

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۸
پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۵۹-۱۸۱

حق المارّه در نگاهی نو*

دکتر علی اکبر کلانتری

دانشیار دانشگاه شیراز

Email: mrahimi2@gmail.com

چکیده

شخصی که در مسیر عبور خود، به درخت میوه‌دار دیگران بر خورد کند، می‌تواند به مقدار رفع نیاز، از میوه آن بخورد، مشروط به این که رسیدن او به آن درخت، اتفاقی باشد نه از روی قصد و میوه‌ای با خود حمل نکند و درخت یا میوه‌ای را فاسد و تباه نسازد. و در این زمینه، رضایت مالک، شرط نیست. دلیل بر این حکم، شماری از روایات است که هر چند به حسب اصطلاح، خبر واحدند و مفید ظن، ولی می‌توان با توجه به شواهد گوناگون، آن‌ها را «خبر واحد محفوف به قرائن علم آور» دانست، این حکم، به درختان در مالکیت دولت نیز قابل تعمیم است.

کلیدواژه‌ها: حق المارّه، رهگذر، درخت، میوه، خوردن.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۵/۲۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۲/۰۶/۲۷.

مقدمه

از موضوعاتی که مورد ابتلای بسیاری از مردم است و هر چند فقها، از دیرباز، به آن پرداخته‌اند، ولی تنقیح اصل آن و تبیین شرایط و اندازه آن، ضروری به نظر می‌رسد، موضوع «حق المارّه» است، به این معنا که چنان چه شخص رهگذر، در مسیر خود، به طور اتفاقی، به درخت میوه‌دار دیگران برخورد نماید، می‌تواند از میوه آن بخورد، و در این کار، نیازی به کسب رضایت و اجازه مالک نیست.

تا آن‌جا که می‌دانیم، نخستین فقیهی که این موضوع را مورد توجه قرار داده، سید مرتضی (د ۴۳۶ق) است که به گفته شهید ثانی، در رساله المسائل الصيدایه خود با آن مخالفت نموده است. پس از وی، شاگرد او شیخ طوسی (د ۴۶۰ق) است که به اختصار می‌نویسد: «إذا مرّ الإنسان بالثمرة، جاز له أن يأكل منها.» هرگاه انسان به درخت میوه‌ای عبور نماید، می‌تواند از آن بخورد. (النهایه، ۳۷۰) پس از ایشان، ابن ادریس حلی (د ۵۹۸ق) محقق حلی (د ۴۷۴ق) شهید ثانی (د ۹۶۶ق) صاحب حدائق (د ۱۱۸۶ق) فاضل نراقی (د ۱۲۴۵ق) و صاحب جواهر (د ۱۲۶۶ق) و برخی دیگر، کم و بیش به این موضوع پرداخته‌اند (رک: السرائر، ۲/۲۲۶؛ شرائع الاسلام، ۲/۳۱۰؛ تذکره الفقهاء، ۱/۵۸۴؛ شرح لمعه، ۳/۳۷۱؛ مسالك الافهام، ۳/۳۷۲؛ الحدائق الناضرة، ۱۸/۲۸۶؛ مستند الشیعه، ۱۵/۴۷؛ جواهر الکلام، ۲۴/۱۲۷-۱۳۵)

ضرورت بحث

بحث پیرامون این موضوع و نگاهی نو به آن، از جهاتی چند مفید، بلکه ضروری به نظر می‌رسد:

۱- چنان‌که شهید ثانی نیز اشاره می‌کند، این حکم به حسب ظاهر، در تنافی با آیه «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» (نساء: ۲۹) و ناسازگار با قاعده قبح تصرف در مال غیر است، و از همین رو، وی احتیاط می‌کند و می‌نویسد: «و ترکّه بالکلیة أولى» بهتر است این کار، به طور کلی ترک شود. (شرح لمعه، ۳/۳۷۳) شیخ انصاری نیز می‌نویسد: «کان أكل المارّة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي»، خوردن شخص رهگذر از میوه‌ای که بر آن عبور می‌کند، اکل مال به باطل است، در صورتی که اذن مالک حقیقی (خدا) در کار نباشد. (۵۵/۳)

۲- آن‌چه در بیشتر تعبیرات فقها و نیز در پاره‌ای از روایات مرتبط با این موضوع یافت

می‌شود «جواز خوردن و پرهیز از بردن» است. چنان‌که می‌بینیم، این تعبیر، مطلق و بسیار گسترده است و حتی شامل تك درختی می‌شود که دارای میوه‌ای ناچیز و تنها درخت متعلق به يك شخص فقیر باشد، هم‌چنان‌که در بردارنده فرضی می‌باشد که شخص عبور کننده، به مقدار زیادی از میوه مورد نظر بخورد و چیزی از آن باقی نگذارند یا از باب مثال شمار عبور کنندگان، فراوان و در حد يك لشکر باشد، به گونه‌ای که پس از عبور و استفاده آنان، میوه‌ای باقی نماند.

با توجه به این اطلاق و یا ابهام و با عنایت به مرتبط بودن موضوع بحث با حق الناس و تشابه آن با «اکل مال به باطل»، تبیین مقداری که خوردن آن برای شخص یا اشخاص عبور کننده مجاز است، ضروری به نظر می‌رسد.

۳- چنان‌که اشاره گردید، این حکم، به حسب ظاهر، مخالف با برخی از آیات قرآنی است و نیز در تنافی با اصل حرمت تصرف در مال غیر می‌باشد و از سویی، دلیل بر آن، چند روایت است که نمی‌توان آن‌ها را متواتر دانست و همان‌طور که می‌دانیم از دیدگاه برخی، خبر واحد، حتی اگر با قرآن، موافق باشد. حجت نیست چه رسد به خبر واحدی که مخالف با قرآن، محسوب شود. بدیهی است چنان‌چه بتوان با گردآوری قرائن گوناگون، به صدور این اخبار، قطع پیدا کرد و به اصطلاح، آن را «خبر واحد محفوف به قرائن» دانست، همه این دغدغه‌ها بر طرف می‌شود. کاری که تاکنون انجام نشده و این مقاله در صدد آن است.

۴- ظاهر و مورد روایات رسیده در این باب و نیز آن چه در تعبیرات فقها به چشم می‌خورد، درختان میوه و محصولات است که به افراد و مالکان خصوصی، تعلق دارد و در هیچ‌یک از آن‌ها، درختان و محصولات متعلق به دولت، مورد بحث واقع نشده، ضروری است در این مورد هم تبیینی کافی به عمل آید.

اقوال چهارگانه

از بررسی تعبیرات و کلمات فقهای پیشین و پسین در این زمینه، چهار قول زیر، قابل استخراج است:

أ- جواز

شیخ طوسی، ابن ادریس، علامه در تذکره، محقق حلّی، شهید ثانی، محقق اردبیلی، فاضل نراقی و صاحب جواهر، از مهم‌ترین طرفداران این قول هستند. (ر.ک: الخلاف، ۶/ ۹۸؛ النهایه،

۳۷۰؛ السرائر، ۲/۲۲۶؛ تذکره الفقهاء، ۱/۵۸۴؛ شرائع الاسلام، ۲/۳۱۰؛ شرح لمعه، ۳/۳۷۱؛ مسالك الافهام، ۳/۳۷۲؛ مجمع الفائده و البرهان، ۸/۲۲۴؛ مستند الشیعه، ۱۵/۵۱؛ جواهر الكلام، ۲۴/۱۲۷)

شهید ثانی، این قول را به اکثر فقها نسبت داده و نوشته است: «فأما اصل الجواز، فعليه الاكثر» (شرح لمعه، ۳/۳۷۱) و در جای دیگر می نویسد «و بذلك عمل أكثر الاصحاب» (مسالك الافهام، ۳/۳۷۲) و این فتوا از نگاه صاحب حدائق مشهور است (ر.ک: ۱۸/۲۹۲) و از دیدگاه صاحب جواهر، مشهور است، هم به گونه منقول و هم به صورت محصل (ر.ک: ۲۴/۱۲۷) بلکه شیخ طوسی، این دیدگاه را مورد اجماع فقهای شیعه دانسته و پس از فتوای به جواز نوشته است: «دلینا اجماع الفرقة و اخبارهم، دلیل ما بر این حکم، اجماع شیعه و روایات ایشان است.» (الخلاف، ۶/۹۸)

در این میان صاحب حدائق، فتوای به جواز را خالی از قوت ندانسته و با این وجود نوشته است: خالی از اشکال نیست (۱۸/۲۹۲)

گفتنی است فقهای عصر حاضر نیز با همین فتوا همراهی کرده اند و به مخالفی در این زمینه برنخوریم. امام خمینی می نویسد: «من مرّ بثمره نخل او شجر مجتازاً لا قاصداً لاجل الاكل، جازله أن يأكل منها»، هر کس، به میوه نخلی یا درختی به طور عبوری، نه به قصد خوردن، گذر نماید، می تواند از آن بخورد. (۱/۵۵۲)

نیز همین مضمون یا نزدیک به آن، از کلمات فقهایمانند آقای خویی و آقای گلپایگانی در مباحث گوناگون فقهی، قابل استفاده است. (ر.ک: خویی، مصباح الفقاهه، ۱/۵۰۴؛ کتاب الطهاره، ۴/۳۸۶؛ کتاب الصلاة، ۲/۶۳؛ گلپایگانی، بلغة الطالب، ۱/۲۴؛ تقریرات البیع، ۲/۹۷؛ نیز: روحانی، فقه الصادق(ع)، ۱۳/۱۷۹ و ۱۵/۱۱۶؛ منهاج الفقاهه، ۲/۲۴۶)

ب- عدم جواز

این قول به سید مرتضی، محقق ثانی، کاشف الغطاء و برخی دیگر از فقهای پسین نسبت داده شده است. (ر.ک: شهید ثانی، مسالك الافهام، ۳/۳۷۲؛ نجفی، ۲۴/۱۳۰؛ روحانی، فقه الصادق(ع)، ۱۸/۲۳۶) و به گفته شیخ طوسی، دیدگاه اهل سنت نیز همین است، وی پس از این که به قول نخست فتوا می دهد، آن را مورد اتفاق فقهای شیعه می داند و می نویسد: «و قال جميع الفقهاء: لا يحل له الأكل منه إلا في حال الضرورة»، همه فقها (ی عامه) می گویند این

کار، جز در حال ضرورت جایز نیست. (الخلافاً، ۹۸/۶)

ج- تفصیل بین درخت خرما و غیر آن

به گفته کاشف اللثام، شیخ طوسی در رساله حایریات، اکل ماره را تنها در مورد درختان خرما جایز دانسته است، وی می نویسد: «منع الشیخ فی الحایریات من کل غیر ثمره النخل: قال الرخصة فی الثمار من النخل و غیره لا یقاس علیه»، شیخ در حایریات، از خوردن هر میوه ای غیر از میوه درخت خرما منع نموده و گفته است مجاز بودن این عمل، محدود به درخت خرما است و نباید غیر خرما را به آن قیاس نمود. (اصفهان، ۲/۲۷۲)

د- به نوشته کاشف اللثام، برخی گفته اند: «لیناد صاحب البستان... ثلاثاً و یستأذن فان أجابه و الا اكل... و ان أمکنه ردّ القیمة کان أحوط»، باید شخص عبور کننده، مالک باغ را سه بار صدا کند و از او اذن بطلبد، اگر به درخواستش پاسخ داد که هیچ، در غیر این صورت، می تواند از آن باغ بخورد، و اگر برای او پرداخت قیمت ممکن باشد، این کار، به احتیاط نزدیک تر است. فقیه مزبور، این قول را به فردی به نام ابوعلی نسبت می دهد. (همان)

گفتنی است برخی نیز در حکم این مسأله، تردید و در نهایت توقف نموده اند مانند علامه که هر چند در کتاب تذکره، فتوا به جواز داده است، در کتاب ارشاد الاذهان، به دیدگاه قاطعی دست نیافته و نوشته است: «ولو مرّ بثمره لم یجز التناول علی رأی و لا أخذ شیء منها»، اگر به درخت میوه ای عبور نماید، براساس قولی، نمی تواند از آن بخورد و چیزی از آن بردارد. (۳۶۴/۱)

نقد و بررسی ادله اقوال

علی رغم جست و جوی فراوان، به هیچ روایتی که بتواند دلیل بر قول سوم یا تایید کننده آن باشد بر نخوردیم و چنان که خواهیم دید، هیچ یک از روایات دلالت کننده بر قول نخست نیز به درخت خرما اختصاص ندارد. در مورد قول چهارم نیز دلیل یا تایید کننده ای یافت نشد جز روایت ضعیف السندی که مضمون آن تا حدودی نزدیک به این قول است و آن را شیخ طوسی با سند مرسل از عبدالله بن عمر و او از پیامبر اکرم (ص) نقل می کند. بر اساس این نقل، پیامبر (ص) فرمود: «إذا مرّ أحدکم بحائط غیره، فلیناد، فإن أجابوه و آلا فلیدخُل و لیأکل»، هر گاه یکی از شما وارد باغ دیگری شد، [مالک آن را] صدا کند، اگر او را پاسخ گفتند که هیچ، در غیر این صورت می تواند داخل شود و از میوه آن بخورد. (الخلافاً، ۹۸/۶) بنابراین آن چه

مهم است، بررسی دلیل‌های قول اول و دوم و ارزیابی قوت و ضعف آن‌ها است.

روایات دال بر قول اول

و آنچه می‌تواند دلیل بر قول نخست باشد، شمار در خور توجهی روایت است که در منابع گوناگون گزارش شده و هر چند برخی از آن‌ها به لحاظ سندی، مواجه با اشکال است و مجموع آن‌ها، از خبر واحد، فراتر نمی‌رود، ولی با توجه به فراوانی آن‌ها و با عنایت به شواهد و قرائن دیگری که ارائه خواهیم داد، می‌تواند به صدور فی الجمله آن از معصوم (ع) اطمینان، بلکه علم پیدا کرد و آن را از مصادیق «خبر واحد محفوف به قرائن قطع آور» دانست. در زیر، به ترتیب اهمیت، به نقل این روایات می‌پردازیم:

۱- احمد بن ابی عبدالله برقی در کتاب المحاسن با سند صحیح، از عبدالله بن سنان و او از امام صادق (ص) نقل می‌کند که فرمود: «لَا بَأْسَ بِالرَّجُلِ يَمُرُّ عَلَى الثَّمَرَةِ وَيَأْكُلُ مِنْهَا وَلَا يَفْسُدُ»، اشکال ندارد انسان بر درخت میوه گذر نماید و از میوه آن بخورد و (لی) آن را تباه نسازد. (۵۲۹/۲: نیز، ر.ک: کلینی، ۵۶۹/۲)

۲- شیخ صدوق، با سند خود از محمد بن جعفر اسدی و او از محمد بن عثمان عمری (از نایبان خاص) نقل می‌کند، حضرت صاحب الزمان (ع)، در پاسخ به یکی از پرسش‌های وی فرمود: «وَأَمَّا مَا سَأَلْتَ عَنْهُ مِنْ أَمْرِ الثَّمَارِ مِنْ أَمْوَالِنَا يَمُرُّ بِهَ الْمَارُ فَيَتَنَاوَلُ مِنْهُ وَيَأْكُلُهُ هَلْ يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَكْلُهُ وَيَحْرَمُ عَلَيْهِ حَمْلُهُ»، و اما آن چه در مورد میوه‌جات (درختان میوه) پرسیده‌ای که عبور کننده از میوه‌جات ما می‌گذرد و از آن‌ها تناول می‌نماید، آیا این کار برای او حلال است؟ (بله) خوردن، حلال و بردن بر او حرام می‌باشد. (کمال الدین، ۲ / ۴۸۰)

۳- براساس روایتی که علی بن جعفر (ع) از برادر گرامی خود موسی بن جعفر (ع) گزارش می‌کند، وی می‌گوید: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ يَمُرُّ عَلَى ثَمَرَةٍ فَيَأْكُلُ مِنْهَا؟ قَالَ: نَعَمْ، قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (ص) أَنْ تَسْتَرِ الْحَيْطَانَ بَرَفِ بَنَائِهَا»، از آن حضرت، در خصوص مردی پرسیدم که بر (درخت) میوه‌ای عبور می‌کند، آیا می‌تواند از آن بخورد؟ فرمود: بله (و به همین سبب پیامبر خدا (ص) از این که دیوارهای باغ، بلند ساخته شود و موجب استتار (درختان) گردند نهی فرمود. (مسائل علی بن جعفر (ع)، ۱۴۸)

۴- شیخ طوسی با سند خود از محمد بن مروان نقل می‌کند که وی گفت: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): أَمْرٌ بِالثَّمَرَةِ فَأَكُلُ مِنْهَا؟ قَالَ: كُلْ وَلَا تَحْمِلْ»، به امام صادق (ع) عرض کردم: [در

مسیر خود] عبورم به درخت میوه می‌افتد، از آن بخورم؟ فرمود: بخور و با خود نبر. (تهذیب الاحکام، ۸۹/۷؛ الاستبصار، ۹۰/۳)

۵- شیخ طوسی، با سند خود از یونس بن عبدالرحمن و او به گونه مرسل (عن بعض رجاله) نقل می‌کند: «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَمُرُّ بِالْبُسْتَانِ وَقَدْ حَيْطَ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَحِطْ عَلَيْهِ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ ثَمَرِهِ وَ لَيْسَ يَحْمِلُهُ عَلَى الْأَكْلِ مِنْ ثَمَرِهِ إِلَّا الشَّهْوَةَ، وَ لَهُ مَا يَغِينُهُ عَنِ الْأَكْلِ مِنْ ثَمَرِهِ؟ وَ هَلْ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ جُوعٍ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ يَأْكُلَ وَ لَا يَحْمِلُهُ وَ لَا يَفْسُدُهُ»، از امام صادق (ع) پرسیدم: مردی، عبورش به باغی با دیوار یا بی دیوار می‌افتد، آیا می‌تواند از میوه آن بخورد؟ و این در حالی است که چیزی جز خواهش نفسانی او را به این کار وادار نمی‌کند و چیزی در اختیار دارد که او را از خوردن این میوه، بی‌نیاز سازد (سؤال دیگر آن که) آیا وی می‌تواند از سر گرسنگی به این کار اقدام کند؟ حضرت فرمود: خوردن او، بی‌اشکال است، و (لی) با خود نبرد و آن را تباه نسازد. (تهذیب الاحکام، ۳۸۳/۶)

۶- شیخ صدوق می‌نویسد: «قال الصادق (ع): مَنْ مَرَّ بِبُسْتَانٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ ثَمَرِهَا وَ لَا يَحْمِلُ مِنْهَا شَيْئاً»، کسی که عبورش به باغ‌ها بیفتد، اشکال ندارد از میوه‌جات آن‌ها بخورد و (لی) چیزی از آن‌ها با خود نبرد. (من لایحضره الفقیه، ۱۸۰/۳)

این حدیث، هر چند به گونه مرسل است ولی چون تعبیر شیخ صدوق در مورد آن، «قال» است نه تعبیراتی مانند «روی» و «نقل»، می‌توان آن را نشانه اطمینان داشتن وی به صدور آن از معصوم (ع) دانست.

۷- ابن ادریس حلی، در آخر کتاب السرائر، به نقل از کتاب مسائل الرجال داود صرمی به نقل از امام هادی (ع) گزارش می‌کند: «سَأَلْتُهُ عَنِ رَجُلٍ دَخَلَ بُسْتَاناً أَوْ يَأْكُلُ مِنَ الثَّمَرَةِ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ صَاحِبِ الْبُسْتَانِ؟ قَالَ: نَعَمْ»، از آن حضرت، در مورد مردی پرسیدم که وارد باغی می‌شود، آیا می‌تواند بدون آگاهی صاحبش، از میوه آن بخورد؟ فرمود: آری. (السرائر، ۲/۵۸۲؛ نیز ر.ک: حرّ عاملی، ۱۶/۱۳)

۸- شیخ، در دو کتاب التهذیب و الاستبصار، با سند خود از ابن ابی عمیر و او به گونه مرسل از یکی از اصحاب امام صادق (ع) نقل می‌کند که وی گفت: «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَمُرُّ بِالْبُسْتَانِ وَ السُّنْبُلِ وَ الثَّمَرِ فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهَا مِنْ ضَرُورَةٍ أَوْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ»، از امام صادق (ع) در مورد مردی پرسیدم که از (کنار) درخت خرما و خوشه‌زار گندم و درخت میوه عبور می‌کند، آیا می‌تواند از آن‌ها، بدون اذن صاحبشان بخورد، اعم از

این که ضرورتی در میان باشد یا نباشد؟ حضرت فرمود: اشکال ندارد. (تهذیب الاحکام، ۷/ ۹۳؛ الاستبصار، ۳/ ۹۰)

این روایت، هر چند مرسله است ولی چون راوی آن، محمدبن ابی عمیر است که به شهادت شیخ، از شخص غیر ثقه، نقل حدیث نمی‌کند، (ر.ک: عدة الاصول ۱/ ۳۸۷) باید آن را در زمره روایات معتبر محسوب داشت، بلکه به تصریح محقق اردبیلی، برخی، از آن به صحیح، تعبیر کرده‌اند. (۸/ ۲۲۳)

این روایات، که از شماری در خور توجه و مدلولی روشن برخوردارند، برای اثبات قول نخست، کفایت می‌کنند. و تنها مشکل، ضعف سندی برخی از آن‌ها است که این هم، با عمل مشهور فقهای پیشین و پسین، بلکه با اجماع ادعا شده توسط شیخ طوسی، قابل جبران است.^۱ بله ممکن است روایاتی که مورد تمسک طرفداران قول دوم واقع شده، مانع و معارض روایات مزبور تلقی شوند که اینک به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

روایات دال بر قول دوم

۱- شیخ به نقل از امام صادق(ع) روایتی نقل می‌کند که سند و متن آن چنین است: «محمدبن احمد عن یعقوب بن یزید، عن مروك بن عبید عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله(ع) قال: قلت له الرجل یمر علی قراح الزرع يأخذ منه السنبلة؟ قال: لا، قلت: أی شیء السنبلة؟ قال: لو كان كل من یمر به يأخذ منه سنبلة كان لا یبقی شیء»، به امام صادق(ع) عرض کردم: مردی بر خوشه‌های رسیده گندم، گذر می‌کند می‌تواند از آن بردارد؟ فرمود: خیر، عرض کردم: یک خوشه گندم چیست؟ (که نتواند بردارد) فرمود: اگر هر کس بر آن گذر کند و خوشه‌ای بردارد، چیزی از آن، باقی نمی‌ماند. (تهذیب الاحکام، ۶/ ۳۸۵)

همان‌گونه که می‌بینیم، این روایت، افزون بر این که مرسله است، در سند آن، مروك بن عبید قرار دارد که در هیچ‌یک از رجال نجاشی و فهرست و رجال شیخ، توثیق نشده است. (ر.ک: نجاشی، ۴۲۵؛ رجال طوسی، ۳۷۷؛ فهرست طوسی، ۲۵۰)، علامه نیز گرچه در خلاصه الاقوال خود، به نقل از برخی، او را ثقه معرفی کرده (۲۸۱) ولی در ایضاح الاشتباه خود از توثیق او خود داری نموده است. (۳۰۳)

^۱ - البته برخی از اصولیان، مانند آقای خوبی، عمل فقها به يك روایت را جبران کننده ضعف سند آن نمی‌دانند، چنان که اعراض مشهور از يك روایت را نیز ضرر زننده به صحت آن قلمداد نمی‌کنند. (ر.ک: خوبی، مصباح الاصول، ۲/ ۲۰۱)

از سوی دیگر، مورد پرسش و پاسخ در این روایت، خوشه گندم است که ارتباطی با محل بحث یعنی درختان میوه ندارد. افزون بر این، آنچه در سخن امام(ع) مورد نهی واقع شده، «اخذ» است که بیشتر با «برداشتن و بردن» متناسب است تا با «خوردن» که مورد بحث می‌باشد.

۲- نیز شیخ، روایتی از امام کاظم(ع) گزارش می‌کند که سند و متن آن چنین است: «عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن علي بن يقطين عن أخيه الحسين بن علي بن يقطين عن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والتخل والكرم والشجر والمباطح وغير ذلك من الثمر أ يحل له أن يتناول منه شيئاً و يأكل بغير إذن صاحبه و كيف حاله إن نهأه صاحب الثمرة أو أمره القيم فليس له و كم الحد الذي يسعه أن يتناول منه قال: لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً، علي بن يقطين می‌گوید: از حضرت در مورد مردی پرسیدم که عبورش به محصول زراعی و درخت خرما و انگور و سایر درختان و خرزبه و غیر این‌ها می‌افتد، آیا برای او حلال است از آن‌ها استفاده کند و بدون اذن صاحبش بخورد؟ حکم او، چنانچه صاحب محصول از این کار نهی کند یا سرپرست محصول فرمان دهد و بگوید حق این کار را ندارد، چیست؟ (و چنانچه خوردن از این محصول روا باشد) اندازه‌ای که می‌تواند بخورد چقدر است؟ حضرت فرمود: برای او حلال نیست چیزی از آن بردارد. (تهذیب الاحکام، ۹۲/۷)

این روایت، به لحاظ سندی، صحیح است، از این رو، برخی از طرفداران قول نخست، در صدد توجیه آن برآمده‌اند، مانند محقق اردبیلی و محقق خوانساری که آن را حمل بر کراهت نموده‌اند. (ر.ک: اردبیلی، ۲۲۳/۸؛ خوانساری، ۲۸۸/۳)

ولی باید گفت افزون بر این که تمامی روایات قول نخست، به روشنی، دلالت بر رخصت دارند و از هیچ‌یک از آن‌ها، کراهت استفاده نمی‌شود، اساساً نیازی به این حمل نیست، زیرا آنچه در این روایت آمده، «اخذ» است که به حسب ظاهر، مقصود از آن «برداشتن و بردن» است و به این ترتیب، ربطی به محل بحث ندارد، بلکه چه بسا بتوان گفت مقصود حضرت از این‌که به پرسش راوی که در مورد تناول و خوردن است، پاسخ نمی‌دهد و سخن از «اخذ» به میان می‌آورد، آگاهانیدن وی به جایز بودن خوردن و جایز نبودن بردن باشد. علاوه بر این‌که می‌توان گفت روایت مورد بحث بر فرض این‌که مربوط به خوردن باشد، مورد اعراض مشهور و از مصادیق خیر «شاذ» است. و بر حسب قواعد باب تعارض، لازم است کنار نهاده شود.

افزون بر آن چه گذشت، همان‌گونه که محقق نراقی نیز اشاره می‌کند (۱۵/ ۵۰) چنانچه

این روایت را مرتبط با موضوع بحث دانسته و تعبیر «اخذ» در آن را اعم از «خوردن» و «بردن» بدانیم، شکی نیست در این که با این فرض، تعبیر مزبور، در بردارنده افراد فراوانی است مانند اخذ کردن برای خوردن، فروختن، هبه نمودن، صدقه دادن و در این صورت، مقتضای قاعده آن است که عموم یا اطلاق این روایت را به وسیله روایات دلالت کننده بر «جواز خوردن»، تخصیص زد، یا مقید نمود.

شایان ذکر است برخی، در نقطه مقابل آن چه گفتیم، در صدد توجیه روایات دسته اول بر آمده‌اند به نحوی که تنافی آن‌ها با روایت مورد بحث و مانند آن، بر طرف شود. از باب مثال گفته‌اند، مورد آن دسته از روایات، حالت اضطرار یا خوردن از باغ کسانی مانند برادر، عمو، عمه و مانند آنان است که انسان می‌تواند از خوراکی‌های خانه آنان، بدون اذن آنان بخورد، یا مورد آن‌ها، خوردن کم به منظور چشیدن و امتحان نمودن طعم است، یا این که روایات مزبور، ناظر به سرزمین‌هایی است برخوردار از وفور محصولات، به گونه‌ای که صاحبان آن‌ها، از استفاده رهگذران، مضایقه‌ای ندارند. (رک: اردبیلی، ۲۲۳/۸؛ نراقی، ۴۹/۱۵)

ولی چنان که پیداست تمامی روایات یاد شده، از جهات مزبور، اطلاق دارند و هیچ‌یک از این توجیها را بر نمی‌تابند. بلکه در روایت نخست، راوی، به طور صریح از هر دو حالت ضرورت و عدم ضرورت می‌پرسد و حضرت، بدون تفصیل می‌فرماید: «لابأس» و در روایت پنجم، راوی به صراحت می‌گوید: «ولیس یحمله علی الاکل من ثمره الا الشهوه و له ما یغنیه عن الاکل من ثمره» که ظهوری غیر قابل انکار در عدم اضطرار دارد.

۳- صاحب قرب الاسناد، از هارون بن مسلم و او از مسعدة بن زیاد و او از امام صادق (ع) نقل می‌کند که وی گفت: «سئل (ع) عما يأكل الناس من الفاكهة والرطب مما هو لهم حلاله فقال: لا يأكل أحدًا إلا من ضرورة، ولا يفسد إذا كان عليها فناءً محاطًا، و من أجل الضرورة نهی رسول الله (ص) أن یبني علی حدائق النخل و الثمار بناءً لکی يأكل منها كل أحد»، از امام (ع) در مورد میوه‌ها و رطبی که مردم می‌خورند و برای آنان حلال است پرسیده شد (که اگر از درخت دیگران بخورند، حکمش چیست؟) حضرت فرمود: هیچ کس به این خوردن اقدام نکند مگر از باب ضرورت، و چنانچه درخت، دارای فضای محصور و مشخصی باشد، آن را تباه نسازد، و به خاطر ضرورت بود که پیامبر خدا (ص) از دیوار سازی بر درختان خرما و میوه، نهی فرمود، تا این که هر کس از آن‌ها بخورد. (عبدالله بن جعفر، ۳۹)

همان‌طور که می‌بینیم، این روایت، از سندی صحیح و دلالتی روشن برخوردار است و

بنابراین باید آن را معارض با روایات دسته اول دانست. ولی چون از يك سو، در مخالفت آشکار با دیدگاه مشهور و از مصادیق روشن خبر شاذ و از سوی دیگر، موافق با دیدگاه عامه است، به اقتضای قواعد باب تعارض، باید کنار نهاده شود. مخالفت آن با مشهور که از مباحث قبلی روشن شد و اما موافقت آن با عامه و صدور آن از باب تقیه نیز بدان سبب است که به حسب ظاهر، همه فقهای ایشان، قائل به حرمت خوردن رهگذر از میوه درخت دیگران جز در حال ضرورت، می‌باشند. شیخ طوسی، پس از نقل فتوای فقهای شیعه مبنی بر جواز خوردن رهگذر از چنین میوه‌ای، می‌نویسد: «و قال جمیع الفقهاء لایحِلّ له الاکل منه إلا فی حال الضرورة» (الخلاف، ۹۸/۶)

نتیجه آن که هیچ‌یک از سه روایت اخیر، نمی‌تواند دلیل بر قول دوم باشد و در برابر روایات دسته اول مقاومت نماید. آن چه باقی می‌ماند وجوه دیگری است که گاه طرفداران این قول به آن تمسک نموده‌اند. مانند این که می‌گویند خوردن رهگذر از میوه درخت دیگران، از مصادیق «اکل مال غیر به باطل و بدون تراضی» و مشمول سخن خدای تعالی است که می‌فرماید: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) (ر.ک: شهید ثانی، مسالك الافهام، ۳۷۲/۳؛ نراقی، ۱۵/۵۱؛ خوانساری، ۲۸۸/۳) و نیز تصرف در مال غیر از نظر عقل، قبیح و ممنوع است. (ر.ک: اردبیلی، ۲۲۳/۸؛ نراقی، ۵۱/۱۵؛ نجفی، ۱۲۹/۲۴)

ولی بدیهی است با توجه به روایات فراوان دسته اوله جایی برای این گونه استدلال‌ها باقی نمی‌ماند، چه این که براساس آنها، تصرف مورد بحث، مستند به اذن و ترخیص شارع است و نه از مصادیق «اکل مال به باطل». شیخ انصاری در مبحث معاملات خود، به این واقعیت اشاره می‌کند و با تعمیم آن به موارد همگون می‌نویسد:

«موارد ترخیص الشارع لیس من الباطل، فان أكل المارة من ثمر الأشجار التي يمرّ بها باطل لولا إذن الشارع و كذلك الأخذ بالشفعة و الخيار، فان رخصة الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوی الخيار والشفعة...»، جاهایی که شارع اجازه داده است، از مصادیق باطل نیست، زیرا خوردن رهگذر از میوه درختانی که از آنها عبور می‌کند، باطل است در صورتی که اذنی از ناحیه شارع در کار نباشد، و هم چنین است اخذ به شفعه و اعمال خیار، زیرا رخصت شارع، کاشف از این است که در این موارد، حقی برای صاحبان شفعه و خیار و ... ثابت است. (انصاری، ۲۰/۵)

آقای خوبی نیز می‌گوید: «إذا أذن المالك الحقيقي و هو الشارع في التصرف في مال الغير

کما فی حق المارة مثلا، يجوز التصرف فيه سواء رضى به المالك الصوری أم لم يرض به بل منع عنه»، هرگاه مالک حقیقی یعنی شارع، تصرف در مال غیر را اجازه دهد کما این که در حق المارة چنین است، می توان در آن مال تصرف نمود، اعم از این که مالک صوری، به این کار راضی باشد یا نباشد، بلکه حتی اگر از آن، منع نماید. (الطهاره، ۳۸۶/۴؛ نیز، رك: الصلاة، ۶۳/۲؛ مصباح الفقاهه، ۵۰۴/۱) همین مضمون یا نزدیک به آن، در کلمات دیگر فقها نیز یافت می شود (رك: نراقی، ۵۱ / ۱۵؛ خوانساری، ۲۸۸/۳؛ اصفهانی، محمد حسین، ۱۸ / ۳؛ گلپایگانی، بلغة الطالب، ۲۴ / ۱؛ تقریرات البیع، ۹۷/۲)

حاصل گفتار این فقها آن است که چون تصرف مورد بحث، مورد اجازه و ترخیص شارع است، پس از مصادیق «اکل مال به باطل» نیست و از قاعده «قیح تصرف در مال غیر» خروج موضوعی دارد و باید آن را از باب «تخصص» دانست، هر چند برخی مانند سید محمد کاظم یزدی، در حاشیه خود بر مکاسب، این مورد را از مصادیق «تخصیص» دانسته است، البته با این فرض که مقصود از باطل در آیه شریفه، «باطل عرفی» باشد. سخن وی چنین است: «المراد بالباطل، العرفی لا الشرعی و یكون أكل المارة والاخذ بالشفعة من باب التخصیص»، منظور از باطل در آیه، باطل عرفی است نه شرعی و بنابراین اکل ماره و اخذ به شفعه، از باب تخصیص خواهد بود. (یزدی، ۷۴/۱)

به هر حال اگر مقصود از باطل در آیه، باطل شرعی باشد که ظاهر آن چنین است، باید خروج تصرف مورد بحث از تحت آیه را خروج موضوعی و از باب تخصص دانست چرا که لسان آیه به گونه ای است که آبی از تخصیص است.

تحقیق در مسأله: اعتبار قول اول

با عنایت به فراوانی روایات دسته نخست و قوت دلالت آن ها و هماهنگی آن ها با شهرت عملی در میان فقهای پیشین و پسین و با توجه به ضعف سندی یا دلالی روایات دسته دوم و عدم استحکام سایر دلیل های قول دوم، تردیدی در درستی قول نخست باقی نمی ماند و می توان در تاکید بر این قول، از امور متعددی به عنوان تایید کننده بهره گرفت که در زیر به مهم ترین آن ها اشاره می شود:

مویدات قول اول

۱- شیخ صدوق، با سند خود از امام کاظم(ع) و آن حضرت، از سلمان فارسی نقل می کند:

روزی، در حالی که در محدوده (باغی) بسر می‌بردم، ناگهان دیدم هفت دسته انسان به سوی آن جا می‌آیند، در حالی که ابری بر آنان، سایه افکنده بود، پیش خود گفتم: به خدا سوگند! همه اینان، پیامبر نیستند (بلکه) در میان آنان، یکی پیامبر است، آنان، در حالی که ابر، بالای سرشان حرکت می‌کرد، آمدند و داخل آن‌جا شدند، در این حال رسول خدا(ص)، امیرالمؤمنین(ع)، ابوذر، مقداد، عقیل بن ابی طالب، حمزه بن عبدالمطلب و زید بن حارثه را دیدم که در میان آنان بودند، آنان، پس از ورود، به تناول خرماهای خشکیده موجود بر نخل‌ها آغاز کردند و رسول خدا(ص) به آنان می‌فرمود: از خرماها بخورید و هیچ‌یک از اموال مردم را تباه نسازید. (کمال الدین، ۱/۱۶۴؛ نیز ر.ک: نوری، ۱۳/۳۵۹)

۲- در کتاب دعائم الاسلام آمده است: «عن رسول الله(ص) انه رخص لابن السبيل والجائع إذا مرّ بالثمرة أن يتناول منها و نهى من أجل ذلك من أن يحوط عليها...»، رسول خدا(ص) به مسافر در راه مانده و شخص گرسنه اجازه داد هر گاه به درخت میوه‌داری گذر کنند، از میوه آن تناول نمایند و به همین سبب، از این‌که دور آن درخت دیوار بگذارند نهی فرمود. (نعمان بن محمد، ۲/۱۰۸؛ نیز، ر.ک: نوری، ۷/۹۴)

مفاد این روایت، نزدیک به دیدگاه عامه است که اکل مارّه را تنها در صورت ضرورت روا می‌دانند، ولی به هر حال بر اصل جواز آن، دلالت دارد.

۳- در کتاب فقه الرضا(ع) می‌خوانیم: «إذا مرّت ببساتين فلا بأس أن تأكل من ثمارها ولا تحمل معك شيئاً»، هر گاه عبورت به باغ‌ها می‌افتد، اشکال ندارد از میوه‌های آن‌ها بخوری و از آن میوه‌ها، چیزی با خود مبر. (فقه الرضا(ع)، ۲۵۵؛ نیز، ر.ک: صدوق، المقنع، ۳۷۱؛ نوری، ۱۳/۳۵۸)

در این‌که فقه الرضا، تالیف کیست، تردیدهایی وجود دارد و نمی‌توان به قطع بلکه به گمان، آن را نگاشته امام رضا(ع) دانست، ولی با توجه به این‌که عبارت‌های بسیاری از روایات، بی‌کم و کاست در آن آمده، می‌توان به عنوان تأیید کننده از آن بهره گرفت.

۴- در بسیاری از منابع حدیثی اهل سنت، این سخن یا مضمونی نزدیک به آن از قول پیامبر اکرم(ص) به چشم می‌خورد: «من مرّ بحائط فليأكل ولا يتخذ خبثة»، هر کس به باغی عبور نماید، می‌تواند از میوه آن بخورد و(لی) نباید چیزی در دامن بگذارد و ببرد. (ر.ک: احمد بن حنبل، ۲/۲۲۴؛ ابن ماجه، ۲/۷۷۲؛ ترمذی، ۲/۳۷۷؛ حاکم نیشابوری، ۴/۱۳۴؛ بیهقی، ۹/۳۵۹)

در معنای جنبه، به ضم خاء و سکون باء، نوشته‌اند: «ما تحمله فی حضنک»، چیزی که در دامن خود حمل می‌کنی. (ر.ک: ابن اثیر، ۱/ ۲۰۲؛ جوهری، ۵/ ۲۱۰۷؛ ماده خبن)

۵- شیخ کلینی، با سند خود از عبدالله بن قاسم جعفری و او از پدرش نقل می‌کند: «کان النبی (ص) إذا بَلَغَت الثمارُ أَمَرَ بِالْحَيِطَانِ فُتِلِمَتْ»، پیامبر (ص) چنین بود که هر گاه میوه‌های درختان می‌رسید، دستور می‌داد دیوارهایشان شکافته شود. (تا در دسترس قرار گیرد). (کلینی، ۵۶۹/۳)

۶- نیز وی، به صورت مرسل نقل می‌کند. شخصی به امام صادق (ع) عرض کرد: «جُعِلْتُ فِدَاكَ بَلَغَنِي أَنْتَ كُنْتَ تَفْعَلُ فِي غَلَّةِ عَيْنٍ زَيْدًا شَيْئًا وَأَنَا أَحِبُّ أَنْ أَسْمَعَهُ مِنْكَ، قَالَ: فَقَالَ لِي: نَعَمْ كُنْتُ أَمْرًا إِذَا أُدْرِكَتِ الثَّمَرَةُ أَنْ يَثْلَمَ فِي حَيْطَانِهَا الثَّلْمَ لِيَدْخُلَ النَّاسُ وَيَأْكُلُوا...»، فدایت شوم! به من رسیده است شما در مورد محصول (خود در کنار) چشمه زیاد، کار (جالبی) می‌کنید، دوست دارم آن را از خودتان بشنوم. فرمود: بله، هرگاه میوه آن‌جا برسد، دستور می‌دهم در دیوارهای آن، شکاف‌هایی ایجاد گردد تا مردم وارد شده از آن‌ها بخورند. (همان، ۵۶۹/۲)

۷- نیز همو با سندی معتبر از امام صادق (ع) نقل می‌کند که پیامبر اکرم (ص) در مورد شخصی که میوه‌هایی دزدیده و در آستین خود پنهان کرده بود فرمود: «فَمَا أَكَلِ مِنْهُ فَلَا اِثْمَ عَلَيْهِ، وَ مَا حَمَلَ فَيَعْزُرُ وَ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ مَرْتِينَ»، آنچه را که خورده، گناهی بر او نیست و در مورد آن چه برده، باید تعزیر شود و به پرداخت دو برابر قیمت آن، متعهد گردد. (همان، ۲۳۰/۷)

۸- صاحب المحاسن، با سندی صحیح از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (ص) أَنْ تُبْنَى الْحَيْطَانُ بِالْمَدِينَةِ لِمَكَانِ الْمَارَةِ، قَالَ: وَ كَانَ إِذَا بَلَغَ نَخْلُهُ أَمَرَ بِالْحَيْطَانِ فُخْرِبَتْ لِمَكَانِ الْمَارَةِ»، رسول خدا (ص) از این‌که برای باغ‌های مدینه، دیوار گذاشته شود، نهی نمود و این به خاطر وجود (و استفاده) اشخاص عبوری بود و به همین منظور هرگاه درختان خرمايش به ثمر می‌رسید، حضرت دستور به خراب شدن دیوارها می‌داد. (احمد بن محمد برقی، ۵۲۹/۲؛ نیز ر.ک: کلینی، ۵۶۹/۲)

۹- براساس آنچه مرحوم کلینی، با سند خود از مصعب بن یزید انصاری نقل می‌کند، امیرالمؤمنین (ع)، وی را عامل خود بر بعضی مناطق قرار داد و در باب دریافت مالیات، به او توصیه‌هایی نمود از جمله این‌که درخت خرماي دور افتاده از آبادی‌ها را به حساب نیاورد و خرماي آن را برای رهگذران و در راه ماندگان، باقی بگذارد. (حرّ عاملی، ۱۱۵/۱۱)

۱۰- شهید اول، در مبحث زکات می‌نویسد: «و ینبغی للخارص التخیف بقدر ما جرت

العادة بهلاکه من الثمرة كما تأکله المارة»، سزاوار است کسی که (مقدار محصول را جهت دریافت زکات) تخمین می‌زند، نسبت به مقدار محصولی که به طور معمول مصرف می‌شود، مانند آن چه شخص عبور کننده می‌خورد، (نسبت به مالک محصول) تخفیف دهد. (شهید اول، ۱۸۲)

۱۱- با این که ابن ادریس، از مخالفان حجیت خبر واحد محسوب می‌شود (ر.ک: سبحانی، المحصول فی علم الاصول، ۲/۳۱۷؛ الموجز فی علم الاصول، ۱۶۲) ولی در این مسأله، از طرفداران جدی قول نخست است و حتی روایات آن را متواتر و این حکم را اجماعی می‌داند. عبارت وی، چنین است: «الاحبار فی ذلك متواترة و الاجماع منعقد منهم ولا یعتد بخبر شاذ»، در این زمینه، اخبار متواتر و اجماع فقها، منعقد است و به خبر شاذ (مخالف) اعتنا نمی‌شود. (ابن ادریس، ۲/۲۲۶) محقق اردبیلی نیز که به احتیاط در عمل و نظر معروف است، در این مسأله به قول نخست، فتوا داده و نوشته است: «وجوب الجمع بین الأدلة یقتضی الفتوی بالجواز» (اردبیلی، ۸/۲۲۴)

گفتنی است همان گونه که اشاره گردید، مورد روایات و کلمات فقها در این باب، درختان میوه‌ای است که به مالکان خصوصی تعلق دارد. اکنون در زمان ما که گاه با درختان تحت مدیریت و با مالکیت دولت مواجهیم، این پرسش قابل طرح است که آیا می‌توان حکم مذکور در آن روایات را به این گونه درختان نیز تعمیم داد؟

باید گفت این تعمیم خالی از اشکال به نظر می‌رسد، زیرا روایاتی که در این زمینه به آن‌ها تمسک نمودیم، اطلاق دارند و به درختان مربوط به مالکان خصوصی اختصاص نیافته‌اند ولی چنانچه به این استدلال اشکال نموده و بگوییم اطلاقات مزبور، به درختان با مالکیت خصوصی انصراف دارند، باز هم می‌توان با تکیه بر تنقیح مناط، این تعمیم را پذیرفت با این توضیح که مستفاد از سخن و سیره معصومان علیهم السلام و مجموع تعبیرات به کار رفته در این باب آن است که سبب تشریح این حکم، فراهم آوردن نوعی تسهیل و رفقت برای رهگذران و به خصوص برای مسافرانی است که خسته و احیاناً گرسنه از راه می‌رسند و تناول مقداری میوه هر چند اندک، موجب نشاط آنان می‌شود، و بدیهی است این مناط، در هر دو قسم از درختان موجود است. بلکه چه بسا بتوان حکم مزبور را در مورد این قسم از درختان، به طریق اولی ثابت نمود، چرا که از برخی روایات دلالت کننده بر قول نخست، استفاده می‌شود مالکیت میوه‌هایی که مورد استفاده رهگذران قرار می‌گیرد، از صاحبان درخت، سلب و به ایشان تعلق

می‌گیرد و اینان نیز بسان آنان، مالک سهم خود خواهند بود. از جمله روایت محمدبن مروان که براساس آن، وی از امام صادق(ع) می‌پرسد:

«عبورم به درخت میوه‌داری می‌افتد، آیا می‌توانم از آن بخورم؟ حضرت می‌فرماید: بخور و با خود مبر، راوی می‌افزاید: جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنِ التَّجَارَ اشْتَرَوْهَا وَ تَقَدَّوْا أَمْوَالَهُمْ، تاجران، آن میوه‌ها را خریداری کرده (و قیمت آن را هم پرداخته‌اند) و اموال خود را نقد نموده‌اند. حضرت فرمود: (بله) آنان چیزی را خریده‌اند که مال آنان نبوده است. (طوسی، تهذیب الاحکام، ۸۹/۷؛ الاستبصار، ۹۰/۳)

از ذیل حدیث، به خوبی استفاده می‌شود میوه مورد استفاده شخص رهگذر، نه در مالکیت صاحبان درخت و نه متعلق به تاجران، بلکه از آن رهگذر خواهد بود و از همین جا است که تعبیر به «حق الماره» در مورد این میوه، تعبیری به جا و دقیق به نظر می‌رسد. پس از روشن شدن این نکته، می‌افزاییم: اگر وجود این حق برای رهگذر که امری است عارضی و هنگام مرور، تحقق یافته، سبب اباحه خوردن او می‌شود، پس وجود آن در مورد درختان دولتی که از اموال عمومی و مرتبط با بیت المال محسوب می‌شوند و هر یک از آحاد جامعه-بالاصاله نه بالعرض- در آن سهمی دارند، به طریق اولی، سبب این امر خواهد شد.

فروعات قول اول

أ- شرایط استفاده از این حق

در کلمات شماری از فقها که به این موضوع پرداخته‌اند، سه شرط برای استفاده از این حق، ذکر شده است:

۱- عبور شخص از کنار درخت، اتفاقی و بدون قصد استفاده از آن باشد، و نیازی به این نباشد که به منظور تناول میوه، مسیر خود را تغییر دهد.

در مورد این شرط، به روایت یا دلیل دیگری بر نخوردیم، ولی می‌توان آن را از تعبیراتی مانند «بمراً»، «أمرّاً» و دیگر مشتقات ماده «مرور» که در روایات مزبور به کار رفته استفاده نمود، زیرا ظاهر این تعبیرات و متبادر از آنها، چیزی جز عبور اتفاقی و غیر عمدی نیست.

۲- موجب فساد و تباهی درختان یا سایر میوه‌ها نشود.

شهید ثانی در توضیح کلمه «فساد» در این شرط می‌نویسد: مقصود از فساد این است که زیاد بخورد به گونه‌ای که در میوه درخت، اثری آشکار بگذارد و فساد عرفی، صدق نماید. و

این امر، با کم و زیاد بودن شخص عبور کننده و نیز فراوانی یا قلت میوه‌ها، متفاوت است. بنابراین، چنان چه میوه، فراوان باشد، به گونه‌ای که زیاد خوردن، بی‌تأثیر است، خوردن او جایز خواهد بود، بر خلاف این که اندک باشد. یا اگر شمار عبور کنندگان، زیاد باشد، خوردن جایز نیست، چون در این فرض، کار او مصداق «افساد» خواهد بود. وی، در پایان می‌افزاید: «فالمدر فی الإفساد و عدمه، صدق الإضرار و عدمه، فربّ أكل قليل يضرّ بالشجرة، فيصدق الإفساد و ربّ كثير لا يضرّ لعدم صدق الإفساد»، معیار در افساد و عدم آن، صدق نمودن اضرار و عدم آن است، بنابراین، چه بسا خوردن اندک که به درخت زیان رساند و افساد صدق نماید و چه بسا زیاد خوردنی که زیان نرساند و افساد صدق ننماید. (شرح لمعه، ۳/۳۷۲)

چنان که می‌بینیم شهید، به حسب ظاهر، در تثبیت منظور خود، به قاعده «لاضرر» تمسک نموده است و در این صورت می‌توان به وی اشکال کرد که در فرض اندک خوردن و یا کم شمار بودن عبور کنندگان نیز، «ضرر» هر چند اندک، صدق می‌کند، به دیگر سخن، در همه فروض مسأله، مقداری ضرر، متوجه صاحبان درخت می‌شود. به نظر می‌رسد اگر معیار را همان صدق «فساد عرفی» قرار دهیم که در آغاز کلام شهید نیز آمده بود، مناسب‌تر است. به هر حال آن چه می‌تواند دلیل بر این شرط باشد، همان سخن امام صادق (ع) است که ضمن روایات دلالت کننده بر قول نخست نقل نمودیم. و آن این که فرمود: «لا بأس أن يأكل ولا يحمله ولا يفسده»، اشکال ندارد بخورد ولی با خود حمل نکند و آن را فاسد و تباه نسازد. (تهذیب الاحکام، ۶/۳۸۳)

۳- با خود میوه نبرد.

دلیل بر این شرط، افزون بر روایت فوق، روایت محمدبن مروان است که در آن آمده بود: «كل ولا تحمل» و نیز عبارت «فلا بأس بأن يأكل من ثمارها، ولا يحمل منها شيئاً» در مرسله شیخ صدوق. هم‌چنان که عبارت «فانه يحلّ له أكله و يحرم عليه حمله» در روایت محمدبن عثمان عمری، به روشنی دلیل بر این شرط است. (رك: من لا يحضره الفقيه، ۳/۱۸۰؛ اكمال الدين، ۲۸۷؛ الاحتجاج، ۲/۴۸۰)

گفتنی است برخی، علاوه بر شروط یاد شده، سه شرط دیگر را نیز افزوده‌اند: علم به کراهت و ناراحتی مالک نداشته باشد، گمان به این امر نداشته باشد، میوه مورد استفاده، بر روی درختان باشد. بنابراین، عبور کننده حق تناول از میوه‌های فرو افتاده بر زمین را ندارد. (رك: شرح لمعه، ۳/۳۷۲؛ مسالك الافهام، ۳/۳۷۳) شهید ثانی، دو شرط نخست را نیکو و شرط اخیر

را بدون اشکال می‌داند (ر.ک: مسالك الافهام، ۳/۳۷۳)

ولی به نظر می‌رسد با توجه به مطلق بودن تمامی تعبیرات به کار رفته در روایات پیشین و نبود تفصیل در هیچ‌یک از آن‌ها، جایی برای این شروط باقی نمی‌ماند، چنان‌که هیچ‌یک از فقهای بزرگ نیز متعرض آن‌ها نشده‌اند.

ب- اندازه خوردن

چنان‌که دیدیم، در هیچ‌یک از روایات مرتبط با این موضوع، سخنی از اندازه و مقداری که برای شخص عبور کننده، خوردن آن مجاز است، به میان نیامده است و روایات دلالت کننده بر دیدگاه نخست نیز تنها بر اصل مشروعیت این عمل دلالت دارند. و شاید به همین سبب است که فقهایی که متعرض این موضوع شده‌اند، بحثی از این امر ننموده‌اند. بله در کلمات شیخ طوسی و ابن ادریس آمده است: «جازله أن يأكل منها قدر كفايته»، برای رهگذر جایز است بقدری که کفایتش کند، بخورد. (النهايه، ۳۷۰؛ السراذر، ۲/۲۲۶) و در میان فقهای عصر حاضر، امام خمینی نوشته است: «جازله أن يأكل منها بمقدار شبعه و حاجته»، او می‌تواند به مقدار (رفع) گرسنگی و نیازش بخورد. (خمینی، ۱/۵۵۳)

به نظر می‌رسد برداشت این فقها، مبتنی بر این نکته است که آنچه در روایات مزبور، آمده تعبیر به «اکل» و خوردن است، و این عمل، به عنوان یک عمل عقلایی و عرفی، به خوردن عادی و متعارف، یعنی خوردن برای رفع نیاز و بر طرف شدن گرسنگی، انصراف دارد و شامل خوردن به انگیزه‌های دیگر مانند: امتحان کردن، تلف نمودن و ... نمی‌شود و بر این اساس، لازم است میزان خوردن، تنها به اندازه رفع گرسنگی و نیاز باشد و البته در کنار این امر، شرط دوم از شروط پیش گفته (عدم افساد) را نیز مد نظر قرار دهد، زیرا چنان‌که گذشت، صورت مساله، با توجه به فراوانی و اندکی میوه‌ها متفاوت است و مقتضای جمع بین آن شرط و این انصراف آن است که جواز خوردن به مقدار رفع گرسنگی و حاجت، مشروط به این است که موجب فساد و نابودی میوه‌ها نشود و چیزی برای مالک آن باقی بماند، در غیر این صورت باید به کمتر از آن بسنده کند، هر چند موجب سیری او نشود.

ج- ماهیت قول به جواز

براساس قول مشهور و دیدگاه مختار، این پرسش قابل طرح است که آیا رهگذر، نسبت به میوه‌ای که می‌خورد، مالکیت پیدا می‌کند یا تنها برای او حق انتفاع و بهره‌وری ثابت است؟ اگر مالکیت پیدا می‌کند، چرا حق بردن آن را ندارد؟ آیا می‌تواند پس از چیدن میوه، آن را به کسی

که همراه او است بفروشد یا هبه کند؟

تا آنجا که می‌دانیم هیچ‌یک از فقهای پیشین و پسین به این بحث نپرداخته‌اند. در روایاتی که پیش‌تر نقل کردیم نیز به نکته‌ای روشن در این زمینه بر نمی‌خوریم. بلکه شاید بتوان از روایت محمدبن مروان استفاده نمود که مالکیت صاحب درخت از این میوه سلب می‌شود. براساس این روایت، پس از آن‌که امام صادق(ع) به راوی می‌فرماید: «بخور و با خود مبر» راوی می‌گوید: «انّ التجار اشتروها»، تاجران، میوه‌ها را خریده‌اند. و امام در پاسخ می‌فرماید: «اشتروا ما لیس لهم»، چیزی خریده‌اند که مال آنان نیست (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۸۹/۷). ولی در این مورد که آیا این میوه‌ها به مالکیت رهگذر در می‌آید یا خیر، روایت ساکت است. روایات مورد استدلال بر قول مشهور نیز بر چیزی فراتر از «جواز انتفاع» دلالت نداشتند. برای نمونه، در روایت دوم آمده بود: «یحل له أكله».

به بیانی روشن‌تر: مالکیت رهگذر نسبت به این میوه، منوط به تملیک و وجود مملک است و مملک یا صاحب درخت و یا شارع است، فرض نخست که متنفی است چرا که از سوی او هیچ تملیکی صورت نگرفته بلکه چه بسا رهگذر، بدون آگاهی او، به خوردن میوه اقدام کند چنان‌که براساس روایت هفتم، راوی از امام هادی(ع) می‌پرسد: «عن رجل دخل بستاناً يأكل من الثمرة من غیر علم صاحب البستان؟ قال: نعم».

از سوی شارع نیز چنان‌که گذشت، چیزی بیش از «جواز انتفاع» نرسیده است و می‌توان این سخن را تا حدودی، مشابه سخن فقهای دانست که در مبحث بیع معاطات، به نفی تملیک و اباحه تصرف قائلند. (ر.ک: حلبی، ۳۵۲؛ ابن ادریس، ۲/۲۵۰؛ انصاری، ۸۴) با این تفاوت روشن که در معاطات، مباح‌کننده تصرف، طرفین معامله هستند و داد و ستدی [هر چند غیر لفظی] انجام می‌گیرد، ولی در مبحث حق الماره، مباح‌کننده، شارع است و معامله‌ای در کار نیست. به هر حال بر حسب ظاهر، دلیلی بر مالکیت رهگذر نسبت به میوه مورد نظر وجود ندارد و باید آن چه در مورد او ثابت است را صرفاً در زمره حقوق دانست، البته همان گونه که می‌دانیم، حقوق بر دو قسم است: ۱- حقوق قابل انتقال به دیگری، مانند حق اعمال خیار ۲- حقوق غیر قابل انتقال به غیر مانند حق جلوس در مسجد (ر.ک: انصاری، ۲۹۰).

به نظر می‌رسد حق الماره، از نوع اخیر است چرا که روایات، جز بر حق انتفاع دلالت ندارند و از سویی، چنان‌که می‌دانیم و شیخ انصاری نیز اشاره می‌کند، اصل در حقوق، عدم انتقال است. (ر.ک: همان) بنابراین نمی‌توان بدون دلیل، میوه چیده شده توسط رهگذر را از

طریق بیع، هبه و مانند آن، قابل انتقال به دیگری دانست. گفتنی است چنان‌که پای اصل به میان آید، می‌توان با توجه به اصل عدم انتقال مالکیت، میوه‌های مورد بحث را هم‌چنان مال صاحب درخت دانست، البته مالی که حق جلوگیری از انتفاع رهگذر از آن را ندارد. در مورد روایت محمدبن مروان نیز باید گفت این روایت، هم‌چنان که نسبت به مالکیت رهگذر ساکت است، در مورد مالکیت صاحب درخت نیز سکوت دارد. بنابراین مقتضای اصل و لازمه فقدان دلیل بر خلاف، آن است که این میوه‌ها، هم‌چنان بر ملک صاحب درخت باقی باشد متنها مالکیت محدود، به این معنا که حق جلوگیری از بهره‌وری رهگذر از آن را ندارد. می‌توان در برخی از ابواب فقه مانند رهن و حجر نیز به نمونه‌هایی از مالکیت محدود مثال زد. شاید سخن آقای خوئی که می‌گوید: «إذا أذن المالك الحقيقي و هو الشارع في التصرف في مال الغير كما في حق المارة مثلاً يجوز التصرف فيه سواء رضی به المالك الصوری أم لم یرض به بل منع عنه» (مصباح الفقاهه، ۵۰۴/۱) اشاره به آنچه گفتیم و مبتنی بر آن باشد، زیرا این عبارت، در ثبوت حق انتفاع رهگذر، با فرض بقای مالکیت صاحب درخت [هر چند مالکیت صوری]، ظهوری روشن دارد.

نتیجه‌گیری

به غیر از دلایل قول نخست، هیچ‌یک از دلایل اقوال دیگر، تام و قابل دفاع نیست. دلایل قول نخست نیز هر چند برخی با اشکال یا اشکالاتی مواجه‌اند، ولی در مجموع، از صحت و قوت کافی برخوردارند و می‌توان با ضمیمه نمودن قرائن و شواهد گوناگون، به صدور اجمالی آن‌ها از معصوم (ع) علم پیدا کرد و آن‌ها را خبر محفوف به قرائن علم آور دانست. البته استفاده از این حق، منوط به این است که عبور رهگذر از کنار درخت، به صورت تصادفی و بدون انگیزه استفاده از آن باشد و عمل او موجب فساد و تباهی درختان یا سایر میوه‌ها نشود، یعنی بهره‌برداری او، به گونه‌ای نباشد که در میوه درخت، اثری آشکار بگذارد و فساد عرفی صدق کند و بدیهی است صدق این معیار، با توجه به کثرت و قلت میوه‌ها و نیز فراوانی یا اندکی رهگذران، متفاوت خواهد بود. هم‌چنین شخص رهگذر، حق حمل میوه با خود را ندارد. و با توجه به اطلاق روایات و نبود تفصیل در آن‌ها، حکم مزبور، مشروط به عدم علم یا عدم ظن به کراهت و ناراحتی مالک نیست. هم‌چنان که وجود داشتن میوه بر روی درختان نیز از شرایط این حکم نیست.

لازم است میزان خوردن، تنها به اندازه رفع گرسنگی و بر طرف شدن نیاز باشد، البته مشروط به این که با خوردن او، تمامی میوه‌ها مستهلك نشده و برای مالک هم باقی بماند در غیر این صورت، باید به کم‌تر از این مقدار بسنده کند، و حکم مزبور، با توجه به تنقیح مناط، به درختان تحت مالکیت دولت نیز قابل تعمیم است.

منابع

قرآن کریم.

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا يحضره الفقيه*، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، *كمال الدين*، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۵ق.
- _____، *المقنع*، قم، مؤسسه الامام الهادی(ع)، بی‌تا.
- ابن ماجه، محمد بن یزید، *السنن*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، مکتبه امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۰۲ق.
- احمد بن حنبل، *المسند*، بیروت، دار صادر، بی‌تا.
- اصفهانى، محمد حسن، *حاشية المكاسب*، تهران، انتشارات علمیه، ۱۴۱۸ق.
- اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- انصارى، مرتضى بن محمد امين، *المكاسب*، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۸ق.
- امام رضا(ع) (منسوب به امام رضا(ع)) *فقه الرضا(ع)*، کنگره امام رضا(ع)، ۱۴۰۶ق.
- برقی، احمد بن محمد بن خالد، *المحاسن*، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱ق.
- بيهقي، احمد بن حسين، *السنن الكبرى*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
- ترمذی، محمد بن عیسی، *السنن*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳ق.
- جوهری، اسماعیل بن حمّاد، *الصحاح*، بیروت، ۱۴۰۷ق.
- حاکم نیشابوری، محمد بن محمد، *مستدرک الصحیحین*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۶ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل‌البتیت(ع)، ۱۴۰۹ق.
- حمیری قمی، عبدالله بن جعفر، *قرب الاسناد*، تهران، انتشارات کتابخانه نینوی، بی‌تا.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيله*، قم، دارالکتب العلمیه، بی‌تا.
- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک*، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، نشر وجدانی، ۱۳۷۱.

- _____، الصلاة، قم، المطبعة العلمية، بی تا.
- _____، الطهارة، قم، دارالهادی، ١٤١٠ق.
- روحانی، محمد صادق، **فقه الصادق(ع)**، قم، دارالکتب، ١٤١٣ق.
- _____، **منهاج الفقاهه**، چاپخانه یاران، ١٤١٨ق.
- سبحانی، جعفر، **المحصول فی علم الاصول**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ١٤١٥ق.
- _____، **الموجز فی علم الاصول**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ١٤٢١ق.
- شهید اول، محمدبن مکی، **البيان**، چاپ سنگی، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، **مسالك الافهام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ١٤١٤ق.
- _____، **شرح لمعه**، تحقیق و شرح سید محمد کلانتر، قم، انتشارات داوری، ١٤١٠ق.
- طبرسی، احمدبن علی، **الاحتجاج**، مشهد، نشر مرتضی، ١٤٠٣ق.
- طوسی، محمدبن حسن، **النهاية فی مجرد الفقه و الفتوى**، بیروت، دارالاندلس، بی تا.
- _____، **تهذیب الاحکام**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٥.
- _____، **الاستبصار**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٩٠ق.
- _____، **عدة الاصول**، تحقیق محمد مهدی نجف، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، بی تا.
- _____، **الفهرست**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٧ق.
- _____، **رجال**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٥ق.
- _____، **الخلاف**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٧ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، **تذکرة الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ١٤١٤ق.
- _____، **تحریر الاحکام**، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ١٤٢٠ق.
- _____، **خلاصة الاقوال**، نجف، المطبعة الحیدریه، ١٣٨١ق.
- _____، **ایضاح الاشتباه**، قم، نشر اسلامی، ١٤١١ق.
- _____، **ارشاد الازهان**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٠ق.
- علی بن جعفر(ع)، **مسائل علی بن جعفر(ع)**، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ١٤٠٩ق.
- فاضل آبی، زین الدین، **کشف الرموز**، قم، کتابخانه آیت الله نجفی مرعشی، ١٤٠٥ق.
- کلینی، محمدبن یعقوب، **الکافی**، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ١٣٦٥.
- گلپایگانی، محمد رضا، **بلغة الطالب**، قم، دارالقرآن الکریم، ١٣٩٩ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام**، تهران، انتشارات استقلال، ١٤٠٩ق.
- نجاشی، احمدبن علی، **رجال**، قم، نشر اسلامی، ١٤١٦ق.

- نراقى، احمد بن محمد مهدى، *مستند الشيعة*، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۸ق
نعمان بن محمد، *دعائم الاسلام*، مصر، دارالمعارف، ۱۳۸۵ق.
نورى، حسين بن محمد تقى، *مستدرک الوسائل*، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۰۸ق
وحيد بهبهانى، محمدباقر، *حاشية مجمع الفائدة والبرهان*، مؤسسة العلامة الوحيد البهبهاني، ۱۴۱۷ق.
يزدى، محمد كاظم بن عبدالعزيز، *حاشية المكاسب*، قم، انتشارات اسماعيليان، ۱۳۷۸ق.