



## تقریرات درس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرس طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه پنجم؛ شنبه ۱۳۹۲/۷/۶

### امکان وقوع عمل حُرّ به عنوان ثمن حتّی بنا بر مبنای عدم مالیت آن قبل از معاوضه

مرحوم شیخ امکان وقوع عمل حُرّ به عنوان ثمن را منوط به مالیت آن قبل از معاوضه کرد، در حالی که به نظر می آید حتّی بنا بر مبنای عدم مالیت عمل حُرّ قبل از معاوضه - چنان که ما اختیار کردیم - مشکلی وجود ندارد که عمل حُرّ بتواند ثمن واقع شود و در این مسأله به جز افرادی معدود، کسی خلاف نکرده است.

نکته‌ی آن این است که در بیع لازم نیست ثمن قبل از معاوضه مال باشد، بلکه اگر به نفس بیع هم مالیت پیدا کند کفایت می‌کند و اشکالات عقلی و فلسفی که بعضی در این جا مطرح کرده‌اند وارد نیست؛ چون این مباحث، مباحث تکوینی نیست، بلکه اعتبارات عرفی است و همین که عرف کافی ببیند به نفس بیع - به خاطر تعهدی که صاحب عمل می‌دهد و عمل وجود تقدیری پیدا می‌کند - مالیت پیدا می‌کند دیگر مشکلی ندارد و می‌تواند ثمن واقع شود. بنابراین برای رفع این اشکال احتیاجی به طرح نظریه «عدم لزوم مال بودن ثمن در بیع» نیست. بلکه طبق تعریف فئومی در المصباح المنیر در تعریف بیع که «مبادلة مال بمال» است و عوضین باید مال باشد نیز می‌توان پاسخ داد. البته در مورد لزوم یا عدم لزوم مال بودن ثمن و حتّی مثنی در آینده بحث خواهیم کرد ان شاء الله.

### آیا حقوق می‌تواند ثمن واقع شود؟

مرحوم شیخ رحمته الله بعد از بیان این که منافع می‌تواند ثمن واقع شود و در میان منافع، عمل حُرّ را

بالخصوص مورد بررسی قرار دادند که آیا می‌تواند ثمن واقع شود یا خیر وارد این بحث می‌شوند که آیا حقوق نیز می‌تواند ثمن واقع شود یا خیر؟

مرحوم شیخ رحمته الله قبل از ارائه‌ی تعریفی از حق و تفاوت آن با ملک و حکم و واگذاری آن به ارتکاز قارئین، تقسیماتی برای حقوق بیان می‌فرماید که در ضمن بیان مطلب و احکام اقسام، نظر مبارک شیخ در تعریف حق نیز استفاده می‌شود.

### تقسیمات حقوق در نظر مرحوم شیخ رحمته الله

#### قسم اول<sup>۱</sup> (حقوق غیر قابل معاوضه با مال)

در این که دقیقاً مراد شیخ رحمته الله از این قسم کدام است ابهام وجود دارد. ظاهر کلام به قرینه‌ی تعریف قسم دوم به «حقوق غیر قابل انتقال» آن است که این قسم از حقوق، قابل معاوضه بوده ولی قابل معاوضه به مال نیست.<sup>۲</sup>

مثالی که برای این قسم ذکر می‌فرماید حق حضانت و حق ولایت است.

حضانت حقی است نسبت به [حفظ]، تربیت و رسیدگی به فرزند که در وهله‌ی اول حق مادر است تا مدتی - که در آن اختلاف است آیا تا دو سالگی فرزند است یا تا هفت سالگی یا تا دو سالگی پسر و هفت سالگی دختر؟ - آن‌گاه حق پدر است و در بعضی شرائط به دیگران نیز منتقل می‌شود.<sup>۳</sup>

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۸:

و أمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضة بالمال كحقّ الحضانة والولاية فلا إشكال.

۲. نهج الفقاهة (للسید الحکیم)، ص ۹:

الظاهر بقرينة المقابلة لما بعده كون عدم قبوله المعاوضة ولو بنحو يستتبع السقوط وحينئذ فلا بد أن يكون عدم قبوله لذلك من جهة عدم كونه ما لا عند العقلاء، و حينئذ فعدم صلاحيته لأن يكون عوضاً في البيع ظاهر، إذ لا بد في العوض أن يكون بحيث يصح بذل المال بإزائه لئلا يكون أكل المعوض أكلاً للمال بالباطل من دون فرق بين الحق وغيره.

✓ حاشیة کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۱، ص ۵۳:

المقابلة بين عدم قبول الحق للمعاوضة عليه و عدم قبوله للنقل، باعتبار أنه و إن لم يقبل النقل، لكنه ينتفع بسقوطه عنه كحق الخيار و حق الشفعة، في قبال ما لا ينتفع بسقوطه لعدم قبوله له كحق الولاية.

۳. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۱۲:

مسألة ۱۶: الأم أحق بحضانة الولد و تربيته و ما يتعلق بها من مصلحة حفظه مدة الرضاع أي الحولين؛ إذا كانت حرة مسلمة عاقلة، ذكراً كان أو أنثى، سواء أرضعته هي بنفسها أو غيرها، فلا يجوز للأب أن يأخذ في هذه المدة منها و إن فطمته على الأحوط، فإذا انقضت مدة الرضاع فالأب أحق بالذكر و الأم بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين من عمرها ثم يكون الأب أحق بها، و إن فارق الأم بفسخ أو طلاق قبل أن تبلغ سبع

ولایت حقی غیر از حضانت<sup>۱</sup> است که پدر بر فرزند و جد پدری بر نوه دارد. ولایتی نیز که حاکم شرع در محدوده‌ی ولایت خود دارد از قسم دوم است. به هر حال برخی هم گفته‌اند مقصود شیخ رحمته از این قسم از حقوق یعنی حقوقی که حق اسقاط بر نمی‌دارد.

### بررسی قسم اول

کبرای این کلام که می‌توان حقوقی را تصور کرد که قابل معاوضه باشد اما قابل معاوضه به مال نباشد قابل تصدیق است، اما این‌که این دو مثال - خصوصاً ولایت - مصداق آن بوده و در نتیجه قابل معاوضه بدون مال باشد مناقشه وجود دارد؛ مثلاً پدر نمی‌تواند ولایت خود را به دیگری منتقل کند؛ فقط می‌تواند در ولایتش وکیل اتخاذ کند یا وصی برای بعد از مرگش قرار دهد اما نمی‌تواند ولایت را از خود سلب کرده به دیگری منتقل کند به نحو مجانی یا غیر مجانی.

بعید نیست حضانت نیز این چنین بوده و قابل انتقال نباشد. بله، مادر ظاهراً می‌تواند از حق حضانت خود صرف نظر کند که در این صورت [قهرماً] نوبت به حضانت پدر می‌رسد، ولی این غیر از آن است که بتواند حق حضانت خود را به دیگران منتقل کند و اگر مقصود از این قسم حقوق در کلام شیخ، حقوقی باشد که حتی نمی‌توان آن را اسقاط کرد نسبت به ولایت این چنین است، اما نسبت به حق حضانت اشاره شد که چنین نیست.

### قسم دوم (حقوق غیر قابل انتقال)

مرحوم شیخ رحمته می‌فرماید<sup>۲</sup>: قسم دوم حقوقی است که اصلاً قابل انتقال اختیاریاً نیست؛ مانند حق شُفَعه و

---

سنین لم یسقط حقها ما لم تتزوج بالغير، فلو تزوجت سقط حقها. عن الذکر والأنتی و كانت الحضانة للأب، و لو فارقتها الثانی لا یبعد عود حقها، و الأحوط التصالح و التسالم.

مسألة ۱۷: لو مات الأب بعد انتقال الحضانة إليه أو قبله كانت الأم أحق بحضانة الولد - و إن كانت مزوجة ذكراً كان أو أنثى - من وصی أیبه، و كذا من باقی أقرابه حتی أبی أیبه و أمه فضلاً عن غیرهما، كما أنه لو ماتت الأم فی زمن حضانتها فالأب أحق بها من غیره، و إن فقد الأبوان فهی لأب الأب، و إذا عدم و لم یکن وصی له و لا للأب فلاقارب الولد علی ترتیب مراتب الإرث، الأقرب منهم یمنع الأبعد، و مع التعدد و التساوی فی المرتبة و التشاح أقرع بینهم، و إذا وجد وصی لأحدهما ففی کون الأمر كذلك أو کونها للوصی ثم إلى الأقراب و جهان لا یترک الاحتیاط بالتصالح و التسالم.

۱. حضانت فرزند تا دو سالگی یا هفت سالگی فرزند حق مادر است، اما ولایت از همان ابتداء حق پدر و جد پدری است، به عنوان مثال اگر کسی پولی به فرزند دهد فرزند مالک نمی‌شود، مگر این‌که پدر آن را قبول کند. اما تربیت و نگه‌داری فرزند حق مادر است.

۲. کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، ج ۳، ص ۹:

حق خیار.<sup>۱</sup> چنین حقوقی نیز نمی‌تواند به عنوان ثمن واقع شود؛ چرا که حقیقت بیع تملیک غیر است و چیزی که قابلیت تملیک و تملک و انتقال به دیگری نداشته باشد نمی‌تواند به عنوان ثمن در بیع واقع شود. بهتر بود مرحوم شیخ در مقام استدلال بر مدعای خود به جای تعبیر «تملیک الغیر» در تعریف بیع، «تملیک در مقابل تملیک»، یا «تملیک معوض و تملک عوض» تعبیر می‌کردند؛ چرا که در بیع به نظر ایشان، بایع مثنی را تملیک مشتری می‌کند و ثمن را از مشتری تملک می‌کند؛ گر چه ما گفتیم بیع اعم از تملیک و تملک است و مثلاً اگر حق، ثمن واقع شده و به بایع منتقل شود به نحو حق منتقل می‌شود؛ یعنی بایع ذوالحق می‌شود نه مالک؛ چون حق و ملک بنا بر مشهور قسیم یکدیگر بوده و با هم تفاوت دارند.

### شبهه‌ی صاحب جواهر رحمته‌الله مبنی بر صحت بیع ما لا یقبل التملک

صاحب جواهر رحمته‌الله بر این کلام که «در بیع تملیک و تملک لازم است و هر چیزی که قابل تملک نباشد بیع بر آن واقع نمی‌شود» اشکال کرده و فرموده است: لازمه‌ی این کلام آن است که بیع الدین علی من هو علیه جایز نباشد؛ یعنی اگر کسی به دیگری بدهکار و ذمه‌اش مشغول بود نتواند ذمه‌اش را از وی خریداری کند؛ چون کسی نمی‌تواند ذمه‌ی خود را تملک کند - و إلا لازمه‌اش آن است که هر کسی بتواند بی شمار ملک در ذمه‌ی خود داشته باشد - در حالی که چنین بیعی صحیح است و این کاشف از آن است که در بیع، قابلیت تملک و انتقال لازم نیست. بنابراین این استدلال بر عدم امکان ثمن واقع شدن حقوق غیر قابل انتقال - مانند حق شفعه و حق خیار - تمام نیست و همان‌طور که بیع الدین علی من هو علیه صحیح است حق شفعه و خیار نیز می‌تواند به عنوان ثمن واقع شود.<sup>۲</sup>

---

و کذا لو لم تقبل النقل، کحق الشفعة، و حق الخیار؛ لأنَّ البیع تملیک الغیر.

۱. البته مراد مرحوم شیخ از عدم انتقال حق خیار، انتقال اختیاری است و إلا انتقال قهری به ارث - خود شیخ بعداً تصریح می‌کنند - واقع

می‌شود.

۲. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۰۹:

و عن بعض المتأخرین اعتبار عینیة العوضین، و هو وهم نشأ من قولهم: البیع لنقل الأعیان، و لیس المراد به علی العموم بل خصوص المعوض، کقولهم فی الإجارة لنقل المنافع نعم فی شرح الأستاذ اعتبار عدم کونه حقاً مع أنه لا یخلو من منع لما عرفته من الإطلاق المزبور المقتضی لکونه کالصلح الذی لا إشکال فی وقوعه علی الحقوق، فلا یبعد صحة وقوعها ثمناً فی البیع و غیره، من غیر فرق بین اقتضاء ذلک سقوطها کبیع العین بحق الخیار و الشفعة علی معنی سقوطهما، و بین اقتضائه نقلها کحق التحجیر و نحوه، و کان نظره رحمه الله فی المنع إلی الأول باعتبار معلومیة کون البیع من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح، و فیه أن بیع الدین علی من هو علیه لا یریب فی اقتضائه حیثئذ الإسقاط و لو باعتبار أن الإنسان لا یملک علی نفسه ما یملکه غیره علیه، الذی بعینه یقرر فی نحو حق الخیار و الشفعة، و الله أعلم.

## پاسخ مرحوم شیخ رحمته الله به شبهه‌ی صاحب جواهر رحمته الله

مرحوم شیخ رحمته الله می‌فرماید: انتقاض صاحب جواهر وارد نیست؛<sup>۱</sup> زیرا مانعی ندارد «بیع الدین علی من هو علیه» از باب تملک و انتقال باشد؛ به خلاف بیع حق شُفَعَه به شریک و حق خیار به من علیه الخیار؛ زیرا «بیع الدین علی من هو علیه» مربوط به ملک است و ملک اضافه‌ی بین مالک و مملوک است و احتیاجی به عنوان «من یملک علیه» ندارد تا تحقق آن در جایی که مالک و «من یملک علیه» اتحاد دارند محال باشد؛ به خلاف «حق» که سلطنت<sup>۲</sup> است و در سلطنت علاوه بر سلطان (مُسلِّط)، مُسلَّطٌ علیه هم نیاز است؛ یعنی «سلطنت» تضایفی است که قوام آن به طرفین است و نمی‌تواند قائم به شخص واحد باشد؛ زیرا معقول نیست کسی سلطنت بر خود داشته باشد.

بنابراین نمی‌توان حق شُفَعَه را به شریک و حق خیار را به من علیه الخیار فروخت؛ زیرا اتحاد سلطان و مُسلَّطٌ علیه لازم می‌آید که محال است به خلاف بیع الدین علی من هو علیه که چنین اتحاد محالی لازم نمی‌آید؛ زیرا در ملک «من یملک علیه» وجود ندارد، لذا بیع صحیح است. البتّه ملکیتی که برای «من علیه الدین» حاصل می‌شود فقط به نحو حدوثی است؛ یعنی آن‌اُمّا مالک ذمّه‌ی خودش می‌شود که نتیجه‌ی آن سقوط از ذمّه است.

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی

---

۱. کتاب المکاسب (ط - الحدیث)، ج ۳، ص ۹:

و لا ینتقض بیع الدین علی من هو علیه؛ لانه لا مانع من کونه تملیکاً فیسقط؛ و لذا جعل الشہید فی قواعدہ «الإبراء» مردداً بین الإسقاط و التملیک.

و الحاصل: انه یعقل أن یکون مالکاً لما فی ذمته فیؤثر تملیکه السقوط، و لا یعقل أن یتسلط علی نفسه. و السر: أن هذا الحق سلطنة فعلیة لا یعقل قیام طرفیها بشخص واحد، بخلاف الملک، فإنها نسبة بین المالك و المملوک، و لا یحتاج إلى من یملک علیه حتی یستحیل اتحاد المالك و المملوک علیه، فافهم.

۲. از این جا معلوم می‌شود جناب شیخ رحمته الله، حق را نوعی سلطنت می‌دانند.