



تقریرات درس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرس طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه پنزدهم؛ دوشنبه ۱۳۹۲/۷/۲۹

شک بین حق و حکم

بعد از تبیین حقیقت حق و حکم و تفاوت آن دو، دیگر اشتباه مفهومی بین این دو اتفاق نمی‌افتد، فقط از لحاظ مصداقی ممکن است اشتباه شود^۱ به این صورت که در دلیل اعتبار و جعل شک شود که اعتبار به نحو حق جعل شده تا قابلیت [زمینه] اسقاط و نقل و انتقال داشته باشد یا به نحو حکم جعل شده که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال ندارد.

در این جا اگر بتوانیم از خود دلیل - هر چند به مناسبت حکم و موضوع - استفاده کنیم به نحو حق جعل شده یا حکم، به آن تمسک می‌کنیم و الا باید به عمومات و اطلاقات دیگر یا اصول عملیه رجوع کنیم.

البته اگر شک بین حکم و اصل حق باشد - مثلاً جواز رجوع در هبه آیا به نحو حکم است یا به نحو حق محض^۲ - [از آن جا که اثر عملی ندارد] اصل عملی هم جاری نیست؛ زیرا همان‌طور که بیان کردیم حق ملازم با قابلیت اسقاط و نقل و انتقال بالفعل نیست، بلکه فقط زمینه و استعداد اسقاط و نقل و انتقال دارد، بنابراین چه به نحو حکم باشد و چه به نحو حق محض تأثیر عملی ندارد.

پس در صورتی که شک بین حق و حکم اثر عملی داشت؛ یعنی در شک بین حکم و حقی که قابل

۱. اشتباه مصداقی بین «حق و ملک» اگر اتفاق بیافتد بسیار نادر است.

۲. منظور از حق محض چیست؟ آیا می‌دانیم که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال ندارد یا نمی‌دانیم؟ یا اصلاً قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال آن مغفول^۳ عنه است؟ (امیرخانی)

اسقاط، قابل نقل یا قابل انتقال بود می‌توان به اصول عملیه رجوع کرد که در این جا استصحاب عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل و عدم تأثیر موت در انتقال جاری می‌شود. مثلاً اگر در جواز اکل مار شک شد که آیا به نحو حکم است یا حقی که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد، استصحاب عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل و عدم تأثیر موت در انتقال جاری می‌شود^۱ و اگر این استصحاب‌ها جاری نبود استصحاب جواز اکل برای مار که استصحاب مسببی^۲ است جاری می‌شود.^۳

مهم بررسی حکم شک در قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال حقوق است؛ یعنی بعد از احراز این که اعتباری به نحو حق است و شک شد در این که آیا قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد یا خیر، مرجع چیست؟

قبل از بررسی آن، اقسامی را که سید یزدی رحمته‌الله برای حقوق از حیث قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال بیان کرده، ذکر می‌کنیم:

اقسام حقوق در کلام سید یزدی رحمته‌الله

سید یزدی رحمته‌الله حقوق را از حیث قابلیت و عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال در شش قسم إحصاء کرده که عبارتند از:^۴

۱. یعنی شک می‌کنیم مار را با گفتن «اسْقَطْتُ حَقِّي» حَقش ساقط شد یا خیر، استصحاب عدم تأثیر اسقاط جاری می‌شود. یا شک می‌کنیم مار را با فروش حق خود به دیگری، آیا حَقش به او منتقل شد یا خیر، استصحاب عدم تحقق نقل جاری می‌شود. یا شک می‌کنیم با موت وی این حق به ورثه‌اش منتقل شد [تا ورثه بتواند علاوه بر حق ماری که خود پیدا می‌کند حق ماری را نیز با ارث داشته باشد] یا خیر استصحاب عدم تأثیر موت در انتقال جاری می‌شود. (امیرخانی)

۲. به این صورت که قبل از اسقاط یا نقل، جواز اکل برای مار وجود داشت، شک می‌کنیم با اسقاط یا نقل این جواز از بین رفت یا خیر، استصحاب جواز اکل جاری می‌شود. البته این استصحاب در صورتی جاری می‌شود که استصحاب عدم تأثیر اسقاط و استصحاب عدم تحقق نقل جاری نباشد و الا نوبت به آن نمی‌رسد؛ چون جواز اکل مار مسبب از عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل است.

۳. در صورتی هم که شک مردد باشد بین حکم یا حقی که نمی‌دانیم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال دارد یا خیر، این استصحاب‌ها جاری است. (امیرخانی)

۴. حاشیة المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۵۶:

و أمّا الحقوق فهی بحسب صحّة الإسقاط و النّقل بعوض أو بلا عوض و الانتقال القهري بإرث و نحوه أقسام فمنها ما لا ينتقل بالموت و لا يصحّ إسقاطه و لا نقله و قد عدّ من ذلك حقّ الأبوة و حقّ الولاية للحاكم و حقّ الاستمتاع بالزّوجة و حقّ السّبق فی الرّماية قبل تمام النّضال و حقّ الوصاية و نحو ذلك و يمكن أن يقال إنّها أو جملة منها من الأحكام لا من الحقوق. و منها ما يجوز إسقاطه و لا يصحّ نقله و لا ينتقل بالموت أيضا كحقّ الغيبة أو الشتم أو الأذية بإهانة أو ضرب أو نحو ذلك بناء على

۱) «ما لا ينتقل بالموت و لا يصح إسقاطه و لا نقله»؛ حقوقی که نه با موت ذی الحق، به ورثه منتقل می شود و نه با اسقاط و گفتن «أسقطتُ حقی» ساقط می شود و نه با نقل آن [تحت یکی از عقود] به دیگری منتقل می شود. مانند حق ابوت، حق ولایت حاکم، حق استمتاع زوج از زوجه و نظایر این حقوق.

البته ممکن است کسی بگوید بعض این امثله از احکام است؛ نه حقوق - یا مرحوم امام علیه السلام در مورد ولایت فرمودند: ولایت، اعتباری است در کنار حق، هر چند به نظر می آید که ولایت، اعتباری حقی است و زیر مجموعه ی حق قرار می گیرد؛ چنان که نص نهج البلاغه^۱ و موارد دیگر بر آن دلالت می کند - ولی به هر حال اگر حق باشد، قابلیت اسقاط و نقل و انتقال را ندارد.

وجوب إرضاء صاحبه و عدم كفاية التوبة.

و منها ما ينتقل بالموت و يجوز إسقاطه و لا يصح نقله كحق الشفعة على وجه. و منها ما يصح نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضا كحق الخيار و حق القصاص و حق الرهانة و حق التحجير و حق الشرط و نحو ذلك. و منها ما يجوز إسقاطه و نقله لا بعوض كحق القسم على ما ذكره جماعة كالعلماء في القواعد على ما حكى عنه و الشهيد في اللمعة حيث قال و لا يصح الاعتياض عن القسم بشيء من المال و حكى عن الشيخ أيضا و لكن فيه ما لا يخفى فإنه مضافا إلى ورود النصّ به كخبر على بن جعفر عليه السلام المتقدم لا وجه له إلا دعوى أن المعوض و هو كون الرجل عندها أعنى عند الموهوبة و هي الضرة للواهبية مما لا يقابل بالمال و فيه منع واضح.

و منها ما هو محل الشك في صحة الإسقاط أو النقل أو الانتقال و عدّ من ذلك حق الرجوع في العدة الرجعية و حق النفقة في الأقارب كالأبوين و الأولاد و حق الفسخ بالعيوب في النكاح و حق السبق في إمامة الجماعة و حق المطالبة في القرض و الوديعة و العادية و حق العزل في الوكالة و حق الرجوع في الهبة و حق الفسخ في سائر العقود الجائزة كالشركة و المضاربة و نحوهما إلى غير ذلك و أنت خبير بأن جملة من ذلك من باب الحكم.

ثم إن تحقيق الحال في كل واحد من هذه المذكورات و أمثالها موكول إلى بابه و الذي يناسب المقام بيان مقتضى القاعدة في ما لم يثبت من الخارج جواز إسقاطه أو نقله فنقول لا يخفى أن طبع الحق يقتضى جواز إسقاطه و نقله لأن المفروض كون صاحبه مالكا للأمر و مسلطا عليه فالمنع مما تعبدى أو من جهة قصور في كفيته بحسب الجعل و الأول واضح و الثاني كأن يكون الحق متقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص كحق التولية في الوقف و حق الوصاية و نحوهما فإن الواقف أو الموصى جعل الشخص الخاص من حيث إنه خاص مورداً للحق فلا يتعدى عنه و كولاية الحاكم فإنها مختصة بعنوان خاص لا يمكن التعدى عنه إلى عنوان آخر و مثل حق المضاجعة بالنسبة إلى غير الزوج و الزوجة و كحق الشفعة بالنسبة إلى غير الشريك و هكذا فإن شك في كون شيء حقاً أو حكماً فلا يجوز إسقاطه و لا نقله و إن علم كونه حقاً و علم المنع التبعدي أو كون الشخص أو العنوان مقوماً فلا إشكال أيضاً.

و إن شك في المنع فمقتضى العمومات صحة التصرفات فيه و كذا إن شك في كون الشخص أو النوع مقوماً بحسب الجعل الشرعى بعد إحراز القابلية بحسب العرف بحيث يكون الشخص مورداً عندهم لا مقوماً فإن مقتضى العمومات من قوله تعالى أوفوا بالعقود و أحل الله البيع و قوله عليه السلام الصالح جائز و المؤمنون عند شروطهم بل فحوى قوله عليه السلام لتأس مسلطون على أموالهم و نحو ذلك صحة التصرفات فيه بعد فرض صدق عناوينها نعم مع الشك في إحراز القابلية العرفية بحيث يرجع إلى الشك في صدقها لا يمكن التمسك بها.

۱. نهج البلاغه (للصباحي صالح)، خطبه ۲۱۹، ص ۳۳۲.

أما بعد فقد جعل الله سبحانه لي عليكم حقاً بولاية أمركم و لكم على من ألقى مثل الذي لي عليكم ...

۲) «ما يجوز إسقاطه و لا يصح نقله و لا ينتقل بالموت أيضا»؛ حقوقی که قابلیت اسقاط دارد، اما قابلیت نقل و انتقال ندارد، مانند «حق الغيبة أو الشتم أو الأذى بإهانة أو ضرب أو نحو ذلك» یعنی به نظر سید سید^۱ وقتی کسی مورد غیبت واقع می‌شود، مغتاب (بافتح) حقی بر غیبت کننده (مغتاب بالکسر) پیدا می‌کند که از او طلب حلّیت شود، هم‌چنین مشتوم بر شاتم حقی دارد که شاتم طلب رضایت از او کند، مرحوم سید می‌فرماید: این حقوق قابل اسقاط است و ذی الحق می‌تواند بگوید من حق طلب حلّیت را اسقاط کردم، اما قابل نقل نیست و با موت ذی الحق نیز به ورثه منتقل نمی‌شود.

البته در مورد غیبت - حداقل - به گونه‌ی دیگری هم می‌توان حق را بیان کرد و آن این‌که: یکی از حقوق مسلمان این است که غیبت نشود، اما اگر کسی بگوید راضی هستم غیبت من را بکنید و این حق را اسقاط بکند، بنابر احتمالی غیبت جایز است، هرچند ما در بحث غیبت این قول را نپذیرفتیم و بیان کردیم رضایت مغتاب (بافتح) مجوز برای ارتکاب غیبت حرام نیست، مگر این که ممکن است در مواردی موضوع غیبت را منتفی کند.^۱

۱. مقالات فقهی (۳) بررسی گسترده‌ی فقهی غیبت، ص ۴۹۹-۴۹۵:

آیا رضایت مغتاب (بافتح) موجب حلّیت غیبت می‌شود؟

گاهی از بعضی شنیده می‌شود که می‌گویند هر کسی مرتکب غیبت من شود رضایت دارم. گاهی هم برخی - اهل علم - می‌گویند: آقا! اجازه می‌دهید غیبت شما کنیم؟ یا بناست بعداً غیبت شما کنیم، راضی باشید.

اگر رضایت، بعد از غیبت باشد، معلوم است که عمل پسندیده‌ای است، اما اگر قبل از عمل باشد، آیا این رضایت موجب سقوط حرمت غیبت می‌شود؟

البته فرض کلام در مواردی است که ابراز رضایت مغتاب (بافتح) جایز باشد، اما در جایی که ابراز رضایت جایز نباشد (مثل موارد قذف) بود و نبود رضایت، تأثیری ندارد. پس فرض کلام در مواردی است که رضایت جایز است؛ مثلاً کسی درباره‌ی عیب دنیوی مستور خود، به بعضی می‌گوید اگر شما این عیب مرا بگویید راضی هستم. آیا این رضایت، برای جواز غیبت کافی است؟ در پاسخ این پرسش، عرض می‌کنیم: دو صورت دارد.

صورت اول؛ مغتاب راضی است، اما در عین حال، ناراحت هم می‌شود. مثل این‌که یکی از بستگانش، مال او را تصرف کند، ناراحت می‌شود، گریه هم می‌کند، ولی می‌گوید: من روز قیامت، به خاطر این کار مواخذه‌ات نمی‌کنم. پس رضایت به این معناست که حاضر نیست به خاطر غیبت او، کسی به جهنم برود.

در رضایت به این معنا می‌گوییم مادامی که موضوع غیبت با وجود رضایت باقی باشد، یعنی «کشف عما ستره الله» صدق کند، وجهی برای سقوط حرمت آن وجود ندارد، مگر دو بیان که باید بررسی شود:

بیان اول: استحلال از غیبت واجب است و بعضی روایات بر آن دلالت دارد. پس معلوم می‌شود «غیبت» [نکردن] حق مغتاب (بافتح) است و با رضایت او حرمتش ساقط می‌شود. مانند حرمت تصرف در مال مؤمن که اگر راضی به تصرف باشد و اذن تصرف بدهد، حرمتش

۳) «ما ينتقل بالموت و يجوز إسقاطه و لا يصح نقله»؛ حقوقی که با موت منتقل می‌شود و اسقاط آن هم جایز است، اما نقل آن جایز نیست، مانند حق شفعه بنا بر وجهی.

۴) «ما يصح نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضا»؛ حقوقی که هم قابلیت نقل و اسقاط دارد و هم با موت منتقل می‌شود، مانند حق خیار، حق قصاص، حق رهانه، حق تحجیر، حق شرط و

ساقط می‌شود «لا یحل لأحد أن یتصرف فی مال أخیه إلا باذنه». پس در مورد عرض هم می‌گوییم: «لا یحل لأحد أن یغتاب مؤمناً إلا باذنه». نقد بیان اول: از آن جایی که وجوب استحلال برای ما ثابت نشد و آن روایات از لحاظ دلالت یا سند، تام نبود، پس از این طریق نمی‌توانیم بگوییم با رضایت، حرمت غیبت ساقط می‌شود. علاوه بر این که هر حق الناسی با اسقاط، ساقط نمی‌شود. گرچه برخی حقوق الناس با اسقاط، ساقط می‌شود، ولی این کلیت ندارد. حتی می‌توان گفت: گاهی خود طرف - ذی حق - هم حق ندارد ابراز رضایت کند؛ زیرا عمل مرضی او، موجب ذلت و حطّ شأن او نزد مردم می‌شود. در حالی که عرض مؤمن، توسط هر کسی از جمله خودش باید حفظ شود. چندین روایت به این مضمون هست که در بین آنها روایت معتبر هم داریم، از جمله:

- روایت سماعه:

«عَدَةُ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُمَانَ بْنِ عِيسَى عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أُمُورَهُ كُلَّهَا وَ لَمْ يَفَوِّضْ إِلَيْهِ أَنْ يُدِلَّ نَفْسَهُ، أَلَمْ تَسْمَعْ لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾؟ فَالْمُؤْمِنُ يُنْبِغِي أَنْ يَكُونَ عَزِيزاً وَ لَا يَكُونَ ذَلِيلاً يُعْزُهُ اللَّهُ بِالْإِيمَانِ وَ الْإِسْلَامِ»؛

پس اگر کسی عیبی مخفی - حتی دنیائی تا چه رسد به دینی - داشته باشد که ذکر آن موجب ذلت نفس مغتاب (بافتح) گردد، چنین ذکری جایز نیست. حتی خود صاحب عیب هم حق ندارد چنین عیبی را ابراز کند؛ مثلاً گناهی مرتکب شده است، باید آن را بپوشاند و مخفی کند و حق ابراز آن را ندارد.

بیان دوم: ادله‌ی حرمت غیبت از صورتی که مغتاب (بافتح) راضی باشد، منصرف است.

نقد بیان دوم: وجهی برای این انصراف وجود ندارد و ادله‌ی حرمت، مادامی که «کشف عما ستره الله» صادق باشد، شاملش می‌شود. پس در صورت اول، رضایت مغتاب نمی‌تواند موجب سقوط حرمت شود؛ زیرا اطلاق «لا یغتاب بعضکم بعضاً»، شامل چنین فردی هم می‌شود. چون فرض این است که مغتاب ناراحت هم می‌شود، ذکر عیب مستور هم هست، پس مقومات غیبت فراهم است. نهایت این‌که در قیامت طلبکار نیست، ولی این مجوز غیبت نمی‌شود.

صورت دوم؛ رضایت مغتاب کاملاً از طیب خاطر باشد؛ یعنی با گفتن دیگری هیچ ضربه‌ای به او نمی‌خورد و مانند آن است که گفتن دیگری و نگفتن او - حداقل نسبت به شخص غیبت شونده - مساوی است. به عنوان مثال یک شخص با روحیه‌ای است که چند کلمه پشت سر او حرف زدن تأثیری در او ندارد.

قول به حرمت این فرض مشکل است؛ زیرا - همان‌گونه که قبلاً گفتیم - ما اطلاقی در مورد غیبت نداریم و باید قدر متیقن‌ها را أخذ کنیم. از آن جا که بسیاری از لغویین، تعریف غیبت را «ذکرک أخاک بما یسوءه» یا «أن یذکر الانسان خلفه بما یسوءه» ذکر کردند؛ یعنی ذکری که طرف را ناراحت می‌کند و فرض ما این است که واقعاً طیب خاطر دارد و ناراحت نمی‌شود، مشکل است ملتزم به حرمت چنین فرضی باشیم. چون از اول نمی‌دانیم واقعاً این فرض مشمول غیبت می‌شود یا نه.

بنابراین، هر چند احتیاط، اجتناب از این موارد است، ولی با این قید، دیگر نمی‌توانیم حکم به حرمت کنیم.

۵) «ما يجوز إسقاطه و نقله لا بعوض»؛ حقوقی که اسقاط و نقل آن بدون عوض جایز است، مانند حق قَسَم که زوجه حق هم‌خوابی خودش - در هر چهار شب یک بار - را می‌تواند اسقاط کند یا به زوج بدون عوض - بنا بر نظر بعضی^۱ - منتقل کند.

۶) «ما هو محلّ الشكّ في صحّة الإسقاط أو النقل أو الانتقال»؛ حقوقی که در صحت اسقاط و نقل و انتقال آن شک وجود دارد، مانند حق رجوع در عدّه‌ی رجعیه، حق نفقه‌ی أقارب مثل ابویین و اولاد، حق فسخ به عیوب در نکاح، حق سبق در امامت جماعت برای امام راتب، حق مطالبه در قرض و ودیعه، حق عزل در وکالت، حق رجوع در هبه و

مرحوم سید این تقسیم‌بندی را بر اساس بعضی فتاوا انجام داده‌اند، اما این‌که این تقسیم‌بندی درست است یا نه، و مثال‌هایی که ذکر شد تحت آن اقسام است یا نه، باید در جای خود با بررسی ادله‌ی هر یک از این حقوق و یا با رجوع به سایر امارات، آن را مشخص کرد و ما فعلاً درصدد بیان آن نیستیم.

شک در قابلیت اسقاط و نقل و انتقال حق

بعد از احراز این‌که اعتباری به نحو حق است، اگر شک شود از حقوقی است که قابل اسقاط و نقل و انتقال است یا حق محض است که قابلیت فعلی اسقاط و نقل و انتقال را ندارد؟ مرجع، اطلاق دلیل حق است که با تمسک به اطلاق می‌توان گفت حتی بعد از اسقاط و نقل نیز آن حق برای ذی الحق باقی است و در واقع اسقاط و نقل نشده است.^۲

۱. ولی روایت صحیح‌ای در مورد حق قَسَم وارد شده که حداقل ظاهر بدوی آن چنین است که زوجه می‌تواند حق قَسَم خود را با عوض منتقل کند:

✓ وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب القسم و النشوز، باب ۶، ح ۲، ص ۳۴۴ و تهذیب الاحکام، ج ۴، ص ۴۷۴ و مسائل علی بن جعفر، ص ۱۷۴: [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنِ الْعَمْرِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتِ إِحْدَاهُمَا لَيْلِي وَ يَوْمِي لَكَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا أَوْ مَا كَانَ أَيْ جُوزُ ذَلِكَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ.

وَ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ.

✓ همان، ح ۱، ص ۳۴۳ و الکافی، ج ۵، ص ۴۰۳:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي حَدِيثٍ: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَهَا مَا لِلْمَرْأَةِ مِنَ النَّفَقَةِ وَ الْقِسْمَةِ وَ لَكِنَّهُ إِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَخَافَتْ مِنْهُ نَشُوزًا وَ خَافَتْ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ يُطَلِّقَهَا فَصَالَحَتْ مِنْ حَقِّهَا عَلَى شَيْءٍ مِنْ نَفَقَتِهَا أَوْ قِسْمَتِهَا فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ.

۲. البته با تمسک به اطلاق نمی‌توان اثبات کرد که با موت هنوز حق برای ذی الحق باقی است و به ورثه منتقل نشده است؛ چون با موت

و اگر دلیل اثبات حق اطلاق نداشت باید ببینیم عنوان، مقوم موضوع است یا خیر. اگر عنوان مقوم موضوع باشد - مانند حق ولایت که برای مجتهد عادل وضع شده و این عنوان مقوم ولایت است و غیر مجتهد عادل نمی تواند ولایت داشته باشد، یا حق وصایت که قوامش به شخص وصی است - معلوم است که نمی تواند به دیگران منتقل کند.^۱

اما اگر دلیل اثبات حق اطلاق نداشت و عنوان نیز مقوم موضوع نبود و فرضاً دلیل دیگری هم وجود نداشت، آن گاه می توان با تمسک به اصل عملی مانند استصحاب عدم تأثیر اسقاط و عدم تحقق نقل - که اصل سببی است - یا استصحاب بقاء حق - که اصل مسببی است - حکم به بقاء حق برای ذی الحق کرد. همچنین با استصحاب عدم تأثیر موت در انتقال، حکم به عدم انتقال به ورثه بعد از موت کرد.

ولی مهم بررسی این مسأله است که اگر حقی عرفی و عقلایی نیز بود و در نظر عرف قابل نقل بود و عنوان هم مقوم موضوع نبود و دلیل تبعدی نیز بر منع وجود نداشت، آیا می توان با تمسک به اطلاقات و عموماتی مانند «أوفوا بالعقود»، «أحلّ الله البيع» «الصلح جائز»، «المؤمنون عند شروطهم» و ... قابلیت نقل را شرعاً برای آن اثبات کرد تا نوبت به مرحله رجوع به اصول عملیه نرسد یا خیر؟

و الحمد لله رب العالمین

مقرر: عبدالله امیرخانی

موضوع حکم منتفی می شود.

۱. اما در مورد نقل مجتهد عادل به مجتهد عادل دیگر می گوئیم: اگر قائل شویم هر مجتهدی ولایت دارد نقل لغو خواهد بود و اگر بگوئیم ولایت برای مثلاً اول مجتهد عادل متصدی جعل شده، عنوان مقوم می باشد.