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

**جلسه 045– 20 /09/ 1400 حق الماره /وجود حق مالی دیگر به جز زکات /زکات**

**خلاصه مباحث گذشته:**

متن خلاصه ...

## ضابطه قابلیت نقل و انتقال

بحث درباره ضابطه تشخیص امر قابل نقل یا قابل انتقال بالارث بود. آقای حائری کلامی را از مرحوم اصفهانی نقل می کنند و اشکالات و پاسخ هایی را درباره آن مطرح می کنند. این کلام در کلام شیخ انصاری در مکاسب مطرح است و اشکالاتی که ایشان به مرحوم اصفهانی وارد کرده، به کلام شیخ انصاری وارد نیست و نقل نکردن ایشان از شیخ انصاری جای تعجّب دارد.

متأسفانه بسیاری از مواقع، حرف های امثال مرحوم شیخ و مرحوم آخوند در کلمات متأخرین دنبال نشده است و حرف های مرحوم نائینی، اصفهانی و آقا ضیاء بیش از کلام مرحوم شیخ دنبال شده در حالی که بسیاری از این کلمات به صورت دقیق تر در کلام مرحوم شیخ وارد شده است.

### کلام مرحوم شیخ انصاری

مرحوم شیخ در بحث احکام الخیار، می نویسد:

الخيار موروثٌ بأنواعه بلا خلافٍ بين الأصحاب،

ایشان پس از بحث درباره اجماع و استدلال به نبوی «ما ترک المیت من حق فهو لوارثه» می فرماید:

أقول: الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنّة الواردين في إرث ما ترك الميّت يتوقّف على ثبوت أمرين:

أحدهما: كون الخيار حقّا لا حكماً شرعيّاً، كالإجازة لعقد الفضولي، و جواز الرجوع في الهبة و سائر العقود الجائزة، فإنّ الحكم الشرعي ممّا لا يورث، و كذا ما تردّد بينهما، للأصل. ....

ایشان بیان کرده: حکم شرعی به ارث نمی رسد و هر چیزی که شک در ارث بردن آن داریم، به علت اصل عدم ارث بردن به ارث نمی رسد. ایشان در ادامه درباره حق یا حکم بودن خیار بحث می کنند. سپس در امر دوم می فرمایند:

الثاني: كونه حقّا قابلًا للانتقال ليصدق أنّه ممّا تركه الميّت، بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوّماً له، و إلّا فمثل حقّ الجلوس في السوق و المسجد و حقّ الخيار المجعول للأجنبيّ و حقّ التولية و النظارة غير قابلٍ للانتقال، فلا يورث.[[1]](#footnote-1)

ایشان بیان کرده: قوام برخی از حق ها به وجود شخص است و چون مقوّم مثال هایی که ایشان بیان کرده، خود شخص است، قابل ارث نیستند.

### کلام مرحوم اصفهانی

آقای حائری[[2]](#footnote-2) اصل این مطلب به ضمیمه اضافاتی را از مرحوم اصفهانی نقل می کنند که اشکال آقای حائری نیز به این اضافات است و گرنه اصل مطلب که در کلام مرحوم شیخ نیز وارد شده، محلّ اشکال ایشان نیست. ضابطه ای که از کلام مرحوم اصفهانی استفاده می شود این است که اگر در ذی الحق خصوصیتی وجود داشته باشد که قوام حق به آن خصوصیت باشد به نحوی که با رفتن شخص، خصوصیت باقی نیست، این حق قابلیت انتقال بالغیر را ندارد. مرحوم اصفهانی در ادامه مثال هایی را برای حق غیر قابل انتقال بیان کرده و هر یک را تحلیل می کند:

* حق الولایه حاکم یا اب که این حق الولایه به خاطر حاکم بودن یا اب بودن است و معنا ندارد این حق به دیگران منتقل شود.
* حق الوصایه که وصیّ شخص خاصی را صالح دانسته و معنا ندارد حق به شخص دیگری منتقل شود. در واقع، وصیّ مجلای اراده موصی است و موصی نسبت به بعد از حیات خودش، وصیّ تعیین می کند و به طور متعارف برای موصی، وصیّ خصوصیت دارد و چون به این شخص خاص اعتماد دارد، او را وصیّ کرده است. پس حق وصایت قابل انتقال نیست.
* حق شفعه که شریک، حق شفعه پیدا می کند. وجه اثبات حق شفعه متضرّر شدن شریک بعد از بیع شریک است و شارع برای از بین بردن ضرر متوجّه به شریک از ناحیه تبدیل شریک، برای او حق شفعه قرار داده است یا به علت اینکه نفس شراکت ضرری است که به شریک متوجه می شود، برای او حق شفعه قرار داده است. اثبات حق شفعه به واسطه ضرر شراکت به این تقریب است که تضرّر شریک به شراکت در زمان اول، لا بدّ منه است اما در زمان دوم ضرورتی وجود نداشته که شریک متحمّل ضرر شراکت نسبت به شریک جدید باشد. همانگونه که روشن است، ضرر شراکت متوجه به خود شریک است و قابل انتقال به دیگری نیست.
* حق الرهانه که راهن، مالی را به عنوان رهن نزد مرتهن قرار می دهد. مرتهن حق دارد که آن را به عنوان وثیقه دین نگهداری کند و در صورت ادا نشدن دین، از مال رهنی حق خود را استیفا کند. رهن به علت طلبکار بودن مرتهن است و معنا ندارد حق رهانت به کسی که طلبکار نیست، منتقل شود. پس وثیقه تضمین کننده مال مرتهن است که در ید راهن است و معنا ندارد وثیقه به دیگری داده شود. بله انتقال حق الرهانه به تبع دین، بحث دیگری است.

این مثال ها بر خلاف حق تحجیر است که شخص با دیواری که دور زمین کشیده، نسبت به زمین اولویت پیدا کرده است. این اولویت به خاطر خصوصیت شخص نیست و از نظر عرفی و عقلایی خصوصیتی در تحجیر کننده موجود نیست که حق قابل انتقال نباشد.

#### اشکال اول آقای حائری: خلط بین مصبّ حق و ذو الحقّ

آقای حائری می فرماید: در کلام مرحوم اصفهانی اشکالاتی وجود دارد و برخی از مثال هایی که در کلام ایشان تطبیق شده، محلّ اشکال است. مثلا مرحوم اصفهانی درباره حق شفعه بیان می کنند: لأنّ سلطنة الشخص على تملّك ما ملكه غلط و درباره حق رهانه بیان می کنند: و أنّ حقّ الرهانة لا يمكن نقله إلى غير الدائن؛ لأنّ كون العين وثيقة لغير الدائن غير معقول، فلا ينقل إلى الغير إلّا بتبع نقل الدين إلى الغير فينقل حقّ الرهانة تبعا.[[3]](#footnote-3) و درباره حق قسم می فرماید: شخص حق قسم را می تواند به هوو منتقل کند زیرا هوو می تواند به جای زن، حق او را استیفا کند اما غیر هوو نمی تواند با شوهر همخوابه شود و انتقال حق به غیر بی معناست. آقای حائری می فرماید: این مقدار از کلام صحیح نیست و اشکال آن همان اشکالی است که در کلام مرحوم امام وارد شده است.

به تعبیر بنده، بین ذو الحق و مصبّ الحق خلط شده است. ذو الحق کسی است که بر شیء ولایت دارد و مصبّ حق موردی است که حقّ در آن مورد است. در بیانات مرحوم اصفهانی مورد و مصبّ حق قسم، زن است و وارث نمی تواند جایگزین زن در این حق شود. اما این مطلب صحیح نیست زیرا زن به یک اعتبار مصبّ حق است و به اعتبار دیگر کسی است که اختیار حق در ید اوست. مقصود از نقل حق، تغییر مصبّ حق نیست بلکه ذوی الحقّ تغییر می کند به این صورت که ذو الحق غیر از همسر است به این معنا که با نظر او، زن بتواند همخوابه باشد نه آنکه خود اجنبی همخوابه شود. همچنین انتقال حق شفعه به دیگری به این معنا نیست که دیگری می تواند مال را به ملک خود را وارد کند بلکه مراد این است که دیگری می تواند حق شفعه را اعمال کند و مال را به ملک شریک داخل کند. انتقال حق رهانت به دیگری به این معنا است که مرتهن اختیار وثیقه بودن را به اجنبی بدهد و اجنبی بتواند وثیقه را بفروشد و طلب مرتهن را پرداخت کند نه آنکه دیگری مال رهنی را برای دین خودش، وثیقه بگیرد تا گفته شود تا دین به دیگری منتقل نشده، وثیقه دین بی معناست.

پس به این میزان که مرحوم اصفهانی بیان کرده، صحیح نیست و باید لحن را تغییر داد و بیان کرد: در صورتی که در ذو الحق خصوصیت وجود داشته باشد، حق قابلیت انتقال ندارد. مثلا با رعایت مصلحت ضرّه، به او حق داده شده و مصلحت او ارتباطی به دیگری ندارد. پس شارع مقدّس برای عدم محرومیت زن از شوهر این حقّ را به او داده است و این حقّ متقوّم به اوست و به دیگری ارتباطی ندارد. یا نکته عقلایی وثیقه دین، خاطر جمع بودن مرتهن از باخت نرفتن مال است و خاطر جمع بودن وصفی برای صاحب دین است و ارتباطی به دیگری ندارد.

تعبیر مرحوم شیخ نیز این بود: كونه حقّا قابلًا للانتقال ليصدق أنّه ممّا تركه الميّت، بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوّماً له، از توضیحات مرحوم شیخ استفاده می شود که مراد ایشان از «مقوّما له» ذو الحق است به این معنا که وجود و حیات ذو الحق در حق داشتن او دخالت داشته باشد. خود آقای حائری اینگونه تعبیر کرده: ان وجدت فی ذی الحق خصوصیه. این تعبیر صحیح است و اشکالی به آن وارد نیست.

#### اشکال دوم: عدم انتقال حق رهن حتی با انتقال دین

آقای حائری نکته دیگری را ضمیمه کرده، بیان می کند: مرحوم اصفهانی درباره حق الرهن فرموده بودند که «حق الرهانه لا ینتقل الا بانتقال اصل الدین» اما این مطلب صحیح نیست و حتی با انتقال اصل دین معلوم نیست حق الرهانه منتقل شود زیرا ممکن است راهن به مرتهن اعتماد داشته باشد و بداند در صورت نپرداختن دین، مرتهن بیش از حقش در مال تصرّف نمی کند و مال را به قیمت پایین نخواهد فروخت یا در صورت عدم اداء دین، به بدهکار مهلت می دهد یا به این علت که مرتهن توان خوردن مال راهن را ندارد، مال رهنی را در اختیار او قرار داده است بر خلاف مثلا شرّ خر که به راحتی کارهای خلاف شرع را برای وصول چک، انجام می دهد. به همین دلیل راهن تنها رضایت دارد که عین مرهونه در اختیار مرتهن باشد. پس در رهن، نظر راهن نیز دخالت دارد و نمی توان گفت: به تبع انتقال دین، رهن نیز خود به خود منتقل می شود. در نتیجه، حق الرهانه حتی با انتقال دین به دیگری منتقل می شود.

آقای حائری می فرماید: بحث در ارث نیز همین صورت است و اگر در مورِّث خصوصیتی که مقوّم حق است وجود نداشته باشد، حق به ارث نمی رسد.[[4]](#footnote-4)

به این نکته ادبی اشاره می شود که مورِّث صحیح نیست و موروث صحیح است. «ورّث» به معنای «حکم بکونه وارثا» است و «ورث» به معنای ارث بردن است. چنانچه صدیقه طاهره سلام الله علیها بیان کرده: «افی کتاب الله ان ترث اباک و لا ارث ابی». وارث کسی است که ارث می برد و موروث میتی است که به ارث می گذارد. در عبارتی که ابو بکر از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل کرده و در خطبه فدکیه نیز به آن اشاره شده، «انا معاشر الانبیاء لا نورِث» صحیح است به این معنا که ارث نمی گذاریم. «لا نورَث» نیز صحیح است به این معنا که کسی از ما ارث نمی برد ولی «لا نورِّث» صحیح نیست. زیرا «ورّث» به معنای حکم به ارث بری است و فاعل اصلی آن خداوند است و حکم قضایی به ارث بری نیز می تواند توریث محسوب می شود. در آیات قرآنی نیز ارث بری با باب افعال وارد شده است نه باب تفعلیل: ﴿تِلْكَ الْجَنَّةُ الَّتِي نُورِثُ مِنْ عِبَادِنَا مَنْ كَانَ تَقِيّا﴾[[5]](#footnote-5) ﴿وَ أَوْرَثْنَا الْقَوْمَ الَّذِينَ كَانُوا يُسْتَضْعَفُونَ مَشَارِقَ الْأَرْضِ وَ مَغَارِبَهَا﴾[[6]](#footnote-6)

به این نکته باید دقت کرد: «ورث» دو مفعولی است که مفعول اول آن میت است و مفعول دوم آن مال است. به همین دلیل بر مال و میت «موروث» اطلاق می شود. در افعال دو مفعولی مفهوم سلب یا اعطاء وجود دارد و «ورثت زیدا المال» به این معناست که از زید این مال را تصاحب کردم و به دست آوردم و به همین اعتبار دو مفعولی است.

در نسخه چاپی فقه العقود، «مورّث» با تشدید آمده که «مورِث» بدون تشدید باید صحیح باشد.

### کلام آقای حائری: به ارث رسیدن حق شفعه

آقای حائری بیان کرد: اگر مقوّم حق خود شخص باشد، با مرگ او حقّ از بین می رود و باقی نمانده که به ارث برسد. ایشان متذکرّ این مطلب می شود که ما نمی خواهیم بگوییم جواز نقل و ارث متلازم هستند بلکه نکته بین این دو مشترک است که گاهی این نکته مشترک در نقل هست و در ارث نیست و بر عکس. مثل حق شفعه که به ارث برده می شود اما نقل نمی شود زیرا حق شفعه برای رفع ضرر شراکت است و درباره خود موروث خصوصیتی ندارد و همانگونه که موروث با شراکت متضرّر می شود وارث نیز با شراکت متضرّر می شود بر خلاف اجنبی که شریک نیست تا ضرر شراکت متوجه او باشد. در نتیجه، با انتقال اصل مال با وارث، حق شفعه نیز به تبع انتقال مال به او، تضرّر متوجه شریک متوجّه وارث نیز می شود. ایشان در ادامه مثال های دیگری را بیان کرده که بعدا درباره آنها صحبت می کنیم.

## بررسی ارث بری حق شفعه

درباره حق شفعه بحثی قدیمی وجود دارد که آیا حق شفعه ارث بردنی هست؟

مرحوم شیخ مفید و سید مرتضی حق شفعه را موروث می دانند اما مرحوم شیخ طوسی[[7]](#footnote-7) حق شفعه را موروث نمی داند. منشأ اختلاف آنها نیز روایت طلحه بن زید است که در آن بیان شده: الشُّفْعَةُ لَا تُورَثُ[[8]](#footnote-8)

پس اختلاف درباره حق شفعه، مرتبط به روایت طلحه بن زید است. طلحه بن زید عامی است و شیخ طوسی به موثقات عمل می کند ولی سید مرتضی به اخبار واحد عمل نمی کند.

روایت طلحه بن زید در فقیه وارد شده و در تهذیب بسنده عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ [[9]](#footnote-9) روایت را نقل کرده است و در خلاف آمده است:

المنصوص لأصحابنا أن الشفعة لا تورث .و به قال أبو حنيفة و أصحابه و قال قوم من أصحابنا: أنها تورث مثل سائر الحقوق، و هو اختيار المرتضى‌ و به قال الشافعي، و مالك، و عبيد اللّه بن الحسن العنبري البصری[[10]](#footnote-10)

در کلمات علمایی که حق شفعه را موروث می دانند، به شبیه استدلال آقای حائری اشاره شده است.

علامه در قواعد بیان کرده علی اشکال ارث برده می شود و مرحوم محقق کرکی در شرح بیان کرده است:

اختلف الأصحاب في أن الشفعة تورّث، فقال المفيد و المرتضى و جماعة: إنها تورّث و أنكره الشيخ و جماعة، و دليلهما منشأ الاشكال: (یعنی اشکال موجود در کلام علامه که مراد روایت طلحه به زید است) و الأصح الأول، ... و احتج الشيخ برواية طلحة بن زيد، عن علي عليه السلام قال: «لا تورث الشفعة»، و لأن ملك الوارث متجدد فلا يستحق به شفعة ...[[11]](#footnote-11)

### مقتضای قاعده در حق شفعه

مقتضای قاعده در حقّ شفعه چیست؟

حق شفعه به دو نحو قابل تحلیل است:

تحلیل اول این است که حق شفعه فقط به اعتبار تضرّر باشد به این صورت که شخص از شراکت تضرّر می بیند و برای رفع تضرّر او حق شفعه جعل شده است. مطابق این تحلیل، این تضرّر قابل انتقال به وارث است و به تبع آن، حق شفعه نیز به وارث منتقل می شود.

تحلیل دوم این است که هر چند تضرّر تأثیر در حق شفعه دارد اما ذی حق بودن قدیم نیز مؤثر در حق شفعه است. به این معنا که شراکت قدیمی اقتضا می کند شریک در صورتی که قصد بیع دارد، مال را به شریک قدیمی عرضه کند و فروش به شخص جدید، رعایت نکردن این شراکت قدیمی و نادیده گرفتن نان و نمک شریک قدیمی است. این تحلیل مختصّ به موروث است و وارث شراکت قدیمی نداشته است. در نتیجه، نکته ایجاد حق شفعه به وارث منتقل نمی شود تا به تبع آن، حق شفعه نیز به وارث منتقل شود.

از نظر عقلایی، شراکت قدیمی و رعایت احترام شریک قدیمی می تواند دخیل در حق شفعه باشد و دلیلی نداریم که دلیل منحصر حق شفعه، رفع تضرّر باشد. مطابق تحلیل دوم، حق شفعه مقوّم به شخص است در حالی که آقای حائری حق شفعه را مقوّم به شخص موروث نمی داند زیرا ایشان نکته ثبوت حق شفعه را صرف تضرّر می داند. در حالی که ممکن است رعایت احترام شریک قدیمی در حق شفعه دخیل باشد و با این فرض، حقّ شفعه مقوّم به شخص موروث است و قابل انتقال به ارث نیست. «الشفعه لا تورَث» در روایت طلحه به زید شاهد بر این است که علت ثبوت حق شفعه، منحصر در ضرر نیست و نکته دیگری وجود دارد که موجب می شود شفعه به ارث نرسد.

حال با این فرض که از نظر عقلایی نمی توان احراز کرد، حق شفعه تنها برای رفع تضرّر شریک است، پس روایت می تواند مطابق قاعده باشد. بنابراین ثابت نیست حق شفعه لخصوصیه فی الشریک است یا لا لخصوصیه فی الشریک است و در صورت شک – چنانچه مرحوم شیخ بیان کردند- به ارث نمی رسد زیرا ترکه بودن آن ثابت نیست.

مرحوم شیخ انصاری در ادامه وارد بحث جریان استصحاب شدند که وارد بحث از آن نمی شویم.

خلاصه آنکه، نمی توان طبق قاعده اثبات کرد که «الشفعه لا تورَث». حال اگر روایت طلحه بن زید تامّ باشد، باید به آن اخذ کرد و اگر روایت تامّ نباشد، باز ارث حق شفعه ثابت نمی شود زیرا حق قابل انتقال بودن حق شفعه معلوم نیست.

### بررسی روایت ما ترک المیت من حق فهو لوارثه

روایت عامی به تعبیر «ما ترک المیت من حق فهو لوارثه» برای انتقال حق شفعه مورد استدلال قرار گرفته اما چنین دلیلی در مجامع شیعه و عامه وجود ندارد و اولین بار در کلام شهید ثانی مشاهده شد. بله در برخی از روایات عامی «ما کان من مال فهو لوارثه» وارد شده است. در نتیجه، بحث انجبار به عمل اصحاب نیز صحیح نیست و نمی توان به آن استدلال کرد. در ثانی بر فرض پذیرش جبر ضعف سند به واسطه عمل اصحاب، عمل قدمای اصحاب می تواند سند روایت را جبران کند و نمی توان روایتی که اولین بار در زمان شهید ثانی نقل شده را با عمل متأخرین منجبر دانست. ظاهرا ذهن شهید ثانی از تعبیر «ما کان من مال فهو لوارثه» حق را نیز برداشت کرده و به اشتباه روایتی به مضمون «ما کان من حق فهو موروث» را نقل کرده است.

1. [مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج6، ص110.](http://lib.eshia.ir/10141/6/110/) [↑](#footnote-ref-1)
2. فقه العقود، ج 1، ص: 138 [↑](#footnote-ref-2)
3. فقه العقود، ج 1، ص: 139 [↑](#footnote-ref-3)
4. فقه العقود، ج 1، ص: 140 [↑](#footnote-ref-4)
5. سوره مریم، آيه 62 . [↑](#footnote-ref-5)
6. سوره اعراف، آيه 137. [↑](#footnote-ref-6)
7. [المبسوط فی فقه الإمامیة، شیخ طوسی، ج3، ص113.](http://lib.eshia.ir/10036/3/113/) [↑](#footnote-ref-7)
8. [من لا یحضره الفقیه، شیخ صدوق، ج3، ص78.](http://lib.eshia.ir/11021/3/78/) [↑](#footnote-ref-8)
9. [تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج7، ص167.](http://lib.eshia.ir/10083/7/167/) [↑](#footnote-ref-9)
10. [الخلاف، شیخ طوسی، ج3، ص436.](http://lib.eshia.ir/10015/3/436/) [↑](#footnote-ref-10)
11. [جامع المقاصد فی شرح القواعد، علی بن حسین کرکی (المحقق الثانی)، ج6، ص447.](http://lib.eshia.ir/71611/6/447/) [↑](#footnote-ref-11)