

تقریر دفتر استاد سید کاظم مصطفوی «زید عزه العالی» از درس خارج فقه  
استاد سید کاظم مصطفوی؛ 1396/01/21



موضوع: مسئله شانزده عبور آب از مکان غصبی

مسئله 16: «إذا تعدى الماء المباح عن المكان المغصوب إلى المكان المباح لا إشكال في جواز الوضوء منه»<sup>[1]</sup> این مسئله جزء واضحات است. اگر فرض کردیم مسیری دارد جوی آب که یک قسمت از آن مسیر غصبی هست آب می آید از بالا از آن مسیر غصبی عبور می کند و بعد به مکان مباح می رسد، این عبور اشکالی ایجاد نمی کند. عبور کردن آب مباح از مکان غصبی آب را مغصوب نمی سازد. مطلب واضح است همان طور که در متن فرموده اند که «لا إشكال في جواز الوضوء» سیدنا الاستاد می فرماید: این مسئله را طرداً للباب ذکر کرده است و الا اصلاً بحث ندارد آبی که از یک مکان غصبی عبور بکند که آن آب غصب نمی شود آبی است که عبور کرده آمده مکان مباح و خود آب هم مباح است. این بحثی ندارد.

مسئله هفده آب مباح در ملک شخصی

اما مسئله هفده: «إذا اجتمع ماء مباح كالجاري من المطر في ملك إن قصد المالك تملكه كان له، وإلا كان باقياً على إباحته فلو أخذه غيره وتملكه ملك، إلا أنه عصي من حيث التصرف في ملك الغير، وكذا الحال في غير الماء من المباحات مثل الصيد وما أطارته الريح من النباتات»<sup>[2]</sup> مسئله خوب و قابل توجهی است.

فرعی مربوط به آب مباح است ولی کشیده شده است به بحث حیازت. اگر آب مباحی جمع شود در ملک کسی مثلاً باران بیاید آب جاری بشود یا خود آب باران روی زمین کسی رد بشود یک مقدار آب قابل توجهی و دارای یک کمیتی بالاتر از کرّ که از آن استفاده بشود برای وضو و غیره این آب ملک چه کسی است، به اباحه بودن خودش باقی است یا می شود ملک آن فردی که این آب در ملک آن فرد جمع شده است؟.

### قصد تملک در حیازت شرط است

سید طباطبایی یزدی می فرماید: اگر مالک پس از جمع شدن قصد تملک بکند این آب مال آن مالک زمین می شود و الا. اگر قصد تملک نکند بر مباح بودن خودش باقی می ماند. تنها جمع شدن در ملک ملکیت به بار نمی آورد و همین طور سائر اموال دیگری که فرض کنید پرنده ای بود داخل باغ و بستان آمد یا علف های بیابانی زیاد قابل استفاده بود در اثر وزش باد آمد جمع شد روی زمین کسی، این موارد و موارد دیگری مثلاً شما یک حوض آبی داشتید که ابتداء و انتهایش وصل بود به نهر بزرگ، داخل آن حوض آب یا جویی که در داخل باغ شما بود ماهی هایی آمد جمع شد، این چه حکمی دارد، آیا اینها به مجرد وارد شدن در زمین ملکی شما جزء ملک می شود و یا شرط دیگری هم لازم دارد؟. این بحث مربوط است به قاعده حیازت، قاعده حیازت که عنوانش است «من حاز مَلْک» کسی که چیزی از مباحات را حیازت کند مالک می شود. این یک قاعده است. نصوصی دارد و آراء در حد اجماع یا نفی خلاف دارد که قاعده نتیجه ملکیت است. منتها در این مسئله بحث از این است که قاعده حیازت مورد توافق و اجماع، و روایتی که به عنوان اصلی ترین دلیل برای قاعده حیازت اعلام می شود که سیدنا الاستاد قدس الله نفسه الزکیه می فرماید: حیازت و مفاد آن در نصوص نیامده مگر یک مورد که آن عبارت است از معتبره سکونی. سکونی عن ابی عبدالله علیه السلام عن جده امیرالمومنین نقل می کند که در حدیثی پرنده ای بود فردی آن پرنده را دنبال می کرد آمد پرنده روی درختی افتاد بعد شخص دیگری آمد آن پرنده را از آنجا گرفت از امام سوال شد که این پرنده مال چه کسی است، مال آن فردی است که گرفته است یا مال کسی است که دنبال می کرد؟ امام فرمود «للعین ما رأت و للید ما اخذت» [3] این «للید ما اخذت» دلیل اصلی قاعده حیازت است که اخذ کرده و اخذ یکی از مصادیق حیازت است و مال مباح بوده، سابقه ملکیت نداشته، کسی که مال مباح را اخذ کند یا حیازت کند مالک آن می شود. این قاعده در فقه از اعتبار بالایی برخوردار است و اشکالی در اصل قاعده وجود ندارد. اما بحث در این است که فقط حیازت به ورود مال در داخل ملک مالک صدق می کند یا استیلاء همان است و یا اینکه باید فعل اختیاری انجام گیرد؟. به طور کل قدر متیقن از حیازت آن است که شخص حیازت کننده فعلی انجام بدهد و استیلاء هم به دست بیاورد در آن صورت مال مباح حیازت شده ملک می شود. مثلاً اگر مرتعی است چراگاهی است در بیابان و صحرایی که ملک کسی نیست، فردی برود آن منطقه را اطرافش را خط کشی کند و بعد از که علامتگذاری بکند و در حیطة تصرف خودش به قول متعارف در جامعه در حوض استحفاظی خودش قرار بدهد کاری هم صورت بگیرد می شود حیازت و مالک آن علف ها یا

آن درخت های خودرو می شود. و اما به مجرد ورود در ملک که کاری انجام ندهد و قصد تملک نکند محل بحث است. مشهور می گویند «من حاز من المباحات شئ بقصد التملک ملکه» [4] بنابراین مشهور درباره حيازت فرمود که قصد تملک وجود داشته باشد. بنابراین اگر یک صیدی در داخل جویی که از باغ شما عبور می کند مثلاً صید ماهی آمد به محض آمدن ملک شما نمی شود بلا. خلاف. صاحب جواهر قدس الله نفسه الزکيه این فرع را می فرماید از این قرار است یعنی مجرد ورود در ملک و در جوی آب یا باغ بدون قصد تملک ملکیت نمی آورد بلا خلاف. [5] و برای ملکیت مباحات از طریق قانون حيازت شرط این است که قصد تملک قطعاً باشد اما آیا مضافاً بر قصد فعل هم می طلبد، کاری هم انجام بشود یا نه؟ در اصل حيازت خواندید که یک تصوّر و یا یک قدم زدن نه تحجیر است و نه حيازت است. گفتیم که حيازت و تحجیر متقوّم به حداقل کار است فعل باید انجام بشود و کاری بکند، تحجیر یک مقدار سنگ چینی کند و دیوار ببرد بالا. بدون کار نه تحجیر است و نه حيازت است. بنابراین اگر در ملک کسی آب آمد آن کاری نکرده است

#### نظر سيد الحكيم

لذا سيد الحكيم قدس الله نفسه الزکيه نسبت به همین مسئله می فرماید: حيازت به مجرد قصد محل تأمل است. چون حيازت مقدمه اش کار است اگر نگوییم متقوّم به کار است علی الاقل قدر متيقن از حيازت حيازتی است که کار صورت می گیرد. لذا می فرماید: این مسئله محل تأمل است. [6]

#### نظر سيد الخوئي

اما سيدنا الاستاد قدس الله نفسه الزکيه این مسئله را بحث می کند می فرماید: مطلبی که در متن آمده یعنی آب اگر به طور طبیعی جریان پیدا کند و به ملک کسی وارد بشود جزء ملک آن می شود. ابتداءً به روایتی اشاره می کند و اشکال آنگاه از سیره کمک می گیرد. می فرمایند: در روایتی آمده است که «من استولى على شئ فهو له» بعد می فرماید این روایت و امثال این روایت ضعیف اند از نظر سند مشکل دارند. اما دلالتش کامل است «استولى» یعنی مال صید است آب است پرنده است داخل محدوده ملک شما آمده است در قلمرو مالکیت شما و تحت استیلاي شماست. دیگر نیاز به کار ندارد. [7] قاعده این بود که اگر دلالت کامل باشد و سند هم مشکل داشته باشد در حد موید می تواند باشد که روایت ضعیف و روایاتی که می گوییم ضعیف است از اعتبار نهائياً ساقط نیستند. اما براساس تحقیقی که به عمل آمد این روایت در ذیل موثقه یونس بن یعقوب آمده، این حدیث سندش این است: علی بن حسن فضال عن محمد بن ولید عن یونس بن یعقوب عن ابی عبدالله علیه السلام. در این حدیث صحبت از مالکیت و ارث و میراث زوجین است در ذیل حدیث آمده است «من استولى على شئ فهو له» [8] اصل این حدیث و یک جهت استفاده

از این حدیث اثبات اعتبار برای قاعده ید است. اما اینجا هم سید می فرماید دلالتش درست است. اما سندش را به دقت جستجو کردیم درست است و خود سید هم به موثق تعبیر کرده باشد جای دیگر. اینجا در این بحث که ضعاف گفته دو تا توجیه دارد: یا اینکه آن جمله بعدی کلام شان می فرمایند «و ما ورد بمضمونها ضعاف» آن بقیه ضعاف اند و یا جناب مقرر این را ضعیف فرموده باشد و الا این حدیث ثقه و دلالتش هم درست است.

### سیره و بنای عقلاء

بعد از که می فرماید از روایات صرف نظر کنیم در این رابطه ما خوشبختانه سیره داریم. سیره عقلاء که گفته بودم سیره عقلاء و بنای عقلاء یکی است فرقی اعتباری است به اعتبار رفتار و روش و عملی عقلاء می شود سیره و از حیث خود آن واقع و آن متعلق سیره می گوئیم بناء. و بنای عقلاء گاهی سیره عقلاء نیست. این مورد هم ممکن است سیره نباشد و بناء باشد. می فرماید: بنای عقلاء یا سیره بر این است که اگر یک پرند ای بیاید داخل باغ یک فرد مالکی بشود همان جا سکنی بگیرد و یا جوی آبی است ماهی بیاید داخل آن جوی آب یا آب باران بیاید حوضی دارد استخر ماندی دارد باغ داخل آن حوض در کمیت زیادی جمع بشود عقلاء می گویند متعلق به مالک آن باغ شده. بنابراین سیره این است که اگر سیره استیلاء حاصل بشود ولو فعل و کاری انجام نشده باشد ملکیت در اثر حیات حاصل است و این حیات یک حیات واقعی است منتها خدادادی نه اینکه خودش کاری کرده و شده در قلمرو ملک تان و الان در حوزه مالکیت تان است قصد بکنید یا کاری انجام بدهید یا کاری انجام ندهید فرق نمی کند. لذا آبی که جمع شده است از طریق مطر و جویبارها در ملک شما آن آب ملک شماست. بنابراین اگر کسی از آن آب استفاده کند بدون اذن و اجازه شما وضویش باطل است و برای خود شما ملک است می توانید اجازه ندهید و می توانید آن ملک را بفروشید. در نتیجه آنچه که در متن آمده است درست است و بلا اشکال براساس آن حدیث موثق و آن سیره ای که اگر نتوانیم به عنوان سیره ثابت کنیم به عنوان بنای عقلاء قطعاً محقق و ثابت است فرع بعدی ان شاء الله جلسه آینده.

[1] العروه الوثقی، السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی، ج 1، ص 174.

[2] العروه الوثقی، السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی، ج 1، ص 174.

[3] وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج 16، ص 246، ابواب صید، ب 38، ح 1، ط اسلامیة.

[4] الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، الشهید الثانی، ج 4، ص 347.

[5] جواهر الکلام، الشیخ محمد حسن النجفی، ج 36، ص 204.

[6] مستمسک العروه الوثقی، السید محسن الطباطبائی الحکیم، ج 2، ص 438.

[7] التنقیح فی شرح العروه الوثقی، السید ابوالقاسم الخوئی، ج 5، ص 342.

[8] وسائل الشیعه، الشیخ الحر العاملی، ج 17، ص 252، ابواب میراث ازواج، ب 8، ح 3، ط اسلامیة.