



## تقریرات درس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه‌ی شانزدهم؛ سه‌شنبه ۱۳۹۲/۷/۳۰

### تمسک به عمومات و اطلاقات برای اثبات قابلیت نقل

اگر حقی که جعل شده به گونه‌ای باشد که عقلاء هم آن حق را در میان خود می‌پذیرند، مثل حق تحجیر که اگر شخصی زمینی را مقدمهً للإحیاء تحجیر کند، عرف و عقلاء او را اُحق از دیگران به احیاء می‌دانند و یا مانند این که بایع یا مشتری توسط شرط برای خود حق فسخ قرار بدهد یا مانند خیار غبن که عقلاء آن‌ها را می‌پذیرند، اگر شک کردیم این حقوق بوسیله‌ی یکی از نواقل مانند بیع، هبه، صلح و ... قابل انتقال است یا نیست در این صورت اگر منع تبعدی از نقل و انتقال وجود داشت یا عرف شخص یا عنوان را مقوم می‌دانست، حق قابلیت انتقال را ندارد، مانند حق ولایت که برای مجتهد عادل جعل شده و این عنوان مقوم ولایت است و مجتهد نمی‌تواند ولایت را منتقل به غیر کند. بلکه حاکم می‌تواند حقوقی را برای دیگری جعل کند اما حق ولایت را نمی‌تواند منتقل کند، هم‌چنین مثل وصایت که قوامش به وصی است و وصی نمی‌تواند این حق را منتقل به غیر کند.

اما در صورتی که دلیل تبعدی بر عدم جواز انتقال وجود نداشت و عرف نیز شخص یا عنوان را مقوم نمی‌دانست، بعد از ثبوت انتقال عرفاً، حکم شک در جواز انتقال و اسقاط شرعاً چیست؟

در مورد حکم این صورت بین اعلام اختلاف شده است. سید یزدی رحمته‌الله با تمسک به عمومات قائل به جواز انتقال شده است شرعاً. محقق اصفهانی رحمته‌الله هم با این که فرموده قول سید معروف است<sup>۱</sup>، ولی کلام

۱. رساله فی تحقیق الحق و الحکم، ص ۵۰:

و إن كان منشأ الشك مع القطع بكونه حقا احتمال كونه سنخ حق له الإبراء عن الاسقاط و النقل و الانتقال - كحق الولاية - فالمعروف أنه مع

سید را رد کرده و اشکالاتی بر آن وارد کرده است. سید خوی رحمته هم ظاهراً اشکال محقق اصفهانی بر سید یزدی را پذیرفته، اما در مقابل حضرت امام رحمته از سید یزدی دفاع کرده و اشکال محقق اصفهانی و سید خوی رحمته را پاسخ داده است، گرچه خود بعداً اشکال دیگری را وارد کرده‌اند. بنابراین باید کلام این بزرگان را بررسی کنیم.

### استدلال سید یزدی رحمته بر اثبات جواز انتقال حق عند الشک

سید یزدی رحمته می‌فرماید: اگر حقی قابلیت نقل و انتقال عرفی را داشت، اما شک کردیم که شرع این نقل و انتقال را امضاء کرده و به تعبیر دیگر در قابلیت شرعی انتقال شک کردیم، به شرط این‌که عرف عنوان یا شخص را مقوم نداند و منع تعبدی هم وارد نشده باشد، می‌توان با تمسک به عمومات مانند **«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»**<sup>۱</sup>، **«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»**<sup>۲</sup>، **«تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ»**<sup>۳</sup>، **«الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ»**<sup>۴</sup>، **«الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»**<sup>۵</sup> و ... قابلیت انتقال شرعی را اثبات کرد؛ مثلاً اگر عرف حق تحجیر را قابل انتقال به بیع، هبه،

إحراز القابلية عرفاً يتمسك بإطلاق دليل الصلح، لنفوذ الصلح على سقوطه ونقله، أو بعموم أدلة الإرث لانتقاله، وليس من التمسك بعموم العام في الشبهة المصداقية.

۱. سوره‌ی مائده، آیه‌ی ۱: **«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أَحَلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلَى الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ»**

۲. سوره‌ی بقره، آیه‌ی ۲۷۵: **«الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ»**

۳. سوره‌ی نساء، آیه‌ی ۲۹: **«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»**

۴. **وسائل الشيعه، ج ۱۸، كتاب الصلح، باب ۳، ح ۱، ص ۴۴۳ و الكافي، ج ۵، ص ۲۵۹:**  
**مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ الْبُخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ**  
 ✓ همان، ح ۲ و من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۳۲:

**مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله: النَّبِيَّةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صَلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا.**

۵. همان، ج ۲۱، كتاب النكاح، أبواب المهور، باب ۲۰، ح ۴، ص ۲۷۶ و تهذيب الاحكام، ج ۷، ص ۳۷۱  
**وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ] عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُنْصُورِ بُرْجٍ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ عليه السلام قَالَ: قُلْتُ لَهُ: إِنْ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فِي التَّرْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ؟ فَقَالَ: بِنَسِّ مَا صَنَعَ وَمَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَقَعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلَيْفَ لِلْمَرْأَةِ**

صلح و ... بداند و ما شک کنیم آیا قابل انتقال شرعی است یا نه، از آن جایی که مفاهیمی مانند بیع، صلح، هبه و ... حقیقت شرعیه ندارند - همان‌طور که مرحوم شیخ هم تصریح فرمودند - و شارع همان معنای عرفی دارج و سائر بین عقلاء را امضاء کرده و نهایت این‌که بعض افراد را تخصیص زده یا بعض شروط را به آن اضافه کرده است - مثلاً فرموده بیع ربوی باطل است، بیع غرری باطل است و ... - اگر شک کردیم موردی از تحت اطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» و ... خارج شده است، به اطلاق تمسک کرده و می‌گوییم هر عقد عرفی، هر بیع عرفی، هر تجارَةً عن تراض عرفی و ... مورد امضاء شارع قرار گرفته است. در نتیجه کشف می‌شود که قابلیت انتقال شرعی هم وجود دارد و نقل و انتقال این حقوق بلامانع است.

### شبهه و دفع آن

مرحوم سید در این جا دفع دخل مقدر کرده و می‌گوید: اگر کسی شبهه کند و بگوید قاعده‌ی معروف «إِنَّ الْعُمُومَاتِ لَا تَثْبِتُ الْقَابِلِيَّاتِ» کلام شما را نقض می‌کند؛ چراکه طبق این قاعده برای اثبات قابلیت چیزی، نمی‌توان به عمومات تمسک کرد، بنابراین اگر شک کردیم حقی قابلیت انتقال را دارد، نمی‌توان با تمسک به عمومات و اطلاقات اثبات قابلیت انتقال را کرد. نظیر این‌که اگر شک کردیم طفلی قابلیت ایجاب و قبول را دارد، نمی‌توان با تمسک به عمومات، قابلیت او را برای ایجاب و قبول اثبات کرد.

**در جواب می‌گوییم:** این قاعده مربوط به صورتی است که شک در قابلیت عرفی داشته باشیم و بخواهیم با تمسک به عمومات قابلیت عرفی را اثبات کنیم، اما اگر قابلیت عرفی محرز بود و سایر شرایط اعم از شروط متعاقدین، شروط عوضین و ... تمام بود - مثلاً طفل ممیز بود که عرفاً قابلیت ایجاب و قبول را دارد یا مثل حق تحجیر که عرف می‌گوید قابلیت انتقال را دارد - و شک ما فقط در قابلیت شرعی بود، با تمسک به عمومات و اطلاقات می‌توان امضاء شرع را اثبات کرد.<sup>۱</sup>

بَشْرُطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ.

و رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَرِيْعٍ عَنْ مَنْصُورِ بَرْزَجٍ نَحْوَهُ

۱. حاشیة المکاسب (للزیدی)؛ ج ۱، ص: ۵۶

نعم مع الشک فی إحرار القابلیة العرفیة بحيث یرجع إلى الشک فی صدقها لا یمکن التمسک بها و من ذلك ظهر أن ما یقال إن العمومات لا تثبت القابلیات مدفوع بأن ذلك إذا کان الشک فی القابلیة العرفیة و فی المقام الشک إنما هو فی القابلیة الشرعیة و شأن العمومات إثباتها.

## اشکال محقق اصفهانی و سید خویی بر کلام سید یزدی رحمتهما

محقق اصفهانی رحمتهما بعد از این که عبارت سید یزدی را به طور خلاصه نقل به معنا می کند، در رد کلام ایشان می فرماید:

ادله‌ی معاملات مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و سایر عمومات و اطلاقات در مقام تنفیذ شرعی اسباب عرفیه‌ی معاملات است مطلقاً؛ یعنی بعد از این که جواز انتقال را احراز کردیم، و شک کردیم آیا این انتقال با بیع، صلح، هبه و امثال آن محقق می شود یا نه، با تمسک به «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، «الصَّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» و ... می گوییم این انتقال توسط بیع، صلح، هبه و ... هم محقق می شود. به عبارت دیگر این عمومات و اطلاقات حیثی هستند؛ یعنی بیان می کنند بیع، صلح، هبه و امثال آن مربوط به مورد خاصی نیست بلکه هر چیزی بعد از این که قابلیت انتقال را داشت، به وسیله‌ی این عقود می تواند منتقل شود.

اما اگر شک در قابلیت داشتیم - اعم از قابلیت عرفی و شرعی - با تمسک به این عمومات نمی توانیم قابلیت را اثبات کنیم؛ زیرا احل الله البيع، تجارة عن تراض و ... از حیث قابلیت و عدم قابلیت در مقام بیان نیستند.<sup>۱</sup> بنابراین در ما نحن فیه که قابلیت شرعی مشکوک است، نمی توان برای اثبات آن به عمومات تمسک کرد.

مرحوم سید خویی رحمتهما هم ظاهراً در مصباح الفقاهه از کلام محقق اصفهانی رحمتهما دفاع کرده و می گوید:

۱. رسالته فی تحقیق الحق و الحكم، ص ۵۰:

بقي الكلام: فيما إذا شك في القبول للإسقاط و النقل و الانتقال، فإن كان منشأ الشك احتمال كونه حكماً فلا مناص من الرجوع إلى الأصول دون العموم، لأن موضوعه الحق و هو مورد الشك، و لا يجوز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. و إن كان منشأ الشك مع القطع بكونه حقا احتمال كونه سنخ حق له الإبقاء عن الإسقاط و النقل و الانتقال - كحق الولاية - فالمعروف أنه مع إحراز القابلية عرفاً يتمسك بإطلاق دليل الصلح، لنفوذ الصلح على سقوطه و نقله، أو بعموم أدلة الإرث لانتقاله، و ليس من التمسك بعموم العام في الشبهة المصدقية، بتوهم احتمال اندراج تحت الحق القابل و الحق الغير القابل، فإنهما عنوانان انتزاعيان من الحق الداخل تحت العموم و الخارج عنه، لأن العام معنون بعنوان القابل و المخصص معنون بعنوان غير القابل. و يمكن أن يقال: إن أدلة المعاملات في مقام إنفاذ الأسباب شرعاً عموماً أو إطلاقاً، فتارة يقطع بأن العين الفلانية قابلة للملكية و النقل و يشك أنه يعتبر فيه سبب خاص أو لا، فبعموم دليل الصلح أو الشرط نقول أنه يملك بالصلح و الشرط، و أخرى يشك في أصل قبوله للنقل لا من حيث خصوصية سبب من الأسباب، ليقال إن الصلح سبب مطلق، و إنه كسائر أسباب النقل و الإسقاط مثلاً، و المفروض هنا الشك في أصل قبول الحق الخاص للإسقاط و النقل، لا من حيث قصور الصلح عن السببية في هذا المورد، فكونه قابلاً للصلح عرفاً معناه أن الصلح كغيره من الأسباب في هذا الموضوع، فلا منافاة بين إحراز القابلية العرفية من هذه الجهة مع الشك في أصل قابليته للإسقاط و النقل.

ادعای این که قابلیت شرعی با عمومات اثبات می شود، ادعای جزافی است.<sup>۱</sup>

## دفاع مرحوم امام از سید یزدی رحمته

مرحوم امام رحمته می فرماید: اطلاقات و عمومات در مقام تصحیح و امضای آن چیزی است که عرف آن را عقد، بیع، صلح و ... می داند، مشروط به این که از نظر عرف انتقال آن مانعی نداشته باشد. به تعبیر دیگر اگر ارکان عقد و شرایط آن عرفاً تمام باشد، این عمومات آن عقد، بیع، صلح و ... را از تمام جهات تصحیح فعلی می کند؛ یعنی عقد بالفعل صحیح است، در حالی که اگر فقط از حیثی تصحیح می کرد، تصحیح فعلی محقق نمی شد و نمی توانستیم با استناد به عمومات بگوییم فلان عقد واجب الوفاء است، در حالی که چنین جواز استنادی واضح است.<sup>۲</sup>

۱. مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۴۹:

و إذا شك في حق أنه يقبل الانتقال إلى الوارث أولاً - كحق الحضنة والولاية وأمثالهما - فإن كان هنا دليل على قبوله النقل فإنه يحكم بقبوله الانتقال أيضاً، إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصية لمورد المشكوك فيه. وإلا فإنه يحكم بعدم انتقاله. و يأتي تفصيل ذلك في مبحث أحكام الخيار.

و إذا شكنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحاً أنه يقبل النقل أولاً فإن الأصل عدم قبوله إياه، إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذي الحق فقط. فثبوته لغيره يحتاج إلى دليل.

و دعوى أن الأصل جواز نقله تمسكاً بالعمومات الدالة على صحة العقود ونفوذها دعوى جزافية، فإن تلك العمومات ناظرة إلى بيان الحكم الوضعي؛ و هو إمضاء المعاملات العرفية: أعني بها ما يكون مورد المعاملة فيها قابلاً للانتقال إلى غيره. و مع الشك في ذلك كان التمسك بتمسك العمومات تمسكاً بها في الشبهة المصدقية. و قد ثبت في محله عدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصدقية. و إلى هنا وقف القلم في مبحث الحق و الحكم. و الله ولي التوفيق، و عليه التوكل، و به الاعتصام.

۲. كتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ۱، ص ۴۹:

إنه لو شك في كون شيء حقاً أو حكماً، فلا أصل لإثبات أحدهما، فلا بد من الرجوع إلى الأصول العملية. و أمّا لو شك في كون حق قابلاً للإسقاط أو النقل، فإن كان الشك لأجل الشك في القابلية العرفية، فلا يصح إحرازها بالعمومات؛ لرجوع الشك إلى الصدق.

و إن كان في القابلية الشرعية، فقد يقال: بجواز التمسك بعمومات تنفيذ العقد و الصلح و الشرط و سلطنة الناس على أموالهم؛ لتصحيح المعاملة و كشف القابلية؛ إذ شأن العمومات رفع هذا الشك.

و ربما يرد ذلك: بأن أدلة إنفاذ المعاملات في مقام بيان إنفاذ الأسباب شرعاً عموماً أو إطلاقاً، فإذا أحرزت قابلية النقل، و شك في اعتبار سبب خاص، فدليل عموم المعاملة كدليل الصلح و الشرط يرفع هذا الشك، و أمّا إذا شك في قبوله للنقل، لا من حيث خصوصية سبب من الأسباب، فلا يمكن رفعه بأدلتها.

و فيه: أنه لا شبهة في أن قوله تعالى أوفوا بالعقود، أو قوله (عليه السلام) الصلح جائز بين المسلمين أو المؤمنون عند شروطهم ظاهر في لزوم الوفاء بكل معاقدة أو صلح أو شرط تصدق عليها تلك العناوين عرفاً، فعدم وجوب الوفاء في مورد أو موارد، مخالف لهذه العمومات و الإطلاقات.

فإذا أُلقيت تلك العمومات إلى العقلاء، لا يشكّون في أن الشارع بصدد إنفاذ كلياته العقود و الشروط و ماهية الصلح بلا قيد و شرط، و الشكّ

قبل از این که کلام این اعلام را بررسی کنیم، می‌گوییم: اگر کلام سید یزدی رحمته الله را بپذیریم، راه برای تصحیح بسیاری از عقود فراهم می‌شود، هر چند بعضی شروط این عقود شرعاً مشکوک باشد؛ مثلاً اگر در جواز بیع مصحف شک کردیم یا شک در جواز بیع عبد مسلم یا بیع مصحف به کافر داشتیم، طبق کلام سید یزدی رحمته الله می‌توان با تمسک به عمومات، جواز آن را اثبات کرد.

هم‌چنین در باب شرایط متعاقدين اگر شک کردیم آیا صبی شرعاً می‌تواند معامله انجام دهد و یا در مسائل جدید اگر شک کردیم مثلاً شخصیت حقوقی را شرع قبول دارد و می‌تواند مالک شود یا نه، اگر عرف در این موارد مانعی نبیند، می‌توان با تمسک به عمومات، همه‌ی این موارد را تصحیح کرد.

اما طبق مبنای محقق اصفهانی رحمته الله چون شک در قابلیت شرعی داریم، با تمسک به عمومات نمی‌توان این قابلیت را اثبات کرد، در نتیجه این عقود به این روش تصحیح نمی‌شود.

جواد احمدی

---

فی عدم القابلیة الشرعیة، راجع إلى الشکّ فی اعتبار الشارع شرطاً و قیداً فی الثمن أو الثمن؛ و بالجملة إلى عدم إنفاذه معامله خاصّة، فإذا شکّ فی أنّ البیع الربوی صحیح، یرجع ذلك الشکّ إلى احتمال اعتبار الشارع شرطاً فی العوضین بعد کون المعاملة عقلانیة، و لا شبهة فی أنّ العمومات رافعة له، و لا دلیل علی دعوی کونها بصدد إنفاذ الأسباب فقط، حتّی ترجع إلى حکم الحیثی، بل الظاهر منها أنّها أحكام فعلیة، بصدد إنفاذ المعاملات العقلانیة و العقود العرفیة، و لا یرزال الفقهاء - الذین هم من العرف و العقلاء یتمسکون بها لإثبات صحّة المعاملات. هذا مع عدم جریان الإشکال فی مثل الناس مسلّطون علی أموالهم.