**درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری**

**جلسه 041– 14 /09/ 1400 حق الماره /وجود حق مالی دیگر به جز زکات /زکات**

**خلاصه مباحث گذشته:**

متن خلاصه ...

## حق یا حکم بودن جواز اکل المارّه

بحث این است که آیا جواز اکل مارّه از ثمره، حق است یا حکم؟

علما معمولا بحث حق و حکم را ذیل تعریف مرحوم شیخ از بیع، مطرح کرده و تفاوت هایی بین حق و ملک و حق و حکم را بیان کردند. مرحوم آقای خویی در مصباح الفقاهه، تنقیح و محاضرات، فرق بین حق و حکم را فرق ماهوی نمی داند هر چند بین احکام آنها تفاوت وجود داشته باشد. البته مهم به نظر نمی رسد که فرق بین حق و حکم را فرق ماهوی بدانیم یا نه؟ این مطالب صرفا اموری لفظی است که پرداختن به آنها مهم نیست. مرحوم امام در کتاب بیع برخی از موارد را حق ندانسته و اعتبارات مستقل می دانند. ایشان برای حق معنای خاصی قائل هستند. اما باید از مباحث لفظی و اصطلاحات عبور کرد و مباحث محتوایی را مطرح کرد. در حالی که برخی از تفاوت های تعبیری بین بزرگان، تفاوت محتوایی نیست و صرفا لفظی است.

مرحوم آقای خویی به تبع مرحوم نائینی در بحث جواز جعل خیار در قراردادها، تفاوت بین حق و حکم را مطرح کردند. ایشان در این بحث بیان کردند: لزوم گاهی حقی و گاهی حکمی است. اگر لزوم حقی باشد، جعل خیار صحیح است ولی اگر لزوم حکمی باشد، جعل خیار صحیح نیست. ایشان به تناسب، بسیاری از تفاوت های بین حق و حکم را در همین بحث مطرح کردند.

بنده آدرس مباحث مطرح در ابتدای بیع را نقل نمی کنم زیرا یافتن آنها آسان است و با رجوع به مکاسب مرحوم شیخ و حواشی آن در تعریف بیع، می توان به آسانی آدرس این مباحث را پیدا کرد. مرحوم اصفهانی نیز رساله ای در فرق بین حق و حکم دارد که می توان به این رساله مستقل رجوع کرد. به همین دلیل تنها آدرس مواردی که در آنها لزوم به دو قسم حقی و حکم تقسیم شده را مطابق چاپ موجود در برنامه جامع فقه بیان می کنم:

المکاسب و البیع للمیرزا النائینی ج 1 ص 225 تا 230 و ص 262 و 264، منیه الطالب ج 1 ص 64 و ج 2 ص 40 و 62، نهج الفقاهه ص 51، القواعد الفقهیه للبجنوردی ج 5 ص 21 و 196، جامع المدارک ج 3 ص 72 و 153، مبانی العروه ج 2 ص 272، المستند فی شرح العروه کتاب اجاره ص 112، مصباح الفقاهه ج 6 ص 202 و ج 7 ص 409، موسوعه الامام الخویی ج 23 ص 76 و ج 30 ص 108 و ج 31 ص 513، فقه الصادق علیه السلام ج 15 ص 263 و ج 17 ص 124 و 289، منهاج الفقاهه ج 3 ص 103 و ج 5 ص 337 و 391 و ج 6 ص 353،

در مواضع دیگری غیر از بحث لزوم، فرق بین حقی و حکمی مطرح شده است:

حاشیه مکاسب ایروانی ج 2 ص 28، حاشیه مرحوم مظفر بر مکاسب ج 2 ص 33، مبانی العروه الوثقی ج 1 ص 102، مصباح الفقاهه ج 7 ص 38، موسوعه الامام الخویی ج 23 ص 76 و ج 31 ص 75، فقه العقود ج 1 ص 137، مبانی منهاج الصالحین ج 8 ص 3، فقه الصادق علیه السلام ج 15 ص 275، منهاج الفقاهه ج 3 ص 119

در بحث تقسیم لزوم به حقی و حکمی، مرحوم نائینی ضابطه ای برای تشخیص لزوم حقی و حکمی دارند که آیت الله والد به تناسبی در نکاح وارد بحث از آن شدند. عبارت نائینی این است:

كلّ لزوم نشأ من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فهو حقّي و كلّ ما نشأ من لزوم نفس العنوان فهو حكميّ[[1]](#footnote-1)

آیت الله والد در نکاح ج 10 درس های شماره 384 و 385 و 387 و 388 ص 3584 تا 3614 مطرح شده و مورد مناقشه قرار گرفته است. البته بیشتر مناقشات ایشان محوری نیست که برای بحث ما مناسب باشد. محور اصلی بحث ایشان معنای «اوفوا بالعقود» و تفسیر آن است. بحث حق و حکم در این مواضع از کتاب نکاح آیت الله والد نیز اشاره شده است: ج 1 ص 66 و ج 8 ص 2638 و 2650 و ج 19 ص 6085.

همانگونه که بیان شد، به جای آنکه مباحث را به بحث های لفظی متوقف کنیم، باید آثار حق و حکم را مجزا مورد بررسی قرار داد که چگونه می توان تشخیص داد جواز این آثار را دارد یا نه؟ زیرا لفظ حق در روایات وارد نشده که معنای آن را بررسی کنیم و اهمیت ندارد بررسی کنیم معنای اصطلاحی حق در کلمات علما چیست.

### آثار و احکام مورد بحث در حق و حکم

بیان شده: حق – و لو فی بعض الموارد - چند خاصیت دارد:

1. حق قابلیت اسقاط است.
2. حق قابلیت نقل است.
3. حق قابلیت انتقال قهری با ارث دارد.

باید در هر جایزی بحث کرد که آیا من یجوز له می تواند این جواز را اسقاط کند؟ آیا من یجوز له می تواند آن را نقل دهد؟ از من یجوز له قهرا به دیگری منتقل می شود؟ چه بر این جواز، حق اطلاق شود چه نشود.

بحث اصلی این است که آیا ضابطه اثباتی و روشی وجود دارد که در صورت شک در قابلیت اسقاط یا نقل یا انتقال جواز، حکم را روشن کند؟ و در صورت شک، مقتضای اصل عملی چیست؟

آقای حائری در فقه العقود بحث حق و حکم و ملک را مفصّل بحث کردند که قابلیت دارد محور مباحث قرار گیرد و برخی از نکات ایشان درباره ضابطه اثباتی را مورد اشاره قرار می دهیم. به نظرم برخی از ضوابط اثباتی در کلام آیت الله والد وجود دارد که پس از پیدا کردن کلام ایشان، مستقیم به آنها آدرس داده خواهد شد تا خطای حافظه رخ ندهد.

### تقسیم بندی مباحث حق و حکم

در اینجا به تقسیم بندی بحث حق و حکم اشاره می شود.

نسبت به قابلیت اسقاط حق، گاه اصل حق در معامله طرفینی ایجاد شده و من له الحق، می تواند حق را اسقاط کند مثل خیار مجعول که صلاحیت اسقاط توسط ذو الخیار را دارد. گاه حق ایجاد شده در معامله می تواند به تقایل دو طرف قرارداد اسقاط شود.

نسبت به قابلیت نقل حق، گاهی قابلیت نقل به عوض دارد و گاه قابلیت نقل بدون عوض دارد. مثل حق قسم که زن می تواند حق خود را به هوو منتقل کند اما نمی تواند در مقابل آن پول بگیرد. مرحوم آقای نائینی حق قسم را حق قابل نقل بدون عوض دانسته که آقای حائری بیان کرده: وجه عدم جواز گرفتن پول روشن نیست. بر خلاف حق تحجیر که حق قابل نقل با عوض است.

قابلیت نقل یک تقسیم بندی دیگری نیز دارد. گاهی قابلیت نقل به هر کسی دارد مثل حق تحجیر و گاهی قابلیت نقل به شخص خاصی دارد مثل حق قسم و همخوابگی که تنها می توان آن را به هوو واگذار کرد. اینجا مرحوم امام[[2]](#footnote-2) بحث خوبی دارند که آقای حائری[[3]](#footnote-3) نیز پذیرفته است. ایشان - به تعبیر بنده - فرموده: در مثال حق قسم، بین مصبّ حق و من له الحق، خلط شده است. حق هم خوابی را می توان به تمام اشخاص واگذار کرد و من له الحق اختصاص به شخص خاصی ندارد اما کسی که می تواند هم خوابه باشد تنها همسر است. پس یک بحث این است که چه کسی می تواند هم خوابه شود و بحث دیگر اینکه تعیین هم خوابگی با چه کسی است؟ امکان دارد شخص ثالثی حق داشته باشد که تعیین کند شوهر امشب پیش چه کسی باشد. در نتیجه مصبّ حق همخوابگی هوو است ولی ذو الحق اختیار تعیین دارد. چنانچه در حرمسراهای شاهان خواجه سراهایی بودند که تعیین می کردند امشب شاه با چه کسی باشد؟ مثل آنکه خود زن ها اختیار را به شخص خاصی واگذار کنند تا بین آنها اختلاف ایجاد نشود.

این خلط در خیلی از مباحث مسیر بحث حق را تغییر داده است.

### نحوه تشخیص ترتب آثار

به هر حال باید در این محور بحث کرد که نحوه تشخیص قابلیت اسقاط، نقل و انتقال قهری بالارث به چه شکل است؟

شهید صدر قوام حق را به قابلیت اسقاط می داند و بحث را درباره قابلیت اسقاط دنبال می کند. با توجه به بحثی که بیان شد، به دنبال بحث از کلمه حق نیستیم و سوال اصلی این است که قابلیت اسقاط در کدام امور وجود دارد چه اسم آن حق گذاشته شود یا نه و چه مقوّم حق را قابلیت اسقاط بدانیم یا نه؟

#### چگونگی تشخیص قابلیت اسقاط در دیدگاه شهید صدر

شهید صدر مطابق نقل آقای حائری[[4]](#footnote-4) برای تشخیص قابلیت اسقاط، سه مسیر را بیان کرده است:

1. با مراجعه به شرع تمام موارد قابلیت اسقاط را لیست کنیم و جامعی بین این موارد به دست آوریم. ایشان بیان می کند: این راه تنها نسبت به مواردی که استقصا شده، کار ساز است و در مقام استنباط مفید نیست و تنها برای تعلیم درست خوب است تا افراد بهتر بتوانند موارد جایز الاسقاط را از موارد غیر جایز الاسقاط جدا کنند. مانند نون یرملون که رمزهایی تولید شده ای است تا بهتر بتوان آنها را حفظ کرد اما این کار مطلب جدیدی به ما اضافه نمی کند و تنها برای حفظِ بهتر است.
2. از طریق استقصای این موارد ضابطه ای استنباط کنیم که حکم سایر موارد با توجه به این ضابطه روشن شود. این مطلب در صورتی صحیح است که یقین آور باشد ولی نوعا موجب یقین نیست به خصوص اگر چند مورد استثناء وجود داشته باشد که ضابطه خراب می شود. پس عملا این ضابطه بر اساس استقراء ناقص غیر مفید به اطمینان یا یقین استوار است.
3. به مرتکزات و تشریعات عقلایی با قطع نظر از احکام شرعی، مراجعه کنیم و با توجه به آن ضابطه های عقلایی را استخراج کنیم. اعتبار شرعی این ضابطه های عقلایی به چند وجه ممکن است:
4. طریق اول این است که از طریق عدم ردع به اعتبار آنها دست یابیم به این بیان که عدم ردع شارع کاشف از امضای آنهاست.
5. طریق دوم این است که به انصراف ادله تشریع به ارتکازات عقلایی رجوع کنیم به این بیان که ارتکازات عقلایی در توسعه و تضییق ادله شرعی اثر گذار است.

در توضیح باید گفت: برخی از قیود موجود در ادله از باب مثال فهمیده می شود و ارتکاز عقلایی باعث توسعه می شود. مانند رجل در «رجل شک بین الثلاث و الاربع» که این حکم اختصاص به رجل ندارد زیرا ارتکازات عقلایی در شک بین مرد و زن تفاوت نمی گذارد. اما در برخی دیگر از احکام مثل «یجب علی الرجل الجهاد» از قید رجل الغای خصوصیت نمی شود زیرا در ارتکاز عقلایی بین مرد و زن در جهاد تفاوت وجود دارد. در برخی از موارد، ارتکاز عقلایی باعث تضییق است مثل «لا یجب علی المریض الصوم» که ارتکاز عقلایی باعث می شود عدم وجوب روزه نسبت مریضی که روزه برای او مفید است، ثابت نباشد. ارتکاز عقلایی این است که عدم وجوب روزه بر مریض، به مناط لطف و منت بر شخص است و از باب «یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر» است و همین محکّم بر ادله می شود.

این نکته نیازمند ضمیمه است که گاهی ظهورات ناشی از مرتکزات و تشریعات عقلایی است اما این مطلب عمومیت ندارد و برخی از موارد عقلا در طول سایر جعل های شرعی، ارتکازاتی پیدا می کنند. مثلا فرق بین نماز و حج، بیش از آنکه جنبه عقلایی داشته باشد جنبه شرعی دارد. به این صورت که عقلا از اینکه شارع نماز را برای همه واجب کرده، از رجل که در احکام مربوط به نماز وارد شده، الغای خصوصیت می کنند و از اینکه شارع جهاد را برای همه واجب نکرده، از رجل که در احکام جهاد وجود دارد الغای خصوصیت نمی کنند. پس ارتکازات عقلایی گاهی در طول احکام شرعی است و گاهی به جهت ارتکازات عقلایی در مشابهات است. الغای خصوصیت و عدم آن را مثال نماز و جهاد را می توان با تحلیل ارتکاز عقلایی مستقل نیز تبیین کرد به این صورت که نماز و جهاد مشابهاتی عقلایی نیز دارند که عبادت موجود بین عقلا اختصاصی به مرد ندارد و بین عقلا جنگ هایی وجود که امکان دارد مقدّس نباشد، اما مسئول این پیکارها را مردها می دانند. در نتیجه، گاهی ارتکازات عقلایی در مشابهات عقلایی باعث توسعه و تضییق در حکم شرعی می شود مانند عبادات عقلایی که شبیه نماز است و پیکارهای عقلایی که مشابه جهاد است و گاهی ارتکازات عقلایی که در طول مشابهات شرعی ایجاد شده، باعث توسعه و تضییق حکم می شود. امکان دارد در صورت نبود ادله شرعی، عقلا بین نماز و حج تفاوت قائل باشند و از رجل در ادله نماز الغای خصوصیت کنند بر خلاف رجل در ادله حج که از آن الغای خصوصیت نمی کنند. اما با توجه به اینکه شارع در حجِ واجب بین زن و مرد تفاوت قائل نشده و حتی اجازه مرد را لازم ندانسته، ارتکاز عقلایی در طول این احکام ایجاد می شود که حداقل در حجه الاسلام بین زن و مرد تفاوت وجود ندارد. این ارتکاز عقلایی در فهم توسعه و تضییق ادله تأثیر گذار است.

شهید صدر این امور را توضیح نداده و به نظر می رسد ایشان این مطالب را قبول دارد که ارتکاز عقلایی گاهی در طول مرتکزات شرعی است و گاهی در عرض مرتکزات شرعی است و هر دو در فهم ادله اثر گذار است زیرا درک عرف از ظهورات اعتبار دارد که این درک عرفی می تواند ناشی از ارتکازات عقلایی در طول شرع باشد و می تواند ناشی از ارتکازات عقلایی مستقل باشد.

شهید صدر می فرماید: حق بودن خیار به این معناست که صاحب خیار می تواند آن را اسقاط کند و حکم بودن به این معناست که صاحب خیار نمی تواند آن را اسقاط کند. امکان دارد گفته شود ارتکاز عقلا برای دلیل خیار ظهوری برای بعد از اسقاط نمی بیند و عقلا برای ادله اثبات خیار اطلاق احوالی برای بعد از اسقاط ذو الخیار قائل نیست. پس این ادله هر چند ذاتا اطلاق دارند اما با توجه به این ارتکاز عقلایی، ظهور دلیل مضیّق می شود. ایشان در ادامه می فرماید: نهایت این مطلب این است که اطلاقات ادله شامل بعد از اسقاط نیست اما اطلاقات ادله خیار بعد از تقیید به واسطه ارتکاز عقلایی، دلیل بر این نیست که بعد از اسقاط، خیار ساقط می شود و صرفا دلیل خیار ساکت است و باید به سایر ادله و قواعد رجوع کرد.

به نظر می رسد، هر چند امکان دارد سخن شهید صدر در خصوص خیار صحیح باشد، اما این مطلب به صورت کلی صحیح نیست زیرا تحکیم ظهور بر دو قسم است:

* گاهی اطلاقات صرفا مضیّق می شود بدون آنکه مفهوم داشته باشد. به این صورت که ارتکاز عقلایی باعث ایجاد قدر متیقّن در دلیل می شود.
* گاهی اطلاقات مفهوم نیز پیدا می کنند به این صورت که ارتکاز عقلایی باعث ایجاد مفهوم برای دلیل می شود.

هر چند در خصوص خیار سخن ایشان ممکن است صحیح باشد اما این مطلب کلیت ندارد و امکان دارد با توجه به ارتکازات عقلایی، دلیل ظهور در مفهوم پیدا کند.

1. طریق سومی که شهید صدر بیان کرده را در جلسه آینده بررسی می کنیم. ایشان با تمسک به اخبار خاصه به دنبال اثبات قابلیت اسقاط هستند.

ما تنها ضابطه های اثباتی که ایشان مطرح کردند را دنبال می کنیم و وارد بحث از تمام زوایای مطرح شده در کلام ایشان نمی شویم. ایشان در ادامه وارد بحث از ضابطه اثباتی می شوند که چه نکته عقلایی وجود دارد که حق را قابل اسقاط را می داند یا حق را قابل نقل می داند یا حق را قابل انتقال می داند.

این بحث مفید است و می توان با توجه به آن، به ادله جواز اکل مارّه رجوع کنیم که آیا جواز حقی است یا حکمی است؟

1. منیه الطالب، ج 2، ص: 56 [↑](#footnote-ref-1)
2. کتاب البیع، ج 1، ص: 48 [↑](#footnote-ref-2)
3. فقه العقود، ج1، ص: 127 [↑](#footnote-ref-3)
4. فقه العقود، ج1، ص: 134 [↑](#footnote-ref-4)