

ملاک تشخیص حکم از حق در نظریه‌های فقهی

سید عبدالرحیم حسینی^۱

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۴/۵/۱۷ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۵/۳/۳۰)

چکیده

مسئله اشتباه بین حق و حکم و راه‌حل‌های ارائه شده در راستای حل این مشکل، از جمله مباحث مهم و بنیادین در حوزه فقه و حقوق و نیز سایر حوزه‌های علوم انسانی مرتبط از قبیل اخلاق و سیاست است. پیرامون اصول و روش‌های تشخیص حق از حکم و آثار حقوقی متفاوت و متمایز آن‌ها، دیدگاه‌ها و نظریات مختلفی ارائه گردیده است که از میان آن‌ها پنج نظریه مطرح به عنوان شاخص‌ترین دیدگاه‌ها در این زمینه را مورد تأمل قرار داده‌ایم. این نظریات عبارتند از: نظریه اصالت حکم، نظریه عدم الحق، نظریه مراجعه به ظواهر نصوص، نظریه تفصیل و نظریه تناسب میان حکم و موضوع، از آنجا که معضل اصلی و چالش زیربنایی در این مسئله عدم توجه صاحب نظران به معیارها و قابلیت‌های حق برای اسقاط، نقل و انتقال و علت نبود این قابلیت‌ها در برخی مصادیق حق است، برخی از حقوق برغم حق بودن این قابلیت‌ها را ندارند و در نتیجه با حکم مشتبه می‌شوند. در این مقاله نظریات مطرح مورد بررسی و نقادی قرار گرفته و با تحلیلی جدید از نظریه تناسب حکم و موضوع راه حل مسئله در ارزیابی مناسبات احکام و موضوعات آن‌ها دیدگاه دیده شده است.

کلید واژه‌ها: اشتباه، اصالت حکم، تناسب، حق، حکم، عدم‌الحق، علیت.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران؛

Email: abd.hosseini@ut.ac.ir

مقدمه

مسئله تشخیص حق از حکم و تعیین فارق و شناخت نقطه تفاوت میان این دو مفهوم نزدیک به هم زیربنای بسیاری از نظریات و دیدگاه‌های فقهی و آرای حقوقی قرار گرفته است. تأکید بر این مبنای فقهی و حقوقی از آنجا اهمیت یافته است که فقها و حقوقدانان پیوسته در پی به دست آوردن ضابطه‌ای تعریف شده برای تعیین و تشخیص نقاط تفاوت و تمایز احکام و قوانین ناشی از حق و حکم بوده‌اند، زیرا براساس نظریه تمایز میان حق و حکم و این که این دو در یک مرتبه قرار ندارند و مساوق هم نیستند حقوق ظرفیت‌هایی دارند که نقطه تمایز آن‌ها از احکام به شمار می‌آیند، به عنوان نمونه حقوق در اغلب موارد قابلیت برای اسقاط، نقل و انتقال دارند، تا آنجا که بسیاری از بزرگان فقه تبیین و تفسیر چیستی و ماهیت حق را بر تعیین و بیان این تمایزات استوار ساخته و در توضیح و تحلیل خود از ماهیت حق به بیان این تفاوت‌ها بسنده کرده‌اند. [۴۲، ص ۴۵۱؛ ۹، ج ۱، ص ۳۶؛ ۳۱، ص ۷؛ ۱۰، ص ۱۵۲؛ ۱۶، ۲۵۷؛ ۸، ج ۲، ص ۸۰؛ ۳۷، ج ۴، ص ۵۷۹؛ ۲۰، ج ۳، ص ۶۹؛ ۱۳، ص ۴۸۴] لیکن تعیین فارق میان این دو مقوله متمایز از هم و رتبه‌بندی آن‌ها که تبعات فقهی و حقوقی مختلف و گوناگونی را در پی دارد در همه موضوعات و زمینه‌ها کار چندان سهل و آسانی نیست و در مواردی تشخیص حق از حکم و تعیین وجه تمایز میان آن‌ها و مشخص نمودن جایگاه هر یک با مشکلات و معضلاتی مواجه است. به طور طبیعی در راستای تعیین قاعده حاکم و راه برون رفت، اهل استنباط و استدلال ناگزیر شده‌اند، راه‌حل و روشی را پیش‌بینی نمایند تا از شبهه و تردید پیش آمده رهایی یابند و این معنا را روشن سازند که آیا امر مشتبه شده در زمره حقوق قرار می‌گیرد تا حداقل قابلیت برای اسقاط و حداکثر قابلیت برای نقل و انتقال را داشته باشد، یا از قبیل احکام است تا هیچ یک از این قابلیت‌ها را نداشته باشد. با وجود این چالش و مشکل و فقدان فارق و مائز مشخص و روشن میان حق و حکم در موارد مشتبه، به طور منطقی باد و مسئله مهم مواجه می‌شویم: نخست پیرامون موارد این اختلاف و مواضع اشتباه در عرصه فقه و حقوق و دوم درباره قواعد کلی و ضوابط عمومی حاکم در چنین مواردی، که از آن‌ها به "راه‌حل‌های برون رفت از چالش اشتباه احکام و حقوق با یکدیگر" تعبیر می‌کنیم. از این میان آنچه اهمیت بیشتری دارد مسئله دوم و اصول و قواعد کلی حاکم در این گونه موارد است، تا به عنوان قاعده و ضابطه استنباط در موارد مشتبه مورد اعتماد و اتکاء قرار گیرد، و با مراجعه به آن امکان تعیین و تمییز هر یک از حق و حکم فراهم شود.

پر واضح است، فرض اشتباه میان دو امر ممکن است در مرتبه مفهوم و معنا باشد که سرچشمه آن اجمال و ابهام در خود مفهوم است، که موجب می‌شود تا حدود و ثغور هر یک از حق و حکم مشتبه شده و در اثر دوران امر بین اقل و اکثر، یا متباینین، شبهه‌ای مفهومی به وجود آید، و ممکن است شبهه را مصداقیه بدانیم، که در این فرض با وضوح و روشنی مفهوم هیچ‌گونه اجمال و ابهامی از حیث معناشناسی حق و حکم وجود ندارد، اما در تعیین مصداق حق یا حکم به لحاظ موارد عینی و مصداقی با مشکل مواجه هستیم. اکنون پرسش این است که آیا اشتباه مطرح شده در زمینه حق و حکم در مقام مفهوم است و نوعی اجمال در خود مفهوم این دو وجود دارد که منشأ پیدایش شبهه می‌شود، یا این که از حیث مفهومی شبهه و ابهامی در میان نیست و اشتباه از مصداق و در تعیین فرد یا افراد آنها است؟ چنان‌که سیدمحمدکاظم یزدی در حاشیه خود بر مکاسب آورده است: «تفاوت و فارق مفهومی میان حق و حکم واضح و روشن است، آن چه مهم است تعیین مصداق و صغریات هر یک از این دو مهم است که با مشکل و پیچیدگی مواجه است، زیرا مراد از حق سلطه داشتن و استیلای بر یک امر عینی از قبیل حق تحجیر، حق رهنان، حق طلبکاران در ترکه میت و حق خیار است و حال آن که حکم (مشتبه به حق) مجرد جعل اذن در انجام فعلی یا ترک آن است.» [۲۵، ص ۱۴] و به تعبیر سید بحر العلوم: «مصادیق حق و حکم در موارد فراوان با یکدیگر اشتباه می‌شوند و تشخیص عوارض و آثار آنها با سختی و مشکل مواجه می‌شود.» [۹، ج ۱، ص ۱۴] و به بیان و اشارت شیخ الشریعه اصفهانی: «پیرامون حق و حکم دو قانون کلی و ثابت مقرر است؛ اول آن که هیچ حکمی قابلیت برای اسقاط ندارد و دوم آن که همه حقوق قابلیت برای اسقاط و نقل را دارند. و این مقدار امری مسلم و روشن است، آن چه مهم است تطبیق این دو کبرای کلی بر صغریات آنها است، به این معنا که کدام مورد از موارد کبرای حق و کدام یک از صغریات حکم است.» [۲۱، ص ۲۲۰] زیرا از حیث مفهومی و معناشناختی تعاریف مشخصی از حق و حکم ارائه شده و برغم اختلاف نظرات اهل فن و تحقیق در ماهیت هر یک از این دو، این اتفاق نظر وجود دارد که آثار و قابلیت‌های حق برای اسقاط و نقل و انتقال متفاوت از آثار و الزامات غیرقابل تغییر ناشی از حکم است. بر این اساس تردید و دوران امر بین حق و حکم بازگشت به این معنا دارد که امر فرد و موضوع معینی مانند جواز رجوع به مطلقه رجعیه، صلح حق رجوع، نفقات، خیارات، حضانت و وصیت به عنوان اعطای ولایت از سوی وصی به موصی

دائر مدار بین حق و حکم است و درباره هر یک این احتمال وجود دارد که از قبیل حق یا حکم باشند. از آنجا که راه‌حل‌های ارائه شده در این زمینه متفاوت، مختلف و در مواردی برابر یکدیگر قرار دارند، کوشش بر آن است تا ضمن اصطیاد و تألیف و تدوین این نظریات و دیدگاه‌ها از لابلای آثار و متون فقهی به بررسی و نقد تحلیلی آن‌ها پرداخته شود.

نظریه اول - اصالت حکم

برخی از فقیهان صاحب نظر در حوزه مسائل حق و حکم بر این عقیده‌اند، از آنجا که اصولاً معیار مشخصی در راستای تشخیص و تعیین حق و حکم وجود ندارد، اصل در موارد تردید بین حق و حکم بر حکم بودن امر مشتبّه است، میرزا حبیب‌الله رشتی در تبیین این دیدگاه چنین می‌گوید: «برای تعیین حق و حکم میزان فراگیر و معتبری در دست نیست، تا بتوان با استناد به آن حق یا حکم بودن مورد و محل شک و تردید را مشخص نمود، از این‌رو لازم است در چنین مواردی حکم بودن را ترجیح دهیم و از مترتب نمودن آثار و تبعات حق دوری کنیم.» [۳۲، ص ۴۳۳] اگر در پی زیربنای نظری این دیدگاه باشیم، تنها چیزی که به ذهن می‌رسد این است که، از نگاه طرفداران این نظریه اعتقاد به حکم بودن موارد مشتبّه نزدیک‌تر به احتیاط است، برخلاف تأیید جانب حق که، مستلزم آن است صاحب حق اختیاراتی از قبیل توان بر اسقاط، نقل و انتقال نسبت به موضوع مشکوک داشته باشد و حال آن‌که وجود این اختیارات نظر به تردید شکل گرفته با دلیل قاطع به اثبات نرسیده است. آقاضیاء عراقی نیز در شرح خود بر تبصره علامه حلی، در پاسخ این مسئله که آیا اقاله به عنوان یکی از موضوعات مردّد بین حق و حکم در زمره احکام است یا حقوق؟ گفته است: «از ظاهر نصوص چنین استفاده می‌گردد، که اقاله نوعی حکم است که اختصاص به طرف معاوضه دارد، و با این فرض در زمره حقوق قابل اسقاط قرار نمی‌گیرد، و برغم نظر علامه حلی در تذکره الفقهاء [۲۸، ج ۱، ص ۵۷۹] قابلیت انتقال به واسطه ارث را نیز ندارد، و برای نفی قابلیت داشتن برای اسقاط و انتقال، شک و تردید درباره بود و نبود چنین قابلیت کفایت می‌کند، زیرا اصل در این موارد مقتضی حکم بودن است.» [۲، ج ۵، ص ۳۷۰] محقق ایروانی نیز در پاسخ به این پرسش که آیا لزوم حاصل از دادوستد معاطاتی حق است یا حکم، با اتخاذ مبنایی متفاوت در دفاع از حکم بودن آن گفته است: «صرف شک و تردید

در حق بودن موضوعی، برای حکم به عدم قابلیت آن برای توریث و نیز سقوط به اسقاط کفایت می‌نماید، زیرا چنین تردیدی مانع از آن است که آن را در زمره ماترک میّت بدانیم تا بدین واسطه حق برای وارث دانسته شود و یا این که بقاء آن استصحاب شود.» [۸، ج ۱، ص ۸۸] چنان که واضح است، اتخاذ این مبنا بیش از آن که بر استدلال روشنی استوار شود، این احتمال را تقویت می‌کند که حق بودن برخلاف حکم بودن نیازمند مؤونه و دلیل زائد است تا یک امر خلاف اصل را ثابت کند، لذا برخی صاحب‌نظران توجه به زیربنای نظریه اصالت حکم و نیز اصالت حق را با اهمیّت دیده و در اشاره به ادله طرفین گفته‌اند: «اگر می‌بینیم حق یا حکم بودن اجازه در بیع فضولی محل تردید است، با نبود ظاهر دلیل که یکی از دو احتمال را تقویت و تعیین نماید، آنچه لازم الاتباع در این زمینه می‌باشد اصل حاکم در این مورد است. از این رو بعضی از فقهای که اصل را بر حکم بودن نهاده‌اند، دلیل ایشان اصالت عدم توسعه و اصل عدم تسری آثار و تبعات مترتب بر حق بر حقوق محل تردید و مشکوک است، به عنوان مثال جواز ارث اجازه در معاملات فضولی نیازمند دلیلی است که، در حالت تردید مفقود است و دسترسی به آن نداریم، و برخی دیگر که گفته‌اند اصل حق بودن است، دلیل ایشان این است که، مالکیت اقتضای حق بودن را دارد، مگر در موردی که استثنا شده و با دلیل از ذیل این ضابطه خارج شده باشد.» [۲۲، ج ۷، ص ۲۴۳] آقای اراکی در دفاع از نظریه اصالت حکم می‌افزاید: «لازمه حکم عدم جواز اسقاط آن است و لازمه طبیعت حق قابلیت داشتن آن برای اسقاط با فرض عدم مانع از اسقاط است، بنابراین بازگشت شک در حق و حکم به نفوذ و عدم نفوذ اسقاط است، و در مقام تردید در چنین قابلیت اصلی عدم نفوذ اسقاط و عدم سقوط به اسقاط است، مانند حق رجوع در عدّه رجعیّه که پیش از انقضاء عدّه، شک می‌شود آیا حکم است تا اسقاط تأثیری بر آن نداشته باشد یا حق است، تا بواسطه اسقاط، ساقط شود، با استناد به اصل استصحاب حکم به بقاء آن پس از اسقاط می‌شود، حال اگر اشکال شود؛ با فرض وقوع اسقاط بلافاصله پس از طلاق، مجرای برای اصل استصحاب باقی نمی‌ماند، جواب این است که چنین اسقاطی اسقاط مالیم یجب است، اگر گفته شود چنین اصلی از اصول مثبت است، زیرا شما حکمیّت را به واسطه استصحاب بقاء جواز رجوع اثبات نمودید، پاسخ این است که، ما به واسطه این اصل درصدد احراز موضوع حکمیّت یا حقیّت نیستیم، بلکه مراد ما این است که، صرفاً حکم هر یک از این دو احتمال احراز شود.» [۵، ج ۱، ص ۱۸]

نقد و پاسخ

برخی از اهل نظر در نقد این دیدگاه گفته‌اند: «در صورت دوران امر بین حق یا حکم، امکان مراجعه به ظواهر نصوص سلب می‌شود، زیرا با فرض مذکور که حالت شک در تعیین مصداق است، صدق عناوین و عمومات ادله در زمره شبهات مصدقیه قرار می‌گیرد که، تمسک به عمومات در مورد آن‌ها غیرمقدور است و در مواردی که ظهور نصوص مردد بین حق و حکم باشد، زمینه‌ای برای تمسک به ظواهر برای اثبات قابلیت اسقاط و نقل و انتقال باقی نمی‌ماند. لذا ناگزیر از مراجعه به اصل عملی هستیم و مقتضای استصحاب این است که حق مشکوک به واسطه اسقاط ساقط نشود، به واسطه صلح نقل‌پذیر نباشد و قابلیت برای انتقال به ارث را هم نداشته باشد. بنابراین هر یک از آثار حق را که در نظر بگیریم بواسطه اصل عملی منتفی می‌شود، لیکن به واسطه چنین اصلی حکم بودن امر مشکوک نیز ثابت نمی‌شود. زیرا اولاً، اثبات این قابلیت‌ها نیازمند دلیل است، ثانیاً، ممکن است چیزی حق باشد اما در عین حال هیچ یک از این قابلیت‌ها را نیز نداشته باشد. ثالثاً، اگر بین عدم ترتب قابلیت‌های سه‌گانه (اسقاط، نقل و انتقال) و حکم بودن تلازمی وجود داشته باشد اثبات حکم بودن امر مورد شک مبنی بر حجیت اصل مثبت است، و آن‌چه مسلم است اصل مثبت در مواردی حجت است که این مورد در زمره آن‌ها نمی‌باشد، از این‌رو اگر حکم مورد نظر اثر وجودی داشته باشد مقتضای اصل استصحاب عدم ترتب چنین اثری است.» [۱۲، ص ۷۲] و براساس نظریه محقق قمی به عنوان منتقد نظریه اصالت حکم که از نگاه ایشان دست کم در چنین مواردی پذیرش این نظریه به شکل مطلق آن محل اشکال و تردید است، در حالت تردید بین حق و حکم بودن جواز رجوع در هبه و عده رجعیه و قابلیت آن‌ها برای صلح و اسقاط اصل حق بودن مقدم است، و در صورتی که نص و دلیل معتبر گویا و روشنی در راستای تعیین حق یا حکم بودن موضوع محل تردید نداشته باشیم، ناگزیر باید اصل را بر حق بودن نهاده و حق را مرجع در حالت شک قرار دهیم و بر این اساس می‌گوید: «وجه جواز صلح حق الرجوع، این است که جایز است از برای مطلقه رجعیه که چیزی بدهد به شوهرش که در عده به او رجوع نکند و او را بگذارد تا عده او منقضی شود و از شر او خلاص شود، یا به مقصد خود برسد که مطلق العنان شود. و هیچ فرقی ما بین حق الرجوع و حق الشفع نیست. و چون این معنی در ضمن سایر عقود لازمه متحقق نمی‌شود - چون شرایط بیع و غیره در آن موجود نیست - و زوجه می‌خواهد که این

معاوضه در ضمن عقد لازمی باشد رجوع به صلح می‌کند. و الحاصل: رجوع به زوجه حقی است از برای زوج و اختیار به دست اوست، می‌خواهد رجوع می‌کند و اگر نخواهد رجوع نمی‌کند. و مهر و نفقه و غیره حقوق زوجه است و اختیار به دست اوست، می‌خواهد به زوج می‌دهد در برابر رجوع یا عدم رجوع، و می‌خواهد نمی‌دهد. و جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد، چون اصل برائت ذمه و اباحه است، و عدم ورود منع، کافی است در جواز آن. آنچه احتیاج به دلیل دارد، لزوم آن است. و هرگاه آن را در ضمن عقد مصالحه به عمل آوردیم به مقتضای عمومات صلح، دیگر اشکالی باقی نمی‌ماند.» [۳۴، ج ۳، ص ۱۵۳]

میرزا حبیب الله رشتی در تحلیل دیدگاه میرزای قمی و انتقاد از آن می‌گوید: «اگرچه در مقام تشخیص حقیقت حق یا حکم بودن موارد تردید اصلی وجود ندارد که بتوان به آن استناد کرد و ماهیت حقی یا حکمی آن‌ها را روشن ساخت، اما این امکان وجود دارد که، این اصل را در آثار و لوازم آن‌ها جاری بدانیم، به عنوان مثال پس از آن که جواز رجوع در عده رجعیه برای زوج ثابت شد و پس از اسقاط یا صلح آن در سقوط و زوال آن شک کردیم، مقتضای اصل و استصحاب بقاء و عدم سقوط آن است، بر این اساس خواهیم گفت جواز رجوع در اینجا از قبیل حکم است نه در زمره حقوق قابل صلح و اسقاط و حکم سایر مواردی هم که مشکوک بین حق و حکم می‌باشند از این قبیل است و در صورت شک میان آن‌ها اقتضاء اصل حکم بودن است.» [۳۱، ص ۸] چنان که محقق نراقی حق بودن صلح حق رجوع را بر این اساس فاقد دلیل دانسته است. [۴۰، ج ۱، ص ۱۳۰]

نقد دیگر

به نظر می‌رسد، آنچه پیرامون این نظریه، نیازمند تأمل است اصل و اساس ترجیح حکم بر حق در موارد تردید است، و ضرورت این تأمل بلکه، انتقاد از دیدگاه اصالت حکم، از آنجا ناشی می‌شود که در اثبات یا نفی هر یک از حق و حکم ناگزیر باید به آثار و تبعات اثبات یا نفی هر دو جانب مسئله توجه نمود، و حال آن‌که در این نظریه صرفاً آثار و تبعات ناشی از نفی حکم مورد توجه قرار گرفته و بنیان نظریه اصالت حکم بر این یک سویه نگری در مقام احتمال و تردید نهاده شده و در نتیجه آثار فقهی و حقوقی ناشی از نفی حق نادیده گرفته شده است. نباید این نکته را از نظر دور داشت که، اگر نفی حکم

مشکوک و مردّد مستلزم آن است تا اثبات جواز برای یک امر لازم و یا اثبات لزوم برای یک امر جائز صورت گیرد، از طرف دیگر در نفی حق مشکوک نیز چنین احتمالی قابل طرح است، زیرا اولاً: پیرامون قابلیت‌های حق برای اسقاط و نقل و انتقال دو جهت و حیثیت وجود دارد؛ جهت اول، جواز استفاده دارنده حق از این قابلیت‌ها می‌باشد. جهت دوم، اصل جعل و تشریح این جواز استفاده است، درست است که جهت اول براساس شرایط و موانع احتمالی پیش‌روی بهره‌مندی از حق و استفاده از آن قابلیت لازم برای تغییرات از حیث توسعه و تضییق و یا نفی کلی را دارد، لیکن اصل مجعول بودن حق به عنوان حق از این حیث که یک امر اعتبار شده و مشروع است، جز بر اساس دلیل حاکم قابل تغییر و نادیده انگاری نیست. ثانیاً، حق از مفاهیم ذات الاضافه و ذات الأطراف است که در تحقق آن، سه عنصر اساسی "من له الحق"، "من علیه الحق" و "نسبت میان این دو" دخیل‌اند، لذا در نفی حق صرفاً نمی‌توان منافع من علیه الحق را در نظر داشت و حکم به نفی حق بر علیه وی نمود، بلکه لازم است به تبعات ناشی از نادیده انگاری منافع من له الحق نیز توجه داشت، با توجه به این دو نکته، نظریه اصالت حکم دچار اشکالات اساسی است و دست کم ادله اقامه شده نسبت به اثبات آن نارسا و ناکافی‌اند.

نظریه دوم: اصل عدم حق

عده‌ای از فقیهان مانند سیدمحمدتقی بحرالعلوم بر این باورند که: "در حالت شک میان حق و حکم، اصل بر این است که هرگونه اثر ناشی از حق یا حکم را از مورد شک نفی نمائیم، بنابراین سلطنتی که امر آن دائر مدار بین حق و حکم باشد نه قابلیت برای اسقاط دارد و نه قابل نقل و انتقال است (زیرا، اسقاط‌پذیری و نقل و انتقال مبتنی بر محرز بودن و قطعی بودن حق است) و صرف شک و تردید در حق و حکم بودن موضوعی مانع از این است که آثار حق را بر آن مترتب سازیم و مقتضای اصل عدم حق بودن امر مشکوک است، اگرچه به این واسطه حکم بودن چنین مواردی نیز اثبات نمی‌شود." [۹، ج ۱، ص ۱۹] از نگاه این فقیه محقق، اگرچه قادر نیستیم به طور مشخص و معین نوع و سنخ سلطه دارنده حق یا چگونگی اعتبار موضوع مردّد بین حق و حکم را احراز و اثبات نمائیم، اما اصل این است که آثار مترتب بر حق و لوازم قانونی آن را در چنین مواردی منتفی بدانیم، زیرا تحصیل و عینیت این آثار نیازمند دلیل است و فرض بر این است که چنین دلیلی در دسترس نمی‌باشد، چنان‌که محقق نراقی در

مشارق الاحکام می‌گوید: "قابلیت اسقاط (یا نقل و انتقال) نیازمند مستند و دلیل پذیرفته شده است و گرنه بدون وجود مستند و جواز نمی‌توان قائل به اسقاط شد." [۴۰، ص ۱۶۸] و محقق لاری در تحلیل و دفاع نظریه عدم الحاق در موارد مشتبه می‌گوید: "تفاوت میان حق و حکم روشن است، چرا که حق در اصطلاح متشرعه چیزی است که قابلیت برای نقل و انتقال دارد و صلح بر آن صحیح است و به ارث برده می‌شود و به واسطه اسقاط، ساقط می‌شود، مانند حق اختصاص، شفعه، مضاجعه، خیار شرط، مجلس، حیوان، غبن، عیب و غیر این موارد از حقوق. به خلاف حکم در اصطلاح متشرعه که نه قابلیت برای نقل و انتقال و اسقاط دارد و نه به ارث برده می‌شود و نه صلح براساس آن درست است، از قبیل اجازه و ردّ در عقد فضولی و تسلط بر فسخ در عقود جائز، لیکن تشخیص و تعیین مائز بین حق و حکم از چند طریق تحصیل می‌شود: نخست؛ نظر فقیه و استنباط او از آثار و لوازم. دوم؛ تعبیر به حق یا حکم در لسان شارع، سوم؛ شهرت و یا سایر روش‌هایی که بازگشت آن‌ها به ترجیح نظر فقیه در حق یا حکم بودن است. اما در صورت شک و تردید فقیه و عدم دسترسی وی به وجه مرجح یکی از طرفین مرجع اصل انکارناپذیر أصالة عدم الحاق است، زیرا در چنین مواردی اگرچه شک در (کیفیت امر) حادث است اما این تردید در حکم شک در (اصل) حدوث است، زیرا یکی از طرفین شک اثری دارد که غیر از اثر مشکوک دیگر است، یا دست کم زائد بر اثر طرف مقابل است، و هر کجا که شک در حادث از این قبیل باشد در حکم شک در حدوث است." [۳۲، ج ۲، ص ۲۷۴] آخوندخراسانی نیز، که از طرفداران این نظریه است می‌گوید: "اگر حدوث حق محل شک و تردید باشد، اصل لازم الاتباع عدم سقوط آن به واسطه اسقاط است." [۱، ص ۱۸۳] چنان‌که سیدمحمدمیلانی در دفاع از این دیدگاه در بررسی خود پیرامون ماهیت اجازه در معاملات معاطاتی، که آن را حکم وضعی به معنای ترخیص می‌داند، و حکم وضعی یا حق بودن آن را منتفی می‌انگارد، بیان می‌کند: "در صورتی که حکم وضعی بودن یا حق بودن اجازه مورد شک و تردید قرار گیرد، به مقتضای اصالت عدم، امکان ترتب آثار حق بر آن وجود ندارد." [۳۵، ص ۱۸۸] برخی فقهای معاصر نیز متمایل به این نظریه شده و گفته‌اند: "در صورت شک میان حق و حکم، یا شک در قابلیت برای اسقاط، نقل و انتقال مقتضای اصل عدم حق بودن و فقدان این قابلیت‌های سه گانه است." [۲۴، ص ۲۳]

نقد

همان‌گونه که، از دیدگاه و استدلال‌های طرفداران این نظریه به وضوح روشن است، قول به اصالت عدم حق، در همه حالت‌ها و موارد تردید مساوق و مساوی با اثبات حکم بودن موضوع محل تردید به عنوان سوی دیگر شک و احتمال نیست، زیرا ممکن است، آنچه که حق نیست، ملک یا سلطنت باشد، که بنا به نظر تحقیق نه در زمره احکام‌اند و نه جزء حقوق به شمار می‌روند، لذا باید گفت؛ نظر به این که محل بحث دوران امر بین حق و حکم است، لازم است نفی حق در این زمینه را به معنای اثبات حکم بدانیم. لیکن آنچه مسلم است، حکم دانستن مورد شک مستلزم قول به آثار و لوازمی چون عدم قابلیت برای اسقاط، نقل و انتقال است که صرفاً مترتب بر حکم می‌گردند، و این نظریه استدلالی نسبت به این معنا ارائه نمی‌دهد بلکه نسبت به آن سکوت می‌کند و تنها دلیلی که ملاحظه می‌شود از سوی محقق لاری ارائه شده است که براساس آن معتقد است، در چنین مواردی اگرچه شک در چگونگی امر حادث از حیث حق یا حکم بودن است اما این تردید در حکم شک در اصل حدوث آن می‌باشد، زیرا یکی از طرفین شک اثری دارد که غیر از اثر مشکوک دیگر است، یا دست کم زائد بر اثر طرف مقابل است، و هر کجا که شک در حادث از این قبیل باشد در حکم شک در حدوث است. [۳۲، ج ۲، ص ۲۷۴] و این استدلال با دو اشکال اساسی مواجه است، اولاً: مبتنی بر ترجیح یکی از طرفین احتمال است بدون این که دلیلی برای این ترجیح ارائه کرده باشد، ثانیاً: پر واضح است، به لحاظ متفاهم عرفی تردید در صفت موضوعی که اصل آن ثابت و مسلم است هیچ‌گاه به منزله تردید در خود آن موضوع نمی‌باشد.

نظریه سوّم: مراجعه به نصوص شرعی و عرف

این نظریه بیش از همه مورد توجه سیدمحمدکاظم یزدی قرار گرفته و ایشان بر این عقیده است که، در موارد شک بین حق و حکم پیش از هرگونه اظهارنظری ابتدا باید به ظهورات ادله مراجعه کرد، اگر از این راه توانستیم به نتیجه‌ای مطلوب که همان تصریح به حق یا حکم بودن است دست پیدا کنیم به همان عمل می‌کنیم. اما اگر چنین تصریح و ظهوری در بین نباشد، امر دائر است بین یکی از این دو حالت:

حالت نخست؛ این است که، شک درباره موضوع محل شک و تردید، از آنجا ناشی شده است که، در صدق عمومات و نصوص شرعی نسبت به آن تردید وجود دارد. یعنی

به متفاهم عرفی حق بودن یا حکم بودن آن واضح و روشن است اما تردید و شبهه از این جهت است که، آیا عموماتی مانند: "الصلح جائز بین المسلمین" (...) و "الناس مسلطون علی اموالهم" این حق مسلّم از نگاه عرفی را در برمی‌گیرند، تا از نظر اعتبار شرعی نیز این چنین باشد، و در نتیجه قابلیت برای اسقاط، نقل و انتقال آن از این حیث هم به اثبات برسد، یا این که موضوع مشکوک برغم حق بودن از حیث عرف، از زاویه ادله شرعی و اعتبارات قانونیه حق شمرده نمی‌شود و در زمره احکام قرار دارد؟ سیدیزدی بر این باور است که، در چنین مواردی آن چه حاکم است عموم و اطلاق ظواهر شرعی و قانونیه است و حکم به حق بودن می‌شود. [۲۵، ص ۵۴]

حالت دوم؛ منشأ در حق یا حکم بودن، تردید در صدق عمومات و اطلاقات شرعی پس از مسلّم بودن صدق عرفی نیست، بلکه اساساً معنای عرفی موضوع تردید از حیث حق و حکم بودن مورد شک است، به گونه‌ای که معلوم نیست آیا عرف آن را حق می‌داند یا حکم تلقی می‌کند؟ سیدیزدی می‌گوید در چنین مواردی نمی‌توان برای یافتن راه حل از عمومات و اطلاقات بهره گرفت، زیرا اعتماد به نصوص در این موارد از قبیل تمسک به عمومات در شبهات مصداقیه است. [۲۵، ص ۵۵] و چون شک در صدق عرفی است حق بودن موضوع از این طریق قابل اثبات نیست.

به تبع سیدیزدی جمعی از بزرگان فقها نیز بر این عقیده‌اند، که در تشخیص حق و حکم لازم است سلسله مراتبی را در نظر گرفته و ملاحظه کنیم، از این رو در صورت حصول تردید ابتدا باید به لسان ادله مراجعه کرد، اعم از ادله لیبّه (اجماع و عقل) و ادله لفظیه (نصوص شرعیه) اگر در ظاهر ادله به حق یا حکم بودن موضوع محل تردید تصریحی صورت گرفته باشد، براساس همان تصریح عمل می‌کنیم و بدین طریق از حالت تردید بیرون می‌رویم. [۱۶، ص ۲۲۹] برخی از فقیهان معاصر در قرائتی از نظریه مراجعه به نصوص معتقدند، در موارد اشتباه دلیلی کلی و فراگیری چون اجماع یا اطلاق و عموم وجود ندارد تا بتوان در راستای تشخیص حق از حکم به چنین دلیلی مراجعه نموده و به مقتضای آن عمل کنیم، آن چه در دسترس داریم این است که، در مواردی تصریح به حق یا حکم بودن شده که تردیدی در ترتیب اثر براساس این تصریحات نیست. اما قاعده کلیه‌ای که شامل دیگر موارد هم بشود نداریم، در زمینه حق و حکم به طور کلی با چهار حالت مواجه هستیم؛ حکم محض، حق محض، موضوعی که دارای هر دو جهت حق و حکم است، آن چه که مردّد بین حق و حکم می‌باشد، برای تعیین و تشخیص این موارد نیازمند تتبع از لوازم و آثار هر یک از آن‌ها هستیم. [۱۹، ج ۳، ص ۳۸۹]

نقد

۱. برغم دقت نظر قابل توجهی که سیدیزدی در این زمینه به عمل آورده است، نظریه ایشان نسبت به راه حل نهایی در موارد اشتباه بین احکام و حقوق ساکت است، زیرا با فرض مسلم بودن صدق عرفی و اثبات امکان مرجعه به نصوص و عمومات و اطلاقات برای تعیین نوع اعتبار حقی یا حکمی، اساساً زمینه شک و اشتباه از بین می‌رود و حال آن که مشکل اساسی مبحث در جایی است که، چنین امکانی وجود نداشته باشد، و در این حالت است برای برون رفت از این بن‌بست نظری نیازمند راه حل هستیم و در دیدگاه سیدیزدی توجهی نسبت به این مهم صورت نگرفته است.

۲. محقق اصفهانی معتقد است، در حالت تردید بین حق و حکم امکان مراجعه به نصوص به طور مطلق از میان می‌رود و چاره‌ای جز بهره‌گیری از اصول عملیه نیست، وی می‌گوید: "اگر قابلیت حقی برای اسقاط، نقل و انتقال مورد شک و تردید قرار گیرد، از آنجا که منشأ شک احتمال حکم بودن آن است، در این حالت چاره‌ای جز مراجعه به اصول نیست زیرا در این گونه موارد امکان مراجعه به عمومات نصوص سلب می‌شود، زیرا موضوعی که به قصد تشخیص آن به عمومات مراجعه می‌شود مقوله حق است، که خود محل شک و تردید است و تمسک به عام در شبهه مصداقیه ناممکن است." [۶، ص ۴۹]

نظریه چهارم: قول به تفصیل

آقای خوئی معتقد است، در صورت شک نسبت به این که مجعول شرعی حق اصطلاحی است تا قابلیت برای اسقاط داشته باشد یا حکم اصطلاحی است که چنین قابلیت را نداشته باشد، در صورت وجود دلیلی که بتوان به آن تمسک نمود و یکی از این دو را تعیین کرد به همان دلیل استناد می‌کنیم، در غیر این صورت اگر دلیل مشکوک فیه عموم و اطلاقی داشته باشد همان را اخذ می‌کنیم و به این واسطه حکم بودن آن را اثبات می‌کنیم، به عنوان مثال اگر تردید در این باشد که آیا جواز خوردن از میوه درختی که در مسیر عبور عابر است، یا جواز فسخ در هبه حق است یا حکم؟ به اطلاق دلیلی تمسک می‌کنیم که جواز هر یک از این دو به واسطه آن اثبات شده و از این طریق حکم بودن هر یک از این موارد اثبات می‌شود که به واسطه اسقاط ساقط نمی‌شوند، و نیز اگر در بقاء حق التحجیر پس از اسقاط آن تردید شود، به اطلاق حدیث نبوی (ص): "من سبق الی مالم یسبقه الیه احد فھولہ" [۳۰، ج ۵، ص ۳۸۰؛ ۳، ج ۳،

ص ۲۴۰؛ ۲۶، ج ۷، ص ۱۵۱؛ ۲۷، ج ۳، ص ۱۰۷] مراجعه می‌شود، و اگر در بقاء حق قصاص پس از اسقاط آن تردید کنیم به اطلاق آیه شریفه: "وَمَنْ قَتَلَ مَطْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا" [الاسراء ۱۷: ۳۵] مراجعه می‌شود و حکم بودن آن ثابت می‌شود، و اگر در این زمینه اطلاقی که بتوان به آن مراجعه نمود در بین نباشد، لازم است به آیات و روایات حرمت قتل نفس محترمه مراجعه شود. [۳۰ ج ۲ ص ۳۱۵، ۳۱۶؛ ۲۶، ج ۲ ص ۴۹۱] و اگر اساساً عموم و اطلاقی در بین نباشد، قاعده کلی حاکم در چنین حالتی این است که، اگر جریان اصل استصحاب در شبهات حکمییه را پذیرفته باشیم، پس از اسقاط امر مشکوک جواز آن را استصحاب می‌کنیم، و به این واسطه باز هم حکم بودن آن را احراز می‌کنیم، و در غیر این صورت به مقتضای سایر اصول عملیه و لفظیه مراجعه می‌شود، که ثمره جریان این اصول حق بودن مورد محل شک و تردید است. به عنوان مثال اگر پس از اسقاط حق شفعه و حق خیار شک کنیم که این‌ها از قبیل حقوق‌اند یا از قبیل احکام می‌باشند، استفاده از این حقوق پس از اسقاط جایز نیست، زیرا در این‌گونه موارد اطلاقی وجود ندارد که بتوان با استناد به آن، ثبوت این حقوق را پس از اسقاط برای دارنده حق خیار یا صاحب حق شفعه ثابت دانست. بر این اساس اگر جریان استصحاب در شبهات حکمییه را پذیرفته باشیم به آن مراجعه می‌کنیم و در غیر این صورت عموماتی که دلالت بر حرمت اکل اموال بدون رضایت صاحبان آن‌ها دارند حاکم خواهند بود. [۱۷، ج ۲، ص ۴۸]

نقد

اگرچه قانون کلی مطرح شده در این نظریه - مبنی بر این که، اگر عامی داشته باشیم و پس از آن مخصص منفصل مجمل مردد بین اقل و اکثر آمده باشد، در این حالت مرجع خود این عام است، لذا در مواردی که تخصیص آن‌ها متیقن نیست به عموم تمسک می‌شود - فی حد ذاته به عنوان یک کبرای کلی جای هیچ‌گونه تردیدی ندارد، اما آنچه اهمیت دارد و موضوع برای اشکال و مناقشه می‌باشد عدم انطباق این قاعده با محل بحث و موضع نزاع است، و این ناهم خوانی و فقدان مناسبت هم از مثال‌هایی که مطرح کرده‌اند به خوبی روشن است، هم از آیاتی که خود ایشان تمسک کرده‌اند. زیرا آیات استشهاد شده دست کم محفوف به قرائن و ارتکازات عقلانی‌اند، که براساس آن‌ها نسبت به ثبوت حق قصاص برای اولیای دم تردیدی باقی نمی‌ماند. و هم در تنظیم ایشان به

حق شفغه و حق قصاص، زیرا این تنظیم با این پرسش جدی مواجه است که، چه تفاوتی بین حق خیار و حق شفغه و حق التحجیر از سوی دیگر وجود دارد؟ که درباره حق خیار و حق شفغه معتقد شدید، اگر درباره این دو شک و تردید وجود داشته باشد که آیا از حقوق اند یا از احکام، استفاده از آنها پس از اسقاط جایز نیست، چون اطلاق در بین نیست که با تمسک به آن بتوان ثبوت آنها را برای دارنده حق خیار و شفیع ثابت دانست. اما براساس اطلاق روایت: "من سبق الی مالم یسبقه الیه احد فهوله" [۳۰، ج ۵، ص ۳۸۰؛ ۳، ج ۳، ص ۲۴۰؛ ۲۶، ج ۷، ص ۱۵۱؛ ۲۷، ج ۳، ص ۱۰۷] این نظر را انتخاب کردید که، حق التحجیر اسقاط بشود یا اسقاط نشود، در هر حال دارنده آن توان بهره‌مندی از حق خود را دارد؟ چه معیاری وجود دارد که با استناد به آن در اینجا به اطلاق اعتماد می‌شود و در نتیجه حکم به بقاء حق حتی پس از اسقاط آن تثبیت می‌شود، اما اطلاق دلیل حق خیار و شفغه نادیده گرفته می‌شود و به صرف اسقاط منتفی دانسته می‌شوند؟ با این که هر دو مورد از حیث اطلاق تفاوتی با یکدیگر ندارند.

نظریه پنجم: مناسبت حکم و موضوع

به نظر می‌رسد مشکل اساسی مسئله مورد بحث ما عدم توجه صاحب‌نظران به ملاک و معیار قابلیت حق برای اسقاط، نقل و انتقال و نداشتن این قابلیت‌ها است، معیاری که با وجود آن برخی حقوق چنین قابلیت‌هایی دارند، و برخی برغم حق بودن چنین قابلیت‌هایی را ندارند و در نتیجه با حکم مشتبه می‌شوند. برای دستیابی به این معیار لازم است، دو حیثیت متفاوت و متمایز مقام ثبوت و مقام اثبات بحث را از هم جدا سازیم.

الف) معیار تمایز در مقام ثبوت

برای تشخیص قابلیت حق یا نفی این قابلیت در مرحله ثبوت، ناگزیر از ملاحظه نسبت و رابطه عنوان حق با موضوع آن هستیم، باید دید آیا رابطه میان حق و متعلق آن از قبیل نسبت علت تامه به معلول آن است یا از قبیل نسبت مقتضی به مقتضای آن می‌باشد؟ برخی از فقها در پاسخ به این پرسش گفته‌اند: "اگر منشأ انتزاع و پیدایش حق، مانند سلطنت ربّ نسبت به مربوب علیّت تامه نسبت به آن داشته باشد، تردیدی نیست که زمام امر بنده به دست ربّ اوست، و زوال آن ناممکن است، چرا که زوال افتقار و احتیاج از ممکن و مستقل شدن آن امری ناممکن است. اقسام گوناگون ولایت نیز از این قبیل

است، نظیر اولویت پیامبر(ص) و ائمه معصومین(ع) نسبت به اهل ایمان، بلکه سلطنت نوآب آنان از میان فقهاء، زیرا سلطنت خلیفه زوال‌پذیر نیست و قابل اسقاط و بخشش هم نیست و از این قبیل است ولایت پدر و جدّ و نیز اولویت بعضی از صاحبان رحم نسبت به بعضی دیگر. همان‌گونه که علیّت تامّه علت نسبت به معلول را نمی‌توان از آن گرفت در این موارد نیز ممکن نیست اولویت دارنده حق از او انفکاک حاصل کند، اما اگر سرچشمه حق علت تامّه برای آن نباشد (یا حکم علیّت تامّه را نداشته باشد)، بلکه مقتضی صرف برای آن باشد، رفع ید از آن هم ممکن خواهد بود، مانند حق نسبت به اجیر و ضامن و سلطنت بر حقوق مالی که زمینه سقوط حق به اسقاط و نقل و انتقال در آن‌ها فراهم است." [۱۱، ص ۹۲] اگر چه بنا به نظر تحقیق در زمینه عناوین و موضوعات شرعیه عناوین علت برای احکام نبوده و صرفاً معرفت آن‌ها می‌باشند، اما در هر حال تجزیه‌پذیری عناوین از احکام امری ناممکن است، از این رو تا زمانی که، علیّت یا اقتضای برخورداری از حق برای دارنده آن باقی باشد نقل یا اسقاط حق ناممکن است، چرا که حق به طور ذاتی از عنوان خود جدایی‌پذیر نیست و جدا شدن حق از عنوان به معنای تبدل و حصول انقلاب و دگرگونی در موضوع آن است، بر این اساس اگر حقی قابلیت برای اسقاط پیدا می‌کند این قابلیت یا از انقلاب در موضوع حق سرچشمه می‌گیرد، به گونه‌ای که یا موضوع حق به طور کلی منتفی می‌شود یا تغییر و تحولی در صفات مؤثر آن به وجود می‌آید و یا این که اساساً نسبت میان حق و عنوان مؤثر در تعلق و شکل‌گیری آن از نوع نسبت مقتضی و مقتضای آن است که به اراده دارنده آن قابلیت برای اسقاط دارد، چنان‌که در غالب حقوق مالی از این قبیل است.

ب) معیار تمایز در مقام اثبات

چنان‌که در محل خود مورد اتفاق اهل دقت از فقیهان و عالمان دانش اصول قرار گرفته است، مناسبت بین موضوع و حکم در مقام ثبوت امری غیرقابل انکار است. [۴۳، ج ۱۴، ص ۵۵؛ ۳۸، ج ۱، ص ۴۷۱؛ ۷، ص ۶۹؛ ۱۴، ص ۳۰۱؛ ۴، ج ۲، ص ۳۸۱؛ ۱۵، ج ۱۱، ص ۸۹؛ ۱۸، ج ۲، ص ۱۱۴؛ ۳۴، ص ۲۷۲؛ ۲۹، ج ۲، ص ۳۴۰؛ ۴۱، ج ۲، ص ۱۶۱؛ ۵۰، ج ۳۹] و نظر به این که پرداختن به جزئیات استدلال‌ها در این زمینه موجب اطاله و خروج از محدوده مبحث بوده و نیازمند به پژوهشی مستقل است، به اشاره‌ای گذرا در تبیین مبنای این نظریه بسنده می‌شود که، تأکیدی بر دو اصل اساسی آن است: اولاً، عناوینی

که از ناحیه شارع به عنوان مجعول شرعی شناخته می‌شوند، اصل اولی حکم بر آن‌ها این است که، موضوعیت برای حکم شرعی دارند. ثانیاً، نظر به ضرورت وجود ملاک و مصلحت برای جعل حقوق و احکام، عناوین موضوعات ملاک تعلق حکم به آن‌ها می‌باشند. محقق اصفهانی با در نظر گرفتن این مهم بر این عقیده است که: "قابلیت حق برای اسقاط، نقل و انتقال، و نیز نفی این قابلیت‌ها در صورت تردید، از یک سو تابع دلیل حکمی است که چنین قابلیت‌ها را اثبات یا نفی می‌کند و از دیگر سو ناظر به مناسبت میان حکم و موضوع و مصالح و حکمت‌هایی است که چنین حکمی را اقتضاء می‌کند به عنوان مثال حق ولایت برای حاکم و وصایت برای وصی با در نظر گرفتن خصوصیتی است که، هر یک از آن‌ها براساس آن حاکمیت شرعی پیدا می‌کنند و برخوردار از این منصب می‌شوند، و به عبارت دیگر موصی در تعیین وصی خصوصیتی را در نظر گرفته و بر اساس آن شخصی را به عنوان وصی برگزیده و شخص دیگری را انتخاب نکرده است، زیرا تخصیص بلامخصص از جانب عاقل صاحب شعور ناممکن است، لذا نقل این اراده به غیر این شخص که فاقد این خصوصیت می‌باشد غیرمعقول است. و در مقابل نظر به مناسبت حاکم بر حکم و موضوع حقوقی مانند حق خیار و حق شفعه و نظایر آن‌ها به موازات رعایت حقوق بایع و مشتری جعل و اعتبار شده‌اند و از آنجا که ملاک این جعل و اعتبار رعایت حال دارنده حق است تا دچار ضرر و زیان نشود، قابلیت آن دارند تا به اراده دارنده حق اسقاط یا نقل شوند." [۶، ص ۴۸]

به نظر می‌رسد، این دیدگاه برغم امتیازی که نسبت به نظریات پیشین دارد و دست کم از ایرادات و اشکالات وارد بر آن‌ها مصون است، نیازمند تحلیلی انتقادی و عین حال تکمیلی است. از این رو دو مطلب را یادآور می‌شویم:

۱. در مواردی این امکان هست که، ملاک جعل و اعتبار حق مانند عدم تضرر شریک در حق شفعه را مورد شناسایی قرارداده و آن را ملاک و علت تامه برای تعلق چنین حقی بشناسیم، اما اگر ثابت شود که ملاک و مصلحت مورد نظر ما علت برای حکم است نه علت برای حق یا این که، مردد بین حکمت و علت باشد، در این موارد چگونه می‌توان حکم به ثبوت قابلیت‌های یاد شده کرد؟

۲. اگر به جایگاه نظریه مناسبت بین حکم و موضوع توجه کنیم، تردیدی نیست که، مناسبات احکام و موضوعات از جمله قرائن و اماراتی است که، در مواردی زمینه‌ساز تعمیم موضوع است و در برخی موارد هم زمینه را برای تخصیص آن فراهم می‌سازد، و

حاکمیت آن در همه این موارد به نحو موجبه جزئیّه است. از این‌رو برای تشخیص حق و حکم در موارد مشتبهه لازم است به حدود تأثیر مناسبات در تعلق احکام به موضوعات آن‌ها توجه شود و براساس آن عمل شود، لیکن با در نظر گرفتن این امر که، مناط و مناسبت در همه موارد قابل شناسایی نیست، بلکه در مواردی اساساً مجهول یا محتمل است. لذا با این احتمال در همه موارد نمی‌توان رعایت تناسب بین موضوعات و عناوین آن‌ها را به عنوان معیاری کلی در نظر گرفت، بلکه این ملاک تنها در حدّ موجبه جزئیّه قابل دفاع است. بر این اساس حکم به جواز اسقاط و نقل و انتقال حق در حالتی ممکن است که، موضوع حق از خصوصیت و موضوعیتی برخوردار نباشد که تعلق حق به ملاحظه و اعتبار آن صورت یافته باشد، زیرا با احراز این خصوصیت امکان ترتّب آثار یاد شده سلب خواهد شد، بر این اساس ملاک و معیار بلامنازع در تعیین حقوق و احکام ادله‌ای است، هر یک به واسطه آن‌ها برای دارنده حق یا تکلیف ثابت می‌گردند و با نبود دلیل نوبت به اصل عملی خواهد رسید.

نتیجه

دیدگاه طرفدار اصالت حکم که صرفاً آثار و تبعات ناشی از نفی حکم را مورد توجه قرار داده، بر یک سویه نگری در مقام احتمال و تردید استوار گردیده و در نتیجه به آثار فقهی و حقوقی ناشی از نادیده‌انگاری حق توجه نکرده است و حال آن‌که، در صورت نفی حق مشکوک نیز چنین احتمالی قابل طرح است. نظریه اصالت عدم الحق نیز با این معضل مواجه است که، قول به اصل عدم حق، در همه حالت‌ها و موارد تردید مساوق و مساوی با اثبات حکم بودن موضوع محل تردید به عنوان سوی دیگر شک و احتمال نیست، زیرا ممکن است، آن‌چه که حق نیست، ملک یا سلطنت باشد، و حال آن‌که، محل بحث دوران امر بین حق و حکم است. چنان‌که نظریه مراجعه به نصوص و عرف نیز زمینه بحث را که مقام تردید پس از عدم امکان مراجعه به نصوص است را نادیده گرفته است.

در نظریه قول به تفصیل، اگرچه قانون کلی مطرح شده در این دیدگاه فی حد ذاته به عنوان یک اصل کلی با هیچ‌گونه تردیدی مواجه نیست، اما آن‌چه جای مناقشه دارد عدم انطباق این قاعده با محل بحث و موضع نزاع است، از این‌رو نظر به این که، مشکل اساسی مبحث ما عدم تأکید نظریات ارائه شده بر ملاک و معیار قابلیت حق برای اسقاط، نقل و انتقال است، معیاری که با وجود آن برخی حقوق چنین قابلیت‌هایی دارند، و برخی برغم

حق بودن چنین قابلیت‌تی را ندارند و با حکم مشتبه می‌شوند. لازم است برای تشخیص حق و حکم از یکدیگر حسب موارد مناسبت حکم و موضوع در نظر گرفته شود.

منابع

- [۱]. آخوند خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۰۶هـ.ق) *حاشیة المکاسب*، تهران، چاپ اول، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- [۲]. آقاضیاء عراقی، علی کزازی، (۱۴۱۴هـ.ق) *شرح تبصرة المتعلمین*، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی.
- [۳]. ابن بابویه، محمدبن علی، (۱۴۱۳هـ.ق) *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، انتشارات اسلامی.
- [۴]. اراکی، محمدعلی، (۱۳۷۵ش) *اصول الفقه*، چاپ اول، قم، مؤسسه در راه حق.
- [۵]. _____ (۱۴۱۵ هـ ق) *کتاب البیع*، چاپ اول، قم، مؤسسه در راه حق.
- [۶]. اصفهانی، محمدحسین کمپانی، (۱۴۱۸ هـ ق) *رسالة فی تحقیق الحق و الحکم*، چاپ اول، قم، انوار الهدی.
- [۷]. _____ (۱۴۱۶ هـ ق) *بحوث فی الأصول*، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی.
- [۸]. ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، (۱۴۰۶هـ.ق) *حاشیة المکاسب*، چاپ اول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- [۹]. بحرالعلوم، محمدبن محمدتقی، (۱۴۰۳ هـ.ق) *بلغة الفقیه*، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق.
- [۱۰]. تبریزی، رازی بن محمدحسین نجفی، (۱۴۱۳ هـ.ق) *تحلیل الکلام فی فقه الاسلام*، چاپ اول، تهران، امیرقلم.
- [۱۱]. تهرانی، شیخ هادی، (۱۳۸۸) *رسالة الفرق بین الحق و الحکم*، چاپ اول، طبع شده در فصلنامه مفید، شماره ۴.
- [۱۲]. جرقوئینی، محمدرضا حسین‌آبادی، (۱۴۲۳هـ.ق) *رسالة فی المعاملة و الاختلاف بین المتعاقدين*، چاپ اول، قم، انتشارات میثم تمار.
- [۱۳]. حکیم، سیدمحمدسعید، (۱۴۲۵هـ.ق) *مصباح المنهاج*، چاپ اول، قم، دارالهیلال.
- [۱۴]. حکیم، محمدتقی بن محمد سعید، (۱۴۱۸هـ.ق) *الأصول العامة فی الفقه المقارن*، چاپ دوم، قم، مجمع جهانی اهل بیت (ع).
- [۱۵]. حلی، حسین، (۱۴۲۳ق) *أصول الفقه*، چاپ اول، قم، مکتبه الفقه و الاصول المختصة.
- [۱۶]. خوانساری، محمدامامی، (؟) *الحاشیة الثانية علی المکاسب*، چاپ اول، بی‌نا، بی‌جا.
- [۱۷]. خوئی، سیدابوالقاسم، (؟) *مصباح الفقاهه*، چاپ اول، قم، بی‌نا.
- [۱۸]. _____ (۱۳۵۲) *أجود التقريرات*، چاپ اول، قم، مطبعة العرفان.
- [۱۹]. سبزواری، سیدعبدالاعلی، (۱۴۱۳هـ.ق) *مهذب الاحکام*، چاپ دوم، قم، مؤسسه المنار.

- [۲۰]. سیداحمد بن یوسف، (۱۴۰۵هـ.ق) *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان.
- [۲۱]. شیخ الشریعة اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد نمازی، (۱۳۹۸هـ.ق) *رسالة فی تحقیق معنی البیع*، چاپ اول، قم، دارالکتاب.
- [۲۲]. شیرازی، سید محمد حسینی، (؟) *یصال الطالب إلى مکاسب*، چاپ اول، تهران، منشورات اعلمی.
- [۲۳]. شهید صدر، سید محمد باقر، (۱۴۰۸هـ.ق) *مباحث الاصول*، تقریر و تحشیه: حائری، سید کاظم، چاپ اول، قم، مقرر.
- [۲۴]. شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۲۵هـ.ق) *أنوار الفقاهة - کتاب البیع*، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
- [۲۵]. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۲هـ.ق) *حاشیة مکاسب*، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۶]. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۴۰۷هـ.ق) *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۲۷]. _____ (۱۳۹۰هـ.ق) *الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار*، چاپ اول، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۲۸]. علامه حلی، حسن بن یوسف مطهر اسدی، (۱۴۱۴هـ.ق) *تذکره الفقهاء*، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۲۹]. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، (۱۴۱۹هـ.ق) *دراسات فی الأصول*، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- [۳۰]. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷هـ.ق) *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- [۳۱]. گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله رشتی، (۱۴۰۷هـ.ق) *فقه الامامیه*، قسم الخیارات، چاپ اول، قم، مکتبه الداوری.
- [۳۲]. لاری، سید عبدالحسین، (۱۴۱۸هـ.ق) *التعلیقه علی مکاسب*، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
- [۳۳]. موسوی جزایری، محمد علی، (۱۴۳۰هـ.ق) *تحریر الاصول*، چاپ اول، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- [۳۴]. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۴۱۳هـ.ق) *جامع الشتات فی أجوبة السؤالات*، چاپ اول، تهران، مؤسسه کیهان.
- [۳۵]. میرزای نائینی، محمد حسین، (۱۳۷۳هـ.ق) *منیة الطالب فی حاشیة مکاسب*، چاپ اول، تهران، المکتبه المحمدیه.
- [۳۶]. _____ (۱۴۱۳هـ.ق) *المکاسب و البیع*، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی.
- [۳۷]. میلانی، سید محمد هادی حسینی، (۱۳۹۵هـ.ق) *محاضرات فی فقه الإمامیه - کتاب البیع*، چاپ اول، مشهد، مؤسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی.
- [۳۸]. نجم آبادی، ابوالفضل، (۱۳۸۰) *الاصول*، قم، چاپ اول، موسسه آیه الله العظمی البروجردی، النشر معالم اهل البيت (ع).
- [۳۹]. نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۲۲هـ.ق) *رسائل و مسائل*، چاپ اول، قم، کنگره نراقیین.

- [۴۰]. نراقی، محمدین احمد، (۱۴۲۲هق) مشارق الاحکام، چاپ اول، قم، گنگره نراقیین.
- [۴۱]. هاشمی شاهرودی، سیدعلی، خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۹هق) دراسات فی علم الأصول، چاپ اول، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- [۴۲]. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، (۱۴۲۰هق) حاشیة کتاب المکاسب، چاپ اول، قم، بی نا.
- [۴۳]. ——— (۱۴۱۶هق) مصباح الفقیه، چاپ اول، قم، مؤسسه الجعفریة لإحیاء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.

