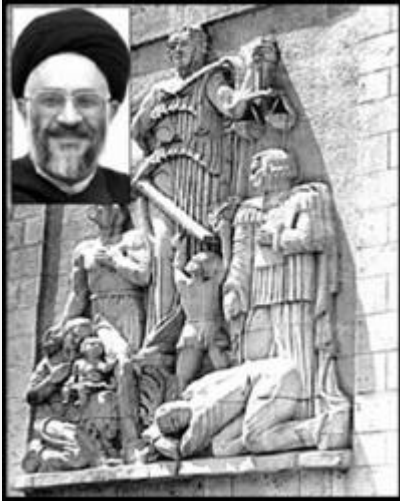


## مبانی و مفاهیم حقوق اسلامی

مجموعه‌ای از آرا و نظرهای مختلف که به منظور تفسیر و توضیح يك موضوع یا پدیده به شکل منظم در کنار یکدیگر قرار گیرند...



مجموعه‌ای از آرا و نظرهای مختلف که به منظور تفسیر و توضیح يك موضوع یا پدیده به شکل منظم در کنار یکدیگر قرار گیرند، نظریه عمومی<sup>1</sup>؛ تلقی می‌شود. نظریه حقوقی<sup>2</sup>؛ که معادل آن گاه<sup>3</sup>؛ تئوری حقوقی<sup>4</sup>؛ و گاه<sup>5</sup>؛ دکترین حقوقی<sup>6</sup>؛ است، مجموعه‌ای تنظیم شده و هماهنگ از اصول، قواعد و مفاهیم حقوقی با توجه به موضوعات یا حوزه‌های خاص حقوقی است؛ برای مثال<sup>7</sup>؛ نظریه عوض<sup>8</sup>؛ در حقوق قراردادها، یا<sup>9</sup>؛ نظریه جهت<sup>10</sup>؛ از جمله موضوعات خاص و<sup>11</sup>؛ نظریه قراردادها<sup>12</sup>؛ مربوط به حوزه خاص حقوقی است.

نظریه حقوقی با<sup>13</sup>؛ مسئله یا قاعده حقوقی<sup>14</sup>؛ تفاوت دارد. نظریه حقوقی<sup>15</sup>؛ يك مجموعه هماهنگ است که در آن، قضایا و مسائل مرتبط با هم به عنوان اصول توضیحی و توصیفی يك پدیده یا موضوع خاص مورد استفاده قرار می‌گیرد. در فقه، این اصطلاح به این معنا سابقه چندانی ندارد و چنان که در آثار دهه‌های اخیر دیده می‌شود، بی‌گمان وام گرفته از حقوق غربی است. آنچه در ادبیات فقهی سنتی وجود دارد که آن را می‌توان با این اصطلاح مقایسه کرد، دو اصطلاح است: یکی<sup>16</sup>؛ قواعد اصطیادی<sup>17</sup>؛ و دیگری<sup>18</sup>؛ الأشباه و النظائر<sup>19</sup>؛. مراد از<sup>20</sup>؛ قواعد اصطیادی<sup>21</sup>؛ آن دسته از قواعدی است که در متن دلیلی از ادله و منابع اولیه فقیه نیامده؛ ولی فقها از مقایسه میان موارد مختلف استخراج کرده‌اند؛ مانند قاعده<sup>22</sup>؛ ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده<sup>23</sup>؛. و مراد از<sup>24</sup>؛ الأشباه و النظائر<sup>25</sup>؛ دسته‌بندی احکامی است که در موارد مختلف با یکدیگر مشابهت دارند؛<sup>26</sup>؛ ولی جای تردیدی نیست که این دو اصطلاح نمی‌توانند با آنچه امروز از نظریه یا<sup>27</sup>؛ نظریه عمومی<sup>28</sup>؛ مراد می‌شود، برابری کنند، هرچند از جهاتی قابل مقایسه باشند. در فرق میان<sup>29</sup>؛ نظریه حقوقی<sup>30</sup>؛ با<sup>31</sup>؛ قاعده حقوقی<sup>32</sup>؛ گفته شده است که: <sup>33</sup>؛ قاعده<sup>34</sup>؛ را قانونگذار وضع می‌کند و<sup>35</sup>؛ نظریه<sup>36</sup>؛ را حقوقدان کشف می‌کند. این تفاوت با آنچه فقها برای تمییز میان<sup>37</sup>؛ قواعد فقهی اصلی<sup>38</sup>؛ با<sup>39</sup>؛ قواعد اصطیادی<sup>40</sup>؛ نهاده‌اند، همخوانی دارد؛ هرچند از وجوه تفارق نیز برخوردار است.

مسلم است که فقیهان در تبویب و توسعه فقه به نظریه‌پردازی دست یازیده‌اند؛ ولی علی‌الظاهر باید تصدیق کرد که معادل آنچه در ادبیات حقوقی معاصر به<sup>41</sup>؛ نظریه عمومی<sup>42</sup>؛ تعبیر می‌شود، در فقه سنتی به چشم نمی‌خورد؛ هرچند محتوای آن با تعابیر دیگر وجود دارد. بخش معاملات کتب فقهی از<sup>43</sup>؛ کتاب متأجر<sup>44</sup>؛ شروع می‌شود و هر يك از<sup>45</sup>؛ عقود معین نامدار<sup>46</sup>؛ تحت عنوان يك کتاب مورد بحث قرار می‌گیرد. در هر کتاب، فصولی برای عقد، متعاقدين و عوضین در عقود معاوضی و سرانجام احکام و آثار آن عقد خاص قرار داده می‌شود.

برخی از فقها، اعم از متقدمین و متأخرین، در کنار این روش به نگارش کتاب‌هایی در زمینه قواعد فقهی پرداخته‌اند؛ ولی تا سال‌های اخیر هیچ يك از آن بزرگواران کتابی در زمینه<sup>47</sup>؛ احکام کلی عقود<sup>48</sup>؛ که مشترک میان همه عقود باشد، تألیف نکرده است. در حقوق غربی، اصطلاح<sup>49</sup>؛ Theory of Contract<sup>50</sup>؛ (نظریه عقد) به این معناست. 3 نیز همه فقها مبحث خیار را در آخر بیع مطرح کرده‌اند؛ ولی در همان‌جا گفته شده که به جز سه خیار، سایر خیارها میان همه عقود مشترک‌اند. بنابراین<sup>51</sup>؛ خیار<sup>52</sup>؛ يك نظریه عمومی در عقود است.

در آینده خواهیم گفت که شیخ انصاری در مورد شروط به این نکته توجه داشته است. در آثار سایر فقیهان قبل از ایشان، شروط در لابه‌لای مباحث معاملات، به نحوی موردی یا در کتب قواعد فقه، به عنوان يك قاعده بحث می‌شده و ایشان در کتاب مکاسب تحت عنوان<sup>53</sup>؛ فصل فی الشروط<sup>54</sup>؛ این مبحث را به يك نظریه عمومی تبدیل کرده است.

## اصل آزادی یا حاکمیت اراده در قراردادها

نظام حقوق خصوصی اغلب کشورهای دنیا، کم و بیش، اصل حاکمیت اراده<sup>55</sup>؛ را به عنوان یکی از اصول مبانی در انعقاد قراردادها و التزامات خصوصی به رسمیت شناخته است. مطالعه در پیدایش و تحولات این اصل نشان می‌دهد که<sup>56</sup>؛ اصل آزادی قراردادها<sup>57</sup>؛ همواره در مسیری یکنواخت حرکت نکرده است؛ گاه در توسل و تمسک به این اصل افراط شده و گاه لزوم مداخله قانون‌گذار در قراردادهای خصوصی به منظور حفظ مصالح جامعه یا حمایت از حقوق طرف ضعیف قرارداد، موجب نادیده گرفتن یا تحدید قلمروی آن شده است.

برای مثال در حقوق انگلیس از اواسط قرن هجدهم، به واسطه تحولات اقتصادی و سیاسی و گرایش‌های آزادی‌طلبانه در این زمینه‌ها، توجه به «171؛ اصل حاکمیت اراده»؛ در قراردادهای خصوصی آغاز شد و از اوایل قرن نوزدهم، حقوق انگلیس شاهد تحول عمده در زمینه از بین بردن قوانین مغایر با «171؛ اصل آزادی قراردادهای»؛ بوده است. این حرکت به نحوی که ادعا شده، در سال 1870 میلادی به اوج خود رسید؛ لکن از سال 1870 تا 1970 م، در مدت‌زمانی قریب به صد سال یا بیشتر، گرایش به «171؛ اصل حاکمیت»؛ اراده عمدتاً به منظور حمایت از تحولات اقتصادی جدید و به وجود آمدن و گسترش بازارهای آزاد که منجر به ایجاد گونه‌های مختلف انحصار در ارائه کالا و خدمات گردیده، سیر نزولی طی کرده است. در این بین، مقررات متنوعی در خصوص حمایت از حقوق مصرف‌کننده و طرف ضعیف قرارداد، متضمن کنترل‌های تقنینی بر شروط غیر عادلانه قراردادی، از جمله اعلام بطلان برخی شروط قراردادی منافی با حقوق وی، وضع گردیده که از آن میان «171؛ قانون شروط متحدالشکل قراردادی (1974) و «171؛ قانون شروط غیر منصفانه قراردادی»؛ درخور ذکر است. اعتقاد براین است که حقوق انگلیس از سال 1970 یا 1980 م به این طرف، تحول جدیدی مبنی بر گرایش مجدد به «171؛ اصل حاکمیت اراده»؛ را طی می‌کند. آثار این تحول، گرایش به ملغی کردن مقررات قانونی در مورد مداخله در قراردادهای خصوصی و نیز مقاومت دادگاه‌ها در خصوص تفسیر موسع این مقررات است.

در حقوق اسلام، آیه شریفه «171؛ اوفا بالعقود»؛ (مائده/1) اصل آزادی قراردادهای را در انعقاد عمومی قراردادهای و پیمان‌ها - اعم از خصوصی، عمومی، سیاسی و بین‌المللی - مورد تأکید و حمایت شرعی قرار داده و قاعده فقهی «171؛ العقود تابعة للقصد»؛ و حدیث شریف «171؛ المؤمنون عند شروطهم»؛ را قواعدی کلیه التزامات، تعهدات و شروط را به عنوان یک اصل اساسی و مورد پذیرش اعلام داشته است. در آینده خواهیم دید که هرچند در باب لزوم وفا به شروط ابتدایی (عقود غیر معین شرعی) بین فقهای عظام اختلاف نظر وسیع مشاهده می‌شود؛ اما فقهای نظیر مرحوم ملا احمد نراقی، مؤلف کتاب عوائد الایام و مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، مؤلف کتاب العروة الوثقی و حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری و نیز برخی فقهای معاصر در لازم‌الاجرا بودن عقود عام (غیر معین) نیز تردید نکرده‌اند. در حقوق ایران، ماده 10 قانون مدنی 6 هیچ‌گونه تردیدی در لزوم احترام به اراده مشترک طرفین و لزوم وفا به قراردادهای خصوصی در صورت عدم مغایرت با قانون باقی نگذاشته و مواردی که در قوانین جنبی، اراده آزاد طرفین لازم‌الاتباع دانسته نشده و دخالت قانونگذار مشهود است، استثنایی است براین اصل. به هر حال، پشتوانه فقهی ماده 10 قانون مدنی ایران، نظریه قاعده لزوم شروط است.

### تحلیل ماهیت «171؛ حق»؛ در اندیشه فقهی

هرچند به مناسبت‌های مختلف در ابواب متعددی از فقه، موضوع تحلیل ماهیت حق مورد بررسی قرار گرفته؛ ولی به طور مستقل و به صورت یکجا، کمتر در فقه پیشین دیده می‌شود. در قرون اخیر، یکی از مباحث بسیار مهم و دقیق آنها، بحث از ماهیت «171؛ حق»؛ و تفاوت آن با «171؛ ملک»؛ و «171؛ حکم»؛ است. در اینجا به خاطر ارتباط عمیق «171؛ مباحث شرط»؛ با «171؛ مباحث حق»؛ لازم است در تحلیل حقوقی حق و تفاوت آن با ملک و حکم به اختصار بحث کنیم.

معنای لغوی حق: در صحاح اللغة جوهری «171؛ حق»؛ به «171؛ خلاف باطل»؛ معنا شده است. 7 در تاج العروس علاوه بر این معنا، معانی متفاوت دیگری نیز برای این واژه ذکر شده؛ مانند عدل، اسلام، مال، ملک؛ موجود ثابتی که انکارش روا نیست، راستگویی، مرگ، دوراندیشی و ...؛ اما به نظر می‌رسد بسیاری از آنها معنای کاربردی حق است، نه معنای حقیقی و لغوی آن. 8 تعریف حق در فقه و تفاوت آن با حکم و ملک: همان‌طور که گفتیم در آثار شیخ انصاری در این زمینه بحث مستقلی به میان نیامده و بر اثر بلندآوازه ملا احمد نراقی، یعنی عوائد الایام هم به خلاف انتظار، چنین عنوانی دیده نمی‌شود، بلکه تتبع انجام شده نشان می‌دهد که تعرض به این بحث به طور مستقل، نخستین بار توسط سید محمد بحر العلوم (متوفی 1326 ق) در کتاب بلغة الفقیه در رساله‌ای تحت عنوان «171؛ رساله فی الحق و الحکم»؛ آمده است.

از آنجا که فقها در بررسی مفهوم حق، شیوه‌های مختلفی را پیش گرفته‌اند و تعریف و تحقیق هر یک از ایشان ریزه‌کاری‌ها و امتیازات خاصی دارد، ناچاریم نظریات آنها را جداگانه با حفظ سیر تاریخی بحث مطرح سازیم.

مؤلف بلغة الفقیه در تعریف «171؛ حکم»؛ گفته است: «171؛ و اما حکم عبارت است از جعل تکلیف یا وضع از سوی شارع نسبت به فعلی از افعال انسان از حیث منع و رخصت، و یا ترتب اثر بر آن و لذا حکم قابل اسقاط نیست، زیرا به دست حاکم است نه به دست محکوم علیه»؛

سپس در تعریف «171؛ حق»؛ گفته است: «171؛ حق گاهی در مقابل ملک به کار می‌رود و گاهی مرادف آن؛ اما در هر دو معنا، عبارت از توانایی است که برای انسان بر چیز دیگری جعل شده و آن چیز، ممکن است مال یا شخص یا هر دو باشد. حق ضعیف‌تر از «171؛ ملک»؛ یا اولین مرتبه از مراتب آن است و دو طرف دارد: طرف اضافه و نسبت که به او «171؛ صاحب حق»؛ گفته می‌شود و طرف تعلق که به آن «171؛ متعلق حق»؛ یا «171؛ مُسَلطٌ علیه»؛ گفته می‌شود»؛

به گفته او، برخی از مصادیق «171؛ حق»؛ وجود مستقل دارد؛ مانند حق تحجیر و برخی قائم به غیر است؛ مانند حق مجنی علیه بر جانی و حق قصاص. بنابراین متعلق حق نیز مانند متعلق ملک، گاه مستقل است و گاه غیر مستقل؛ مانند کلی در ذمه و گاه هر دو آنها در یک مورد جمع می‌شوند و تفاوتشان اعتباری است؛ مانند سلطنت انسان بر خود که در آن، متعلق با طرف اضافه یکی است.

همچنین در جایی دیگر می‌گوید: حق گاه به معنای تحقق و ثبوت است و هرچه را شارع مقدس به ظهور تأسیسی یا امضایی جعل کرده، شامل می‌شود؛ اما در اصطلاح فقها، خصوصاً فقهای متأخر در معنایی خاص‌تر استعمال می‌شود. در این معنا، مقصود از «حق»؛ مرتبه ضعیفی از «ملک»؛ و رابطه‌ای ناقص است که توسط شارع برای صاحب حق جعل گردیده و ممکن است «من علیه الحق»؛ (شخصی که حق علیه او است) وجود داشته یا نداشته باشد. بعضی از فقها از این رابطه به «ملکیت نارسیده»؛ تعبیر کرده‌اند که تعبیری نیکو است؛ زیرا برای مثال، هرچند مرتهن با عین مرهونه رابطه داشته و بر آن تسلط دارد؛ اما حق هیچ‌گونه تصرفی جز استیفای دین خود از راه فروش آن، در صورت امتناع راهن از پرداخت دین ندارد. همچنین هرچند صاحب خیار نسبت به عقد یا عین مورد معامله حق دارد؛ اما حق وی منحصر به تسلط بر فسخ یا ابقای عقد، یا تسلط بر استرداد عین از راه فسخ عقد است. به طور کلی، در تمام موارد «حق» به معنای اخص «ملک»؛ برای صاحب حق برخی از شئون «ملک»؛ وجود دارد.

خلاصه اینکه ربط بین مضاف و مضاف‌الیه اگر کامل باشد و قابلیت هرگونه تصرفی را داشته باشد، «ملک»؛ نامیده می‌شود و اگر این ربط به دلیل نقص در خود آن یا متعلق به آن ناقص باشد و تنها قابلیت نوع خاصی از تصرفات را داشته باشد، «حق»؛ نامیده می‌شود. 9. به نظر طباطبایی یزدی، «حق»؛ عبارت است از نوعی توانایی که قانون‌گذار جعل کرده و «متعلق حق»؛ ممکن است یکی از این سه چیز باشد:

1. عین؛ مانند حق تحجیر یا حق طلبکاران در ترکه میت

2. عقد؛ مانند حق خیار

3. شخص؛ مانند حق قصاص یا حق حضانت<sup>10</sup>

وی در خصوص تفاوت «حق»؛ و «حکم»؛ می‌گوید: «حق»؛ مرتبه ضعیفی از «ملک»؛ است و در آن، چیز مملوکی وجود دارد که صاحب «حق»؛ واجد آن است و اختیارش به دست صاحب حق است؛ درحالی که در «حکم»؛، واجد بودن و ملکیت مخاطب حکم نسبت به چیزی اعتبار نمی‌شود؛ مثلاً آنچه در حکم شرعی جواز نوشیدن آب وجود دارد، انشای شارع و عدم منع وی از آب نوشیدن است و مخاطب «حکم»؛ دارای چیزی نمی‌شود؛ اما وقتی گفته می‌شود: بایع خیار یا حق فسخ دارد، یعنی شیء مملوکی وجود دارد که اختیار آن به دست بایع است.<sup>11</sup>

خلاصه منظور مرحوم طباطبایی یزدی این است که در مورد «حق»؛، ذیحق واجد یک امتیاز می‌شود و گویی چیزی بر داشته‌های وی، اعم از مالی یا غیر مالی افزون می‌گردد؛ ولی در مورد حکم چنین نیست. اگر شرع معنی برای نوشیدن آب قرار نمی‌دهد یا منع را برمی‌دارد، چنین امری به هیچ‌وجه امتیاز واجدیتی را برای شخص مکلف پدید نخواهد آورد. به نظر میرزای نایینی «حق»؛ در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود: در معنای عام به هر چیزی که شارع وضع کرده، اطلاق می‌گردد و در این معنا از مفهوم لغوی خود، یعنی «ثبوت»؛ جدا نگردیده است و در معنی خاص تنها به احکام خاصی، نظیر ملکیت عین و ملکیت منفعت گفته می‌شود. به نظر نایینی «حق»؛ در معنای خاص عبارت است از اضافه و رابطه‌ای ضعیف که برای صاحب حق حاصل می‌شود. ایشان برای رابطه سلطه بین شخص و مال سه مرحله قائل است:

1. قویترین رابطه بین وی و عین است که از آن به «مالکیت»؛ و «ملک»؛ تعبیر می‌شود و به صاحبش اجازه می‌دهد که هر نوع تصرفی در مال انجام دهد.

2. در مرحله وسط، رابطه‌ای بین وی و منفعت وجود دارد که «مالکیت منفعت»؛ است.

3. آخرین و ضعیف‌ترین مرحله «حق»؛ به معنای خاص است.

بنابراین بین مرحله اول (ملک) و آخر (حق) این وجه اشتراک وجود دارد که هر دو به معنای دارا بودن و سلطه داشتن هستند؛ اما تفاوت آنها در این است که قدرت صاحب این رابطه در مرحله اول، هم از جهت خود این رابطه و هم از جهت متعلقش کامل است، درحالی که در مرحله آخر، قدرت مذکور به دلیل وجود قصوری در خود این رابطه یا قصور در متعلق آن ضعیف است. قصور در خود رابطه، مانند حق مرتهن نسبت به عین مرهونه و قصور در متعلق، مانند حق اختصاص نسبت به اشیای فاقد مالیت، مانند شرابی که قابل سرکه شدن است.

نایینی براساس همین تفسیر، بین «حق»؛ و «حکم»؛ تمایز ایجاد می‌کند: «حکم»؛ خلاف «حق»؛، معنایی است شرعی که رابطه و سلطه‌ای را در پی ندارد، هرچند در معنای لغوی به «حکم»؛ نیز «حق»؛ گفته می‌شود. ضابطه «حق»؛ و «حکم»؛ این است که همه اقسام «حق»؛ قابل إسقاط است.<sup>12</sup>

پس از نایینی، شاگردان مکتب او در این خصوص نظریاتشان چندان تفاوتی ندارد. به نظر مرحوم میرزا حسن بجنوردی، «حق»؛ از امور اعتباری است؛ ولی منفعت از امور واقعی است. «حق»؛ سلطنتی اعتباری است از طرف

عقلا یا قانون‌گذار که در عالم اعتبار برای کسی بر چیزی یا شخصی جعل شده است.<sup>13</sup>

به نظر مرحوم سید محسن حکیم - دیگر شاگرد نامدار نایینی - «حق»؛ نوعی از ملک است که عرفاً به عین قائم به دیگری یا معنای قائم به دیگری اختصاص پیدا می‌کند؛ به نحوی که جز در حالت اضافه کردن آن به مالک، اعتباری نخواهد داشت؛ به عبارتی، چنانچه به مالک اضافه نشود، اعتبارش صحیح نیست و «ملک»؛ به نوبه خود، اضافه و نسبتی بین مالک و

مملوك است. این رابطه در زبان عربي با حرف &#171;لام&#171; در مثل &#171;الفرسُ لزيدٍ&#171; (اسب متعلق به زيد است) بيان مي‌شود. &#171;لام&#171; در این جمله، حاكي از رابطه‌اي بين زيد و اسب است که در آن، اسب از توابع و شئون زيد تلقي مي‌گردد و از این رابطه به &#171;ملکیت زيد نسبت به اسب&#171; تعبیر مي‌شود. اضافه و نسبت در &#171;حق&#171; نیز نوعي اضافه و نسبت ملكي است، با این تفاوت که &#171;اضافه حقي&#171; به مورد ویژه‌اي اختصاص دارد. به تعبیر دیگر، تفاوت &#171;حق&#171; و &#171;ملك&#171; تنها در مورد و متعلق است، نه در مفهوم. توضیح اینکه مملوك در &#171;اضافه ملكي&#171; يکي از این دو قسم است:

الف) عين قائم به خود؛ مانند اسب و خانه که این نوع، خود بر سه قسم است: 1. عين خارجي 2. كلي در ذمه 3. اموري مانند حق الجناية تفاوت قسم اول با دو قسم اخير در این است که اولاً وجود قسم اول قائم به خود است، درحالي که وجود دو قسم اخير قائم به غير است و ثانياً اعتبار قسم اول متوقف بر اضافه آن به مالك نيست، درحالي که وجود اعتباري دو قسم اخير متوقف است بر اضافه آنها به مالك.

ب) معنا؛ مانند عقد، فسخ و کار انسان آزاد. این نوع نیز بر سه قسم است:

1. در ذمه است؛ مانند کار انسان آزادي که با عقد اجاره در ذمه وي به ملكيت مستأجر درآمده است.
2. در ذمه نيست، بلکه قائم به غير است؛ اما اعتبار آن متوقف بر اضافه به مالك نيست؛ مانند منافع اعيان مملوكه که اعتبار آنها در خارج تابع قابليت عين براي منفعت است؛ چه مالك داشته باشد و چه نداشته باشد.
3. در ذمه نيست، بلکه قائم به غير است؛ اما اعتبارش متوقف بر اضافه به مالك است؛ ماند حق خيار که قائم به عقد است، حق شفعه که قائم به مبيع است، حق قسم که قائم به زوج است، حق تحجير که قائم به زمين است، حق قصاص که قائم به جاني است، يا حق رهن که قائم به عين مرهونه است. به نظر ايشان، همه این اضافات از لحاظ قوت و ضعف يکسان‌اند و تفاوتی بين آنها نيست؛ هرچند اصطلاحاً به برخی از آنها &#171;حق&#171; و به برخی &#171;ملك&#171; گفته مي‌شود. 14 ايشان در کتاب معروف فقهی خود، يعني مستمسك العروة الوثقى، این نتایج را برنظريه خویش درباره &#171;حق&#171; و &#171;حکم&#171; مرتب ساخته‌اند:

1. اختلاف بين &#171;ملك&#171; و &#171;حق&#171; نه به علت اختلاف در مراتب ملكيت و نه با اسقاط و عدم اسقاط، بلکه صرفاً براساس اصطلاح است.

2. متعلق حق مي‌تواند همچون حق جنایت خطايي و حق زکات متعلق به نصاب زکات (بنابر بعضي اقوال) عين باشد يا مي‌تواند همچون بسياري از موارد، مانند حق خيار، حق اخذ به شفعه، حق قصاص، حق قسم زوجه، حق حضانت، حق شیر دادن و... معنا باشد.

3. حق قائم به خود نيست، بلکه قائم به چیز ديگري از عين يا معناست.

4. حق اعتبارش به اضافه شدن آن به مالك است و همچنين ملك در ذمه - چه عين باشد چه معنا - که آنها نیز همچون حق، جز در حالت اضافه شدن به مالك اعتباري نخواهد داشت.

5. ولايت از حقوق نيست؛ زیرا با اسقاط ساقط نمي‌شود، پس از احکام است.

6. حق قسم زوجه و حق انفاق زوجه از حقوق نيستند، بلکه &#171;ملك&#171; هستند، زیرا آنها در ذمه هستند. همه مملوكات در ذمه &#171;ملك&#171; هستند، نه &#171;حق&#171;.

7. اسقاط از احکام مملوكاتي است که جز در صورت اضافه شدن به مالك اعتباري نخواهد داشت؛ مثل اعيان و معاني ذمي و منافع حُر در صورتی که اجير خاص گردد که جز در حالت اجاره اعتباري نخواهد داشت و با عدم آن اعتباري نداشته و مملوك نيست. از همین جا، تفاوت بين منافع عبد در صورتی که اجير خاص باشد و منافع حُر در صورتی که آن‌گونه (اجير خاص) باشد، آشکار مي‌شود. منافع اولي با اسقاط مستأجر ساقط مي‌شود؛ اما منافع دومي قابل اسقاط نيست. منافع خانه اجاره‌اي نیز این‌گونه است. 15

آيت‌الله سيدابوالقاسم خويي ديگر شاگرد نام‌آور ميرزاي ناييني- بحث از &#171;حق&#171; و &#171;ملك&#171; را با این نکته آغاز مي‌کند که موجودات عالم يا واجب‌اند يا ممکن. موجودات ممکن هم يا جوهرنديا عرض يا امور اعتباري. همه احکام - اعم از شرعي و عقلي، وضعي و تکليفي، الزامي و ترخيصي - موجوداتي اعتباري‌اند. مثلاً معنای وجوب، اعتبار کردن عملي بر ذمه مکلف است و معنای ملكيت، محيط دانستن مالك بر مملوك است. بنابراین ملكيت، در حقيقت، سلطنت و احاطه است و این سلطنت، هم به افعال تعلق مي‌گيرد و هم به اعيان خارجي. مثلاً گفته مي‌شود: فلان کس برکشور سلطنت دارد يا سلطان رعيت است، يا بر خياطي و نوشتن تسلط دارد؛ درحالي که &#171;حق&#171; و &#171;حکم&#171; تنها به افعال تعلق مي‌گيرند و مثلاً گفته مي‌شود: خوردن نان مباح است، نماز خواندن واجب است، شرب خمر حرام است، يا صاحب خيار حق دارد عقد را فسخ کند و زوجه حق دارد از زوج، نفقه خود را مطالبه کند. از این رو، ايشان وجه تمايز &#171;حق&#171; و &#171;حکم&#171; را از يک سو و &#171;ملك&#171; را از سوي ديگر، در این نکته مي‌داند که &#171;حق&#171; تنها به افعال تعلق مي‌گيرد، حال آنکه &#171;ملك&#171; هم به اعيان تعلق مي‌گيرد و هم به افعال. اما در مورد تفاوت &#171;حق&#171; و &#171;حکم&#171; چنين مي‌گويد: &#171;حکم&#171; و &#171;حق&#171; حقيقتي واحد دارند؛ زیرا اقوام هر دو صرفاً به اعتبار است. ايشان در توضیح این نکته مجعولات شرعي را به شش دسته تقسيم مي‌کند:

1. تکليفي الزامي؛ مانند واجبات و محرمات

2. تکلیفی غیر الزامی، مانند مستحبات، مکروهات و مباحات
3. وضعی لزومی قابل انفساخ؛ مانند لزوم بیع و اجاره
4. وضعی لزومی غیر قابل انفساخ، مانند لزوم نکاح
5. وضعی ترخیصی قابل اسقاط؛ مانند حق شفعه و حق خیار
6. وضعی ترخیصی غیر قابل اسقاط؛ مانند جواز در عقد هبه

این امور اعتباری اگرچه از لحاظ آثار با یکدیگر متفاوتند؛ ولی وجه اشتراک همه آنها در این است که قوامشان به اعتبار است. بنابراین تقسیم مجعولات شرعی یا عقلایی به «حق»؛ و «حکم»؛ وجهی ندارد تا نیازمند فرق گذاشتن بین آنها شویم، بلکه همه آنها احکام شرعی یا عقلایی‌اند که برای مصالح خاص اعتبار شده‌اند؛ هرچند از لحاظ آثاری مانند قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط و غیره با یکدیگر متفاوت‌اند.

علت این اختلاف این است که زمام این امور - چه از لحاظ پیدایش و چه از لحاظ باقی ماندن - به دست شارع است که البته برای تشخیص آنها باید به ادله شرعی مراجعه کرد. خلاصه اینکه جواز و لزوم - اعم از وضعی و تکلیفی - احکام شرعی‌اند و از لحاظ ماهیت یکسان هستند، هرچند از لحاظ آثار متفاوت‌اند. مثلاً چه فرقی است بین جواز قتل مشرک که «حکم»؛ شرعی نامیده می‌شود و سلطنت ولی دم بر قاتل که «حق»؛ شرعی نامیده می‌شود؟ یا چه فرقی است بین حق اُبوت و حضانت و ولایت که قابل اسقاط نیستند با حق شفعه و خیار که قابل اسقاط‌اند؟

ایشان از اینکه برخی از فقها درصدد فرق‌گذاری بین «حق»؛ و «حکم»؛ برآمده‌اند، ابراز شگفتی می‌کند و این فرق‌گذاری‌ها را بی‌فایده می‌داند؛ اما متذکر می‌شود که اشکالی ندارد اصطلاح «حق»؛ به دسته خاصی از احکام - یعنی احکام قابل اسقاط - اختصاص داده شود و شاید منشأ اختلاف فقها در ماهیت «حق»؛ و «حکم»؛ و سعی در فرق گذاشتن بین آن دو نیز همین نامگذاری باشد. 16.

به نظر امام خمینی، شک نیست که «حق»؛ همانند ملک، سلطنت، ولایت، حکومت و امثال آن ماهیتی اعتباری است که توسط عقلا یا شارع وضع شده و از احکام وضعی به شمار می‌آید. همچنین شک نیست که «حق»؛ در تمام موارد ماهیت و معنایی واحد دارد؛ اما در این که آیا اعتبار آن عین اعتبار سلطنت یا عین اعتبار ملکیت است، و یا نه این است و نه آن، بلکه اعتباری مستقل است، اختلاف نظر وجود دارد. از کلام شیخ انصاری استفاده می‌شود که «حق»؛ عبارت از سلطنت است و در مقابل «ملک»؛ قرار دارد. برخی از محققان گفته‌اند که «حق»؛ نوعی از «ملک»؛ و مرتبه ضعیفی از آن است و بسیاری هم گفته‌اند که «حق»؛ گونه‌ای از «ملک»؛ و «سلطنت»؛ است. بنابر این نظر، «حق»؛ و «ملک»؛ و «سلطنت»؛ معنایی واحد دارند، هرچند «حق»؛ اخص از آن دو است. همچنین از کلام برخی دیگر از فقها استفاده می‌شود که «حق»؛ در هر مورد برای اعتبار خاصی است و آثار مخصوص دارد؛ مثلاً «حق»؛ در حق ولایت، حق تولیت، حق نظارت، حق رهن و حق اختصاص، عین همین امور است و معنایی دیگر ندارد. «حق»؛ تجبیر است عبارت از این که تجبیرکننده نسبت به آن زمین بر دیگران اولویت دارد. و حق در حق قصاص، حق شفعه و حق خیار به معنای سلطنت است.

امام خمینی در رد نظر اخیر می‌گوید: حقوق اگرچه از نظر متعلق متفاوت‌اند؛ ولی از لحاظ نحوه اعتبار یکسان هستند و هیچ یک از نمونه‌هایی که ایشان ذکر کردند، «حق»؛ نیست، بلکه اعتباری مستقل و غیر از «حق»؛ و «ملک»؛ و «سلطنت»؛ است. پس این سخن که تمام این موارد از حقوق‌اند و ملنزم شدن به اینکه «حق»؛ در هر مورد، معنایی خاصی دارد، در نهایت اشکال و مخالف با ارتکاز عرف و عقلاست.

ایشان از واحد بودن معنای «حق»؛ در تمام موارد نتیجه می‌گیرد که «حق»؛ با «ملک»؛ و «سلطنت»؛ متفاوت است و برای این سخن شواهدی ذکر می‌کند؛ از جمله اینکه اگر کسی زودتر وارد مسجد یا زمین‌های وسیع شود، هیچ‌نوع ملکیتی - اعم از ضعیف و شدید - نسبت به آن مکان پیدا نمی‌کند، با اینکه نسبت به آن مکان از دیگران سزاوارتر (أحق) است و برای وی حقی بر آن پیدا می‌شود. همچنین اگر کسی نه‌ری حفر کند و آن را به رودخانه متصل سازد، تا زمانی که آب وارد آن نهر نشده، وی مالک آب نیست؛ اما گفته می‌شود که حق حیات دارد؛ یا در مورد تجبیر برای تجبیرکننده نسبت به آن زمین حقی پیدا می‌شود، هرچند مالک آن زمین نمی‌شود. از این مثال‌ها معلوم می‌شود که اعتبار در حق و ملک با یکدیگر متفاوت‌اند و اعتبار در حق، عین اعتبار در ملک یا اخص از آن نیست.

همچنین از اینکه در برخی موارد «حق»؛ هست؛ اما «سلطنت»؛ نیست، معلوم می‌شود که «حق»؛ مساوی با «سلطنت»؛ یا اخص از آن نیست؛ برای مثال هرگاه حق تجبیر یا سوگند دادن یا قذف و امثال آن به صغیر منتقل شود یا به محجور مانند سفیه تعلق داشته باشد، اعتبار «حق»؛ برای آنها همانند اعتبار ملک است؛ اما حتی عقلا هم برای برخی از آنها، مثل مجنون و صغیر غیر ممیز، سلطنت قائل نیستند و سلطنت برای ولی قانونی آنهاست. اینکه گفته می‌شود سلطنت ولی همان سلطنت محجورینی است که بر آنها ولایت دارد، سخنی بیهوده است؛ زیرا محجور سلطنتی ندارد تا آن را تفویض کند و سلطنت وصی و پدر و جد و حاکم، سلطنتی مستقل بر خود آنها و امورشان است و وضعیت ولی با وضعیت وکیل تفاوت می‌کند.

از سوی دیگر، در برخی موارد «سلطنت»؛ هست؛ اما «حق»؛ و «ملک»؛ نیست؛ مانند سلطنت مردم بر جان خود که سلطنتی عقلایی است و همان‌طور که انسان بر اموال خود مسلط است، بر جان خود نیز سلطه دارد و

اگر منع قانوني يا شرعي نباشد، مي‌تواند در جان خود هر تصرفي انجام دهد. در نهايت، ايشان نتيجه مي‌گيرد که &#171;حق&#171;، نه &#171;ملك&#171; و &#171;سلطنت&#171; است و نه مرتبه‌اي از آنها؛ يعني نه عين آنهاست و نه اخص از آنها. در غير اين صورت امکان نداشت که &#171;حق&#171; وجود داشته باشد؛ اما &#171;ملك&#171; و &#171;سلطنت&#171; وجود نداشته باشد. ايشان در تأييد مدعاي خود درباره تفاوت بين &#171;حق&#171; و &#171;ملك&#171;؛ دونکته را ذکر مي‌کند:

نکته اول ايکه &#171;ملك&#171; در تمام موارد عبارت است از رابطه بين مالک و مملوک؛ حتي در مورد مالکيت چيزي در ذمه غير نيز چنين رابطه‌اي وجود دارد و ذمه مديون مانند محفظه‌اي است که مال در آن نگهداري مي‌شود، همان‌طور که عالم خارج محل وقوع اموال خارجي مملوک است و همان‌گونه که عالم خارج دخالتي در اعتبار ملکيت ندارد، ذمه هم دخالتي در اعتبار ملکيت ندارد. درحالي که &#171;حق&#171; در اغلب موارد به عنوان رابطه‌اي بين صاحب حق و کسي که حق عليه اوست، محسوب مي‌شود؛ مثلاً حق سوگند دادن، حق است براي مدعي عليه منکر که مورد آن سوگند دادن منکر است، در حالي که همان‌طور که گفته شد در هيچ يک از موارد ملک - حتي در مالکيت چيزي در ذمه غير - چنين رابطه‌اي وجود ندارد.

پي‌نوشتها:

1. ابراهيم انيس و ديگران، المعجم الوسيط، مدخل: النظرية.
2. در ميان اماميه به نظر مي‌رسد که نخستين فقيهي که دست به اين کار زده، يحيي بن سعيد حلي (از فقهاي هم دوره محقق حلي) باشد که کتابي به نام &#171;تحفة الناظر في الاشباه و النظائر نگاشته است، ر.ک: طرح تحقيقي انجام شده در فرهنگستان علوم جمهوري اسلامي ايران، تحت عنوان: &#171;سیر تحولي نگارش قواعد فقهی در فقه امامیه&#171; توسط نگارنده)
3. به جاي نظريه عقد گاهي &#171;Law of contract&#171; يعني حقوق قراردادها نيز عنوان داده مي‌شود. اخيراً بعضي از فقهاي متأثر از زمان حاضر نيز &#171;نظرية العقد&#171; نگاشته‌اند (باقر شريف قرشي).
4. براي مثال مي‌توان به برخي آراي اخير مجلس اعيان انگلستان در زمينه شروط کيفري اشاره کرد.
5. حُرّ عاملي، وسائل الشريعة، حج 15، باب 20 از ابواب مهور، حديث 4
6. &#171;قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.&#171;
7. جوهری، صحاح اللغة، ج 4، ص 1460-1462
8. زبيدي، تاج العروس، ج 13، ص 79-83
9. بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ج 1، ص 11-19
10. طباطبائي يزدي، حاشيه مکاسب (ط . ق) ج 1، ص 55-57؛ (ط . ج) ج 1، ص 279، ش 376
11. همان (ط . ق)، ج 2، ص 2-4؛ (ط . ج) ج 2، ص 367، ش 493
12. منية الطالب، ج 1، ص 105-106
13. بجنوردي، القواعد الفقهية، ج 1، ص 152
14. حکيم، نهج الفقاهاة، ص 6-10
15. مستمسک عروة الوثقي، ج 14، ص 556-557
16. مصباح الفقاهاة، ج 2، ص 55-50

آيت‌الله دکتر سيد مصطفي محقق داماد