**فقه: زکات، جلسه 47: دوشنبه 22/09/۱400، استاد سید محمد جواد شبیری**

**اعوذ بالله من الشیطان الرجیم**

**بسم الله الرحمن الرحیم**

و به نستعین انه خیر ناصر و معین الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آله الطاهرین

و اللعن علی اعدائهم اجمعین من الآن الی قیام یوم الدین

بحث سر این بود که ضابطۀ اسقاط‌پذیری و نقل‌پذیری و انتقال قهری‌پذیری حقوق به چه نحو هست. آقای حائری در پایان کلام یک تعبیری دارند، می‌گویند و کل حقٍّ لا یقبل الاسقاط عرفاً لا یقبل النقل او الارث عرفاً ایضا لأن عدم قبوله للاسقاط کان لدخل مصلحةٍ فی غیر مصلحة ذی الحق و من الواضح ان مصلحة الشخص الآخر التی اوجبت ثبوت حق الولایة او الوصایة او غیرهما لشخصٍ ما لیست بالضرورة منحفظة لدیً انتقال الحق الی شخصٍ آخر و لیس ذو الحق هو صاحب المصلحة فقد حتی یحق له عرفاً ان یقول انا ارفع یدی عن مصلحة.

ایشان می‌فرمایند که حقی که قابلیت اسقاط ندارد قابل نقل و انتقال به ارث نیست. چرا قابلیت اسقاط ندارد؟ به دلیل این‌که ملاکش منحصر به مصلحت ذو الحق نبوده، مصلحت کس دیگری هم در کار بوده، به خاطر همین قابلیت اسقاط نداشته. خب بنابراین شخص ذو الحق نمی‌تواند آن را نقل بدهد، فقط مصلحت او کسی کار نیست. شخص دیگر هم در این کار هست و معلوم نیست که با نقل این شیء به شخص دیگر آن مصلحت کس دیگر هم حفظ شده باشد امثال اینها. و با انتقال قهری‌اش به وارث مصلحت آن شخص قبلی‌اش حفظ شده باشد، این کلام ایشان. این کلام ایشان به نظر دو تا اشکال بهش وارد هست. یک اشکال، اشکالی هست مبنایی که ما در بحث اسقاط گفتیم این‌که اسقاط، اسقاط‌پذیر نبودن حتماً به خاطر این هست که مصلحت غیر درش وجود دارد، گفتیم نه، ممکن است مصلحت خود همین شخص منحصراً باشد. ولی چون این مصلحتش حتی بعد از اسقاطش هم موجود است، مصلحتش به نحوی هست که حتی بعد از اسقاط هم موجود هست و نیاز او به بعد از، به این شکل هست بنابراین شارع مقدس به بعد از آن مصلحت هم نظر داشته و آن حکم را ثابت قرار داده. اگر چنین باشد که مصلحت حتی بعد از اسقاط هم وجود داشته باشد، اینجا کس دیگری در کار نیست، خود این آقاست. خود این آقاست و خود این آقا. بنابراین مانمی‌توانیم مجرد این‌که با اسقاط، حق اسقاط ندارد بگویید که حق دقل یا حق انتقال قهری اینجا در کار نیست. بلکه باید دید آیا مصلحت این حتی بعد از نقل هم در کار هست؟ مجرد این‌که بعد از اسقاط مصلحت در کار نیست لازمه‌اش این نیست که بعد از نقل در کار نباشد. خب خیلی وقت‌ها نقل که طرف می‌دهد به خصوص اگر نقلش با پول باشد، اسقاط نمی‌توانست این حق را بکند، ولی می‌توانست نقل بدهد جایش پول بگیرد. به هر حال خودش که نیست بدلش هست، آن مصلحت به وسیلۀ آن بدلی که وجود دارد استیفاء می‌شود.

همچنین بحث به ورثه رسیدن و امثال اینها دیگر خود طرف که نیست که این بحث‌ها را بکنیم. بحث این هست که چرا نمی‌شد اسقاطش کرد؟ چون شخص حتی بعد از اسقاط هم به این حق نیاز داشته. حالا وقتی خودش طرف نیست که بعد از مرگش که دیگر احتیاج ندارد دیگر، تمام شده رفته. حالا بعد از مرگ به ارث برسد یا به ارث نرسد ربطی به این ندارد که این مصلحتش تعمیم داشته باشد بعد از اسقاط یا عدم اسقاط. این است که ملازمه‌ای بین اسقاط‌پذیری و نقل‌پذیری و انتقال‌پذیری نیست. این یک نکته. یک نکته قبل از این‌که نکتۀ دوم را عرض کنم یک تذکری اینجا عرض بکنم، ببینید گاهی اوقات شارع مقدس مصلحت را در این می‌بیند که حق را در اختیار طرف قرار بدهد. خب ببینید گاهی اوقات ممکن است مصلحت برای بعد از اسقاط هم وجود داشته باشد، ولی شارع مقدس می‌گوید که من به تو حق می‌دهم خودت اختیار داری. در اختیاردار بودن شخص مصلحت باشد. گاهی اوقات نفس اختیارداری، این‌که اختیار این مال دست خودت باشد، اگر هم بعداً بیچاره شدی بگویی خودت خودت را بیچاره کردی. گاهی اوقات اینجوری است، مصلحت در مختار بودن است، مصلحت در اختیار داشتن است. در صورتی خیار اسقاط‌پذیر نیست به این دو قید، یکی این‌که مصلحت بعد از اسقاط هم موجود باشد، یک. دو، مصلحت در نفس خیار وجود نداشته باشد. در اختیاردهی به بنده. گاهی اوقات مصلحت در چیز وجود دارد، به بعد از اسقاط، ولی یک مصلحت غالبه‌ای وجود دارد. مصلحت غالبه این است که اختیار این را به مکلف می‌خواهند واگذار کنند. الآن کسی که مالش را تمام مالش را می‌فروشد، حتی مقداری که زندگی‌اش به او وابسته است، این معامله‌اش صحیح است، معامله‌اش باطل نیست. کسی که تمام زندگی‌اش را می‌فروشد، اصلاً همۀ زندگی‌اش را می‌بخشد، معامله‌اش باطل نیست، ممکن است کار محرمی هم کرده باشد، ولی معامله‌اش باطل نیست. در حالی که بعد از، این‌که اینها را فروخت هیچی ندارد، معامله. چرا معامله‌اش باطل نیست؟ چون شارع مقدس ذی حق بودن طرف را اختیاردار بودن طرف را، برایش اهمیت داشته. اختیار به تو واگذار کردم. به تو گفتم، نهی‌ات هم کردم. گفتم و لا تبسطها کل البسط فتبعد معلوما محصورا. تو شک کردی. بعداً، یعنی گاهی اوقات مصلحت در مختار بودن است بنده است. اسقاط‌پذیری این دو تا قید می‌خواهد، یک، یک چیزی که اسقاط‌پذیر نیست، اسقاط‌ناپذیری، یا باید، هم باید، هر دو باید با هم باشد، هم باید برای بعد از اسقاط مصلحت وجود داشته باشد، هم یک مصلحت غالبه‌ای برای حق اسقاط‌دهی وجود نداشته باشد. گاهی اوقات یک مصلحت غالبه‌ای برای حق اسقاط‌پذیری وجود دارد که با وجودی که آن مصلحت اصلی وجود دارد، ولی شارع این‌که حق اسقاط را به مکلّف بدهد این خودش مصلحت دارد. این دو تا قید اگر با همدیگر باشد اسقاط‌ناپذیری تحقق پیدا می‌کند.

شاگرد: یک مثال می‌زنید از موارد که اسقاط‌ناپذیر است اما قابل انتقال هست؟

استاد: حالا باید فکر کنم مثال عینی. فرضی که می‌شود قید تراشید، یک مثال واقعی بعداً فکر می‌کنم به شما جواب می‌دهم.

شاگرد: حق الحضانة را نمی‌شود گفت؟ خود اسقاط می‌تواند قابل انتقال باشد

استاد: حالا بعد نگاه می‌کنم ببینم این. این انواع و اقسامش را در همین کتاب الموسوعة الفقهیة المیسّرة، انواع و اقسام حق‌ها، کدام قابل انتقال هست، چیز نیست، یک چیزهای مفصلی دارد، هم در چیزهای هاشمی هم بحث‌هایش هست، حالا مثال‌های عینی‌اش را آدم می‌شود یک بار دیگر دقت کرد ببینیم چیزی در می‌آید یا نه.

پس بنابراین عرض من این هست بین اسقاط‌ناپذیری و نقل‌ناپذیری و انتقال‌ناپذیری هیچگونه ملازمه‌ای نیست، این یک نکته.

نکتۀ دوم این اشکال مبنایی است که اصل مبنای این بحث که ضابطۀ اسقاط‌پذیری این نکته‌ای هست که اسقاط‌پذیری یا اسقاط‌ناپذیری نکته‌ای هست که آقای حائری بیان فرمودند نه این درست نیست.

یک اشکال بنایی هم اینجا وجود دارد آن این است که اگر تازه این فرمایش ایشان را هم بپذیریم خب فوقش این است که ایشان می‌گوید که مصلحت شخص دیگری در کار هست، خب بگویید اجازه آن شخص هم شرط باشد. بگویید این طرف حق دارد برای این‌که این را نقل بدهد به شرطی که کس دیگری که اجازۀ آن معتبر است آن هم چیز کند دیگر. این لازمه‌اش این نیست که نقل صحیح نباشد. حداکثر این‌که اجازۀ من یعتبر مصلحته فی هذا الحق آن را باید معتبر کرد. ایشان می‌خواهد نتیجه بگیرد پس بنابراین نقل کلاً باطل است. نه این نتیجه‌اش این می‌شود که نقل بدون اجازۀ آن شخصی که مصلحت او ملاحظه شده باطل است، ولی با اجازۀ او آن لازمه‌اش بطلان نیست دیگر. خب این بحث‌ها تمام.

حالا بیاییم در بحث حق المارّة این بحث‌ها. ماحصل مطلب را حالا من این چیز بکنم، این ضوابطی که اینجا مطرح بود در حق اسقاط‌پذیری که عرض کردم این مطلبی که آقای حائری اشاره فرمودند که در انتقال به غیر مسألۀ این‌که خصوصیت خود شخص مالک، آنها درست است، همچنین در اثر و اینها، این ضابطۀ اسقاط‌پذیری فرق داشت با ضابطه‌ای که ایشان ذکر کردند، ولی ضابطۀ نقل‌پذیری و انتقال‌پذیری همین هست که، در کلام شیخ هم این مطلب هست، مرحوم شیخ می‌فرماید آن چیزی که خصوصیت ذو الحق درش معتبر هست این به نحوی که اگر ذو الحق برود این خصوصیات با آن می‌رود در نتیجه حق ماترک برایش صدق نمی‌کند، بنابراین قابلیت انتقال به ارث نیست چون ارث موضوع ماترک است، قابلیت نقل هم عقلاءً نیست چون نقل در جایی هست که آن حق قوامش به خود شخص نباشد که بتواند به دیگری منتقل بشود. خب حالا ببینیم این جواز اکل المارّة من الثمرة حق است یا حکم، و اگر حق است قابل اسقاط است؟ قابل نقل است؟ قابل ارث بردن هست؟ چی هست؟ امثال اینها.

ابتدا در مسأله تأسیس اصل کنیم که ببینیم در جایی که ما شک کردیم که یک چیزی حق است یا حکم است تکلیف چی است؟ عرض کردم مهم بحث حق و حکم نیست، مهم آن سه تا خاصیتی که برای حق ذکر می‌شود هست. یعنی این ۳ تا خاصیت را باید نسبت به آنها تأسیس اصل کرد. اسقاط‌پذیری، نقل‌پذیری، انتقال‌پذیری. اینها در مورد اسقاط‌پذیری آقایان این را دارند، مرحوم آقای خویی هم اشاره می‌فرماید که باید دید که ادله‌ای که آن حق را اثبات می‌کند آیا نسبت به مابعد اسقاط هم اطلاق دارد یا اطلاق ندارد؟ اگر نسبت به مابعد اسقاط اطلاق داشته باشد معنایش این است که اسقاط مؤثر نیست، پس این اسقاط‌ناپذیر است. که حالا بعضی‌ها تعبیر می‌کنند پس حکم است. حالا ما می‌گوییم اسقاط‌ناپذیر است. اگر گفتیم نه این ادله اطلاق ندارد. در مرحلۀ بعد باید برویم ببینیم استصحاب بقای حق بعد الاسقاط جاری می‌شود یا جاری نمی‌شود؟ استصحاب شبهات حکمیه است آن بحث کلی اجرای استصحاب در شبهات حکمیه و ان قلت و قلت‌هایی که در آن هست اینجا هم می‌آید دیگر. خب این هم دو مرحله. اگر باز استصحاب در شبهات حکمیه را جاری ندانستیم اصل عدم ثبوت حق اینجا محکَّم هست. پس بنابراین احد الامرین من ثبوت الاطلاق و جریان استصحاب در شبهات حکمیه، اگر یکی از این دو تا را بگوییم لازمه‌اش اسقاط‌ناپذیری است، اگر این دو تا را نگفتیم لازمه‌اش اسقاط‌پذیری است. این اصل تأسیس اصل. این مطلب درست هم هست. حالا ما

شاگرد: دومش چجور شد اسقاط‌پذیر شد؟

استاد: چون اصل این است که این حق وجود نداشته باشد دیگر. اسقاط‌پذیر که می‌خواهم بگویم یعنی این. نمی‌دانیم این حق برای بعد از اسقاط هم وجود دارد یا وجود ندارد. اصل مقتضی‌اش قاصر هست، چون اصل این است که حقی برای بعد از اسقاط جعل نشده باشد.

شاگرد: شاید چون اطلاق را از اوّل قبول نکردیم.

استاد: نه منهای اطلاق. این‌که اطلاق نسبت به ما بعد آن. نه، خود اطلاق این را توجه بفرمایید. اطلاق می‌گوییم نسبت به مابعد حق اطلاق نداریم. ولی اطلاق نداشتن لازمه‌اش این نیست که حق نباشد. ما دلیل از ناحیۀ اطلاق نداریم. نداشتن آن را باید با استصحابی، به اصل عملی تمسک کنیم. اگر نسبت به مابعد اسقاط استصحاب جاری بشود، استصحاب بقای حق. خب استصحاب بقای حق جاری می‌شود و آن محکَّم است. اگر استصحاب بقای حق نداشتیم حالا یا استصحاب عدم ثبوت حق، برائت از ثبوت حق، بالأخره یک اصلی که اقتضاء می‌کند عدم ثبوت حق را.

شاگرد: عدم جواز لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه.

استاد: حالا آنها مراحل بعدی است.

شاگرد: روایت حکمیه است دیگر. می‌فرمایید اگر استصحاب جاری نباشد باز هم اصل عدم جواز بعد از اسقاط، آن هم حکمیه است. ؟؟؟ حکمی

استاد: نه ملازمه با هم ندارند. اینها با همدیگر فرق دارند. حالا این چکیدۀ بحث. حالا اینها ریزه‌کاری‌ها و نکات ریزی دارد که من نمی‌خواهم وارد آن ریزه کاری‌هایش بشوم. اجمال بحث همینجور هست که مرحوم آقای خویی اشاره می‌فرمایند و درست هم هست. حالا ما در این‌که اطلاق ادله دارند یا ندارند نوعاً به نظر ما اینجاها اطلاقات لفظی نیست، اطلاقات لفظی نداریم، چون این‌که در مقام بیان اینجور فروض نادر باشد در این روایات، حالا اگر یک موقعی این حق را اسقاط کرد آیا ساقط می‌شود یا ساقط نمی‌شود اینها در مقام بیان این جهات نیستند. این یک فرض بسیار نادری است که اصلاً اینها در مقام بیان اصل حق هستند اما این‌که بخواهند بگویند این حق حتی در، آیا اسقاط‌پذیر هست نیست، اینها را نمی‌خواهد اثبات کند. ولی اطلاق مقامی مجموع ادله این می‌گیرد آن اشکال نیست که اگر قرار باشد این حق که این‌که این حق آیا بعد از اسقاط هم هست یا نیست، اگر قرار باشد بعد از اسقاط هنوز موجود نباشد نیاز به بیان دارد، اطلاق مقامی مجموع ادله اقتضاء می‌کند که این حتی بعد از اسقاط هم این حق ثابت باشد.

شاگرد: ولو این‌که این فرد خیلی نادر باشد

استاد: ولو خیلی نادر باشد. خب این یک، آن مطلب اوّلش.

اما در مورد استصحاب در شبهات حکمیه ما به یک معنا استصحاب در شبهات حکمیه را جاری می‌دانیم. آن بحثش را در جای خودش کردیم، آن شبهات را که قبول داریم، نه شبهۀ آقای خویی. بحث حاج آقا در مورد آن شبهه‌ای که ادلۀ اثباتی استصحاب این موارد را می‌گیرد را قبول داریم که آن ادلۀ اثباتی شرعیه این موارد را شامل نمی‌شود ولی به بنای عقلا ما اینجاها استصحاب را جاری می‌دانیم و می‌گوییم بنای عقلا در اینجور موارد هست و جایی که اینجاها به یک معنا استصحاب را جاری می‌دانیم.

شاگرد: مرحوم آقای خویی یعنی حکم را استصحاب می‌کنند؟

استاد: استصحاب را می‌کنند.

شاگرد: اگر بنای عقلا باشد تبدیل به ظن نمی‌شود؟

استاد: نه ربطی به آن ندارد. ما بحثمان این بوده که عقلا هیچ وقت فرض کنید یک امر جعلی و اعتباری مثل زوجیت به مجرد این‌که احتمال بدهند که قانون‌گذار در مورد زوجیت حقی جعل کرده باشد بگوید زوجیت از بین برود خودبخود نمی‌گویند این زوجیت از بین رفته. ملکیت شخص که وجود دارد این ملکیت همینجور بگویند خودبخود از بین می‌رود، نیاز به مسقط ندارد، نیاز به مزیل ندارد، اینها قانون عقلایی این هست که امور اعتباری تا وقتی که مسقط و مزیلش ثابت نشده باشد باقی باشند. در مورد امور اعتبار یک همچین قانون عقلایی وجود دارد، در قانون برتر به اصطلاح حقوفی، یعنی یک قانونی که حاکم بر قانون‌های دیگر، تا وقتی که ثابت نشده باشد که قانونگذار یک حقی را زایل کرده باشد آن حق باقی هست مگر این‌که از اوّل حق را قاصر جعل کرده باشد، کوتاه جعل کرده باشد. و الا حق نمی‌دانیم این حق را کوتاه جعل کرده یا طولانی جعل کرده، اصل بقای آن قانون است. حالا اجمال قضیه من نمی‌خواهم وارد تفصیل آن بحث‌ها بشوم، بحثش در جای خودش.

این است که عملاً به نظر می‌رسد که اینجا استصحاب در شبهات حکمیه جاری هست، بنابراین ما هم از جهت اطلاق مقامی مجموع ادله، هم استصحاب در شبهات حکمیه نتیجه می‌گیریم که اصل اسقاط‌پذیر نبودن، اسقاط‌ناپذیری است. اصل حکم بودن هست به اصطلاح بعضی از آقایان دیگر. خب این یک مرحله.

مرحلۀ دوم این‌که آیا قابلیت نقل دارد یا قابلیت نقل ندارد؟ آقای خویی اشاره می‌فرمایند که نه اصل این است که قابلیت نقل نداشته باشد چون باید ثابت بشود که این حق هست تا بشود آن نقل کرد. به تعبیر دیگر ادله‌ای که اوفوا بالعقود و امثال اینها ناظر به این نیست که هر عقدی را بخواهد تصحیح کند. ناظر به تصحیح کل عقود نیست و امثال اینها. بنابراین باید این‌که واجد شرایط صحت و اینهاست از جای دیگر استفاده بشود و ما قبول داریم، حالا نمی‌خواهم اینها را باز وارد تفصیلش بشوم همین بیان آقای خویی هم درست است، اوفوا بالعقود و امثال اینها نمی‌تواند اثبات حق بودن بکند در مقابل حکم بودن. باید اصل حق بودن ثابت بشود تا قابلیت انتقال ثابت بشود. از آن طرف هم اصل این‌که برای ماترک بودن هم باید اثبات بشود که این. حالا در مورد ماترک بودن یک نکته‌ای هست، آن این است که ماترک بودن دو مرحله بحث دارد. یک مرحله بحث این هست که ماترک گفتیم اصلش این است که آیا این حق قوامش به خود مکلّف هست یا قوامش به مکلّف بما هو مکلف نیست. بنابراین چون احتمال می‌دهیم قوامش به خود مکلّف باشد ما نمی‌توانیم احراز کنیم که بعد از رفتن مکلّف هنوز هم موجود است. چون احراز نمی‌شود کرد شک در موضوع داریم. یعنی شک در ارث بازگشت می‌کند به شک در موضوع استصحاب نمی‌شود کرد. بگویید شما نمی‌دانید که این حق قائم به آن شیء هست بعد ممکن است بعد از آن هم، نه اگر قائم به شخص باشد دیگر قابلیت استصحاب ندارد چون موضوعش باقی نیست. با شک در مقوّمیت شخص شک در این می‌شود که این حق بعد از مرگ موجود هست یا بعد از مرگ موجود نیست. اینجا آن چیزی که عقلاءً ما می‌گفتیم که عقلاء حق را باقی می‌دانند به شرطی که ذو الحق باشد. جایی که ذو الحق رفته ما نمی‌دانیم مربوط به این بوده یا این درش خصوصیت نداشته. مصبّ حق را نمی‌دانیم. مصبّ حق خود این بوده یا مثلاً آن مال بوده امثال اینها. اینجا دیگر نمی‌شود این را ثابت کرد که.

شاگرد: اگر باشد همان حق سابق هست یا نه؟ اگر باقی باشد همان متیقن سابق هست یا نه؟ همین کافی نیست؟

استاد: نه نه، نمی‌دانیم هست یا نیست. یعنی بالأخره اگر وجود. در واقع ما نمی‌دانیم که آن حق قبلی، این نکته را هم در نظر بگیرید ببینید این‌که ما می‌گوییم ماترک باید مالک ترک کرده باشد آیا، ولش کنید، نحوۀ عبارت‌پردازی‌اش. بحث سر این هست که آیا این حق قوامش به شخص هست، با رفتن شخص این حق می‌رود؟ یا قوامش به شخص نیست با رفتن این حق نمی‌رود. این حق اینجور نیست که اگر شخص، این احتمال دارد که این حق با رفتن شخص رفته باشد، احتمال هم دارد با رفتن شخص نرفته باشد، بلکه به ورثه منتقل شده باشد. اینجور نیست که یک پا در هوا این وسط موجود باشد بگوییم این حقی که پا در هوا موجود است آن به ورثه می‌رسد. این را در نظر بگیرید. یعنی ما در واقع نمی‌دانیم این قوامش به خود شخص بوده است تا ماترک صدق نکند. یا قوامش به شخص نبوده است تا ماترک صدق کند. ماترک که صدق می‌کند نه این‌که یک حق بالفعل متحقق می‌شود. ماترک یعنی آن چیزی که، ماترک یعنی یک حقی هست که به جای دیگری، مصبّش جای دیگر است. یعنی یک حقی هست که روی مصبّ دیگری رفته. ما نمی‌دانیم مصبّش خود شخص بوده است یا مصبّش مثل عقد بوده است. و ما استصحاب نمی‌تواند مصبّ تعیین کند. ما نمی‌دانیم فرض کنید این تعبیری که در مورد خیار از شهید اوّل خواندم. شهید اوّل می‌فرمود خیار متعلِّق به عقد است و تا عقد هست خیار هم هست. پس با رفتن ذو الخیار و مرگ ذو الخیار، خیار از بین نمی‌رود چون این حق قوامش به عقد است. و عقد با مرگ ذو الخیار از بین نمی‌رود. خب بحث سر این است که ما شک داریم که آیا مصبّ این خیار خود ذو الخیار است؟ یا مصبّشان عقد است؟ قانونی نداریم تعیین کند مصبّش کجاست. و تا ثابت نشده باشد که مصبّش جای دیگری هست ما نمی‌توانیم اثبات کنیم که این حق هنوز باقی هست یا باقی نیست. الا ان یقال که ما در واقع اینجا بگویید شما یک کلی مثل قسم ثانی اجرا کنید. بگویید که آن حق ما می‌دانیم یک حقی اینجا موجود بوده. نمی‌دانیم این حق وابسته به خود شخص بوده است یا وابستۀ به آن غیر بوده است. در نتیجه این حق مردد بین قصیر المدة و طویل المدة بوده است. اگر این حق وابستۀ به خود شخص بوده است قصیر المدة است. وابستۀ به دیگری باشد طویل المدة است. استصحاب کلی حق را بکنیم. پاسخ مطلب این هست که این اثر مال کلی نیست، اثر مال آن فرد طویل است. و ما استصحاب کلی بخواهیم وجود فرد طویل را اثبات کنیم مثبت است. اثر مال این هست که باید اثبات بشود که این حق به دیگری وابسته است و این را شما نمی‌توانید اثبات کنید که این حق قوامش به فرد وابسته نیست به دیگری وابسته است. پس بنابراین نتیجۀ همۀ این بحث‌ها این می‌شود که شک هم بکنیم بر این‌که ارث بردار هست یا ارث بردار نیست اصل این است که ارث برده نشود. همچنین اگر شک کردیم نقل‌پذیر هست یا نقل‌پذیر نیست اصل این است که نقل‌پذیر نباشد. نتیجۀ همۀ حرف‌ها این است که اصل در همۀ موارد حکم بودن است. هم نسبت به اسقاط‌پذیری، نقل‌پذیری، انتقال‌پذیری. اصل حکمی بودن است. حق بودن نیاز به دلیل اثباتی دارد. این همان تأسیس اصل.

اما حالا ببینیم از ادله چیزی بر خلاف این اصل استفاده می‌شود یا نمی‌شود؟ روایاتی که ما داریم از همه‌شان می‌گوید که یجوز مارّه از آن حق بخورد. هیچ عبارت خاصی درش وجود ندارد که ازش بشود فهمید که این حق است، حکم است، آیا ملاکش نسبت به ما بعد اسقاط هست، نیست؟ یک چیز خاص شاید عقلایی هم برای این‌که تعیین بشود که وابسته به خودش هست نیست هم اینها، فی الجمله شاید نباشد حالا یک نکته‌ای هست که بعداً هم عرض می‌کنم. تنها روایتی که این وسط ممکن است بشود بهش استدلال کرد و کردند. به آن استدلال کردند برای حق بودن، مرسلۀ محمد بن مروان هست. در مرسلۀ محمد بن مروان یک بار دیگر این مرسله را من بخوانم

«عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَرْوَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام 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.»

یک نکته اینجا من بگویم در بعضی از عبارت‌ها علما دارند که فی بعض، زاد فی بعض طرقه، در این عبارت بحوث فقهیة للشیخ حسین حلی دارد و زاد فی بعض طرقه جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ التُّجَّارَ قَدِ اشْتَرَوْهَا وَ نَقَدُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ قَالَ اشْتَرَوْا مَا لَيْسَ لَهُمْ.

نه این «إِنَّ التُّجَّارَ قَدِ اشْتَرَوْهَا وَ نَقَدُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ قَالَ اشْتَرَوْا مَا لَيْسَ لَهُمْ» این در همۀ طرقش است. یک عبارت قبل از آن دارد آن عبارت اختلافی است که در بعضی از نقل‌ها هست در بعضی از نقل‌ها نیست. و الا این عبارت محل استناد در همۀ نقل‌های، سه تا نقل این روایت در هر سه نقلش در سه جای تهذیب شده، در هر سه جای تهذیب این تکۀ اخیر هست. آن تکۀ وسطی مورد اختلاف بین نقل هست. اینجا هم اشاره کرده، آن تکۀ وسطی قلتُ فانهم قد اشتروها قال کل و لا تحمل. آن در بعضی از نقل‌ها نیست که ما هم استظهار کردیم افتادگی دارد. حالا غیر از آن بحث استظهار و افتادگی که دارد اصلاً آن تکۀ مورد بحث ما، تکۀ اتفاقی این نقل‌هاست.

خب این اشتروا ما لیس لهم بهش استناد شده برای این‌که این حق است. اینجا، این تکه را یک عبارتی مرحوم آقای خوانساری در جامع المدارک از این عبارت استفاده کرده است حق بودن را، عبارتشان این است کما انه. بحث سر این است که آیا در صورت نهی مالک یا عدم العلم بنهیها آیا حق المارّة ثابت است یا ثابت نیست، ایشان می‌گوید کما انّ مقتضی اطلاقها عدم الفرق بین صورة نهی المالک و عدم العلم بنهیها و لعلّه یشیر الیه ما فی المرسل قال اشتروا ما لیس لهم حیث یستفاد منه انّه حقٌّ ثابتٌ من قبل الشارع نظیر الزکاة و الخمس المتعلّقین بالاموال من دون مدخلیةٍ لاذن المالک و رضاه. جامع المدارک، جلد ۳، صفحۀ ۲۸۸.

مرحوم شیخ حسین حلّی در بحوثٌ فقهیة به یک تناسبی یک بحثی ایشان دارد در بحوث فقهی در مورد این‌که آیا خانه‌هایی که مثلاً خراب می‌شود در خیابان افتاده می‌شود از این خیابان‌ها می‌شود عبور کرد یا نمی‌شود عبور کرد به تناسب آن بحث، این بحث را مطرح کرده که در زمین‌های بزرگی که بوده حق العبور وجود دارد، بعد به تناسب آن حق العبور در اراضی واسعه حق المارّة را هم ضمیمه کرده و خواسته از آنجا پل بزند برای استفادۀ آن بحثی که آیا می‌شود از آنها استفاده کرد که حق العبور در این زمین‌های جدید اثبات می‌شود یا نمی‌شود، البته قبول نکرده که از آنها بشود این حکم را استفاده کرد. ولی در ضمن این بحث‌ها آن بحث را به عنوان مقدمه‌چینی برای آن بحث دنبال کرده. اینجا بعد روایت‌های حق المارّه را اینجا آورده و این عبارتش را می‌خوانم.

«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.»

بعد دوباره ادامه می‌دهد می‌گوید کلّ هذه، روایت‌های دیگری را هم ذکر می‌کند می‌گوید: «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»

در بعضی روایت‌ها دارد حیط علیه او لم یحط، ایشان حیط علیه او لم یحط را اینجور معنا می‌کند مالک راضی باشد یا مالک راضی نباشد. که ما گفتیم به این معنا نیست، را بعداً بحثش را کردیم که آن، از آن قیدش نمی‌شود این مطلبی که ایشان استفاده می‌کند استفاده کرد.

حالا من فعلاً بحثم روی این جهتش نیست.

بعد می‌گوید: «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.»

بعد می‌گوید از این نمی‌شود در آن مسأله استفاده کرد. از این‌که از اینجا بخواهیم پل بزنیم به آن مطلب درست نیست و وارد بحث خودشان می‌شود. بحوث فقهیة، للشیخ حسین الحلی، صفحۀ ۲۴۶. این این مطلب.

شبیه همین هم در حدائق قبل از اینها در حدائق وارد شده. حدائق، جلد ۱۸، صفحۀ ۲۹۳، ایشان اتفاقاً در همین بحث این‌که آیا ظن به کراهت مالک مضر هست یا مضر نیست می‌گوید که در مقام می‌گوید ۳ تا شرط قطعی در کلمات اصحاب ذکر شده، برای جواز اکل مارّة، زاد بعض الاصحاب علی شروط جواز اکل المارّة رابعاً، رابع را بحث می‌کند: «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.» حدائق، جلد ۱۸، صفحۀ ۲۹۳.

خب این یک استدلال.

استدلال دیگری در مستند دارد.

شاگرد: این منشاء استدلال را می‌فرمایید چجوری است اصلش؟

استاد: حالا من بحث می‌کنم، حالا من فعلاً کلمات آقایان را چیز می‌کنم ما این را بحث.

مرحوم صاحب مستند، مرحوم نراقی بالاتر از این اصلاً ادعا می‌کند، می‌گوید اصلاً ملک افراد نیست. ایشان می‌گوید مقدار قدر حق المارّة، آن مقداری که مارّة می‌خورد ملک صاحبش اصلاً نیست. ملک صاحبش نیست. این را چند بار تأکید می‌کند و با عبارت‌های خیلی روشنی که می‌خواهد بگوید از ملک خارج است. حالا من عبارت‌ها را امروز می‌خوانم، فردا هم توضیح می‌دهم در مورد کلام ایشان که ایشان چی می‌خواهد بگوید، و هم نحوۀ استدلال ایشان و نحوۀ استدلال ذو الحق‌ها را، آنهایی که حق از این عبارت استفاده کردند را چیز می‌کنم و بعد عرض می‌کنم. این مطلبی که ایشان در مستند دارد قبل از ایشان در لابلای فرمایشی در ملاذ الاخیار، جلد ۱۱، صفحۀ ۸۴ هم وارد شده، آن را هم فردا می‌خوانم. حالا بگذارید عبارت مستند را من امروز بخوانم.

در مستند دارد می‌گوید: «بل يدلّ قوله في رواية محمّد بن مروان: «اشتروا ما ليس لهم» أنّ قدر حقّ المارّة ليس ملكا للصاحب.» مستند الشیعة، جلد ۱۵، صفحۀ ۵۱. این یک مطلب.

بعد از آن، ایشان یک عبارت دیگری دارد، بحث می‌کند که این روایاتی که اجازۀ حق المارّة داده حد تعیین نکرده و هر مقداری که اشخاص بخورند، بخورند ازش استفاده می‌شود، بعد می‌گوید این خلاف اجماع است. حالا باید چه کار بکنیم وارد آن بحث‌ها می‌شود که آیا افسادی که در روایات هست به چه معناست و آن بحث مفصلی را کرده.

در ضمن آن بحث این عبارت دارد می‌گوید: «الرخصة في الأكل في أخبار الجواز غير محدودة بحدّ معيّن،

بل هي مطلقة.

و إبقاؤها على الإطلاق» که هر کس هر مقدار، بعد توضیح می‌دهد که هر کسی هر مقدار بخورد، بخورد «خلاف الإجماع، بل الضرورة الفقهیة، سيّما على ما في رواية محمّد بن مروان من قوله: «اشتروا ما ليس لهم»، فإنّه على ذلك لا يكون مالهم معيّنا» مال ارباب ملک اصلاً معین نیست، نامعین است. «بل لا يكون مال؛» اصلاً ممکن است مال نباشد «لاحتمال مرور جماعة تأكل الجميع.» مستند الشیعة، جلد ۱۵، صفحۀ ۵۲.

حالا اینجا مرحوم، اصلاً اشتروا ما لیس لهم یعنی چی؟ مرحوم علامۀ مجلسی در ملاذ الاخیار یک سری احتمال ذکر کرده. بعضی از احتمالات اصلاً بحث را به یک مسیر دیگری می‌کشد. ما حالا فردا کلام مرحوم علامۀ مجلسی را من آدرسش را دادم ملاحظه بفرمایید فردا آن را نقل می‌کنم. و این‌که آیا این استدلال درست هست، اصل استدلال را تقریب بکنیم، بعد پاسخ این استدلال را، اگر درست هست درست نیست و از این عبارت ملک بودن استفاده می‌شود یا حق بودن استفاده می‌شود، یا اصلاً هیچکدام از آنها استفاده نمی‌شود این را فردا در موردش صحبت می‌کنیم.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان