمل و الشیخ فی الخلاف و النهایه و المبسوط و الحائریات و هو ظاهر التهذیبین و الحلبی فی الکافی و ابن البراج علی ما حکاه فی المختلف و الطبرسی فی المؤتلف من المختلف و الکیدری فی اصباح الشیعه و ابن الادریس فی السرائر و یحیی بن سعید فی الجامع للشرایع و المحقق فی الشرائع و المختصر النافع و لعله ظاهر نکت النهایه و الآبی فی کشف الرموز و فی نزهه الناظر قال بعض اصحابنا لا یجوز و هو الصحیح و قد اختلفت کلمات العلامه فی ذلک فافتی بالجواز فی التبصره و التذکره و المنتهی و نهایه الاحکام و موضع من الارشاد و قد افتی بالعدم فی موضع آخر من الارشاد و فی تلخیص المرام و لعل العباره محرّفه و فی موضع من المختلف و قد توقّف فی المسأله فی موضع آخر من المختلف و هو ظاهر التحریر و القواعد.

مراد از «اکل المارّ من الثمار» علی سبیل الاجمال است و «علی اختلاف فی شروطه» به این دلیل است که برخی مانند شیخ طوسی، تنها اکل از نخل را جایز دانسته است. «احوط» در کلام منقول از ابن جنید بعد از فتوای به تجویز است و دالّ بر احتیاط استحبابی است. «فتأمل» ذیل کلام سید مرتضی اشاره به این است که در معنای «اولی» اشتباه نشود چنانچه شهید اول در غایه المراد مرتکب این اشتباه شده و به سید مرتضی قول به منع را نسبت داده است. ابن برّاج یک کتاب مهذّب دارد که موجود است و کتاب کاملی داشته که در اختیار ما نیست. احتمالا مختلف از کتاب کامل ابن برّاج نقل کرده است. در حاشیه مختلف آمده که در مهذّب این مطلب را نیافتند. محقق در نکت النهایه توضیحی درباره فتوای شیخ طوسی داده و اختلافات فتوایی شیخ طوسی را نقل کرده است اما هیچ اشاره ای نکرده که مطلب ایشان را قبول ندارم. البته ایشان در اختلافات در مقام بیان این نیست که کدام قول را اختیار کرده است و محقق در شرائع و مختصر النافع، در سعه و ضیق بین اقوال مختلف شیخ طوسی، اختلاف دارد. پس ظاهر نکت النهایه این است که مرحوم محقق فتوای به جواز می دهد. عبارت تلخیص المرام مبهم و مندمج است و احتمال زیاد محرّف است.

## دیدگاه مختار در حق الماره

پس از نقل اقوال و ادله باید بررسی کرد کدام نظر صحیح است؟

به نظر می رسد، روایات دالّ بر جواز اکل مارّه بسیار واضح است و روایات دالّ بر عدم، هیچ یک دلیل نیست. تنها روایتی که امکان دارد دلیل بر عدم باشد، روایت علی بن یقطین است که بیان شد این روایت با روایات جواز جمع عرفی دارد. مرحوم شیخ طوسی بین روایت علی بن یقطین و روایات دیگر، دو وجه جمع ذکر کرده است.

اول: روایت علی بن یقطین را حمل بر کراهه الاخذ کرده است.

دوم: روایت علی بن یقطین را بر جواز الاکل و حرمه الحمل حمل کرده است.

ما وجه دوم را پذیرفتیم و این حمل را طبیعی دانستیم. اما به نظر می رسد حمل بر کراهت مشکل است زیرا در عامه کسی قائل به کراهت نیست و برخی قائل به وجود حق الماره هستند و برخی حق الماره را نفی می کنند.[[11]](#footnote-11) از ابن عباس نیز بین وجود حائط یا عدم آن، تفصیل برداشت می شود. حال اگر روایت علی بن یقطین ناظر به خصوص اکل بوده و ظهور در حرمت داشته باشد، قول محدّثین و فقهایی از عامه که اکل را حرام می دانستند را تأیید می کند و در این فضا حمل روایت بر کراهت، مشکل است. عرف در جایی که عده ای قائل به حرمت هستند و عده ای حرام نمی دانند، روایت ظاهر در حرمت را تأکید و تثبیت قول به حرمت می داند. در بحث حاضر نیز سه قول وجود دارد: حرام مطلق، حلال مطلق، تفصیل بین حائط و عدم حائط که از ابن عباس نقل شده و «حیط او لم تحط» در روایات ما نیز ظاهرا اشاره به قول عامه است. با این فرض، روایات ناهی از اکل ظهور در تأیید قول حرمت دارد[[12]](#footnote-12) و نمی توان آن را حمل بر کراهت کرد.

بنابراین به نظر می رسد، حمل روایت علی بن یقطین بر کراهت صحیح نیست ولی حمل دوم مانعی ندارد.

در جلسه آینده درباره فرض تعارض مستقر روایات و خصوصیات و شرائط حق الماره بحث خواهیم کرد.

1. سوال: شما فرمودید کبرای «لو کان لبان» صحیح نیست. اما می تواند در مواردی که محلّ ابتلا باشد این قاعده صحیح است.

پاسخ: فی الجمله در مواردی که محلّ ابتلا باشد، این مطلب صحیح است اما نتیجه آن، لزوم تواتر اخبار نیست. [↑](#footnote-ref-1)
2. [الخلاف، شیخ طوسی، ج6، ص100.](http://lib.eshia.ir/10015/6/100/) [↑](#footnote-ref-2)
3. [المبسوط فی فقه الإمامیة، شیخ طوسی، ج6، ص288.](http://lib.eshia.ir/10036/6/288/) [↑](#footnote-ref-3)
4. المغنی لابن قدامه؛ ج 11، ص: 77 [↑](#footnote-ref-4)
5. مصنف ابن ابی شیبه؛ ج 4، ص: 294 [↑](#footnote-ref-5)
6. السنن الکبری للبیهقی؛ ج 9، ص: 602 [↑](#footnote-ref-6)
7. [مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، علامه حلی، ج8، ص359.](http://lib.eshia.ir/71559/8/359/) و قال ابن الجنيد: و إذا اجتاز الرجل بالبستان و الماشية، فلينادي ثلاثا صاحبها و يستأذنه، فإن أجابه، و إلّا فليجني و ليأكل، و ليحلب و يشرب، و لا يحمل، و لا يفعل ذلك إلّا عند الضرورة أحوط، و إن أمكنه ردّ قيمة ما أكله على صاحب الثمرة و اللبن، كان أحوط أيضا. و هذا إذا كانت الثمار في شجرها و على سوقها، و اللبن في ضروع الماشية، فإن جناها و حلبها مالكها أو أصراها، لم يستحب لأحد تناول شي‌ء منها إلّا بعد إذن مالكها، أو تكون الحال ملتبسة إن لم يتناول ذلك. [↑](#footnote-ref-7)
8. غایه المراد؛ ج 2، ص: 52 شهید اول از المسائل الصیداویه سید مرتضی نقل کرده است. [↑](#footnote-ref-8)
9. نزهه الناظر؛ ص: 71 [↑](#footnote-ref-9)
10. الذريعة إلى تصانيف الشيعة، ج‏24، ص: 126 [↑](#footnote-ref-10)
11. برای دیدن اقوال مختلف به مصنّف ابن ابی شیبه مراجعه شود. [↑](#footnote-ref-11)
12. مقرّر: ظاهرا استاد دام ظله با این بیان، حمل روایت علی بن یقطین بر تقیه را اولی از حمل بر کراهت می دانند. [↑](#footnote-ref-12)