**جلسه19 تا 21**

# جهت سوم بحث حق، شک دراينکه مجعول دربين حق است يا حکم ؟

اگر بعد از مراجعه به ادله با توجه به مناسبات حکم و موضوع، در مورد خاصی نتوانستیم هیچ یک از حق یا حکم بودن را ثابت کنیم، و شک کنیم در این که اعتبار وضعی ترخیصی ثابت در بین، از سنخ حکم شرعی است یا از سنخ حق (که قابلیت اسقاط و سایر آثار را داشته باشد) مقتضای قواعد چیست؟ و همينطور اگر اصل حق بودن ثابت شد، اما شک کردیم در این که قابلیت اسقاط دارد یا نه (در فرض عدم قول به ملازمه بین حق و جواز اسقاط) یا شک کردیم که قابلیت نقل و ارث را دارد یا نه، مقتضای قواعد چیست؟

در کلام محقق اصفهانی هر دو قسمت از بحث مطرح شده است.

در قسمت اول فرموده اگر شک در حق یا حکم بودن کنیم، مرجع، اصل است نه عمومات؛ چون عموم دلیلی که دلالت می کند بر ترتب اثر برحق[[1]](#footnote-1)، در موضوعش حق اخذ شده است، لذا تمسک به آن در فرض شک در حق بودن، تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه است. اما در قسمت دوم اگر بعد از احراز حق بودنِ مورد، در وجود آثار حق شک کنیم، معروف اين است که می توانیم به اطلاق ادله اسقاط نقل برای اثبات اثر تمسک کنیم، مثلا اطلاق دلیل صلح اقتضاء می کند که می توان حق خود را به دیگری به وسیله صلح نقل داد يا با مصالحه اسقاط کرد.

این که ایشان بحث را دو قسمت کردند، به لحاظ مبنائی است که در بحث های قبل اختیار کردند. محقق اصفهانی فرمود حق، اعتبار خاصی است که به لحاظ سه اثر قابل تقسیم است و تلازمی بین حق و قابلیت اسقاط یا قابلیت نقل یا ارث نیست، و هیچ کدام از این آثار، مقوّم حق بودن نیست، بلکه تصریح کردند برخی از حقوق نه قابل اسقاط اند، نه قابل نقل و نه قابل ارث.

## بیان شکل صحیح بحث

اما در کلمات محققین دیگر بحث شک در حق و حکم، به لحاظ آثار حق مطرح شده است، در حالی که بحث به نحوی که در کلام محقق اصفهانی مطرح شده، هیچ اثری بر آن مترتب نمی شود؛ چون با قطع نظر از آثار سه گانه، حق و حکم بودن، موضوع هیچ اثری نیست تا بحث کنیم اعتبار شارع به نحو حق است یا حکم. البته ممکن است ایشان از اشکال جواب دهد به این که: بحث در مقام اول به این نحو است که شک ما در قابلیت اسقاط یا قابلیت نقل و ارث است، اما منشأ شک ما شک در حق بودن یا حکم بودن است، لذا بحث به لحاظ آثار است. در قسمت اول که در اصل حق بودن، شک داریم به طوری که اگر هم در آثار شک داشته باشیم، منشأ این شک، شک در حق بودن است، مرجع اصل عملی است نه عمومات؛ چون موضوع عمومات حق است که مشکوک است.

اما به هر حال این شکل از بحث، به بحث آثار برمی گردد و اگر با قطع نظر از آثار حق، شک در حق یا حکم بودن کنیم، بحث اثری ندارد. لذا عمده بحث، مقام دوم است اما نه به نحوی که در کلام محقق اصفهانی مطرح شده بلکه محط اصلی بحث این است که:

در مواردی که ترخیص وضعی از طرف شارع ثابت شده، اگر شک کنیم که آیا این ترخیص به نحو حق است که قابل اسقاط و نقل و ارث باشد یا این که به نحو حکم است، وظیفه چیست. پس آن چه مهم و موضوع اثر است، بحث از حق و حکم بودن با لحاظ آثار است، لذا هر کدام از این آثار را باید جداگانه لحاظ کنیم، همانطور که در کلام آقای خوئی هم به همین نحو مطرح شده.

## کلام مرحوم آقای خوئی

**در مورد اثر اول:**

مرحوم آقای خوئی فرموده است اگر شک کردیم در این که اعتبار وضعی خاصی مثل حق القصاص قابل اسقاط است یا نه، ابتدا باید ببینیم دلیلی که این حق و اولویت را اثبات می کند اطلاق دارد یا نه. اگر دلیل اطلاق داشت اقتضاء می کند که این اولویت و حق وجود دارد چه ذی حق آن را اسقاط کند (اسقطت بگوید) چه نکند و طبعا نتیجه الحکم ثابت می شود. مثلا اگر از آیه شریفه «و من قُتل مظلوماً فقد جعلنا لولیّه سلطاناً» استفاده کنیم که بعد از اسقاط هم این جواز قتل وجود دارد و ولی مقتول می تواند قاتل را بکشد. حکم بودن ثابت می شود و اينکه قابل اسقاط نيست ، ولو عنوان حکم بودن موضوع اثر نیست. ولی با توجه به این که در باب امارات، هم مدلول مطابقی حجت است و هم مدلول التزامی، و لازمه بقاء جواز بعد از اسقاط ، حکم بودن است اگر حکم بودن موضوع اثر باشد این لازمه اثبات می شود.

اما اگر دلیل دال بر اولویت، اطلاق نداشته باشد در کلام آقای خوئی اختلاف وجود دارد. یک جا فرموده به عمومات باید رجوع کرد و در جای دیگر فرموده اگر استصحاب نباشد مرجع عمومات است. باین بيان که: در جایی که دلیل اثبات اولویت اطلاق نداشته باشد و شک داریم که آیا این اولویت بعد از اسقاط هم ثابت است یا نه، اگر استصحاب در شبهات حکمیه را جاری بدانیم استصحاب می گوید این حق و اولویت، بعد از اسقاط هم باقی است. وقتی استصحاب جواز قتل جاری شد، دیگر نمی توان به ادله حرمت قتل مسلم مراجعه کرد؛ چون از آن دلیل، مورد قصاص تخصیص خورده و با استصحاب موضوع مخصص را اثبات می کنی. اما اگر استصحاب در شبهات حکمیه را جاری ندانستیم، باید به عام فوقانی رجوع کنیم که می گوید قتل هر مومنی حرام است؛ زیرا وقتی دلیل مخصص اطلاق نداشت و با استصحاب هم حکم آن ثابت نشد، باید به عام فوقانی رجوع کنیم.

در مورد حق التحجیر هم اگر دلیل «من سبق» اطلاق نداشته باشد و استصحاب هم نتواند بقاء حق التحجیر بعد از اسقاط را اثبات کند، عام فوقانی، دلیلی است که دلالت می کند بر این که مباحات را هر کسی می تواند با احیاء مالک شود. دلیل مملکیت احیاء هر چه باشد، اقتضاء می کند اگر صاحب حق التحجیر حق خود را اسقاط کند، احیاء شخص دوم موجب ملکیت است.

البته این مطلب جای مناقشه دارد چون در جایی که هم استصحاب موضوع دارد و هم عام لفظی، موضوع بحث اصولی معروف است که هم در بحث عام و خاص و هم در تنبیهات استصحاب، و هم در فقه در بحث فوریت خیار غبن وامثال آن مطرح شده است. بحث این است که در جایی که عامی داریم و دلیل مخصص، آن را در زمانی خارج کرد و بعد از آن زمان شک کردیم، مرجع عموم عام است یا استصحاب حکم خاص ، مختار محققين از جمله خود مرحوم آقای خوئی در آن بحث اين است که درصورت دلالت عام نسبت به زمان بعد از تخصيص مجالی برای تمسک به استصحاب نيست . فرمایش آقای خوئی در مقام بر اساس آنچه در مصباح الفقاهة آمده طبق این مبنی است که در این موارد، مرجع استصحاب باشد و استصحاب در شبهات حکمیه هم جاری باشد. در این صورت، با استصحاب معلوم می شود که حکم خاص باقی است، والا مرجع عام فوقانی است.

اگر عامی نباشد و نوبت به اصل عملی برسد، مقتضای اصل عملی به حسب موارد مختلف است. در حق التحجیر اصل جاری، استصحاب عدم مالکیت است؛ چون شک داریم که این احیاء که مسبوق است به حق التحجیرِ اسقاط شده شخص اول موجب ملکیت است یا نه. و ملکیت امر وجودی است که مقتضای اصل عدم آن است، ولو از نظر تکلیفی برائت از حرمت احیاء جاری می شود. اما در مساله قصاص اگر دلیل عامی بر حرمت قتل مومن نداشتیم، مقتضای برائت، جواز قتل قاتل در فرض اسقاط حق قصاص است، مگر این که بگوییم موارد دماء و اعراض و نفوس، مجرای اصل برائت نیست، بلکه محل احتیاط است[[2]](#footnote-2).

حاصل کلام مرحوم آقای خوئی این است که اگر از حیث اثر مورد احتیاج که بحث قابلیت اسقاط است شک کردیم (ولو حق بودن را شک داشته باشیم) مسیری که باید برای تبیین حکم شک طی کنیم این است که: ابتدا باید دلیل دال بر حکم وضعی ملاحظه شود و اگر نسبت به حالت بعد از اسقاط دلالت نداشت، نوبت به اصل عملی می رسد.

اما در کلام ایشان برخلاف محقق اصفهانی قاعده ای برای اثبات این اثر بیان نشد، بلکه وجود چنین قاعده ای نفی شده و فرموده اند نمی توانیم به عمومات برای اثبات قابلیت اسقاط تمسک کنیم؛ چون عمومات ناظر به مصادیق عرفیه هستند و تمسک به آن در مواردی که شک در قابليت اسقاط داريم تمسک به دليل در شبهه مصداقیه دلیل می شود که جايز نيست .

**در مورد اثر دوم و سوم:**

اما اگر مورد احتیاج، اثر دوم و سوم باشد، مثلا ذی الحق، حق خود را به دیگری نقل داد و شک کردیم در این که این نقل صحیح است یا نه، یا شک کنیم آیا این حق به ارث می رسد یا نه:

مرحوم آقای خوئی، در مورد اثر انتقال بالارث فرموده باید به اثر دوم یعنی قابلیت نقل مراجعه کنیم. اگر راهی باشد که قابلیت نقل در موارد شک را تصحیح کند، قابلیت ارث هم استفاده می شود؛ چون کشف می شود که خصوصیت متقوم به صاحب حق وجود ندارد و طبعا قابل انتقال به ارث هم خواهد بود. اما اگر قابلیت نقل اثبات نشد، قابلیت ارث هم منتفی خواهد بود و نوبت به اصل عملی می رسد. اما دلیل مثبت اولویت، نمی تواند مرجع باشد؛ چون آن دلیل، حق را فقط برای مورّث ثابت می کند، مثل دلیل «البیعان بالخیار» که موضوع آن یعنی بائع شامل وارث نمی شود، لذا شک می کنیم در انتقال حق خیار به وارث، و مقتضای اصل، عدم انتقال حق خیار به وارث است.

در بحث قابلیت نقل هم اگر با مراجعه به ارتکاز نتوانیم اثبات قابلیت نقل یا عدم قابلیت نقل کنیم، مقتضای اصل، عدم تحقق نقل است چون دلیل اول، فقط شامل ذی حق می شود و شخص منتقل الیه را شامل نمی شود.

بعضی از راه مراجعه به عمومات مثل اوفوا بالعقود یا دلیل صلح خواسته اند قابلیت نقل را تصحیح کنند؛ چون این که شخص حق خود را به دیگری واگذار کند، عنوان صلح یا مطلق عقد بر آن منطبق است و طبق عمومات «الصلح جائز بین المسلمین» و «اوفو بالعقود» این نقل تصحیح می شود.

ایشان این ادعا را ناتمام می داند چون عمومات و اطلاقات عقود، ناظر به معاملات عرفیه و در مقام امضاء معاملات عرفیه است. معامله عرفیه صلح، در جایی تحقق پیدا می کند که مورد، قابلیت نقل داشته باشد و اگر قابلیت نداشته باشد، چنین عقدی عقد صحیح عقلائی به حساب نمی آید. اگر شک کنیم در این که مورد قابل نقل است یا نه، نمی تونیم به دلیل اوفوا بالعقود تمسک کنیم؛ چون اختصاص به موارد قابل نقل دارد و تمسک به آن، تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه خواهد شد که باطل است. لذا در موارد شک در قابلیت نقل قاعده ای نداریم که اثبات جواز نقل کند.

حاصل کلام ایشان این که در موارد شک در تحقق آثار سه گانه حق، در بحث قابلیت اسقاط، قاعده ای که اثبات قابلیت کند نداریم، بلکه مقتضای اطلاق دليل ثبوت اولويت، عدم قابلیت اسقاط است. قابلیت ارث هم مبتنی بر قابلیت نقل است و در قابلیت نقل هم فرموده قاعده ای که اثبات قابلیت نقل کند نداریم. نتیجه این که در هیچ یک سه اثر، قاعده ای که اثبات آن اثر کند نداریم، بلکه در برخی موارد، مقتضای قاعده عدم ترتب اثر مورد نظر است.

## کلام محقق اصفهانی

اما محقق اصفهانی فرموده نظر مشهور این است که در موارد شک بین حق و حکم، می توان بر اساس قاعده تعیین کرد که حق است و حتی قابلیت اسقاط دارد. ممکن است گفته شود که با تمسک به دلیل صلح می توان شک در قابلیت اسقاط یا قابلیت نقل را برطرف کرد، البته در جایی که از نظر عرفی قابلیت احراز شود و فقط از نظر شرعی شک در قابلیت داشته باشیم. اگر شخصی مصالحه کرد بر اسقاط حق خود، یعنی گفت در مقابل این مقدار، حق خود را اسقاط می کنم، دلیل می گوید هر چه مصداق عرفی صلح باشد امضاء شده است و این مورد هم طبعا باید به عنوان صلح شرعی تصحیح شود.

در مورد قابلیت ارث هم ایشان با تمسک به ادله و عمومات ارث، قابلیت للارث را اثبات کرده است. حاصل این که گفته می شود در مورد هر سه اثر، قاعده ای داریم که بتواند در موارد شک، اثر حق بودن را اثبات کند. اما اشکال تمسک به عام در شبهه مصداقیه اشکال واردی نیست:

توضیح اشکال این است که قطعا مواردی از دلیل صلح یا عمومات دیگر خارج شده و مواردی داریم که قابل اسقاط یا قابل نقل به صلح نیست، مثل این که جواز رجوع در باب هبه، قابل اسقاط نیست و قابل نقل هم نیست. بنابراین از عمومات، مواردی که قابلیت نقل و اسقاط ندارد تخصیص خورده، و با توجه به این موارد، مقدار حجیت عمومات صلح، ضیق شده و تخصیص خورده است. پس هر جا در قابلیت اسقاط مجعول ترخیصی شارع شک کنیم، تمسک به عام صحیح نیست بلکه تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه می شود. اگر دلیل مخصص، متصل باشد تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود آن خواهد بود، و اگر منفصل باشد تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه مخصص خواهد بود که هر دو باطل است.

جوابی که ایشان از این اشکال می دهد این است که مواردی که از عمومات خارج شده اند، این خروج به لحاظ عنوان قابلیت اسقاط و عدم قابلیت اسقاط نیست، بلکه این موارد بذاتها خارج شده اند. ما هو الخارج، ذوات این موارد است نه عنوان غیرقابل اسقاط. لذا در این موارد، قطعا عام تخصیص خورده است و نسبت به مواردی که شک داریم، شک ما شک در تخصیص زائد است نه شک در عنوان مخصص.

اما ایشان اشکال دیگری به تمسک به عمومات مطرح می کند:

اشکال این است که ادله نفوذ عقود و معاملات، در مقام بیان از این جهت نیستند که مورد قابلیت نقل دارد یا نه. بلکه این ادله بیان می کنند در جایی که مورد، صلاحیت و قابلیت نقل داشه باشد و شک در تحقق این نقل توسط اسبابی مثل صلح یا بیع باشد، این صلح و بیع امضاء شده است. لذا طبق نظر ایشان عمومات در مقام انفاذ اسباب اند در جایی که قابلیت نقل و ملکیت مورد ثابت شده است، اما اگر در اصل قابلیت ملکیت و نقل شک کنیم و شک به قابلیت مورد برگردد نه به خصوصیت سبب، عمومات ناظر به این حیثیت نبوده و بیانی ندارند.

بنابر این اشکال (تمسک به عام در شبهه مصداقیه) در کلام محقق اصفهانی جواب داده شد. اما اشکال اساسی خود ایشان این است که اصلا عمومات شامل موارد شک در قابلیت مورد نمی شود.

## کلام مرحوم امام

اما مرحوم امام اشکال محقق اصفهانی را جواب داده و فرموده این اشکال که عمومات از این حیث در مقام بیان نیستند، تمام نیست. ظاهر ادله وعمومات این است که هر معامله ای که عرفا مصداق عقد یا صلح باشد، وجوب وفاء دارد، و عدم وجوب وفاء در مورد خاصی مخالف اطلاق و عموم این ادله است. عقلاء شک ندارند که شارع از این عمومات به صدد انفاذ اسباب معامله است، چه از نظر شرعی شک در قابلیت مورد للنقل داشته باشیم یا نه. به تعبیر دیگر ایشان فرموده از عمومات، حکم حیثی استفاده نمی شود که گفته شود از حیث تماميت سبب درمقام بيان هستند ودلالت دارند اما از قابلیت داشتن مورد، معامله را تصحیح نمی کنند، بلکه ظاهر عمومات، حکم فعلی و من جمیع الجهات است. لذا فقهاء به این عمومات تمسک می کنند حتی اگر از نظر شرعی، شک در قابلیت مورد داشته باشند.

ثانیا حتی اگر عمومات در مقام بیان حکم حیثی باشند این اشکال در مثل «الصلح جائز بین المسلمین» و «اوفوا بالعقود» می آید، اما در مثل «الناس مسلطون علی اموالهم» چنین اشکالی مطرح نخواهد بود، و هر چه حق بودنش ثابت باشد و در آثار آن شک کنیم، مقتضای الناس مسلطون این است که می توان آن را اسقاط یا نقل کرد.

اما خود ایشان اشکال دیگری به تمسک به عمومات برای اثبات آثار حق می کنند که اشکال تمسک به عام در شبهه مصداقیه است ولی به تقریب دیگر:

توضیح اشکال این است که طبق روایات، شرط در صورتی نافذ است که مخالف کتاب نباشد به این معنی که مخالف حکم الله نباشد والا کتاب خصوصیت ندارد (المومنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما أو حرّم حلالً). این قید به بقیه عناوین معاملی مثل صلح و بیع در اوفوا بالعقود و احل الله البیع هم سرایت می کند از باب عدم احتمال فرق، یا از این باب که این تقیید، تقیید تعبدی نیست، بلکه این تقیید به حکم عقل است و عقل حکم می کند شروط و التزامات مکلفین نباید با احکام اولی شرع مخالف باشد بلکه ممکن است گفته شود مراد از شرط در الا ما احلّ حراماً او حرّم حلالاً به معنای مطلق قرار معاملی باشد .

این اشکال در بحث شخصیت حقوقیه از آقای خوئی و آقای صدر مطرح شد. آقای صدر با تمسک به دلیل «انّ شرط الله قبل شرطکم» فرمود مجعولات و التزامات مکلفین، در جایی که مخالف مجعولات الهی نباشد ممضاة است والا اثری ندارد؛ زیرا شرط به معنای اعم (مطلق التزام) است نه به معنای شرط اصطلاحی (التزام فی ضمن التزام)

آقای خوئی هم در کتاب الحج این مطلب را پذیرفتند اما از باب تقید ذاتی، نه از باب دلیل خارجی. در تزاحم بین وجوب حج و وجوب وفاء به نذر، فرمودند وجوب نذر، امضائی است اما وجوب حج، وجوب ابتدائی است و در واجبات امضائیه ذاتا این تقیید وجود دارد که در جایی امضاء می شود که با مجعولات اولیه شرع مخالفت نداشته باشد. لذا سابقا این اشکال مطرح شد که وقتی شک در اعتبار شرعی شخصیت حقوقیه داریم، تمسک به عمومات مصداق تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود. به آن مطالب، کلام مرحوم امام ضمیمه می شود و ایشان هم ادله امضاء را در مواردی نافذ می داند که مخالف حکم الله نباشد و به هر دو بیان (تقیید به دليل خارجی و تقیید داخلی به حکم عقل) اشاره می کنند.

اما نکته حکم عقل این است که اگر در کنار مجعولات اولیه شارع که بر اساس مصالح و مفاسد جعل شده اند، وجوب اطاعت زوج و والد یا امضاء التزامات مکلفین مطلق باشد و شامل فرض مخالفت با مجعولات اولیه شرع هم شود، این اطلاق معنی ندارد؛ چون منجر به نقض غرض می شود.

بنابراین سیر کلمات اعلام در فرض شک در حق و حکم این شد که:

مرحوم آقای خوئی فرمود قاعده ای نداریم که اثبات اثر کند. محقق اصفهانی عمومات را مطرح کرد اما به آن اشکال وارد کرد. مرحوم امام از اشکال محقق اصفهانی جواب داد، اما خود ایشان اشکال دیگری به تمسک به عمومات وارد کرد. نتیجه این که قاعده ای که بتواند در موارد شک، آثار حق را اثبات کند نداریم.

## نظر مختار

به نظر می رسد تنقیح مساله بتمام ابعاده به طوری که بحث به طور کامل استیفاء شود، مبتنی بر بیان مساله در قالب چهار مرحله است. در هر کدام از مراحل چهارگانه باید نتیجه بحث به لحاظ آثار سه گانه معلوم شود. سپس باید ببینیم بین مراحل چهاگانه ترتیب به چه نحو است و کدام مرحله بر سایر مراحل مقدم است.

**مرحله اول** این است که به دلیل دال بر حکم وضعی ترخیصی نظر کرده و ببینیم آیا در آن دلیل، نکته ای که شک ما را به لحاظ آثار برطرف کند وجود دارد یا نه. ممکن است دلیل مستقیما نتیجه را نرساند، اما اطلاقی داشته باشد که نتیجه آن اطلاق، عدم قابلیت اسقاط یا عدم قابلیت نقل و ارث باشد.

**مرحله دوم**: اگر از خود دلیل دال بر اثبات حق نتوانستیم آثار را اثبات یا نفی کنیم، آیا از مقتضای عمومات و اطلاقات نفوذ معاملات و عقود می توان نتیجه ای گرفت یا نه؟ مراد عموماتی است که نتیجه اش اثبات اثر مورد نظر باشد، مثل عمومات صلح و عمومات اوفوا بالعقود.

**مرحله سوم:** اگر هیچ کدام از دلیل دال بر اولویت، و عمومات و اطلاقات بیانی نداشتند، باید ببینیم مقتضای عمومات و ادله اجتهادیه دیگر (غیر از ادله امضاء و نفوذ معاملات) چیست. مثل این که آقای خوئی فرمود اگر شک کنیم که ولی دم بعد از اسقاط حق قصاص دارد یا نه، مقتضای عمومات که حرمت قتل مومن است، عدم وجود حق قصاص است. مراد از عمومات در این مرحله، ادله اجتهادیه ای است که در آن مورد مشکوک، اثر را به نحو عام اثبات یا نفی می کند.

**مرحله چهارم:** مرحله چهارم رجوع به اصل عملی در مساله است که طبعا وقتی نوبت به آن می رسد که از مراحل قبلی نتیجه ای نگرفته باشیم.

بنابراین بحث را در دو مقام پیگیری می کنیم: اول نتیجه بحث طبق هر کدام از چهار مرحله، سپس بیان ترتیب بین مراحل چهارگانه. ابتدا نتيجه بحث در چهار مرحله را بررسی می کنیم.

1. ممکن است مراد ایشان از عموماتی که موضوع آن حق است، همان روایاتی باشد که در کلام آقای صدر مطرح شد که گفته شد دلالت می کند بر این که هر چه حق است قابلیت اسقاط دارد. [↑](#footnote-ref-1)
2. مصباح الفقاهة ج2 ص48 [↑](#footnote-ref-2)