

تحلیل فقهی - حقوقی نسبت بین حق و حکم

محمدباقر عامری نیا^۱، عباسعلی فراهتی^{۲*}

۱- استادیار گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.

۲- استادیار، دانشکده ادبیات و زبانهای خارجی، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران. (نویسنده مسئول)

چکیده

در باره ماهیت حق و حکم اختلاف نظر وجود دارد. بعضی حق را سلطنت، بعضی آن را نوعی از ملک و عده‌ای آن را اعتباری خاص تعریف کرده‌اند. همین اختلاف موجب شده که در تعیین مصادیق و بازشناسی آن از حکم، اختلاف نظر وجود داشته باشد. در نگاه مشهور، هر آنچه که قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال داشته باشد حق و هر چه فاقد این دو خصیصه باشد حکم است. این معیار به رغم شهرتی که دارد، در نگاه دقیق مستلزم دور است. مقاله حاضر که به شیوه توصیفی - تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است ضمن بررسی دو دیدگاه، بر این نکته تأکید می‌کند که ضابطه بهتر برای شناساندن حق و حکم این است که هر آنچه از نقطه نظر مبانی فقهی و قانونی جنبه نظم عمومی دارد، حکم و مقابل آن مصادق حق خواهد بود. مسأله دیگری که در بحث حق و حکم حائز اهمیت می‌باشد موارد شک است؛ یعنی مواردی که بین حق یا حکم بودن آنها تردید وجود دارد. در این گونه موارد، راه حل‌های مختلفی ارائه شده است. برخی اصل را بر حق بودن، گذاشته و حکم بودن را نیازمند دلیل می‌دانند و برخی دیگر عکس آن، لیکن به نظر می‌رسد در این موارد باید بر حسب مورد به سایر قواعد و اصول از جمله اصول عملیه رجوع کرد.

واژگان کلیدی: حق، حکم، بازشناسی، قابلیت اسقاط، قابلیت نقل و انتقال، نظم عمومی

Jurisprudential analysis of the relationship between right and ruling

Mohammadbagher Amerinia¹, Abbasali Farahati²

- 1- Assistant Professor of Department of Law, Yasuj Branch, Islamic Azad University, Yasuj, Iran.
- 2- Assistant Professor, Faculty of Literature and Foreign Languages, Kashan University, Kashan, Iran. (Corresponding author)

Abstract

There is a difference of opinion about the nature of the right and ruling. Some have defined the right as domination, some have defined it as a type of property, and some have defined it as a special credit. This disorder has caused that there is a difference of opinion in determining the examples and recognizing the right from the verdict. In the famous view, whatever has the ability to be revoked or transferred is a right, and whatever lacks these three characteristics is a ruling. In spite of its reputation, this criterion requires vicious circle. This means that everything that can be revoked and transferred is considered a right, then the question arises as to what can be revoked or transferred. As when we say in the definition of the sentence; Ruling is something that cannot be revoked or transferred, the question comes to mind as to what cannot be revoked or transferred. Perhaps it can be said that a better criterion for identifying the right and ruling is to say that whatever is contrary to the public order from the point of view of jurisprudential and legal foundations will be a ruling and its opposite will be an example of right. Another issue that is important in the discussion of right and ruling is cases of doubt, that is, cases where there is doubt between whether

they are right or ruling. In such cases, various solutions have been presented; Some people consider it preferable to be "right", while they consider being "ruling" as requiring a reason, and others the opposite, but it seems that in these cases, it is necessary to refer to other rules and principles, including practical principles, depending on the case.

Keywords: right, judgment, recognition, revocability, transferability, public order

مقدمه

واژگان «حق» و «حکم» دو عنوان آشنا برای جامعه فقهی و حقوقی است. اگرچه برخی از احکام مربوط به آنها مورد کنکاش قرار گرفته ولی مسأله مهم تمایز بین این دو که ضابطه تشخیص را بنمایاند چندان که باید روشن نگردیده است. آنچه در این بین، دشواری و جای مطالعه جدی دارد، شناسایی مرز یا مرزهای دقیق بین حق و حکم است. دشواری تشخیص مرز این دو مقوله حتی مورد اعتراف برخی از فقهای نامدار می‌باشد. (آل بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۱/۱۳). در مطالعات حقوقی نیز به‌رغم شناسایی پاره‌ای مصادیق حق و حکم هنوز ضابطه دقیق برای تشخیص این دو به طور فنی معلوم نگردیده است. قانونگذار نیز نه به صورت تفصیلی و نه حتی به طور اشاره، مرز بین این دو را مشخص نکرده است. نقیصه تشخیص مبنایی از یک سو، و کاربردی بودن این موضوع، پرداختن به آن را ضرور می‌نماید. پاره‌ای از مسائل مربوط به حق از قبیل قابلیت یا عدم قابلیت نقل و انتقال، توارث، تبدیل، تغییر، اسقاط، خرید و فروش یا صلح مورد بررسی توسط فقهاء و حقوقدانان قرار گرفته است لیکن اموری چند وجود دارد که همچنان ضرورت بررسی دارد که ماهیت فقهی حقوقی هریک، تفاوت اساسی این دو، ضابطه تشخیص و شناسایی موارد اختلافی از جمله آنها می‌باشد.

در اینکه اموری چند به عنوان ویژگی های حق و حکم مورد شناسایی فقهاء قرار گرفته جای بحث ندارد لیکن تمایز بنیادین این دو بر اساس قاعده یا قاعده هایی روشن به نحوی که اجماعی فقهی با دکترین حقوقی دست دهد، به نظر محقق نشده است. به عنوان مثال یکی از فقهاء (سید محمد کاظم یزدی) مقوله حق را از زاویه قابلیت اسقاط و قابلیت نقل و انتقال به شش دسته تقسیم نموده است و در عین حال ذیل برخی از اقسام اشاره می کند که بعضی آن را حکم تلقی کرده اند. خود نیز نسبت به پاره از آنها همین دیدگاه را دارد. (یزدی، ۱۳۷۸: ۵۶/۱). این به جهت همان دشواری است که اشاره شد. در هر صورت بازشناسی حق از حکم مستلزم نگاهی ولو کوتاه به ماهیت این دو می باشد. برخی حق را اختیار و توان و سلطه می دانند. ظاهراً در غالب تعاریف، کم و بیش بر این ویژگی تأکید شده است. ذهن نیز از شنیدن واژه حق منصرف به همین معنا می شود نه تکلیف و الزام. لذا آن که در بیان مفهوم حق سخن از تکلیف می گوید در واقع، سبب ایجاد و اجرای حق را با مفهوم اصلی آن درآمیخته است لذا حق را باید در برابر حکم نهاد تا ماهیت آن روشن گردد. هرچند در تحلیل حکم به آنجا برسیم که حق اثر اجرای حکم درباره اشخاص است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۲۱-۴۲۰). در همین راستا دیدگاهی است که حق را زاده‌ی قاعده‌ی حقوقی می داند و قاعده‌ی حقوقی، یا سبب ایجاد حق است یا آن را حمایت می کند، و اگر در برابر آن بایستد به نابودی حق می انجامد. (همان). همچنین در تعریف حق گفته شده: «حق توانایی خاصی است که برای کس یا کسانی نسبت به شخص یا چیزی اعتبار شده، و به مقتضای توانایی آن کس یا کسان در آن چیز یا شخص تصرفی نموده یا بهره ای بگیرند» (گرگی، ۱۳۶۴: ۳۰). از مجموع آراء فقها و حقوق دانان در تعریف حق، می توان استنباط کرد که حق امری اعتباری است و دارای آثاری خاص، که این آثار، گاهی با آثار سایر مجعولات اعتباری همسان هستند، همانند سلطنت که هم در حق نمود پیدا کرده و هم در ملک، به نحوی که هم ذیحق و هم مالک هر دو نسبت به شیء سلطنت دارند. همین امر گاهی موجب شده است که حق را از سنخ و جنس ملک بدانند اما واضح است که این دو از سنخ واحدی نیستند. (عبادی، ۱۳۸۷: ۲۰). به نظر می رسد که نمی توان حق را با عبارتی مختصر که

جامع و مانع باشد تعریف کرد بلکه باید با شناخت دقیق ارکان آن و در تحلیلی وسیع مفهوم‌شناسی نمود. بر خلاف حق، حکم مفهوم روشن‌تری دارد زیرا از واژه حکم، الزام و تکلیف به صورت تبادر ذهنی فهمیده می‌شود و به آن بداهت معنایی می‌دهد. علی‌ای حال، در این خصوص که آیا حق و حکم ماهیتی یگانه دارند یا متفاوتند در مجموع دو نظریه وجود دارد که می‌باید مورد بررسی قرار گیرد. برخی همچون سید خویی با این استدلال که قوام حق و حکم به صرف اعتبار است، این دو را دارای حقیقتی واحد می‌دانند و تفاوت در آثار را موجب تمایز ماهوی آنها نمی‌دانند (خویی، ۱۳۷۷: ۴۵/۲) و برخی دیگر نظر بر تفاوت ماهوی این دو دارند. سید محمد کاظم یزدی در مقام فرق بین حق و حکم می‌گوید: «حق مرتبه ضعیفی از مالکیت است. صاحب حق، مالک چیزی است که امر آن به او راجع است بر خلاف حکم که مجرد جعل رخصت در فعل و ترک فعل است» (یزدی، ۱۳۷۰: ۶۷). به نظر می‌رسد دیدگاه مشهور در فقه امامیه همین دیدگاه دوم باشد. نکته مهم دیگر اینکه حتی کسانی که رویکرد وحدت‌نگر نسبت به حقیقت حق و حکم دارند، تفاوت از حیث آثار را اذعان دارند. اینجاست که در هر صورت مشکله تشخیص این دو به عنوان یک مسأله جدی، قابلیت بحث دارد. فرق گذاران بین این دو، نوعاً ویژگی نقل و انتقال و قابلیت اسقاط را به عنوان ضابطه تشخیص حق و مقابل آن را معیار تلقی حکم می‌دانند. لیکن این ضابطه مستلزم دور است زیرا با این سوال روبرو خواهیم بود که چه چیزی قابل نقل و انتقال و اسقاط می‌باشد پس باید راه کار عملی مناسبتری یافت. راهکاری که پژوهش حاضر را از سایر پژوهش‌های انجام گرفته، متمایز می‌نماید این است که تفاوت حق و حکم از منظر نظم عمومی سنجدیده شود بدین معنا که هر آنچه به لحاظ مبانی فقهی یا حقوقی، جنبه نظم عمومی داشته باشد، حکم و آنچه این گونه نباشد، حق به شمار می‌آید. اکنون به تبیین دیدگاه‌ها و سپس تشریح دیدگاه مختار پرداخته می‌شود.

۱. نظریه وحدت حکم و حق

حق و حکم شباهت‌هایی با یکدیگر دارند. این امر باعث شده تا برخی هر دو را دارای ماهیتی یکسان بدانند. یکی از فقها در این زمینه می‌گوید: شکی نیست که حکم و حق یکی هستند؛ چرا که قوام هر دوی آنها صرف اعتبار است. آنگاه در تحلیل این مدعای گوید «مجموعات شرعی به شش دسته تقسیم می‌شوند: الف) تکلیفی الزامی، مانند واجبات و محرمات ب) تکلیفی غیرالزامی، مانند مستحبات، مکروهات و مباحات ج) وضعی قابل فسخ، مانند بیع، اجاره و صلح و مانند اینها، اگرچه فی نفسه لازم هستند، ولی از طریق اقاله و امثال آن فسخ می‌شوند. د) وضعی لزومی که قابل فسخ و انفساخ نیستند، مانند نکاح، که جز در موارد خاص فسخ نمی‌شود. ه) وضعی ترخیصی که قابل اسقاط هستند، مانند حق شفعه و حق خیار که صاحب حق می‌تواند از حق خود دست بردارد و آن را ساقط کند. ز) وضعی ترخیصی که قابل اسقاط نیستند، مانند جواز در هبه که مجعول شارع است و با اسقاط از بین نمی‌رود. این امور اعتباری‌اند. اگر چه اختلافشان از حیث آثار واضح است، ولی چون قوام هر دو به اعتبار محض است مشترک هستند و وجهی برای تقسیم مجعول شرعی یا عقلایی به حق و حکم وجود ندارد که محتاج به بیان تفاوت آنها باشیم. بلکه هر دو حکم شرعی یا عقلایی هستند که به خاطر مصالح خاصی اعتبار شده‌اند. بله، اختلاف حق و حکم در آثار آنهاست و بعضی از آنها اسقاط‌پذیر و بعضی دیگر غیر قابل اسقاط هستند. و سر این اختلاف در این است که، زمام این امور حدوثاً و بقاءً به دست شارع مقدس است. گاهی حکم به بقاء آن می‌کند همچنانکه حکم به حدوث آن کرده است و گاهی به ارتفاع آن حکم می‌کند هر چند که آن را از اختیارات یک یا هر دو طرف معامله قرار داده باشد (خویی، ۱۳۷۷: ۵۱/۲-۵۲).

بر این نظر، نقدهای فراوانی شده است از جمله اینکه اگر منظور از حکم مطلق مجعولات شارع، اعم از تکلیفی، وضعی، الزامی یا ترخیصی باشد، اشکالی در شمول آن به حق وجود ندارد. چون که آن اعتباری، وضعی تأسیسی یا امضایی است. مانند سایر اعتباراتی که جعل می‌شوند هر چند که مانند ملکیت، زوجیت، حریت، امضایی باشند و حکم بدین معنای عام صادق بر حق، ملک و تکلیف به صورت یکسان است اما اگر

مراد از حکم، حکم در مقابل حق و ملک باشد، همان‌طور که مقصود از تقسیم امر اعتباری به عناوین سه‌گانه مزبور چنین دلالتی دارد، در این صورت اشکالی در تباین آنها وجود ندارد. چون حق متقوم به قابلیت اسقاط و سلطنت صاحب حق بر آن است، و این برخلاف اموری مانند؛ حلیت آب و گندم است. چون این‌ها حکمی هستند بر موضوعات خود، نه اضافه‌ای که موجد اعتبار سلطنت یا ملک بر محکوم علیه باشد. (جزایری، ۱۴۲۸: ۱۳۷/۱ - ۱۳۶).

اشکال دیگری که بر این نظریه وارد است این است که صرف اعتباری بودن حق ضرورتاً موجب وحدت حق با حکم نمی‌شود. درست است که اعتبارات وضعیه متقوم به جعل هستند ولی این امر یکسانی آنها را از هر جهت اقتضا نمی‌کند. مضافاً به اینکه کل ماهیت امور اعتباری، صرف اعتبار نیست بلکه امور دیگری نیز در ماهیت آنها وجود دارد که موجب تمیز یکی از دیگری می‌شود. در موضوع مورد بحث چه بسا قابلیت اسقاط و یا سلطنت ذی‌حق نسبت به حق از وجوه ممیز ماهوی آن باشد. همچنین قضاوت عرف را نیز نباید نادیده گرفت. عرف نگاه یکسانی حق و حکم را بر نمی‌تابد.

۲. نظریه‌ی تفاوت حق و حکم

به رغم وجود نظریه وحدت حق و حکم اما فقهای شیعه اغلب به تفاوت ماهوی این دو قایل شده‌اند. از جمله سید محمد کاظم یزدی که در مقام فرق بین حق و حکم گفته است: حق مرتبه‌ی ضعیفی از مالکیت است، صاحب حق مالک چیزی است که امر آن به خود او واگذار است، برخلاف حکم که مجرد جعل رخصت در فعل و ترک است. آن‌گاه در مقام تقسیم حق یکی از اقسام را حق غیرقابل نقل و انتقال و اسقاط دانسته و برای آن به حق ابوت، حق ولایت حاکم، حق سبق و مانند این‌ها مثال زده است ولی در پایان گفته است؛ ممکن است این قسم، از احکام باشد نه از حقوق. (یزدی، ۱۴۲۲ه.ق: ۶۷۰). همچنین سید محسن حکیم در این باره می‌گوید: «از احکام حق قبول اسقاط است، زیرا لکل ذی‌حق آن یسقط حقه، برخلاف حکم که محکوم علیه نمی‌تواند آن را اسقاط کند و تنها حاکم است که می‌تواند حکم خود را

اسقاط نماید.» (حکیم، ۱۴۱۳: ۱/ ۱۰۲)، و با ایروانی که در تعلیقه خود بر مکاسب گفته است: در مورد حق دو سلطنت است، یک سلطنت بر شی، و دیگری سلطنت بر آن سلطنت، ولی در حکم تنها یک سلطنت است و آن هم سلطنت بر نفس عمل است. (ایروانی، ۱۳۷۹: ۱/ ۱۱۶). نیز محمد حسین اصفهانی در حاشیه خود بر مکاسب حق را مانند ملک، امری اعتباری که بر آن، اسقاط، یا نقل به معاوضه و یا انتقال به ارث مرتبط است، دانسته برخلاف حکم که این آثار بر آن، مترتب نمی‌باشد. (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱/ ۳۶۷)، همچنین محقق نائینی تفاوت حق و حکم را از قبیل ارسال مسلمات دانسته و بر سید طباطبایی که یکی از اقسام حق را غیرقابل انتقال و نقل و اسقاط دانسته‌اند انتقاد کرده است. (نائینی، ۱۴۱۳: ۱/ ۱۱۵). این بدان معنا است که از نظر اینان حق و حکم ماهیتی دوگانه دارند.

۳. ضابطه‌شناسی تشخیص حق از حکم

در بسیاری از موارد، تشخیص حق از حکم کار آسانی نیست. به عنوان مثال؛ بین فقها و حقوقدانان این بحث وجود دارد که آیا رجوع زوج در مدت عده، حق است یا حکم؟ بدیهی است که پاسخ به این پرسش دارای ثمره عملی است چون در صورتی که آن را حق بدانیم، می‌تواند قابلیت اسقاط داشته باشد و اگر آن را حکم بدانیم، قابل اسقاط نیست. طلاق در یک تقسیم به دو قسم بائن و رجعی تقسیم می‌شود. مراد از طلاق بائن، طلاق است که در عده آن، شوهر نمی‌تواند به همسر مطلقه‌اش رجوع کند. به عبارت دیگر با انشای صیغه طلاق، زن و شوهر از علقه زوجیت خارج شده‌اند و برای اینکه دوباره بتوانند این رابطه را برقرار سازند، باید در صورت نبود موانع، عقد نکاح جدیدی میان ایشان انشاء شود. اما مراد از طلاق رجعی، طلاق است که شوهر می‌تواند مادام که عده برقرار است به زن مطلقه‌اش رجوع کند بدون اینکه به انشای عقد نکاح جدید نیازی باشد، رابطه زوجیت را با همسرش ادامه دهد یا اینکه برقرار نماید. به چنین طلاق، طلاق رجعی و به چنین زنی، مطلقه رجعی می‌گویند. رجوع نیز ممکن است با لفظ و یا با فعل محقق شود. آنچه گفته شد دلالت صریح مقررات بخش طلاق قانون مدنی فعلی است.

لیکن نکته مهمی در خصوص نوع رابطه حقوقی مطلقه رجعیه وجود دارد که می‌تواند به عنوان منشأ اختلاف مسأله رجوع در عده از حیث حق یا حکم بودن شود و آن اینکه دو نظریه در این خصوص وجود دارد: یک نظریه این است که مطلقه رجعیه، زوجه حقیقی است و نظریه دیگر این است که مطلقه رجعیه در حکم زوجه است. شیخ طوسی در این باره می‌گوید: «جایز نیست کسی از مطلقه رجعیه چه به صراحت و چه به اشاره خواستگاری کند چون مطلقه رجعیه نزد ما امامیه زوجه است، ولی نزد اهل سنت در معنای (حکم) زوجه است» (طوسی، ۱۳۸۶: ۴۶۰/۳). ولی محقق حلی بر این نظر است که خواستگاری کردن از مطلقه رجعیه جایز نیست چون او در حکم زوجه است (حلی ۱۳۷۹: ۱/ ۵۲۶). شهید ثانی نیز مطلقه رجعیه را در حکم زوجه می‌داند. (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۱۲/۳۳۸). سید محمد عاملی هم معتقد است که: مطلقه رجعیه در حکم زوجه است، و فرقی نمی‌کند بین اینکه طلاق رجعی به صورت تبرعی بوده یا طلاق خلعی بوده که زوجه از بذل رجوع کرده است (موسوی عاملی، ۱۴۲۹ه.ق: ۳۱۸/۷). فاضل هندی نیز زوجه مطلقه رجعیه را در حکم زوجه می‌داند لذا خروجش از منزل در زمان عده را منوط به اذن زوج طالق دانسته است. (فاضل هندی، ۱۴۲۳: ۱۳۳/۹). از مفسرین نیز می‌توان طبرسی را نام برد که معتقد است که: حق حضانت اولاد در مدت عده از مطلقه رجعیه گرفته نمی‌شود با این استدلال که مطلقه رجعیه در حکم زوجه است (طبرسی، ۱۴۱۰: ۲/۲۹۹).

در این میان، تفصیلی وجود دارد که جالب توجه است و آن اینکه اگر مطلقه رجعیه را زوجه حقیقی بدانیم قدرت شوهر برای رجوع به زوجه، از آثار بقای علقه زوجیت است. پس امساک و تسریح هر دو در دست زوج و از احکام سلطنت زوج بر زوجه است و رجوع زوج در زمان عده، مانند رجوع در عقود جایز است و در نتیجه این رجوع از زمره احکام می‌باشد. اما اگر بگوییم مطلقه رجعیه به وسیله طلاق از علقه زوجیت خارج شده است، هر چند برخی از احکام زوجه، به صورت تبعیدی بر آن مترتب می‌شود، مانند عده مصرح در آیه ۲۲۸ سوره بقره، لیکن رجوع مانند سلطنتی است که خیار بر فسخ عقد، در عقد لازم دارد. و در این صورت حق خواهد بود نه حکم. (آل بحر العلوم،

۱۳۶۲: ۱/ ۲۲-۲۱). ملاحظه می‌شود که پاسخ به سؤال در این مسأله تا چه حد دشوار است.

نمونه دیگر، مواردی که مفاد حکم رخصت است و مدلول آن این است که انسان می‌تواند فلان عمل را انجام دهد. مثل آن که انسان می‌تواند زوجه خود را طلاق دهد که در این صورت برای فقیه این سؤال مطرح می‌شود که این توانایی، حق است یا حکم؟ اگر حق است، زوج می‌تواند به طریقی بر عدم انجام دادن طلاق متعهد شود و یا این حق خود را اسقاط کند و اگر حکم است چنین نخواهد بود. همچنین هر جا که شرع و قانون به منظور تنظیم روابط اجتماعی، افرادی را در برابر دیگران به انجام دادن اموری مکلف کند، این تکلیف سبب می‌شود که دسته دوم برای خود حقی احساس کنند و بتوانند اجرای تکالیف مزبور را از ایشان مطالبه کنند. لازم به یادآوری است که گاهی اوقات از بیان شارع یا قانونگذار می‌توان فهمید موضوع معنون حق است یا حکم، بدیهی است که در این موارد با مشکلی مواجه نیستیم. مشکل آنجا است که امر مردد بین حق و حکم است. فقهاء و حقوقدانان در موارد تردید میان حق و حکم بودن جعل شرعی، ملاکهای متفاوتی ارائه کرده‌اند. برخی ساده‌ترین راه تمیز بین حق و حکم را رجوع به روایات دانسته‌اند بدین توضیح که اگر روایات رسیده در خصوص موضوعی، آن را قابل اسقاط یا نقل و انتقال بدانند، موضوع مزبور حق به شمار می‌آید. این تحلیل همچنین ادامه می‌دهد که راهکار دیگر، توجه به طبیعت امر مورد نظر است. طبیعت پاره‌ای از امور با قابلیت نقل و انتقال و اسقاط هماهنگ است و طبیعت پاره‌ای دیگر اینچنین نیست. (کریمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۷۰) لیکن مشکل مورد بحث آنجاست که نتوان از دلالت روایات یا ظاهر امر مشتبه، حق و حکم را تشخیص داد بنابراین باید راهکار دقیق‌تری برای حل مسئله پیدا کرد که در ذیل به آنها پرداخته می‌شود.

۳-۱. تفاوت از حیث آثار

برخی عقیده دارند برای تشخیص حق از حکم باید به آثار توجه کرد. چنانچه این آثار قابل نقل و انتقال باشند، این سلطه و توانایی، حق است و در غیر این صورت از مصادیق

حکم خواهد بود. (نائینی، ۱۴۱۳: ۴۲)، هر چند برخی بر آن ایراد نموده اند که این امر مستلزم دور است و چنین نظر داده اند که حق و حکم هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی است. گاهی ادله مزبور بیانگر این معناست که اراده شخص در نتیجه حاصل از آن ها تأثیری ندارد در این صورت این نتیجه حکم است و در غیر این صورت نتیجه مزبور حق خواهد بود. به هر حال فقیر باید با دقت در ادله شرعی موارد را از یکدیگر تشخیص دهد (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲/۲۸۶).

مستلزم دور بودن ضابطه مورد بحث از این جهت است که اولاً؛ طبق این معیار قابلیت نقل و انتقال متوقف بر این است که حق بودن سلطه و توانایی شخص محرز باشد و احراز این امر نیز خود متوقف بر قابلیت نقل و انتقال است. ثانیاً؛ درست است که حکم چیزی است که قابلیت نقل و انتقال ندارد، ولی این بدان معنا نیست که همه حقوق قابل نقل و انتقال باشند، زیرا پاره‌ای از آن‌ها فاقد این قابلیت هستند و به سخن دیگر، هر چند آنچه قابل انتقال باشد «حق» است، این طور نیست که هر چه قابل انتقال نباشد «حکم» باشد. پس این ضابطه برای تشخیص حق از حکم، کافی نیست لذا برخی گفته اند برای تشخیص درست، علاوه بر توجه به ضابطه مذکور باید به امر دیگری که همان مفاد ادله باشد نیز توجه شود (همان)؛ یعنی فقیه باید با دقت در ادله شرعی، موارد را از یکدیگر تشخیص دهد. توضیح اینکه، حق و حکم هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی است. گاهی ادله مزبور بیانگر این معناست که اراده شخص در نتیجه حاصل از آنها تأثیری ندارد؛ در این صورت، این نتیجه حکم است و در غیر این صورت، نتیجه مزبور حق خواهد بود. در نقد این دیدگاه گفته شده اینکه همه‌ی اقسام حق قابل اسقاط، نقل و انتقال نیستند، لذا این سه ویژگی در همه‌ی اقسام حق وجود ندارد مطلب صحیحی نیست، زیرا اولاً قابلیت اسقاط به عنوان ملاک قطعی مورد پذیرش همه‌ی فقها بوده و مخالفی ندارد. دیگر این که بنابر نظر صحیح ملاک نقل و انتقال نیز قطعی بوده و در همه‌ی اقسام وجود دارد. بنابراین قاعده این است که نقل و انتقال حق جایز است و اگر در برخی موارد نقل و انتقال حق به دلیل خاصی ممنوع است این امر جنبه‌ی استثنایی داشته و در واقع به دلیل خصوصیتی در طرف حق است و نه به دلیل ویژگی خود حق. اما این سخن که گفته شد برای

تشخیص درست حق از حکم، علاوه بر ضابطه‌ی مذکور باید به امر دیگری که همان مفاد ادله باشد نیز توجه شود مطلب درستی است که باید در موارد ابهام از آن بهره جست اما نکته در این است که این ضابط از نظر ما ملاک ثانوی است و در مرحله‌ی اول بدان مراجعه نمی‌شود و کماکان قابلیت‌های سه گانه ضابط اصلی در شناخت حق از حکم می‌باشد (فروغی، ۱۳۹۱: ۱۲).

۲-۳. ویژگی قابلیت اسقاط و عدم آن

دومین و شاید بتوان گفت معروفترین معیار تشخیص حق و حکم این است که هر آنچه قابل اسقاط است حق و غیر آن حکم است. لیکن این معیار نیز ایراد دارد زیرا مستلزم دور است.

شهید اول می‌گوید: ضابط در حق این است که هر آنچه برای بنده اسقاط آن جایز است پس آن حق بنده است و آن چه این گونه نیست مانند تحریم ربا و بیع غرر، حق نمی‌باشد که هر چند هر دو طرف به آن راضی باشند باز هم از حرمت خارج نمی‌شود چون متعلق حق خداوند تعالی است (شهید اول، بی تا: ۴۳/۲). در بیان فقیهی دیگر، قوام حق به قابلیت اسقاط آن است بر خلاف حکم که بر عکس حق است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ ه.ق: ۱/۱۰۶). یعنی بر خلاف حکم که غیر قابل اسقاط می‌باشد، قابلیت اسقاط برای حق از خصوصیات و ویژگیهای اساسی آن است، تا جایی که قوام حق را به این ویژگی دانسته اند... شیخ انصاری نیز می‌گوید: «قاعده‌ی مسلم آن است که برای هر صاحب حقی اسقاط حقیش می‌باشد» (انصاری، ۱۳۸۶: ۹/۳). با این وجود برخی از فقهاء آن را از لوازم دائمی حق نمی‌دانند: «همانا سقوط به سبب اسقاط و قابلیت انتقال به غیر به سبب نقل و به وارث به سبب موت، از لوازم دائمی حق نیست...» (مامقانی، بی تا: ۴). برخی در نقد سخن مامقانی می‌گویند مثال‌های ارائه شده برای حقوق غیر قابل اسقاط نظیر حق ابوت، حق ولایت، حق حضانت و حق استمتاع همه از سنخ احکام هستند و همان‌طور که قبلاً توضیح داده شد این موارد اگر چه در روایات به آن‌ها اطلاق حق شده اما در واقع حکم

هستند و حق به معنای خاص و اصطلاحی آن به شمار نمی‌روند. بنابراین باید نتیجه گرفت عدم قابلیت اسقاط، به حکم بودن این موارد برمی‌گردد (فروغی، ۱۳۹۱: ۱۲).

در پایان این مبحث لازم به یادآوری است که مستند اصلی قاعده «آن لکل ذی حق إسقاط حقه»، روایت نبوی (ص) «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۷۲) است، بدین توضیح که مقتضای تسلط ذی حق بر حق خود این است که هر چه را بخواهد در آن انجام بدهد. حال چه به دلالت مفهومی و چه طریق اولویت. که سید خویی این موضوع را با تعبیر «القاعده المسلمه بین الفقهاء أن لکل ذی حق إسقاط حقه» (خویی، ۱۳۷۷: ۱۳۹)، بیان کرده است.

۳-۳. ضابطه‌ی عقلایی برای تشخیص حق از حکم

این ضابطه از کلام برخی از فقهاء استنباط می‌شود با این توضیح که آنچه در نظر عقلا برای رعایت حال کسی که امر حق به دست او سپرده شده می‌باشد و برای مصلحت او است؛ مانند حق تحجیر و حق خیار، حق محسوب و قابل اسقاط است و هر آنچه که این طور نباشد غیر قابل اسقاط است. از قبیل ولایت که برای مصلحت مولی علیه و نه مصلحت ولی جعل شده و وصیتی که متوفی به وصی اعطا کرده برای حفظ مصلحت خود متوفی یا موسی لهم و نه حفظ مصلحت وصی. (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/ ۱۳۶-۱۳۷). وی سپس با نقل کلامی از سید خویی که گفته «توجه کنید به اینکه آیا فارقی بین جواز قتل مشرک که حکم شرعی نامیده می‌شود و سلطنت ولی دم بر قتل قاتل که حق شرعی نامیده می‌شود و قبول اسقاط می‌کند، وجود دارد؟ و نیز توجه داشته باشید به اینکه آیا فارقی بین حق حضانت و ابوت و ولایت و نظایر آن که قبول اسقاط نمی‌کند، و بین حق شفعه و حق خیاری که قابل اسقاط است، وجود دارد؟» (خویی، ۱۳۷۷: ۲/ ۵۳). می‌گوید بین این دو فرق دارد بدین صورت که جواز قتل به عنوان قصاص، برای ولی دم و مصلحت او می‌باشد و جواز قتل کافر به دلیل پستی کافر و عدم حرمت خون او است. همچنین جواز فسخ به سبب خیار در نظر عقلا برای مصلحت فاسخ می‌باشد و کلمه‌ی خیار که در لسان ادله وارد شده، یعنی اختیار صاحب حق که در فهم عرفی به

مصلحت صاحب حق اشاره دارد و ارتکاز عقلایی دال بر قبول اسقاط حکم می‌باشد در حالی که از جواز فسخ هبه در لسان دلیل به عنوان خیار برای هبه کننده تعبیر نشده است، بلکه فرض حالتی است که به اصل هبه برمی‌گردد و آن این است که هبه عقد متزلزلی است و از لسان دلیل آن، فهمیده نمی‌شود که جواز برای واهب و مصلحت وی وضع شده است. همچنین هرچند گاهی در مورد حق حضانت، مصلحت مادر نیز لحاظ شده است، ولی شکی نیست که صرفاً به خاطر مصلحت مادر نیست بلکه مصلحت طفل هم در آن لحاظ شده است، و این بر خلاف حق شفعه و حق خیار است. (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱۳۸). همین فقیه مسأله حق ارث را نیز از همین منظر تحلیل می‌کند با این بیان که ضابطه‌ی عقلایی در انتقال حق به ارث، عیناً مانند آن است که در مورد نقل حق به طور کلی گفته شد. در این مورد هم می‌گوئیم اگر مورث دارای خصوصیتی باشد که در نظر عقلاء مقوم حق است، پس وارثی که فاقد آن خصوصیت است ارث نمی‌برد و متعلق حق به عنوان ترکه اعتبار نمی‌شود، چون در غیر این صورت، چنین وارثی از ترکه ارث می‌برد (همان: ۱۴۰). این ضابطه در واقع با منطقی عقل گرایانه به مقوله حق و حکم نگریسته و می‌توان گفت نوعی نگاه فلسفه حقوقی به شمار می‌آید.

۳-۴. ویژگی امکان تعهد به سلب

همان طور که پیش از این درباره اقسام و خصوصیات حق گفته شد، حق بر خلاف حکم، از سوی صاحب حق علاوه بر آنکه قابلیت اسقاط دارد و می‌تواند به صورت تبرعی یا معوض اسقاط شود، ممکن است به یکی از اسباب نقل و انتقال به دیگری منتقل شود. ضابطه دیگری که شاید بتوان گفت مکمل ضابطه قابلیت اسقاط و نقل و انتقال می‌باشد این است که امکان تعهد علیه صاحب حق نیز وجود دارد به این معنی که صاحب حق می‌تواند در قبال دریافت ما به ازاء یا به صورت تبرعی متعهد شود که از حق خود استفاده نکند، این در ولی حکم این ویژگی را ندارد. درست بر خلاف حق است. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲/۲۸۸).

با این وجود به نظر می‌رسد امکان تعهد به سلب حق همان اسقاط حق است، زیرا وقتی کسی متعهد می‌شود از انجام فعلی خودداری کند این تعهد چیزی جز خودداری از اعمال و اجرای حق نیست در واقع شخص در این جهت حق خود را اسقاط کرده است.

۳-۵. معیار نظم عمومی

معیارهای مذکور اگر چه تا حدودی مرزهای ثبوتی و مفهومی حق و حکم را روشن می‌سازد، اما در عمل و برای تشخیص مصادیق و جلوه‌های حق و حکم لازم است معیار اثباتی دقیق‌تری ارائه گردد؛ زیرا در حقیقت، معیار بازشناسی حق از حکم، یک معیار پسینی و مؤخر از جنبه‌ی مفهومی آن است. با اینکه اکثر فقهاء جواز اسقاط، نقل یا انتقال را از خصوصیات حق می‌دانند و معتقدند معجولی که واجد یکی از این سه ویژگی باشد حق و هر آنچه خالی از این سه خصوصیت باشد حکم است. اما پذیرش این اوصاف به عنوان ضابطه و معیار تشخیص حق و حکم از یکدیگر، دقیق و فنی به نظر نمی‌رسد و همان گونه که اشاره شد همه اینها در واقع خصوصیات است که مربوط به مرحله بعد از تشخیص است. النهایه آنچه به نظر صائب می‌رسد این است که اگر به مصادیق غیر اختلافی در حق و حکم توجه کنیم متوجه می‌شویم که هر کدام از آنها ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی دارند. در هر مورد که آزادی اراده طرفین مخل نظم اجتماعی نبوده، شارع اراده طرفین را محترم شمرده و به آنان اختیار داده است که نظر شخصی خود را اعمال کنند ولی در اموری که آزادی اراده شخص ممکن است به زیان جامعه منجر شود آن را محدود کرده است. بنابراین نظم عمومی را باید به عنوان یک قاعده‌ی مبتنی در جهت تشخیص مصادیق حق از حکم ملاک قرار داد. این ضابطه ایراد دور که متوجه سایر معیارها بود را ندارد. بنابراین جواز اسقاط، نقل و انتقال، تا حدی که به زیان اجتماع تمام نشود، مورد پذیرش است، در غیر این صورت موضوع در قالب حکم تحلیل می‌شود.

۳-۶. رجوع به مفاد دلیل

در بسیاری از موارد، تشخیص حق از حکم در مصادیق و صغرویات کار بسیار دشواری است. در مواردی که برای فقیه یا حقوق دان شک می‌شود که این مورد خاص حق است

یا حکم، باید ابتدا به عرف عام، سپس به نصوص کتاب و سنت رجوع شود ولی بسیاری از امور هستند که از این طریق قابل تشخیص نیستند راه علاج چیست؟ اگر از طریق شرعی یا قانونی دانستیم که این مورد قابل نقل و انتقال یا اسقاط است، حکم می‌کنیم به اینکه حق است و آثار حق را بر آن جاری می‌کنیم و اگر با مراجعه به دلیل شرعی یا قانونی مربوطه، منع شرعی یا قانونی استنباط کردیم یا اینکه اثر دستور مفاد دلیل مقتضای طبیعت آن امر باشد مانند ولایت، وصایت، تولیت اوقاف، حقوق زوجین و حقوق والدین، در این صورت آن را مصداق حکم غیر قابل نقل و انتقال و اسقاط می‌اندازیم. اما اگر چنانچه با مذاقه در مفاد دلیل یا نص نتوانستیم به نتیجه مطلوب برسیم و شک شود که چیزی حق است یا حکم، انتقال یا اسقاط آن جایز نیست؛ چون احتمال می‌رود که حکم باشد.

نکته دیگر اینکه اگر علم داشتیم که آن چیز حق است و از نقل آن منع شده یا قائم به شخص است، در این فرض روشن است که باید گفت قابل نقل آن جایز نیستا ولی چنانچه شک کنیم در اینکه از نقل منع شده است یا خیر؟ اقتضای عمومات صحت تصرف که شخص را نسبت به انواع تصرفات در اموال و حقوق خود مجاز می‌دارد، نقل آن را جایز و نافذ می‌پنداریم. چرا که مقتضای عموماتی چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، «الْصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ»، «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی أموالهم»، صحت و نفوذ انواع تصرفات است.

برخی از حقوقدانان معتقدند شک در اینکه مجعول شرعی حق است یا حکم؟ در واقع همان شک در این است که آیا مجعول شرعی قابل اسقاط یا نقل و یا انتقال است یا خیر؟ (گرجی، ۱۳۷۲: ۳۸). در مقابل برخی دیگر به این دیدگاه اشکال گرفته‌اند که اگر چه شک در قابلیت اسقاط، همینگونه است، ولی نظریه اینکه، ممکن است شک در قابلیت نقل، یا انتقال، از احتمال خصوصیت در مقام و در ناحیه ی سبب، نظیر نقل در حق شفعه ناشی شود، لزوماً شک در همه ی این موارد، به شک در حق، یا حکم بودن بر نمی‌گردد، بلکه، شک در حق، یا حکم بودن مجعول شرعی، تنها یکی از عوامل شک در قابلیت اسقاط و فعل انتقال به شمار می‌رود. (قنواتی و دیگران، ۱۳۹۲: ۶۹).

محقق اصفهانی در اینجا، دیدگاه دقیق تری دارد. وی راهکار مناسب برای حل مشکل در موارد شک را در قالب احتمالاتی چند، ارائه می‌دهد. بدین صورت که گر منشأ شک، احتمال حکم بودن باشد ناگزیر، باید به اصول عملیه رجوع کرد، نه به عموماً چون که حسب فرض، خود حق هم مورد شک واقع شده و تمسک به عموم در شبهه‌ی مصداقیه جایز نیست. و اگر منشأ شک، (با قطع و یقین به حق بودن مورد) احتمال غیر قابل اسقاط و نقل و انتقال بودن حق باشد مانند حق ولایت، در اینگونه موارد، در عین حالی که یقین به حق بودن مورد وجود دارد و در عین حال که قابلیت عرفی نقل و انتقال آن محرز می‌باشد، چون این احتمال می‌رود که حق مورد تردید، در زمره‌ی حقوقی باشد که مطلقاً قابل اسقاط و نقل و انتقال نیستند لذا باز هم شک، پدیدار می‌شود و نظریه‌ی معروف این است که با وجود احراز قابلیت عرفی نقل و انتقال برای نفوذ صلح بر سقوط و نقل، به اطلاق دلیل صلح، و در مورد انتقال فهری، به عموم ادله‌ی ارث تمسک گردد. تصور احتمال اندراج موارد تحت حق قابل اسقاط و نقل و انتقال با حق غیر قابل اسقاط و نقل و انتقال، موجب این نمی‌شود که در این موارد، تمسک به اطلاق دلیل صلح، یا تمسک به عموم ادله‌ی ارث نمود بلکه از مصادیق تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه به شمار آید (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۵۰).

این استنتاج در واقع مبتنی بر این تحلیل است که باید دلیلی وجود داشته باشد که بر قابلیت نقل دلالت کند ولو آن که دلالت آن به التزام باشد، مثلاً حق حضانت یا ولایت که ادله و صایت بر قبول نقل آن به وصی دلالت دارد و از همین ادله به دلالت التزام استفاده می‌شود ولی برخی گفته‌اند وجود چنین دلیلی ضرورت ندارد، بلکه همان دلیل امضاء حق کفایت می‌کند، چرا که در این ابواب، یعنی در امور عرفی شارع مقدس حکمی تأسیسی به میان نیاورده است همان حکم عرف را امضاء فرموده است. نظر عرف هم امر ثابتی نیست بلکه با تغییر از منته، امکانه و سایر شرائط متفاوت می‌شود، بنابراین موضوع حکم شارع هم همین گونه است. چنانچه حقی در زمان خاص یا مکانی مخصوص و یا شرایطی خاص قابل انتقال باشد، باید به قبول انتقال آن حکم کنیم، ولی آن که در زمانی دیگر، یا مکان و یا شرایطی دیگر (حتی زمان، مکان و شرایط خاص

زمان شارع) به نحو دیگری بوده باشد، ممکن است با تغییر شرایط، وضع متفاوت شود در عین حال همه حکم شارع محسوب شود. بنابراین حقوق اعم از مادی یا معنوی مثلاً حق تصنیف، تألیف، هنر، برنامه نویسی و غیره هم همین گونه است. منحصرأً شبهه مصداقیه آن، شک در مصداق عرفی است که آن هم بسیار اندک است. (گرجی، ۱۳۷۲: ۱۲۵). هرچند بنا بر دیدگاهی اگر اصل حق بودن مجعول شرعی احراز گردد ولی در قابلیت اسقاط و انتقال آن تردید شود و منشأ این تردید، آن باشد که آیا منشأ اصلی حق، علت تامه آن حق است یا نه، و یا شک و تردید در مورد خصوصیت داشتن صاحب حق باشد، قابل اسقاط و انتقال بودن آن حق منتفی است، چون در این حالت، شک در مفهوم و حدود حق نیست که بتوان به عرف مراجعه کرد، بلکه شک مصداقی است و نمی توان برای رفع آن به ادله عام موضوع استناد کرد (آل بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۱۳/۱).

۴. فرض ناکارآمدی ضوابط و نظریه رجوع به اصول عملیه

مشکل بزرگتر زمانی است که هیچ یک از راهکارهای گفته شده در فوق موثر واقع نگردد و همچنان شک نسبت به حق یا حکم بودن موضوعی وجود داشته باشد. این فرض در واقع فرض ناکارآمدی ضوابط است که در این خصوص نظریه رجوع به اصل عملی مطرح گردیده است. در مسأله امکان رجوع به اصل، یکی از مباحث اساسی این است که مبتنی نمودن حکم شرعی بر اصل تا چه حدودی امکان پذیر است. اجمالاً اینکه اصول متعددی مورد استناد فقهاء قرار گرفته از قبیل اصل لزوم بیع، اصل عدم وجوب، اصل عدم تحریم، اصل عدم استحباب، اصل انتفاء کراهت، اصل جواز، اصل صحت، اصل عدم تکلیف، اصل صحت و عدم عصیان در تصرفات مؤمن، اصل عدالت مسلمان و عدم اقدام او بر دروغ گفتن، اصل تساوی و برابری در موصی به، اصل صحت صوم، اصل صحت حج اصل صحت بیع، اصل لزوم عقود، اصل ممنوعیت بازگرداندن کالا پس از تصرف، اصل بقاء ثمره در ملک بائع، اصل عدم ضمان، اصل عدم شفعه، اصل عدم اشتراط قبض، اصل عصمت فرج و صیانت آن از غیر، اصل براءت، اصل اباحه، اصل حمل لفظ بر معنای حقیقی آن، اصل بقاء عموم بر عمومیت،

اصل بقاء مطلق بر اطلاق، اصل عدم وجود قرینه، اصل عدم وقوع آمیزش بعد از انعقاد عقد زناشوئی، اصل عدم زوجیت، اصل عدم انطباق ادعا با واقع، اصل صدق و راست بودن در اخبار، اصل عدم زیادی، اصل عدم سبق، اصل عدم حجیت ظنون (مؤمنی و دیگران، ۱۳۹۱: ۶۴)، رجوع به اصل عملی در مسئله مورد بحث می تواند به عنوان یکی از موارد استناد به اصل در نگاه فقها به شمار آید. یکی از فقها در این خصوص می گوید: «گر شك شود که مجعول شرعی حق است، یا حکم، و اصلی هم وجود نداشته باشد، باید به اصول عملیه مراجعه شود، و اصل، اقتضای عدم سقوط آن را دارد، به خاطر استصحاب بقای آنچه که قبل از اسقاط موجود بوده است (نجفی خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۰۸).

در تحلیلی دیگر چنین گفته شده که اگر شك شود که مجعول شرعی حق اصطلاحی و قابل اسقاط است، یا حکم اصطلاحی و غیر قابل اسقاط، چنانچه دلیلی وجود داشت بر حق بودن یا حکم بودن بر اساس همان دلیل حکم می شود، و اگر دلیلی وجود نداشت، راه حل مناسب، استناد به عموم و اطلاق دلیل شرعی است و حکم بودن مورد مشکوک ثابت می شود؛ مثلاً اگر در جواز خوردن عابران از میوه درختی که در مسیر عبور رهگذران قرار دارد، یا در جواز فسخ هبه، شك شود که حق است یا حکم، به اطلاق استناد می شود و حکم بودن آنها ثابت می شود پس با اسقاط ساقط نمی شوند و یا مثلاً اگر در بقاء حق تحجیر بعد از اسقاط آن شك کردیم، به اطلاق فرمایش حضرت رسول (ص) در روایت شریف (من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له) استناد می کنیم. و اگر در بقاء حق قصاص بعد از اسقاط آن، شك کردیم، به اطلاق آیهی شریفه «وهر کس مظلوم کشته شود به سرپرست وی قدرتی داده ایم»، استناد می کنیم و اگر استناد به عموم یا اطلاق ممکن نباشد، با جریان اصل استصحاب البته بنابر مبنای پذیرش جریان استصحاب در شبهات حکمی) حکم بودن اثبات می شود، والا با سایر اصول لفظیه یا عملیه، امکان اسقاط و حق بودن ثابت می گردد. از سوی دیگر و بر خلاف حکم، اگر شك شود در اینکه شفعه یا خیار از قبیل حقوق است یا احکام؟ اعمال آنها بعد از

اسقاط، جایز نیست به لحاظ عدم اطلاق دلیلی که بر ثبوت آنها برای صاحب خیار یا شفیع دلالت می‌کند. (خویی، ۱۳۸۴: ۴۹-۴۸).

برخی با روی آوردن به تفصیلی در مسأله مورد بحث، چنین قائل شده‌اند که میان موردی که تردید در حق و حکم بودن امری باشد، با موردی که در قابلیت اسقاط و عدم قابلیت اسقاط تردید وجود داشته باشد، فرق است. در مورد اول، اصل استصحاب جاری است؛ اما در مورد دوم، اصل آن است که حق در اختیار صاحب آن است، مگر آن که در استفاده از آن مانعی ایجاد شود و در موارد تردید، اصل، عدم مانع است. به موجب این نظریه، اصل آزادی اراده، در از بین بردن حق، همواره حاکم است، مگر آن که مانعی مسلم از این امر جلوگیری کند. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۹۰).

همچنین امام خمینی در این مورد می‌گوید: «اگر شك شد در اینکه چیزی حق است یا حکم، و هیچ دلیلی برای اثبات اینکه آن چیز حق است یا حکم، وجود نداشت، هیچ چاره‌ای جز این نیست که به اصول عملی (از جمله استصحاب) مراجعه شود». (خمینی، ۱۳۶۸: ۲۹/۱). همچنان که به عقیده محقق نائینی نیز هرگاه در «قابل اسقاط بودن» امری تردید وجود داشته باشد، اصل استصحاب جریان می‌یابد. به موجب اصل مزبور، امتیاز موجود سابق که در حق و یا حکم بودن آن تردید است و در نتیجه، بقاء و عدم آن برای ما مشکوک است، کماکان باقی خواهد بود و این گونه موارد، از جمله احکام محسوب خواهند شد (نائینی، ۱۴۱۳: ۴۳).

به هر روی، چنین استنباط می‌شود که هرگاه در حکم یا حق بودن موردی تردید شود و از مفاد ادله، هیچ کدام از آن دو احراز نشود، مرجع حل مشکل، رجوع به اصول و قواعد عامه است. علاوه بر استصحاب به شرحی که گذشت، اصل عدم نیز در این میان حائز اهمیت می‌باشد و دارای کاربرد چشمگیر باشد. اتفاقاً نقش این اصل نیز مورد توجه فقهاء قرار گرفته است. به عنوان نمونه آل بحر العلوم در این خصوص چنین دیدگاهی دارند با این توضیح که هرگاه در مورد حکم و یا حق بودن امری تردید کنیم به مقتضای اصل عدم، کلیه آثار وجودی حق و یا حکم بودن آن امر نفی می‌شود. بنابراین، چنین امری نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال. به نظر ایشان، حق و یا حکم بودن از امور

وجودی است و این آثار، مرتب بر احراز وجود آنها است. در نتیجه در فرض شک، آثار مرتب نخواهد شد. ضمن اینکه با اجرای اصل عدم، هر چند آثار حق بودن نفی می‌شود ولی اینگونه نیست که حکم بودن آن امر اثبات گردد؛ زیرا اثبات حکم بودن از لوازم عقلی و به اصطلاح، اصل مثبت است و مثبتات اصل هم حجت نیست (آل بحرالعلوم، ۱۳۶۲: ۱/ ۱۹).

۵. نتیجه گیری

از آنچه مورد بررسی قرار گرفت، نکات ذیل به عنوان معیارهای اثباتی تشخیص حق از حکم قابل ملاحظه می‌باشد.

اول اینکه اگر اجماع بر این باشد که موردی حق است یا حکم یا در لسان دلیل، قرائنی وجود داشته باشد که در حق، یا حکم بودن مجعول، شرعی، ظهور دارد، مطابق آن، عمل می‌شود. البته این نکته را هم باید در نظر داشت که اگر مورد، عرفاً حق تلقی شود، مفاد دلیل هم قاعدتاً، بر همان معنای عرفی حمل می‌شود بلکه در همین معنا ظهور دارد؛ بنابراین، اگر با ملاحظه لسان دلیل، معلوم گردد که مجعول شرعی، توانایی و سلطنت را برای شخص در چیزی، یا در مقابل کسی، اعتبار می‌کند، این مجعول شرعی، حق نامیده می‌شود اما اگر مجعول شرعی، موجب امتیاز، توانایی و سلطنت نباشد و صرفاً موجب رخصت و عدم منع شارع در انجام دادن فعل، یا ترتیب اثر دادن به فعل، یا ترک فعل انسان باشد، آن مجعول شرعی، حکم است.

دوم اینکه آثار مجعول شرعی، به لحاظ قابلیت نقل و اسقاط، مورد توجه قرار می‌گیرد. اگرچه درباره امکان نقل، انتقال و اسقاط در همه مصادیق حق، اتفاق نظر وجود ندارد، اما قاعده این است که هر حقی می‌تواند به یکی از سه ویژگی اسقاط، نقل و انتقال، متصف گردد و حداقل این است که

اگر موردی، به این امور، متّصّف نگردد، معلوم می‌شود که مجعول شرعی، حکم است، نه حقّ. هرچند برخی معتقدند که حقّ، این است که نسبت به عکس قضیه نیز همین وضعیت صادق است؛ یعنی اگر معلوم شود، حقّی، غیر قابل اسقاط، نقل و انتقال است، معلوم می‌شود که حکم است نه حق.

سوم اینکه اگر در جریان برخی از آثار حقّ، از جمله امکان شرعی اسقاط، یا نقل، تردید به وجود آید، شاید بتوان با تمسّک به عموّمات، بر این تردید، غلبه کرد؛ زیرا شأن این عموّمات، رفع این قبیل تردیدهاست و شکّ در عدم امکان شرعی نقل و اسقاط، در حقیقت، به این برمی‌گردد که آیا شارع، شرط یا قیدی در ناحیه‌ی یکی از عوضین أخذ کرده است، یا خیر؟ در این فروض شکّی نیست که عموّماتی از قبیل: أوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و الصلح جائز، رافع این قبیل تردید است. چهارم اینکه اگر تمامی راهکارها غیر مؤثر افتاد باید به یکی از اصول اولیه حسب مورد رجوع کرد.

پنجم اینکه هرچند این دو مقوله، تابع جعل شارع هستند لیکن با توجه به اینکه شرایطی همچون زمان و مکان و ... در جعل آنها مؤثر می‌باشند می‌توان گفت که حق و حکم نمی‌توانند به صورت مطلق باشند بلکه ممکن است تحت تأثیر شرایط مختلف قرار گیرند. و به تعبیری دو، ماهیتی نسبی دارند. هر چند تصور می‌شود اموری وجود دارند که هیچگاه از محدوده حکم خارج نمی‌شوند ولی در واقع این چنین نیست بلکه شرایط اجتماع به گونه‌ای بوده که آن مجعول شرعی همچنان به صورت حکم با حق مانده باشد.

بر این اساس، در حقوق موضوعه پیشنهاد می‌گردد که قانونگذار واژگان حق و حکم را در جای خود و متناسب با مفهوم این دو استفاده کند. متأسفانه در قوانین جاری عباراتی وجود دارند که نشان می‌دهد قانونگذار نسبت به این مهم بی‌توجه بوده است. مثلاً از عبارت حق مالکیت استفاده کرده است در حالی که مالکیت حکم است نه حق،

هرچند می‌توان چنین تعبیر کرد که منظور قانونگذار حق به معنای عام آن بوده است ولی چون به کار بردن عبارات مختلف می‌تواند دارای آثار متفاوت باشد شایسته است قانونگذار هر عبارتی را در معنای خاص خودش استفاده کند.

منابع

- قرآن کریم
- آل بحرالعلوم، سید محمد (۱۳۶۲)، *بلغة الفقيه*، ج ۱، چ ۴، تهران: مکتبه الصادق.
- اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ ه.ق)، *حاشیه المکاسب*، ج ۱، قم: انوار الهدی.
- انصاری، مرتضی (۱۳۸۶)، *المکاسب*، ج ۳، چ ۲، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ایروانی، علی (۱۳۷۹)، *حاشیه المکاسب*، ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- جزایری، محمد جعفر (۱۴۲۸ ه.ق)، *هدی الطالب الی شرح المکاسب*، ج ۱، بی‌جا: طلیعه النور.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲)، *مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۱۵۲، ۱۲۱-۱۳۲.
- حسین آبادی جرقوینی، حمیدرضا (۱۴۲۳ ه.ق)، *رساله فی المعامله و الاختلاف بین المتعاقدين*، چاپ اول، قم: میثم تمار
- حسینی حائری، کاظم (۱۴۲۳ ه.ق)، *فقه العقود*، ج ۱، چ ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفرین الحسن (۱۳۷۹)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۱، چ ۵، تهران: نشر استقلال.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۶۸)، *البیع*، ج ۱، چ ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۸۴)، *مبانی العروة الوثقی*، ج ۲، نجف اشرف: مطبعه
- _____ (۱۳۷۷)، *مصباح الفقاهة*، ج ۲، قم: نشر الفقاهة
- شهید ثانی، زین‌الدین علی (۱۴۱۹ ق)، *مسالك الافهام الی شرایع الاسلام*، ج ۱۲، قم: اسماعیلیان
- طباطبایی حکیم، سید محسن (بی‌تا)، *نهج الفقاهة*، ج ۱، قم: بی‌نا
- طبرسی، فضل بن علی (۱۴۱۰ ه.ق)، *الؤتلف من المختلف بین ائمة السلف*، ج ۲، مشهد: مرکز نشر البحوث الاسلامیه
- طوسی، شیخ محمد حسن (۱۳۸۶)، *المبسوط*، ج ۳، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی

- عبادى، محمد هادى (۱۳۸۷)، ماهيت حق در فقه اماميه و حقوق ايران، فصلنامه گواه، ۱۲، ۴-۱۱.
- فاضل هندى، محمدبن الحسن (۱۴۲۳.ه.ق.)، كشف الثام، ج ۹، قم: مؤسسه النشر الاسلامى
- فروغى، على رضا (۱۳۹۱)، آثار و ویژگیهای حق ازدیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی، دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، ۱، ۱۰-۲۱.
- قنواتى، جلیل و جاویر، حسین و جعفرى هرندى، مهشید (۱۳۹۲)، بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت، حق و حکم، فصلنامه فقه و اصول، ۹۲، ۵۲-۶۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق، ج ۳، ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار
- کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی و اسکندری، حسن (۱۳۹۵)، تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۵، ۲۴۷-۲۷۴.
- گرجی، ابو القاسم (۱۳۶۴)، حق و حکم و فرق میان آنها، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی، ۱، ۱۸-۳۳.
- مامقانی، عبد الله، (بی تا)، نهاية المقال في تکملة غاية الآمال، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳.ه.ق.)، بحار الأنوار، ج ۲، بیروت: مؤسسه الوفاء
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۹)، قواعد فقه، ج ۲، ۵، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
- موسوی عاملی، سید محمد بن علی (۱۴۱۹.ه.ق.)، مدارک استحکام، ج ۷، ۲، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- مؤمنی، عابدین و مسجد سرايي، حمید (۱۳۹۲)، اصل اندیشی در نظام حقوقی اسلام، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۷، ۶۳-۸۴.
- نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۱۳.ه.ق.)، حاشیه المکاسب، قم: مؤسسه النشر الاسلامی
- نجفی خوانساری، سید أحمد (۱۴۰۵.ه.ق.)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۴، ۲، تهران: مکتبه الصدوق.
- واعظ زاده خراسانی، محمد (۱۳۷۱)، الفرق بين الحق و الحكم في الفقه الإمامی، فصلنامه رساله التقريب، ۱، ۱-۱۴.
- یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸)، حاشیه مکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

References

- The Holy Quran

- Al-Bahrul-Uloom, Seyyed Muhammad (1362), Bulghah Al-Faqih, Vol. 1, Ch. 4, Tehran: Al-Sadiq School.
- Esfahani, Muhammad Hossein (1418 AH), Hashiyat al-Makasab, vol. 1, Qom: Anwar al-Hadi.
- Ansari, Morteza (1386), Al-Makasab, Vol. 3, Ch. 2, Qom: World Congress of Commemoration of Sheikh Azam Ansari.
- Irvani, Ali (1379), Hashiya Al-Makasab, Volume 1, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance.
- Jazayeri, Muhammad Jafar (1428 AH), Huda al-Taleb to Sharh al-Makasab, vol. 1, no place: Taliyah al-Nur.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1372), "the legitimacy of the right and its ruling with an emphasis on the spiritual right", Journal of the Faculty of Law and Political Science, 1152, 121-132
- Hossein Abadi Jarqoini, Hamid Reza (1423 AH), treatise fi al-maamale and al-diffar between the contractors, first edition, Qom: Maysham Tamar
- Hosseini Haeri, Kazem (1423 AH), Fiqh al-Aqud, vol. 1, ch. 2, Qom: Jamal al-Fikr al-Islami.
- Hali, Abulqasem Najmuddin Jafar ibn al-Hassan (1379), Islamic Laws in Halal and Haram Issues, Vol. 1, Ch. 5, Tehran: Esteghlal Publishing House.
- Karimi, Abbas and Shabani Kandsari, Hadi and Eskandari, Hassan (2015), "a reflection on the separation of property, right and ruling in Imami jurisprudence", Journal of Studies in Islamic Law & Jurisprudence, 15, 247-274.
- Katouzian, Nasser (2014), Philosophy of Law, Vol.3, Ch.5, Tehran: Publishing Company
- Khomeini, Ruhollah (1368), Baya, Vol. 1, Ch. 4, Qom: Ismailian Institute.

- Khoei, Abulqasem (1384), Bani al-Arwa al-Waghti, vol. 2, Najaf Ashraf: Press.
- (1377), Misbah al-Faqaha, Vol. 2, Qom: Nash al-Faqaha
- Shahid Thani, Zain al-Din Ali (1419 AH), Masalak al-Afham al-Shari'i al-Islam, vol. 12, Qom: Ismailian
- Tabatabai Hakim, Seyyed Mohsen (Bita), Nahj al-Faqaha, vol. 1, Qom: Bina
- Tabarsi, Fazl bin Ali (1410 A.H.), al-Otlf Man al-Makhfili bin Imam al-Salaf, Vol. 2, Mashhad: Al-Pakhuth al-Islamiya publishing center
- Tousi, Sheikh Mohammad Hassan (2008), Al-Massut, Vol. 3, Ch. 1, Qom: Al-Nashar al-Islami Est.
- Ebadi, Mohammad Hadi (1387), The Nature of Right in Imami Jurisprudence and Iranian Law, Gawah Quarterly, 12, 11-4.
- Fazel Handi, Muhammad ibn al-Hassan (1423 AH), Kashf al-Tham, vol. 9, Qom: Al-Nashar al-Islami Foundation
- Foroughi, Ali Reza (2019), works and features of right from the perspective of Imamiyyah jurisprudence and civil law, Danesh Civil Law Journal, 1, 10-21.
- Qanawati, Jalil and Javar, Hossein and Jafari Harandi, Mahshid (2012), review of the Isfahani scholar's view on ownership, right and judgment, Fiqh Vasul Quarterly, 92, 65-52.
- Gurji, Abu al-Qasim (1364), Law and ruling and the difference between them, Legal and Judicial Studies Quarterly, 1, 18-33.
- Mamqani, Abdullah, (Beita), the end of the article in the completion of the end of the world, Qom: Al-Zhakhair al-Islamiya Majmam.
- Majlesi, Muhammad Baqir (1403 AH), Bihar al-Anwar, Volume 2, Beirut: Al-Wafa Foundation
- Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa (2010), Rules of Jurisprudence, Volume 2, Chapter 5, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center

- Mousavi Ameli, Seyyed Muhammad bin Ali (1419 A.H.), Evidence of Strength, Volume 7, Chapter 2, Qom: Al-Al-Bait Lahiya Al-Tarath Foundation.
- Momeni, Abedin and Masjid Saraei, Hamid (2012), “Principles of Islamic Legal System”, Journal of Studies in Islamic Law & Jurisprudence, 7, 63-84.
- Naini, Mirza Muhammad Hossein (1413 AH), Hashiya Al-Makasab, Qom: Al-Nashar al-Islami Est.
- Najafi Khansari, Seyyed Ahmad (1405 AH), Jami al-Madarak fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafi, Vol. 4, Ch. 2, Tehran: Al-Sadooq School.
- Waezzadeh Khorasani, Muhammad (1371), The difference between al-Haq and al-Hakm in Imami jurisprudence, Risal al-Taghrib Quarterly, 1, 1-14.
- Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, (1378), Hashieh Makaseb, Qom: Ismailian Foundation.