



## تقریرات درس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه بیستم؛ سه شنبه ۱۳۹۲/۸/۶

### بر فرض تثبیت اشکال حضرت امام علیه السلام آیا راهی برای تمسک به عام وجود دارد؟

اگر فرضاً فرمایش مرحوم امام علیه السلام تثبیت شود که تمام عمومات حداقل مقید به مخصص لَبّی هستند و عنوان «عدم مخالفت با شرع» - اعم از مخالفت وضعی و تکلیفی - از تحت عمومات خارج شده است (اوفوا بالعقود الا عقداً خالف الشرع) در این صورت اگر شک کردیم حقی قابلیت نقل را دارد یا نه، نمی‌توانیم قابلیت نقل شرعی را با تمسک به عمومات اثبات کنیم؛ زیرا عنوان «عدم مخالفت با شرع» احراز نمی‌شود و در نتیجه تمسک به عمومات، تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه‌ی مخصص است. اما آیا با تثبیت این اشکال، راه برون رفتی در مسأله وجود دارد؟

کثیری از اعلام گفته‌اند حتی اگر اشکال تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه‌ی مخصص تثبیت شود، می‌توان از طریق دیگری مسأله را حلّ کرد؛ مثلاً مرحوم آخوند در کفایه<sup>۱</sup> در ذیل مبحث عام و خاص می‌فرماید:

۱. کفایة الأصول، ص ۲۲۳:

لا یخفی أن الباقی تحت العام بعد تخصیصه بالمنفصل أو کالاستثناء من المتصل لما کان غیر معنون بعنوان خاص بل بکل عنوان لم یکن ذاک بعنوان الخاص کان إحراز المشتبه منه بالأصل الموضوعی فی غالب الموارد إلا ما شد ممکناً فبذلک یحکم علیه بحکم العام و إن لم یجز التمسک به بلا کلام ضرورة أنه قلما لا یوجد عنوان یجری فیہ أصل ینقح به أنه مما بقى تحته مثلاً إذا شک أن امرأة تكون قرشیه او غیرها فهی و إن کانت وجدت إما قرشیه أو غیرها فلا أصل یحرز أنها قرشیه أو غیرها إلا أن أصالة عدم تحقق الانتساب بینها و بین قریش تجدی فی تنقیح أنها ممن لا تحيض إلا إلى خمسين لأن المرأة التي لا یكون بینها و بین قریش انتساب أيضاً باقیة تحت ما دل علی أن المرأة إنما تری الحمرة إلى خمسين و الخارج عن تحته هی القرشیه فتأمل تعرف.

[آنچه تحت عام بعد از تخصیص آن به مخصص متصل یا منفصل باقی می ماند، چون معنون به عنوان خاصی نشده است، در غالب موارد مشتبه می توانیم با اصل موضوعی، احراز موضوع عام کرده و حکم عام را جاری کنیم، هر چند تمسک به عام در مورد آن جایز نباشد]؛ مثلاً مضمون روایت می گوید: «المرأة ترى الحمرة إلى خمسين سنة الا القرشية؛ زن تا پنجاه سالگی خون حیض می بیند مگر زن قرشی»، حال اگر زنی را ندانیم قرشی است یا غیر قرشی، تمسک به همین عام، تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه‌ی مخصص است، اما با استصحاب عدم تحقق قرشیت در مرأة که استصحاب عدم ازلی است می توانیم عدم قرشیت را احراز کنیم، به این بیان که: قبل از این که این زن به وجود بیاید وصف قرشیت نداشت، وقتی به وجود آمد بالوجدان می دانیم مرأة موجود شد ولی شک می کنیم وصف قرشیت او هم موجود شد یا نه، با استصحاب حکم به عدم تحقق وصف قرشیت می کنیم، لا محاله مرأة بالوجدان موجود است و انتفاء قرشیت بالاصل احراز می شود و در نتیجه حکم به «تری الحمرة الى خمسين سنة» می شود.

**إن قلت:** زمانی را نمی توان فرض کرد که مرأة باشد ولی وصف قرشیت نباشد؛ زیرا این وصف ذاتی است و هر وقت مرأة موجود شد، وصف قرشیت هم موجود شده است.

**قلت:** وقتی مرأة نبود وصف قرشیت او هم وجود نداشت ولو به سالبه‌ی به انتفاء موضوع، سپس می دانیم مرأة موجود شد اما آیا وصف قرشیت هم همراه او موجود شد یا نه، استصحاب عدم می کنیم.

در ما نحن فيه هم این چنین است و از تحت عموماتی مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، یک عنوان وجودی به حسب دلیل عقلی خارج شده است (اوفوا بالعقود الا إذا كان مخالفاً للشرع)، لذا وقتی حقی را توسط عقد به دیگری منتقل کردیم، وجداناً می دانیم عقد است ولی شک می کنیم عنوان مخالفت با شرع را دارد یا نه،

۱. وسائل الشیعة، ج ۲، تتمه کتاب الطهارة، ابواب حیض، باب ۳۱، ح ۷، ص ۳۳۶.

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ الصَّادِقُ عليه السلام: الْمَرْأَةُ إِذَا بَلَغَتْ خَمْسِينَ سَنَةً لَمْ تَرِ حُمْرَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمْرًا مِنْ قُرَيْشٍ وَهُوَ حَدُّ الْمَرْأَةِ الَّتِي تَيَاسُ مِنَ الْحَيْضِ.

✓ همان، ح ۵:

قَالَ الشَّيْخُ فِي الْمُبْسُوطِ: تَيَاسُ الْمَرْأَةِ إِذَا بَلَغَتْ خَمْسِينَ سَنَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمْرًا مِنْ قُرَيْشٍ؛ فَإِنَّهُ رُوِيَ إِنَّهَا تَرَى دَمَ الْحَيْضِ إِلَى سِتِّينَ سَنَةً.

✓ همان، ح ۲، ص ۳۳۵ و الكافي، ج ۳، ص ۱۰۷:

و [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ ظَرِيفٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: إِذَا بَلَغَتِ الْمَرْأَةُ خَمْسِينَ سَنَةً لَمْ تَرِ حُمْرَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمْرًا مِنْ قُرَيْشٍ.

می‌گوییم وقتی این عقد محقق نشده بود وصف مخالفت با شرع را هم نداشت، اکنون که عقد محقق شده شک داریم وصف مخالفت با شرع محقق شده است یا نه، با استصحاب عدم ازلی حکم به عدم تحقق آن وصف می‌کنیم. بنابراین این عمل عقد است وجداناً و غیر مخالف شرع است تعبداً، پس تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قرار می‌گیرد.

بله اگر کسی مانند مرحوم نائینی و حضرت امام علیه السلام منکر استصحاب عدم ازلی باشد، با این روش نمی‌تواند موضوع «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را تنقیح کند.

### شک در نقل حق ابداعی شارع

اگر حقی که شک در نقل آن داریم از حقوقی باشد که شارع آن را ابداع کرده است - مانند بعضی اختیارات مثل خیار حیوان که با صرف نظر از جعل شارع، در نزد عرف چنین حقی وجود ندارد - نه این که حق عرفی باشد که شارع آن را امضاء کرده، آیا قابلیت نقل چنین حقی را می‌توان با تمسک به عمومات اثبات کرد؟

در این صورت می‌گوییم: اگر بعد از جعل شارع، عرف درک کند که این حق مانند سایر حقوق است و ملتزم به جواز نقلش شود، در این صورت می‌توان به عموماتی مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و ... برای اثبات قابلیت نقل شرعی تمسک کرد؛ چراکه جعل این حق بدان معناست که شارع حق جدیدی را نظیر حقوقی که میان عرف و عقلاء رایج است جعل کرده که در احکام و آثار مانند سایر حقوق است.

اما اگر عرف احراز نکند که حق ابداعی شارع مانند سایر حقوق است، در این صورت نمی‌توان به عمومات تمسک کرد؛ چراکه احتمال می‌رود شارع قابلیت نقل را برای آن لحاظ نکرده باشد. بنابراین حکم آن را باید طبق قواعد دیگر و اصول عملیه به دست بیاوریم.

### شک در قابلیت اسقاط

همان‌طور که در تعریف حق بیان کردیم، طبق مبنای ما حق مساوی با قابلیت اسقاط فعلی نیست، بلکه فقط زمینه‌ی اسقاط را دارد؛ چراکه حقوقی وجود دارد که قابلیت اسقاط را ندارند، مانند حق ولایت، حق ابوت، حق اخوت و ... قبل از این که حکم این مسأله را بررسی کنیم باید بیان کنیم مراد از اسقاط حق چیست؟

## حقیقت اسقاط

همان‌طور که قبلاً توضیح دادیم، حق مفهومی ذات اضافه است و نیاز به متعلق دارد، و متعلق آن اگر همیشه افعال نباشد غالباً افعال است؛ حتی مثل حق تحجیر که اضافه‌ی به سبب شده، متعلق آن حقیقتاً فعل است؛ یعنی حق اِحیاء ارض محجره.

محقق اصفهانی رحمته الله در این جا متعرض بحثی شده‌اند که ظاهراً غیر از ایشان کسی متعرض آن نشده است و آن این که حقیقت اسقاط چیست و به چه معناست؟ آیا حقیقت اسقاط این است که ذوالحق خود حق و اضافه‌ی حقی را اسقاط می‌کند یا این که ذوالحق طرف حق و متعلق حق را اسقاط می‌کند و در نتیجه حق هم ساقط می‌شود؟ کما این که نظیر این بحث در مورد اسقاط ملکیت هم هست که مالک آیا مملوک را اسقاط می‌کند یا نسبت اضافی بین مملوک و مالک (ملکیت) را اسقاط می‌کند.

محقق اصفهانی رحمته الله تصریح می‌کند که اسقاط حق یعنی از بین بردن خود اضافه<sup>۱</sup>، اما محقق نائینی رحمته الله که در بحث اعراض از ملکیت می‌فرماید به معنای از بین بردن طرف اضافه است و به تبع آن ملکیت هم از بین می‌رود، با این سازگار است که اسقاط حق هم به معنای از بین بردن طرف حق باشد.

مثلاً زائل کردن نسبت فوقیت که بین یک شیء و سقف بالای آن برقرار است، طبق مبنای محقق اصفهانی به معنای از بین بردن خود فوقیت است؛ یعنی در عالم اعتبار فرض نابودی فوقیت را می‌کنیم - کما این که اعراض از ملک یعنی فرض نابودی اعتبار ملکیت - اما طبق نظر آقای نائینی وقتی شیء را از تحت سقف برداشتیم و مساوی با آن قرار دادیم، نسبت فوقیت هم زائل می‌شود؛ یعنی با از بین رفتن طرف اضافه، خود اضافه هم از بین می‌رود.

حجت و دلیل مرحوم نائینی این است: آنچه که مالک بر آن تسلط دارد، مملوک است نه ملکیت؛ مثلاً وقتی که می‌گوییم زید مالک کتاب است، یعنی مسلط بر کتاب است نه این که مسلط بر ملکیت کتاب باشد.

۱. رساله فی تحقیق الحق و الحكم، ص ۴۶:

أنَّ التحقیق: أنَّ الاسقاط هو رفع الإضافة، و یلزمه خروج الطرف عن الطرفیة، لا أنَّه عینه، فإنَّ الغرض إنَّ كان إسقاط من أصله كان سقوطه منافیا لثبوتہ، و أمَّا إنَّ كان سقوطه عن نفسه فهو لا ینافی ثبوتہ لغيره.

و بالجمله: الاسقاط کالتقل یضاف إلى نفس الحق، فإنَّ الحق - المقابل للعین و المنفعة و عمل الحر فی کلام المصنف رحمه الله و غیره - نفس الإضافة، لا متعلقة الذی لا ینفک عن کونه أحد الأشياء المتقدمة، و بهذا المعنی أشکل المصنف رحمه الله فیما سیأتی إن شاء الله تعالی علی جعل الحق عوضاً بأنَّه لیس بمال، مع أنَّه متعلقة مال قطعاً، ففی مثل حق التحجیر الذی هو مورد هذا الإیراد فی کلامه قدَّس سرَّه، لیس مورد الإشکال فی المالیه إلَّا نفس الاعتبار، لا الأرض المحجرة التي لا شبهة فی ماليتها هذا هو الکلام فی حقیقة الاسقاط.

بنابراین طبق مبنای ایشان در مورد حق باید بگوییم: در حق هم که ملک حیثی است، ذوالحق می تواند متعلق حق را جا به جا یا اسقاط کند، اما خود حق را نمی توان منتقل یا اسقاط کرد؛ زیرا انسان نسبت به حق خودش که حق ندارد، پس اسقاط یعنی اعدام اعتباری متعلق حق.

جواد احمدی