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

**جلسه 047– 22 /09/ 1400 حق الماره /وجود حق مالی دیگر به جز زکات /زکات**

**خلاصه مباحث گذشته:**

متن خلاصه ...

## بررسی تلازم بین اسقاط ناپذیری حقّ و نقل ناپذیری آن

بحث درباره ضابطه اسقاط پذیری، نقل پذیری و انتقال پذیری حقوق بود. آقای حائری در انتهای بحث خود می فرمایند:

و كلّ حقّ لا يقبل الإسقاط عرفا لا يقبل النقل أو الإرث عرفا أيضا، لأنّ عدم قبوله للإسقاط كان لدخل مصلحة فيه غير مصلحة ذي الحقّ. و من الواضح أنّ مصلحة الشخص الآخر التي أوجبت ثبوت حقّ الولاية أو الوصاية أو غيرهما لشخص ما ليست بالضرورة منحفظة لدى انتقال الحقّ إلى شخص آخر، و ليس ذو الحقّ هو صاحب المصلحة فقط حتى يحقّ له عرفا أن يقول: أنا أرفع يدي عن مصلحتي.[[1]](#footnote-1)

ایشان می فرماید: حقی که قابلیت اسقاط ندارد، قابل نقل و انتقال به ارث نیست. علت عدم قابلیت اسقاط این است که ملاک آن منحصر به مصلحت ذو الحق نیست و مصلحت دیگری نیز در کار است و به همین دلیل قابل اسقاط نیست. با این فرض، شخص ذو الحق نمی تواند آن را نقل دهد و به ارث نیز منتقل نمی شود زیرا تنها مصلحت او در کار نیست و معلوم نیست با نقل حق به شخص ثالث یا انتقال آن به ورثه، مصلحت او حفظ شود.

به نظر می رسد دو اشکال به این کلام وارد است.

### اشکال مبنایی: امکان اسقاط ناپذیری حقّ در فرض عدم مصلحت غیر

اشکال اول، اشکال مبنایی است و در بحث اسقاط بیان شد: اسقاط پذیر نبودن حتما به خاطر وجود مصلحت غیر نیست و ممکن است حق تنها برای رعایت مصلحت ذو الحق باشد اما چون این مصلحت به نحوی است که حتی بعد از اسقاط نیز موجود است و نیاز او از بین نمی رود، شارع مقدّس به بعد از اسقاط نیز نظر دارد و حکم را ثابت قرار داده است. بنابراین نمی تواند به صرف حق اسقاط نداشتن، نقل و انتقال قهری را نفی کرد. بلکه باید ملاحظه کرد آیا مصلحت شخص بعد از نقل وجود دارد؟

همانگونه که روشن است، بین وجود مصلحت بعد از اسقاط و وجود مصلحت بعد از نقل تلازمی وجود ندارد و ممکن است در فرضی که شخص با عوض نقل داده، نیاز شخص با بدل تأمین شود و مصلحت او با بدل استیفا شود.

نسبت به قابلیت انتقال به ارث نیز نمی توان از عدم قابلیت اسقاط، عدم قابلیت انتقال را اثبات کرد زیرا علت عدم اسقاط این بود که شخص حتی پس از اسقاط نیز به این حق نیاز دارد. با مرگ شخص، نیاز او نیز از بین می رود به همین دلیل به ارث رسیدن یا نرسیدن این حق ارتباطی به تعمیم داشتن مصلحت شخص ندارد.

در نتیجه، بین اسقاط پذیری و نقل پذیری و انتقال پذیری ملازمه ای وجود ندارد.

#### قیود اسقاط ناپذیری حقّ

تذکر این نکته لازم است که گاهی شارع مقدّس مصلحت را در این می بیند که حق در اختیار ذو الحق باشد. پس ممکن است مصلحت و نیاز شخص به حقّ بعد از اسقاط نیز وجود داشته باشد اما نفس اختیار داشتن شخص در تصمیم گیری برای حق نیز ممکن است مصلحت داشته باشد. در نتیجه، حقّ با جمع دو قید اسقاط پذیر نیست. اولا: مصلحت بعد از اسقاط نیز موجود باشد و ثانیا: در نفس اختیار داشتن ذو الحق مصلحت غالب وجود نداشته باشد و اگر در اختیار داشتن ذو الحق مصلحت غالب وجود داشته باشد، حق قابلیت اسقاط دارند.

وجود مصلحت در اختیار داشتن امر بعیدی نیست چنانچه معامله شخصی که تمام اموال خود را می فروشد یا می بخشد، صحیح است در حالی که بعد از فروش، هیچ مالی ندارد تا نیاز خود را تأمین کند. علت صحت معامله این است که برای شارع مختار بودن شخص نسبت به اموالش اهمیت دارد و با اینکه از این عمل نهی کرده (وَ لاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُوماً مَحْسُوراً) اما اختیار مال را به شخص واگذار کرده است. پس گاهی مصلحت در مختار بودن بنده است.

در نتیجه برای اسقاط ناپذیری باید این دو قید به همراه هم وجود داشته باشد. هم باید برای بعد از اسقاط مصلحت وجود داشته باشد و هم برای حق اسقاط دهی، مصلحت غالبی وجود نداشته باشد.

خلاصه آنکه، بین اسقاط ناپذیری و نقل ناپذیری و انتقال ناپذیری ملازمه ای وجود ندارد.

### اشکال بنایی: امکان توقف نقل بر اجازه غیر

اشکال دوم، اشکال بنائی است که حتی اگر علت اسقاط ناپذیری وجود مصلحت دیگری باشد، نمی توان عدم جواز نقل را ثابت کرد زیرا نهایت چیزی که این مطلب ثابت می کند، توقف نقل بر اجازه من یعتبر مصلحته فی هذا الحق است. پس نتیجه رعایت مصلحت دیگری این است که نقل بدون اجازه او صحیح نیست نه آنکه به صورت مطلق حق قابل نقل نباشد.

## جمع بندی ضابطه اسقاط پذیری، نقل پذیری و انتقال پذیری

ضابطه اسقاط پذیری در نظر ما با کلام آقای حائری متفاوت است اما ضابطه نقل پذیری و انتقال پذیری که در کلام مرحوم شیخ نیز وارد شده، صحیح است. مرحوم شیخ می فرماید: چیزی که در آن خصوصیت ذو الحق در نظر گرفته شده به نحوی که با رفتن ذو الحق، حق از بین می رود، با مرگ ذو الحق از بین می رود و ما ترک نیست تا به ارث برسد. قابلیت نقل نیز ندارد زیرا قوام آن به شخص است.

## تأسیس اصل در شک در ویژگی های سه گانه

در فرض شک در اسقاط پذیری، نقل پذیری و انتقال پذیری مقتضای قواعد و اصول چیست؟

همانگونه که بیان شد، سه خاصیت ذکر شده برای حق مهم است و حق یا حکم بودن اهمیت ندارد و باید مقتضای قواعد و اصول را نسبت به این سه خاصیت بررسی کرد.

### مقتضای قاعده در اسقاط پذیری

در کلام علما مانند آقای خویی[[2]](#footnote-2) درباره اسقاط پذیری بیان شده: اگر ادله مثبت حق نسبت به بعد از اسقاط، اطلاق داشته باشند از آن کشف می شود، این حق اسقاط ناپذیر است یا به تعبیر برخی این امر حکم است. اما در صورتی که ادله اطلاق نداشت، باید دید استصحاب بقاء حق بعد از اسقاط جاری است؟ این استصحاب از سنخ استصحاب در شبهات حکمیه است و اشکالات مطرح در استصحاب در شبهات حکمیه در این استصحاب نیز وجود دارد. اگر استصحاب در شبهات حکمیه جاری نباشد، اصلِ عدم حق محکّم است. به این معنا که نمی دانیم حق بعد از اسقاط وجود دارد یا نه، با تمسک به اصل عدم جعل حق بعد از اسقاط، وجود حق را نفی می کنیم.

بنابراین احد الامرین از ثبوت اطلاق یا استصحاب، مثبت اسقاط ناپذیری است و اگر این دو امر وجود نداشته باشد، اسقاط پذیر است.

به نظر ما در نوع موارد اطلاق لفظی وجود ندارد زیرا روایات در مقام بیان اصل حق هستند و ناظر به فروض نادر مثل اسقاط پذیری آنها نیستند. اما اطلاق مقامی مجموع ادله صحیح است و اگر حق بعد از اسقاط موجود نبود، باید ذکر می شد و از اطلاق مقامی مجموع ادله، بقاء حق حتی بعد از اسقاط ثابت می شود حتی در صورتی که اسقاط، امر نادری باشد.

نسبت به استصحاب بقاء حکم، باید گفت: به نظر ما استصحاب در شبهات حکمیه به یک معنا جاری است. هر چند شبهه آیت الله والد در عدم شمول ادله روایی استصحاب نسبت به شبهات حکمیه را قبول داریم اما به بنای عقلا استصحاب را در شبهات حکمیه جاری می دانیم. قانون عقلایی این است که امور اعتباری تا مسقط و مزیل آنها ثابت نشده، باقی هستند. به اصطلاح حقوقی، قانون برتر که حاکم بر قوانین دیگر است، این است که تا وقتی ثابت نشده قانونگذار حق را زائل کرده، حق باقی است مگر آنکه از ابتدا حق را کوتاه جعل کرده باشد. در موارد دوران امر بین جعل طولانی یا کوتاه حق، اصل بقاء قانون است. بنابراین هم از جهت اطلاق مقامی مجموع ادله و هم از جهت استصحاب در شبهات حکمیه، نتیجه می گیریم که اصل اسقاط ناپذیری است یا به اصطلاح برخی، اصل حکم بودن است.

### مقتضای قاعده در نقل پذیری

نسبت به قابلیت نقل، آقای خویی بیان کرده: مقتضای اصل عدم قابلیت نقل است. زیرا باید ثابت شود حق است تا بتوان آن را نقل داد. به تعبیری دیگر، ادله صحت معاملات مانند «اوفوا بالعقود» ناظر به وجود شرایط صحت مانند اثبات حق بودن متعلّق عقد نیست و تنها بیان می کند: در صورت وجود شرایط صحت از جمله وجود حق، انتقال آن جایز است. بنابراین باید واجد شرایط صحت بودن را از جایی دیگر به دست آورد.

بیان آقای خویی صحیح است و «اوفوا بالعقود» نمی تواند حق بودن را در مقابل حکم بودن اثبات کند و باید اصل حق بودن ثابت شود تا قابلیت نقل ثابت شود.

### مقتضای قاعده در انتقال پذیری

درباره ما ترک بودن حق، این سوال مطرح است که آیا قوام این حق به مکلّف است یا قوام آن به خود مکلّف بما هو مکلّف نیست؟

با فرض اینکه احتمال دارد قوام حق به مکلّف باشد، بقاء آن با مرگ شخص ثابت نمی شود و موضوع ادله ارث احراز نمی شود تا با تمسک به آنها انتقال پذیری ثابت شود.

رجوع به استصحاب بقاء حق بعد از مرگ نیز در این موارد جایز نیست زیرا اگر حق قائم به شخص باشد، موضوع آن بعد از رفتن مکلّف باقی نیست و با شک در مقوّمیت شخص، شک در وجود حق بعد از مرگ داریم. بقاء حق در دید عقلا به شرطی است که ذو الحق باقی باشد و در مواردی که ذو الحق از بین رفته و نمی دانیم مصبّ حق خود شخص بوده یا مال بوده، از نظر عقلایی قانون، باقی تلقّی نمی شود.

به عبارتی دیگر، شک داریم که آیا قوام حق به شخص است و با رفتن او از بین می رود یا قوام حق به شخص نیست و با رفتن او باقی باشد؟ بقاء حق بعد از رفتن شخص به معنای منتقل شدن حق به ورثه است نه به این معنا که حقّ بدون ذو الحق موجود باشد و این حق موجود به ورثه برسد.

به عبارت سوم، اگر قوام حق به خود شخص باشد ما ترک صدق نمی کند و اگر قوام حق به خود شخص نباشد ما ترک صدق می کند. صدق ما ترک به این معناست که مصبّ حق غیر ذو الحق و مثلا عقد است. پس نمی دانیم آیا مصبّ حق خود شخص بوده یا مصبّ آن عقد بوده است؟ و استصحاب نمی تواند مصبّ حق را تعیین کند. شهید اول درباره خیار فرموده بود که خیار متعلّق به عقد است و با بقاء عقد، خیار نیز باقی است. پس با مرگ ذو الخیار، خیار از بین نمی رود زیرا قوام حق به عقد است و عقد با مرگ ذو الخیار از بین نمی رود. مطابق این کلام، شک در انتقال پذیری حق به این معناست که آیا مصبّ حق ذو الحق است یا مصبّ آن عقد است؟ و قانونی نداریم که مصبّ حق را تعیین کند و تا ثابت نشده مصبّ حق جای دیگر غیر از ذو الحق است، نمی توان بقاء حق را اثبات کرد.

مگر آنکه گفته شود: استصحاب به صورت کلی قسم ثانی جاری می شود به این بیان که می دانیم حقی وجود داشته و نمی دانیم این حق وابسته به خود شخص است پس قصیر المده است و با مرگ از بین می رود یا وابسته به غیر شخص است پس طویل المده است و پس از مرگ باقی است؟ با جریان استصحاب کلی، بقاء حق را ثابت می کنیم.

در پاسخ باید گفت: اثر انتقال پذیری برای کلی حق نیست و برای فرد طویل است به این معنا که باید ثابت شود قوام حق غیر ذو الحق – مثلا عقد – است تا به ارث منتقل شود و اثبات وجود فرد طویل با تمسک به استصحاب کلی، از سنخ اصل مثبت است.

نتیجه آنکه، اصل در فرض شک در نقل پذیری و شک در انتقال به ارث، عدم نقل و عدم انتقال است. پس اصل نسبت به اسقاط پذیری، نقل پذیری و انتقال پذیری حکم بودن است و حقّ بودن نیازمند اثبات است. همین اصل در حق الماره نیز جاری است و اصل آن است که حق الماره قابل اسقاط، نقل و انتقال نیست. مگر آنکه بتوان با تمسک به روایات مختص به حق الماره، این امور سه گانه را اثبات کرد.

## مقتضای روایات اکل مارّه

در تمام روایات مثبت حق الماره، تنها اکل مارّه تجویز شده و عبارت خاصی در آنها وجود ندارد که از آنها بتوان حق یا حکم بودن را فهمید؟ چنانچه نمی توان از آنها فهمید که آیا ملاک این حکم بعد از اسقاط نیز باقی است؟ نکته عقلایی خاصی نیز فی الجمله وجود ندارد که بتوان از آن فهیمد قوام این حق به مارّ است. تنها روایتی که به آن برای حق بودن استدلال شده، مرسله محمد بن مروان است:

قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَمُرُّ بِالثَّمَرَةِ فَآكُلُ مِنْهَا فَقَالَ كُلْ وَ لَا تَحْمِلْ قُلْتُ فَإِنَّهُمْ قَدِ اشْتَرَوْهَا قَالَ كُلْ وَ لَا تَحْمِلْ قُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ التُّجَّارَ قَدِ اشْتَرَوْهَا وَ نَقَدُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ قَالَ اشْتَرَوْا مَا لَيْسَ لَهُمْ.‏ [[3]](#footnote-3)

در بحوث فقهیه شیخ حسین حلّی دارد: و زاد في أحد طرقه (قلت: جعلت فداك أن التجار قد اشتروها و نقدوا أموالهم. قال: اشتروا ما ليس لهم).[[4]](#footnote-4) اما این مطلب صحیح نیست و در تمام طرق روایت، این تعبیر موجود است. بله عبارتی قبل از آن وجود دارد که در برخی از نقل ها موجود است. پس تکه اخیر در هر سه نقل تهذیب وجود دارد و تکه وسط (قُلْتُ فَإِنَّهُمْ قَدِ اشْتَرَوْهَا قَالَ كُلْ وَ لَا تَحْمِلْ) در برخی از نقل ها وجود ندارد.

به «اشتروا ما لیس لهم» برای اثبات حق بودن استدلال شده است. مرحوم آقای خوانساری در جامع المدارک ذیل بحث ثبوت حق الماره در فرض نهی مالک می نویسد:

كما أنّ مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين صورة نهي المالك و عدم العلم بنهيه، و لعلّه يشير إليه ما في المرسل قال: «اشتروا ما ليس لهم» حيث يستفاد منه أنّه حقّ ثابت من قبل الشارع نظير الزّكاة و الخمس المتعلّقين بالأموال من دون مدخليّة لإذن المالك و رضاه[[5]](#footnote-5)

مرحوم شیخ حسین حلی در بحوث فقهیه بحثی را در این باره دارد که آیا می توان از طریقی که پیش از آن خانه مردم بوده، عبور کرد؟ ایشان با تمسک به ادله دالّ بر جواز عبور از اراضی متّسعه، جواز عبور از این طریق را اثبات کرده، در ادامه امکان استفاده حکم از ادله حق الماره را بیان کرده هر چند استدلال به آنها را نمی پذیرد. ایشان می نویسد:

و زاد في أحد طرقه (قلت: جعلت فداك أن التجار قد اشتروها و نقدوا أموالهم. قال: اشتروا ما ليس لهم).و من التعبير الصريح يظهر لنا أن المالك ليس له الحق في منع المارة من الأكل من تلك الثمار، و ليس له أن يمنعهم من حقهم الذي جعله اللّه لهم فيها.

ایشان پس از ذکر اخبار دیگر بیان می کند:

كل هذه الاخبار، و غيرها ظاهرة بعد ضم بعضها الى بعض فيما ذكرناه من وجود حق للناس في هذا النوع من الأملاك بدرجة أنه يجوز الأكل حتى و لو صرح المالك بعدم الرضا المعبر عنه بحياطته لتلك البستان و من هذا المجموع نفهم‌ ‌نقطة أخرى، و هي أن أصل الملكية في هذه الأرض الواسعة، و التي تقع طرق الناس في ضمنها ملكية مقيدة، و ليست بمطلقه فالرجل يملك الأرض مع وجود حق للغير في العبور فيها، و يملك البستان مع وجود حق للمارة من الاقتطاف من ثمرها كل هذا صحيح و مسلم.[[6]](#footnote-6)

ایشان «حیط علیه او لم یحط» در برخی از روایات حق الماره را به معنای رضایت یا عدم رضایت مالک دانسته که در این باره بحث شد و بیان کردیم این تعبیر ناظر به بحث رضایت نیست. ایشان در ادامه، تمسک به این روایات برای تجویز مرور از این زمین ها را نمی پذیرند.

شبیه به این عبارت در حدائق وارد شده است. صاحب حدائق بحث مانعیت ظن به کراهت مالک را به عنوان شرط خامس جواز اکل مارّه مطرح کرده، می فرماید:

و (خامسا) هو: عدم ظنها. و استحسنه في المسالك.و يدفعه: قوله- في رواية محمد بن مروان: «قد اشتروا ما ليس لهم» فإنه يشعر بأن هذا حق للمارة ليس لهم المنع منه.[[7]](#footnote-7)

مرحوم نراقی بالاتر از این ادعا کرده، بیان می کند: مقداری که مارّ می خورد ملک صاحب شجره نیست. ایشان چند بار با عبارات روشن بر این مطلب تصریح کرده که در این جلسه تنها عبارت ایشان را مرور می کنیم و در جلسه آینده نحوه استدلال ایشان و استدلال علمایی که از روایت محمد بن مروان حق بودن را برداشت کردند را توضیح خواهیم داد. پیش از مرحوم نراقی، در لابلای کلام ملاذ الاخیار؛ ج 11، ص: 84 کلامی شبیه کلام مرحوم نراقی وارد شده که در جلسه آینده بیان خواهد شد.

مرحوم نراقی می نویسد:

بل يدلّ قوله في رواية محمّد بن مروان: «اشتروا ما ليس لهم» أنّ قدر حقّ المارّة ليس ملكا للصاحب.[[8]](#footnote-8)

ایشان بیان می کند روایات مثبت حق الماره، حدی تعیین نکرده و این خلاف اجماع است. سپس وارد این بحث می شود که معنای افساد موجود در روایت چیست؟ ایشان در ضمن این بحث می نویسد:

الرخصة في الأكل في أخبار الجواز غير محدودة بحدّ معيّن،بل هي مطلقة.و إبقاؤها على الإطلاق .... خلاف الإجماع، بل الضرورة القطعيّة، سيّما على ما في رواية محمّد بن مروان من قوله: «اشتروا ما ليس لهم» فإنّه على ذلك لا يكون ما لهم معيّنا، بل لا يكون مال؛ لاحتمال مرور جماعة تأكل الجميع.[[9]](#footnote-9)

مرحوم علامه مجلسی در ملاذ الاخیار چند احتمال درباره معنای «اشتروا ما لیس لهم» بیان کرده که در جلسه آینده عبارت ایشان مرور خواهد شد و پس از تقریب استدلال، درباره صحت آن بحث می کنیم و بحث خواهیم کرد آیا از «اشتروا ما لیس لهم» ملک بودن استفاده می شود یا حق بودن؟ یا هیچ یک از ملک و حق استفاده نمی شود؟

1. فقه العقود؛ ج 1، ص: 141 [↑](#footnote-ref-1)
2. مصباح الفقاهه، ج 2، ص: 48 [↑](#footnote-ref-2)
3. [تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج6، ص383.](http://lib.eshia.ir/10083/6/383/) [↑](#footnote-ref-3)
4. بحوث فقهیه؛ ص: 245 [↑](#footnote-ref-4)
5. جامع المدارک، ج 3، ص: 288 [↑](#footnote-ref-5)
6. بحوث فقهیه؛ ص: 246 [↑](#footnote-ref-6)
7. [الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة، یوسف بن أحمد البحرانی (صاحب الحدائق)، ج18، ص293.](http://lib.eshia.ir/10013/18/293/) [↑](#footnote-ref-7)
8. مستند الشیعه، ج 15، ص: 51 [↑](#footnote-ref-8)
9. مستند الشیعه، ج 15، ص: 52 [↑](#footnote-ref-9)