



تقریرات درس خارج فقه

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

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه‌ی پانزدهم؛ دوشنبه ۱۳۹۲/۷/۲۹

شک بین حق و حکم

بعد از این که حقیقت ملک، حق و حکم را مفصلاً بیان کردیم و هم‌چنین افتراق این مفاهیم از یکدیگر را توضیح دادیم، دیگر اشتباه مفهومی بین آن‌ها اتفاق نمی‌افتد و این مفاهیم متمایز از یکدیگر هستند. اما اگر از لحاظ مصداق شک کردیم وظیفه چیست؟ مثلاً شک کنیم دلیلی که بر جعل و اعتبار دلالت می‌کند، آیا اعتبار را به نحو حق جعل کرده که قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال در آن وجود دارد یا به نحو حکم جعل کرده که حتی توهم جواز اسقاط یا نقل و انتقال در آن وجود ندارد. البته شک مصداقی در مورد ملک خیلی نادر است و این شک بیشتر بین حق و حکم واقع می‌شود.

اگر از دلیل ولو به مناسبت حکم و موضوع بتوانیم استفاده کنیم که جعل به نحو حق بوده یا حکم، به آن ملتزم می‌شویم، اما اگر نتوانستیم از دلیل استفاده کنیم، باید به عمومات و اطلاقات دیگر و یا به اصول عملیه رجوع کنیم. البته در این صورت شک ما صوری دارد:

صور شک بین حق و حکم

اگر شک ما بین حکم و اصل حق باشد، ظاهراً این شک تأثیری در عمل ندارد؛ زیرا طبق مبنای ما حق مساوی با فعلیت جواز اسقاط یا نقل و انتقال نیست، بلکه فقط زمینه‌ی آن را دارد، لذا مثلاً جواز رجوع و اهب در هبه، چه به نحو حکم باشد یا به نحو حق محض، تأثیری ندارد.

و اگر شک ما بین حکم باشد و بین حقی که قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال را دارد؛ مثلاً جواز اکل مار

آیا به نحو حکم است یا به نحو حق، که اگر به نحو حق باشد قابلیت اسقاط و نقل و انتقال را دارد. در این صورت حکم شک روشن است و استصحاب عدم تأثیر اسقاط یا عدم تحقق نقل و انتقال جاری می‌شود، بلکه استصحاب «جواز اکل برای مار»^۱ که استصحاب مسببی است، جاری می‌شود.

بحث مهم صورتی است که در خود حق شک شود که آیا از حقوقی است که قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال را دارد یا این که حق محض است و این قابلیت را ندارد.

این مسأله مورد بحث و بررسی اعلام قرار گرفته است، از جمله سید یزدی رحمته الله علیه مطالب مفصلی را بیان کرده است.

تقسیم حقوق در کلام سید یزدی رحمته الله علیه

سید یزدی رحمته الله علیه حقوقی را که در کلمات فقهاء بیان شده از جهت جواز یا عدم جواز اسقاط و نقل و انتقال، در شش قسم إحصاء کرده است که عبارتند از:

۱. «ما لا ينتقل بالموت و لا يصح إسقاطه و لا نقله»؛ حقوقی که با موت منتقل به ورثه نمی‌شود [یعنی قابلیت انتقال قهری را ندارد] و اسقاط و نقل و انتقال [اختیاری] آن توسط ذی‌الحق هم جایز نیست، مانند حق أبوت، حق ولایت حاکم، حق استمتاع زوج از زوجه و نظایر این حقوق. البته ممکن است کسی بگوید این موارد یا بعضی آن‌ها از احکام شرعیه هستند نه از حقوق، ولی سید یزدی رحمته الله علیه می‌گوید علی فرض این که حق باشد، قابلیت اسقاط و نقل و انتقال را ندارند.

۲. «ما يجوز إسقاطه و لا يصح نقله و لا ينتقل بالموت أيضا»؛ حقوقی که قابلیت اسقاط را دارد، اما قابلیت نقل و انتقال را نداشته و با موت هم منتقل نمی‌شود، مانند «حق الغيبة أو الشتم أو الأذية بإهانة أو ضرب أو نحو ذلك» یعنی وقتی کسی غیبت می‌شود، مغتاب (بافتح) حقی بر غیبت کننده (مغتاب بالكسر) پیدا می‌کند که از او طلب حلیت شود، هم‌چنین شاتم و اذیت کننده از مشتوم و اذیت شده باید طلب رضایت کنند، مرحوم سید می‌فرماید این حق قابل اسقاط است؛ مثلاً می‌تواند بگوید من حق طلب حلیت را اسقاط کردم.

البته - حداقل - در مورد غیبت، به گونه‌ی دیگری هم می‌توان مسأله را تصور کرد و آن این که بگوییم: یکی

۱. استصحاب «جواز اکل برای مار» مسبب از استصحاب عدم تأثیر اسقاط یا استصحاب عدم تحقق نقل و انتقال است؛ یعنی اگر این استصحاب جاری نباشد، نوبت به استصحاب جواز اکل می‌رسد. به این صورت که قبل از اسقاط یا نقل و انتقال، جواز اکل برای مار وجود داشت، شک می‌کند آیا با اسقاط یا نقل و انتقال این جواز از بین رفت یا خیر، استصحاب بقاء جواز اکل جاری می‌کند.

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، اما ما در بحث غیبت این قول را نپذیرفتیم و بیان کردیم رضایت معتاب (بافتح)، مجوز برای ارتکاب غیبت حرام نیست، مگر این که ممکن است در مواردی موضوع غیبت را منتفی کند.^۲

۳. «ما ینتقل بالموت و یجوز إسقاطه و لا یصح نقله»؛ حقوقی که با موت منتقل می‌شود و اسقاط آن هم جایز است، اما نقل و انتقال آن جایز نیست، مانند حق شفعه بنابر وجهی.

۴. «ما یصح نقله و إسقاطه و ینتقل بالموت أیضاً»؛ حقوقی که هم قابلیت نقل و اسقاط را دارد و هم با موت منتقل می‌شود، مانند حق خیار، حق قصاص، حق رهانه، حق تحجیر، حق شرط و ...

۵. «ما یجوز إسقاطه و نقله لا بعوض»؛ حقوقی که اسقاط و نقل آن بدون عوض جایز است، مانند حق قَسَم که زوجه حق هم‌خوابی خودش را می‌تواند اسقاط کند یا به زوج بدون عوض منتقل کند.^۳

۲. خلاصه‌ی فرمایشات حضرت استاد دام‌ظله در کتاب غیبت چنین است:

در فرضی که معتاب بافتح راضی باشد، مسأله دو صورت دارد:

۱. معتاب بافتح راضی است، اما در عین حال ناراحت هم می‌شود؛ در این صورت می‌گوییم: چون موضوع غیبت یعنی «کشف عما ستره الله» باقی است، وجهی برای سقوط حرمت غیبت نیست.

و اگر کسی بگوید با رضایت، وجوب استحلال از غیبت ساقط می‌شود، می‌گوییم: از آن‌جا که روایات دال بر وجوب استحلال از لحاظ سند یا دلالت ناتمام است، پس وجوب استحلال برای ما ثابت نمی‌شود تا از این طریق بگوییم با رضایت، حرمت غیبت ساقط می‌شود، علاوه بر این که اسقاط هر حقی جایز نیست و حتی می‌توان گفت در برخی موارد ابراز رضایت ذی‌الحق جایز نیست؛ چون موجب ذلت و حطّ شأن او می‌شود.

۲. رضایت معتاب بافتح کاملاً از طیب خاطر باشد و با غیبت، ناراحت نشود؛ در این صورت می‌گوییم: چون اطلاقی در مورد غیبت نداریم، باید به قدر متیقن آن اخذ کنیم و از آن‌جا که بسیاری از لغویین در تعریف غیبت گفته‌اند «ذکرک أخاک بما یسوءه» یا «أن یذکر الانسان خلفه بما یسوءه»؛ یعنی ذکری که طرف مقابل را ناراحت کند، در این‌جا چون معتاب بافتح ناراحت نمی‌شود، پس قول به حرمت غیبت در این فرض مشکل است، هرچند احتیاط در ترک آن است.

برای مطالعه‌ی بیشتر رجوع شود به مقالات فقهی (۳)، ص ۴۹۵.

۳. البته روایت صحیح‌های 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: «و [مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الْعَلَوِيِّ عَنْ الْعُمَرِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أُخْبِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا لِيَلْتِي وَ يَوْمِي لَكَ يَوْمًا أَوْ شَهْرًا أَوْ مَا كَانَ أَوْ يَجُوزُ ذَلِكَ قَالَ إِذَا طَابَتْ نَفْسُهَا وَ اشْتَرَى ذَلِكَ مِنْهَا فَلَا بَأْسَ.

٦. «ما هو محلّ الشكّ في صحّة الإسقاط أو النّقل أو الانتقال»؛ حقوقى كه درصحت اسقاط و نقل و انتقال آن شك داریم، مانند حق رجوع در عدّهى رجعيه، حق نفقهى أقارب - غير از زوجه - مثل ابوين و اولاد، حق فسخ به عيوب در نكاح، حق سبق در امامت جماعت برای امام راتب، حق عزل در وكالت، حق رجوع در هبه و

مرحوم سيد اين تقسيم‌بندى را براساس بعضى فتاوا انجام داده‌اند، اما اين كه اين تقسيم‌بندى درست است يا نه، بايد در جاي خود با بررسى ادله‌ى هر يك از اين حقوق و يا با رجوع به ساير امارات، آن را مشخص كرد و ما الآن درصدد بيان آن نيستيم. مهم بررسى مسأله در صورت شك در قابليت اسقاط و نقل است.^٤

و رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ.

✓ همان، ح ١، ص ٣٤٣ و الكافي، ج ٥، ص ٤٠٣:

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 عليه السلام فِي حَدِيثٍ: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَهَا مَا لِلْمَرْأَةِ مِنَ النَّفَقَةِ وَالْقِسْمَةِ 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 لَأَبْسَ بِهِ.

٤. حاشية المكاسب (للبيزدي)، ج ١، ص ٥٦:

و أما الحقوق فهي بحسب صحّة الإسقاط و النّقل بعوض أو بلا عوض و الانتقال القهرى يارث 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 بالزوجة و حقّ السّبق في 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 باهانة أو ضرب أو نحو ذلك بناء على وجوب إرضاء صاحبه و عدم كفاية التوبة و منها ما ينتقل بالموت و يجوز إسقاطه و لا يصحّ نقله كحقّ الشفعة على وجه و منها ما يصحّ نقله و إسقاطه و ينتقل بالموت أيضا كحقّ الخيار و حقّ القصاص و حقّ الرّهانة و حقّ التحجير و حقّ الشّروط و نحو ذلك و منها ما يجوز إسقاطه و نقله لا بعوض كحقّ القسم على ما ذكره جماعة كالعلامة في القواعد على ما حكى عنه و الشّهيد في اللمعة حيث قال و لا يصحّ الاعتياض عن القسم بشيء من المال و حكى عن الشيخ أيضا و لكن فيه ما لا يخفى فإنّه مضافا إلى ورود النصّ به كخبر على بن جعفر المتقدّم لا وجه له إلّا دعوى أنّ المعوّض و هو كون الرّجل عندها أعنى عند الموهوبة و هي الضرة للواهبه ممّا لا يقابل بالمال و فيه منع واضح.

و منها ما هو محلّ الشكّ في صحّة الإسقاط أو النّقل أو الانتقال و عدّ من ذلك حقّ الرجوع في العدة الرجعية و حقّ النفقة في الأقارب كالأبوين و الأولاد و حقّ الفسخ بالعيوب في النكاح و حقّ السّبق في إمامة الجماعة و حقّ المطالبة في القرض و الوديعة و العادية و حقّ العزل في الوكالة و حقّ الرجوع في الهبة و حقّ الفسخ في سائر العقود الجائزة كالشركة و المضاربة و نحوهما إلى غير ذلك و أنت خبير بأن جملة من ذلك من باب الحكم.

ثمّ إنّ تحقيق الحال في كلّ واحد من هذه المذكورات و أمثالها موكل إلى باب و الذى يناسب المقام بيان مقتضى القاعدة فى ما لم يثبت من الخارج جواز إسقاطه أو نقله فنقول لا يخفى أنّ طبع الحقّ يقتضى جواز إسقاطه و نقله لأنّ المفروض كون صاحبه مالكا للأمر و مسلطا عليه فالمنع إمّا تعدى أو من جهة قصور فى كفيته بحسب الجعل و الأوّل واضح و الثانى كأن يكون الحقّ متوقفا بشخص خاصّ أو عنوان خاصّ كحقّ التولية فى الوقف و حقّ الوصاية و نحوهما فإنّ الواقف أو الموصى جعل الشّخص الخاصّ من حيث إنّّه خاصّ موردا للحقّ فلا يتعدى عنه و كولاية الحاكم فإنّها مختصة بعنوان خاصّ لا يمكن التعدى عنه إلى عنوان آخر و مثل حقّ المضاجعة بالنسبة إلى غير الزوج و الزوجة و كحقّ الشفعة بالنسبة إلى غير

شک در قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال حقوق

اگر شک کردیم آیا حقی قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال را دارد، در این صورت می‌گوییم:

اگر این حق مستفاد از دلیلی باشد که دارای اطلاق است، عند الشک می‌توان به اطلاق دلیل ثبوت حق حتی بعد از اسقاط یا نقل و انتقال و نیز بعد از موت تمسک کرده و بگوییم حق هنوز باقی است.

اما اگر دلیل اثبات حق اطلاق نداشت و دلیل دیگری هم وجود نداشت، لامحاله می‌توان استصحاب عدم تأثیر اسقاط، استصحاب عدم تأثیر نقل و انتقال و استصحاب عدم تأثیر موت در انتقال را جاری کرد - که استصحاب سببی است - و بعد از آن نیز می‌توان استصحاب بقاء حق - که استصحاب مسببی است - را جاری کرد و در نتیجه حکم به بقاء حق کرد.

ولی مهم بررسی این مسأله است که اگر حقی، عرفی و عقلایی نیز بود و در نظر عرف قابل نقل بود و عنوان یا شخص هم مقوم موضوع نبود و منع تعبدی هم وجود نداشت، آیا می‌توان با تمسک به اطلاقات و عمومات، قابلیت نقل را شرعاً برای آن اثبات کرد یا نه؟

جواد احمدی

الشَّریک و هكذا فإنَّ شکَّ فی کون شیءٍ حقاً أو حکماً فلا یجوز إسقاطه ولا نقله و إن علم کونه حقاً و علم المنع التَّعبدی أو کون الشَّخص أو العنوان مقوماً فلا إشکال أیضاً.

و إن شکَّ فی المنع فمقتضى العمومات صحَّة التَّصرفات فیهِ و کذا إن شکَّ فی کون الشَّخص أو النَّوع مقوماً بحسب الجعل الشَّرعی بعد إحراز القابلیَّة بحسب العرف بحیث یكون الشَّخص مورداً عندهم لا مقوماً فإنَّ مقتضى العمومات من قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و قوله ع الصَّلح جائز و المؤمنون عند شروطهم بل فحوى قوله ع النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ و نحو ذلك صحَّة التَّصرفات فیهِ بعد فرض صدق عناوینها نعم مع الشک فی إحراز القابلیَّة العرفیَّة بحیث یرجع إلى الشَّک فی صدقها لا یمكن التَّمسک بها.