

بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم

سید علیرضا فروغی^۱

چکیده: حق در اصطلاح فقهی دارای دو معناست: نخست، حق در معنای عام که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص می‌باشد. شاهد این مدعا مواردی نظیر حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت، حق حضانت و نظایر آن است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده لکن همه از مصادیق حکم است. دوم، حق به معنای خاص که در مقابل ملک و حکم است. لذا توجه داده شده فقهایی که حق را در مقابل ملک و حکم می‌دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است و از آن با تعبیر حکم شرعی و خطاب شارع نیز یاد می‌کنند اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن، اعم از تکلیفی و وضعی، بدانیم روشن است که حق (به مانند ملک) از اقسام حکم وضعی بوده و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص - معنای دوم - می‌شود.

بر این اساس، زمانی که حق با حکم مقایسه می‌شود معنای اخص این دو، مورد نظر بوده و لذا هرگاه در فقه سخن از آثار و ویژگی‌های حق، نظیر قابلیت اسقاط، نقل و انتقال می‌رود مقصود آن است که حق به عنوان حکم وضعی و اعتبار عقلایی مستقل دارای این آثار است و در مقابل حکم تکلیفی فاقد این ویژگی‌هاست.

در این مقاله درباره رابطه حکم تکلیفی و حکم وضعی و بیان نظرات اصولیان و نظر مختار نیز بحث و بررسی شده است. هم‌چنین در مورد اینکه ملاک و ضابط تشخیص حق از حکم چیست و در آخر اینکه هرگاه در موردی شک شود که از حقوق است یا احکام، مقتضای قاعده و اصل چیست؟ در این صورت مقتضای قاعده و در صورت فقدان آن مقتضای اصل عملی چیست؟

کلیدواژه‌ها: حق، حکم، حکم وضعی، حکم تکلیفی، فقه، حقوق.

مقدمه

حق از جمله مفاهیم و تأسیساتی است که مقایسه آن با مفاهیم و نهادهای مشابه موجب می‌شود تا شناخت دقیق‌تر و عمیق‌تری از ماهیت آن به دست آید. بر این اساس، فقهای امامیه حق را با مفاهیمی نظیر ملک، حکم و تکلیف سنجیده و با تدقیق در این موضوع تحقیقات بسیار ارزنده‌ای ارائه نموده‌اند. در این مقاله، حق با مفهوم حکم تطبیق داده شده و سعی شده ویژگی‌های این دو مفهوم و وجوه تمایز آن نسبت به یکدیگر تبیین شود. مقاله در دو گفتار سازماندهی شده که به ترتیب درباره حق و حکم ارائه می‌گردد.

۱- حق

۱-۱- تعریف حق در لغت

واژه حق در زبان عربی به صورت مصدر، اسم و صفت به کار رفته است. لغت‌دانان بزرگ عرب درباره معنای حق اتفاق نظر داشته و سخنان مشابهی ابراز نموده‌اند. از جمله در *لسان العرب* آمده است: «حق نقیض باطل است و جمع آن حقوق و حقائق است و حق به معنای ثبوت است» (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۳: ۲۵۶-۲۵۵). جوهری حق را خلاف باطل و مفرد حقوق می‌داند (جوهری، ۱۹۷۴، ج ۱: ۲۸۱). در *تاج العروس* حق همان موجود ثابت معنا شده است (زبیدی، ۱۴۰۶، ج ۶: ۳۷۵). جرجانی نیز در تعریف لغوی حق آورده است: «حق آن ثابتی است که انکار آن جایز نیست» (جرجانی، ۱۴۲۴: ۷۲). برخی نیز اشاره نموده‌اند اگرچه بعضاً معانی متعددی برای حق ذکر شده اما این معانی به معنای واحدی برمی‌گردد و آن مفهوم ثبوت و ثابت است (فیومی، ۱۹۸۷: ۵۵).

بنابراین، می‌توان گفت حق در معنای مصدری، به معنای ثبوت و در معنای وصفی، به معنای ثابت می‌باشد. به همین اعتبار بر خداوند متعال نیز حق اطلاق می‌شود «وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ» (نور: ۲۵) زیرا ثبوت حق تعالی برترین ثبوت‌هاست که به تعبیر فلسفی با عدم یا عدمی اختلاط ندارد. هم‌چنین به کلام راست، حق گفته می‌شود؛ زیرا مضمون آن در واقع ثبوت دارد (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۳۸).

لازم است ذکر شود که فقهای برجسته یک‌صد سال اخیر نیز که مبحث حق را به تفصیل و دقت مورد بررسی قرار داده‌اند، علی‌رغم اختلاف نظر گسترده در معنای اصطلاحی حق، بر این نکته که حق در لغت به معنای ثبوت و ثابت است اتفاق نظر دارند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۳۸؛

طباطبائی حکیم، بی تا، ج ۱: ۸؛ غروی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۲۹. این امر نشان می‌دهد که در باب معنای لغوی حق اختلاف نظر خاصی وجود ندارد.

از نکات قابل ذکر درباره کاربرد واژه حق در زبان فارسی آن است که برای شکل جمع آن، یعنی حقوق و نام علم حقوق یک لفظ وجود دارد و این اشتراک لفظی خود منشأ مشکلات زیادی در ترجمه متون حقوق جدید شده است. این در حالی است که در برخی زبان‌های دیگر دو لفظ برای این دو معنا وجود دارد. به طور مثال در انگلیسی برای حقوق به معنای جمع حق «Rights» و برای علم حقوق «Law» را به کار می‌برند. این مشکل در زبان عربی نیز وجود ندارد؛ چون برای جمع حق از لفظ «حقوق» و برای علم حقوق از واژه «قانون» استفاده می‌شود.

بر این اساس، روشن می‌گردد که در بیان معنای اصطلاحی، حق و شکل جمع آن حقوق به عنوان معادل «Rights» مقصود می‌باشد که در بند مربوط به معنای اصطلاحی حق درباره آن توضیح داده می‌شود.

۲-۱- معنای حق در قرآن کریم و روایات

حق به صورت مصدر، اسم و صفت و مشتقات آن به شکل فعل ماضی، مضارع، صفت مشبیه، اسم تفضیل و اسم فاعل در قرآن کریم به کار رفته است. در قرآن ماده حق و مشتقاتش ۲۸۷ مرتبه استعمال شده است.^۱

مفسران قرآن کریم اگرچه بعضاً معانی مختلفی را برای حق ذکر نموده‌اند لکن به نظر می‌رسد که حق در قرآن کریم نیز به معنای لغوی آن، یعنی ثبوت، ثابت و ضد باطل به کار رفته است. مؤلف المیزان در تفسیر معنای آیه «یجادلونک فی الحق بعد ما تبین» با تو درباره حق بعد از آنکه روشن گردید مجادله می‌کنند» (انفال: ۶)، می‌نویسد: «مراد از حق مقابل باطل است و آن امر ثابتی است که آثار واقعی مطلوبش بر آن مترتب می‌شود» (طباطبائی، ۱۴۰۳، ج ۹: ۱۳). مؤلف التحقیق نیز حق را مخالف باطل و «حقّ الشیء» را به معنای «اذا وجب و ثبت» می‌داند

^۱ کاربرد حق و مشتقات آن از نظر لفظ و تکرار آن در قرآن کریم بدین شرح است: الحق و حق (اسم یا صفت): ۲۲۷ بار؛ حقّاً (مصدر): ۱۷ بار؛ احقّ (اسم تفضیل): ۱۰ بار؛ حقّ (فعل ماضی): ۱۲ بار؛ حَقَّت (فعل ماضی): ۵ بار؛ حُقَّت (فعل ماضی): ۲ بار؛ حَقَّهُ (اسم): ۳ بار؛ یُحِقُّ و یُحَقُّ (فعل مضارع): ۴ بار؛ یَحِقُّ (فعل مضارع): ۱ بار؛ استحقّ (فعل ماضی): ۱ بار؛ استحقّاً (فعل ماضی): ۱ بار؛ الحاقّه (اسم فاعل): ۳ بار؛ حقیق (صفت مشبیه): ۱ بار.

(مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۲: ۲۸۲).

قابل ذکر است که در برخی آیات قرآن کریم حق بر معنای خاصی اطلاق شده است؛ از جمله در آیه «وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ» (غافر: ۲۰)، حق بر عدل در مقابل ظلم به کار رفته و یا در آیه «وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ» (معارف: ۲۵-۲۴)، حق به معنای نصیب و سهم معین استعمال شده است. باید توجه داشت که اولاً این موارد در مقایسه با موارد مذکور در فوق اندک بوده و در این موارد خاص نیز، معنای مورد نظر با عنایت به مضمون آیه فهمیده شده و ثانیاً، این معانی خاص نیز دور از معنای ثبوت و ثابت نیست.

تذکر این نکته لازم است که ما در این مقاله درصدد تبیین معنای حق در اصطلاح فقهی و حقوقی آن هستیم و در ادامه می‌آید که حق در این اصطلاح امر اعتباری است و در مصادیق خود مشترک معنوی است. اما حق در استعمالات قرآنی حتی اگر منحصر به معنای ثبوت بدانیم بر مصادیق بسیاری از جمله خداوند متعال اطلاق می‌گردد که در این صورت حق حاکی از امر حقیقی و امر اعتباری به طور اعم است. به‌رحال، حق در معنای قرآنی نیز بنا بر نظر صحیح مشترک معنوی است و حقیقی بودن و اعتباری بودن محکی حق - آنچنان که برخی تصور کرده‌اند - موجب اشتراک لفظی آن نمی‌شود. این بحث شبیه آن چیزی است که در باب اشتراک معنوی وجود نسبت به دو قسم ممکن و واجب گفته می‌شود.

با بررسی اخبار و روایات ملاحظه می‌شود که حق در لسان اخبار در معانی مختلفی به کار رفته است و اینکه ادعا شود واژه حق صرفاً به معنای لغوی آن استعمال شده، صحیح نمی‌باشد. این درست است که واژه حق در اخبار بسیاری - به مانند قرآن - در معنای لغوی آن به کار رفته اما کاربرد وسیع آن در مفاهیمی همچون حکم، ملک و حق به معنای خاص آن نشان می‌دهد که حق در روایات در یک معنای گسترده استعمال شده و دارای اصطلاح خاصی است که به طور مفصل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱- معنای حق در اصطلاح فقهی و حقوقی

حق از جمله واژگانی است که در زبان روزمره بسیار به کار می‌رود و علی‌رغم اینکه اشخاص عادی در کاربرد و درک مفهوم آن در محاورات روزمره هیچ‌گونه احساس سختی و دشواری نمی‌کنند لکن درباره معنای آن در اصطلاح فقهی و حقوقی اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. البته این ویژگی اختصاصی به واژه حق ندارد و برخی اصطلاحات و مفاهیم عامه نظیر آزادی و عدالت

نیز از این خصیصه برخوردارند و لذا در باب تعریف و تحدید معنای آنها اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. به هر حال، درباره حق باید متذکر شد که از یک سو فقهای امامیه و اهل سنت درباره معنای آن اختلاف نظر گسترده‌ای دارند که در بحث تبیین ماهیت حق بدان اشاره می‌شود. از سوی دیگر، حقوق‌دانان نیز در معنای حقوقی آن آرای گوناگونی را ابراز نموده‌اند؛ بنابراین در این بند به ترتیب معنای اصطلاحی حق در فقه امامیه، عامه و حقوق جدید اشاره می‌گردد.

۱-۳-۱- اصطلاح حق در فقه امامیه

نگاهی به روایات معصومین^(ع) و عبارات فقیهان امامی نشان می‌دهد که حق در اصطلاح فقهی آن دارای دو معناست: نخست، حق در معنای عام که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص می‌باشد. شاهد این مدعا مواردی نظیر حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت، حق حضانت و نظایر آن است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده لکن همه از مصادیق حکم است. هم‌چنین تعبیری مانند «حق الله علی عباده» و «حق الراعی علی الرعیه» و «حق الراعی علی الرعیه» و سایر مواردی که در رساله الحقوق امام سجاد^(ع) آمده همه از مصادیق حکم بوده و داخل در حق به معنای عام است.

دوم، حق به معنای خاص که در مقابل ملک و حکم است. در این معنا تعاریف مختلفی از حق ارائه شده که در ادامه بدان اشاره می‌شود. اما اجمالاً برخی گفته‌اند حق عبارت از سلطنت بر فعل است اعم از اینکه به عین یا عقد یا شخص یا غیر آن تعلق گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳: ۳۱-۳۰) و یا اینکه حق عبارت از سلطنت ضعیفی از سنخ سلطنت موجود به مرتبه‌ای قوی‌تر در ملک است (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۲۳).

قابل ذکر است که کسانی که حق را در مقابل ملک و حکم می‌دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است که از آن با تعبیر حکم شرعی و حکم شارع نیز یاد می‌کنند. اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن اعم از تکلیفی و وضعی بدانیم روشن است که حق (به مانند ملکیت) از اقسام حکم وضعی بوده و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص - معنای دوم - می‌شود. این معنا در عبارات فقها مورد تصریح قرار گرفته است و از جمله مؤلف رساله حق و حکم آورده است:

اما سؤال از فرق بین حق و حکم، پس جواب آن این است که حکم به معنای اعم شامل حق نیز می‌شود، زیرا حق نیز حکم وضعی است و لکن گاهی اوقات حق بر

حکم شارع اطلاق می‌گردد؛ بنابراین در مقابل حق (به معنای خاص) بوده... و آن (معنای خاص) عبارت از سلطنت ناقص بر مال یا شخص است (طهرانی، ۱۳۷۴: ۱۷۱).

بنابراین، باید توجه داشت که مقصود از حق در این مقاله معنای دوم آن به عنوان یک حکم وضعی - همچون ملک - در مقابل حکم به معنای خاص آن یعنی حکم تکلیفی - که از آن غالباً با عنوان حکم شرعی یاد می‌شود - قرار می‌گیرد؛ بنابراین زمانی که سخن از آثار و ویژگی‌های حق نظیر اسقاط، نقل و انتقال حق می‌رود مقصود آن است که حق به عنوان حکم وضعی دارای این خصوصیات است در مقابل حکم تکلیفی که فاقد این ویژگی‌هاست.

اما در مقابل این دو معنای عام و خاص که از نظر فقهای امامیه به عنوان دیدگاه صحیح بیان شد، نظر محقق یزدی و نائینی است که تفسیر دیگری از معانی حق دارند. ایشان معتقدند حق دارای دو معناست: نخست، حق بر یک عنوان عام اطلاق می‌گردد که شامل حکم، عین، منفعت و حق به معنای خاص است. از نظر ایشان اطلاق حق بر عین و منفعت به مانند اطلاق حق بر حکم اطلاق شایعی است. دوم، حق به معنای خاص که در مقابل آن سه مفهوم است (خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۶-۱۰۵؛ طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵).

قابل ذکر است که محقق یزدی و نائینی این نظر را بدین مناسبت مطرح نموده‌اند که شیخ انصاری در بخش بیع مکاسب در مبحث شروط عوضین بعد از بحث درباره اینکه عین و منفعت از نظر قرار گرفتن به عنوان مثنی و ثمن چه حکمی دارند در مورد اینکه حق به معنای خاص آن ثمن قرار داده شود می‌نویسد: «اما الحقوق الأخر فان لم يقبل المعاوضة...» (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۲۳). این عبارت موجب شده که شارحان و محشیان مکاسب برای توجیه متن به این نظر قائل شوند که قید «اخر» برای این است که عین و منفعت، حق به معنای عام بوده و با این قید مصنف حق به معنای خاص را به طور جداگانه مورد بحث قرار داده است.

به نظر می‌رسد این توجیه - همان‌گونه که برخی فقیهان اشاره نموده‌اند - صحیح نباشد، زیرا اولاً قید «اخر» فقط در برخی نسخه‌ها آمده و به احتمال قوی ناشی از اشتباه ناسخان است. ثانیاً، قراردادن عین و منفعت در شمار حقوق به معنای اعم صحیح نیست، زیرا این دو خود حق نبوده بلکه متعلق حق قرار می‌گیرند و لذا از جمله حقوق نمی‌باشند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۲۷).

مؤلف جامع‌المصادرک نیز در نقد سخن محقق نائینی معتقد است اینکه گفته شود حق در معنای اعم عنوان عامی است که شامل مجعولات شرعی مثل حکم، عین، منفعت و حق به معنای اخص می‌شود صحیح نیست، زیرا مسلم است که عین و منفعت از مجعولات شرعی نیستند؛ بلکه متعلق

حکم شرعی قرار می‌گیرند (خوانساری، ۱۳۵۴، ج ۳: ۶۹).

قابل ذکر است که در تبیین مفهوم و ماهیت حق دیدگاه‌های متفاوتی در بین فقهای امامیه وجود دارد که در اینجا به اختصار نظریات^۱ ارائه شده ذکر می‌گردد:

الف) نظریه سلطنت: حق از نظر مشهور فقهای امامیه به معنای سلطنت می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۲۴) که از آن با لفظ سلطه نیز تعبیر می‌کنند. لفظ سلطه برخلاف لفظ سلطنت در زبان فارسی نیز کاربرد دارد. مقصود فقها از سلطنت، همان مفهوم تسلط، اقتدار و چیرگی در زبان فارسی است. از نظر ایشان حق سلطنت فعلیه‌ای است که تصور آن بر یک طرف ممکن نیست؛ بلکه در هر حقی دو طرف وجود دارد؛ یکی صاحب حق - که از آن منتفع می‌شود - و دیگری کسی که حق بر عهده اوست - که از او به من علیه الحق تعبیر می‌گردد.

ب) نظریه ملک: برخی دیگر از فقهای امامیه حق را مترادف معنای ملک و آن را از مراتب ملکیت بلکه ضعیف‌ترین مرتبه آن می‌دانند. محقق یزدی و نائینی این نظر را اختیار نموده‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵؛ خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۷).

ج) نظریه اعتبار خاص: قائل این نظریه فقیه و اصولی برجسته معاصر محقق اصفهانی است. مطابق این نظر، حق در هر موردی اعتبار خاصی است که با معنای حق در موارد دیگر متفاوت است، بنابراین حق دارای یک معنای واحد که در همه مصادیق آن شایع باشد نبوده و در ذیل مفاهیم عامی همچون سلطنت و ملک نیز تعریف نمی‌گردد. مثلاً حق ولایت چیزی جز اعتبار ولایت حاکم، پدر نیست و از احکام این اعتبار تصرف ولی در اموال مولی علیه از نظر حکم تکلیفی و وضعی می‌باشد و به جعل اعتبار دیگری نیاز نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۴).

د) نظریه ماهیت اعتباری مستقل: در این نظریه حق به حسب مفهوم عرفی و ارتکاز عقلایی یک ماهیت اعتباری مستقل و جدا از مفاهیم سلطنت و ملک است و به مانند نظریه اول و دوم حق در ذیل مفاهیم سلطنت و ملک قرار نمی‌گیرد. در این معنا حق دارای یک معنای واحد در جمیع موارد و مصادیق است و به اصطلاح نسبت به آنها اشتراک معنوی دارد؛ بنابراین مطابق این

^۱ «نظریه‌های حق در فقه اسلامی و حقوق غرب» موضوع مقاله مستقلی است که نگارنده به تفصیل پنج نظریه از فقه اسلامی و پنج نظریه از حقوق غرب را مورد بررسی قرار داده است. ر.ک: فصلنامه رهنمون، سال هشتم، شماره ۲۹۳۰، زمستان و بهار ۱۳۸۸-۸۹.

نظر آنچه متفاوت است معنای حق نیست بلکه متعلق حق است که در مصادیق گوناگون مختلف است و بر خلاف نظریه سوم در هر مورد حق دارای معنای جداگانه و اعتبار خاص نمی‌باشد. امام خمینی در بین فقهای معاصر این نظریه را ابتکار و تبیین نموده است (موسوی خمینی، بی تا، ج ۱: ۳۹). در باب معنای حق در فقه سخن مؤلف ترمینولوژی حقوق نیز قابل توجه است. ایشان معتقد است حق در فقه به دو معنای زیر به کار می‌رود:

۱- اموری که در قانون پیش بینی شده اگر افراد مجاز باشند که به قصد خود برخی از آنها را تغییر دهند این امور قابل تغییر را حق گویند و حق به این معنا در مقابل حکم به کار می‌رود.

۲- نوعی از مال است و در این صورت در مقابل عین، دین، منفعت و انتفاع به کار می‌رود چنانکه گویند مالکیت عین، مالکیت دین، مالکیت منفعت، مالکیت انتفاع و مالکیت حق مانند مالکیت حق خیار و مالکیت حق تحجیر (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۱۶).

به نظر می‌رسد که جمع‌بندی مؤلف ترمینولوژی حقوق درباره معنای اول صحیح و دقیق است، زیرا در متون فقهی به طور گسترده مفهوم حق به معنای اول - در برابر حکم - به کار برده می‌شود. اما درباره معنای دوم باید متذکر شد که قرارداد حق به عنوان مال مورد قبول همه نیست و بحث مبنایی است.

توضیح مطلب اینکه در فقه اسلامی اشیاء بر سه قسم می‌باشند: ۱- اعیان که مقصود همان اشیای مادی است. ۲- منافع که مقصود فایده‌ای است که از اعیان برده می‌شود. ۳- حقوق که گاهی متعلق آن مال است؛ مانند حق مرور و گاهی متعلق آن مال نیست؛ مانند حق حضانت. از قسم دوم و سوم به اشیای غیرمادی تعبیر می‌شود. به هر حال، در فقه امامیه و اکثر مذاهب فقه عامه درباره مال بودن اعیان و منافع با وجود دو شرط امکان حیات و امکان انتفاع متعارف اتفاق نظر است. البته حنفی‌ها مال را به اعیان محدود نموده و منافع را مال نمی‌دانند. به همین دلیل است که ایشان از اصطلاح اموال به جای اعیان استفاده می‌کنند. همچنان که در عدم مالیت حقوق متعلق به غیر مال مثل حق حضانت نیز اختلافی نیست. اما درباره حقوق متعلق به مال اختلاف نظر است؛ حنفی‌ها این قسم را مال نمی‌دانند، چون معتقدند امکان حیات و وجود ندارد و حقوق معدوم بوده و با به وجود آمدن هر جزء، جزء دیگر از بین می‌رود. در مقابل مذاهب دیگر این قسم را جزء اموال دانسته و معتقدند حیات حقوق به اعتبار حیات اصل ممکن بوده و حقوق مقصود از اعیان هستند. ثمره این

اختلاف هم در مواردی نظیر غصب، میراث و اجاره ظاهر می‌شود. بنابراین اگر کسی چیزی را غصب کند و مدتی از آن استفاده کند سپس آن را به صاحبش برگرداند آن شخص قیمت منفعت را نزد غیر حنفیه ضامن است اما نزد حنفیه ضامن نیست مگر اینکه موقوفه یا مال یتیم باشد. هم‌چنین در نزد حنفی‌ها اجاره با فوت مستأجر پایان می‌پذیرد، زیرا منفعت مال نیست تا ارث برده شود؛ اما غیر حنفیه معتقدند ورثه جانشین مورث می‌شوند تا زمانی که مدت اجاره پایان پذیرد (شلبی، ۱۴۰۵: ۳۳۱-۳۳۳؛ زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۷۷-۲۸۷۸).

در فقه شیعه مطلب نیازمند تفصیل بیش‌تری است؛ اما اجمالاً باید گفت برخی فقها مانند محقق خوئی که سخن وی را در نقد دیدگاه نائینی آوردیم معتقدند متعلق حق می‌تواند عین یا منفعت باشد؛ یعنی مصادیق حق به عنوان عین یا منفعت از مالیت برخوردارند و حق به اعتبار متعلق آن مالیت دارد و اصطلاحاً به آن حق مالی اطلاق می‌گردد.

بنابراین، بند دوم عبارت دکتر جعفری که مالکیت حق را در کنار مالکیت عین، مالکیت دین، مالکیت منفعت و مالکیت انتفاع آورده به اعتبار متعلق حق صحیح است، اما واضح است که مقصود ایشان ناظر به خود حق است نه مصادیق آن، زیرا همان‌طور که در بحث نظریه‌ها اشاره شد حق یا در ذیل مفهوم سلطنت و ملک (ظاهر عبارت دکتر جعفری نشان می‌دهد که وی حق را ملک می‌داند) قرار می‌گیرد و یا به عنوان اعتبار خاص یا اعتبار مستقل در برابر آنهاست و در همه آنها به عنوان مفهوم مورد بحث قرار می‌گیرد، لذا آنچه به اعتبار موضوع دارای مالیت بوده و متعلق ملکیت قرار می‌گیرد خود حق نیست بلکه مصادیق آن است و مصادیق چیزی جز عین و منفعت نیست.

البته ممکن است گفته شود که ایشان حقوق مزبور را به عنوان حق مالی متعلق ملکیت قرار داده که در این صورت با عبارت وی در بند دوم که حق را نوعی مال می‌داند سازگار نیست. به هر حال، نظر مختار در باب مفهوم حق آن است که حق به عنوان یک حکم وضعی مستقل در ذیل ملکیت که خود از احکام وضعی است قرار نمی‌گیرد همان‌طور که ملکیت نیز در ذیل حق قرار نمی‌گیرد.

۲-۳-۱- اصطلاح حق در فقه اهل سنت

نویسندگان و مؤلفان آثار فقهی معاصر اهل سنت تصریح نموده‌اند که در فقه عامه فقها کمتر در مقام تعریف حق برآمده و در متون متقدمان تعریفی ملاحظه نمی‌گردد تا جایی که مؤلف المدخل

للفقه الاسلامی اشاره می‌کند که در فقه اهل سنت تعریفی از حق نشده است (مدکور، ۱۹۹۶: ۴۲۰-۴۱۹). اما در بین متأخران بعضاً به تعریف حق اشاره شده که این هم بسیار معدود است. از جمله آورده‌اند که لکنوی در حاشیه‌اش به نام قمر الاقمار که بر نور الانوار در شرح المنار در علم اصول فقه است حق را چنین تعریف کرده: «الحق هو الحكم الثابت شرعاً» (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۳۹؛ زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۲).

مؤلف الفقه الاسلامی و ادلته در انتقاد از این تعریف می‌گوید: این تعریف جامع همه آنچه لفظ حق نزد فقها بر آن اطلاق می‌گردد نیست، زیرا حق گاهی بر مال مملوک - که از مقوله احکام نیست - و بر خود ملک و یا بر وصف شرعی مانند حق ولایت، حضانت و خیار اطلاق می‌گردد. هم‌چنین حق بر مرافق مال غیرمنقول مانند حق عبور و حق مجرا و یا بر آثار مترتب بر عقود نظیر تعهد به تسلیم ثمن و مبیع نیز اطلاق می‌شود (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۳۹-۲۸۳۸).

تعریف دیگری که از سوی شیخ علی خفیف از فقهای معاصر در کتاب الحق و الذمه ارائه شده چنین است: «الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً» (به نقل از زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۳).

استاد مصطفی زرقاء تعریف استاد خفیف را از جهات زیر مورد نقد قرار می‌دهد:

(الف) این تعریف نیز به مانند تعریف لکنوی تبیین‌کننده و ویژگی‌های ممیز حق نمی‌باشد.

(ب) حق به معنای مصلحت که استاد خفیف آن را به منفعت تفسیر می‌کند، نیست.

(ج) در این تعریف دور است، زیرا مفهوم حق متوقف بر فهم معنای مستحقة است که فهم آن نیز متوقف بر معنای حق است (زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۳).

دکتر زحیلی نیز معتقد است این تعریف ناظر به غایت حق است و نه تبیین ماهیت و ذات حق.

بنابراین ایشان تعریف زیر را پیشنهاد می‌کند: «الحق هو علاقة اختصاصیه بین صاحب الحق و المصلحة التي يستفيد منها» (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۳۹).

جالب است که این تعریف را زرقاء با عبارتی مشابه در بند دوم نقد خود از تعریف خفیف

آورده است: «الحق هو العلاقة الاختصاصية بها لصاحب الحق» (زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۳).

به هر حال استاد زرقاء بعد از انتقاد از تعاریف ارائه شده درباره حق به مفهوم عام آن تعریف

حق را این چنین می‌آورد: «الحق هو اختصاص يقر به الشرع سلطه او تكليفاً» (زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۹).

دکتر زحیلی این تعریف را مناسب می‌داند به دلیل اینکه حقوق دینی مثل حق الهی بر بندگان

نظیر نماز و روزه، حقوق مدنی مثل حق تملک، حقوق مالی مثل حق منفعت و حقوق غیرمالی مثل

ولایت بر نفس را شامل می‌گردد (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۳۹).

به هر حال با استناد به جمع‌بندی که برخی محققان اهل سنت ارائه نموده‌اند حق در فقه عامه نیز (مانند فقه امامیه) دارای دو معنای عام و خاص می‌باشد؛ اما در بیان این دو معنا بین ایشان اختلاف نظر وجود دارد که ما در اینجا به دو تقسیم‌بندی اشاره می‌کنیم:

الف) حق در معنای اعم بر عین، ملک و منافع اطلاق می‌گردد و در معنای خاص آن در مقابل اعیان و منافع استعمال می‌گردد. حق در این معنای خاص عبارت از منافع اعتباری شرعی است که وجودی جز اعتبار شارع و فرض آن ندارد (شلی، ۱۴۰۵: ۳۳۲-۳۳۱).

در واقع پیش‌فرض این تفکیک بین معنای اعم و اخص مطلبی است که در بند قبل به نقل از استاد شلی آمد مبنی بر اینکه اشیاء در فقه اسلامی بر سه قسم می‌باشد: ۱- اعیان، ۲- منافع، ۳- حقوق؛ بنابراین حق در معنای اعم شامل دو قسم دیگر و در معنای اخص در مقابل آن دو قرار می‌گیرد.

در ارزیابی این نظر باید اظهار نمود اگرچه این نظر تا حدّ زیادی شبیه نظر محقق نائینی است اما یک تفاوت مهم با آن دارد و آن عدم در نظر گرفتن حکم در معنای اعم حق است.

ب) استاد مصطفی زرقاء در بحث معنای کلمه حقوق دو معنا را ذکر می‌کند که حاکی از دقت و صحت معانی ذکر شده دارد. وی می‌نویسد:

حقوق دارای دو معنای اصلی است: ۱- حقوق به معنای مجموعه قواعد و نصوص قانونی که به طور الزامی روابط مردم را از حیث اشخاص و اموال تنظیم می‌کند. حقوق در این مفهوم نزدیک است به مفهوم خطاب شارع که مترادف معنای حکم در اصطلاح علمای اصول فقه یا معنای قانون در اصطلاح علمای حقوق است. این معنا مراد ماست زمانی که مثلاً می‌گوییم «حقوق مدنی» یا «قانون مدنی». ۲- حقوق جمع حق و به معنای سلطه و قدرت مشروع یا به معنای مطلبی که برای شخص بر دیگران واجب است. این معنا مقصود است زمانی که می‌گوییم صاحب مال مغضوب حق استرداد مال خود را در صورت باقی بودن دارد و حق گرفتن قیمت یا مثل در صورت تلف آن، و یا مشتری حق بازگرداندن مبیع را در صورت معیوب بودن دارد و اینکه تصرف بر صغیر حق ولی یا وصی است و مانند آن. حق به این مفهوم دوم غالباً موضوع بررسی است (زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۲: ۱۸-۱۹).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود استاد زرقاء با دقت تمام و به درستی به این دو معنا اشاره کرده

است؛ بنابراین نتیجه گرفته می‌شود که حق در فقه عامه نیز در معنای اعم آن گاهی اوقات بر الزام شرعی و قانونی به عنوان حکم اطلاق می‌گردد و گاهی اوقات بر حق به معنای خاص به معنای سلطه به کار می‌رود.

۳-۳-۱- اصطلاح حق در حقوق

همان‌طور که در بند معنای لغوی حق آوردیم لفظ حق و جمع آن حقوق که معادل «rights» در زبان انگلیسی است در این مقاله مورد بحث قرار می‌گیرد. قابل ذکر است که حق به معنای «right» یک مفهوم اعتباری است و دارای دو معنا می‌باشد: ۱- حق به معنای اعم که هر دو نوع حق حقوقی (legal right) و حق اخلاقی (ethical right) را شامل می‌شود. ۲- حق به معنای اخص که همان حق حقوقی است. اما در اینجا بحث اصلی این است که کدام یک از دو معنای فوق در فقه مورد بحث قرار می‌گیرد؟ اگر معنای اعم مقصود باشد، این سؤال مطرح است که ملاک تمایز حق حقوقی و حق اخلاقی چیست؟ پاسخ رایج این است که حق الزامی همان حق حقوقی است و حق اخلاقی الزام‌آور نیست. اما اگر حق به معنای اخص مراد باشد، بدین معناست که وقتی می‌گوییم کسی دارای حقی بر دیگری است مقصود حق حقوقی است. برخی با تبیین مذکور در فوق معتقدند که با نگاه امروزی به فقه هر دو معنای حق حقوقی و حق اخلاقی باید مورد بحث قرار گیرد، زیرا دست کم برخی حقوق اخلاقی در فقه بحث می‌شود (صرامی، ۱۳۸۵: ۲۰۲-۲۰۱).

به نظر می‌رسد بحث فوق ناظر به مباحث حق و تکلیف در فقه به معنای جامع آن است که فقه مدنی، فقه جزایی، فقه سیاسی، فقه حکومتی و... را در برمی‌گیرد. براین اساس، مباحث فقه حقوق بشر یکی از حوزه‌های مهم فقهی است که مباحث و موضوعات چالشی را پیش روی فقه معاصر قرار می‌دهد و دیدگاه فوق درباره حق از نظر فقه در مقایسه با بحث فقه حقوق بشر و حوزه‌هایی از این دست صحیح است. اما در مباحث حق در حقوق مدنی همان معنای خاص باید مورد بحث قرار گیرد، زیرا از نظر مشهور فقها حوزه اخلاق و فقه دو حوزه کاملاً مجزا است که از آن به ترتیب به نام فقه اکبر، و فقه اصغر یاد می‌شود. شایان ذکر است که علی‌رغم تأکید بسیار زیادی که از سوی فقها بر فقه اکبر یعنی علم اخلاق می‌شود لکن منصفانه باید گفت امر اخلاقی در ساختار استنباط و شیوه اجتهادی مصطلح و رایج جایگاه و نقش تعریف شده و مشخصی ندارد؛ لذا می‌توان اذعان نمود که از نظر مشهور، حقوق اخلاقی را نمی‌توان برشمرد که به عنوان حقوق مدنی الزامی - با صرف نظر از دلیل لفظی - مورد اشاره قرار گرفته باشد. از اینجا روشن می‌گردد اگر در مواردی

فقها حکم و جوب یا حرمت را استنباط نموده‌اند، مستند ایشان گزاره اخلاقی نبوده بلکه به تبعیت از دلیل لفظی بوده است.

اما بحث دیگر این است که آیا اصطلاح حق (و حکم) در حقوق جدید دارای معادل هستند یا خیر؟ برخی حقوق دانان بر این عقیده‌اند که دو اصطلاح قانون امری و قانون تکمیلی^۱ معادل حکم و حق است؟

در عبارتی که از مؤلف ترمینولوژی حقوق آورده‌ام: «ولی حق [در مقابل حکم] در اصطلاحات کنونی کم‌تر استقبال شده است و به جای آن قانون تفسیری به کار می‌رود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۱۶) به این امر اشاره شد. البته استاد جعفری در جایی دیگر تصریح می‌کند که طرح بحث حق و حکم در رساله‌های مربوط نشان می‌دهد که قلمرو این بحث به حقوق خصوصی اختصاص ندارد و شامل شعب حقوق عمومی نیز می‌شود. بنابراین نباید بحث را معادل و مساوی بحث تقسیم قانون در حقوق خصوصی به دو قسم آمره و تفسیری در حقوق فرانسه دانست (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶، ج ۳: ۱۳۷). برخی استادان دیگر با اشاره به اینکه حق و حکم هر دو نتیجه قانون هستند اعتقاد دارند تمیز حق و حکم تا حدودی بستگی به تشخیص قوانین امری و تکمیلی دارد؛ بنابراین نتیجه گرفته‌اند که در مواردی که مصلحت مورد نظر در وضع قانون چنان مهم است که اراده اشخاص در برابر آن ارزش نداشته باشد این قانون امری بوده و موقعیتی را که به وجود می‌آورد حکم است. اما در جایی که هدف اصلی قانون‌گذار حفظ منافع خصوصی افراد یا تکمیل اراده ایشان و رعایت عدالت در قراردادهاست قانون تکمیلی بوده و موقعیت ناشی از آن حق است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۱). البته ایشان در ادامه با ذکر این نکته که راه‌های تشخیص قوانین امری و تکمیلی همه اشکال‌های تمیز حق و حکم را از بین نمی‌برد، و لذا نباید این اصطلاحات را یکسان دانست به دو مورد به عنوان نقض اشاره می‌کند: ۱- حق حضانت و نگهداری اطفال که هم حق و هم تکلیف ابویین است یا انفاق به زوجه و اقارب که حق ایشان و در عین حال تکلیف شوهر و خویشان اوست؛ ۲- مواردی نظیر شفعه (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۱-۲۵۲).

به نظر می‌رسد علی‌رغم همپوشی این اصطلاحات رابطه مفهومی بین آنها تساوی نیست، زیرا

^۱ در وجه نام‌گذاری قانون تکمیلی یا تفسیری یا تعویضی اشاره شده است از این نظر که قوانین مزبور اراده اشخاص را تکمیل یا در صورتی که مبهم باشد تفسیر می‌کنند یا جایگزین آن می‌شوند (صفائی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۵۱).

حق مفهوم وسیع‌تری از قانون تفسیری دارد و در ابواب مختلف فقه مثل عبادات، معاملات و احکام دارای مصداق است برخلاف قانون تفسیری که محدود به بحث قراردادها در حقوق خصوصی است. حکم نیز معنایی فراگیرتر از قانون امری دارد و محدود به الزام و جویی و حرمت نمی‌شود و شامل سایر اقسام حکم تکلیفی مثل اباحه - که شباهت زیادی با اباحه ناشی از حق دارد - می‌شود.

۲- حکم

۲-۱- تعریف حکم

اصطلاح حکم در فقه در معانی مختلفی به کار رفته است که به اجمال بدان اشاره می‌گردد: الف) حکم شرعی به معنای اعم که شامل حکم تکلیفی و حکم وضعی در همه ابواب فقه می‌گردد. این معنا شایع‌ترین کاربرد را در بین معانی مختلف حکم دارد. ب) حکم به معنایی که محقق حلی در تقسیم ابواب فقه به عنوان قسم چهارم در نظر گرفته است. می‌دانیم که محقق کتاب *شرائع الاسلام* را در چهار بخش عبادات، عقود، ایقاعات و احکام تبویب نموده است و مقصود وی از احکام اموری است که غرض اهم از آن دنیا می‌باشد و برای تحقق آن احتیاج به لفظ نمی‌باشد. شهید اول در توضیح و تبیین وجه حصر این تقسیم و تبویب به چهار باب می‌نویسد:

احکام فقهی بر چهار قسم است، زیرا حکم شرعی یا غایت آن آخرت است و یا غرض اهم از آن دنیا است، اول: عبادات است و دوم یا محتاج عبارت است یا خیر؛ دوم: احکام است. و اول: یا عبارت از دو طرف است - تحقیقاً یا تقدیراً - یا خیر، اول عقود است و دوم ایقاع است (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۱-۳۰).

با این توضیح روشن می‌شود که در تقسیم محقق حلی در *شرائع الاسلام* حکم به معنای اول مقسم برای اقسام چهارگانه است، در حالی که در معنای دوم حکم به عنوان قسم چهارم اخص از آن بوده و در برابر اقسام سه‌گانه دیگر است.

ج) حکم به معنای حکم حاکم که در هنگام ترافع و دعوا و در مقام فصل خصومت و پایان دادن به نزاع صادر می‌شود. در واقع در این قسم حکم، حاکم به عنوان قاضی به انشای حکم می‌پردازد. شهید اول این حکم را چنین تعریف کرده است: «حکم انشای رهایی یا الزام در مسائل اجتهادی و غیر اجتهادی - به شرط نزدیکی اجتهادات در اعتبار مدارک - در مواردی است که

خصمین برای مصالح دنیوی نزاع می‌کنند» (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۲).

د) حکم به معنای حکم حاکم که در مفهومی گسترده‌تر و وسیع‌تر از معنای سوم مشتمل بر حکم حاکم در غیر دعاوی نیز می‌شود. در این تعریف حکم حاکم به عنوان رهبر و زعیم مسلمین به منظور حل مشکلات جامعه اسلامی صادر می‌گردد و به مانند معنای سوم اختصاصی به موارد نزاع و مرافعه ندارد. مؤلف *جوهر الکلام* در تعریف این قسم می‌نویسد: «حکم عبارت از انشای اجرای حکم شرعی یا وضعی یا موضوعشان در شیء مخصوص از سوی حاکم نه از جانب خدای متعال است» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰: ۱۰۰).

به هر حال در بحث از حکم شرعی و نسبت آن با حق، حکم به معنای اول مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. هم‌چنین در باب تعریف حکم توجه به این نکته لازم است که تعاریف ارائه شده از سوی فقها غالباً ناظر به معنای جامع حکم نیست و از طرف دیگر تفکیک بین حکم تکلیفی و حکم وضعی و ارائه تعریف جداگانه برای هر یک با توجه به تفاوت اساسی و ماهوی بین آن دو صحیح‌تر به نظر می‌رسد؛ بنابراین مناسب است تعریف بعد از بحث اقسام حکم آورده شود و از ارائه تعریف جامع صرف نظر شود.

۲-۲- اقسام حکم: حکم تکلیفی و حکم وضعی

حکم دارای تقسیمات مختلفی است که در این بین دو تقسیم از اهمیت و کاربرد بیشتری برخوردار است: نخست، تقسیمی که بیش‌تر در علم اصول فقه مطرح است و در واقع مبنای تقسیم مباحث این علم است و آن انقسام حکم به حکم واقعی و ظاهری می‌باشد که فعلاً موضوع بحث ما نیست. دوم، انقسام حکم شرعی به دو قسم تکلیفی و وضعی است که این تقسیم و فروع آن اگرچه بیش‌تر در علم فقه و لسان فقها کاربرد دارد، اما اصل تعریف و رابطه بین این دو قسم حکم در علم اصول فقه مطرح می‌گردد و موضوع یکی از دقیق‌ترین مباحث تحلیلی و فلسفه فقه است که موضوع اصلی بحث ما می‌باشد.

در ابتدا تذکر این نکته لازم است که فقیهان امامیه اگرچه در باب حکم تکلیفی سخنان و عبارات مشابهی دارند، اما در باب حکم وضعی اختلاف نظر اساسی مشاهده می‌شود؛ بنابراین مناسب است اول نگاهی به تعریف مشهور و بزرگان از فقها در یک سیر تاریخی داشته باشیم.

شهید اول در تعریف حکم می‌نویسد: «حکم خطاب شرعی است که به افعال مکلفین به نحو اقتضا یا تخییر تعلق می‌گیرد» (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۹). وی در ادامه تعریف متذکر می‌گردد که

برخی کلمه وضع را اضافه کرده‌اند که در این صورت تعریف شامل حکم وضعی نیز می‌گردد. اشاره شهید به تعریف برخی فقهای عامه و امامیه است. تعریف شهید اول ناظر به حکم تکلیفی است و شامل حکم وضعی نمی‌شود. از این تعریف دو مطلب فهمیده می‌شود:

الف) حکم تکلیفی یا متضمن اقتضاست؛ بدین معنا که در آن طلب به طور مطلق وجود دارد که شامل احکام چهارگانه وجوب، استحباب، حرمت و کراهت می‌شود، یا متضمن تخییر است که همان اباحه می‌باشد و مقصود تخییر مکلف است بین اینکه فعلی را انجام دهد یا انجام ندهد.

ب) حکم تکلیفی به طور مستقیم به اعمال و افعال اختیاری مکلفین تعلق می‌گیرد، زیرا تعلق احکام پنج‌گانه تکلیفی به غیر افعال اختیاری ممکن نیست.

اما شهید اول وضع را - که مقصود همان حکم وضعی است - چنین تعریف کرده است: «حکم بر چیزی به اینکه سبب یا شرط یا مانع باشد» (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۹). این تعریف از حکم وضعی جامع نبوده و فقط شامل قسم دوم احکام وضعی است.

برخی اصولیان، اعم از شیعه و اهل سنت نظیر علامه حلی، فاضل مقداد و ابن حاجب، حکم را چنین تعریف کرده‌اند: «حکم خطاب شرعی است که به افعال مکلفین به نحو اقتضا یا تخییر یا وضع تعلق می‌گیرد» (علامه حلی، ۱۹۸۰: ۳؛ سیوری، ۱۴۰۳: ۹؛ ابن حاجب، بی‌تا: ۳۴).

ملاحظه می‌شود که تعریف فوق اگرچه شامل هر دو قسم حکم تکلیفی و وضعی می‌شود اما قسمت مربوط به حکم وضعی بسیار مختصر و ناقص است، زیرا فقط به احکام وضعی که به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد اشاره دارد، در حالی که متعلق حکم وضعی می‌تواند ذات یا چیزهایی باشد که مربوط به مکلف است.

شیخ انصاری درباره حکم وضعی آورده است: «این امور (ملکیت، زوجیت و...) به خودی خود احکام شرعی نیستند. بله، حکم به ثبوتشان شرعی است و حقیقت آنها یا امور اعتباری منتزع از احکام تکلیفی است... و یا امور واقعی است که شارع از آنها کشف کرده است» (شیخ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۳۰).

شیخ در عبارت فوق احکام وضعی را مردد بین امور اعتباری منتزع از احکام تکلیفی و یا امور واقعی که شارع از آنها کشف کرده می‌داند، در حالی که روشن است که احکام، اعم از تکلیفی و وضعی، از امور اعتباری بوده، لذا واقعی دانستن آنها و اینکه شارع از آنها کشف کرده صحیح نبوده و منطبق با واقع نیست. اما بحث درباره انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی در ادامه به

تفصیل می‌آید.

شهید صدر در تعریف حکم شرعی به‌طور کلی می‌نویسد: «همانا حکم شرعی تشریحی است که از طرف خداوند برای تنظیم حیات انسان صادر می‌گردد و خطابات شرعی در کتاب و سنت مبرز حکم و کاشف از آن بوده و خود حکم شرعی نیستند» (صدر، ۱۹۸۰، ج ۱: ۶۳).^۱

ایشان معتقد است در پرتو این تعریف خطای تعریف قدماى اصولیان از جمله شهید اول آشکار می‌گردد، چرا که خطابات‌های شرعی در کتاب و سنت خود حکم نیستند بلکه کاشف و حاکی از حکم بوده و حکم همان مدلول خطاب است. اشتباه دوم آن است که حکم شرعی دائماً به افعال مکلفین تعلق نمی‌گیرد بلکه گاهی اوقات به ذوات مکلفین یا اشیای دیگر در رابطه با مکلف تعلق می‌گیرد، زیرا هدف از قانون‌گذاری و جعل حکم شرعی تنظیم و سر و سامان دادن به حیات معنوی و مادی انسان است و این هدف همچنان که با خطاب به افعال مکلفین حاصل می‌شود مانند «صلِّ» (نماز بخوان) و «صم» (روزه بگیر)، هم‌چنین با خطاب متعلق به ذات مکلف و امور مرتبط با او - که در حیاتشان دخالت دارد - حاصل می‌گردد؛ مثل احکامی که رابطه زوجیت را تنظیم می‌کند و زن به عنوان زوجهٔ مرد با شروط معینی اعتبار می‌شود یا حکمی که رابطهٔ مالکیت را تنظیم می‌کند و شخص به اعتبار شروط خاصی مالک می‌گردد. بنابراین احکام فقط متعلق به افعال مکلفین نیستند بلکه گاهی اوقات به ذوات مکلفین یا اشیای مرتبط به ایشان نیز تعلق می‌گیرد؛ لذا بهتر است در تعریف حکم همان‌طور که در فوق آمد گفته شود: «همانا حکم شرعی تشریحی است که از طرف خداوند برای تنظیم حیات انسان صادر می‌گردد».

شهید صدر در ادامه احکام شرعی را به دو قسم تکلیفی و وضعی تقسیم نموده و در تعریف آن دو، به ترتیب، می‌نویسد:

حکم شرعی که به افعال انسان تعلق می‌گیرد و مستقیماً به سلوک انسان در زمینه‌های مختلف حیات شخصی، عبادی، خانوادگی و اجتماعی که شریعت تنظیم کرده، توجه می‌کند مانند حرمت شرب خمر، وجوب نماز و وجوب انفاق بر بعض نزدیکان. حکم شرعی که مستقیماً متوجه انسان در افعال و سلوکش نمی‌گردد و آن هر حکمی است که وضعیت معینی را که برای آن تأثیر غیرمستقیم در سلوک انسان است تشریح

^۱ «هو التشریح الصادر من ... تعالی لتظیم حیاة الانسان و الخطابات الشرعیة فی الكتاب و السنة مبرزه للحکم و کاشفه عنه و لیست هی الحکم الشرعی نفسه» (صدر، ۱۹۸۰، ج ۱: ۶۳).

می‌کند؛ مانند احکامی که رابطه زوجیت را تنظیم می‌کند. پس احکام زوجیت به طور مستقیم رابطه بین زن و مرد را تنظیم می‌کند و به صورت غیرمستقیم در سلوک مکلف تأثیر می‌کند؛ به طور مثال، زن بعد از نکاح به سلوک معینی در برابر شوهرش الزام می‌شود که این احکام وضعی نامیده می‌شود (صدر، ۱۹۸۰، ج ۱: ۶۴).

بحث دیگر در باب حکم تکلیفی و وضعی بحث تعداد این احکام است. درباره حکم تکلیفی اتفاق نظر وجود دارد که پنج قسم است و اینکه برخی آن را با حذف اباحه چهار قسم دانسته‌اند قابل اعتنا نیست. به هر حال، با توجه به اینکه بحث اقسام حکم تکلیفی بحث اصلی ما نیست و معنای اجمالی آن نیز روشن است از طرح آن صرف نظر می‌شود.

اما در باب حکم وضعی، اینکه برخی سعی نموده‌اند آن را در عدد سه یا پنج یا هفت محصور نمایند صحیح نبوده و بهتر است گفته شود هر حکم شرعی که از جمله احکام پنج‌گانه تکلیفی نباشد حکم وضعی است و هر دو قسم احکام وضعی نظیر ملکیت، زوجیت، صحت، فساد، ضمان و جزئیت، شرطیت، مانعیت و... داخل در حکم وضعی است (موسوی بجنوردی، بی‌تا، ج ۲: ۳۹۶). به نظر می‌رسد بحث تعریف حکم تکلیفی و حکم وضعی با یک بحث مهم دیگر نیز مرتبط است و آن بحث رابطه این دو نوع حکم است که در بند بعد کیفیت ارتباط این دو قسم حکم دنبال می‌گردد.

۲-۳- رابطه بین حکم تکلیفی و حکم وضعی

در باب رابطه حکم تکلیفی و حکم وضعی همه بر این نکته اتفاق نظر دارند که بین این دو رابطه وثیق و نزدیکی وجود دارد؛ بدین معنا که به طور معمول در کنار هر حکم تکلیفی یا وضعی یک حکم وضعی یا تکلیفی وجود دارد لکن در اینجا این سؤال اساسی مطرح است که کدام یک از حکم تکلیفی و حکم وضعی منشأ دیگری است و کدام یک از دیگری انتزاع می‌شود؟ در این باب نظریات مختلفی ارائه شده که به مهم‌ترین این دیدگاه‌ها و نظر مختار اشاره می‌گردد:

۱-۲-۳- نظریه مشهور:

شیخ انصاری در کتاب رسائل با نسبت دادن قول انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی به مشهور و محققان از اصولیان می‌نویسد:

همانا مشهور - همچنان که در شرح زبده آمده - بلکه آنچه رأی محققان بر آن

استقرار یافته - همچنان که در شرح وافیه سید صدر است - این است که بازگشت خطاب وضعی به خطاب شرعی (تکلیفی) است (شیخ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۲۶).

شیخ انصاری در اینجا و در عبارتی که در تعریف حکم وضعی بیان شد تصریح می‌کند که حکم تکلیفی منشأ حکم وضعی است و حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع و ناشی می‌شود. به عبارت دیگر، شیخ برای حکم وضعی جعل مستقل و ابتدایی قائل نبوده و آن را مترتب بر حکم تکلیفی می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۳۰).

محقق خوئی در انتقاد از این دیدگاه مبنی بر انتزاع ملکیت به عنوان حکم وضعی از حکم تکلیفی می‌نویسد:

ملکیت از احکام تکلیفی انتزاع نمی‌شود، زیرا ملکیت در موارد عدم ثبوت حکم تکلیفی در مثل صبی و مجنون - که گاهی مالک می‌شوند اما تکلیفی ندارند - ثابت است. گاهی نیز برعکس است؛ یعنی ملکیت نیست اما تکلیف هست؛ مانند مکلف نسبت به مال غیر که تکلیف در حق وی ثابت است بدون اینکه مالک باشد. گاهی نیز ملکیت و تکلیف هر دو ثابت است؛ مانند مکلف نسبت به اموال خودش؛ بنابراین بین ملکیت و تکلیف عموم و خصوص من وجه است (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۲۷-۲۸).

بنابراین از دیدگاه محقق خوئی ملکیت معقول اعتباری مستقل و غیر منتزاع از حکم تکلیفی است؛ همچنان که از نظر ایشان از اعراض مقولی (مقولات نه گانه ارسطویی که با جوهر مقولات عشر گفته می‌شود) نیز نیست بلکه قسمی از احکام وضعی است (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۲۹).

۲-۳-۲- نظریه انتزاع حکم تکلیفی از حکم وضعی:

برخی دیگر از فقهای امامیه معتقدند حکم وضعی منشأ حکم تکلیفی است و حکم تکلیفی از حکم وضعی انتزاع می‌شود. شهید صدر در تبیین این دیدگاه می‌نویسد:

ارتباط بین احکام وضعی و احکام تکلیفی وثیق است، چه آنکه هیچ حکم وضعی یافت نمی‌شود مگر اینکه در کنارش حکم تکلیفی وجود دارد. پس زوجیت حکم شرعی وضعی است که در کنارش احکام تکلیفی مثل وجوب انفاق زوج بر زوجه و وجوب تمکین بر زوجه وجود دارد. ملکیت، حکم شرعی وضعی است که در کنار آن احکام تکلیفی مثل حرمت تصرف غیر مالک در مال مگر با اذن مالک مطرح می‌باشد (صدر، ۱۹۸۰، ج ۱: ۶۴).

۳-۳-۲ - نظریه تفصیل بین اقسام حکم وضعی:

بدین معنا که در قسم اول حکم وضعی منشأ حکم تکلیفی است و حکم تکلیفی از حکم وضعی انتزاع می‌شود و در قسم دوم حکم تکلیفی منشأ حکم وضعی است و حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۱۷: ۴۰۲) شهید صدر در توضیح این تفصیل آورده است: الف) احکامی که خود موضوع حکم تکلیفی هستند؛ مانند زوجیتی که موضوع وجوب انفاق است یا ملکیتی که موضوع حرمت تصرف غیر در مال دیگری بدون اذن مالک است.

ب) احکامی که منتزاع از حکم تکلیفی هستند؛ مانند جزئیت سوره در نماز که منتزاع از امر به مرکب یعنی نماز می‌باشد و شرطیت زوال برای وجوب نماز ظهر که منتزاع از جعل وجوب مشروط به زوال است (صدر، ۱۹۸۰، ج ۳: ۲۲).

با توجه به عبارت فوق روشن می‌شود که کلیت نظر مشهور و از جمله شیخ انصاری در باب اینکه احکام وضعی امور اعتباری منتزاع از احکام تکلیفی هستند - علاوه بر نقدی که از سوی محقق خوئی ذکر شد - نسبت به قسم اول سخن درستی نیست، زیرا قرار گرفتن زوجیت و ملکیت به عنوان موضوع حکم تکلیفی، مقتضی تقدم رتبی موضوع بر حکم است، در حالی که انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی مقتضی تأخر آن است؛ لذا برخلاف نظر شیخ، در قسم اول این احکام وضعی هستند که منشأ انتزاع احکام تکلیفی هستند؛ اما نظر ایشان اگرچه نسبت به قسم دوم احکام وضعی نظیر جزئیت و شرطیت صحیح است لکن اشکال آن این است که در عبارت شیخ انصاری برای انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی به زوجیت و ملکیت مثال زده شده که از مصادیق قسم اول بوده و با توضیح فوق قطعاً صحیح نیست.

۴-۲ - تفاوت‌های حق و حکم

محقق یزدی در بیان تفاوت حق و حکم معتقد است که فرق بین این دو اگرچه به حسب مفهومی و ماهوی واضح است، زیرا حق گونه‌ای از سلطنت است که گاهی بر شیء است و گاهی بر شخص؛ سلطنت بر شیء نیز گاهی به عین تعلق می‌گیرد؛ مانند حق تحجیر، حق رهنان و حق طلبکاران نسبت به دارایی متوفی و گاهی به غیر عین تعلق می‌گیرد؛ مانند حق خیار که به عقد تعلق می‌گیرد. سلطنت بر شخص نیز مانند حق قصاص و حق حضانت و حق قسم است. ایشان در جمع‌بندی بحث معتقد است حق مرتبه ضعیف ملک است بلکه نوعی از آن است و صاحب حق مالک چیزی است

که امر آن به دست اوست همچنان که در ملکیت، شخص مالک چیزی از قبیل عین یا منفعت است. با این تبیین ایشان معتقد است که بنابراین حق برخلاف حکم است چه آنکه حکم صرف جعل رخصت در انجام یا ترک چیزی است یا آنکه حکم به ترتب اثر بر انجام یا ترک چیزی است مثل حقّ خیار در عقود لازم در صورتی که ثابت شود از جمله حقوق است؛ اما تفاوت بین این دو به حسب مصادیق و صغریات بسیار مشکل است؛ چون در همه موارد هر دو وجه قابل تطبیق است و به ناچار باید به دلیل و مبنا مراجعه کرد (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵).

جالب است که شیخ محمدهادی طهرانی به عنوان اولین فردی که در باب حق و حکم و تفاوت‌های آن دو رساله مستقل نوشته است در مقابل دیدگاه محقق یزدی معتقد است تمیز موارد و مصادیق حق برای کسی که کم‌ترین آشنایی را با فقه دارد در نهایت سهولت است (طهرانی، ۱۳۷۴: ۱۷۴-۱۷۳) که این اظهار نظر بسیار عجیب به نظر می‌رسد.

محقق نائینی نیز معتقد است اگر مجعول شرعی دو ویژگی اضافی بودن و سلطنت را نداشته باشد حکم است و نامیده شدن آن به حق به اعتبار معنای لغوی است. اما به اعتبار معنای اصطلاحی فرق بین حق و حکم روشن و واضح است، زیرا حکم مجعول شرعی است که به عمل مکلفین به صورت اقتضا و تخییر تعلق می‌گیرد و حکم اگرچه در برخی آثار با حق مشترک است؛ اما از یک سنخ نبوده و بین آنها تباین برقرار است؛ مانند جواز رجوع و اهب از هبه و جواز فسخ از طرف صاحب خیار که اولی حکم است و دومی حق است، زیرا ویژگی ملک و اضافه را دارد. بنابراین جواز در هبه مثل لزوم در نکاح از احکام شرعی است لکن جواز در بیع خیاری و لزوم در بیع غیر خیاری از جمله حقوق هستند (خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۷-۱۰۶).

محقق خوئی در این باره دارای نظر خاصی است ایشان معتقد است که حق با حکم مغایرتی جز در اصطلاح ندارد. بدین معنا که در اصطلاح علمی حق همان حکم شرعی است که اختیار آن از نظر اسقاط و ابقا به دست صاحب حق است. بنابراین حق نسبت به صاحبش حکم تکلیفی الزامی یا ترخیصی یا وضعی جوازی یا لزومی است. البته مراد از حکم وضعی در اینجا خصوص نفوذ تصرف - که همان جواز است - و عدم نفوذ تصرف که همان لزوم است، می‌باشد نه سایر احکام وضعی مانند ملکیت و زوجیت.

در نتیجه، حق در اصطلاح حکم شرعی است که از دلیل قابل اسقاط بودن آن استفاده می‌شود در مقابل حکم که قابل اسقاط نمی‌باشد؛ بنابراین مطابق نظر محقق خوئی مجالی برای اینکه در موردی بحث کنیم که حق است یا خیر تا اینکه ثابت کنیم قابل اسقاط یا نقل یا انتقال به ارث است

یا خیر وجود ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۳۰).

در نقد نظر محقق خوئی باید بگوییم که حق از نظر عرف عقلا دارای ماهیت اعتباری مستقل به عنوان یک حکم وضعی است و احکام وضعی مانند ملکیت در همه نظام‌های حقوقی به عنوان یک اعتبار عقلایی پذیرفته شده است. اینکه نظام‌های غیردینی نیز این اعتبار را پذیرفته‌اند نشان می‌دهد که این اعتبارات محصول اندیشه بشری و توافق عقلا بوده و شارع نیز این اعتبارات را پذیرفته است؛ بنابراین از این نظر که حق دقیقاً به مانند ملک اعتبار عقلایی است می‌توان گفت اینکه محقق خوئی احکام وضعی را به مانند حکم تکلیفی مجعول شرعی دانسته، سخن صحیحی نیست.

قابل ذکر است که ملاعبداله مامقانی تنها شارح مکاسب است که در شرح خود به نام *نهایة المقال فی تکملة غایة الآمال*^۱ ضمن اشاره به ماهیت حق و حکم و بیان تفاوت‌های این دو، ویژگی‌های سه‌گانه حق را به عنوان ملاک و ضابط تشخیص حق از حکم زیر سؤال برده است. نظر به اهمیت و بدیع بودن نظر وی در بیان ضابط اصلی در تمایز بین حق و حکم سخن وی نقل می‌گردد. وی می‌نویسد:

سخن محققان درباره فرق بین حق و حکم بسیار است؛ اما ایشان نتوانسته‌اند ضابطی را برای رفع اشکال در تشخیص صغریات (مصادیق) بیاورند و لذا امر در برخی موارد بر ایشان مشتبه شده است و این امر نه به دلیل قصور فهمشان بلکه به دلیل قصور خود مسأله است، زیرا این دو اصطلاح از شرع گرفته نشده و هیچ‌یک از این دو، موضوع حکمی در کتاب و سنت قرار داده نشده است. همانا این دو اصطلاح بر زبان متأخران جاری شده و لذا تطویل کلام به نقل آنچه گفته شده یا گفته می‌شود نیاز نیست... شکی نیست که حق و حکم هر دو مجعول شرعی هستند و لکن حق مرتبه ضعیفی از ملک است که شخص در جعل آن ملاحظه شده به گونه‌ای که حق بدون آن قوام نمی‌یابد و (لکن) در جعل حکم شخص ملاحظه نشده و لذا حق - به خلاف حکم - ارث برده می‌شود و با اسقاط ساقط می‌شود و از آنجا که در جعل حق شخص

^۱ *غایة الآمال شرح مکاسب شیخ انصاری تألیف حسن (محمد حسن) مامقانی نجفی (۱۲۳۷-۱۳۲۳ ق.)*. است. این کتاب مشتمل بر شرح مکاسب محرمة، بیع و خیارات (به طور ناقص) بوده که توسط فرزندش ملاعبداله مامقانی تکمیل شده است.

ملاحظه شده، اثر این ملاحظه جعل ربط بین حق و شخص است؛ مانند ریسمانی که بین حق و شخص کشیده شده، پس ریسمان به دست شخص است هر زمان که آن را رها کند یا به طریق اعراض و اسقاط و یا به این طریق که زمام آن را به غیر واگذار کند، بنا بر اول حق از بین می‌رود، زیرا فاقد صاحب حق است و بنا بر دوم حق به غیر منتقل می‌شود و هر زمان صاحب حق فوت کند وارث جانشین وی می‌گردد و این برخلاف حکم است که شخص در آن ملاحظه نشده و ربط بین حکم و شخص قرارداد شده تا اینکه زمام حکم به دست شخص باشد با اسقاط او ساقط شود و با نقل او به غیر منتقل شود و با موتش به وارث منتقل گردد (مامقانی، بی تا: ۳۴).

از نظر مامقانی ضوابطی مثل اسقاط، نقل و انتقال به عنوان ممیز و فارق حق از حکم پذیرفته نیست و ایشان ضابطه جدیدی را ارائه می‌کند که از آن به «جعل ربط بین حق و شخص» تعبیر می‌کند. در واقع وی ملاک اصلی در تفاوت حق و حکم را ارتباط حق با شخص می‌داند و اینکه زمام حق به دست شخص است و این برخلاف حکم است که شخص در آن ملاحظه نشده و ارتباط بین حکم و شخص قرار داده نشده تا اینکه زمام حکم به دست شخص باشد؛ با اسقاط او ساقط شود و با نقل او به غیر منتقل شود و با موتش به وارث منتقل گردد.

به نظر می‌رسد مامقانی در نفی این آثار به عنوان ضابط تشخیص حق از حکم مبالغه نموده و سخن وی با واقعیت منطبق نیست، زیرا همان گونه که می‌دانیم در بحث اسقاط حق هیچ فقهی در ملاک بودن آن تردید نکرده و در بحث نقل به غیر و انتقال به ارث نیز نظر صحیح این است که این دو ویژگی نیز به عنوان ملاک و مناط حق بودن باید مورد ملاحظه قرار گیرد (فروغی، ۱۳۹۱: ۵۱۳). با این وصف باید انصاف داد که ملاک بیان شده از سوی مامقانی یعنی ارتباط حق با شخص در توصیف ماهیت حق و تمایز آن از حکم مفید بوده و این نکته‌ای است که حقوق دانان برجسته حقوق غرب از جمله استاد دابن سال‌ها بعد به آن رسیده‌اند و از این نظر مامقانی بر وی فضل تقدم دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۳: ۳۳۶-۳۳۴).

۵-۲- ضابطه تمیز حق و حکم از دیدگاه شهید صدر

شهید صدر معتقد است که قابل اسقاط بودن حق - بر خلاف حکم - به عنوان ارتکاز عقلایی واضح و روشن است و جست‌وجوی این ضابط از سه طریق امکان دارد:
الف) ابتدا موارد و مصادیق حق و حکم یعنی تشریحاتی که قابل اسقاط است و تشریحاتی که

غیر قابل اسقاط است بررسی شده، سپس جامعی بین گروه اول و جامعی بین گروه دوم اخذ شود. ایشان در این باره معتقد است که این راه در مقام استنباط به ما کمکی نمی‌کند؛ بلکه اثر آن در این است که به استنباط در مقام تنظیم و تطبیق کلیات بر مصادیق کمک می‌کند.

ب) موارد و مصادیقی که دلیل دلالت بر قابلیت اسقاط در آنها دارد بررسی شده و نکته مشترکی از آن موارد کشف شود، در نتیجه در هر تشریحی که این نکته در آن وجود دارد حکم به حق بودن شود، اگرچه دلیل خاص در آن مورد دلالت بر حق بودن و قابلیت اسقاط نکند. ایشان درباره این طریق نیز می‌گوید اگر این وجه تمام باشد در مقام استنباط کمک می‌کند؛ اما این نوع استقرا منوط به این است که مفید قطع باشد لکن از آنجایی که این استقرا ظنی و اغلبی است خصوصاً در جایی که یک یا دو مورد نقض پیدا شود دیگر به عنوان قاعده حجت نیست.

ج) در ابتدا عطف نظر به مرتکبات و تشریحات عقلایی با قطع نظر از احکام شرعی شود که در این صورت نکته مشترک را از طریق رجوع به ارتکازات عقلایی کشف کنیم. ایشان درباره حجیت این طریق می‌گوید این وجه تمام و مفید است و در مقام استنباط کمک می‌کند. البته بعد از اینکه این ویژگی را به عنوان ویژگی شرعی از یکی از سه طریق زیر اثبات کنیم:

۱- اثبات امضای این ارتکاز عقلایی از طریق عدم ردع همان‌گونه که در امضای سایر

سیره‌های عقلایی گفته می‌شود.

۲- رجوع به ظاهر ادله تشریح بعد از اینکه این ارتکازات را در ظهورشان تأیید کردیم. به طور مثال، حق خیار بعد از اسقاط دیگر دارای ظهوری در اطلاق نیست، زیرا ارتکاز عقلایی حق خیار را قابل اسقاط می‌داند. بنابراین ارتکازات عقلایی در ظهورشان تحکیم می‌یابند، همچنانکه وضع لغوی در ظهورشان تحکیم دارند. ایشان در ادامه می‌گوید صحیح آن است که این وجه امضا را ثابت نمی‌کند بلکه حداکثر عدم اطلاق ادله را نسبت به بعد از اسقاط ثابت می‌کند اما سقوط به سبب اسقاط ثابت نمی‌شود بلکه مشکوک باقی مانده و رجوع به قواعد در آن مورد واجب می‌شود.

رجوع به اخباری که ظهور در امضای این ارتکاز عقلایی دارد؛ مانند صحیح محمد بن مسلم که از امام باقر (ع) روایت کرده است: «سؤال کردم: مردی به من جنایتی وارد کرده، عفو کنم یا پیش سلطان شکایت کنم؟ امام فرمود: آن حق توست، اگر عفو کنی خوب است و اگر به امام شکایت ببری همانا حقت را طلب کرده‌ای». شهید صدر می‌گوید روایت ظهور در صغری دارد؛ اما

در کبری احاله به ارتکاز عقلایی داده است. بنابراین روایت دلالت بر امضای این ارتکاز در حدود عقلایی آن دارد.

ایشان در ادامه می‌فرماید این راه سوم، یعنی تمسک به سیره عقلایی و تأیید و اثبات امضا از سوی شارع از طریق عدم ردع یا رجوع به اخباری که ظهور در امضا دارد با یک یا دو مورد مخالف موجب نقض قاعده نمی‌شود، زیرا حداکثر آن است که آن سیره عقلایی در این موارد نقض امضا نشده؛ اما در سایر موارد با طریق اول و سوم - یعنی عدم ردع و رجوع به اخبار ظاهر در امضا - سیره امضا شده است (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۳۵-۱۳۳).

با این جمع‌بندی روشن می‌شود که نظریه ایشان منتهی به نظر محقق خوئی مبنی بر بسته بودن راه کشف حق و حکم نمی‌شود بلکه در اینجا ضابط عقلایی وجود دارد و شارع نیز آن را تأیید کرده است.

۶-۲- مقتضای اصل عملی در تشخیص حق از حکم

هرگاه در موردی شک شود که از حقوق است یا احکام، مقتضای قاعده و اصل چیست؟ آیا در - موردی که نتوانیم با مراجعه به دلیل اجتهادی بیان‌کننده تشریح، حق بودن یا حکم بودن را کشف کنیم، در اینجا چه اصلی تعیین می‌کند که این مورد مشکوک از مصادیق کدام یک از آنهاست؟ در پاسخ به این سؤال برخی از بزرگان فقهای معاصر، از جمله سید محمد کاظم یزدی و محقق نائینی، معتقدند در جایی که شک در حق یا حکم بودن امری شود قاعده‌ای که تعیین کند مورد از کدام قسم است وجود ندارد و باید به اصول عملیه مراجعه کرد و مقتضای اصل عملی، عدم سقوط است، زیرا استصحاب دلیل بقای حالت سابقه قبل از اسقاط است (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۶؛ خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۸).^۱

لازم است ذکر شود که در این بین محقق خوئی در پاسخ به این پرسش، بر مبنای دیدگاه رایج یعنی به کارگیری اصول عملیه بیان مفصل و دقیقی دارد که نظر به اهمیت آن اشاره می‌گردد. ایشان در ابتدا حکم شک در قبول اسقاط را بیان نموده است:

^۱ عبارت منیه الطالب (تقریرات محقق نائینی) چنین است: «لو شك في شيء انه من الحق او الحكم فليس هنا اصل يعين كونه من اي منهما فالمرجع هو الاصول العملية، و الاصل يقتضي عدم سقوطه لاستصحاب بقاء ما كان قبل الاسقاط» (خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۸).

سپس اینکه هرگاه در قابلیت حکمی برای اسقاط یا نقل یا انتقال شک شود، مقتضای قاعده چیست؟

می‌گوییم: هرگاه در قبول حکم برای اسقاط شک شود، پس اگر دلیل آن حکم دارای اطلاق باشد که این اطلاق ثبوت حکم در بعد از اسقاط را شامل شود، تمسک به این اطلاق جایز است؛ همچنان که اگر در جواز اکل مارّه بعد از اسقاط آن شک شود، به اطلاق دلیل آن تمسک می‌شود.

و اگر دلیل آن حکم دارای اطلاق نباشد کما اینکه به اجماع و مانند آن ثابت شود، پس اگر به جریان استصحاب در احکام کلی قائل شویم همچنان که مشهور [بین اصولیین] است، بنابراین مانعی از تمسک به استصحاب نیست و حکم بعد از اسقاط آن نیز ثابت است و نتیجه استصحاب عدم قابلیت حکم برای اسقاط است. این در جایی است که حکم تکلیفی باشد اما اگر حکم وضعی باشد جریان استصحاب علاوه بر آنچه گفته شد، متوقف بر جریان آن در احکام تعلیقی است. اما اگر قائل به عدم جریان استصحاب در احکام شویم همچنانکه مختار [محقق خوئی] است و بنابر فرض برای دلیل ثبوت حکم اطلاقی نباشد، چاره‌ای جز مراجعه به سایر اصول چه لفظی و چه عملی نیست و این اصول به حسب اختلاف موارد مختلف است لکن نتیجه آن سقوط است و اینکه حکمی که قابلیت آن برای اسقاط و عدم آن مشکوک است قابل اسقاط است؛ بنابراین در مثل مورد حق قصاص هرگاه شک کنیم قبول اسقاط می‌کند یا خیر، بعد از فرض عدم اطلاق دلیل مثبت حکم و عدم جریان استصحاب بنا بر فرض، ناگزیر از رجوع به سایر اصول لفظی و عملی بوده و مقتضای این اصول در مقام عدم جواز قتل احدی در اسلام است و همانا حق قصاص برای وارث برخلاف قاعده جعل شده و متیقن از این حکم مخالف قاعده در جایی است که وارث حق خود را ساقط نکرده باشد و در نتیجه احدی حق مزاحمت برای وی در کشتن قاتل پدرش را ندارد؛ اما بعد از اسقاط حقیقتش، مقتضای قاعده این است که قتل قاتل برای وی جایز نیست و دیگران می‌توانند به دلیل حرمت خون مسلمان در اسلام، برای او در قتل قاتل مزاحمت کنند و برای اوست که از کشتن امتناع کند و دیگری نمی‌تواند به وجهی از وجوه او را الزام کند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۳۵-۳۶).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در موارد عدم وجود عموم یا اطلاق دلیل ثابت‌کننده حکم، تمسک به استصحاب به طور مطلق ثابت نمی‌باشد و فقیهانی مانند محقق خوئی که استصحاب را در احکام کلی جایز نمی‌دانند نتیجه‌گیری ایشان موافق مشهور نمی‌باشد.

اما به نظر می‌رسد در اینجا می‌توان پاسخ دیگری را نیز به نظر مشهور ارائه داد و آن نظری است که اساساً استفاده از اصل عملی را در چنین مواردی صحیح ندانسته و با استناد به اصل آزادی اراده عمل صاحب حق را معتبر می‌داند. استاد جعفری در اثر ارزشمند خود با عنوان *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، با انتقاد از مکتب شک - که در واقع پاسخ فقهای معاصر در چهارچوب آن مکتب ارائه شده - معتقد است مکتب شک علی‌رغم آثار مثبت آن دچار افراط گردیده و در مواردی که نباید به کار گرفته شود به آن استناد شده است. ایشان در این باره به نکته بسیار مهمی اشاره نموده و می‌نویسد:

این فرض قانونی [اصل عملی] که ابتکار [افتخار] کشف آن را شافعیه دارند در دو قرن اخیر در فقه امامیه چنان گسترش و رشدی یافته است که باعث شگفتی است و خیره این علم، آثار افراط را در آن می‌بیند. موارد فراوانی داریم که نباید استصحاب را در آنها به کاربرد مع ذلک افراطیون در آن موارد دست به استصحاب می‌زنند؛ مانند موارد ذیل: اول مصداق مشتبه حق و حکم... (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۹).

ایشان در ادامه با اشاره به پنج مورد از مصادیق مشتبه حق و حکم، پاسخ مکتب شک را صحیح ندانسته و معتقد است بر مبنای اصل آزادی اراده عمل صاحب حق که به اسقاط یا نقل حق دست‌زده معتبر بوده و نمی‌توان آن را با شک از بین برد. عبارت چنین است:

از نظر ما به جای آنکه شک بی‌مورد کنیم و خود را اسیر امواج شکوک گردانیم بهتر است به اصول مسلم و بدیهی حقوق متوسل شویم. اصل آزادی اراده از بدیهیات است تا وقتی که مانع مسلم برای نفوذ اراده در مقررات نباشد نمی‌توان جلوی نفوذ اراده را به صرف شک گرفت. رشد عاقلانه اراده سرچشمه فیاض زندگی است حیث نیست که به استناد شکوک و اوهام این چشمه را گل‌آلود کنیم؟ رها کردن یک اصل بدیهی حقوق و تسلیم شکوک شدن، نوعی بی‌تعادلی در اندیشیدن است. این افراط و نظایر آن خصیصه مکتب شک را روشن می‌کند و باید به وجود این مکتب اذعان کرد و از نواقص کار آن بر حذر بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۹).

به نظر می‌رسد همان‌گونه که استاد جعفری آورده اساساً در این گونه موارد محلی برای جریان اصل استصحاب وجود ندارد و با استناد به اصول مسلمی همچون اصل آزادی اراده می‌توان قائل به سقوط مورد مشکوک شد؛ بنابراین از نظر ایشان در مصادیق مشتبه نظیر نفقه زوجه (موضوع ماده ۱۱۰۶ ق.م.) اسقاط آن به استناد اصل آزادی اراده صحیح می‌باشد.

قابل ذکر است که ما در مقاله دیگری که درباره حکم مصادیق مورد اختلاف از دیدگاه فقه و

قانون مدنی (فروغی، ۱۳۹۱: ۵-۱۳) است به طور مفصل موارد مشتبه را مورد بحث و بررسی قرار داده و در آنجا نظر صحیح را با توجه به مبنای مورد اختیار و لسان ادله آورده‌ایم. بنابراین باید متذکر شویم که این امر بدین معنا نیست که به طور کلی می‌بایست در همه موارد مشتبه، قائل به حق بودن و جریان ویژگی‌های سه‌گانه حق شویم، بلکه آنچه بیان شد از نظر ما قاعده و حکم کلی است و این منافاتی ندارد که در برخی موارد مثل حق رجوع زوج به زوجه در عده رجعیه با توجه به تحلیلی که ارائه می‌گردد قائل به حکم بودن آن شویم و آن را به اصطلاح حقوقی از قوانین امری بدانیم.

اما صورت دیگری را نیز برخی فقها مطرح نموده‌اند و آن صورتی است که اگر ما در اصل حق بودن امری یقین داشتیم اما شک کردیم که قابل اسقاط، نقل و انتقال است یا خیر، مقتضای اصل چیست؟

در پاسخ به این صورت گفته شده که اصل عدم سقوط حق به اسقاط است و درباره نقل و انتقال نیز اصل عدمشان می‌باشد. بله، اگر ما در مورد حقی از حقوق - که نزد عرف و عقلا قابلیت‌های سه‌گانه یا برخی را دارا می‌باشد - شک کنیم امکان دارد با توجه به عدم رد آن از طرف شارع قائل به امضای آن از ناحیه شارع شویم. بنابراین به طور مثال، اگر حق شفعه در نزد عرف قابلیت اسقاط یا انتقال داشته باشد و شک در جواز آن از نظر شرع شود قول به امکان جواز آن ممکن است. اما در غیر چنین مواردی دلیلی بر جواز اسقاط نیست و جایی برای تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «الصلح جائز بین المسلمین» نیست، زیرا از مصادیق شبهه مصادیقیه محسوب شده، علاوه بر این اگر این خصوصیات عرفاً ثابت شود نیازی به این عموماً نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۲).

به نظر می‌رسد اساساً تفکیک بین این دو صورت صحیح نمی‌باشد و صورت دوم در واقع به همان صورت اول برمی‌گردد و این سخن که اگر ما در اصل حق بودن امری یقین داشتیم اما شک در قابلیت اسقاط، نقل و انتقال آن داشته باشیم نوعی مصادره به مطلوب است، زیرا در موارد مشکوک بین حق و حکم، آثار سه‌گانه فوق ملاک و معیار تعیین مصادیق و افراد این دو مفهوم از یکدیگر است؛ بنابراین این سخن که در اصل حق بودن یقین داشته باشیم؛ اما در قبول آثار فوق شک کنیم چه معنایی می‌تواند داشته باشد؟ به عبارت دیگر، فرض سخن فقها این است که این دو مفهوم بسیار به هم نزدیک می‌باشد و این آثار ضابط و شاخص تفکیک این دو از یکدیگر است؛

بنابراین یقین به حق بودن جز از راه این آثار ممکن نیست و در نتیجه چنین صورتی تحقق خارجی ندارد و همان صورت اول است.

به هر حال اگر بخواهیم تعبیر صحیحی از این سخن ارائه کنیم شاید اشاره به همان نکته‌ای باشد که در بند قبل در تبیین دیدگاه شهید صدر پیرامون ضابط در تشخیص حق از حکم آوردیم مبنی بر اینکه وجود این آثار در نزد عرف به عنوان ارتکاز عقلایی مطرح است و تأیید و امضای این ارتکاز عقلایی یا از طریق راه اول، یعنی عدم ردع آن از طرف شارع (همان گونه که در امضای سایر سیره‌های عقلایی گفته می‌شود) و یا راه سوم، یعنی رجوع به اخباری که ظهور در امضای این سیره دارد، ثابت می‌گردد؛ بنابراین همان گونه که ملاحظه می‌شود در مواردی که حق بودن مسلم است و عرف این آثار سه گانه یا دست کم قابلیت اسقاط را به رسمیت می‌شناسد نوبت به جریان اصل استصحاب و حکم به عدم اسقاط حق نمی‌رسد.

در واقع هدف ما از بیان نظر محقق خوئی در صورت اول روشن نمودن این نکته بود که استناد به اصول عملیه و نتیجه‌گیری فقهای معاصر تنها راه حل مسئله نبوده و از دقت لازم و کافی نیز برخوردار نیست. اما با توجه به نقل نظر شهید صدر و برخی فقهای دیگر و دیدگاه دکتر جعفری اساساً نوبت به اجرای اصول عملیه و استصحاب بقای حق ساقط شده نمی‌رسد.

نتیجه‌گیری

در خاتمه بحث مقایسه حق با حکم، جمع‌بندی را که در تبیین معنای حق در گفتار اول آوردیم مجدداً یادآوری می‌نماییم که کسانی که حق (به معنای خاص) را در مقابل ملک و حکم می‌دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است که از آن با تعبیر حکم شرعی و حکم شارع نیز یاد می‌کنند. اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن اعم از تکلیفی و وضعی، بدانیم روشن است که حق (به مانند ملک) از اقسام حکم وضعی بوده و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص (معنای دوم) می‌شود؛ لذا باید توجه داشت که مقصود از حق در این مقاله معنای دوم آن، به عنوان یک حکم وضعی در مقابل حکم به معنای خاص آن یعنی حکم تکلیفی قرار می‌گیرد؛ بنابراین زمانی که سخن از آثار و ویژگی‌های حق نظیر اسقاط، نقل و انتقال حق می‌رود مقصود آن است که حق به عنوان حکم وضعی دارای این آثار است در مقابل حکم تکلیفی که فاقد این ویژگی‌هاست.

از جمع‌بندی فوق روشن می‌گردد اینکه برخی استادان حقوق تصریح کرده‌اند که آنچه در

برابر حق قرار می‌گیرد تکلیف است و نه حکم (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۲) صحیح نیست؛ زیرا اولاً دانستیم که حکم در اصطلاح اعم آن شامل حکم تکلیفی و وضعی است و حکم در این معنا شامل حق نیز می‌گردد اما حکم در معنای اخص خصوص حکم تکلیفی است. بنابراین حکم تکلیفی شامل تکلیف (واجب) نیز می‌باشد و مقصود فقها همین معنای دوم است و الاً حکم به معنای اعم شامل حق نیز می‌شود.

اشکال دیگر این نظر آن است که وقتی گفته می‌شود حق در برابر حکم است همه‌جا حکم مفاد تکلیف ندارد و گاهی اوقات مفاد حکم اباحه است که در این موارد شباهت بین حق و حکم بسیار زیاد است. اما روشن است که اباحه ناشی از حق قابل اسقاط است؛ اما اباحه ناشی از حکم قابل اسقاط نیست. بنابراین روشن می‌گردد که حق در برابر حکم است نه تکلیف به معنای واجب که خود یکی از اقسام حکم تکلیفی است.

منابع

- قرآن کریم.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۱۷ق.) کفایة الاصول، قم: مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، الطبعة الثانية.
- ابن حاجب، عثمان بن عمر. (بی تا) مختصر منتهی الاصول، چاپ سنگی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ق.) لسان العرب، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.
- جرجانی، علی بن محمد. (۱۴۲۴ق.) کتاب التعریفات، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۸) ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم.
- _____ (۱۳۵۶) دانشنامه حقوقی، تهران: امیرکبیر، چاپ دوم.
- _____ (۱۳۷۰) مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۹۷۴) الصحاح فی اللغة و العلوم، اعداد و تصنیف: ندیم مرعشلی و اسامه مرعشلی، بیروت: دار الحضارة العربیه، الطبعة الاولى.

- حسيني حائري، سيد كاظم. (١٤٢٣ق.) فقه العقود، قم: مجمع الفكر الاسلامي، الطبعة الثانية.
- خوانساري، آقا موسى. (١٤٢٤ق.) منية الطالب في شرح المكاسب (تقريرات ميرزا نائيني)، قم: مؤسسه النشر الاسلامي، الطبعة الثانية.
- خوانساري، سيد احمد. (١٣٥٤) جامع المدارك في شرح المختصر النافع، تهران: مكتبة الصدوق، الطبعة الثانية.
- زيدي، محمد مرتضى. (١٤٠٦ق.) تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت: دار مكتبة الحياة، الطبعة الاولى.
- زحيلي، وهبه. (١٤١٨ق.) الفقه الاسلامي و ادلته، دمشق: دارالفكر و بيروت: دارالفكر المعاصر، الطبعة الرابعة.
- زرقاء، مصطفى احمد. (١٤٢٠ق.) المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي (اخراج جديد)، دمشق: دارالقلم، الطبعة الاولى.
- سيوري (فاضل)، مقداد بن عبدالله. (١٤٠٣ق.) نصد القواعد الفقيهه على مذهب الاماميه، قم: منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، چاپ اول.
- شلبي، محمد مصطفى. (١٤٠٥ق.) المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي و قواعد الملكية و العقود فيه، بيروت: دارالنهضة.
- شهيد اول، محمد بن مكى. (بى تا) القواعد و الفوائد، تحقيق: دكتور عبدالهادى حكيم، قم: منشورات مكتبة المفيد.
- شيخ انصاري، مرتضى. (١٤١٩ق.) فرائد الاصول (رسائل)، قم: مجمع الفكر الاسلامي، الطبعة الاولى.
- _____. (١٤١٠ق.) كتاب المكاسب، بيروت: مؤسسه النعمان.
- صدر، سيد محمد باقر. (١٩٨٠) دروس في علم الصول، الحلقات الثلاث، بيروت: دار الكتاب اللبناني - قاهره: دار الكتاب المصرى، الطبعة الاولى.
- صرامى، سيف اله. (به كوشش) (١٣٨٥) حق، حكم و تكليف، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامي، چاپ اول.
- صفائى، سيد حسين. (١٣٨٧) قواعد عمومى قراردادها (دوره مدماتى حقوق مدنى)، تهران: بنياد حقوقى ميزان، چاپ ششم.

- طباطبائی، سید محمد حسین. (۱۴۰۳ق.) المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، الطبعة الخامسة.
- طباطبائی حکیم، سید محسن. (بی تا) نهج الفقاهه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۸ق.) حاشیه المکاسب، تهران: دارالمعارف الاسلامیه.
- طهرانی، محمد هادی. (۱۳۷۴) «رساله حق و حکم»، تصحیح: نعمت الله صفری، نامه مفید، سال اول، شماره ۴.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۹۸۰ق.) تهذیب الوصول الی علم الاصول، تحقیق: محمد حسین رضوی کشمیری، لندن: مؤسسه الامام علی (ع)، چاپ اول.
- غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۲۵ق.) حاشیه کتاب المکاسب، قم: پایه دانش، الطبعة الاولى.
- غروی، میرزا علی. (۱۴۲۵ق.) التنقیح فی شرح المکاسب، کتاب البیع (تقریرات المحقق الخوئی)، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، الطبعة الاولى.
- فروغی، سید علیرضا. (زمستان و بهار ۱۳۸۸-۸۹) «نظریه های حق در فقه اسلامی و حقوق غرب»، فصلنامه رهنمون، سال هشتم، شماره ۲۹-۳۰.
- ———. (بهار و تابستان ۱۳۹۱) «آثار و ویژگی های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی»، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال اول، شماره نخست.
- قیومی، احمد. (۱۹۸۷) المصباح المنیر، بیروت: مکتبه لبنان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵) مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجاه و سوم.
- ———. (۱۳۸۱) فلسفه حقوق: (منطق حقوق)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- مامقانی، عبدالله (بی تا)، نهاییه المقال فی تکملة غایة الآمال، چاپ سنگی.
- مجموعه قوانین اساسی - مدنی. (۱۳۷۰) تهران: مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد).
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ق.) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، بیروت: دار الاضراء، الطبعة الثانية.
- مدکور، محمد سلام. (۱۹۹۶) المدخل للفقہ الاسلامی، قاهره: دار الكتاب الحديث، چاپ دوم.

- مصطفوی، حسن. (۱۳۶۰) التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تہران: بنگاہ ترجمہ و نشر کتاب.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۳ق). انوار الفقاهہ (کتاب البیع)، قم: مدرسہ الامام امیرالمؤمنین^(ع)، الطبعة الثانية.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (بی تا)، منتهی الاصول، قم: مکتبۂ بصیرتی، الطبعة الثانية.
- موسوی خمینی، سید روح اللہ (بی تا)، البیع، قم: مؤسسہ مطبوعاتی اسماعیلیان.
- نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة.