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

**جلسه 042– 15 /09/ 1400 حق الماره /وجود حق مالی دیگر به جز زکات /زکات**

**خلاصه مباحث گذشته:**

متن خلاصه ...

## ضابطه تشخیص حق از حکم

استاد ما آقای حائری[[1]](#footnote-1) از مرحوم شهید صدر تمییز بین حق و حکم را به این شکل نقل می کند که حق لدی العقلاء چیزی است که قابل اسقاط باشد بر خلاف حکم که قابل اسقاط نیست. ایشان ضابطه را به سه شکل تصویر کرده است:

1. امور قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط را در شرع تفحّص کنیم و جامع بین آنها را به دست آوریم. این کار ارزش استنباطی ندارد و تنها ارزش تعلیمی دارد که بهتر مطالب را درک کنیم و به دیگران آموزش دهیم.
2. از موارد قابل اسقاط، نکته مشترکی را استنباط کنیم و در مواردی که شک در قابلیت اسقاط داریم، با توجه به این نکته حکم کنیم. این مطلب مبتنی بر آن است که نکته مشترک به شکل قطعی استخراج شود و ظنی بودن فایده بخش نیست. نوعا نیز قطع حاصل نمی شود به خصوص در جایی که یک یا چند مورد نقض وجود داشته باشد.
3. نکته مشترک و ضابطه عقلایی را به دست آوریم و از راه این نکته مشترک، ضابطه شرعی را به دست آوریم.

اعتبار شرعی نکته مشترک عقلایی به سه شکل است:

1. شکل اول این است که مانند تمام سیره های عقلایی، از عدم ردع امضا را اثبات کنیم.
2. شکل دوم این است که با توجه به ارتکاز عقلایی، ظهور سازی حاصل شود مثل حق خیار که نزد عقلا حق قابل اسقاط است. این ارتکاز عقلایی باعث می شود اطلاق ادله اولیه مثبت خیار، نسبت به بعد از اسقاط ذو الخیار عمومیت نداشته باشد. این مدل اشکال دارد زیرا نهایت می توان اطلاق را نسبت به بعد الاسقاط مضیّق کرد و نتیجه آن سکوت دلیل نسبت به بعد از اسقاط است و ممکن است خیار وجود داشته باشد یا نداشته باشد. در این فرض، باید برای وجود خیار یا عدم خیار بعد از اسقاط ذوالخیار، به قواعد عامه رجوع کرد.

در جلسه قبل این اشکال طرح شد که ارتکازات عقلایی گاهی صرفا ثبوت خیار را قبل از اسقاط ثابت می کند و گاهی ارتکاز عقلایی هم جنبه منطوقی دارد و هم جنبه مفهومی دارد. به این معنا که ارتکاز عقلایی بر وجود خیار قبل از اسقاط و عدم وجود خیار بعد از اسقاط است و نتیجه تحکیم ارتکاز عقلایی بر اطلاق دلیل خیار، اثبات مفهوم برای آن است. نتیجه این تحکیم این است که خیار قبل از اسقاط وجود دارد و بعد از اسقاطِ ذی الخیار موجود نیست. پس همین ظهور برای عدم ثبوت خیار بعد از اسقاط ذی الخیار کافی است.

### نکته مشترک در مثال خیار

شهید صدر خیار را مثال زده برای اینکه نکته مشترک عقلایی وجود دارد که منشأ تقیید ظهورات ادله می شود. چه نکته مشترکی وجود دارد در حالی که مثال ایشان خصوص خیار است؟

شاید مراد ایشان این باشد که قانون عقلایی عام وجود دارد که تمام خیارها اسقاط پذیر است حتی در خیاراتی که ریشه عقلایی ندارد و شرع آنها را ایجاد کرده است مانند خیار مجلس و خیار حیوان. پس از ارتکاز عقلایی این قانون عام به دست می آید که «کل خیار فی المعامله فهو قابل للاسقاط» و این قانون عام بر ادله خیارات و لو خیارات تأسیسی شرعی محکّم می شود.

اما این سوال وجود دارد که آیا چنین قانون عامی وجود دارد؟ هر چند در خیارات عقلایی مانند خیار غبن و تدلیس این قانون وجود دارد و در صورتی که مغبون و کسی که به واسطه تدلیس متضرّر شده حق خود را اسقاط کنند، دیگر خیار وجود ندارد اما چنین قانون عامی وجود ندارد که «کل خیار فی المعامله فهو قابل للاسقاط».

بله امکان دارد به بیانی دیگر این مطلب تقریب شود که بسیاری از مواقع اموری وجود دارد که متکلّم حکم را بیان نمی کند و حکم آن را به مشابه عقلایی آن واگذار می کند. مرحوم آقای حکیم در بحث مطهّرات این بحث را دارند که ادله وارد شده در مطهّرات، پاک بودن مطهِّر را شرط نکرده است اما همین که در مطهّرات عقلایی تنها شیء طاهر می تواند مطهّر باشد، منشأ می شود از ادله شرعیه، اشتراط طهارت مطهّر برداشت شود.[[2]](#footnote-2)

باید به این نکته توجه داشت که اشتراط به دو شکل قابل اثبات است:

* یک شکل در صورتی که متکلّم در مقام بیان ویژگی های مطهّر باشد. مثلا در «اغسل بالماء» در مقام بیان شرایط آبی که یغسل به است، باشد. در این فرض، اطلاق دلیل اقتضا می کند که آب چه پاک باشد و چه نجس باشد، در مقام تطهیر کفایت کند. اما ارتکاز عقلایی، اطلاق لفظی دلیل را مقیّد می کند.
* شکل دیگر که مرحوم آقای حکیم معمولا اینگونه بیان می کنند، این است که «اغتسل بالماء» در مقام بیان طاهر بودن یا نبودن آب مطهّر نیست. اما متکلّم باید تا وقت عمل بیان کند که آیا با هر آبی غسل صحیح است یا نه؟ اگر هیچ گونه ارتکاز عقلایی وجود نداشته باشد، دلیل منصرف به این است که چه آب پاک باشد و چه نجس باشد، تطهیر صورت می گیرد. اما در صورتی که ارتکاز عقلایی وجود داشته باشد، متکلّم می تواند به ارتکاز عقلایی شرطیه الطهاره فی المطهّرات العقلایی برای افهام شرطیه الطهاره فی المطهّرات الشرعی اکتفا کند. آقای حکیم این نوع استظهار را اطلاق مقامی می نامند. گاهی اوقات اطلاق مقامی منشأ می شود، دلیل به شکل خاصی مضیّق شود و باید دید وجه اطلاق چیست؟ اگر نکته عقلایی وجود داشته باشد، اطلاق به این نکته عقلایی انصراف پیدا می کند. مرحوم آقای حکیم[[3]](#footnote-3) در بحث غسل حائض می فرماید: دلیل «الحائض تغتسل» در مقام بیان شرایط غسل نیست ولی باید متکلّم نحوه غسل حائض را بیان کند. سکوت متکلّم می تواند به این معنا باشد که حکم این را به مرتکز یا مشابه ارجاع داده است. چون غسل جنابت غسل معهود و متکرّر است، متکلّم شرایط غسل حیض را به همین غسل معهود و متکرّر ارجاع می دهد. پس «تغتسل الحائض» در مقام بیان شرایط غسل نیست و به همین دلیل اطلاق لفظی برای آن شکل نگرفته تا ایکال به معهود مضیّق باشد بلکه ایکال به معهود نحوه اطلاق مقامی را مشخّص می کند. گاهی اوقات نیز به معهود عقلایی ایکال شده است.

در مورد بحث ممکن است گفته شود: خیارات عقلایی در میان عقلا وجود دارد مثل غبن و تدلیس، این خیارات به نحو حقی جعل شده اند و قابلیت اسقاط دارند. ظهور دلیل جعل خیار شرعی این است که به مشابهات عقلایی ایکال شده است و نحوه جعل خیار به همان نحو مشابهات عقلایی است. حال اگر ادله خیار اطلاق لفظی داشته باشد، ایکال به مشابهات عرفی تضییق کننده اطلاق لفظی است و اگر اطلاق لفظی نداشته باشد، نحوه اطلاق مقامی با این ایکال شکل می گیرد.

این مطلب وابسته به این است که بتوان اثبات کرد مشابهت بین خیار شرعی و خیار عقلایی در حدّی است که بتوان برای حکم خیار شرعی به خیار عقلایی اکتفا کرد. در بسیاری از مواقع این مطلب صحیح است مانند نمازهای مستحبی که در دلیل آنها بیان نشده که شرایط نماز مستحبی چیست؟ هر چند شارع در دلیل جعل نماز مستحبّی در مقام بیان شرایط نیست اما عدم بیان شرایط، ظهور در این دارد که نماز مستحبی، مانند نماز صبح است و امر به دو رکعت نماز مستحبی به این معناست که این دو رکعت در احکام و شرایط و موانع مانند نماز صبح است و اگر تفاوت داشت، تفاوت ذکر می شد و در صورت عدم ذکر تفاوت، اصل اولی این است که مانند نماز صبح باشد.

قاعده اشتراک در احکام بین زن و مرد، غالبا بر اساس همین اطلاق مقامی است به این صورت که حکم مرد بیان شده و شرایطی برای عمل مرد بیان شده است. زن نیز مکلّف به همان عمل شده اما شرایط آن بیان نشده است. اطلاق مقامی دلیل به این معناست که به شرایط بیان شده برای مرد، اکتفا شده و عمل زن نیز همان شرایط را دارد.

بحث اطلاق مقامی نکات زیادی دارد که باید در جایگاه خود مطرح شود. در اینجا تنها بیان شد که ارتکاز می تواند در اطلاق لفظی تأثیر داشته باشد و آن را مقیّد کند و در صورتی که اطلاق لفظی وجود نداشته باشد، موجب شکل گیری اطلاق مقامی است.

مرحوم آقای خویی در موارد شک بین حق و حکم بودن، می فرماید: اگر دلیل خیار اطلاق داشته باشد و شامل ما بعد الاسقاط باشد، حکم بودن ثابت می شود و اگر اطلاق نداشته باشد، حق بودن ثابت می شود.

این مطلب صحیح است اما تصور بنده این است که نوعا ادله مثبت خیار، اطلاق لفظی ندارند و در مقام بیان ویژگی های خاصی مانند اسقاط نیست. مگر اینکه ارتکاز عقلایی وجود داشته باشد.

### رجوع به اخبار برای امضای ارتکاز عقلایی در تشخیص ضابطه بین حق و حکم

شهید صدر فرمود: اعتبار شرعی مرتکزات و تشریعات عقلایی را می توان به سه شکل اثبات کرد. شکل اول، احراز امضا از عدم ردع بود. شکل دوم، از طریق ظاهر ادله تشریعات و تحکیم ارتکازات بر ظاهر ادله تشریع که ایشان نپذیرفتند ولی ما بیان کردیم که گاهی تحکیم ارتکازات به نحو اثبات و نفی است و ثبوت العدم نیز نسبت به بعد الاسقاط داشته باشد. شکل سوم، رجوع به اخباری است که ظهور در امضا دارد. آقای حائری اینگونه از شهید صدر نقل کردند:

الثالث: الرجوع إلى الأخبار الظاهرة في الإمضاء كصحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «قلت له: رجل جنى إليّ أعفو عنه أو أرفعه إلى السلطان؟ قال: هو حقّك، إن عفوت عنه فحسن، و إن رفعته إلى الإمام فإنّما طلبت حقّك، و كيف لك بالإمام». فهذا ظاهر في ذكر الصغرى و الإحالة في الكبرى على الارتكاز العقلائيّ، فيدلّ على إمضائه بحدوده العقلائيّة.[[4]](#footnote-4)

#### اشکال اول: عدم ذکر ضابطه تشخیص حق از حکم در روایت

ارتباط روایتی که آقای حائری از شهید صدر نقل می کنند به بحث، روشن نیست. بحث این بود که ممکن است بین عقلا ضابطه کلی برای تشخیص آن چیزی که قابل اسقاط است از چیزی که قابل اسقاط نیست داشته باشیم و دلیل شرعی می تواند این ضابطه کلی عقلایی را امضا کرده باشد. سوال این است چه ضابطه کلی عقلایی وجود دارد که این روایت آن را امضا کرده است؟ این روایت نهایتا بیان می کند: حق قابل اسقاط است اما امضا کننده ضابطه امر قابل اسقاط از امر غیر قابل اسقاط نیست. قابل اسقاط بودن، مقوّم حق است چنانچه شهید صدر بیان کرد از نظر عقلایی هر حقّی قابل اسقاط است. این روایت نیز حداکثر بیان می کند چون حقّ است، قابل اسقاط است و «کل حق فهو قابل للاسقاط» در حالی که بحث ما این بود که ضابطه امر قابل اسقاط از امر غیر اسقاط چیست؟

به عبارتی دیگر، بحث این است که ضابطه ای بیان شود که کدام شیء قابل اسقاط است و کدام شیء قابل اسقاط نیست؟ و بحثی نیست که حق قابل اسقاط است و این روایت دالّ بر قابلیت اسقاط حق است. حداکثر مدلول روایت این است: «هو حقّ و کل حقّ قابل للاسقاط» و ضابطه ای برای تشخیص امر قابل اسقاط بیان نشده تا امام علیه السلام با این کلام آن را امضا کرده باشد. چه نکته مشترکی وجود دارد که با مراجعه با مرتکزات کشف شده و روایت امضا کننده این نکته مشترک است؟ در بحث خیار، نکته مشترک اینگونه تصویر شد که «کل خیار فی المعاملات فهو قابل للاسقاط» اما در این روایت، نکته مشترکی استظهار نمی شود.

#### اشکال دوم: عدم دلالت روایت بر قابل اسقاط بودن هر حقّی

به نظر می رسد، این روایت حتی بیانگر قاعده عام در قابلیت اسقاط هر حقّ نیست. در توضیح باید گفت: مجنی علیه حق قصاص و حق مطالبه دیه دارد. حق مطالبه دیه به این معناست که می تواند دیه بگیرد و می تواند نگیرد. سوال موجود در روایت از این نیست که شخص می تواند حق خود را بگیرد یا نه؟ سوال این است که «ارفعه الی السلطان» و امام علیه السلام می فرماید: عفو حق توست و اگر عفو نکنی باید از طریق رجوع به امام علیه السلام تحصیل حق کنی و «کیف لک بالامام» و سلطان امام نیست و از طریق رفع امر به سلطان نمی توانی حقت را مطالبه کنی. حق به معنای اختیار داشتن است که به دو شیء تعلّق می گیرد به این معنا که می تواند قصاص کند و می تواند قصاص نکند. پس عفو، اعمال حق است نه اسقاط حق به همین دلیل روایت ارتباطی به اسقاط ندارد.

نکته ای که منشأ غفلت شده این است که برخی از حقوق و اختیارات بدوی است. در بحث تخییر در خبرین متعارضین، تخییر بدوی و استمراری مطرح شده و ممکن است تخییر در قصاص نیز بدوی تصویر شود به این صورت که مجنی علیه حق قصاص و حق عفو دارد به طوری که بعد از عفو، اختیار خود را اعمال کرده و دیگر نمی تواند قصاص کند. پس چون اختیار او تنها بدوی است، با عفو از بین می رود. مانند خیار فوریّ که در صورت اعمال نشدن فوریّ، خیار ساقط می شود. علت این سقوط، اسقاط خیار نیست بلکه به علت مضیّق بودن خیار، اعمال نکردن آن در زمان مقرّر برای آن، باعث گذشت زمان خیار و سقوط آن می شود. پس ممکن است اختیار بین قصاص و عفو، بدوی باشد و بعد از عفو مجنی علیه، مطالبه قصاص یا دیه دیگر ممکن نباشد. باید دقت داشت: اختیار قصاص به تحقق خارجی قصاص است و شخص بعد از درخواست قصاص، می تواند از آن بگذرد. با این فرض، بعد از عفو دیگر حق قصاص ندارد زیرا اختیار بدوی بود و شخص با استفاده از حق بدوی خود، دیگر حقی ندارد تا بتواند از آن استفاده کند. هر چند در مقام اثبات این مطلب نیستیم اما بعید به نظر نمی رسد از نظر عقلایی، شخص پس از عفو دیگر حقّ مطالبه قصاص نداشته باشد.

خلاصه آنکه، حق مفروض در روایت دو طرف دارد: عفو و قصاص و عفو اعمال حقّ است نه اسقاط حقّ. در روایت بیان شده: تو اختیار داری عفو کنی و اختیار داری مطالبه قصاص کنی.

امکان دارد اینگونه تصویر شود که حق در قصاص به قصاص کردن و نکردن تعلّق می گیرد و قصاص نکردن غیر از عفو کردن است و حقّ شخص در قصاص، حقّ استمراری است و تا زمانی که شخص قصاص نکرده است، این حقّ موجود است. حتی اگر این مطلب پذیرفته شود، ممکن است گفته شود: شارع حق العفو را نیز جعل کرده و در صورتی حق قصاص وجود دارد که عفو نکرده باشد. پس حق عفو در این فرض نیز به معنای اسقاط حق قصاص نیست. بلکه شارع مقدّس حق قصاص را مضیّق به صورتی جعل کرده که شخص حق عفو را اعمال نکرده باشد. در نتیجه، امکان دارد گفته شود انشاء العفو، شبیه هبه لازمه یا ابراء است و این انشاء عفو دیگر قابل بازگشت نیست.

1. فقه العقود، ج 1، ص: 135 [↑](#footnote-ref-1)
2. [مستمسک العروه الوثقی، سید محسن حکیم، ج2، ص69.](http://lib.eshia.ir/10152/2/69/) [↑](#footnote-ref-2)
3. [مستمسک العروه الوثقی، سید محسن حکیم، ج3، ص464.](http://lib.eshia.ir/10152/3/464/) [↑](#footnote-ref-3)
4. فقه العقود، ج 1، ص: 135 [↑](#footnote-ref-4)