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

**جلسه 038– 9 /09/ 1400 حق الماره /وجود حق مالی دیگر به جز زکات /زکات**

**خلاصه مباحث گذشته:**

متن خلاصه ...

## مرور نتایج مباحث سابق

نتایج مباحث سابق مرور می شود تا وارد بحث جدید شویم.

### شرط اول: عدم قصد اکل

شرط اول برای حق الماره این است که مارّ، به قصد اکل مرور را صورت نداده باشد. این مطلب به نظر ما، مستند به کلمه مرور نیست و به اطلاق مقامی دلیل استناد می شود که عدم ذکر قید مرور به قصد اکل، نشانگر آن است که موضوع سوال جایی است که قصد اکل ندارد.

#### بازگشت مقصد نبودن به شرط اول

مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء شرط دیگری را افزوده بود که منتهی الیه سیر او بستان یا شجره نباشد. بیان شد: از جهت استعمالات روشن نیست که آیا مرور معنای عام دارد یا اختصاص به جایی دارد که در میان راه به متعلّق مرور، عبور شود؟ اما به نظر می رسد تحقیق این مطلب در بحث حاضر دخالت ندارد زیرا حتی در صورتی که مرور به این معنا باشد که شیء در مسیر باشد، خصوصیتی برای مرور و در مسیر بودن نیست و تنها به این جهت که در نوع موارد، شیءِ در مسیر مقصود برای اکل نیست، مرور اخذ شده است. پس اخذ قید مرور به این دلیل است که معمولا به هنگام مرور، مقصود اکل نیست و این قید به جهت قید اول اخذ شده است که به نظر ما قید اول به دلیل دیگری ثابت است. در نتیجه میانه بودن خصوصیت عرفی نیست که فهمیده شود.

### شرط دوم: ذی حقّ بودن در مرور

شرط دیگری که در اینجا مطرح بود، از کلام مرحوم نراقی برداشت می شود. ایشان دیوار و در داشتن را مانع اکل دانستند و بیان کردند: در صورتی که دیوار یا در وجود داشته باشد، شخص حق ندارد دیوار یا در را تخریب کند یا از آنها بالا برود.

بیان شد: بحثی در حرمت تخریب یا بالا رفتن از دیوار یا در وجود ندارد و بحث این است که اگر اکل متوقف بر وارد شدن به باغ از طریق تخریب یا بالا رفتن از دیوار یا در باشد، آیا این اکل جایز است؟

بیان شد: ظاهرا اطلاق ادله شامل صورتی که مرور محرّم باشد و مارّ در مرور حق نداشته باشد، نمی شود. در ادامه بیان شد: مطلب مرحوم نراقی را باید به شکل دیگری بیان کرد که مسیر عبور و مرور، محلّل باشد و مارّ نسبت به این عبور حق داشته باشد که مراد از محلّل بودن، ذی حق بودن است و حرمت از سایر جهات مانند ضرری بودن، مانع نیست.

#### استدلال به روایت مسعده

این مطلب نیز بیان شد: ممکن است علاوه بر انصراف ادله، بتوان با روایت مسعده بن زیاد این شرط را اثبات کرد. روایت مسعده به زیاد به این شکل وارد شده که در جایی که فناء محاط بر ثمره وجود دارد، حق اکل از ثمره نیست. ممکن است اینگونه تقریب شود که علی استعلالیه در «اذا کان علیها فناء محاط» به این معناست که باغ محافظ و نگهبان میوه هاست و به اعتبار حرمت و حق نداشتن دخول در باغ، محافظ بودن بر فناء محاط اطلاق شده است.

#### اشکال: حرمت اکل به جهت وجود دیوار

این اشکال مطرح است که ممکن است در جایی که فناء محاط وجود دارد، شخص وارد باغ نشود و بدون آنکه از دیوار بالا برود، به وسیله ابزاری میوه را در اختیار بگیرد. تعبیر «علی» نیز به این دلیل بود که فناء محاط به حسب نوع مانعیت از استفاده از میوه ها را دارد. بنابراین معنای روایت این است که در جایی که به حسب نوع استفاده کردن از ثمره نیازمند پیمودن راه محرّم است، اکل جایز نیست. پس شارع مقدّس چون نوعا فناء محاط سبب می شود اکل متوقف بر کار حرام باشد، قید «فناء محاط» را ذکر کرده است ولی این مطلب اطلاق دارد و بیان می کند: از میوه های داخل باغ نمی توان استفاده کرد هر چند نکته آن این است که اکل در نوع موارد، متوقف بر دخول در باغ است و استفاده از میوه ای که فناء محاط محافظ آن است بدون انجام محرّم، نادر است. بنابراین ممکن است همان قیدی که مرحوم نراقی بیان کرد، پذیرفته شود به این صورت که میوه داخل باغ نباشد و فناء محاط آن را احاطه نکرده باشد چه برای به دست آوردن میوه، داخل باغ شوید یا نه؟ اما به هر حال استفاده از میوه ای که فناء محاط بر آن وجود دارد، جایز نیست. در کلام مرحوم شیخ کاشف الغطاء در انوار الفقاهه نیز همین قید وجود دارد و می توان این قید را از اطلاق روایت استفاده کرد.

در نتیجه، با معنایی که برای روایت مسعده بن زیاد نقل شد، دیگر نمی توان به روایت مسعده بن زیاد برای اشتراط حلیّت مسیر استدلال کرد. زیرا ذکر قید «فناء محاط» به این دلیل است که نوعا استفاده از میوه متوقف بر عمل محرّم است. پس روایت در جایی که نوعا استفاده از میوه متوقّف بر عمل حرام نباشد و تصادفا شخص حق نداشته باشد، دالّ بر حرمت اکل نیست. مثل آنکه نوع مردم بدون نیاز به بالا رفتن از دیوار، می توانند از میوه استفاده کنند اما شخص خاصی به علت کوتاه بودن قد، برای استفاده از میوه باید بالای دیوار برود. آیا مدار، حرمت نوعی مسیر است یا حرمت شخصی مسیر نیز باعث می شود اکل محرّم باشد؟

همه این مباحث درباره روایت مسعده بن زیاد است. اما اطلاق سایر ادله شامل جایی که استفاده از میوه متوقف بر عمل محرّم باشد، نمی شود و از این فرض منصرف هستند. بر فرض اینکه ادله مجوّز انصراف نداشته باشند، آیا می توان از روایت مسعده این تقیید را استفاده کرد؟

##### پاسخ: تعدّی عرفی از حرمت به ملاک مفسده نوعی به موارد مفسده شخصی

به نظر می رسد استفاده تقیید از روایت مسعده، ممکن است. در توضیح باید گفت: در جایی که شارع مقدّس به ملاک مفسده نوعیه، اکل از فناء محاط را تحریم کرده، عرف از آن حرمت اکل در فرض مفسده شخصی را استفاده می کند. مثل آنکه عرف از دلیلی که حرج نوعی را رافع تکلیف دانسته، رافع تکلیف بودن حرج شخصی را نیز برداشت می کند و از آن اقتصار به حرج نوعی را برداشت نمی کند. در نتیجه، عرف از دلیل ملاک بودن احد الامرین از حرج شخصی و نوعی را ملاک می داند. در مورد بحث نیز هر چند روایت مسعده به زیاد مربوط به حرمت نوعیه باشد، عرف از حرمت نوعیه جایی که حرمت شخصیه وجود داشته باشد را استفاده می کند و حکم آن را حرمت اکل می داند.[[1]](#footnote-1)

##### مناقشه: احتمال ملاک بودن دلالت بر کراهت مالک در اخذ قید «فناء محاط»

تمام این مطالب مبتنی بر پذیرش آن است که روایت مسعده بن زیاد مدار را بر حرمت قرار داده و وجود دیوار به ملاک حرمت نوعی مرور است. اما این مطلب ثابت نیست زیرا نکته ای وجود دارد که در کلمات عامه نیز به آن اشاره شده است.

در توضیح باید گفت: دیوار داشتن می تواند به این علت موجب حرمت شود که وجود دیوار، اماره نوعی بر کراهت مالک است. شارع مقدس صرفا به جهت حرمت مرور، اکل را تحریم نکرده و در جایی که اماره نوعی بر کراهت مالک وجود داشته باشد، اکل را تحریم کرده است. پس روشن نیست علت حرمت استفاده از میوه داخل باغ، این باشد که نوعا برای استفاده از میوه باید عمل محرّمی انجام داد و ممکن است نکته تحریم، این باشد که دیوار اماره نوعی بر کراهت مالک است و شرط جواز اکل، عدم وجود اماره نوعی بر کراهت مالک است.

در مغنی ابن قدامه آمده است:

فَإِنْ كَانَتْ مَحُوطَةً، لَمْ يَجُزْ الدُّخُولُ إلَيْهَا؛ لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ: إنْ كَانَ عَلَيْهَا حَائِطٌ فَهُوَ حَرِيمٌ، فَلَا تَأْكُلْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا حَائِطٌ، فَلَا بَأْسَ.[[2]](#footnote-2)

البته در دیگر کتب، به نحوی دیگر از ابن عباس نقل شده است. در مصنف ابن ابی شیبه آمده است:

عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: «إِذَا مَرَرْتَ بِنَخْلٍ، أَوْ نَحْوِهِ وَقَدْ أُحِيطَ عَلَيْهِ حَائِطٌ، فَلَا تَدْخُلْهُ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، وَإِذَا مَرَرْتَ بِهِ فِي فَضَاءِ الْأَرْضِ فَكُلْ، وَلَا تَحْمِلْ»[[3]](#footnote-3)

هر چند مضمون تفاوت جدی ندارد اما عبارت متفاوت است. مغنی در استدلال دوم بیان می کند:

وَلِأَنَّ إحْرَازَهُ بِالْحَائِطِ يَدُلُّ عَلَى شُحِّ صَاحِبِهِ بِهِ، وَعَدَمِ الْمُسَامَحَةِ فِيهِ.

ابن قدامه به «یدلّ» عبارت کرده که روشن نیست دلالت اطمینانی یا ظنی مراد اوست. اما به هر حال دلالت دیوار بر عدم رضایت مالک را پذیرفته است.

در نتیجه، معلوم نیست حرمت اکل در روایت مسعده به علت حرمت مسیر باشد و می تواند نکته آن، اماره بر عدم رضایت مالک باشد یا حداقل احد الامرین همین مطلب باشد. قدر مسلّم روایت این است که اکل از میوه ای که داخل حائط است و حائط مانع متعارف برای استفاده از میوه ها باشد، جایز نیست و همین دیوار نداشتن می تواند شرط مستقلی محسوب می شود. البته مرحوم نراقی و مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء منهای روایت مسعده این گونه فتوا دادند زیرا قرب الاسناد در اختیار آنها نبوده است. اما با این حال می توان با تمسک به روایت مسعده، شرط بودن نبود دیوار را اثبات کرد.

رابطه بین روایات مجوّزه و روایت مسعده عموم و خصوص مطلق است زیرا در روایات مجوّزه، در صورتی که شخص در مرور حق داشته باشد، اکل تجویز شده است اما روایت مسعده، بین وجود دیوار و عدم آن تفصیل داده است. این بحث مفصّل وجود دارد که آیا می توان از زمین های بزرگ مرور کرد؟ این مطلب مفروغ عنه گرفته شده که یا ملک، ملک عمومی است یا در صورت ملک شخصی بودن، مرور از این زمین ها جایز است. مرحوم آقا شیخ حسین حلّی در بحوث فقهیه این بحث را آورده که برخی قائلند ملکیت در زمین های بزرگ، به نحوی نیست که حق عبور از دیگران سلب شود.

سوال: بین مفهوم روایت مسعده و منطوق روایات مجوّزه، رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است.

پاسخ: مفهوم روایت مسعده با منطوق روایات مجوّزه تعارض ندارند و تعارض بین منطوق روایت مسعده و منطوق روایات مجوّزه وجود دارد. مفهوم روایت مسعده بیان می کند: اکل از غیر جایی که دیوار محوّطه است، جایز است چه مرور با قصد اکل باشد و چه مرور عن قصد نباشد. منطوق روایت بیان می کند: از میوه داخل باغ نمی توان استفاده کرد چه به طریق محرّم مثل داخل باغ رفتن اکل صورت بگیرد چه به طریق غیر محرّم و عدم دخول در باغ، از میوه استفاده شود. منطوق این روایت، روایات مجوّزه را تقیید می زند.

## بازنگری در تجویز اکل از سنبل

ما از مرسله ابن ابی عمیر استفاده کردیم که اکل از نخل و ثمر و سنبل جایز است و نمی توان به غیر این موارد تعدّی کرد. این سوال مطرح شده که آیا سنبل خصوصیتی دارد که در این روایت سائل آن را مورد سوال قرار داده است؟ آیا در خصوص سنبل فتوایی وجود دارد؟ چرا از سنبل، مطلق زرع استفاده نشود؟ چرا سوال سائل برای مطلق زرع نباشد و سنبل خصوصیت نداشته باشد چنانچه بین عامه درباره مطلق زرع بحث وجود دارد و خصوص سنبل، مورد بحث نیست.

با دقت در روایت ابن ابی عمیر نکته ای به ذهن رسید که شاید مسیر بحث را تغییر دهد. در توضیح باید گفت: در این روایت از نخل و ثمر و سنبل سوال کرده است. درباره نخل و ثمر، خوردن فی الحال و خوردن مع الحمل شایع است. اما در سنبل، هر چند شخصی فی الحال بخورد اما فرد متعارف آن خوردن بعد الحمل و طبخ یا آرد کردن است و خوردن سنبل به همان صورت، نادر است. پس نمی توان روایت ابن ابی عمیر را به قرینه سایر روایت به عدم الحمل اختصاص داد در حالی که در این روایت، بین اکل و حمل تفصیل نداده است. اگر سنبل در روایت نبود، به قرینه سایر روایات که از حمل و اتخاذ خبنه نهی کرده است، روایت اختصاص به اکل فی الحال پیدا می کند اما درباره سنبل این اختصاص صحیح نیست زیرا منجر به اخراج فرد ظاهر می شود. در نتیجه روایت ابن ابی عمیر در فقره سنبل، با روایات مانع از حمل تعارض دارد و قابل جمع نیستند و قسمت مربوط به سنبل از اعتبار ساقط می شود. ما بیان کردیم: روایات مجوّز اکل ماره قطعی الصدور است اما در خصوص سنبل، قطع به صدور وجود ندارد و تنها مرسله ابن ابی عمیر وجود دارد. به همین دلیل در خصوص سنبل تعارض وجود دارد چنانچه هیچ یک از فقها خصوص سنبل را بیان نکرده است و برخی اکل از زرع را به صورت مطلق تجویز کرده اند و مرسله ابن ابی عمیر نسبت به قطعه مربوط به سنبل قابل اخذ نیست.

### امکان اخذ به سایر قطعات مرسله به علت تبعض در حجیت

آیا سقوط این قطعه روایت از اعتبار باعث سقوط قطعات روایت از اعتبار می شود؟

ما در بحث تبعّض در حجیّت بیان کردیم اگر نکته عقلایی که منشأ اشتباه شده، اختصاص به قطعه خاص داشته باشد، می توان به سایر قطعات اخذ کرد اما در صورتی که نکته عقلایی نکته عامی باشد، اخذ به سایر قطعات جایز نیست. ممکن است گفته شود: مورد سوال در مرسله ابن ابی عمیر به قرینه ذکر سنبل، حمل و عدم حمل بوده است. با این فرض، کل روایت از استدلال ساقط می شود زیرا سایر روایات حمل را منع کرده اند.

اما احتمال دیگری در منشأ اشتباه و مخالفت با واقع وجود دارد که مختص به سنبل است. در توضیح باید گفت: «یمرّ بالنخل» در استبصار به صورت «یمرّ بالنخیل» نقل شده است. نخیل و سنبل از جهت نگارشی شباهت زیادی به هم دارند. امکان دارد جمع بین نسخه صحیح و نسخه مصحّف که امر شایعی است، باعث اضافه سنبل شده باشد. به این صورت که اصل روایت، نخل بوده و پس از آن به نخیل تبدیل شده که نخیل در حاشیه نوشته شده بوده. در مرحله بعد حاشیه به توهّم اینکه از متن ساقط شده، وارد متن شده و به سنبل تبدل شده است. باید دقت داشت: جمع بین نسخه صحیح و محرّف در نسخه موجود تهذیب یا استبصار نیست بلکه تحریف در نسخه کتاب حسین بن سعید بوده که در اختیار شیخ طوسی بوده است. اگر این مطلب صحیح باشد، تحریف اختصاص به سنبل دارد و سایر قطعات را از اعتبار ساقط نمی کند.

در نتیجه، نمی توان درباره سنبل حکم به جواز اکل کرد. مؤید این مطلب این است که درباره سنبل، مرسله مروک بن عبید وارد شده که در آن از اکل از سنبل نهی کرده است. مؤید بودن این روایت به علت مرسله بودن است و به این دلیل که مورد آن صورت حمل است نه اکل در محلّ.

نتیجه آنکه، تنها درباره ثمره و نخل اکل جایز است چنانچه در روایت مسعده بن زیاد نیز دقیقا همین دو مورد ذکر شده است. در روایت مسعده، رطب وارد شده که خصوصیتی از آن استفاده نمی شود و شامل تمر نیز می شود. قدر مسلّم ثمره نیز فاکهه است و زرع داخل در ثمره نیست. پس درباره سنبل نمی توان قائل به جواز شد و با این فرض، الغای خصوصیت از سنبل نیز صحیح نیست.

1. بر فرض دلالت روایت مسعده بر حرمت اکل در صورت حرمت نوعی مرور، ادعای انصراف صحیح نیست زیرا ملاک های نوعی مدار احکامی است که خود شارع آنها را جعل کرده و موجب انصراف در سایر ادله نمی شود. [↑](#footnote-ref-1)
2. المغنی لابن قدامه، ج 9، ص: 418 [↑](#footnote-ref-2)
3. مصنف ابن ابی شیبه، ج 4، ص: 296 [↑](#footnote-ref-3)