



## Jurisprudential analysis of the relationship between right and ruling

Amerinia. Mohammadbagher<sup>1\*</sup> - Farahati. Abbasali<sup>2</sup>

1: Associate Professor, Department of Law, Yasouj Branch, Islamic Azad University, Yasouj, Iran  
(Corresponding Author): [mohamadamerinia@gmail.com](mailto:mohamadamerinia@gmail.com)

2: Assistant Professor, Faculty of Literature and Foreign Languages, Kashan University, Kashan, Iran.

**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.



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۷ - زمستان ۱۴۰۳

صفحات ۱۷۳ - ۱۹۸ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۲/۰۱/۲۲ - بازنگری ۱۴۰۲/۰۴/۲۴ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۴/۲۷

## تحلیل فقهی - حقوقی نسبت بین حق و حکم

محمدباقر عامری نیا<sup>۱</sup> / عباسعلی فراهتی<sup>۲</sup>

۱: دانشیار گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران (نویسنده مسئول) [mohamadamerinia@gmail.com](mailto:mohamadamerinia@gmail.com)

۲: استادیار، دانشکده ادبیات و زبانهای خارجی، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران.

**چکیده:** درباره ماهیت حق و حکم اختلاف نظر وجود دارد. بعضی حق را سلطنت، بعضی آن را نوعی از ملک و عده ای آن را اعتباری خاص تعریف کرده اند. همین اختلاط موجب شده که در تعیین مصادیق و بازشناسی آن از حکم، اختلاف نظر وجود داشته باشد. در نگاه مشهور، هر آن چه 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 کتابخانه ای انجام شده است ضمن بررسی دو دیدگاه، بر این نکته تأکید می کند که ضابطه بهتر برای شناساندن حق و حکم این است که هر آن چه از نقطه نظر مبانی فقهی و قانونی جنبه نظم عمومی دارد، حکم و مقابل آن مصداق حق خواهد بود. مسأله دیگری که در بحث حق و حکم حائز اهمیت می باشد موارد شک است؛ یعنی مواردی که بین حق یا حکم بودن آنها تردید وجود دارد. در اینگونه موارد، راه حل های مختلفی ارائه شده است. برخی اصل را بر حق بودن، گذاشته و حکم بودن را نیازمند دلیل می دانند و برخی دیگر عکس آن؛ لیکن به نظر می رسد در این موارد باید بر حسب مورد به سایر قواعد و اصول از جمله اصول عملیه رجوع کرد.

**کلیدواژه:** حق، حکم، بازشناسی، قابلیت اسقاط، قابلیت نقل و انتقال، نظم عمومی.

- عامری نیا، محمدباقر؛ فراهتی، عباسعلی (۱۴۰۳) تحلیل فقهی - حقوقی نسبت بین حق و حکم، مجله مطالعات

فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۷، صفحات ۱۹۸-۱۷۳.

[Doi: 10.22075/feqh.2023.30281.3565](https://doi.org/10.22075/feqh.2023.30281.3565)

## 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. آن چه در این بین، دشوار 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 می باشد (آل بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۱۳/۱). در مطالعات حقوقی نیز به رغم 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 می نماید. 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 فقها 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 می باشد.

در این که اموری چند به عنوان ویژگی های حق و حکم مورد شناسایی فقها قرار گرفته، جای بحث ندارد؛ لیکن تمایز بنیادین این دو بر اساس قاعده یا قواعدی روشن به نحوی که اجماعی فقهی با دکترین حقوقی دست دهد، به نظر محقق نشده است. به عنوان مثال، یکی از فقها (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 (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۶/۱). این به جهت همان دشواری است که اشاره شد. در هر صورت بازشناسی حق از حکم مستلزم نگاهی هرچند کوتاه به

ماهیت این دو می باشد. برخی حق را اختیار و توان و سلطه می دانند. ظاهراً در غالب تعاریف، کم و بیش براین 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 زاده قاعده حقوقی می داند و قاعده 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 است: «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» (گرچی، ۱۳۶۴: ۳۰). از مجموع آراء فقها و حقوقدانان در تعریف حق، می توان استنباط کرد که حق امری اعتباری است و دارای آثاری خاص؛ که این آثار، گاهی با آثار سایر معیولات 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 مفهوم شناسی نمود. برخلاف حق، حکم مفهوم روشن تری دارد، زیرا از واژه حکم، الزام و تکلیف به صورت تبادر ذهنی فهمیده می شود و به آن بداهت معنایی می دهد. در هر حال، در این خصوص که آیا حق و حکم ماهیتی یگانه دارند یا متفاوتند در مجموع دو نظریه وجود دارد که می باید مورد بررسی قرار گیرد. برخی همچون سید خوئی 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 (خوئی، ۱۳۷۷: ۴۵/۲) و برخی دیگر نظر بر تفاوت ماهوی این دو دارند. صاحب عروه 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» (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۰: ۶۷). به نظر می‌رسد دیدگاه مشهور در فقه امامیه همین دیدگاه دوم باشد. نکته مهم دیگر این که حتی کسانی که رویکرد وحدت نگر 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 سؤال روبرو خواهیم بود که چه چیزی قابل نقل و انتقال و اسقاط می‌باشد پس باید راه کار عملی مناسب تری یافت. راهکاری که پژوهش حاضر را از سایر پژوهش‌های انجام گرفته، متمایز می‌نماید این است که تفاوت حق و حکم از منظر نظم عمومی سنجیده شود؛ بدین معنا که هر آن چه به لحاظ مبانی فقهی یا حقوقی، جنبه نظم عمومی داشته باشد، حکم و آن چه 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 مدعا می‌گوید: «مجموعات شرعی به شش دسته تقسیم می‌شوند: الف) تکلیفی الزامی، مانند واجبات و محرمات؛ ب) تکلیفی غیر الزامی، مانند مستحبات، مکروهات

و مباحات؛ ج) وضعی قابل فسخ، مانند بیع، اجاره و صلح و مانند اینها، اگر چه 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 اعتباری اند؛ 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. البته، اختلاف حق و حکم در آثار آنهاست و بعضی از آنها اسقاط پذیر و بعضی دیگر غیر قابل اسقاط هستند. سرّ این اختلاف در این است که زمام این امور حدوثاً و بقاءً به دست شارع مقدّس است؛ گاهی حکم به بقاء آن می‌کند همچنان که حکم به حدوث آن کرده است و گاهی به ارتفاع آن حکم می‌کند هر چند که آن را از اختیارات یک یا هردو طرف معامله قرار داده باشد (خوئی، ۱۳۷۷: ۵۱/۲-۵۲).

بر این نظر، نقد های فراوانی شده است از جمله این که 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 - همان طور که مقصود از تقسیم امر اعتباری به عناوین سه گانه 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 موجب اعتبار سلطنت یا ملک بر محکوم علیه باشد (جزایری، ۱۴۲۸: ۱/۱۳۶-۱۳۷).

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 این که 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- نظریه تفاوت حق و حکم

به رغم وجود نظریه وحدت حق و حکم اما فقهای شیعه اغلب به تفاوت ماهوی این دو قائل شده اند؛ از جمله صاحب عروه که در مقام فرق بین حق و حکم گفته است: حق، مرتبه 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. آن گاه 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 (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۲: ۶۷۰). همچنین سید محسن حکیم در اینباره می‌گوید: «از احکام حق، قبول اسقاط است، زیرا لکل ذی حق 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 تعلیق خود بر مکاسب گفته است: در مورد حق دو سلطنت است: یک سلطنت بر شیء، و دیگری سلطنت بر آن سلطنت، ولی در حکم تنها یک

سلطنت است و آن هم سلطنت بر نفس عمل است (ایروانی، ۱۳۷۹: ۱۱۶/۱). نیز محمدحسین 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 نمی باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۶۷/۱)؛ همچنین محقق نائینی تفاوت حق و حکم را از قبیل ارسال مسلمات دانسته و بر سید طباطبائی که یکی از اقسام حق را غیر قابل انتقال و نقل و اسقاط دانسته‌اند، انتقاد کرده است (نائینی، ۱۴۱۳: ۱۱۵/۱). این بدان معنا است که از نظر اینان، حق و حکم ماهیتی دوگانه دارند.

### ۳- ضابطه شناسی 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، طلاقی 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 این که دوباره بتوانند این رابطه را برقرار سازند، باید در صورت نبود موانع، عقد نکاح جدیدی میان ایشان انشاء شود. اما مراد از طلاق رجعی، طلاقی است که شوهر می‌تواند مادام که عده برقرار است به زن مطلقه‌اش رجوع کند بدون این که به انشای عقد نکاح جدید نیازی باشد، رابطه زوجیت را با همسرش ادامه دهد یا این که برقرار نماید. به چنین طلاقی، طلاق رجعی و به چنین زنی، مطلقه رجعی می‌گویند. رجوع نیز ممکن است با لفظ و یا با فعل محقق شود. آن چه گفته شد دلالت صریح مقررات بخش طلاق قانون مدنی فعلی است. لیکن نکته مهمی در خصوص نوع رابطه حقوقی مطلقه رجعی وجود دارد که می‌تواند به عنوان منشأ اختلاف مسأله رجوع در عده از حیث حق یا حکم بودن



شود و آن این که دو نظریه در این خصوص وجود دارد: یک نظریه این است که مطلقه رجعی، زوجه حقیقی است و نظریه دیگر این است که مطلقه رجعی در حکم زوجه است. شیخ طوسی در اینباره می گوید: «جایز نیست کسی از مطلقه رجعی چه به صراحت و چه به اشاره خواستگاری کند چون مطلقه رجعی نزد ما امامیه زوجه است، ولی نزد اهل سنت در معنای (حکم) زوجه است» (شیخ طوسی، ۱۳۸۶: ۴۶۰/۳). ولی محقق حلی بر این نظر است که خواستگاری کردن از مطلقه رجعی جایز نیست چون او در حکم زوجه است (محقق حلی ۱۳۷۹: ۵۲۶/۱). شهید ثانی نیز مطلقه رجعی را در حکم زوجه می داند (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۳۳۸/۱۲). سید محمد عاملی هم معتقد است که مطلقه رجعی در حکم زوجه است، و فرقی نمی کند بین این که طلاق رجعی به صورت تبرعی بوده یا طلاق خلعی بوده که زوجه از بذل رجوع کرده است (موسوی عاملی، ۱۴۲۹: ۳۱۸/۷). فاضل هندی نیز زوجه مطلقه رجعی را در حکم زوجه می داند، لذا خروجش از منزل در زمان عده را منوط به اذن زوج طالق دانسته است (فاضل هندی، ۱۴۲۳: ۱۳۳/۹). از مفسرین نیز می توان طبرسی را نام برد که معتقد است حق حضانت اولاد در مدت عده، از مطلقه رجعی گرفته نمی شود با این استدلال که مطلقه رجعی در حکم زوجه است (طبرسی، ۱۴۱۰: ۲۹۹/۲).

در این میان، تفصیلی وجود دارد که جالب توجه است و آن این که اگر مطلقه رجعی 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 می باشد. اما اگر بگوئیم مطلقه رجعی به وسیله طلاق از علقه زوجیت خارج شده است، هر چند برخی از احکام زوجه، به صورت تبعی بر آن مترتب می شود، 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

بحرالعلوم، ۱۳۶۲: ۲۲/۱-۲۱). 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. فقها 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 مسأله 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: ۴۲/۱)، هرچند 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 آنها 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: ۲۸۶/۲).

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، هرچند آن چه قابل انتقال باشد «حق» است، اما 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 این 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 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 همه اقسام حق وجود ندارد مطلب صحیحی نیست؛ زیرا اولاً،

قابلیت اسقاط به عنوان ملاک قطعی مورد پذیرش همه فقها بوده و مخالفی ندارد. دیگر این که بنابر نظر صحیح ملاک نقل و انتقال نیز قطعی بوده و در همه اقسام وجود دارد. بنابراین، قاعده این است که نقل و انتقال حقّ جایز است و اگر در برخی موارد نقل و انتقال حقّ به دلیل خاصّی ممنوع است این امر جنبه استثنایی داشته و در واقع، به دلیل خصوصیتی در طرف حقّ است و نه به دلیل ویژگی خود حقّ. اما این سخن که گفته شد برای تشخیص درست حقّ از حکم، علاوه بر ضابطه 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 مرحله اول بدان مراجعه نمی شود و همچنان قابلیت های سه گانه ضابط اصلی در شناخت حقّ از حکم می باشد (فروغی، ۱۳۹۱: ۱۲).

### ۳-۲- ویژگی قابلیت اسقاط و عدم آن

دومین و شاید بتوان گفت معروف ترین معیار تشخیص حقّ و حکم این است که هر آن چه قابل اسقاط است حقّ و غیر آن حکم است. لیکن این معیار نیز ایراد دارد، زیرا مستلزم دور است.

شهید اول می گوید: ضابط حقّ بودن این است که هر چیزی که برای انسان اسقاط آن جایز است پس آن حقّ انسان است و آن چه اینگونه نیست؛ مانند تحریم ربا و بیع غرر، حقّ نمی باشد که هر چند هر دو طرف به آن راضی باشند باز هم از حرمت خارج نمی شود؛ چرا که متعلّق حقّ خداوند تعالی است (شهید اول، بی تا: ۴۳/۲). در بیان فقیه دیگری، قوام حقّ به قابلیت اسقاط آن است برخلاف حکم که بر عکس حقّ است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۶/۴)؛ یعنی برخلاف حکم که غیر قابل اسقاط می باشد، قابلیت اسقاط برای حقّ از خصوصیات و ویژگی های اساسی آن است، تا جایی که قوام حقّ را به این ویژگی دانسته اند...؛ شیخ انصاری نیز می گوید: «قاعده مسلّم آن است که برای هر صاحب حقّی اسقاط حقّش می باشد» (شیخ انصاری، ۱۳۸۶: ۹/۳). با وجود این،

برخی از فقها آن را از لوازم دائمی حق نمی داند: «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 می گویند مثال های ارائه شده برای حقوق غیر قابل اسقاط نظیر حق ابوت، حق ولایت، حق حضانت و حق استمتاع همه از سنخ احکام هستند و همان طور که قبلاً توضیح داده شد این موارد اگرچه در روایات به آنها اطلاق حق شده است اما در واقع، حکم هستند و حق به معنای خاص و اصطلاحی آن به شمار نمی روند. بنابراین، باید نتیجه گرفت عدم قابلیت اسقاط، به حکم بودن این موارد بر می گردد (فروغی، ۱۳۹۱: ۱۲).

در پایان این مبحث لازم به یادآوری است که مستند اصلی قاعده «أَنْ لِّكُلِّ ذِي حَقٍّ إِسْقَاطُ حَقِّهِ»، روایت نبوی (ص) «النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲/۲۷۲) است؛ بدین توضیح که مقتضای تسلط ذیحق 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 خوئی این موضوع را با تعبیر «القاعدة المسلّمة بین الفقهاء أَنَّ لِكُلِّ ذِي حَقٍّ إِسْقَاطُ حَقِّهِ» (خوئی، ۱۳۷۷: ۱۳۹)، بیان کرده است.

### ۳-۳- ضابطه عقلایی برای تشخیص حق از حکم

این ضابطه از کلام برخی از فقها استنباط می شود؛ با این توضیح که آن چه در نظر عقلا برای رعایت حال کسی که امر حق به دست او سپرده شده می باشد و برای مصلحت او است؛ مانند حق تحجیر و حق خیار، حق محسوب و قابل اسقاط است و هر آن چه که این طور نباشد غیر قابل اسقاط است؛ از قبیل ولایت که برای مصلحت موکلی علیه - و نه مصلحت ولی - جعل شده و وصیتی که متوقی به وصی اعطا کرده برای حفظ مصلحت خود متوقی یا موسی لهم و نه حفظ مصلحت وصی (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۱۳۶-۱۳۷). وی سپس با نقل کلامی از سید خوئی که گفته «توجه کنید به این که آیا فارق بین جواز قتل مشرک که حکم شرعی نامیده می شود و سلطنت ولی دم بر قتل قاتل که

حقّ شرعی نامیده می‌شود و قبول اسقاط می‌کند، وجود دارد؟ و نیز توجه داشته باشید به این که آیا فارقی بین حقّ حضانت و ابوّت و ولایت و نظایر آن که قبول اسقاط نمی‌کند، و بین حقّ شفعه و حقّ خیاری که قابل اسقاط است، وجود دارد؟ (خوئی، ۱۳۷۷: ۵۳/۲) می‌گوید بین این دو فرق وجود دارد؛ بدین صورت که جواز قتل به عنوان قصاص، برای ولیّ 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 کلمه خیار که در لسان ادله وارد شده، یعنی اختیار صاحب حقّ که در فهم عرفی به مصلحت صاحب حقّ 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 حقّ 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 برخلاف حقّ شفعه و حقّ خیار است (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱۳۸). همین فقیه مسأله حقّ ارث را نیز از همین منظر تحلیل می‌کند؛ با این بیان که ضابطه عقلایی در انتقال حقّ به ارث، عیناً مانند آن است که در مورد نقل حقّ به طور کلی گفته شد. در این مورد هم می‌گوئیم اگر مورث دارای خصوصیتی باشد که در نظر عقلاء مقوم حقّ است، پس وارثی که فاقد آن خصوصیت است ارث نمی‌برد و متعلّق حقّ 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 حقّ 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، برخلاف حکم، از سوی صاحب حق علاوه بر آن که قابلیت اسقاط دارد و می تواند 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 می باشد این است که امکان تعهد علیه صاحب حق نیز وجود دارد؛ به این معنی که صاحب حق می تواند در قبال دریافت ما به ازاء یا به صورت تبرعی متعهد شود که از حق خود استفاده نکند، ولی حکم این ویژگی را ندارد و درست برخلاف حق است (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲/۲۸۸).

با وجود این، به نظر می رسد امکان تعهد به سلب حق همان اسقاط حق است، زیرا وقتی کسی متعهد می شود از انجام فعلی خودداری کند این تعهد، چیزی جز خودداری از اعمال و اجرای حق نیست و 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 می سازد، اما در عمل و برای تشخیص مصادیق و جلوه های حق و حکم لازم است معیار اثباتی دقیق تری ارائه گردد؛ زیرا در حقیقت، معیار بازشناسی حق از حکم، یک معیار پسینی و مؤخر از جنبه مفهومی آن است. با این که اکثر فقها جواز اسقاط، نقل یا انتقال را از خصوصیات حق دانسته و معتقدند مجعولی که واجد یکی از این سه ویژگی باشد حق بوده و هر آن چه 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 نمی رسد و همان گونه که اشاره شد همه اینها در واقع، خصوصیات است که مربوط به مرحله بعد از تشخیص است. النهایه، آن چه به نظر صائب می رسد این است که اگر به مصادیق غیر اختلافی در حق و حکم توجه کنیم متوجه می شویم که هر کدام از آنها

ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی دارند. در هر مورد که آزادی اراده طرفین محلّ 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 قاعده مبنایی در جهت تشخیص مصادیق حقّ از حکم ملاک قرار داد. این ضابطه ایراد دور که متوجّه سایر معیارها بود را ندارد. بنابراین جواز اسقاط، نقل و انتقال، تا حدّی که به زیان اجتماع تمام نشود، مورد پذیرش است و در غیر این صورت، موضوع در قالب حکم تحلیل می‌شود.

### ۳-۶- رجوع به مفادّ دلیل

در بسیاری از موارد، تشخیص حقّ از حکم در مصادیق و صغرویات کار بسیار دشواری است. در مواردی که برای فقیه یا حقوقدان شک می‌شود که این مورد خاصّ حقّ 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 این که حقّ است و آثار حقّ را بر آن جاری می‌کنیم و اگر با مراجعه به دلیل شرعی یا قانونی مربوطه، منع شرعی یا قانونی استنباط کردیم یا این که اثر دستور مفادّ 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 می‌دانیم؛ اما اگر در صورت مذاقّه در مفادّ دلیل یا نصّ نتوانستیم به نتیجه مطلوب برسیم و شکّ شود که چیزی حقّ است یا حکم، انتقال یا اسقاط آن جایز نیست؛ چون احتمال می‌رود که حکم باشد.

نکته دیگر این که اگر علم داشتیم که آن چیز حقّ است و از نقل آن منع شده یا قائم به شخص است، در این فرض روشن است که باید گفت قابل نقل آن جایز نیست،



ولی چنان چه شک کنیم در این که از نقل منع شده است یا خیر؟ اقتضای عموماتِ 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 این که آیا 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 اگرچه شک در قابلیت اسقاط همینگونه است ولی نظر به این که ممکن است شک در قابلیت نقل یا انتقال، از احتمال خصوصیت در مقام و در ناحیه سبب، نظیر نقل در حق شفعه ناشی شود، لزوماً شک در همه 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 (قنوتی و دیگران، ۱۳۹۲: ۶۹).

محقق اصفهانی در اینجا، دیدگاه دقیق‌تری دارد. وی راهکار مناسب برای حل مشکل در موارد شک را در قالب چند احتمال ارائه می‌دهد. بدین صورت که اگر منشأ شک، احتمال حکم بودن باشد ناگزیر، باید به اصول عملیه رجوع کرد، نه به عمومات؛ چون که حسب فرض، خود حق هم مورد شک واقع شده و تمسک به عموم در شبهه 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 حال که یقین به حق بودن مورد وجود دارد و در عین حال که قابلیت عرفی نقل و انتقال آن محرز می‌باشد - چون این احتمال می‌رود که حق مورد تردید، در زمره حقوقی باشد که مطلقاً قابل اسقاط و نقل و انتقال نیستند - لذا باز هم شک، پدیدار می‌شود و نظریه 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 قهری، به عموم ادله ارث تمسک گردد. تصوّر احتمال اندراج موارد تحت حقّ قابل اسقاط و نقل و انتقال با حقّ غیر قابل اسقاط و نقل و انتقال، موجب این نمی شود که در این موارد، به اطلاق دلیل صلح، یا به عموم ادله ارث تمسک نمود، بلکه از مصادیق تمسک به عام در شبهه 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 حقّ حضانت یا ولایت که ادله وصایت بر قبول نقل آن به وصیّ دلالت دارد و از همین ادله به دلالت التزام استفاده می شود ولی برخی گفته اند وجود چنین دلیلی ضرورت ندارد، بلکه همان دلیل امضاء حقّ کفایت می کند، چرا که در این ابواب، یعنی در امور عرفی، شارع مقدّس حکمی تأسیسی به میان نیاورده است بلکه همان حکم عرف را امضاء فرموده است. نظر عرف هم امر ثابتی نیست، بلکه با تغییر ازمنه، امکان و سایر شرائط متفاوت می شود؛ بنابراین موضوع حکم شارع هم همین گونه است. چنان چه حقّی در زمانی خاصّ یا مکانی مخصوص و یا شرایطی خاصّ، 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 خاصّ زمان شارع) به نحو دیگری بوده باشد، ممکن است با تغییر شرایط، وضع متفاوت شود؛ در عین حال، همه حکم شارع محسوب می شود. بنابراین حقوق - اعم از مادی یا معنوی مثلاً حقّ تصنیف، تألیف، هنر، برنامه نویسی و غیره - هم همینگونه است که منحصرأ شبهه مصداقیه آن، شکّ در مصداق عرفی است که آن هم بسیار اندک است (گرجی، ۱۳۷۲: ۱۲۵).

هرچند بنابر دیدگاهی اگر اصل حقّ بودن مجعول شرعی احراز گردد ولی در قابلیت اسقاط و انتقال آن تردید شود و منشأ این تردید، آن باشد که آیا منشأ اصلی حقّ، علت تامّه آن حقّ است یا نه، و یا شکّ و تردید در مورد خصوصیت داشتن صاحب حقّ 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 بزرگ تر زمانی است که هیچ یک از راهکارهای گفته شده در فوق مؤثر 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 این که اصول متعددی مورد استناد فقها قرار گرفته است؛ 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 زنا شوئی، 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 مسجدسرای، ۱۳۹۱: ۶۴)، رجوع به اصل عملی در مسأله 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 شک 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 آن چه که قبل از اسقاط موجود بوده است (نجفی خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۰۸/۴).

در تحلیلی دیگر چنین گفته شده که اگر شک شود که مجعول شرعی حق اصطلاحی و قابل اسقاط است، یا حکم اصطلاحی و غیر قابل اسقاط، چنان چه 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، شک 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 شک کردیم، به اطلاق فرمایش رسول اکرم (ص) در روایت شریف «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به» (احسائی، ۱۴۰۴: ۴۸۰/۳) استناد می کنیم. و اگر در بقاء حق قصاص بعد از اسقاط آن، شک کردیم به اطلاق آیه شریفه «و هر کس مظلوم کشته شود به سرپرست وی قدرتی داده ایم» (اسراء: ۳۳) 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، و گرنه با سایر اصول لفظیه یا عملیه، امکان اسقاط و حق بودن ثابت می گردد. از سوی دیگر و برخلاف حکم، اگر شک شود در این که 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 می کند (خوئی، ۱۳۸۴: ۴۹-۴۸).

برخی با روی آوردن به تفصیلی در مسأله مورد بحث، چنین قائل شده اند که بین موردی که تردید در حق و حکم بودن امری باشد و بین 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 (ره) در این مورد می‌گوید: «اگر شک شود در این که چیزی حق است یا حکم، و هیچ دلیلی برای اثبات این که 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 اینگونه موارد، از جمله احکام محسوب خواهند شد (نائینی، ۱۴۱۳: ۴۳/۱).

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 بوده و دارای کاربرد چشمگیر می‌باشد. اتفاقاً نقش این اصل نیز مورد توجه فقها 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 ابرنقی 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، مترتب بر احراز وجود آنها است. در نتیجه، در فرض شک، آثار مترتب نخواهد شد؛ ضمن این که با اجرای اصل عدم، هر چند آثار

حقّ بودن نفی می شود 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 بحر العلوم، ۱۳۶۲: ۱۹/۱).

### نتیجه گیری

از آن چه مورد بررسی قرار گرفت، نکات ذیل به عنوان معیارهای اثباتی تشخیص حقّ از حکم قابل ملاحظه می باشد.

اول این که، اگر اجماع بر این باشد که موردی حقّ است یا حکم یا در لسان دلیل، قرآنی وجود داشته باشد که در حقّ، یا حکم بودن مجعول، شرعی، ظهور دارد، مطابق آن، عمل می شود. البته این نکته را هم باید در نظر داشت که اگر مورد، عرفاً حقّ تلقّی شود مفادّ دلیل هم قاعدتاً بر همان معنای عرفی حمل می شود بلکه در همین معنا ظهور دارد؛ بنابر این اگر با ملاحظه لسان دلیل، معلوم گردد که مجعول شرعی، توانایی و سلطنت را برای شخص در چیزی، یا در مقابل کسی، اعتبار می کند، این مجعول شرعی، حقّ نامیده می شود 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 این که، آثار مجعول شرعی، به لحاظ قابلیت نقل و اسقاط، مورد توجه قرار می گیرد. اگرچه درباره امکان نقل، انتقال و اسقاط در همه مصادیق حقّ، اتفاق نظر وجود ندارد، اما قاعده این است که هر حقّی می تواند به یکی از سه ویژگی اسقاط، نقل و انتقال، متّصف گردد و حداقل این است که اگر موردی، به این امور، متّصف نگردد، معلوم می شود که مجعول شرعی، حکم است، نه حقّ؛ هر چند برخی معتقدند که حقّ، این است که نسبت به عکس قضیه نیز همین وضعیّت صادق است؛ یعنی اگر معلوم شود، حقّی، غیر قابل اسقاط، نقل و انتقال است، معلوم می شود که حکم است نه حقّ.

سوم این که، اگر در جریان برخی از آثار حق، از جمله امکان شرعی اسقاط، یا نقل، تردید به وجود آید، شاید بتوان با تمسک به عمومات، بر این تردید، غلبه کرد؛ زیرا شأن این عمومات، رفع این قبیل تردیدهاست و شک در عدم امکان شرعی نقل و اسقاط، در حقیقت، به این برمی گردد که آیا شارع، شرط یا قیدی در ناحیه یکی از عوضین أخذ کرده است، یا خیر؟ در این فروض شکی نیست که عموماتی از قبیل: أوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و الصلح جائز، رافع این قبیل تردید است. چهارم این که، اگر تمامی راهکارها غیر مؤثر افتاد باید به یکی از اصول اولیه حسب مورد رجوع کرد.

پنجم این که، هرچند این دو مقوله، تابع جعل شارع هستند لیکن با توجه به این که شرایطی همچون زمان و مکان و ... در جعل آنها مؤثر می باشند می توان گفت که حق و حکم نمی توانند به صورت مطلق باشند بلکه ممکن است تحت تأثیر شرایط مختلف قرار گیرند و به تعبیری، دو ماهیتی نسبی دارند. هرچند تصور می شود اموری وجود دارند که هیچگاه از محدوده حکم خارج نمی شوند ولی در واقع این چنین نیست بلکه شرایط اجتماع به گونه ای بوده که آن مجعول شرعی همچنان به صورت حکم با حق مانده باشد.

بر این اساس، در حقوق موضوعه پیشنهاد می گردد 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 می دهد قانونگذار نسبت به این مهم بی توجه بوده است. مثلاً از عبارت حق مالکیت استفاده کرده است در حالی که مالکیت، حکم است نه حق، هرچند می توان چنین تعبیر کرد که منظور قانونگذار، حق به معنای عام آن بوده است ولی چون به کار بردن عبارات مختلف می تواند دارای آثار متفاوت باشد شایسته است قانونگذار هر عبارتی را در معنای خاص خودش استفاده کند.

## منابع

- قرآن کریم.

- آل بحر العلوم، سید محمد (۱۳۶۲)، **بلغه الفقیه**، ج ۱، چ ۴، تهران: مکتبه الصادق.
- احسائی (ابن ابی جمهور)، محمد بن علی بن ابراهیم (۱۴۰۴ق)، **عوالی اللئالی العزیزه فی الاحادیث الدینیّه**، ج ۳، بی جا: بی نا.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۱، قم: انوار الهدی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۳۸۶)، **المکاسب**، ج ۳، چ ۲، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره).
- ایروانی، علی (۱۳۷۹)، **حاشیه المکاسب**، ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین علی (۱۴۱۹ق)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۱۲، قم: اسماعیلیان.
- جزایری، محمدجعفر (۱۴۲۸ق)، **هدی الطالب الی شرح المکاسب**، ج ۱، بی جا: طلیعه النور.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، **مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۱۵۲، ۱۲۱-۱۳۲.
- حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ق)، **فقه العقود**، ج ۱، چ ۲، قم: مجمع فکر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۳۷۹)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۱، چ ۵، تهران: استقلال.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۶۸)، **البیع**، ج ۱، چ ۴، قم: اسماعیلیان.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷)، **مصباح الفقاهه**، ج ۲، قم: الفقاهه.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۴)، **مبانی العروه الوثقی**، ج ۲، نجف اشرف.
- طباطبائی حکیم، سید محسن (بی تا)، **نهج الفقاهه**، ج ۱، قم: بی نا.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، **حاشیه المکاسب**، قم: اسماعیلیان.
- طبرسی (شیخ)، فضل بن حسن (۱۴۱۰ق)، **الؤتلف من المختلف بین ائمه السلف**، ج ۲، مشهد: مرکز نشر البحوث الاسلامیه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۶ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عبادی، محمدهادی (۱۳۸۷)، **ماهیت حق در فقه امامیه و حقوق ایران**، فصلنامه گواه، ۱۲، ۴-۱۱.



- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۲۳ق)، **كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام**، ج ۹، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- فروغی، علیرضا (۱۳۹۱)، **آثار و ویژگی های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی**، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، ۱، ۱-۱۴.
- قنوتی، جلیل؛ جاور، حسین؛ جعفری هرنندی، مهشید (۱۳۹۲)، **بررسی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ملکیت، حق و حکم**، فصلنامه فقه و اصول، ۹۲، ۵۳-۶۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، **فلسفه حقوق**، ج ۳، ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی؛ 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، ۳۳-۱۸.
- مامقانی، عبد الله (بی تا)، **نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال**، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- مجلسی (علامه)، محمد باقر (۱۴۰۳ق)، **بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الائمة الأطهار**، 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 (۱۴۱۹ق)، **مدارک الاحکام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۷، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳ق)، **حاشیه المکاسب**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی خوانساری، سید أحمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، ج ۴، ج ۲، تهران: مکتبه الصدوق.
- واعظ زاده خراسانی، محمد (۱۳۷۱)، **الفرق بین الحق و الحكم فی الفقه الإمامی**، فصلنامه رساله التقرب، ۱، ۱-۱۴.
- مؤمنی، عابدین؛ مسجد سرابی، حمید (۱۳۹۲)، **اصل اندیشی در نظام حقوقي اسلام**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۷، ۶۳-۸۴.

