

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۲،  
بهار ۱۳۹۲، ص ۷۶-۵۳

## بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره‌ی ملکیت، حق و حکم\*

### دکتر جلیل فنواتی

دانشیار دانشگاه تهران (پردیس قم)

Email: ghanavati@ut-cq.ac.ir

### حسین جاویر

استادیار دانشگاه حضرت معصومه (سلام‌الله‌علیها) و عضو شورای علمی گروه فقه و حقوق  
پژوهشکده‌ی باقرالعلوم (علیه‌السلام)

Email: h.javar@yahoo.com

### مهشید جعفری هرندی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه مفید

Email: jafari.harandi@yahoo.com

### چکیده

ملکیتی که مدار معاملات و معاوضات است، تابعی از اعتبار عقلاء و شارع می‌باشد که به وجود اعتباری ایجاد می‌شود و می‌توان به نوعی، آن را اضافه‌ی اعتباری خواند که وجود موضوع اعتباری و بلکه صرف وجود محلی برای آن، به لحاظ توقع آن محل، در اعتبار آن کافی است؛ بنابر این، ملکیت، نه در زمره‌ی أعراض مقولی است که وجود موضوع آن‌ها در خارج لازم می‌باشد؛ و نه مانند اعتبارات ذهنی، از سنخ مفاهیمی است که عروض و انصاف آن‌ها ذهنی است. حق، توانایی خاصی است که گاهی به عین، گاهی به عقد و گاهی به شخص تعلق می‌گیرد؛ مانند: حق تحجیر، حق خیار و حق قصاص. متعلق حق، در تمام موارد، عملی است که به عین، یا شخص و یا عقد تعلق دارد، در حالی که ملک، احاطه و سلطنتی است که حقیقتاً به خود عین، یا منفعت و یا عمل، تعلق می‌گیرد؛ بنابر این، از آنجا که ملک، ملزوم سلطنت مطلق است و حق اعتباری ویژه در برخی تصرفات خاص به شمار می‌رود، حق، نمی‌تواند عین ملک تلقی گردد و افزون بر این، از آنجا که ملک، ماهیتاً امری بسیط و غیر مقول به تشکیک است، حق نمی‌تواند مرتبه‌ای از ملک به شمار رود. مضافاً اینکه در برخی از حقوق، از جمله: حق تحجیر و حق اختصاص، اساساً، ملکیت فرض ندارد. حق، با اوضافی که دارد، جز در مواردی که دلیلی خاص، مانع تمام یا برخی از تصرفات می‌شود، علی‌الاصول، قابل نقل، اسقاط و انتقال به ارث است و هر آن چیزی که در ماهیت، به وصف حق، متصف می‌باشد، قابل اسقاط است و إلاً حکم به شمار می‌رود که در این صورت، جز با امتثال حکم، یا انتفای موضوع، ساقط نمی‌شود. از آنجا که ادله‌ی معاملات، در مقام انفاذ اسباب شرعی است، در موارد شک، اگر یقین به قابلیت نقل و شک در مانعیت، یا شرطیت سبب خاص باشد، عموم دلیل شرط، یا صلح، جاری می‌شود؛ و اگر شک، در اصل قابلیت نقل باشد، اصل، عدم قبول نقل است.

**کلید واژه‌ها:** ملکیت، مقولات عرضی، مقولات ذهنی، اعتبار، حق، حکم، اسقاط.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۰۳/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۱۲/۰۸.

**مقدمه**

در حقوق کنونی، چالش‌هایی که در برخی از زمینه‌های جدید و نو ظهور جلوه‌گر می‌باشد، بعضاً، در مباحث بنیادین مالکیت، ریشه دارد و پاسخ‌مبنایی به این معضلات، به اتخاذ موضعی صحیح در نظریه‌پردازی مالکیت بستگی دارد؛ برای مثال بحث اقتصاد اطلاعات، نقش اراده در تعیین دامنه‌ی حریم خصوصی، امکان موضوع معامله قرار گرفتن برخی از حیثیات معنوی، امکان اسقاط و صرف‌نظر کردن از حق خلوت در قبال عوض، یا بدون عوض، قابل به ارث گذاردن حق حریم خصوصی، امکان نقل، انتقال و اسقاط حقوق مرتبط با شخصیت، جلوه‌های متنوع مالکیت تناوبی، همگی با مباحث بنیادی مالکیت و حق، ارتباط وثیق می‌یابند.

با توجه به مراتب فوق و نظر به اهمیت مباحث بنیادی در حقوق مالکیت و فلسفه‌ی حقوق، و با عنایت به وجود دیدگاه‌های حقوقی قوی درباره‌ی ملکیت، در این نوشتار، نظریه‌ی یکی از فقیهان برجسته‌ی امامیه، درباره‌ی ملکیت، حق و حکم، مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد.

از آنجا که برخی، حق را مرتبه‌ای ضعیف از ملکیت قلمداد می‌کنند و از سوی دیگر، ملکیت نیز گاه از مقولات عَرَضی شمرده می‌شود، محقق‌اصفهانی، نخست، نسبت ملکیت را با مفاهیم مشابه، بیان می‌کند، آن‌گاه جایگاه حق را در نسبت با ملکیت و برخی ویژگی‌های آن و نسبت حق و حکم را مورد بررسی قرار می‌دهد.

**نسبت ملکیت با مفاهیم مشابه****رابطه‌ی ملکیت با مقولات عَرَضی**

رابطه‌ی ملکیت و مقولات عَرَضی، به نحو عام و خاص، قابل بررسی است؛ از این رو، مقولی نبودن ملکیت به نحو عام و رابطه‌ی آن با مقولات جِدّه، اضافه و کیف نفسانی، به ترتیب، بررسی می‌گردد.

**مقولی نبودن ملکیت، به طور کلی**

محقق‌اصفهانی، به سه دلیل، ملکیت را از مقولات عَرَضی نمی‌داند.

**دلیل اول؛** اساساً، مقوله، از دو حالت خارج نیست: یا مانند سفیدی و سیاهی، بر چیزی حمل می‌شود که در خارج بر آن صدق می‌کند؛ در این صورت، لازمه‌ی آن، داشتن صورت و مطابقی در اعیان خارجی است؛ و یا از مقوله‌ی اضافه است که فعلیت آن در مقایسه و اضافه با

غیر، لحاظ می‌شود؛ به همین دلیل، نمی‌تواند از وجود مستقلی بر خوردار باشد و در واقع، از حیثیات و شئون چیزی است که مطابق خارجی دارد و وجود مقوله، از آن مطابق خارجی، نشأت می‌گیرد. (اصفهانی، ۱۴۱۸ ق، ۲۵)

ملکیت در قالب هر يك از دو صورت، قابل توجیه نیست؛ زیرا از يك سو، برای مثال پس از تحقق عقد، چیزی به وجود نمی‌آید که دارای مطابق خارجی باشد (نقض صورت اول) و از سوی دیگر، ذات مالك و مملوك، به يك حیثیت وجودی، مَتَّصِف نمی‌شوند و بر حال، قبل از عقد باقی می‌مانند (نقض صورت دوم) (همان).

**دلیل دوم؛ مقولات،** با توجه به اینکه از أمور واقعی به شمار می‌روند، اختلاف دیدگاه‌ها و اعتبارات، تأثیری در آن‌ها ندارد؛ از این رو، به اختلاف دیدگاه‌ها و یا تفاوت در اعتبارات، متفاوت نمی‌شوند؛ بنابر این، به طور مثال، سقف نسبت به مادون خود، همواره فوق است و نسبت به آسمان، همواره تحت است، در حالی که معاطات، در دیدگاه عرف، مفید ملکیت است، ولی مطابق برخی أقوال، در دیدگاه شرع، مفید ملکیت نیست، در حالی که اگر معاطات، حیثیت خارجی می‌داشت و از أمور واقعی می‌بود، دچار این اختلاف نمی‌گردید؛ همین اختلاف در اوصاف، نشان دهنده‌ی مغایرت آن با سنخ مقوله است (همان، ۲۶).

**دلیل سوم؛** از آنجا که وجود عَرَضِي، وجود نعتی و وصفی برای غیر است، به موضوع خارجی، نیازمند می‌باشد و در حقیقت، وجود عَرَضِي، به وجود موضوع آن، منوط است، در حالی که به إجماع فقیهان، تملیک کَلِّي ما فی الذَّمه، صحیح است.

دیدگاه فقیهان اسلامی درباره‌ی بیع کالای کَلِّي ما فی الذَّمه، این است که انتقال ملکیت، همانند عین معین، در زمان انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد؛ چرا که مالکیت اعتباری، تابع اعتبار عقلاء و شارع است؛ البته، کَلِّي ما فی الذَّمه، به طور کلی، معدوم نیست، بلکه در عالم اعتبار، وجود دارد و آن ملکیت اعتباری که مدار معاملات و معاوضات است، از أعراض مقولای ای نمی‌باشد که وجود موضوع آن‌ها در خارج، لازم است؛ از این رو، لازم نیست معروض ملکیت، در خارج موجود باشد، بلکه صرف وجود محلی برای آن، به لحاظ توقع حصول آن محل، برای اعتبار این ملکیت، کافی است (قنواتی، بررسی تطبیقی زمان انتقال مالکیت، ۵۹).

مشهور فقیهان، مالکیت طبیعی فقیر را بر زکات پذیرفته‌اند؛ حال اینکه یا در موضوع آن، وجود خارجی فقیر، شرط نیست، یا اینکه اساساً، برای این کلی، وجود حقیقی متصور نیست؛ بنابر این به وضوح، معلوم می‌شود ظرف وجود این دو، تقدیری و موجودیت آن‌ها هم به

وجود اعتباری است و موضوع محقق خارجی که لازمه‌ی مقولات عَرَضی است، در این میان، مفقود است؛ اللازم باطل فالملزوم مثله (اصفهانی، پیشین، ۲۶-۲۷).

### رابطه‌ی ملکیت با مقولات سه گانه‌ی جدّه، اضافه و کیف نفسانی

محقق اصفهانی، پس از بررسی کلی رابطه‌ی ملکیت با مقوله، در مرحله‌ی بعد، در صدد است تا به طور خاص، رابطه‌ی ملکیت را با هر یک از مقولات سه گانه، نیز بررسی کند و عدم اندراج ملکیت را به ترتیب در مقوله‌های جدّه، اضافه و کیف نفسانی، اثبات نماید.

#### رابطه‌ی ملکیت با مقوله‌ی جدّه

جدّه، هیأتی است که برای جسم، از راه احاطه شدن کل جسم، یا بخشی از آن، حاصل می‌گردد؛ کون الجسم فی محیط کله أو بعضه (سهروردی، ۱۳۷۳ ش، ۲۹۷)؛ نظیر پوشیدگی سر به وسیله‌ی کلاه، یا پوشیدگی بدن به وسیله‌ی لباس. واضح است که چنین هیأتی برای ملک، به سبب احاطه‌ی مالک و یا برای مالک، به سبب احاطه‌ی ملک شرعی قابل پذیرش نیست؛ بنابراین این، ملکیت، از مصادیق مقوله‌ی جدّه، شمار نمی‌شود (اصفهانی، ۲۹).

#### رابطه‌ی مالکیت با مقوله‌ی اضافه

باید توجه داشت، صرف رابطه‌ی تضایف بین دو مفهوم، لیل بر این نیست که مبدأ این دو، مقوله‌ی اضافه می‌باشد؛ برای مثال، علم بودن و معلوم بودن، دو امر متضایف‌اند، در حالی که بنابر نظر مشهور، مبدأ این دو یعنی: علم، کیف نفسانی است؛ نه اضافه. آری؛ اگرچه فلاسفه، درباره‌ی مفهوم علم، اتفاق نظر ندارند و مشهور فلاسفه، علم را جزء مقوله‌ی کیف محسوب می‌دارد و صدرالمتألهین شیرازی، آن را از سنخ وجود می‌داند، نه ماهیت (شیرازی، ۲۹۷/۳)؛ به هر حال، علم، جزء مقوله‌ی اضافه به شمار نیامده است. از این رو، صرف متضایف بودن رابطه‌ی مالکیت و مملوکیّت، اقتضاء نمی‌کند که مبدأ این دو یعنی: ملک نیز از مصادیق مقوله اضافه باشد (اصفهانی، ۲۹).

#### رابطه‌ی ملکیت با مقوله‌ی کیف

ممکن است ملکیت، از این جهت که در نفس آدمی، قدرت و توانایی بر انجام عمل حقوقی و تبدیل و تعویض شیء ایجاد می‌کند، از مصادیق مقوله‌ی کیف تلقی شود، ولی این دیدگاه نادرست است؛ زیرا قدرت، همواره به افعال تعلق می‌گیرد و نه اعیان، در حالی که ملکیت، ابتدائاً به خود اعیان، تعلق می‌گیرد؛ بنابراین واضح است که ملکیت از سنخ قدرت و

تسلط و به تعبیر دیگر، کیف، به شمار نمی‌آید (اصفهانی، پیشین، ۲۹-۳۰).

### انتزاعی نبودن ملکیت

ممکن است کسی گمان کند، ملکیت شرعی و عرفی در زمره‌ی امور انتزاعی و اختراعات عقل می‌باشد و ماهیت مستقلی ندارند. محقق اصفهانی، احتمالاتی که در این باره مطرح می‌باشد، بررسی و آن‌ها را رد می‌کند.

### عقد، منشأ انتزاع

این احتمال، با توجه به اینکه عقد، به خودی خود، منشأ انتزاع باشد، یا به لحاظ حیثیت وابسته‌ی به آن، منشأ انتزاع شود، دو فرض پیدا می‌کند:  
**فرض اول**، این است که عقد، به خودی خود، منشأ انتزاع باشد؛ به این معنا که عقد و معاطات، دارای وجود خارجی پنداشته‌شود و ملکیت از این وجود خارجی، نشأت گیرد و انتزاع شود.

این توهم، بر فرض صحت، هر چند از جهت منشأ انتزاع و وجود موضوع، مشکل را بر طرف می‌کند، اما در عین حال، مشکل دوم از مشکلات سه‌گانه که در بحث مقولی نبودن مالکیت مطرح گردید، به قوت خود باقی است؛ زیرا اگر عقد یا معاطات، منشأ انتزاع مقوله‌ای باشند، نباید در اثر اختلاف دیدگاه و اعتبارات، دچار اختلاف و تفاوت شوند، در حالی که گفته شد: عقد و معاطات این‌گونه نیست (همان، ۲۷).

**فرض دوم**، عقد به لحاظ حیثیت وابسته‌ی به آن، از قبیل: سببیت و مسببیت و نه به خودی خود، منشأ انتزاع ملکیت باشد.

این فرض نیز با ایراد جدی مواجه است؛ از جمله اینکه لازم فرض مذکور، این است که نباید عقد، قبل از تشریح منشأ انتزاع باشد و در نتیجه، نباید قبل از تشریح، مفهومی به نام ملکیت وجود داشته‌باشد، در حالی که مفهوم ملکیت، قبل از تشریح هم وجود داشت؛ الا لازم باطل فالملزوم منله (همان).

### انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی

برخی از دانشمندان احکام وضعی نظیر: ملکیت را در قبال احکام تکلیفی، احکام مستقلی

نمی‌شمارند و آن را از احکام تکلیفی، نظیر: جواز تصرف ناشی از نقل و غیر آن، منتزَع می‌دانند؛ به این معنا که جواز آنحاء تصرفات متصرف، در شیء، نشان می‌دهد که زمام امر و سلطنت آن چیز، به دست اوست و از طرفی، ملکیت هم در معنا، همان سلطنت است؛ بنابراین، ملکیت که امری وضعی است، از جوازی منتزَع می‌شود که امری تکلیفی است (جزائری، ۱۴۱۶ هـ ق، ج ۱، ۵۴۴).

محقق اصفهانی، پس از بیان دیدگاه فوق، انتقاد می‌کند که در مواردی، ملکیت وجود دارد، اما به هیچ وجه، جواز تصرفی برای مالک، وجود ندارد؛ برای مثال: افراد محجور، به دلیل صغر سن، جنون، سفه یا فلس، از تصرف، محجور و ممنوع به شمار می‌روند و متقضای چنین حالتی، ثبوت اقتضائی ملکیت است، نه ثبوت فعلی؛ زیرا جواز تصرف که علی الفرض، منشأ انتزاع ملکیت است، ثبوت اقتضائی دارد و بالملازمه، باید ملکیت نیز که از آن منتزَع می‌شود، ثبوت اقتضائی داشته باشد، در حالی که بدون شك، ملکیت در فرض مذکور، فعلی است، نه اقتضائی؛ بنابر این، محال است امر انتزاعی مثلاً: ملکیت موجود باشد، اما منشأ انتزاع آن- یعنی: جواز تصرف موجود نباشد؛ الا لازم باطل فالملزوم مثله.

از این رو، جواز تصرف ولی نیز مصحح انتزاع ملکیت برای مولی علیه نمی‌باشد؛ زیرا معقول نیست که حیثیت مصحح انتزاع یک چیز باشد، لکن انتزاع از چیز دیگری صورت گیرد (اصفهانی، پیشین، ۲۷-۲۸).

### ماهیت ملکیت

محقق اصفهانی، پس از تبیین این مطلب که ملکیت، امری اعتباری و وابسته به اعتبار معتبر است و از مقولات حقیقی خارجی فلسفی شمرده نمی‌شود، به پاسخ این پرسش می‌پردازد که آیا اعتبار ملکیت، از قبیل اعتبار جدّه، یا اعتبار اضافه و یا اعتبار جدّه ذات اضافه است؟ به اعتقاد وی، دیدگاه صحیح، این است که ملکیت، از قبیل اضافه‌ی اعتباری است و از این رو، اعتبار احاطه‌ی مالک بر مال نیز نمی‌تواند مبین مفهوم جدّه‌ی اعتباری در مورد ملکیت باشد (همان، ۳۱-۳۲)؛ بنابر این، احتواء و پوشانندگی و احاطه‌ی مالک نسبت به مملوک و پوشیدگی مملوک و به دیگر سخن، احاطه‌ی مالک بر مملوک و محاط بودن مملوک، از نوع اضافه‌ی اعتباری است.

محقق اصفهانی، در پاسخ به این پرسش که آیا ملکیت، مفهوماً، سلطنت است (طباطبائی

یزدی، ۱۴۱۰ ق، ۵۸)، یا احاطه، یا وجدان و دارا بودن و یا احتواء، معتقد است: ملکیت به معنای سلطنت نیست؛ زیرا سلطنت، با حرف استعلای علی متعددی می‌شود، در حالی که ملکیت، متعدی بنفسه است.

ملکیت، به معنای احاطه هم نیست؛ زیرا احاطه، گاهی با حرف باء و گاهی با حرف استعلاء، متعدی می‌شود.

به نظر محقق اصفهانی، ملکیت، تقریباً مساوق احتواء و وجدان و دارا بودن و یا واجدیت در مقام اعتبار است (اصفهانی، پیشین، ۳۱).

### مراتب ملك از جهت متعلق

با توجه به اینکه ممکن است متعلق ملکیت، عین، منفعت و یا انتفاع باشد، محقق اصفهانی، وضعیت ملکیت را از جهت متعلق آن، به ترتیب بررسی می‌کند.

ملکیت عین، با هیچ ایرادی مواجه نیست و بحث خاصی در این رابطه، مطرح نمی‌باشد. در خصوص مالکیت منافع، از دو جهت، ایراد می‌شود؛ مهم‌ترین ایراد، این است که تعلق ملکیت به منافی که در آینده به وجود می‌آید، تعلق ملکیت به امر معدوم است، در حالی که عرض، نیازمند موضوع موجود است (همان).

محقق اصفهانی، در پاسخ به این ایراد، می‌گوید: درست است که در اضافه‌ی مقولی، وجود دو طرف اضافه، به صورت فعلی، ضرورت دارد؛ چنان‌که يك نسبت غیر قابل تغییر نیز وجود دارد. همانند: رابطه‌ی پدر و فرزند. اما ملکیت، از أعراض خارجی نیست، تا به موضوع موجود خارجی، نیازمند باشد، بلکه ملکیت، یک اعتبار است و برای تحقق آن، صرف وجود موضوع اعتباری، کافی است؛ زیرا با وجود منشأ مورد اجاره، منافع هم موجود فرض می‌شود؛ همچنان- که موضوع مالکیت کلی ما فی الذمه نیز با همین وجود تقدیری کلی در ذمه، تصحیح می‌شود، بلکه فرض ثبوت کلی در أفق اعتبار، کافی است، تا مالکیت کلی ما فی الذمه، بر آن تکیه کند؛ از این رو، لازم نیست معروض ملکیت در خارج موجود باشد، بلکه صرف وجود محلی برای آن، به لحاظ توقع حصول آن محل، در اعتبار این ملکیت کافی است (همان، ۳۲).

### بررسی دیدگاه محقق رشتی

محقق رشتی، تلاش می‌نماید در پاسخ به اشکال معدوم بودن منفعت و عدم تعلق ملکیت،

به امر معدوم و نیز در پاسخ به این ایراد که منفعت، عَرَضی از أعراض مستاجر است و در نتیجه، مستاجر، به دلیل مالک نبودن، نمی تواند آن را به ملکیت غیر درآورد، ضابطه‌ی جدیدی برای تفاوت بین ملکیت عین و منفعت و انتفاع، ارائه دهد.

از دیدگاه محقق رشتی، در تمام سه حالت مالکیت عین، منفعت و انتفاع، عین به ملکیت در می آید؛ نهایت اینکه اگر سلطه‌ی بر عین، تمام جهات عین را در بر گیرد، از آن، به ملکیت عین، یا ملکیت رقبه‌ی کالا تعبیر می شود و اگر این سلطه، به جهت خاصی از جهات عین، اختصاص یابد و در عین حال از همان جهت هم مستقل باشد، از آن، به ملکیت منفعت تعبیر می شود و در نتیجه، عین از جهت منفعت، ملک مستاجر محسوب می شود؛ اگر چه مالکیت خود عین، همچنان به طور کامل، از آن موجد است، ولی اگر سلطه، بدون وصف استقلال به جهت خاصی اختصاص یابد، از آن، به ملکیت انتفاع تعبیر می شود؛ البته، این، بدان معنی نیست که انتفاع، به طور حقیقی، تحت مالکیت در می آید. (گیلانی (محقق رشتی)، بی تا، صص ۴-۵)

بنابر این، بر اساس دیدگاه محقق رشتی، جواز و عدم جواز نقل و انتقال تابع استقلال و عدم استقلال است؛ هر جا که استقلال در منفعت، و به تعبیر دیگر، ملکیت منفعت باشد، نقل، جایز است و هر جا که استقلال در منفعت، وجود ندارد و به تعبیر دیگر، ملکیت انتفاع می- باشد، نقل، جایز نمی باشد.

محقق اصفهانی، بر استدلال محقق رشتی، از هر دو جهت انتقاد می کند و به طرح دو اشکال می پردازد:

۱) اگر جهت مخصوصی، مملوک در قرارداد اجاره باشد، نسبت آن با عین، نظیر نسبت وصف است به حال متعلق وصف که در این حالت، انتقادات وارده، بی پاسخ می ماند و اگر مملوک، خود عین با حیثیت خاص باشد، از آنجا که جهات و حیثیات عین، موجب تعدد عین نمی شود، عین واحد نمی تواند با لحاظ برخی از جهات، در ملکیت یک شخص و با توجه به جهات دیگر، مملوک فردی دیگر باشد؛ چرا که در این صورت، اجتماع دو مالکیت در عین واحد لازم می آید که در هر حال قبیح است؛ چه ملکیت از مقولات عَرَضی دانسته شود و چه از مقولات اعتباری به شمار آید.

اگر ملکیت، از مقولات عَرَضی دانسته شود، لازم می آید دو عَرَض متمائل، به موضوع واحد، قائم باشد، که صحیح نیست؛ از سوی دیگر، اگر مالکیت، امر اعتباری شمرده شود، در نزد عقلاء، اعتبار دو ملکیت بر شیء واحد، جز به لحاظ توجه هر کدام به موضوع جداگانه، لغو



است (اصفهانی، پیشین، ۳۶-۳۷).

۲) اگر منظور، این باشد که عین، بر ملك مالك اصلی، باقی است و در عین حال همان عین، به لحاظ همان جهت مخصوص، در ملك شخص دیگری می‌باشد، این سخن، اگر چه تفاوت عاریه و اجاره را توجیه می‌کند، اما در عین حال اشکال اجتماع دو مالك بر عین واحد، همچنان باقی است. در حقیقت، ملکیت، ماهیتاً، امر بسیطی است که دچار تبعیض نمی‌شود، تا گمان شود، مالك، در مثل ملکیت منفعت و انتفاع، جزئی از آن را به منتقل‌إلیه اعطاء می‌کند. بنابراین، نظریه‌ی محقق رشتی، دارای مبنای قابل توجیهی نمی‌باشد (همان، ۳۷). محقق اصفهانی، با توجه به دیدگاه برخی از محققان که حق را مرتبه‌ای از ملکیت می‌دانند، در این مرحله، به تبیین مفهوم حق و نسبت آن با ملکیت و حکم می‌پردازد و دیدگاه خود را در هر کدام از زمینه‌های یاد شده، مطرح می‌کند.

### مفهوم، ماهیت و قابلیت إسقاط، نقل و انتقال حق

#### مفهوم حق

حق در لغت، در معانی متعددی از جمله: خلاف باطل، واجب، ثابت، یقین، مال، ملك، صدق و عدل، به کار رفته است (مشکینی، ۲۱۳)؛ به همین دلیل، اغلب، گمان می‌شود حق، در لغت، معانی متعدد و مختلفی دارد و مانند لفظ عین که در کتب لغت، برای آن، حدود هفتاد معنی، مذکور است، مشترك لفظی می‌باشد (تفضلی، ۱۲۰).

از دیدگاه محقق اصفهانی، همه‌ی معانی مذکور برای حق، به يك معنای واحد بر می‌گردد و بقیه‌ی معانی که برای آن بیان می‌شود، از باب اشتباه مفهوم به مصداق است و آن يك معنی، به اعتبار وجه مصدری حق، ثبوت، و به اعتبار وجه وصفی حق، ثابت است (اصفهانی، پیشین، ۳۸).

#### ماهیت حق و مرتبه‌ی آن نسبت به ملك

سؤال اساسی، این است که آیا حق در مقابل حکم، از جهت مفهوم و مصداق، همان سلطنت و ملك است و یا در موارد گوناگون، از اعتبارات مختلفی برخوردار است؟ مشهور، حق را عبارت از سلطنت می‌دانند و شیخ انصاری هم همین نظر را دارد (انصاری، مکاسب، ۱۴۱۵ ق ۱۶/۳-۲۰) با این تفاوت که ایشان قید فعلیت را هم اضافه می‌کند و حق را سلطنت فعلی می‌داند؛ از این رو، پاسخ معروف پرسش مذکور، این است که حق، در واقع،

همان سلطه‌ی اعتباری است و نه سلطه‌ی تکلیفی که به صرف جواز فسخ و امضاء، یا جواز تملك در شفعه و مانند آن، بر گردد.

به این پاسخ، از این جهت انتقاد می‌شود که سلطنت، از احکام حق است، نه خود حق؛ در تعریف هر ماهیتی، علی‌الأصول، نباید آثار و احکام آن را رکن آن ماهیت، ارائه نمود و نیز شخص محجور با اینکه شرعاً، حق دارد، ولی سلطنتی در تصرفات ندارد؛ بنابر این، نمی‌توان حق را به معنای سلطنت دانست (اصفهانی، پیشین، ۴۱).

برخی نیز حق را عین ملك می‌شمرند. اینان می‌گویند: حق، ماهیتاً، همان ملك است و به همین دلیل، از حق اختیار، به ملکیت فسخ و ازاله، تعبیر می‌کنند و حق را مفهوماً و مصداقاً، ملك می‌دانند (نایینی، ۱۴۱۸، ۱/۱۰۵-۱۰۶)، ولی مشکلی که وجود دارد، این است که حق، گاهی به چیزی اضافه می‌شود که در شرع، ملکیت آن، اعتبار نشده است؛ مثل: حق اختصاص به خمر، یا حق اولویت نسبت به زمین سنگ چینی شده که حق تحجیر نام دارد و بنا بر نظر مشهور فقهاء، فقط با احياء زمین، قابلیت تملك پیدا می‌کند. در این موارد، علی‌الأصول، حق نمی‌تواند به معنای ملك باشد. همین موضوع، عده‌ای را بر این می‌دارد تا بگویند: حق، مرتبه‌ی ضعیفی از ملك و اولین مرتبه‌ی آن است و ملك نبودن خمر، یا زمین سنگ چینی شده، به این معنی است که نظیر سایر املاك نیست، اما قطعاً، به معنای مرتبه‌ی ضعیفی از ملك هست (همان).

از نظر محقق اصفهانی، دیدگاه مذکور، از این جهت قابل انتقاد است که حقیقت ملك، چه از مقوله‌ی اضافه باشد و چه از مقوله‌ی جدّه، از حیث شدت و ضعف، دارای مراتب مختلف نیست؛ زیرا اگر ملکیت از مقولات اضافی دانسته شود، مقوله‌ی اضافه، وجود استقلالی ندارد، بلکه تابع آن مقوله‌ای است که اضافه، بر آن عارض می‌شود؛ از این رو، اگر عارض بر مقوله‌ای باشد که شدت و ضعف را بر می‌تابد: مانند مقوله‌ی کیف-مقوله‌ی اضافه هم به تبع آن، به شدت و ضعف، متصف می‌شود، ولی اگر مانند: جوهر، از مقوله‌ای باشد که شدت و ضعف را برنتابد، هیچ‌گاه به شدت و ضعف، متصف نمی‌گردد (اصفهانی، پیشین، ۴۳؛ روحانی، ۱۷/۳).

از سوی دیگر، اگر ملکیت، از مقوله‌ی جدّه شمرده شود، مقوله‌ی جدّه نیز، همان‌طور که بیان شد، به خودی خود، به شدت و ضعف، متصف نمی‌شود، بلکه تنها، به زیاده و نقصان، متصف می‌گردد؛ بنابر این، اگر تفاوتی هم باشد، در شدت و ضعف نیست، در حالی که بر اساس دیدگاه یاد شده، برای فرق گذاری بین حق و ملك، ضرورتاً، باید تفاوت به شدت و

ضعف وجود داشته باشد.

از این بحث، روشن می‌شود، به هیچ وجه، نمی‌توان حق را به معنای ملک، قرار داد و ادعای اختلاف مراتب آن نیز با استدلال یاد شده، دعوی نادرست می‌باشد (اصفهانی، ۴۳). می‌توان گفت: حق، مصداقاً و در هر مورد، اعتبار مخصوصی است که آثار خاص خود را داراست؛ مثلاً: حق ولایت، فقط، اعتبار ولایت حاکم و پدر و جد پدری است که از احکام این اعتبار، جواز تکلیفی و وضعی تصرف ولی در مال مولی‌علیه است و به اعتبار دیگری، نیازمند نیست؛ به همین دلیل، اضافه‌ی حق، به ولایت، یعنی: حق ولایت، اضافه‌ی بیانه است. همچنین است حق تولیت، حق نظارت و حق رهانت که اعتبار وثیقه بودن عین است و اثر آن، جواز استیفاء دین، به هنگام امتناع از وفای به عهد می‌باشد و حق تحجیر که به موجب آن، شخص تحجیر کننده، بدون نیاز به اعتبار دیگری، بر زمین اولویت پیدا می‌کند و حق اختصاص به خمر که بدون اعتبار ملکیت، یا سلطنت، اعتبار اختصاص خمر به یک شخص در مقابل شخص دیگر می‌باشد و روشن است که اثر اولویت و اختصاص مذکور، این است که دیگری، به مزاحمت در مورد آن، مجاز نیست (همان، ۴۴).

البته، در چند مورد، بدون اشکال، اعتبار سلطنت، درست است:

- (۱) مورد اول، جایی است که دلیلی بر این امر، موجود باشد؛ مانند: حق قصاص، به دلیل آیه-ی شریفه‌ی: *فقد جعلنا لولیه سلطاناً* (اسراء: ۳۳).
- (۲) مورد دوم، جایی است که معنای اعتباری مناسبی در میان نباشد؛ مانند: حق شفعه؛ زیرا دارنده‌ی حق شفعه، به جهت تملک قهری مال شریک، تنها، بر منضم کردن حصه‌ی شریک به حصه‌ی خود، سلطنت دارد و با این وصف، اعتبار نفس شفعه، معنا ندارد؛ زیرا معنای آن، اعتبار ملکیت حصه‌ی شریک است، در حالی که به مجرد اینکه شخص، صاحب حق شفعه شود، حصه‌ی شریک خود را مالک نمی‌گردد، بلکه مالکیت، نیازمند أخذ به شفعه است.
- (۳) مورد سوم، جایی است که اعتبار سلطنت، درباره‌ی حق خیار نیز درست است. حق خیار، در حقیقت، قدرت و سلطنت بر اختیار و یا به عبارتی سلطه‌ی بر ترجیح فسخ، یا امضاء قرارداد است (اصفهانی، ۴۴).

### قابلیت اسقاط و انتقال حقوق

معمول است که در تفاوت حق و حکم گفته می‌شود: حق، قابل نقل و انتقال و اسقاط است

ولی حکم، از این ویژگی، برخوردار نیست. این وضعیت، ذیلاً مورد بررسی و تحلیل قرار می-گیرد.

## ماهیت اسقاط و نقل

### ماهیت اسقاط

به طور کلی، می توان برای اسقاط، دو تعریف را بیان کرد:

۱) اسقاط به معنای اخراج شخص، یا طرف، از طرفیت اضافه و نسبت؛

۲) اسقاط به معنای رفع اضافه و نسبت (همان، ۴۵).

به نظر می رسد، اسقاط، در حقیقت، همان رفع اضافه و نسبت می باشد که لازمه ی آن، خروج از طرفیت اضافه و نسبت است؛ نه اینکه اسقاط، ماهیتاً، اخراج شخص از طرفیت اضافه باشد؛ بنابر این، در مثل حق شفعه، اگر اسقاط حق شفعه، رأساً و اساساً، مد نظر قرار گیرد، سقوط این حق، طبیعتاً، با ثبوت آن برای سایر ورثه، منافات پیدا می کند، ولی اگر هدف، اسقاط حق از خود صاحب حق باشد، چنین سقوطی، با ثبوت حق برای سایر ورثه، منافاتی ندارد (همان).

به طور کلی، اسقاط، همانند نقل، به خود حق، نسبت داده می شود؛ زیرا، حق، در مقابل عین و منفعت و عمل، خود نسبت است و اسقاط به متعلق (مال)، نسبت داده نمی شود. شیخ أنصاری، به همین دلیل و با این استدلال که از يك طرف حق، مال محسوب نمی شود و از طرف دیگر، عوض قرارداد، لزوماً باید مال باشد، عوض قرار گرفتن حق- مانند: حق تحجیر- را زیر سؤال می برد (انصاری (شیخ)، مکاسب، ۱۴۱۵، ج ۳، ۷).

### ماهیت نقل

نقل اعتباری، این است که چیزی از طرف نسبت بودن در ملك کسی، خارج شود و طرف نسبت ملکیت دیگری قرار گیرد؛ به تعبیر دیگر، از طرف يك نسبت، خارج می شود و طرف نسبت دیگر، قرار می گیرد؛ بر همین اساس، نقل حق، مورد اشکال است؛ زیرا اگر از نقل حق، نقل متعلق حق، به دیگری، منظور باشد، در این صورت، نقل حق، صحیح است؛ زیرا برای مثال، صاحب حق تحجیر، زمین تحجیر شده را پس از خارج ساختن از نسبت حقی که با او دارد، به نسبت حقی دیگری وارد می کند.

اما اگر از نقل حق، نقل خود نسبت، منظور باشد، نقل حق، معقول نمی باشد؛ زیرا تشخیص

نسبت، با واسطه‌ی اطراف نسبت، تحقق پیدا می‌کند.

بنابر این، در عین حال که خود عین، قابل نقل است، نقل نسبت اضافی موجود، فی نفسه، امکان ندارد؛ از این رو، نقل در نسبت، مجازاً و با لحاظ وحدت آن با عین، تحقق پیدا می‌یابد و نه به نحو حقیقی و مستقل (همان، ۴۷).

### معیار قابلیت نقل و اسقاط حق

بعد از تبیین ماهیت اسقاط و نقل، بررسی این نکته شایسته است که بر چه اساس و معیاری می‌توان حق را قابل نقل، اسقاط و انتقال دانست؟ در این خصوص، ضوابط مختلفی بیان شده است که به اختصار بیان می‌گردد.

#### الف) معیار موجب حق

برخی بر این باورند که اگر موجب حق، علت تامه‌ی آن باشد، نقل و انتقال و اسقاط آن محال است؛ زیرا تخلف معلول از علت تامه‌ی خود، محال است؛ اما اگر موجب حق، مقتضی باشد، در صورت وجود مانع، مانند تقوم موضوع، به عنوانی خاص و یا تقييد مورد حق و متعلق آن، به قیدی که باعث تضییق دایره‌ی آن می‌شود، در این حالت، حق، قابل نقل و انتقال نیست؛ اما در صورت فقدان مانع، حق، قابل نقل و انتقال می‌باشد (همان، ۴۷-۴۸).

این معیار، از آن جهت قابل انتقاد است که اگر چه به حسب مقام ثبوت و واقع، امر به همین گونه است؛ اما اثباتاً، معیار و ضابطه‌ی تمیز دهنده‌ی وجود ندارد، تا به واسطه‌ی آن بتوان تشخیص داد در ولایت حاکم، پدر و جد پدری، علت تامه، موجب حق است و در حق اختیار، مقتضی، موجب آن می‌باشد.

همچنان که ترتب هر حقی بر يك عنوان خاص، در این، ظهور دارد که آن عنوان، موضوع تام برای حکم می‌باشد و علی‌الأصول، تخلف حکم از موضوع تام خود، محال است؛ زیرا موضوع، علت تامه برای حکم است؛ بنابر این، چه فرقی بین عنوان شریک در حق شفعه و عنوان بیع در حق اختیار، یا غیر آن از حقوق قابل نقل وجود دارد که در اولی، قابلیت نقل، موجود می‌باشد، ولی در دومی، این قابلیت وجود دارد.

بنابر این، معیار اثباتی قابل اتکایی ارائه نشده است (همان، ۴۷).

#### ب) دیدگاه محقق اصفهانی

قابلیت حقوق برای اسقاط، نقل و انتقال به ارث، تابع چند عامل است: ۱. لسان دلیل؛

۲. مناسبت حکم و موضوع؛ ۳. مصالح و حکمت‌هایی که مقتضی آن حکم است؛ مانند: مصلحت إرفاق در حق خیار (همان).

برای مثال، حق ولایت حاکم شرع، به خاطر ویژگی‌های حاکم شرع بودن و دارابودن این منصب است و در حق وصایت برای شخص وصی، با لحاظ دارا بودن این منصب و ویژگی و خصوصیتی می‌باشد که باعث می‌شود موصی، وی را و نه دیگری را وصی قرار دهد و از آنجا که تخصیص، بدون وجود مخصص، محال است؛ از این رو، نقل این حق، به غیر مورد مشخص شده، معقول نیست؛ چرا که یا خصوصیت در غیر آن مورد وجود ندارد و علی‌الغرض، خصوصیت، عنصر ضروری در ثبوت این ولایت می‌باشد و یا به دلیل وجود همین خصوصیات، در شخصی دیگر، نظیر حاکم دیگر، این اعتبار برای او وجود دارد و از این رو، بی‌نیاز از نقل است و از آنجایی که اعتبار ولایت، به منظور رعایت حال مولی علیه و موصی و نه ولی و وصی، مقرر می‌گردد، اسقاط آن مناسب نمی‌باشد؛ به عبارت دیگر، حاکم در اینجا، من له الحق نیست، تا بتواند از این حق، إعراض، یا آن را اسقاط، یا منتقل کند (همان).

### اقسام حقوق از جهت قابلیت نقل و انتقال و اسقاط

حقوق، از جهت قابلیت نقل و انتقال و اسقاط، با توجه به مفاد دلیل، وجود مصالح و مناسبات بین حکم و موضوع، پنج قسم می‌باشند:

#### ۱) حق قابل اسقاط و انتقال و غیر قابل نقل

به طور کلی، در خصوص حقوق، دو نوع عنوان وجود دارد؛ نوع اول، عنوان مقوم است؛ به نحوی که حق، وجوداً و عدماً، دائر مدار آن عنوان است و نوع دوم، عنوان معرف است. تشخیص اینکه عنوان مأخوذه، در زمره‌ی کدام یک از عناوین مذکور است، معمولاً با توجه به قرائن مقامی ممکن می‌شود. با این توضیح، روشن می‌شود، شریک، همان کسی می‌باشد که ممکن است در حق شفعه، متضرر شود، نه شخص دیگر؛ از این رو، معنا ندارد که این حق، به دیگری منتقل شود؛ در نتیجه، همان‌طور که تسلیط شخص، بر آن چیزی که از قبل، مالک می‌باشد، به دلیل قبح تحصیل حاصل، ناروا است، نقل حق، به مشتری نیز باطل می‌باشد. همین گونه است در حق الرهانه که نقل حق، بدون نقل دین به دیگری، غیر معقول است (همان).

#### ۲) حق قابل اسقاط و نقل و انتقال

حق قابل اسقاط و نقل و انتقال، مانند: حق خیار، یا حق تحجیر که اولویت وارث نسبت به

زمین تحجیر شده، کاملاً معقول است (همان، ۴۹-۵۰).

### ۳) حق قابل اسقاط و نقل بلاعوض و غیر قابل انتقال به ارث

حق قابل اسقاط و نقل بلاعوض و غیر قابل انتقال به ارث، مانند: حق قسم بین همسران یک مرد که نقل آن از یک زن به زن دیگر، صحیح است (مشکینی، ۴۲۵)؛ زیرا این حق، به وصف زوجه بودن، متصف است و از این حق، استفاده می‌شود که قابل نقل است، اما انتقال آن به ارث، استنباط نمی‌شود؛ زیرا این حق، حق زن است و مادام که او زنده می‌باشد، این حق، برای او قابل تصور است و این امکان وجود ندارد که وارث او، در جایگاه خاص او قرار گیرد؛ از این رو، حق مزبور، قابلیت انتقال به ارث را ندارد (اصفهانی، ۵۰).

### ۴) حق غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط

حق غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط، مانند: حق ابوت، حق ولایت حاکم، حق وصایت و مانند آن.

البته، ناگفته نماند: از دیدگاه محقق اصفهانی، موردی وجود ندارد که حق باشد و در عین حال امکان اسقاط آن، محل تردید باشد و در مثل حق ولایت و نظایر آن، صرف به کار رفتن تعبیر حق، برای آن‌ها، در روایات و نیز کلمات فقهاء، باعث نمی‌شود که آن‌ها در زمره‌ی حقوق قرار گیرند؛ بنابر این، تعبیر حق در این موارد، خالی از مسامحه نیست (همان).

### ۵) حق قابل اسقاط و غیر قابل نقل اختیاری و انتقال به ارث

حق قابل اسقاط و غیر قابل نقل اختیاری و انتقال به ارث، مانند: حق شتم و آزار و حق غیبت (همان).

البته، اگرچه این قسم، در کلام محقق اصفهانی مشاهده نمی‌شود؛ اما مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی، در حاشیه‌ی خود بر کتاب مکاسب، آن را دومین قسم از اقسام حقوق می‌شمرد و برای آن، حق غیبت و حق شتم و آزار را مثال می‌آورد. برخی از دانشمندان معاصر، این دو مثال را قابل ایراد می‌دانند و این دو را در زمره‌ی احکام غیر قابل سقوط به شمار می‌آوردند (گرچی، حق و حکم و فرق میان آن‌ها، ۱۳۶۴، صص ۳۷-۳۸).

## تفاوت بین حق و حکم

در این باره، دیدگاه فقیهان، مختلف و گاه معارض است که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره

می‌شود:

### ۱) نفی مغایرت بین حق و حکم

محقق خویی، از مشهورترین فقیهان طرفدار این دیدگاه است. او، این دیدگاه را به طور مجمل، در حاشیه‌ی خود بر مکاسب مطرح می‌کند (خویی، ج ۲، ۳۶۶). به اعتقاد وی، حق، مغایر حکم نیست، بلکه، حق، ماهیتاً، حکم شرعی است که اختیار آن به دست من له الحق است و او می‌تواند آن را اسقاط کند. وی در ادامه، هر گونه فرقی بین جواز حکمی و جواز حقّی، و لزوم حقّی و لزوم حکمی، منکر می‌شود و آثاری چون: قابلیت اسقاط و نقل و امثال آن را تابع ادله‌ی احکام می‌داند (حسینی شاهرودی، ۲۰-۲۳).

### ۲) رابطه‌ی احکام و حقوق با منشأ خود

بر اساس این دیدگاه، احکام، تابع مصالح و مفاسد می‌باشند و از آن‌ها ناشی می‌شوند؛ به عبارت دیگر، احکام، وضعاً و رفعاً، تابعی از مصالح و مفاسد هستند، (نجفی) کاشف الغطاء، بی تا، ۷۲) در حالی که امور اعتباری‌مانند: حق وضعاً و رفعاً، تابع اسباب خاص خود هستند. (اصفهانی، پیشین، ۴۵)

محقق اصفهانی، پس از طرح این دیدگاه، در صدد انتقاد بر می‌آید و می‌گوید: امور اعتباری نیز به حسب موارد خاص، تابع مصالح خود هستند؛ مثلاً: در اعتبار ملکیت، برای متعاقدين، مصلحتی وجود دارد که باعث می‌شود شارع، ملکیت را برای آن‌ها اعتبار کند و یا در حق شفعه که به دلیل وجود مصلحتی خاص برای تملک حصه‌ی شریک، سلطنت شریک، اعتبار می‌شود؛ بنابر این، احکام، در این باره خصوصیتی ندارند، بلکه از این حیث با حقوق، مشترک می‌باشند.

### ۳) قابلیت اسقاط در حقوق و عدم قابلیت اسقاط در احکام

حق، این است که به خودی خود، قابل اسقاط است؛ لکن ذی حق آن یسقط حقّه، در حالی که امر حکم، به دست حاکم است و از این رو، قابل اسقاط نیست. (حکیم، بی تا، ج ۱، ۸۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۵۷؛ نائینی، بی تا، ج ۱، ۱۰۷)

محقق اصفهانی، در ردّ این نظر می‌گوید: با توجه به اینکه حق و ملکیت نیز آموری هستند که از ناحیه‌ی شرع، یا عرف، اعتبار می‌شوند، امر آن دو نیز، وضعاً و رفعاً، به دست معتبر آن‌ها است.

### ۴) إسناد اسقاط به وجود حق مالکیت برای من له الحق

گروهی اعتقاد دارند: وجه تفاوت حق و حکم، در این است که در حق، من له الحق، ملک



چیزی است که زمام امر آن به دست اوست؛ بنابراین، اِحقّ دارد که آن را اسقاط کند. محقق اصفهانی، این دیدگاه را ردّ می‌کند؛ زیرا از دیدگاه ایشان، در حقیقت، مقتضای مالکیت انسان بر عین، یا عمل و نیز سلطه‌ی او بر عین یا عمل، این است که امر عین، یا عمل، به دست انسان است؛ نه امر ملکیت و سلطنت؛ از این رو، مالک، عین را در ملکیت دارد؛ نه مالکیت را. ملکیت، بدون واسطه‌ی اضافه دیگری، بذاتها، به شخص منتسب است و به همین کیفیت، حقّ نیز بدون واسطه‌ی اضافه‌ی ملکیت، بذاتها، به شخص، منتسب می‌شود؛ بنابراین، ادعای مالکیت انسان بر حقّ، ادعای نادرستی است (اصفهانی، ۴۵).

#### (۵) دیدگاه محقق اصفهانی

سنخ احکام تکلیفی، از سنخ اعتبارات وضعی، متفاوت است. احکام تکلیفی به دو دلیل قابل رفع نیست:

نخست اینکه بعث و زجر، امر و نهی، اعم از اینکه از مصلحت و مفسده‌ی ملزمه، یا غیر ملزمه، ناشی باشند، مقدمه‌ی فعل، یا ترك فعل به شمار می‌روند و تازمانی که مقتضای آن دو، مقفّ نشود، سقوط در مورد آن‌ها معنا ندارد، مگر به انتفای موضوع؛ از این رو، سنخ احکامی که فعل، یا ترك فعل، از آن‌ها انتظار می‌رود، جز با فعل، یا ترك فعل، ساقط نمی‌شود، در حالی که با نگاهی به ماهیت ملکیت و حقّ، معلوم می‌شود که این ملاک، در اعتبار آن دو، وجود ندارد و بنابر این، ماهیتاً، قابل رفع هستند؛ نهایت اینکه همانند وضع اعتبار، در رفع و اسقاط ملکیت و حق، برای رفع اعتبار سابق، به جعل سببی از ناحیه‌ی شارع نیاز می‌باشد و به همین دلیل، به نظر محقق اصفهانی، إعراض از ملک، نه موجب سقوط ملکیت می‌شود و نه باعث خروج مملوک از ملکیت؛ زیرا سقوط نیز همانند، ثبوت، به سبب جعلی نیاز دارد.

#### حکم شكّ در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال

اگر چه برخی از دانشمندان معاصر، تلاش می‌نمایند، شكّ در قابلیت اسقاط، نقل و انتقال را به شكّ در حقّ و حکم بودن برگردانند (گرجی، ۳۸)، اما حقّ، این است که اگر چه شكّ در قابلیت اسقاط، همین گونه است، ولی نظر به اینکه، ممکن است شكّ در قابلیت نقل، یا انتقال، از احتمال خصوصیت در مقام و در ناحیه‌ی سبب نظیر نقل در حقّ شفعه‌ناشی شود، لزوماً شكّ در همه‌ی این موارد، به شكّ در حقّ، یا حکم بودن بر نمی‌گردد، بلکه، شكّ در حقّ، یا حکم بودن مجعول شرعی، تنها یکی از عوامل شكّ در قابلیت اسقاط و فعل انتقال به شمار

می‌رود.

محقق اصفهانی، پس از بیان احتمالات موجود، به طرح نظر خویش می‌پردازد.

### ۱. منشأ شك، احتمال حکم بودن مورد شك باشد

در این صورت، باید به اصول عملیه مراجعه کرد، نه به عموم؛ زیرا حق، موضوع عموم است، در حالی که حق بودن محل بحث، مورد شك و تردید است و تمسک به عموم در چنین مواردی، تسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه است که فاقد اعتبار می‌باشد (اصفهانی، ۵۰).

اصل عملی، به حسب مورد، می‌تواند استصحاب بقاء حکم، اصل عدم سقوط، اصل عدم انتقال و یا اصل عدم نقل باشد؛ البته، تسک به این اصول، در صورتی است که دلیل مشکوک، عموم، یا اطلاقی نداشته باشد؛ چه در غیر این صورت، برای عدم قبول اسقاط، نقل و یا انتقال، همان دلیل، کافی است (گرجی، ۳۸)؛ چه اینکه الأصل دلیل حیث لا دلیل.

در حقوق امروز، از جمله‌ی این حقوق، به حقوق مربوط به شخصیت، می‌توان اشاره کرد (صفایی، قاسم‌زاده، ۲۰).

### ۲. منشأ شك، احتمال مطلقاً غیر قابل اسقاط و نقل بودن حق باشد؛ مثل: حق ولایت.

در این گونه موارد، در عین حال که یقین، به حق بودن مورد وجود دارد و در عین حال که قابلیت عرفی نقل و انتقال آن محرز می‌باشد، چون این احتمال می‌رود که حق مورد تردید، در زمره‌ی حقوقی باشد که مطلقاً قابل اسقاط و نقل و انتقال نیستند، شك، پدیدار می‌شود.

نظریه‌ی معروف این است که برای نفوذ صلح بر سقوط و نقل این موارد، به اطلاق دلیل صلح تمسک شود و یا در مورد انتقال قهری چنین مواردی، به عموم ادله‌ی ارث تمسک گردد.

صدق احتمال اندراج همزمان این موارد تحت حق قابل اسقاط و نقل و نیز حق غیر قابل اسقاط و نقل و انتقال، باعث نمی‌شود که در موارد مذکور، تمسک به اطلاق دلیل صلح، یا عموم ادله ارث، از مصادیق تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه باشد.

به نظر برخی، در جواز امضائی، همان دلیل امضاء، برای قابلیت انتقال کفایت می‌کند؛ به عبارت دیگر، دلیل خاص، یا عامی لازم نیست که مطابقتاً، یا تضمناً و یا التزاماً، بر قابلیت حق برای انتقال، دلالت کند (گرجی، مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی، ۱۲۵، ۱۳۷۲).

در این خصوص، محقق اصفهانی، معتقد است که ادله‌ی معاملات، در مقام انفاذ اسباب شرعی هستند؛ پس، گاهی، در حالی که به قابل تملک و نقل بودن عین، یقین وجود دارد، ان

شک نیز موجود است که آیا در آن، سبب خاصی شرط می‌باشد، یا خیر؟ در این گونه موارد، با تمسک به عموم دلیل شرط، یا عموم دلیل صلح، به صحّت ملکیت آن، حکم می‌شود؛ زیرا برای اسباب، خصوصیتی وجود ندارد (همان، ۳۸).

اما گاهی بدون اینکه در اعتبار سبب خاصی شکّی باشد، در اصل قابلیت نقل، شکّ وجود دارد که در این موارد، اصل، عدم قبول نقل است؛ زیرا ظاهر ادله، اختصاص آن به ذی‌حقّ است؛ پس، اثبات آن برای غیر، به دلیل معتبری نیازمند است (همان).

البته، در صورتی که عبارت مشهور: لکلّ ذی حقّ اسقاط حقه، مفاد آیه، یا روایت و یا اجماع معتبری باشد، با تمسک به عموم، یا اطلاق آن، وضعیت مورد مشکوک مشخص می‌گردد؛ اما این عبارت، مفاد آیه، یا روایت و یا اجماع معتبری نیست و نمی‌توان به اطلاق، یا عموم آن، تسک نمود؛ با این وجود، شید اوله بر این باور است که هر حقّی قابل اسقاط است و ضابطه، این است که هر آنچه قابل اسقاط می‌باشد، حّ است و آنچه قابل اسقاط نیست — مانند حرمت ربا، یا غرر — حکم است؛ بنا بر این، آنچه قابل اسقاط، حباشد، حق نیست.

روشن است که لازمه‌ی چنین دیدگاهی، این است که تقسیم حقّ به حقّ قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط، تقسیمی نادرست می‌باشد و هر حقّی، قابل اسقاط می‌باشد و جهت اثبات سقوط، مجالی برای تمسک به عموم، باقی نمی‌ماند؛ زیرا شکّ در آن، به شکّ در حقّ، یا حکم بر می‌گردد و در چنین وضعیتی، مجالی برای تمسک به عموم، باقی نمی‌ماند. انصاف نیز این است در هر موردی که قطع به حق بودن چیزی پیدا شود، تردیدی در قابلیت اسقاط آن وجود ندارد (اصفهانی، ۵۱).

در انتقاد از مطالب مذکور، می‌توان گفت: اگرچه این معیارها، تا حدودی مرزهای ثبوتی و مفهومی حقّ و حکم را روشن می‌سازد، اما در عمل و برای تشخیص مصادیق و جلوه‌های حقّ و حکم در حریم خصوصی، لازم است معیارهای اثباتی دقیقی ارائه گردد؛ زیرا در حقیقت، معیار بازشناسی حقّ از حکم، یک معیار پسینی و مؤخر از جنبه‌ی مفهومی آن است.

در تکمیل این دیدگاه‌ها و ارائه‌ی معیارهای اثباتی در تشخیص موارد مردد، موارد و مراحل زیر پیشنهاد می‌گردد:

اول اینکه اگر در لسان دلیل، تعبیراتی موجود است که در حقّ، یا حکم بودن مجعول شرعی، ظهور دارد، مطابق آن، عمل می‌شود (حسین‌آبادی جرقوئینی، ۶۵-۶۶)؛ البته، اگر مورد، عرفاً، حّ تلقی شود، مفاد دلیل هم قاعدتاً، بر همان معنای عرفی محمول می‌باشد و در همان

معنا ظهور دارد؛ بنابر این، اگر با ملاحظه‌ی لسان دلیل، معلوم گردد که مجعول شرعی، توانایی و سلطنت را برای شخص در چیزی، یا در مقابل کسی، اعتبار می‌کند، این مجعول شرعی، حق نامیده می‌شود، اما اگر مجعول شرعی، موجب امتیاز، توانایی و سلطنت نباشد و صرفاً موجب رخصت و عدم منع شارع در انجام دادن فعل، یا ترتیب اثر دادن به فعل، یا ترک فعل انسان باشد، آن مجعول شرعی، حکم است (قنواتی و دیگران، ۴۶؛ طباطبایی یزدی، ۵۵). برخی، از این دیدگاه، به نظریه‌ی سلطه، یاد می‌کنند (حکمت نیا، ۱۵۷).

دوم اینکه آثار مجعول شرعی، به لحاظ قابلیت نقل و اسقاط، مورد توجه قرار گیرد. اگرچه درباره‌ی امکان نقل، انتقال و اسقاط در همه‌ی مصادیق حق، اتفاقی نیست، اما علی‌القاعده، دست کم، هر حقی، می‌تواند به یکی از سه مورد: اسقاط، نل و انتقال متصف گردد و اگر در جایی، حق به این امور، متصف نگردد، معلوم می‌شود که مجعول شرعی، حکم است، نه حق. حال بر اساس این دیدگاه، اگر یکی از آثار یاد شده، بر موردی بار گردد، کشف می‌شود که مورد، از مصادیق حق است؛ هر چند برخی عکس این قضیه را نپذیرند (همان، ۱۶۴؛ قنواتی و دیگران، ۶۵؛ طباطبایی یزدی، ۲/۲).

حق، این است که عکس قضیه هم صادق است؛ یعنی: اگر معلوم شود، حقی، غیر قابل اسقاط، نقل و انتقال است، معلوم می‌شود که حکم است؛ نه حق. سوم اینکه اگر در جریان برخی از آثار حق، از جمله امکان شرعی اسقاط، یا نقل، تردید به وجود آید، شاید بتوان با تمسک به عموماًت، بر این تردید، غلبه کرد؛ زیرا شأن این عموماًت، رفع این قبیل تردیدهاست و شک در عدم امکان شرعی نقل و اسقاط، در حقیقت، به این بر می‌گردد که آیا شارع، شرط یا قیدی در ناحیه‌ی یکی از عوضین أخذ کرده است، یا خیر؟ و شکی نیست که عموماًتی از قبیل: أوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و الصلح جائز، رافع این قبیل تردیدهاست.

ناگفته نماند، برخی از محققان، جریان عموماًت را در موارد مذکور جایز نمی‌دانند (امام خمینی، مناهج الأصول ۲/۱۵۲، ۲۴۵، همو تهذیب الأصول ۱/۲۷۴). از دیدگاه این محققان، اگر در صحت معامله‌ای تردید شود، به این نحو که احتمال داده شود به دلیل أخذ شرط، یا قیدی که در ناحیه‌ی عوضین، قابلیت انتقال وجود ندارد و معامله باطل است، رفع این شرط، یا قید، با تمسک به عموماًت جایز نمی‌باشد؛ زیرا از مصادیق تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه می‌باشد (همان).

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: عموم برخی از ادله، از جمله: قاعده‌ی تسلیط و تسلط مردم بر اموال خود، منطوقاً و به دلالت لفظی، شامل حقوق مالی می‌شود و حقوق غیرمالی را هم به دلالت فحوی، شامل می‌گردد و این دلیل، هر نوع تردیدی را در اعتبار هر گونه قید و شرطی در ناحیه‌ی عوضین بر می‌دارد؛ به خصوص اگر دانسته‌شود اعتبار هر نوع قیدی که به عدم قابلیت نقل منجر گردد، نوعی ایجاد محدودیت در اقتدار متعاملین است که با عموم یاد شده، منافات دارد. این عموم، خود، بیان‌گر عدم اشتراط قید، یا شرطی از ناحیه‌ی شارع مقدس می‌باشد و همچنین کشف می‌کند که معامله، مالف حکم شارع مقدس نیست و به همین دلیل، موضوع عمومات صلح، عقد و شرط قرار می‌گیرد (امام خمینی، البیع، ۵۲).

چهارم، استفاده از ضابطه‌ی استقراء و تنقیح مناط، از موارد استقرایی است. از نظر وی، باید مواردی شمارش شود که دلیلی بر قابلیت اسقاط آن‌ها وجود دارد و آن گاه، ملاک و نکته‌ای انتزاع کرد که اشتراک این موارد را در قابلیت اسقاط موجب می‌گردد و سپس به صورت یک قاعده‌ی کلی، هر مجعولی که مشتمل بر این نکته باشد، حتی اگر دلیل خاصی هم در آن مورد نباشد، با توجه به همین ملاک، حق شمرده‌شود؛ البته، حجیت ملاک مذکور به افاده‌ی قطع و فقدان استثناء این استقراء می‌باشد (حائری، ۱۳۴).

در پایان، اگر هیچ راهی برای تشخیص موجود نباشد، باید به اصل عملی مراجعه شود (خمینی، البیع، ۵۰، حسین‌آبادی جرقوئینی، ۷۲). مناسب‌ترین اصلی که در اینجا به نظر می‌رسد، اصل استصحاب است. مقتضای استصحاب به حسب مورد، این است که حق، در اثر اسقاط، ساقط نمی‌شود و به وسیله‌ی مصالحه و نقل، منتقل نمی‌گردد و در اثر وفات، به ارث نمی‌رسد؛ بنابر این، همه‌ی آثار مترتب بر حق، با جریان اصل استصحاب منتفی می‌گردد. شاید بتوان گفت: این اصل، در ماهیت، همان چیزی است که در لسان فقهاء، به اصل فساد، تعبیر می‌گردد. البته، این سخن، در صورتی تمام است که در شبهات حکمیه هم استصحاب جاری شود (مروج جزائری، ۱۵۵).

### نتیجه‌گیری

ملکیت، در حقیقت، همان واجدیت و دارا بودن در مقام اعتبار است و ماهیتاً، نوعی اضافه اعتباری است که با اعتبار معتبر، در عالم اعتبار ایجاد می‌شود و به همین لحاظ، موضوع اعتباری نیز برای آن کفایت می‌کند؛ به همین لحاظ، ملکیتی که مدار معاملات و معاوضات قرار

می‌گیرد، نه در زمره‌ی مقولات حقیقی خارجی فلسفی است و نه در زمره‌ی مفاهیم انتزاعی، یا ذهنی.

از دیدگاه محقق اصفهانی، حق، مرتبه‌ای از ملکیت به شمار نمی‌رود، بلکه، مصداقاً و در هر مورد، اعتبار ویژه‌ای است که آثار خاص خود را به همراه دارد. از جمله‌ی ثمرات این دیدگاه، امکان توجیه حق تحجیر و حق اختصاص در مثل خمر و مواردی از این قبیل است که حق، وجود دارد، اما ملکیت، تصور ندارد.

حق، ماهیتاً، با ملکیت، مغایر است و به لحاظ مصداقی، در هر مورد، اعتبار ویژه‌ای است که آثار خاص خود را نیز به دنبال دارد و بر خلاف برخی دیدگاه‌ها، از مراتب ملک، به شمار نمی‌رود.

از دیدگاه محقق اصفهانی، قابلیت حقوق، برای اسقاط و نقل و انتقال از عوامل گوناگونی از جمله مناسبت حکم و موضوع، لسان دلیل و مصالح و حکمت‌هایی تبعیت می‌کند که مقتضی حکم است.

مطابق دیدگاه محقق اصفهانی، احکام تکلیفی، صرفاً، با تحقق مقتضی، یا انتفای موضوع، ساقط می‌شوند، در حالی که احکام وضعی، نظیر: ملکیت و حق، ماهیتاً، به وسیله‌ی سبب جعلی از ناحیه‌ی شارع، قابل رفع و اسقاط هستند؛ بنابر این، نظریه‌ی ایشان، از جهات متعدد، با دیدگاه دیگر دانشمندان، متفاوت است؛ اول اینکه از دیدگاه وی، إعراض از ملک، نه موجب سقوط ملکیت می‌شود و نه باعث خروج مملوک از ملکیت؛ زیرا سقوط نیز همانند ثبوت، به سبب جعلی نیاز دارد.

دوم اینکه مطابق دیدگاه محقق اصفهانی، اصل در حق و ملک، قابلیت نقل و انتقال و اسقاط است. گاه به دلیل خاصی، از جمله: شرایط حق، ذی‌حق و امثال آن بر می‌گردد، در حالی که در سایر دیدگاه‌هایی که مورد بررسی قرار گرفت، بازگشت تردید در این قابلیت‌ها، ب حق، یا حکم بودن است و با فرض عدم امکان نقل و اسقاط، حکم بودن آن فرض می‌شود. سوم اینکه مطابق دیدگاه مشهور، در صورتی که منشأ شک در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال، احتمال حکم بودن مورد شک باشد، اصول عملیه‌ی متناسب با مقام، اصل استصحاب، اصل عدم سقوط، اصل عدم انتقال و یا اصل عدم نقل است و تمسک به عموم در چنین مواردی، از قبیل تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه‌ی خود عام می‌باشد که فاقد اعتبار است، در حالی که محقق اصفهانی، جایی که اصل قابلیت حق، برای تملک و نقل محرز باشد، ۱۱

شک در شرطیت سبب خاصی در نقل تملک باشد، عموماً را جاری و در غیر آن، اصل عدم قبول نقل را جاری می‌داند؛ گرچه، نهایتاً، با تکیه بر دیدگاه شهید اول، به دیدگاهی متمایل می‌شود که هر حقی را قابل اسقاط می‌داند و هر آن چیزی که غیر قابل اسقاط باشد، حکم تلقی می‌کند و در مقام شک، عموماً شرط و صلح را در مقام جاری نمی‌داند.

اگر چه محقق اصفهانی، در تبیین مرزهای مفهومی ملکیت، حق و حکم، تا حدودی موفق می‌باشد، اما به نظر می‌رسد، بیان مرزهای اثباتی و ارائه‌ی معیارهای اثباتی را به اجمال واگذار می‌کند.

### منابع

- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه‌المکاسب، دارالمصطفی‌لأحیاء التراث، قم: ۱۴۱۸ ق.
- اصفهانی، محمد حسین کمپانی، رساله فی تحقیق الحق و الحکم، در یک جلد، قم: أنوار الهدی، اوله ۱۴۱۸ ق
- امام خمینی، سید روح الله، مناهج‌الأصول، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ۱۳۷۸.
- امام خمینی، سید روح الله موسوی، القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (تهذیب‌الأصول)، ج ۱ (۲ جلدی)، قم: دار الفکر - کتابفروشی اسماعیلیان، ۱۳۸۲ ق
- امام خمینی، سید روح الله، کتاب‌البیع، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد، فرائد‌الأصول، قم: انتشارات مصطفوی، ۱۳۷۴.
- انصاری، مرتضی بن محمد، کتاب‌المکاسب ج ۳، (دوره ۶ جلدی)، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق
- تفضلی، تقی، «تحقیق و بررسی درباره‌ی معنی و مفهوم کلمه‌ی حق»، مقالات و بررسی‌ها، شماره‌ی ۲۲-۱۳۵۴، صص ۱۱۶-۱۳۹
- جزائری، سید محمد جعفر مروج، هدی الطالب فی شرح‌المکاسب، ج ۱ (دوره ۷ جلدی)، قم: مؤسسه‌ی دار‌الکتاب، ۱۴۱۶ ه ق
- حائری، سیدکاظم، فقه‌العقود، ج ۲، قم: مجمع‌الفکر‌الإسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- حسین‌آبادی جرقوئینی، محمدرضا، رساله فی المعاملة و الاختلاف بین‌المتعاقدين، آل میثم تمار، قم: ۱۴۲۳ ق.

- حسینی شاهرودی، سید علی، *محاضرات فی الفقه الجعفری، مکاسب المحرمه، تقریرات ابیات ابی القاسم الخویی، ج ۲، الطبعة الاولى، قم: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۹ ق.*
- حکمت نیا، محمود، *فلسفه‌ی نظام حقوق زن، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، ۱۳۹۰.*
- حکیم، محسن، *نهج الفقاهه، ج ۱، قم: دارالفقه، ۱۳۷۸.*
- خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه، ج ۲، به کوشش محمدعلی توحیدی، قم: مؤسسه‌ی انصاریان، بی تا.*
- خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه، محمد علی توحیدی، ج ۲، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ ق.*
- روحانی، محمد صادق، *منهاج الفقاهه، التعليق علی مکاسب الشیخ الاعظم، ج ۳، چاپ چهارم، قم: العلمیه، ۱۴۱۸ ق.*
- سهرودی، شهاب الدین یحیی، *المشارع والمطارحات، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۷۳.*
- شیرازی، صدرالدین محمد بن ابراهیم، *الحکمة المتعالیة فی الأسفار العقلیة الأربعة، بیروت: دار احیاء التراث، ۱۴۱۹ ق.*
- صفایی، سید حسین، *قاسم زاده، اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۷.*
- طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب مکاسب، قم: دارالعلم، ۱۳۷۶.
- قنواتی، جلیل، «بررسی تطبیقی زمان انتقال مالکیت»، *مجله‌ی اندیشه‌های حقوقی، شماره‌ی ۵، سال ۲۹، ۱۳۸۲-۶۱.*
- قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن، عبدی پور، ابراهیم، *حقوق قراردادها در فقه امامیه، سید مصطفی محقق داماد، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۹.*
- گرگی، ابوالقاسم، «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»، *مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی تهران: مهر ۱۳۷۲، ص ۱۲۱-۱۲۸.*
- گرگی، ابوالقاسم، «حق و حکم و فرق میان آنها»، *فصلنامه‌ی مطالعات حقوقی و قضایی، بهار ۱۳۶۴، شماره ۱، صص ۲۹-۳۱.*
- گیلانی، نجفی، میرزا حبیب الله رشتی، *التعلیقة علی مکاسب الشیخ الأنصاری (للمیرزا حبیب الله)، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، ۱۳۱۶ ق.*
- مروج جزائری، سید محمد جعفر، *نظرة فی الحقوق، أحكامها وأقسامها، قم: بی تا.*
- مشکینی، علی، *مصطلحات الفقه، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ ق.*
- نائینی، محمد حسن، *منیه الطالب، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.*
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، *حاشیة مکاسب، ج ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.*