

بسم الله الرحمن الرحيم

برای روشن شدن حقیقت «حق» و فرق میان «حق» و «حکم» به بیان چند امر نیازمندیم :

امر اول

برای «حق» و مشتقات آن در لغت عرب معانی بسیاری ذکر شده است^۱ که چه بسا همه یا بیشتر آن معانی را می توان به یک معنی بازگرداند ، و دیگر معانی را از قبیل اشتباه مفهوم به مصداق دانست^۲. آن یک معنی به اعتبار وجه مصدری حق «ثبوت» و به اعتبار وجه وصفی آن «ثابت» میباشد^۳ و به اعتبار همین معنی است که هر چیز که دارای نحوی از ثبوت و تقرر است آنرا حق نامند اعم از آن که ثبوت آن ، حقیقی باشد مانند خداوند ، و یا اعتباری ، مانند شفعه و خیار^۴.

دانشمندان حقوق اسلامی برای «حق» به اصطلاح خاصی قائل شده و آنرا به تعبیرات گوناگون تعریف کرده اند . از این تعبیرات به ظاهر مختلف بدست می آید که : «حق»

۱- از قبیل : خلاف باطل ، واجب ، ثابت ، یقین ، مال ، ملک ، صدق و عدل . رجوع شود به : مصباح المنیر، قاسوس و غیره.

۲- مقصود از این تعبیر این است که مفهوم حق در همه جای که چیز است ، و آن «ثبوت» یا «ثابت» است، لیکن چون در موارد مختلف کلمه «حق» مصداق معانی مختلف دیگری نیز واقع می شود از قبیل : خلاف باطل ، واجب ، مال، ملک و غیره لذا تصور شده است که آن معانی نیز از معانی کلمه حق است، در حالی که چنین نیست ، بلکه حق مصداق آن معانی قرار گرفته .

۳- با مراجعه به کتب لغت از قبیل : مصباح، قاسوس و غیره بدست می آید که «حق» هم مصدر استعمال شده است و هم صفت مشبیه

۴- در بسیاری از آیات قرآن حق و مشتقات آن به همین معنی بکار رفته است مانند : لقد حق القول علی اکثرهم (یس آیه ۷) فحق علينا قول ربنا (صافات آیه ۳۱) أفمن حق علیه كلمة العذاب (زمر آیه ۱۹) ان الذين حقت عليهم كلمة ربك (یونس آیه ۶۶) وحق الله الحق بكلماته (یونس آیه ۸۲) و لیحق الحق ویطل الباطل (انفال آیه ۸) كذلك حقاً علينا ننج المؤمنین (یونس آیه ۱۰۳) و آیات دیگر .

۵- مرحوم آقا سید محمد کاظم طباطبائی در حاشیه مکاسب گفته است : «الحق نوع من السلطنة علی شیء متعلق بعین کحق التحجیر و او غیرها کحق الخیار المتعلق بالعقد ، او علی شخص کحق القصاص و ... فهي مرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه صاحبه مالک لشیء یکون امره الیه» (ص ۵۵) مرحوم آخوند ملا محمد کاظم خراسانی در حاشیه مکاسب گوید : «هو اعتبار خاص له آثار مخصوصة منها السلطنة علی الفسخ کما فی حق الخیار او التلذک بالعوض کدافی حق الشفعة أو بالعوض کما فی حق التحجیر الی غیر ذلك» (ص ۳)

مرحوم نائینی گوید : «الحق عبارة عن اعتبار خاص اثره السلطنة الضعيفة علی شیء (منية الطالب ج ۱ ص ۴۲)

«حق»

و

«حکم»

و

فرق میان آنها

توانائی خاصی است که برای کس یا کسانی نسبت به شخص یا چیزی (اعم از عین، عقد و غیره) اعتبار شده و به مقتضای این توانائی آن کس یا کسان می‌توانند در آن چیز یا شخص تصرفی نموده یا بهره‌ای بگیرند، مثلاً:

- ۱- حق حضانت: مادر در مدت شیرخوارگی یا احياناً پس از آن، پدر پس از این مدت تا اوان بلوغ اولویت دارند نسبت به مصالح فرزند قیام و اقدام نمایند.
 - ۲- حق الخيار: ذوالخيار می‌تواند عقدی را که منعقد شده فسخ نماید.
 - ۳- حق الرهانه: مرتهن می‌تواند - در صورتی که مدیون پس از سررسید دین از پرداخت آن استناع و رزق طلب خود را از راه فروش عین مرهونه استیفا نماید.
- «حق» معمولاً - حتی در مواردی که به عین یا عقد تعلق گرفته - علاوه بر صاحب حق (ذوالحق) که حق به سود او است به شخص یا اشخاص دیگری نیازمند است که «من علیه الحق» نامیده میشوند و اعمال حق به زیان آنان میباشد، مثلاً: در مورد حق الرهانه «من علیه الحق» شخص راهن و در مورد خيار طرف دیگر عقد که «من علیه الخيار» نامیده میشود.

بنابراین «حق» دارای عنصر است که عبارت است از: خود حق (توانائی مذکور) مورد حق، صاحب حق، من علیه الحق.

امر دوم

حکم چیست؟ برای درک حقیقت حکم ناگزیریم بدانیم: قضیه از سه عنصر تشکیل شده است: موضوع، محمول، نسبت. موضوع: چیزی است که نهاده شده تا چیز دیگر به او نسبت داده شود. محمول: چیزی است که آنرا به موضوع نسبت دهند. نسبت: رابطه میان موضوع و محمول است. مثلاً: اگر بگوئیم: روز روشن است، روز: موضوع، روشن: محمول، و رابطه میان این دو نسبت نام دارد.

اکنون می‌گوئیم: چنانچه ثبوت این نسبت مورد اذعان و اعتراف باشد، این اذعان و اعتراف، حکم و احياناً تصدیق نام دارد.

حکم شرعی چیست؟ هر گاه ثبوت نسبت، و رابطه میان موضوع و محمولی مورد اعتراف و پذیرش شارع مقدس باشد این اعتراف و پذیرش، حکم شرعی نام دارد، مانند حکم شارع به: وجوب نفقه برای زوجه، حرمت حيله و نیرنگ، سببیت ید برای ضمان، و امثال اینها. البته اطلاق حکم بر این امر پذیرفته شده در صورتی صحیح است که شارع مقدس به نحوی از انحاء آنرا انشاء یعنی: ابراز و تبیین کرده باشد. مجرد اعتبار نفسی بدون انشاء حکم نامیده نمی‌شود.

در این صورت اطلاق حکم بر موضوع قضیه ولو آن که از موضوعاتی باشد که اصطلاحاً به آنها ماهیات جعلیه یا ماهیات مخترعه گفته میشود مانند: صوة و صوم و حج و یا بر محمول قضیه ولو آن که از قبیل: واجب و حرام باشد، و یا بر صرف رابطه میان موضوع و محمول، به یقین اطلاق حقیقی نمی‌باشد، بلکه اطلاقی است بر سبیل تجوز.

بنابراین حکم شرعی را می‌توان به اختصار این گونه تعریف کرد: حکم شرعی امری است که شارع مقدس آنرا برای موضوعی اعتبار کرده است مشروط بر این که این اعتبار به نحوی از انحاء انشاء شده باشد.

۱- شهید در قواعد گوید: الماهیات الجعلیه كالصلوة والصوم وسائر العتود لا یطلق علی الفسد (قواعد ص ۷۰ چاپ احمد تفرشی).

تصریح به این نکته ضرورت دارد که حکم ، نفس اعتبار و جعل نیست تا از افعال و انعیه نفس باشد بلکه امری است که شارع مقدس آنرا اعتبار کرده است (معتبر و معمول) مانند : وجوب صلوة و صوم ، حرمت فریب و نیرنگ . بنابراین احکام شرعیه امری هستند اعتباری (حقوقی) نه حقیقی .

در این صورت تعریف وجوب و حرمت به اراده و کراهت شارع صحیح نیست زیرا اولاً - اراده و کراهت که عبارت از شوق و نفرت است از صفات حقیقیه نفس است ، در حالی که حکم امری است اعتباری . ثانیاً - اراده و کراهت غیر اختیاری اند ، در حالی که حکم امری است اختیاری .

همینطور است آنچه مرحوم آخوند خراسانی در کفایه^۱ و فوائد^۲ فرموده و اراده و کراهت را حکم اقتضائی نام نهاده ، زیرا اگر مقصود ایشان جعل اصطلاح است ، لاشاحه فی الاصطلاح . ولی اگر مقصود حکم حقیقی است پاسخ آن معلوم شد . آری اراده و کراهت مبداء حکم است نه خود حکم . شاید مقصود ایشان هم همین باشد .

و نیز خطاب شرع که مشهور آنرا حقیقت حکم دانسته اند^۳ یا انشاء که مرحوم شیخ محمد حسین اصفهانی آنرا حقیقت حکم قرار داده است^۴ اینها هم از حقیقت حکم بیگانه است ، زیرا خطاب شرع ، دلیل حکم است نه خود حکم . انشاء هم - چنانکه دانسته شد - میرز حکم است نه خود حکم .

شیخ بهائی در زبدة الاصول نظر به اشکالاتی که بر تعریف مشهور وارد است حکم را به : طلب الشارع من المكلف الفعل او ترکه مع استحقاق الذم بمخالفته او بدون او تسویته بینها لوصف مقتضی لذلك» تعریف کرده است^۵ . یعنی : حکم خواستن شارع است از مکلف فعل و یا ترک فعل را ، با استحقاق ذم به مخالفت و یا بدون استحقاق ، نیز برابر قرار دادن شارع است فعل و ترک را نه بدون جهت بلکه به جهت وصفی که مقتضی یکی از اینها باشد . اگر مقصود از طلب همان چیزی باشد که از اراده مقصود است ، یعنی طلب و اراده دارای یک حقیقت باشند ، که آن شوق یا شوق اکید است ، در این صورت انتقاد بر این تعریف همان انتقاد بر تعریف اول است ، یعنی : طلب به معنای شوق یا شوق اکید ، وصفی است حقیقی و غیر اختیاری ، در حالی که دانسته شد حکم ، امری است اعتباری و اختیاری . و اگر مقصود از طلب معنای دیگری غیر از معنای اراده باشد مثلاً : کوشش در راه بدست آوردن مراد (چه به انجام عمل تکونی و چه به دستور) در این صورت انتقاد بر این تعریف این است که حکم احیاناً مصداق طلب به این معنی است ، نه این که مفهوم آن با مفهوم طلب یکی باشد ، بعلاوه تنها وجوب و ندب است که مصداق طلب است نه حرمت و کراهت ، برعکس حرمت و کراهت ، مصداق زجر و منع اند نه مصداق طلب

انتقاد مهم دیگری که بر امثال این تعریف وارد است این است که این گونه تعریفات شامل احکام وضعیه که بیشتر احکام را تشکیل می دهد نیست و مثلاً : سببیت ، شرطیت ، مانعیت ، نجاست ، طهارت ، مالکیت ، ضمان و غیره را شامل نمی شود . شیخ بهائی

۱- در مواردی از جمله : باب اجتماع اسرونی (ج ۱ ص ۲۴۲ ، چاپ با حاشیه مشکینی)

۲- باب ملازمه بین حکم عقل و شرع (رسائل محشی چاپ تهران ص ۲۷۹)

۳- در تعریف حکم گفته اند : خطاب الشرع المتعلق بافعال المكلفین (فصول ، ادله عقلیه ،

اتقسام حکم به عقلی و شرعی) .

۴- گفته است : « الاحکام الشرعية المجعولة عبارة عن انشاءات خاصة بدواع مخصوصة (حاشیه

مکاسب ص ۴)

۵- زبدة الاصول ، چاپ برادران ص ۲۹-۳۰

خود به این انتقاد اعتراف کرده و در مقام اعتذار گفته است: حکم وضعی از حقیقت حکم خارج است. بعد از این، به پاسخ این اعتذار اشاره خواهیم نمود.

امرو سوم

تقسیم حکم به تکلیفی و وصفی

حکم: اگر بطور مستقیم و بدون واسطه به فعل یا ترک مکلف تعلق گرفته باشد: به نحو الزام، یا منع، و یا ترخیص، حکم تکلیفی نامیده میشود، از قسم اول به وجوب و از قسم دوم به حرمت و از سوم به اباحه بمعنای اعم تعبیر میشود.

ترخیص: چنانچه بارجحان فعل یا ترک توأم باشد استحباب، و چنانچه با مرجوحیت آن کراهت، و در صورت تساوی فعل و ترک اباحه بمعنای اخص نامیده میشود.

این حصر - چنانکه پیداست - عقلی است، یعنی بین نفی و اثبات دائر است: و ممکن نیست عملی با قطع نظر از عوارض خارجی^۱ به یکی از این پنج حکم محکوم نباشد. بدیهی است عمل یا مطلوب است یا مطلوب نیست، در صورت اول: یا ترک آن ممنوع است یا خیر، صورت اول وجوب و صورت دوم استحباب نامیده میشود. و چنانچه عمل مطلوب نباشد: یا ممنوع است یا خیر، در صورتی که ممنوع باشد: یا لزوماً باید ترک شود یا خیر، قسم اول حرمت و قسم دوم کراهت خوانده میشود. مابقی - یعنی: چنانچه عمل نه مطلوب باشد نه ممنوع - اباحه بمعنای اخص نامیده میشود.

و اگر حکم بطور مستقیم و بدون واسطه به نحو الزام یا منع یا ترخیص به فعل یا ترک مکلف تعلق نگرفته باشد مانند: سببیت، شرطیت، مانعیت، سلکیت، زوجیت، طهارت، نجاست و غیره حکم وضعی نامیده میشود.

جمع مجعولات و اعتبارات شرعی بجز احکام پنجگانه تکلیفی را باید احکام وضعیه دانست اختصاص دادن این احکام به: سببیت، شرطیت، و مانعیت، یا به همین سه به اضافه علیت و علامیت، و یا به همین پنج به اضافه صحت و فساد، عزیمت و رخصت، و یا به اضافه اموری دیگر، چنانکه به علامه، شهید ثانی، ظاهر حاجبی، عضدی، آمی و دیگران نسبت داده شده است^۲ صحت ندارد.

آری در این که بعضی از این امور مانند: صحت و فساد از احکام وضعیه است بحث است و حق این است که صحت و فساد را نمی توان از احکام، یعنی مجعولات شارع دانست، چرا که صحت و فساد انتزاع عقل است از موافقت عمل انجام شده با دستور شارع و عدم موافقت بدان و این نوع معانی، از احکام، یعنی از اموری که شارع مقدس آنها را اعتبار کرده است بیگانه است. لیکن این سخن در مورد صحت و فساد واقعی درست است، اما در مورد صحت و فساد ظاهری مانند صحت در مورد اعمالی که بر طبق اصول عملیه انجام میگردد یا فساد در موارد شکیوک باطله، می توان این نوع صحت و فساد را از احکام وضعیه دانست^۳

۱- این قید اشاره است به این که ممکن است چیزی فی نفسه دارای یکی از احکام پنجگانه باشد ولی باتوجه به عارضی هیچیک از احکام را دارا نباشد مثلاً: ستاره جدی را پشت شانه راست قرار دادن فی نفسه امری است مباح ولی باتوجه به این که لازمه استقبال است نمیتواند هیچکدام از احکام پنجگانه را دارا باشد، زیرا وجوب آن لغو و بدون ملاک است، و حرمت آن علاوه بر این که بدون ملاک است لازمه آن ترک واجب (استقبال) است و اباحه بمعنای اعم آن ترخیص ترک واجب است.

۲- رجوع شود به: فصول، تعریف حکم، رسائل و کفایه و کتب دیگر. بحث استصحاب احکام وضعیه.

۳- مصباح الاصول، چاپ نجف ص ۱۶

و اما عزیمت و رخصت - چنانکه اشاره شد - گروهی آنها را از احکام وضعیه دانسته‌اند، لیکن با توجه به مقصود از عزیمت و رخصت، بخوبی بدست می‌آید که این دو عنوان نیز حکم معمول شارع نیستند، بلکه بالعکس در مورد آنها حکم شارع مقدس است به سقوط مجسول تکلیفی خود، نهایت این که عزیمت حکم شارع مقدس است به سقوط تکلیف به کلی، بطوری که انجام آن به استناد امر مولی تشریح و محرم باشد، مانند سقوط صوم و دو رکعت آخر نمازهای چهار رکعتی در سفر اما رخصت سقوط امر است لیکن نه بطور کلی، بلکه بعضی از مراتب آن، مثلاً: وجوب واجب از بین برود ولی جواز یا استحبابش باقی بماند، و یا تأکید استحباب از بین برود ولی اصل استحباب باقی بماند فی‌المثل: وجوب انفاق به زن یا فرزند به علت نشوز یا غنای فرزند از بین برود ولی جواز یا استحباب آن باقی بماند. لیکن این در صورتی است که عزیمت و رخصت را آنطور که ذکر شد معنی کنیم. ولی اگر گفته شود که: عزیمت: حکم عامی است که به حالت یا مکلف بخصوصی اختصاص ندارد مانند: وجوب صاوة، حرمت خمر و مانند اینها و رخصت: حکم خاصی است که در مواردی بخصوص مانند ضرورت، عسر و حرج به جهت تخفیف تشریح شده است مانند اکل مال غیر در مخصه و سال مجاعه. در این صورت نمی‌توان آنها را حکم وضعی و یا حکم تکلیفی دانست بلکه حکم همان است که مصداق این عنوانها قرار گرفته‌اند نه خود این عنوانها.

در اینجا به اختصار به تعریف مشهور سایر عناوین می‌پردازد:

- ۱- سببیت: حکم شارع به: سبب بودن چیزی است برای چیز دیگر. مشهور در تعریف سبب گفته‌اند: سبب چیزی است که به اقتضاء ذاتش (یعنی: اگر مانعی وجود نداشته باشد) وجودش موجب وجود چیز دیگر (سبب) و عدسش موجب عدم آن باشد مانند: عقد نکاح و بیع برای علقه زوجیت و مالکیت.
- ۲- شرطیت: حکم شارع مقدس است به: شرط بودن چیزی برای فعلیت تأثیر سبب. شرط را تعریف کرده‌اند به: چیزی که از عدسش عدم چیز دیگر لازم آید ولی از مجرد وجود آن وجود چیز دیگر لازم نیاید، مثلاً: بلوغ یا عقل طرفین چنانچه وجود نداشته باشند اثری برای عقد نخواهد بود، ولی وجود آنها به تنهایی کافی نخواهد بود بلکه برای تحقق اثر عقد لازم است خود عقد و تمام شرائطش وجود داشته باشد و هیچیک از موانعش موجود نباشد.
- ۳- مانعیت: حکم شارع است به: مانع بودن چیزی از تأثیر سبب. مانع را تعریف کرده‌اند به چیزی که از وجودش عدم چیز دیگر لازم آید ولی از مجرد عدسش چیزی لازم نیاید، مانند: غرر یعنی: جهل به عوضیتی که از وجودش عدم تأثیر عقد لازم می‌آید ولی تنها عدم آن تأثیری در نقل و انتقال نخواهد داشت.
- ۴- علیت: حکم شارع است به: این که بمجرد وجود چیزی چیز دیگر موجود خواهد شد، مثلاً: بمجرد تحقق قتل عمد، اولیاء مقتول حق قصاص خواهند داشت، و یا به مجرد تحقق اسکار، شئی مسکر حرام خواهد بود.
- ۵- علامتیت: حکم شارع است به: علامت بودن چیزی برای چیز دیگر. علامت:

۱- تعریفاتی که برای عناوین شده است غالباً غیر دقیق و تعریف به لوازم اند، علاوه بر این به یقین در مورد احکام شرعی نمی‌توان به صحت آنها قائل شد، زیرا احکام شرعی فعل اختیاری شارع مقدس است و تنها به اراده اوقائم است، آری بدون شک این احکام بنا بر رأی عدلیه تابع ملاکاتی هستند که اگر این ملاکات وجود نداشت شارع مقدس آن احکام را تشریح نمی‌فرمود. دانشمندان بموجب مناسباتی ذوقی اموری را که در موضوعات احکام اخذ شده است و در تحقق ملاکات مؤثر میدانند بعضی را به سبب و بعضی را هم به شرط و یا مانع نام داده‌اند والا در حقیقت تأثیری در آن احکام نخواهد داشت.

چیزی است که از علم به آن علم به چیز دیگری حاصل می‌گردد ، بدون این که تأثیر و توقفی در بین باشد ، مثلاً : از علائم بلوغ ، به بلوغ علم حاصل می‌شود ولی هیچگونه تأثیری در تحقق بلوغ نخواهند داشت ؟
آیا احکام وضعیه در قبال احکام تکلیفیه احکام مستقلی هستند و یا از آنها انتزاع شده‌اند :

جمعی از دانشندان از جمله شیخ بهائی - چنانکه اشاره شد - و شیخ انصاری احکام وضعیه را احکام مستقلی ندانسته و آنرا منتزاع از احکام تکلیفیه دانسته‌اند^۱ .
بحث در این باره وسیع است ، آنچه به اختصار می‌توان گفت این است که : چنانکه در امور حقیقی دو نوع مفهوم می‌توان تصور نمود .

۱- مفاهیم متأصل که خود فی نفسه وجود دارد و در تحقق و وجود تابع وجود مفهوم دیگری نیست مانند : مفاهیم جواهر و اعراض .

۲- مفاهیم انتزاعی که خود بالاصاله دارای وجود نیست ، آنچه موجود است منشاء انتزاع آنها است ، مانند : فوقیت ، تحتیت ، ابوت ، بنوت . بدیهی است آنچه در حقیقت وجود دارد ذات فوق ، تحت ، ابوابین است ، لیکن عقل از این ذوات مفاهیمی اختراع می‌کند و نام آنرا فوقیت ، تحتیت ، ابوت و بنوت می‌نهد .

همینطور در امور اعتباری نیز دو نوع مفهوم می‌توان تصور نمود :

نخست - امر اعتباری که خود بالاستقلال جعل شده‌است و در جعل نیازی به جعل امر

دیگر ندارد مانند : ملکیت ، زوجیت ، طهارت ، نجاست و مانند اینها .

دوم - امر اعتباری که خود بالاستقلال قابل جعل نیست بلکه جعل آنها تابع تعلق

جعل به امر دیگر میباشد مانند : جزئیت ، شرطیت ، مانعیت و نظیر اینها که تابع امر به مرکب و مفید است ، و تا به مرکب و مفید اعتباری تعلق نگرفته باشد ، تعلق اعتبار جزئیت و شرطیت و مانعیت به ذات جزء ، شرط و مانع امکان‌پذیر نخواهد بود .

فرق میان حق و حکم

پس از بیان امور ذکر شده هنگام آن است که در اصل مبحث وارد شده و دریابیم که آیا در باب کلمه حق در شرع اصطلاح خاصی وجود دارد ؟ و در این صورت فرق میان معنای اصطلاحی حق و حقیقت حکم چیست ؟

در آغاز برای تعیین محل بحث می‌گوئیم : اگر تمام احکام خمسۀ تکلیفیه را از این جهت که وظایفی است از ناحیه شارع مقدس و او حق دارد امتثال آنرا از مکلفان بخواهد حق بنامیم ، بدون شک این اطلاق صحیح خواهد بود ، و به همین جهت است که احکام شرعی را حقوق خداوند (حقوق الله) نامیده‌اند . لیکن چون محل بحث فرق میان حق و حکم است از این لحاظ که به مکلف تعلق گرفته و زمام اختیار آن تحت ید او است لذا باید محل بحث را به احکامی اختصاص دهیم که از نظر اختیار مکلف بین آن و حق ، جامع و قدر مشترکی وجود دارد ، و این گونه حکم اگر به اباحه به معنی اخص ، اختصاص ندانسته باشد حداکثر تنها اباحه به معنی اعم یعنی : استحباب ، کراهت و اباحه را شامل می‌گردد و وجوب و حرمت را شامل نخواهد شد .

پس از روشن شدن محل بحث می‌گوئیم: از سخن بسیاری از دانشمندان برمی‌آید که فرق میان حکم (جواز بمعنی اعم) و حق این است که: درست است که چه در حکم و چه در حق زمام اختیار عمل فعلاً و ترکاً در دست مکلف است؛ عمل جائز را می‌تواند انجام دهد و می‌تواند ترک کند، همینطور صاحب اختیار مثلاً: ذوالخیار می‌تواند معامله را فسخ کند و می‌تواند آنرا ابقاء کند، لیکن در مورد حکم، زمام خود این اختیار در دست مکلف نیست یعنی: نمی‌تواند آنرا از خود سلب کند، فی‌المثل اباحه مباحات را از بین ببرد، زیر اباحه، حکم و اعتبار شارع است کسی جز او نمی‌تواند در آن دخل و تصرفی بعمل آورد. برخلاف حق که صاحب حق می‌تواند خود حق را از خود سلب کند مثلاً: در ضمن عقد لازم شرط سقوط خیار کند و یا پس از عقد، خیار را اسقاط نماید.^۱

و بر همین مبنی است که در باب عقود دو نوع لزوم و جواز تصور کرده‌اند: لزوم و جواز حکمی و لزوم و جواز حقی.

۱- لزوم و جواز حکمی، یعنی: لزوم و جوازی که حکم الهی است و امر آن وضعاً و رفعاً بدست شارع مقدس است و مکلف نمی‌تواند آنرا به نحوی از انحاء از بین ببرد، مانند لزوم عقد نکاح و جواز عقد هبه جائزه، که مکلف نمی‌تواند در باب نکاح بوسیله تقابیل یا شرط و غیره لزوم آنرا به جواز مبدل کند، و یا در باب هبه جواز آنرا بوسیله شرط ضمن عقد لازم به لزوم مبدل سازد.

۲- لزوم و جواز حقی، یعنی لزوم و جوازی که امر آن وضعاً و رفعاً بدست مکلف است: وی می‌تواند آنرا به نحوی از انحاء از بین ببرد. مثلاً در باب بیع درست است که عقدی لازم است ولی امر لزوم آن بدست عاقد است، عاقد می‌تواند آنرا بوسیله شرط یا وصف به جواز مبدل کند، یا در باب بیع خیاری، درست است که عقدی قابل فسخ است ولی عاقد می‌تواند به نحوی از انحاء مانند: اشتراط سقوط خیار در ضمن عقد، و یا در ضمن عقد لازم دیگری، و با اسقاط خیار پس از عقد، آنرا به لازم مبدل سازد.

۱- در کتاب مصباح الفقاهه به طائفه‌ای نسبت داده است که در مقام فرق بین حق و حکم گفته‌اند: حق قابل سقوط و نقل و انتقال است برخلاف حکم که قابل هیچکدام نیست. (ج ۲ ص ۴۷).

مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی در حاشیه مکاسب در مقام فرق گفته است: حق مرتبه ضعیفی از مالکیت است، صاحب حق مالک چیزی است که امر آن به او راجع است، برخلاف حکم که مجرد جعل رخصت در فعل و ترک است (ص ۵۵) و در مقام تقسیم حق یکی از اقسام را حق غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط دانسته و برای آن به حق ابوت، حق ولایت حاکم، حق مسبق و مانند اینها مثال زده است، ولی در پایان گفته است: ممکن است این قسم از احکام باشد، نه از حقوق (ص ۵۶).

مرحوم حکیم در کتاب نوح الفقاهه گفته است: از احکام حق قبول اسقاط است، زیرا لکل ذی حق ان یسقط حقه، برخلاف حکم که محکوم علیه نمی‌تواند آنرا اسقاط کند و تنها حاکم است که می‌تواند حکم خود را اسقاط نماید (ص ۸).

مرحوم ایروانی در تعلیقه خود بر مکاسب گفته است: در مورد حق دو سلطنت است، یکی سلطنت بر نفسی، و دیگری سلطنت بر آن سلطنت، ولی در حکم تنها یک سلطنت است و آن هم سلطنت بر نفس عمل است (ج ۲ ص ۲).

مرحوم حاج شیخ محمد حسین اصفهانی در حاشیه خود بر مکاسب گفته است: حق مانند ملک، امری است اعتباری که بر آن، اسقاط، یا نقل به معاوضه و یا انتقال به ارث مترتب است برخلاف حکم که این آثار بر آن، مترتب نمی‌باشد (ص ۴).

چنانچه در منیة الطالب مذکور است مرحوم نایینی بطور ارسال مسلم، حق را بر خلاف حکم، قابل اسقاط دانسته، و حتی بر مرحوم سید طباطبائی که یکی از اقسام حق را غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط دانسته انتقاد کرده است. (ج ۱ ص ۴۲).

حق این است که در باب کلمه «حق» شارع مقدس اصطلاح خاصی ندارد، و در مواردی که در لسان شرع این کلمه بکار رفته است به اعتبار همان مفهوم لغوی که در گذشته به آن اشاره شد بکار رفته است، یعنی: مفهوم ثبوت به اعتبار معنای مصدری حق و مفهوم ثابت به اعتباری معنای وصفی آن.

بنابر این چنانکه می‌توان این کلمه را در امور واقعیه بکار برد مثلاً گفت: خداوند یا فلان واقعه و یا مضمون فلان سخن حق است، همینطور می‌توان آنرا در مورد امور اعتباری، از جمله: احکام شرعی بکار برد، مثلاً گفت: وجوب نماز یا اباحه طیبات حق است، نهیت این که در مورد احکام تکلیفیه الزامیه تنها باید حق را به خداوند اضافه کرد و آنها را حق الله نامید، ولی در احکام ترخیصیه، اضافه آن به مکلفان هم بلامانع است، مثلاً چنانکه می‌توان گفت: اباحه مباحات حکم یا حق خداوند است همینطور می‌توان گفت: حق مکلف است، یعنی: حق دارد آنها را انجام دهد و حق دارد ترک کند. در این صریح حق و حکم ولو در مفهوم مختلفند، ولی در امور اعتباری که قوام آن به مجرد اعتبار است می‌توان هر دو مفهوم را بزمصادیق یکدیگر منطبق دانست. آری چه بسا اکثر استعمال حق در امور قابل اسقاط است، و همین اکثریت استعمال منشاء انصراف بدوی لفظ حق به مور قابل اسقاط شده است، و باز همین انصراف بدوی منشاء تخیل اختلاف حقیقت آن دو نبوده است. و مؤید انطباق این دو عنوان بر مصادیق یکدیگر این است که شارع مقدس خود در بسیاری از موارد حق را در مورد امور غیر قابل اسقاط بکار برده است مثلاً: حق ابویین بر فرزند، حق همسایه، حق مؤمن بر مؤمن، حق ولایت در ولایات قهری و نظیر این تعبیرات. توضیح مطلب به عبارت دیگر این که مجعولات شرعی در غیر باب موضوعات برشش دسته است:

- ۱- تکالیف الزامی، یعنی: واجبات و مجرمات.
- ۲- تکالیف غیر الزامی، یعنی: مستحبات، مکروهات و مباحات.
- ۳- حکم وضعی لزومی قابل انفساخ مانند: لزوم بیع، اجاره و صلح و امثال اینها، چه می‌توان آنها را به وسیله اقاله، یا شرط، و یا وصف قابل انفساخ نمود.
- ۴- حکم وضعی لزومی غیر قابل انفساخ، مانند: لزوم عقد نکاح، چه این عقد جز در مواردی خاص به هیچوجه قابل انفساخ نمی‌باشد.
- ۵- حکم وضعی ترخیصی قابل اسقاط، مانند: حق شفعه و حق خیار که صاحب حق می‌تواند از حق خود رفع ید نموده و آنرا اسقاط نماید.
- ۶- حکم وضعی ترخیصی غیر قابل اسقاط، مانند: جواز هبه، که به اسقاط از بین نمی‌رود.

این مجعولات گرچه از لحاظ آثار چنانکه ملاحظه شد مختلف است، ولی از این لحاظ که قوام همه به مجرد اعتبار است متحد است و بین آنها فرقی نیست، بنابراین وجهی برای تقسیم مجعول شرعی به حق و حکم نیست تا این که به بیان فارق نیازمند باشیم، بلکه همه احکامی است شرعی که به جهت رعایت مصالحی خاص اعتبار شده است. و در عین حال همه آنها را از این جهت که دارای نحوی از ثبوت و تقرر است می‌توان حق نامید. آری این احکام یا حقوق از لحاظ آثار چنانکه مشاهده میشود - مختلف است: بعضی قابل اسقاط است و بعضی غیر قابل اسقاط، منشاء این اختلاف آن است که زمام این احکام حدوداً و بقائاً در دست شارع است: گاهی پس از حدوث به بقاء حکم می‌کنند و گاهی به ارتفاع، و این ارتفاع ممکن است به دست متعاملین باشد و ممکن است بدست آنان نباشد، و در هر مورد باید ادله شرعیه را ملاحظه نمود.

پس در حقیقت ، بحث در این است که حکم یا حق قابل اسقاط است یا خیر ؟ نه در این که شئی حق است یا حکم ؟ خلاصه این که تقسیم جواز و لزوم به جواز و لزوم حقی و حکمی جعل اصطلاح است ، و ابدأ ضرورت ندارد ، بلکه اساساً فائده‌ای در این جعل اصطلاح نیست ، بلکه همه مانند لزوم و جواز تکلیفی احکامی است شرعی که در بعضی آثار بین آنها اختلاف است . جواز اکل و شرب مباحات و یا وجوب نفقه فرزند که حکم شرعی تکلیفی است با جواز هبه و لزوم نکاح که حکم وضعی است و همچنین جواز هبه و لزوم نکاح که جواز و لزوم حکمی نامیده میشود ، با جواز بیع خیاری و لزوم مطلق بیع که جواز و لزوم حقی خوانده میشود ، همه حکم شرعی است و ابدأ در حقیقت آنها فرقی نیست . و اگر بعضی قابل اسقاط و تغییر است برخلاف بعضی دیگر ، و یا بعضی دارای آثار مادی دنیوی است و بعضی منحصراً دارای آثار اخروی است ، مثلاً : حق قصاص قابل اسقاط است و حق حضانت و ایت غیر قابل اسقاط ، و یا حق نفقه زوجه دارای آثار مادی است ولی حق استفاده از مباحات و وجوب نماز و حرمت غیبت و تهمت منحصراً دارای آثار اخروی است . این نه بدان جهت است که حقیقت آنها مختلف است و بعضی مصداق حکمند و بعضی مصداق حق ، بلکه بدین جهت است که شارع مقدس بر حسب مصالحی که خود از آن آگاه است این احکام یا حقوق را دارای آثار مختلف قرار داده است .

اقسام حقوق

مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی در حاشیه مکاسب خود حق را بر چند قسم دانسته است :

- ۱- غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط مانند : حق ابوت ، حق ولایت حاکم ، حق استمتاع در باب نکاح ، حق وصایت و مانند اینها .
- ۲- قابل اسقاط و غیر قابل نقل اختیاری و انتقال به ارث ، مانند : حق غیبت ، حق شتم و آزار (یعنی : حق مسلمان بر دیگران این است که غیبتش نکنند ، دشنامش ندهند و آزارش نکنند) .
- ۳- قابل اسقاط و نقل و انتقال ، مانند : حق خیاب ، حق قصاص ، حق الرهانه ، حق التحجیر و غیره .

۴- قابل اسقاط و انتقال ، غیر قابل نقل ، مانند : حق شفعه .

۵- قابل اسقاط و نقل بلاعوض ، مانند : حق تسم (بنا بر عقیده جماعتی) .

- ۶- محل شک از لحاظ صحت اسقاط و نقل و انتقال ، از آن جمله شمرده شده است حق رجوع در عده رجمیه ، حق نفقه اقارب ، حق فسخ به عیوب در باب نکاح و موارد بسیار دیگر .
- مرحوم سید در ذیل قسم اول گفته است : ممکن است این قسم از احکام باشد نه از حقوق ، بنابراین چنانکه قبلاً بدان اشارت رفت - قبول اسقاط را از لوازم حق دانسته است .

بحث در این باره بطور مستوفی گذشت .

بنظر بنده تعدادی از این مثالها که مرحوم سید برای این اقسام زده است قابل خدشه

است ، از باب نمونه به یکی از موارد اشاره میشود مثلاً در مورد غیبت : اگر منظور سید این است که اگر کسی حق خود را از لحاظ غیبت اسقاط نمود غیبت او جایز است ، به یقین چنین نیست ، این سخن مانند این است که کسی بگوید : اگر کسی اجازه داد دیگری او را بکشد کشتن او جایز است و احیاناً حق قصاص ساقط است و دیده ندارد ، مسلماً این سخن درست نیست ، زیرا حرمت غیبت (مانند حرمت قتل) مشروط به عدم اذن غیبت شده نیست .

ری در مورد تلف مال می توان گفت : اذن مالک موجب سقوط ضمان است ، اذن شخص به

قتل خود را هم بعضی موجب سقوط قصاص دانسته‌اند ولی این برخلاف اطلاق ادله است . و اگر منظور او این است که پس از غیبت برای سقوط عقاب غیبت کننده رضای غیبت شده لازم است ، این بموجب پاره‌ای از روایات درست است ، ولی معنای آن این نیست که رضای شخص غیبت شده برای سقوط عقاب غیبت کننده کافی است . خلاصه آن که حرمت غیبت ، حکم خداوند است ، رضای غیبت شده آثار آنرا از بین نمی‌برد .

حکم شك در حق و حکم

هر گاه در مجعول شرعی شك شود که آیا حق است یا حکم ؟ به عبارت صحیحتر : هر گاه شك شود که آیا مجعول شرعی قابل اسقاط ، یا نقل و یا انتقال است یا خیر ، اصل چه اقتضا دارد ؟ قابلیت را اقتضا دارد یا عدم قابلیت را ؟ بحث در سه مقام است :

مقام اول - هر گاه شك شود در این که مجعول شرعی قابل اسقاط است یا خیر ؟ و دلیلی بر تعیین یکی از دو قسم در بین نباشد : اگر دلیل مشکوک دارای عموم یا اطلاق باشد می‌توانیم به عموم یا اطلاق آن تمسک نموده و به عدم قبول اسقاط مجعول حکم کنیم ، مثلاً : هر گاه در این که حق التحجیر قابل اسقاط است یا خیر شك کنیم به عموم حدیث « من سبق الی مال من سبق الیه مسلم فهوله »^۱ تمسک نموده و به بقاء حق حکم می‌کنیم . و همچنین در حق القصاص به اطلاق آیه شریفه : « و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً »^۲ تمسک نموده و به عدم سقوط آن حکم می‌کنیم .

و اگر دلیل مشکوک دارای عموم یا اطلاق نباشد به استصحاب بقاء حکم تمسک نموده و به عدم تأثیر اسقاط حکم می‌کنیم^۳ مثلاً : هر گاه در حق الشفعه شك کنیم که به اسقاط ساقط میشود یا خیر ؟ چون عموم و اطلاق در بین نیست به استصحاب بقاء حق الشفعه تمسک نموده و به عدم سقوط آن حکم می‌نمائیم^۴ .

مقام دوم - هر گاه شك شود که آیا فلان حق قابل انتقال به ورثه است یا خیر ؟ فی‌المثل : در حق حضانت یا حق ولایت ، در این صورت چنانچه دلیلی بر قابلیت حق برای نقل دلالت کند ، فی‌المثل در حق التحجیر و مانند آن ، چون در مورد نقل ، انتقال هم وجود دارد از این دلیل به قابلیت انتقال آن حق هم پی‌می‌بریم و به قبول انتقال آن به ورثه حکم می‌کنیم زیرا خصوصیتی برای اسباب وجود ندارد . اما اگر دلیلی بر قابلیت حق برای نقل وجود نداشته باشد چون اصل عدم انتقال است بعدم قبول انتقال حق به ورثه حکم می‌کنیم .

مقام سوم - هر گاه در قبول نقل حق به وسیله بیع و صلح و مانند آن شك کنیم اصل عدم قبول نقل است زیرا ظاهر ادله حق ، اختصاص آن به ذوالحق است پس اثبات آن برای غیر به دلیل معتبری نیازمند است .

اگر گفته شود : عموماً صحت بیع و تجارت و عقد برصحت و نفوذ نقل دلالت می‌کند . در پاسخ گفته میشود : این ادله برصحت معاملات عرفیه دلالت می‌کند ، و در این صورت به چیزهایی اختصاص دارد که قابل نقل باشد ، و چنانچه در قابلیت نقل حق شك داشته باشیم تمسک به این ادله برای نقل از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیه است و آن هم صحیح نیست .

پایان

۱- مبسوط شیخ طوسی ، آغاز کتاب احیاء موات .

۲- سوره اسراء آیه ۳۳ .

۳- تمسک به استصحاب در این مقام منوط به آن است که استصحاب را در شبهات حکمی جاری

بدانیم والا باید به سایر اصول و قواعد تمسک نمائیم .

۴- در صورت خدشه در این استصحاب می‌توانیم به : لایحل مال اسری الاعن طیب نفسه (مکاسب محشی ص ۲۴۶) تمسک نموده و به عدم سقوط حق الشفعه حکم کنیم .