

آثار و ویژگی‌های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی

علیرضا فروغی^۱

تاریخ ارسال: ۹۱/۴/۱۷؛ تاریخ پذیرش: ۹۱/۶/۵

چکیده

شناسایی آثار و ویژگی‌های حق، به منظور تمایز بین آن و سایر مفاهیم و تأسیسات مشابه اهمیت خاصی دارد. شناخت این آثار و ارائه آن به عنوان کلیدهای شناسایی حق از سایر مفاهیم جنبه کاربردی دارد و این امکان را فراهم می‌کند، که به طور مثال در موارد مشتبه بین حق و حکم، حق از حکم تمیز داده شود. این روشی است که فقهای امامیه در بحث از حق به کار گرفته‌اند و به طور خاص فقهای متأخر در رساله‌هایی که در باب حق و حکم نوشته‌اند بر آن تأکید نموده‌اند. مشهور فقهای امامیه برای حق، در مقایسه با حکم سه ویژگی را برشمرده‌اند: ۱. اسقاط‌پذیری حق ۲. نقل‌پذیری حق ۳. انتقال‌پذیری حق. برخی استادان، ویژگی چهارمی را با عنوان امکان تعهد به سلب حق نیز اضافه نموده‌اند. در این مقاله، این آثار و ویژگی‌ها از منظر فقه امامیه و قانون مدنی مورد بحث قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: حق، آثار، اسقاط، نقل، انتقال فهری، فقه امامیه، قانون مدنی

۱- مقدمه

از جمله بحث‌های پیرامون حق، شناسایی آثار و ویژگی‌های حق به منظور تمایز بین آن و سایر مفاهیم و تأسیسات مشابه است. درباره‌ی طرح بحث آثار حق دو نکته باید مورد توجه قرار گیرد: اول- هدف از بحث تعاریف و نظریه‌ها شناخت ماهیت حق از طریق تبیین و تحلیل عناصر ماهوی آن است؛ بدین معنا که در این تحلیل، به عناصر اصلی و جوهری حق اشاره می‌شود و از این طریق ماهیت و حقیقت آن بیان می‌گردد و در نهایت تعریف قابل قبولی از آن ارائه می‌شود. در حالی که در بحث آثار حق هدف این است که با شناخت و برشمردن این ویژگی‌ها حق از سایر مفاهیم مشابه متمایز گردد. این نکته زمانی اهمیت خود را بیشتر نشان می‌دهد که توجه کنیم این ویژگی‌ها داخل در ماهیت حق نیستند و لذا کسانی که سعی نموده‌اند با تکیه بر این آثار و احصای آن تبیین ماهوی از حق داشته باشند بر طریق ثواب نبوده‌اند. بنابر نظر صحیح، حق دارای عناصر ماهوی خاص خود است و در عین حال دارای آثار و ویژگی‌هایی می‌باشد که آن را از مفاهیم دیگر متمایز می‌کند. این نکته‌ای است که برخی نویسندگان و صاحب نظران با غفلت از آن در بحث تبیین ماهیت این ویژگی‌ها را به عنوان عناصر اصلی و ماهوی حق ذکر نموده‌اند. در واقع تفکیک بین بحث عناصر ماهوی حق از بحث آثار حق از نکات مهم و اصلی در تبیین مباحث حق می‌باشد.

دوم- شناخت این آثار و ارائه آن به عنوان کلیدهای شناسایی حق از سایر مفاهیم جنبه کاربردی دارد و این امکان را فراهم می‌کند که به طور مثال، در موارد مشتبه بین حق و حکم، حق از حکم تمیز داده شود. این روشی است که فقیهان امامیه در بحث از حق به کار گرفته‌اند و به طور خاص فقهای متأخر در رساله‌هایی که در باب حق و حکم نوشته‌اند بر آن تأکید نموده‌اند. بنابراین، با توجه به آنچه که بیان شد در این مقاله آثار و ویژگی‌های حق مورد بحث قرار می‌گیرد. بدیهی است بحث از موارد و مصادیق مشتبه بین حق و حکم و تعیین حکم صحیح آن موضوع مقاله یا مقالات دیگری است که در جای خود باید بدان پرداخته شود.

۵۶؛ خوانساری، ۱۴۲۴، ص ۱۰۷-۱۰۸). برخی استادان، ویژگی چهارمی را با عنوان امکان تعهد به سلب حق نیز اضافه نموده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۸۷) که در ادامه مورد بحث قرار می‌گیرد.

به هر حال، از نظر مشهور فقها فارق اصلی برای تمیز حق از حکم همان سه ویژگی اول است. اما قبل از بررسی این سه ویژگی مناسب است ابتدا صورت‌های مختلف حق در دو مقام ثبوت و اثبات بررسی شود، سپس این ویژگی‌ها به ترتیب اهمیت مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

فقها درباره‌ی حق نسبت به اسقاط، نقل و انتقال صور مختلفی را طرح کرده‌اند؛ بدین معنا که حقوق نسبت به قبول این سه ویژگی و عدم آن چند حالت دارند. در مقام تصور و به اصطلاح علمی در مقام ثبوت می‌توان هفت صورت را به شرح زیر تصویر کرد:

۱. حقوق قابل اسقاط، نقل و انتقال؛
۲. حقوق قابل اسقاط فقط؛
۳. حقوق قابل نقل فقط؛
۴. حقوق قابل انتقال فقط؛
۵. حقوق قابل اسقاط و نقل فقط؛
۶. حقوق قابل اسقاط و انتقال فقط؛
۷. حقوق قابل نقل و انتقال فقط.

قابل ذکر است که صورت‌بندی فوق بر این فرض استوار است، که در هر حقی حداقل یکی از آثار سه‌گانه فوق وجود دارد؛ یعنی به اصطلاح منطقی بر سبیل منع خلو هیچ حقی خالی از یکی از این سه ویژگی نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۵). لذا ما صورتی را که حق قابل اسقاط، نقل و انتقال نباشد در ضمن صور مربوط به حق نیاوردیم؛ زیرا در این فرض دیگر آن امر از قبیل احکام است و نه حقوق به معنای خاص آن که دلایل این نظر در ادامه با استناد به نظرات فقها می‌آید.

به هر حال، روشن است که صور فوق به حسب مقام ثبوت قابل تصور است، اما در مقام اثبات فقهای متأخر صور مختلفی را تصویر کرده‌اند که در ادامه به آنها اشاره می‌گردد.

۲- صورت‌بندی اقسام حق در مقام

ثبوت

مشهور فقهای امامیه برای حق در مقایسه با حکم سه ویژگی را برشمرده‌اند: الف) اسقاط‌پذیری حق ب) نقل‌پذیری حق ج) انتقال‌پذیری حق (انصاری، ۱۴۱۰، ص ۲۲۴؛ یزدی، ۱۳۷۸، ص

۳- صورت‌بندی اقسام حق در مقام

اثبات

فقهای امامیه با توجه به ادله مثبت آثار حق و موارد و مصادیق آن هر یک صور مختلفی را برای اقسام حق ذکر نموده‌اند که در این قسمت به مهمترین این صورت‌بندی‌ها اشاره می‌گردد:

شیخ انصاری، در کتاب مکاسب به مناسبت بحث عوض قرار گرفتن حقوق متعرض سه صورت شده است:

الف) حقوق غیرقابل معاوضه با مال (غیرقابل اسقاط، نقل و انتقال)؛ مانند حق حضانت و حق ولایت که عوض قرار گرفتن آنها جایز نیست.

ب) حقوق غیرقابل نقل (اما قابل اسقاط و انتقال)؛ مانند حق شفعه و حق خیار که حکم آن در عوض قرار گرفتن مانند صورت اول است.

ج) حقوق قابل انتقال (و قابل نقل و اسقاط)؛ مانند حق تحجیر که قابل معاوضه با مال و قابل نقل هستند که در عوض قرار گرفتن این قسم نیز اشکال است (انصاری، پیشین، ص ۲۲۳-۲۲۴).

نکته قابل توجه در کلام شیخ انصاری آن است که مقصود از صورت اول (حقوق غیرقابل معاوضه با مال) همان فرض حق غیرقابل اسقاط، نقل و انتقال است که در بالا در پراکنش به آن اشاره شد؛ زیرا به فرینه صورت دوم و سوم و مثالهای حق حضانت و حق ولایت تفسیر صحیح عبارت شیخ جز این نمی باشد و برخی شارحان مکاسب نیز به این مطلب تصریح کرده اند (یزدی، پیشین، ص ۵۷؛ غروی، ۱۴۲۵، ص ۳۰-۳۱؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ص ۹).

از طرف دیگر، همان طور که می دانیم مواردی، مثل حق حضانت و حق ولایت از جمله احکام و حق به معنای عام آن هستند. توضیح آن که نگاهی به روایات معصومین (ع) و عبارات فقیهان امامی نشان می دهد که حق در اصطلاح فقهی آن دارای دو معناست؛ اول- حق در معنای عام آن که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص می باشد. شاهد این مدعا مواردی نظیر حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت، حق حضانت و نظایر آن است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده لکن همه از مصادیق حکم است. دوم- حق به معنای خاص آن که در مقابل ملک و حکم است (فروغی، ۱۳۹۰، ص ۲۲-۲۳).

۱. عبارت شیخ انصاری در مکاسب چنین است:

«و اما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانه والولاية فلاشكال، وكذا لو لم يقبل النقل كحق الشفعه و حق الخيار، لان البيع تملك الغير ولا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه، لانه لا مانع من كونه تملكاً فيسقط. ولذا جعل الشهيد في قواعد الابراء مردداً بين الاسقاط والتملك...»

و اما الحقوق القابله للانتقال كحق التحجير ونحوه فهي وان قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح الا ان في جواز وقوعها عوضاً في البيع اشكالا من اخذ المال في عوض المبيع لغه و عرفاً مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين و لما يصح ان يكون اجرة في الاجاره في حصر الثمن في المال (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱، ۲۲۳-۲۲۴).

قابل ذکر است، کسانی که حق را در مقابل ملک و حکم می دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است که از آن با تعبیر حکم شرعی و حکم شارع نیز یاد می کنند، اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن از اعم از تکلیفی و وضعی بدانیم روشن است که حق - به مانند ملکیت - از اقسام حکم وضعی است و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص - معنای دوم - می شود. این معنا در عبارات فقها مورد تصریح قرار گرفته است و از جمله مؤلف رساله حق و حکم آورده است:

اما سؤال از فرق بین حق و حکم، پس جواب آن این است که حکم به معنای اعم شامل حق نیز می شود؛ زیرا حق نیز حکم وضعی است و لکن گاهی اوقات حق بر حکم شارع اطلاق می گردد بنابراین، در مقابل حق (به معنای خاص) بوده... و آن (معنای خاص) عبارت از سلطنت ناقص بر مال یا شخص است (طهرانی، نامه مفید، ش ۴، ص ۱۷۱).

بنابراین، باید توجه داشت که مقصود از حق، در این مقاله معنای دوم آن به عنوان یک حکم وضعی - هم چون ملک - در مقابل حکم به معنای خاص آن یعنی حکم تکلیفی - که اغلب از آن با عنوان حکم شرعی یاد می شود - قرار می گیرد. لذا زمانی که از آثار و ویژگیهای حق نظیر اسقاط، نقل و انتقال حق سخن به میان می آید مقصود آن است که حق به عنوان حکم وضعی این خصوصیات را دارد، در مقابل حکم تکلیفی که فاقد این ویژگیها است.

بر این اساس، فرض فوق به عنوان مصداق صورتی که حق قابل اسقاط، نقل و انتقال نمی باشد از بحث حق به معنای خاص آن خارج است و نباید مورد بحث قرار گیرد، مگر از باب تکمیل بحث و به اصطلاح علما استطراداً آورده شود.

برخی فقیهان، صور بیشتری را احصا نموده اند که به مهمترین موارد آن اشاره می گردد. از جمله محقق یزدی در حاشیه اش بر مکاسب شیخ انصاری شش صورت را برای حق ذکر نموده است:

۱. حقوق غیرقابل اسقاط، نقل و انتقال قهری به مرگ؛ مانند حق ابوت، حق ولایت حاکم، حق وصایت و حق استمتاع برای زوج.

۲. حقوق غیرقابل اسقاط و غیرقابل نقل و انتقال به مرگ؛ مانند حق غیبت بنا بر وجوب رضایت صاحبش.

۳. حقوق قابل اسقاط و انتقال به مرگ و غیرقابل نقل؛ مانند حق شفعه بنا بر وجهی.

۴. حقوق قابل اسقاط و نقل به عوض و قابل انتقال به مرگ؛ مانند حق خیار، حق قصاص، حق الرهانه، حق تحجیر و حق

شرط.^۲

۵. حقوق قابل اسقاط و نقل بلاعوض و غیرقابل انتقال به مرگ؛ مانند حق قسم برای زوجه بنا بر نظر آن گروه از فقها که نقل آن به سایر زوجات را جایز می‌دانند.

۶. موردی که از نظر صحت اسقاط، نقل و انتقال محل شک است و از این قسم شمرده شده حق رجوع در عده رجعیه، و حق نفقه برای اقارب؛ مانند ابوبن و اولاد، و حق فسخ به سبب عیوب در نکاح، و حق سبق در امامت جماعت، و حق مطالبه در قرض و ودیعه و عاریه، و حق عزل در وکالت، و حق رجوع در هبه، و حق فسخ در سائر عقود مانند شرکت و مضاربه و غیر این موارد (یزدی، پیشین، ص ۵۶).

آنچه در عبارت محقق یزدی در حاشیه‌اش بر مکاسب جلب توجه می‌کند و خود وی هم به آن تظن داشته و بدان تصریح نموده آن است که برخی از این حقوق از جمله احکام هستند^۳ و این نشان می‌دهد که ایشان قابلیت اسقاط را از آثار حق می‌دانند. قابل ذکر است که محقق یزدی قسم ششم از حقوق را به موارد مشکوک از نظر آثار سه‌گانه اختصاص داده است و در آن فهرستی از مصادیق مشتبه بین حق و حکم را به عنوان نمونه ارائه می‌دهد که در جای خود ارزشمند است. سید در آخر همین قسم تذکر می‌دهد که برخی از این گروه از احکامند.^۴ به هر حال، روشن است که قسم اول و دوم از قسم حقوق نیست و نباید در ضمن صورت‌های حق آورده شود. درباره اقسام دیگر پس از نقل سخن محقق اصفهانی نکاتی را متعرض خواهیم شد.

اما محقق اصفهانی در رساله حق و حکم پنج صورت را بیان می‌کند:

۱. حقوقی که قابلیت هیچ‌یک از اسقاط، نقل و انتقال را ندارند.
۲. حقوقی که قابل اسقاط‌اند، اما نقل و انتقال را نمی‌پذیرند.
۳. حقوقی که قابلیت اسقاط و نقل را دارند و نه انتقال.
۴. حقوقی که قابلیت اسقاط، نقل و انتقال را دارند.
۵. حقوقی که قابلیت اسقاط و انتقال را دارند و نه نقل.

۲. قابل ذکر است که مؤلف بلغة الفقیه نیز برای صورتی که حق قابل اسقاط، نقل و انتقال فهری به سبب ارث عینا همین مثالها را با همین ترتیب آورده است: «و منها ما يجوز فيه كل ذلك، كحق الخيار، و حق الفصاح، و حق الرهانة، و حق التحجير، و حق الشرط المطلق» (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۷).
 ۳. عبارت سید در حاشیه‌اش بر مکاسب چنین است: «ان كثيرا مما يُعد من جملة الحقوق يمكن دعوى كونها من باب الحكم الشرعي» (ص ۵۵).
 ۴. «و انت خبير بان جملة من ذلك من باب الحكم» (ص ۵۵).

محقق اصفهانی، مثال قسم اول را حق ولایت حاکم و وصایت وصی می‌داند و همان‌طور که در توضیح سخن شیخ انصاری و محقق یزدی گفته شد این قسم و مثال‌های آن از جمله حقوق نیست بلکه از احکام است و جالب آن‌که محقق اصفهانی نیز به این نکته توجه داشته و تصریح نموده است.

حق خیار و حق شفعه از مصادیق صورت پنجم است؛ زیرا مصلحت ارفاق به بایع یا مشتری یا هر دو مبنای جعل خیار است که صاحب حق معامله را فسخ یا امضا کند و این حق خیار ناظر به مصلحت صاحب خیار است نه کسی که خیار علیه اوست. در حق شفعه هم همین‌گونه است؛ زیرا حق شفعه برای جلوگیری از ضرر شریک در شراکت جدید می‌باشد - هم‌چنان‌که در برخی روایات اشاره به حکمت تشریح آن شده است - لذا اسقاط آن در جایی که شفعه موجب تضرر شریک نشود معقول است. اما نقل حق خیار یا حق شفعه (بنا بر نظر ایشان) با توجه به فلسفه حکم که در بالا بیان شد معقول نیست؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، جعل خیار یا حق شفعه ناظر به مصلحت صاحب آن است و معنا ندارد صاحب آن، حق نقل آن را به دیگری داشته باشد. حق الرهانه هم از همین قبیل است یعنی رهینه به عنوان وثیقه‌ای برای دین راهن است و معقول نیست که رهینه وثیقه برای دیگری قرار گیرد.

شایان ذکر است، درباره نقد این نظر که حق خیار و حق شفعه قابل نقل نیست بحث مبسوطی در بند چهارم - که به ویژگی نقل‌پذیری حق اختصاص دارد - آمده است.

البته در این صورت پنجم انتقال حق - بر خلاف نقل آن - به سبب ارث صحیح است چه آن‌که جانشینی وارث به جای مورث در اخذ به شفعه یا اخذ به خیار معقول است.

در فهرست محقق اصفهانی حق تحجیر از مصادیق صورت چهارم است که همه ویژگی‌های سه‌گانه را دارد؛ زیرا موانع موجود در نقل حق خیار و حق شفعه، در حق تحجیر وجود ندارد. البته در باب حق تحجیر، مشهور فقها نقل آن را به غیر در عقود نظیر صلح صحیح می‌دانند، اما بیع آن را جایز نمی‌دانند؛ زیرا از نظر ایشان عین بودن مبیع شرط است، بنابراین، حق تحجیر نمی‌تواند مبیع قرار گیرد. هم‌چنین تذکر این نکته نیز لازم است که در کلام شیخ انصاری - که اصل عبارت وی نقل شد - بحث درباره عوض قرار گرفتن این قسم است که شیخ آن را دارای اشکال می‌داند و الا شیخ این مطلب را این قسم و به طور کلی هیچ حقی مبیع قرار نمی‌گیرد مسلم دانسته است. به هر حال در بحث ملاک نقل حق این مسئله نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد. هم‌چنین از نظر محقق اصفهانی حق قسم از مصادیق قسم

ویژگی اسقاط حق را از موارد زوال قهری - که اراده صاحب حق در از بین بردن آن دخالتی ندارد - جدا می‌کند. ب) از بین رفتن حق اثر مستقیم انشای اسقاط کننده است. این ویژگی اسقاط حق را از انتقال حق جدا می‌کند. توضیح آن که در انتقال حق نیز مالک حقی را که پیش از انتقال بر مبیع داشته به مشتری منتقل می‌کند و بالعکس از طرف مشتری. اما تفاوت این دو این است که اولاً در اسقاط از بین رفتن حق اثر مستقیم انشا است به خلاف انتقال که اولاً بالذات انتقال مد نظر است و ثانیاً بالعرض حق منتقل می‌شود. دوم آن که در اسقاط حق از بین می‌رود، اما در انتقال، حق از بین نمی‌رود و باقی است و فقط دارنده آن عوض می‌شود. ج) اسقاط حق صرفاً به اراده دارنده آن یا نماینده قانونی وی است (مولودی قلابچی، بی تا، ص ۲-۱).

۴-۲- عبارات فقها

این ویژگی از سوی مشهور فقها به عنوان ضابط اصلی در تمیز بین حق و حکم اشاره شده است. از جمله شهید اول در این باره آورده است:

ضابط در حق این است که هر آنچه برای بنده اسقاط آن جایز است پس آن حق بنده است و آنچه این گونه نیست مانند تحریم ربا و بیع غرر حق نمی‌باشد (القواعد و الفوائد، بی تا، ص ۴۳).

محقق اصفهانی در توضیح این عبارت می‌گوید که استاد وی، یعنی آخوند خراسانی، از این عبارت استظهار نموده که حق الناس قابل اسقاط است. لذا، هر چه قابل اسقاط است از حقوق بندگان است و آنچه قابل اسقاط نیست از دسته حقوق الهی است که همان حکم است، هم‌چنان‌که در عبارت برای آن به مانند تحریم ربا و بیع غرر مثال زده شده است. هم‌چنین از عبارت فوق فهمیده می‌شود که تقسیم حق به دو قسم قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط صحیح نیست و شهید اول نیز موافق این تقسیم نیست (اصفهانی، پیشین، ص ۵۱).

میرزای نائینی نیز بر این اساس که حق در جمیع اقسام آن قابل اسقاط است پس از اشاره به نظر شهید اول - که عبارت آن در بالا ذکر شد - بر محقق یزدی اشکال می‌کند که چرا ایشان در حاشیه مکاسب حقوق را ابتدا به قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط تقسیم نموده است؛ زیرا حق بودن چیزی با غیرقابل اسقاط بودن آن معقول نیست و می‌فرماید مواردی را که سید برای حقوق غیرقابل اسقاط از جمله حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت و... مثال زده، همه از احکام شرعی هستند و همان گونه که در قبل آمد حتی خود سید هم این احتمال را در کلام خود

سوم است؛ یعنی اسقاط و نقل آن صحیح است، اما انتقال آن به ارث معنا ندارد؛ زیرا این حق متعلق به زوج است مادامی که زنده است و استفاده وارث از این حق متصور نیست.

به هر حال، با توجه به مقدمه‌ای که در باب صور ممکن حق در مقام ثبوت ذکر شد و هم‌چنین صورت‌بندی حق در مقام اثبات که دیدگاه سه فقیه برجسته متأخر آورده شد مناسب است، در این جا ویژگی‌ها و آثار حق به ترتیب اهمیت مورد بررسی و مذاقه قرار گیرد.

۴- اسقاط‌پذیری حق

اولین و مهم‌ترین اثر و ویژگی حق قابل اسقاط بودن آن است. بدین معنا که برای هر صاحب حقی اسقاط حقی می‌باشد. این بحث در چهار جهت اهمیت دارد؛ اول: ماهیت اسقاط؛ دوم: عبارات فقها؛ سوم: مستندات قاعده و چهارم ضابط عقلایی در اثبات حق که به ترتیب بیان می‌گردد:

۴-۱- ماهیت اسقاط حق

مشهور فقها درباره اسقاط حق اعتقاد دارند که از جمله ایقاعات است (شهید اول و ثانی، بی تا، ص ۱۹۳). بنابراین، اسقاط انشای یک طرفه است که تحقق آن نیاز به قبول طرف دیگر ندارد. قابل ذکر است که در ادبیات حقوقی این بحث با عنوان زوال حق طرح می‌گردد و بر دو قسم است: الف) زوال ارادی ب) زوال قهری. این بدین معنا است که هم‌چنان‌که اعمال حقوقی می‌تواند حق را از بین ببرد و قایع حقوقی نیز آن را زایل می‌کند. اما اسقاط حق در واقع همان زوال ارادی حق است که در قلمرو ایقاع به عنوان یکی از اعمال حقوقی قرار می‌گیرد و به صاحب حق اجازه می‌دهد از حق خود صرف نظر کند. از مصادیق بارز این صرف نظر کردن ابراء^۵ و اعراض است که اولی در حقوق دینی است و از موارد سقوط تعهدات است و دومی برای صرف نظر کردن از مالکیت در حقوق عینی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۰۷).

درباره ویژگی‌های اسقاط حق به موارد زیر اشاره شده است: الف) عمل ارادی است و در قلمرو اعمال حقوقی قرار دارد. این

۵. قابل ذکر است که درباره ماهیت ابراء دو نظر است: ۱. مشهور فقها که ابراء را اسقاط حق می‌دانند که در این صورت ایقاع است و نیاز به قبول مدیون ندارد. ۲. برخی ابراء را تملیک دین به مدیون می‌دانند که در این صورت عقد بوده و نیازمند قبول است. بنابراین، نتیجه گرفته می‌شود کسانی که آن را اسقاط دین می‌دانند در ایقاع بودن آن تردیدی ندارند (محقق داماد، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۲۵۲-۲۵۳).

آورده که همه یا برخی از مثال‌ها از احکام‌اند و نه حقوق (یزدی، پیشین، ص ۵۵). به هر حال محقق نائینی در جمع‌بندی نهایی بحث می‌گوید: قوام حق به قابلیت اسقاط است به خلاف حکم که به عکس حق است (خوانساری، پیشین، ص ۱۰۷).

شیخ انصاری نیز در کتاب مکاسب در بحث مسقطات خیار مجلس می‌فرماید: «قاعده مسلم آن است که برای هر صاحب حقی اسقاط حقیش می‌باشد» (انصاری، پیشین، ص ۲۲۸).

مؤلف نهج الفقهه نیز با اشاره به عبارت شیخ انصاری - برای هر صاحب حقی اسقاط حقیش می‌باشد (لکل ذی حق اسقاط حقه) - آن را یک قاعده عقلی دانسته است (حکیم، بی‌تا، ص ۸).

محقق اصفهانی در رساله حق و حکم با توجه به مبنای خود پس از این که در ملاک بودن این سه ویژگی - به عنوان آثار حق - تردید می‌کند، در نهایت درباره ویژگی اول یعنی اسقاط پذیری حق می‌نویسد:

انصاف آن است که هیچ موردی را نمی‌یابیم که حق بودن آن مسلم و قطعی باشد و در قابل اسقاط بودن آن تردید شود چه برسد به این که به غیرقابل اسقاط بودن آن یقین پیدا کنیم؛ هم‌چنان‌که در مورد حق ولایت و نظایر آن به صرف این که از آن‌ها به حق تعبیر شده، موجب نمی‌شود که آن را حق بدانیم اگر چه مسلم است که در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده است (اصفهانی، پیشین، ص ۵۱-۵۲).

محقق خوئی نیز - همان‌گونه که در قبل آوردیم - در بحث تعریف اصطلاحی حق با توجه به مبنای خاص خود حق را حکم شرعی می‌داند، می‌نویسد: «... حق در اصطلاح حکم شرعی است که از دلیل قابلیت اسقاط آن استفاده می‌شود در مقابل حکم که قابل اسقاط نیست (غروی، پیشین، ص ۳۰-۳۱).

این عبارت نشان می‌دهد که ایشان اگرچه حقوق را عیناً، مانند احکام مجعول شرعی می‌داند، اما قابلیت اسقاط و عدم آن را به عنوان معیار و ضابط در این دو دسته از احکام شرعی می‌پذیرد.

این در حالی است که برخی از مؤلفان کتاب‌های قواعد فقه نیز از این بحث با عنوان قاعده اسقاط حق یاد کرده‌اند؛ بدین معنا که هر صاحب حقی می‌تواند حق خود را اسقاط کند و یا امضا نماید (مصطفوی، ۱۴۲۱، ص ۳۷؛ محقق داماد، پیشین، ص ۲۸۴؛ تسخیری، ۱۴۲۵، ص ۱۷۳). این امر نشان می‌دهد که حکم مذکور از مسلمات فقهی است که از آن به عنوان قاعده یاد شده است. قابل ذکر است که فقهای امامیه از این قاعده با تعبیر مشابه دیگری نیز یاد کرده‌اند از جمله:

لکل ذی حق اسقاط حقه؛ (انصاری، پیشین، ص ۲۲۸؛ حکیم، پیشین، ص ۸؛ توحیدی، ۱۴۱۲، ص ۱۳۹)؛

الحق قابل للاسقاط؛ (توحیدی، پیشین، ص ۱۴۰)؛

الحق ما یقبل السقوط بالاسقاط (آملی، ۱۴۱۳، ص ۹۲)؛

کل ماکان حقاً فهو قابل للاسقاط (خوانساری، پیشین، ص ۱۰۸).

در این میان، همان‌طور که در قبل آوردیم ملاعبداله مامقانی تنها شارح مکاسب است که در شرح خود به نام نهیة المقال در توضیح عبارت شیخ انصاری - که به مناسبت تعریف حق خیار (ملک فسخ العقد) گفته: «و شاید تعبیر به ملک برای آگاهی به این است که خیار از جمله حقوق است و نه احکام» (انصاری، پیشین، ص ۲۰۹). - به تفاوت‌های بین حق و حکم اشاره نموده و ویژگی‌های سه‌گانه حق را به عنوان ملاک و ضابط تشخیص حق از حکم زیر سؤال برده است؛ وی می‌نویسد:

همانا سقوط (حق) به سبب اسقاط و قابلیت انتقال به غیر به سبب نقل و به وارث به موت، از لوازم دائمی حق نیست. به درستی که گاهی اوقات ربط در مقام جعل بین شخص و مجعول وجود دارد، ولی حق با اسقاط ساقط نمی‌شود و با ناقل به غیر و با فوت به وارث منتقل نمی‌شود، یا به دلیل مانعی که در این جا وجود دارد هم‌چنان‌که در حق استمتاع است یا قوت ارتباط و علاقه مانند حق ربوبیت و مولویت و ابوت بلکه در مطلق اقسام ولایت؛ بنابراین، هر حقی موروث و ساقط شدنی و قابل انتقال نیست و نه هر چه به ارث نمی‌رسد و ساقط نمی‌شود و انتقال نمی‌یابد حکم باشد. به کوتاه سخن ضابطه‌ای در میان نیست و دلیلی بر کلیت از طرفین مسئله دیده نمی‌شود و به ناچار در هر مورد باید از دلیل خاص آن پیروی کرد (مامقانی، بی‌تا، ص ۴).

در نقد سخن مامقانی باید گفت: مثال‌های ارائه شده برای حقوق غیرقابل اسقاط نظیر حق ابوت، حق ولایت، حق حضانت و حق استمتاع همه از سنخ احکام هستند و همان‌طور که در بخش‌های قبل مکرر توضیح داده شد، این موارد اگر چه در روایات به آن‌ها اطلاق حق شده است، اما در واقع حکم هستند و حق به معنای خاص و اصطلاحی آن به شمار نمی‌روند. بنابراین، باید نتیجه گرفت که عدم قابلیت اسقاط به حکم بودن این موارد برمی‌گردد.

اما صرف نظر از انتقاد مامقانی به مشهور که قابل پذیرش نیست، باید توجه داشت که مامقانی در تحلیل خود سعی کرده است که ملاک دیگری را برای تمایز حق از حکم ارائه کند که این تلاش در جای خود عملی ارزشمند و قابل تقدیر است. این امر نشان می‌دهد که مامقانی سعی داشته با نگاه اجتهادی و ابداعی خود راه دیگری را در این بحث باز کند که در ادامه ملاک

پیشنهادی وی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

در مجموع، با توجه به عبارات فقها به این نتیجه می‌رسیم که این مطلب، یعنی اسقاط‌پذیری حق، از مسلمات فقهی است و فقهای متقدم و متأخر در مورد آن اتفاق نظر دارند و تردید در آن سزاوار نیست. بنابراین، یکی از گزاره‌های کلی که در تبیین و توصیف نظریه حق می‌توان اظهار نمود این است که «حق به طور مطلق قابل اسقاط است»؛ یعنی قاعده کلی در باب حق این است که هر آنچه عنوان حق بر آن صادق باشد قابل اسقاط است.

۳-۴- مستندات قاعده

درباره مستندات حجیت قاعده فوق، به چند دلایل تمسک شده است که به اختصار به مهم‌ترین آن اشاره می‌شود.

۱-۳-۴- سنت

شیخ انصاری، به مناسبت بحث مسقطات خیار مجلس آورده است که از جمله مسقطات آن، اسقاط خیار مجلس بعد از عقد است بلکه مسقط واقعی همین قسم است (پیشین، ص ۲۲۸). شیخ در ادامه اشاره نموده که مستند این حکم قاعده «الحق قابل للاسقاط» است و مستند اصلی این قاعده نیز روایت نبوی (ص) : «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ص ۲۷۲) است؛ زیرا به مقتضای قاعده تسلیط، هر ذی‌حقی بر حشش تسلط دارد و هر چه را اراده کند می‌تواند انجام دهد و به دلالت اولویت هرگاه انسان بر مال که از اعیان است مسلط باشد بر حق نیز مسلط خواهد بود (انصاری، پیشین، ص ۲۲۸). محقق خوئی با رد این استدلال می‌نویسد:

این که صاحب خیار، حق اسقاط خیار را دارد و این حق برای او ثابت است یا به دلیل این است که این خیار از قبیل حق است یا از قبیل حکم؛ اگر از حقوق باشد نیازی به تمسک به مفهوم اولویت یا منطوق روایت نیست؛ زیرا معنای حق این است که صاحب حق مسلط بر حق است به طوری که هر چه را اراده کند می‌تواند انجام دهد. و اگر از قبیل احکام باشد حکم قابل اسقاط نیست چه دلیل تسلیط باشد، چه نباشد. و لذا هر گاه در موردی شک کنیم که با اسقاط از سوی صاحب حق ساقط می‌شود یا خیر، اصل بقای حق و عدم سقوط آن است (توحیدی، پیشین، ص ۱۱۶).

در ادامه، محقق خوئی در خصوص اثبات حق بودن به استناد دلیل تسلیط اشاره می‌کند که قاعده ناظر به کبرای کلی است؛ یعنی هر که دارای سلطه بر چیزی است حق تصرف در متعلق و مورد آن را هرگونه بخواهد دارد، اما با این دلیل این مطلب که فلان مورد خاص حق است ثابت نمی‌گردد (توحیدی، همان).

به نظر می‌رسد، انتقاد محقق خوئی در مواردی که حق بودن چیزی مسلم است صحیح نباشد؛ زیرا زمانی که مسلم است، مثلاً خیار مجلس از حقوق است اسقاط آن نیز بالطبع صحیح است و تشکیک در شمول دلیل معنا ندارد. بنابراین، اگر ایشان کبرای کلی را قبول دارد و مسلم است که دلیل تسلیط هرگونه حقی را برای صاحب آن معتبر می‌داند اسقاط حق به قطع برای وی ثابت است به خصوص این که توجه کنیم که دلیل تسلیط از احکام امضایی بوده و جنبه تأسیسی ندارد و شارع سیره عقلا را در اعمال سلطه بر اموالشان تأیید کرده است. بنابراین، این که ایشان استناد به قاعده را رد می‌کند، اما اسقاط را با توجه به معنای حق می‌پذیرد با ملاحظه امضایی بودن لسان دلیل جای تعجب دارد.

۲-۳-۴- مقتضای مفهوم حق

محقق نائینی در این باره معتقد است: «همانا حقیقت حق عبارت از سلطنت بر شیء است و این که زمام شیء به دست صاحب حق باشد به گونه‌ای که قدرت بر اعمال و اسقاط را داشته باشد» (آملی، پیشین، ص ۹۲). هم‌چنین در عبارتی که در بند قبل آوردیم محقق خوئی بعد از انتقاد از تمسک به مفهوم اولویت یا منطوق دلیل تسلیط اشاره کرد که معنای حق آن است که صاحب حق مسلط بر حشش باشد به طوری که هر چه را اراده نمود بتواند انجام دهد (توحیدی، پیشین، ص ۱۱۵-۱۱۶). روشن است که این معنای حق در واقع همان مقتضای حق است و می‌توان آن را به عنوان دلیل مستقلی ارائه نمود.

۳-۳-۴- اجماع

محقق خوئی در این باره می‌نویسد: «قاعده مسلم بین فقها این است که برای هر صاحب حقی اسقاط حق است» (توحیدی، پیشین، ص ۱۱۵).

درباره تمسک به اجماع، در این گونه موارد این انتقاد وارد است که اجماع مدرکی بوده و فاقد حجیت است؛ زیرا اجماع به عنوان دلیل لبی به اعتبار کاشفیت از نظر معصوم (ع) حجیت دارد و این در جایی است که دلیل لفظی در بین نباشد اما با وجود روایت، حجیت خود دلیل لفظی از نظر سندی و دلالتی مورد بررسی قرار می‌گیرد و چنانچه سند و دلالت آن تمام باشد، حجیت از آن روایت به عنوان مستند اجماع است نه خود اجماع. بنابراین، به نظر می‌رسد با وجود دلایل دیگر در اثبات حجیت قاعده نیازی به تمسک به اجماع نیست.

۴-۴- ضابط عقلایی در اسقاط حق

مؤلف فقه العقود، معتقد است با تفحص و بررسی ارتکازات عقلایی می‌توان یک ضابط عقلایی برای جواز اسقاط و عدم آن

پیدا نمود. ایشان این ضابط را مستنبط از کلام محقق اصفهانی می‌داند و در توضیح آن می‌نویسد:

موردی که در نظر عقلا برای رعایت حال کسی است که امر حق به دست او سپرده شده و برای مصلحت وی است؛ مانند حق تحجیر و حق خیار و مشابه آن، پس آن حق در نظرشان قابل اسقاط است. و هر موردی که این‌گونه نباشد در نظر عقلا غیرقابل اسقاط است؛ مثل ولایت که به جهت مصلحت مولی علیه جعل شده و نه مصلحت ولی و وصایتی که متوفی به وصی اعطا کرده به جهت حفظ مصلحت خود متوفی است و نه حفظ مصلحت وصی (حائری، ۱۴۲۳، ص ۱۳۶-۱۳۷).

ایشان در ادامه می‌نویسد: با این بیان فرق بین مثال‌هایی که محقق خوئی ذکر کرده است روشن می‌شود، چه آن‌که ایشان وضوح عدم فرق بین مثال‌ها را شاهد بر نظرش مبنی بر عدم فرق بین حق و حکم دانسته است (همان). در این جا برای روشن شدن بیشتر بحث مناسب است ابتدا عبارت محقق خوئی آورده شود:

و شاهد بر آن چه آوردیم - این‌که حق عیناً مانند حکم است - این است که بین جواز حقی در جواز قتل جانی به عنوان قصاص و بین جواز حکمی در جواز قتل کافر جز در این‌که اولی قابل اسقاط است بر خلاف دومی، فرقی نمی‌بینیم و این مثال برای حکم تکلیفی است. و هم‌چنین در جواز رجوع صاحب حق خیار در بیع که از آن به حق تعبیر می‌شود و جواز رجوع واهب در هبه که از آن به حکم تعبیر می‌شود، جز در قبول اسقاط در اولی و عدم آن در دومی، فرقی نیست و این مثال حکم وضعی است (غروی، پیشین، ص ۳۰).

در مصباح الفقاهه نیز آمده است:

عطف توجه کن آیا بین جواز قتل مشرک که حکم شرعی نامیده می‌شود و بین سلطنت ولی دم بر قتل قاتل که حق شرعی نامیده می‌شود، فارق می‌بینی؟ پس مجدداً نظر کن آیا بین حق حضانت و ابوت و ولایت و مشابه آن که قبول اسقاط نمی‌کند و بین حق شفعه و حق خیاری که قابل اسقاط است، فارق می‌بینی؟ (توحیدی، پیشین، ص ۳۴۰).

توضیح آن‌که از نظر محقق خوئی وجه مشترک حق و حکم اعتباری بودن آن دو است، اگرچه در آثار مختلف هستند. بنابراین، وجهی برای تقسیم مجعول شرعی یا عقلایی به حق و حکم نیست تا نیازی به بیان فارق بین آن دو باشد. در واقع، از نظر ایشان جواز و لزوم وضعی، مانند جواز و لزوم تکلیفی است و از نظر ماهیت و ذات فرقی بین آن‌ها نیست، اما در آثار اختلاف دارند به‌گونه‌ای که برخی قبول اسقاط می‌کند و برخی نمی‌کند

لکن این اختلاف به حکم شرع است؛ پس در برخی زمام حکم به دست شارع است و در برخی زمام حکم به حکم شارع به دست احد از متعاملین یا هر دو آن‌ها است و به هر حال در مقام اثبات از لسان دلیل تبعیت می‌گردد.

مؤلف فقه العقود، در پاسخ محقق خوئی می‌نویسد:

با بیانی که آوردیم فرق واضح می‌گردد، پس جواز قتل، به عنوان قصاص به جهت ولی دم و مصلحت وی است و جواز قتل کافر، به دلیل عدم حرمت خون وی است. و جواز فسخ به سبب خیار در نظر عقلا برای مصلحت فاسخ است و کلمه خیار که در لسان ادله وارد شده، اختیار صاحب حق را قصد می‌کند و در فهم عرفی اشاره به مصلحت صاحب حق دارد و ارتکاز عقلایی به قبول اسقاط حکم می‌کند، در حالی‌که از جواز فسخ هبه در لسان دلیل به عنوان خیار برای هبه‌کننده تعبیر نشده بلکه فرض حالتی است که به اصل هبه بر می‌گردد و آن این است که هبه عقد متزلزل است و از دلیل فهمیده نمی‌شود که جواز برای واهب و مصلحت وی وضع شده، اگرچه در حق حضانت، گاهی مصلحت مادر در ملاحظه شده، ولی شکی نیست که محض مصلحت مادر نیست، بلکه مصلحت طفل بدون شک در آن ملاحظه شده است، و این به خلاف حق شفعه و حق خیار است. با این بیان، سخن درباره حق ابوت یا ولایت و مشابه آن دو آشکار می‌شود (حائری، پیشین، ص ۱۳۸).

علاوه بر پاسخ استاد حائری، برخی از اساتید دیگر نیز به این نکته نیز اشاره داشته‌اند که لسان جعل در جواز قتل کافر، لسان جعل حکم است و حکم منحصر به احکام پنج‌گانه تکلیفی است که یکی از آن‌ها جواز می‌باشد، اما لسان جواز قصاص لسان جعل حق است و این حق که عبارت از سلطنت بر قصاص است جعل حکم نیست، چون حکم منحصر به احکام تکلیفی است و سلطنت بر قصاص یا اخذ دیه و یا عفو داخل در حکم نیست. در واقع محقق خوئی تصور کرده سلطنت بر قصاص همان جواز قصاص است و جواز قصاص با جواز قتل مشرک تفاوتی ندارد، در حالی‌که جواز قصاص به طور کلی در مورد قتل عمد وضع نشده، بلکه سلطنت برای ولی دم وضع شده و سلطنت اعم از قصاص، اخذ دیه و عفو قاتل است (مرعشی، ۱۳۷۶، ص ۲۳۴).

قابل ذکر است، بحث استاد حائری و محقق اصفهانی در ارائه ضابط عقلایی برای اسقاط حق بر این مبنا استوار است که مواردی نظیر حق ابوت، حق ولایت برای حاکم و حق وصایت از جمله حقوق باشند، آن‌گاه این سؤال پیش می‌آید که علت عدم اسقاط این‌گونه حقوق چیست؟ اما بر مبنایی که در بحث معنای اصطلاحی حق گفته شد و عبارات شهید اول، نائینی و

نقل به غیر دارد، مانند حق قسم می‌گوید که نقل آن به کسی که حق بر او می‌باشد؛ یعنی من علیه الحق ممکن نیست؛ زیرا حق گونه‌ای از سلطنت بر من علیه الحق است، لذا نقل آن به شخص من علیه الحق جایز نیست و تفاوتی نمی‌کند که نقل مجانی باشد یا به عوض به صورت بیع، صلح و غیر این دو. سپس محقق نائینی اضافه می‌کند که در برخی حقوق خصوصیتی وجود دارد که مانع از نقل حق به «من علیه الحق» می‌گردد؛ مانند حق الرهانه، حق شفعه و حق خیار.

به بیان دقیق‌تر، ایشان این بحث را در صورت نقل حق به من علیه الحق طرح می‌کند و الا از ناحیه خود نقل حق مشکلی وجود ندارد، بلکه اشکال از ناحیه وجود خصوصیتی در من علیه الحق است. اما روشن است که بحث نقل حق اختصاصی به طرف عقد ندارد و شامل اشخاص دیگر نیز می‌شود و در جوابی که از طرف برخی فقها از جمله امام خمینی (ره) داده شده است بحث نقل حق به طرف عقد و شخص ثالث به طور عام مطرح شده است (بی تا، ص ۴۸). به هر حال، محقق نائینی برای این قسم، مثال‌های سه‌گانه حق الرهانه، حق شفعه و حق خیار را می‌آورد که در ذیل به آن اشاره می‌گردد:

۱. در حق رهن، رهن حق ندارد که عین مرهونه را به دیگری منتقل کند؛ زیرا مرتهن بر رهینه به عنوان وثیقه سلطنت دارد تا در صورت عدم ایفای دین از سوی رهن، از محل رهینه دین خود را استیفا کند. بنابراین، رهن نمی‌تواند این حق مرتهن را صاحب گردد و عین را به دیگری منتقل کند.

۲. در حق شفعه، شریک می‌تواند سهم فروخته شده را از مشتری به استناد حق شفعه خریداری کند و این امر، یعنی نقل حق شفعه از سوی شریک به شخص مشتری تصور ندارد، چون در حال حاضر مشتری مالک حصه بوده و مالکیت وی حاصل است.

۳. در حق خیار، بایع به استناد این حق می‌تواند مبیع را تملک نماید و در صورتی که بایع مبیع را بفروشد نقل این حق به مشتری معنا ندارد، چرا که مشتری مالک مبیع است و ملکیت وی حاصل است (خوانساری، ص ۱۰۸-۱۰۹).

محقق اصفهانی نیز با تحلیل مشابهی نقل حق شفعه به مشتری و نقل حق الرهانه به مدیون (رهن) یا غیر مدیون را صحیح نمی‌داند (پیشین، ص ۴۹).

امام خمینی (ره) در بررسی و نقد کلام نائینی معتقد است این حقوق نیز قابل نقل به غیر اعم از طرف عقد یعنی من علیه الحق و شخص ثالث بوده و در رد استدلال نائینی می‌نویسد:

خیار حقی است که به عقد برمی‌گردد و صاحب خیار

دیگران نقل شد اساساً این موارد از جمله حقوق نیستند بلکه همه از احکام شرعی هستند. بنابراین، سر عدم قابلیت اسقاط این گونه موارد به حکم بودن آن‌ها برمی‌گردد. یک نکته در این ضابط وجود دارد که می‌تواند به عنوان مبنا در نظر گرفت و آن این است که ضابط بیان شده این قابلیت را دارد که به عنوان فارق و تمایز بین حق و حکم ارائه گردد. در واقع می‌بینیم که ملاک بیان شده قابل تطبیق بر حق و مصادیق حق از یک سو و حکم و مصادیق آن از سوی دیگر است.

۵- نقل پذیری حق

دومین ویژگی که فقها برای حق ذکر نموده‌اند، این است که حق قابلیت نقل دارد و مقصود از نقل این است که صاحب حق می‌تواند، حق خود را به دیگری منتقل کند اعم از این که این نقل حق معوض باشد یا مجانی، بیع باشد یا صلح و یا عقود دیگر. قابل ذکر است که در زبان فارسی از این اصطلاح به انتقال نیز تعبیر می‌شود و گاهی اوقات این دو واژه به طور مترادف در تعبیر «نقل و انتقال» به کار می‌رود و چنین تفکیکی در زبان و ادبیات حقوقی نیز ملاحظه نمی‌شود. اما در بحث آثار حق، ویژگی قابلیت نقل در برابر قابلیت انتقال به کار می‌رود و مقصود از نقل جابجایی حق به اسبابی مثل عقود است، در حالی که مقصود از انتقال نقل حق به اسباب قهری تملک نظیر ارث است. محقق نائینی، در این باره معتقد است که حقوق از این نظر یکسان نیستند؛ وی حقوق را به چند دسته تقسیم می‌کند:

حقوقی که فقط قابلیت اسقاط دارند، مانند حق قذف. حقوق قابل (اسقاط و) نقل به غیر که یا بدون عوض است، مانند حق قسم برای زوجه که بنا بر نظر برخی فقها بدون عوض قابل انتقال به غیر است و یا قابل نقل به غیر به صورت معوض است، مانند حق تحجیر. در این قسم نیز حقوق قابل نقل به غیر، یا نقل آن به هر کسی جایز است، مانند حق تحجیر و یا نقل آن فقط به برخی اشخاص جایز است، مانند حق قسم که نقل آن فقط به همسر دیگر مرد جایز است.

حقوق قابل (اسقاط) انتقال به ارث که غیرقابل نقل به غیر است؛ زیرا تلازمی بین انتقال و نقل حق نیست، مانند حق خیار که قابل انتقال به وارث است، اما نقل آن به غیر جایز نیست. محقق نائینی، ملاک در قابلیت نقل را عدم تقوم حق به شخص خاص می‌داند و ملاک قابلیت انتقال به ارث را داخل شدن در دارایی مورث می‌داند (خوانساری، پیشین، ص ۱۰۸).

محقق نائینی، در ادامه درباره قسمی از حقوق که قابلیت

سلطنت بر فسخ یا امضا دارد و لازمه فسخ رجوع هر یک از عین و ثمن به محل اول آن است، پس با فسخ، عین به بایع برمی‌گردد و ثمن به مشتری. و این معنا قابل نقل به غیر است و مقتضای آن چیزی جز فسخ عقد مذکور نیست، بدون این که فرقی بین نقل به اجنبی یا طرف معامله باشد، پس همان که جعل خیار در ابتدا نیز برای اجنبی یا طرف معامله صحیح بود و لازمه آن فسخ عقد و رجوع عوضین به صاحبان اولیه‌شان است نقل حق هم همین حکم را دارد. و از این جا حال شفعه نیز دانسته می‌شود؛ پس شفعه حقی است که به حصه مشاع فروخته شده تعلق می‌گیرد تا شریک آن را به ملکش ضمیمه کند و شفعه به این معنا قابل انتقال به اجنبی و طرف دیگر است، بنابراین، برای این دو حق ضمیمه کردن حصه به ملک شفیع وجود دارد. و اما رهن حق نیست بلکه حق - بعد از شرایط مذکور در محلش - قائم به عین مرهونه برای استیفای دین از آن است و این حق قابل انتقال به اجنبی است برای این که وی حق استیفای دین طلبکار از عین را داشته باشد. این حق را نمی‌توان برای راهن قرار داد؛ زیرا راهن قبل از جعل، این حق را داشته است، لذا نقل آن چه حاصل است معنا ندارد، جز آن که به اسقاط برگردد و این - بر فرض صحت - امر دیگری است (پیشین، ص ۴۸).

از عبارت فوق، روشن می‌شود که سخن محقق نائینی صحیح نیست و مقصود از نقل حق خیار به مشتری این است که وی با فسخ، حق ارجاع عین را به بایع دارد و مقصود این نیست که وی حق تملک عین را دارد تا گفته شود که با توجه به ملکیت فعلی وی این امر معقول نیست؛ زیرا تحصیل حاصل است. بنابراین، حق فسخ هم چنان که درباره بایع متصور است در مورد مشتری هم متصور است. درباره نقل حق شفعه نیز مقصود این است که مشتری (و یا شخص ثالث) حق اعمال شفعه را دارد تا حصه فروخته شده به ملکیت شریک درآید نه این که حصه را به ملکیت خود درآورد که اشکال شود ملکیت مشتری بالفعل حاصل است و نقل تصور ندارد.

۱-۵- اعتبار مالیت در نقل حق

بحث دیگری که در این جا قابل طرح است، شرط مالیت داشتن حق در انتقال آن در معامله است. قابل ذکر است که شیخ انصاری، در ابتدای بحث بیع مکاسب به مناسبت تعریف بیع، در مقام بیان شروط عوضین می‌فرماید که معوض یا مبیع حتماً باید عین باشد؛ زیرا شرط است که مبیع از اعیان باشد؛ بنابراین، منافع و حقوق نمی‌توانند به عنوان مبیع قرار داده شوند. اما عوض یا ثمن می‌تواند عین یا منفعت باشد. سپس شیخ متعرض بحث

حقوق شده است و حقوق را سه دسته می‌کند که در بحث اسقاط پذیری حق اقسام سه‌گانه و اصل عبارت ایشان را آوردیم. به هر حال، ایشان در صورت اول و دوم عوض قرار گرفتن حق را جایز نمی‌دانند، اما درباره قسم سوم می‌فرماید:

حقوق قابل انتقال، مثل حق تحجیر و مانند آن، اگرچه قابل نقل بوده و در صلح در مقابل مال قرار می‌گیرد، اما در جواز عوض قرار گرفتن آن اشکال است؛ زیرا به حسب لغت و عرف مال بودن در عوضین معامله شرط شده است (۱۴۱۰، پیشین، ص ۲۲۳-۲۲۴).

شیخ انصاری در نهایت با این استدلال بحث را جمع‌بندی می‌کند که حق، مال نیست و در ثمن یا عوض نیز مالیت شرط شده است، بنابراین، عوض قرار گرفتن حق را صحیح نمی‌دانند. برخی دیگر از فقها، مانند محقق خوئی اگرچه در نتیجه با شیخ موافق هستند، اما استدلال شیخ را صحیح نمی‌دانند. استدلال ایشان این است که این قسم حق، مال است؛ زیرا مثل حق تحجیر مورد رغبت عقلا بوده و در ازای آن مال می‌پردازند و به اصطلاح این قسم حق به حمل شایع مال است. اما ایشان دلیل عدم عوض قرار گرفتن حق را این می‌دانند که بیع عبارت از مبادله مال به مال به صورت اضافه یا ملکیت است؛ یعنی بیع مبادله بین متعلق اضافه یا سلطنت است و نه مبادله بین خود اضافه یا سلطنت. در واقع حق به عنوان حکمی از احکام، متعلق اضافه (اضافه مالک به حق) یا ملکیت بدین شکل که انسان مالک آن گردد قرار نمی‌گیرد، در حالی که گفتیم بیع مبادله بین مال با مال یا مملوک با مملوک است نه بین دو ملکیت یا دو سلطنت. البته ایشان قرارگرفتن نقل حق، یا اسقاط حق مثل فسخ عقد در حق خیار را به عنوان ثمن می‌پذیرد. بنابراین، بایع انجام فعل را بر عهده مشتری مالک می‌گردد و مشتری مکلف است که آن عمل را بعد از بیع انجام دهد هم چنان که در سایر افعال که به عنوان ثمن قرار می‌گیرند این گونه است (غروی، پیشین، ص ۳۴).

محقق نائینی نیز قائل به منع است، اما نه به جهت این که حق مالیت ندارد، بلکه به این دلیل که در بیع شرط است که هر یک از عوضین در ملک دیگری وارد شود و از نظر تعلق ملک به آن در جای عوض دیگر قرار گیرد، در حالی که این معنا در حق تحقق نمی‌یابد؛ زیرا حق از نظر سنخیت با ملک مباین است، بنابراین، حق نمی‌تواند طرف و متعلق ملک قرار گیرد (خوانساری، پیشین، ص ۱۱۰).

استاد حائری معتقد است که سخن شیخ انصاری و محقق خوئی وجهی ندارد؛ زیرا این که گفته می‌شود که عقلاً به مثل

شفعه که برای شریک قرار داده شده تضرر وی به عنوان مقوم حق در نظر گرفته شده است، پس نقل آن معنا ندارد. و در حق الرهانه نیز نیاز دائن به وثیقه نسبت به دین، مقوم ثبوت حق وی بر عین است، بنابراین، نقل حق جایز نیست و این به خلاف حق تحجیر است که قابل نقل می‌باشد؛ زیرا خصوصیتی که مقوم باقی ماندن حق برای خود تحجیر کننده باشد به طور عقلایی وجود ندارد (پیشین، ص ۱۳۸).

به نظر می‌رسد، نقدی که در باب ضابط عقلایی در بحث اسقاط حق گفته شد، این جا هم وارد است؛ زیرا مواردی نظیر ولایت پدر و حاکم از جمله حقوق نیست و از احکام به شمار می‌رود؛ بنابراین، این‌ها داخل در مفهوم حق نیست تا به واسطه ضابط مذکور عدم نقلشان استتاج شود، لکن همان‌طور که در آن بحث نیز آمد این ضابط می‌تواند به عنوان ملاک و مناط تشخیص حق از حکم اعتبار شود.

در مجموع، می‌توان این گونه جمع‌بندی نمود که نقل حق، به مانند اسقاط حق از ویژگی‌های اصلی حق می‌باشد و دلایل ذکر شده از سوی برخی فقها برای منع نقل حق، چه در نقل حق به من علیه الحق و چه در باب عوض قرار گرفتن حق در عقد بیع کافی نیست و بر مدعای ایشان دلالت ندارد. لذا قاعده این است که نقل حق جایز است و اگر در برخی موارد خاص نقل حق به دلیل خاصی ممنوع باشد، این امر جنبه استثنایی دارد. هم‌چنین در موارد مشکوک نیز اصل قابلیت نقل حق است که تفصیل بحث حکم موارد مشکوک در ادامه می‌آید. بنابراین، می‌توان این ویژگی را که حق قابل نقل است به عنوان یک گزاره در تبیین و توصیف نظریه حق ارائه نمود.

۶- انتقال‌پذیری حق

از مباحثی که در بحث نقل‌پذیری حق ارائه شد، این جمع‌بندی به دست می‌آید که درباره صورت‌های مذکور در کلام محقق نائینی و دیگران صورتی وجود ندارد که بین قابلیت نقل به غیر و قابلیت انتقال به ارث تفاوت باشد، فقط درباره صورت سوم در کلام نائینی یعنی حقوق قابل (اسقاط و) انتقال به ارث که غیر قابل نقل به غیر است، مانند حق خیار بحث در این بود که آیا این حقوق قابل نقل به غیر می‌باشد یا خیر؟ که استدلال محقق نائینی مبنی بر منع و نقد امام خمینی (ره) آورده شد. در واقع، کسی در قابلیت انتقال حق به سبب ارث مخالفتی ندارد و همه آن را جایز می‌دانند و اگر بحثی هست درباره نقل حق به غیر است که گذشت. به همین دلیل است که گاهی در کتاب‌های

حق تحجیر رغبت دارند و در ازای آن چیزی می‌پردازند از این باب است که ملکیت زمین نیز چیزی است که عقلاً به آن رغبت دارند و در ازای آن چیزی می‌پردازند به این اعتبار که به صفت مالکیت زمین متصف می‌شوند. این بدین معنا است که متعلق ملک مالیت دارد و معاوضه متعلق‌ها در هر چیزی به حسب خود است، بنابراین، معاوضه گاهی در عالم ملکیت است و گاهی در عالم حق (پیشین، ص ۱۴۳).

در واقع، استاد حائری سخن شیخ را از این جهت نمی‌پذیرد که معتقد است حق به طور دقیق مانند ملک است؛ یعنی حق نیز مال نیست هم‌چنان‌که ملک مال نیست؛ لکن حق مانند ملک به مال تعلق می‌گیرد، اما خود حق و ملک مال نیستند، بلکه متعلق آن‌ها مال است و مالیت متعلق در حل اشکال شیخ کافی است، همان‌گونه که در بحث ملک مالیت متعلق ملک و نه خود ملک در معاوضه کافی است. بنابراین، در معاوضه فرقی نیست در این‌که بین دو مال در عالم ملکیت یا در عالم حق باشد یا ملکیت و حق باشد و این‌که تعبیر به مبادله دو مال یا مبادله دو ملک یا دو حق شود تفاوتی نمی‌کند و مساوی است و همه این‌ها تعبیر از یک حقیقت واحد عرفی است (حائری، پیشین، ص ۱۴۱-۱۴۲).

به نظر می‌رسد، در این بحث حق با مؤلف فقه العقود است و از اساس، اشکال شیخ انصاری صحیح نیست. دلیل محقق خوئی هم برای منع کفایت نمی‌کند؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، رغبت عقلاً به حق مالیت نمی‌بخشد، بلکه همین که متعلق حق مالیت داشته باشد و مرغوب عقلاً واقع شود برای عوض قرار گرفتن حق کافی است و دیگر مانعی وجود ندارد.

۲-۵- ضابط عقلایی در نقل حق

مؤلف فقه العقود، در این بحث نیز معتقد است که می‌توان یک ضابط عقلایی برای جواز نقل یا انتقال به ارث از سخن محقق اصفهانی استنباط نمود و در توضیح آن می‌نویسد:

ضابط این است که اگر در صاحب حق خصوصیتی باشد که در نظر عقلاً مقوم حق است، پس نقل حق به شخص دیگری که دارای این خصوصیت نمی‌باشد جایز نیست، و اگر مقوم بودن این خصوصیت به طور عقلایی نفی شود، نقل حق جایز است. بنابراین، حق ولایت برای حاکم و پدر به طور عقلایی به دلیل خصوصیتی است که در حاکم یا پدر است، لذا نقل آن به دیگری معنا ندارد. و هم‌چنین حق وصایتی که موصی به وصی داده به دلیل خصوصیتی است که در وی بوده و موصی به طور خاص به وصی نظر داشته است، لذا نقل آن به غیر معنا ندارد. و در حق

فقهی بحث انتقال حق به ارث به طور جداگانه طرح نشده و معمولاً با بحث نقل پذیری حق تحت یک عنوان مورد بررسی قرار گرفته است.

قابل ذکر است که استاد حائری ضابطه عقلایی در انتقال حق به ارث را نیز عیناً به ملاک بیان شده در بحث نقل حق می‌داند. بدین معنا که اگر مورث واجد خصوصیتی باشد که به عنوان مقوم حق در نظر گرفته می‌شود، وارثی که فاقد آن خصوصیت است ارث نمی‌برد. البته معنای عدم انتقال حق به ارث این است که متعلق حق به عنوان ترکه اعتبار نمی‌شود، چون در غیر این صورت وارث از ترکه ارث می‌برد (حائری، پیشین، ص ۱۴۰).

برخی صاحب‌نظران، در این که قابلیت‌های سه‌گانه اسقاط، نقل و انتقال را به عنوان ضابط و مناط تشخیص حق قرار داده شوند ایراد کرده و در نهایت سعی نموده‌اند، ضابط دیگری را حداقل، به عنوان مکمل ضوابط سه‌گانه فوق برای تشخیص حق از حکم ارائه نمایند. ایشان با ایراد بر ملاک‌های فوق می‌نویسد:

اول- این نحوه تشخیص مستلزم دور است؛ زیرا قابلیت نقل و انتقال متوقف بر این است که حق بودن سلطه و توانایی محرز باشد و احراز این امر نیز خود متوقف بر قابلیت نقل و انتقال و اسقاط است. دوم- این درست است که حکم چیزی است که قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست، ولی این بدان معنا نیست که همه حقوق قابل نقل و انتقال باشد؛ زیرا همان‌طور که در بیان اقسام حق گفتیم همه اقسام حق این ویژگی را ندارند و پاره‌ای از آن‌ها فاقد این قابلیت هستند... پس این ضابطه برای تشخیص حق از حکم کافی نیست و باید گفت برای تشخیص درست، علاوه بر ضابطه مذکور باید به امر دیگری که همان مفاد ادله باشد نیز توجه شود. توضیح این که حق و حکم، هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی است. گاهی ادله مزبور بیانگر این معناست که اراده شخص در نتیجه حاصل از آن‌ها تأثیری ندارد؛ در این صورت، این نتیجه حکم است و در غیر این صورت نتیجه مزبور حق خواهد بود. به هر حال، به نظر می‌رسد فقیه باید با دقت در ادله شرعی موارد را از یکدیگر تشخیص دهد (محقق داماد، پیشین، ص ۲۸۸).

در نقد این دیدگاه، باید گفت این که گفته شود همه اقسام حق قابل اسقاط، نقل و انتقال نیستند، بنابراین، این سه ویژگی در همه اقسام حق وجود ندارد مطلب صحیحی نیست؛ زیرا اولاً قابلیت اسقاط به عنوان ملاک قطعی مورد پذیرش همه فقها است و مخالفی ندارد. دیگر این که همان‌طور که گذشت بنابر نظر، صحیح ملاک نقل و انتقال نیز قطعی است و در همه اقسام وجود

دارد. بنابراین، قاعده این است که نقل و انتقال حق جایز است و اگر در برخی موارد، نقل و انتقال حق به دلیل خاصی ممنوع است این امر جنبه استثنایی دارد و در واقع، به دلیل خصوصیتی در طرف حق است و نه به دلیل ویژگی خود حق. اما این سخن که گفته شد برای تشخیص درست حق از حکم، علاوه بر ضابطه مذکور باید به امر دیگری که همان مفاد ادله باشد نیز توجه شود مطلب درستی است که باید در موارد ابهام از آن بهره جست، اما نکته در این است که این ضابط از نظر ما ملاک ثانوی است و در مرحله اول بدان مراجعه نمی‌شود و کماکان قابلیت‌های سه‌گانه ضابط اصلی در شناخت حق از حکم می‌باشد.

علاوه بر خصوصیات سه‌گانه مذکور، برخی صاحب‌نظران ویژگی چهارمی را برای حق با عنوان امکان تعهد به سلب حق برشمرده‌اند که بر مبنای آن امکان تعهد علیه حق - برخلاف حکم- وجود دارد؛ بدین معنا که صاحب حق می‌تواند، به صورت تبریعی یا معوض متعهد شود که از حق خود استفاده نکند و این برخلاف حکم است که امکان تعهد به سلب آن وجود ندارد. در واقع، مقصود از امکان تعهد به سلب حق، این است که اگر صاحب حق تعهد کند که حق خود را اعمال نکند این تعهد نافذ است در حالی که در حکم سلب آن توسط شخص نافذ نیست (محقق داماد، پیشین، ص ۲۸۷).

به نظر می‌رسد، امکان تعهد به سلب حق همان اسقاط حق است؛ زیرا وقتی کسی متعهد می‌شود از انجام فعلی خودداری کند، این تعهد چیزی جز خودداری از اعمال و اجرای حق نیست در واقع، شخص در این جا حق خود را اسقاط کرده است. به‌طور مثال، اگر کسی خانه‌اش را بفروشد، به شرط این که خریدار آن را تا سه سال اجاره ندهد چنین بیع و شرطی صحیح است و شرط مذکور در ضمن عقد مصداق اسقاط حق است. بنابراین، نتیجه گرفته می‌شود که ویژگی‌های سه‌گانه اصلی ترین فارق بین حق و حکم می‌باشد.

اما بحث دیگری که این جا مطرح می‌شود این است که آیا اسقاط حق به صورت مذکور در فوق، در تعارض با ماده ۹۵۹ قانون مدنی: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند» می‌باشد یا خیر؟ به نظر می‌رسد که مقصود از "حق تمتع..." در ماده حق به معنای اصطلاحی آن نیست و حکم اراده شده است؛ زیرا حق تمتع و حق اجرای حقوق مدنی که همان اهلیت تمتع و اهلیت استیفا است از جنس حق به معنای خاص آن نیست و جنبه حکمی دارد. در توضیح دلیل این امر باید اشاره کرد که اهلیت تمتع و اهلیت استیفا لازمه شخصیت

تا تعهد بر ترک عمل جزئی مباح، از موارد تحلیل حرام باشد. لذا کسی نمی‌تواند حق نکاح یا معامله را به طور کلی از خود سلب کند، اما می‌تواند نسبت به عدم نکاح در مورد خاصی یا معامله با شخص معینی این حق را از خود سلب کند. البته در این جا بین تحریم حلال و تحلیل حرام فرق ظریفی وجود دارد؛ زیرا تحلیل حرام در موارد جزئی نیز باطل است، چه آن‌که در حرمت هیچ مورد و مصادقی نباید ارتکاب شود (شهیدی، پیشین، ص ۱۳۲-۱۳۳).

۷- نتیجه‌گیری

در این مقاله آثار و ویژگی‌های متمایزکننده حق از مفاهیم مشابه مانند حکم که جنبه کاربردی دارد و امکان تمیز حق را در موارد مشتبه بین حق و حکم فراهم می‌کند، بیان شد. قابل ذکر است که درباره ملاک‌ها و ضوابط سه‌گانه و بررسی و نقد نظرات فقیهان معاصر، بحث‌های بسیار دقیقی ارائه شد. درباره اسقاط‌پذیری حق آورده شد که این ویژگی، به عنوان یک قاعده فقهی از مسلمات فقهی است و مورد اتفاق فقهای متقدم و متأخر است و تردید در آن سزاوار نیست. علاوه بر این تصریح فقها را مبنی بر این‌که هر آن‌چه عنوان حق بر آن صادق باشد، قابل اسقاط است و هیچ حقی را نمی‌توان یافت که فاقد این ویژگی باشد آوردیم.

اما درباره نقل حق، این‌گونه نتیجه گرفتیم که دلایل برخی فقها برای منع نقل حق، چه در بحث نقل حق به من علیه الحق و چه در باب عوض قرار گرفتن حق در عقد بیع کافی نیست و بر مدعای ایشان دلالت ندارد. در واقع، قاعده این است که نقل حق جایز است و اگر در برخی موارد خاص نقل حق به دلیل خاصی ممنوع باشد این امر جنبه استثنایی دارد. در موارد مشکوک نیز اصل، قابلیت نقل حق است. درباره ویژگی انتقال حق به اسباب قهری نیز این جمع بندی را به دست دادیم که در صورت‌های مذکور در حق، صورتی وجود ندارد که بین قابلیت نقل به غیر و قابلیت انتقال به اسباب قهری تفاوت باشد.

اما ویژگی چهارمی را که برخی صاحب‌نظران، برای حق با عنوان امکان تعهد به سلب حق بر شمرده‌اند که بر مبنای آن امکان تعهد علیه حق - برخلاف حکم - وجود دارد، بررسی و نقد کردیم و نشان دادیم که امکان تعهد به سلب حق، همان اسقاط حق است.

حقوقی و از لوازم حیات انسانی هر فرد است، بنابراین، سلب این حقوق و انفکاک آن از فرد امکان‌پذیر نیست و این امر دلالت بر حکم بودن مفاد این ماده دارد (محقق داماد، پیشین، ص ۲۸۷).

علاوه بر این، تصریح ماده مبنی بر عدم جواز سلب حق تمتع به‌طور کلی و حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی، بر شمول ماده فقط نسبت به موارد سلب کلی این حقوق دلالت دارد؛ مانند این‌که شخصی به‌طور کلی ملکیت یا زوجیت را از خود اسقاط کند که در واقع همان سلب حکم است، اما سلب حق نسبت به موارد جزئی، نظیر این‌که مشتری در عقد بیع متعهد شود خانه خریداری شده را تا سه سال اجاره ندهد، مشمول م. ۹۵۹ ق. م. نیست و بلکه سلب حق جزئی به عنوان شرط فعل منفی مذکور در ضمن عقد بر مبنای م. ۲۳۴ ق. م. این شرط صحیح است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۱-۱۳۲).

قابل ذکر است که این بحث در آثار فقهی با عنوان تحریم حلال مورد بحث قرار گرفته است. شیخ انصاری در این‌باره معتقد است، ثبوت احکام برای موضوعات بر دو گونه است؛ گاهی ثبوت حکم برای موضوع مطلق است و حکم در هر حال حتی با عروض عنوان ثانوی دیگر قابل تغییر نیست. در این قسم که اکثر محرمات و واجبات را شامل می‌شود، حکم غیرقابل تغییر است و نمی‌توان با شرط بر عدم انجام آن عمل تعهد نمود؛ زیرا این شرط مخالف کتاب و سنت است و موجب تحریم حلال و تحلیل حرام می‌شود. اما گاهی ثبوت موضوع، برای حکم در حالت اولیه و عادی است و این حکم در صورت عروض عنوان ثانوی دیگر تغییر می‌کند. شیخ، اغلب مباحثات، مستحبات و مکروهات، بلکه همه آن‌ها را از این قسم می‌داند؛ زیرا در این قسم، تجویز انجام و ترک عمل، با توجه به ذات فعل و چشم پوشی از سایر عناوین است و این حکم اولی با ممنوعیت انجام یا ترک آن، در صورت تحقق عنوان دیگر منافات ندارد. به طور مثال، حکم خوردن گوشت حلیت و اباحه است، اما می‌توان با قسم، نذر و غیر آن متعهد به عدم انجام این عمل شد (انصاری، پیشین، ص ۵).

برخی استادان، با اشاره به مستند بحث فوق که نبوی مشهور در باب صلح و قاعده المؤمنون است به درستی اشاره نموده‌اند که با ملاحظه ظاهر روایات منظور از تحلیل حرام، رفع حکم حلیت یا حرمت به طور کلی است و نه التزام بر ترک فعل جزئی که از افراد حکم کلی اباحه یا حرمت می‌باشد. بنابراین، رفع اصل حکم اباحه یا حرمت ممنوع است اما در مصادیق و افراد آن حکم کلی، حکم اباحه یا حرمت به طور مستقل ثابت نیست،

۸- فهرست منابع و مآخذ

قرآن کریم.

اول - منابع فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰)، «مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام»، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۲. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، «حقوق مدنی، شروط ضمن عقد»، جلد چهارم، چاپ اول، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۳. طهران‌سی، محمد هادی، «رسالة حق و حکم»، تصحیح: نعمه اله صفری، نامه مفید، ش ۴، ص ۱۷۱.
۴. فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۰)، «نظریه حق در فقه و حقوق موضوعه»، رساله دکتری به راهنمایی دکتر سید مصطفی محقق داماد و مشاوره دکتر سید حسین صفائی، دانشگاه شهید مطهری.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، «مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران»، چاپ پنجاه و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱)، «قواعد فقه، بخش مدنی ۲»، چاپ پنجم، تهران: سمت.
۷. مرعشی، سید محمد حسن (۱۳۷۶)، «دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام»، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۸. مولودی قلاجی، محمد، «اسقاط ما لم یجب در فقه اسلامی»، ص ۲-۱، www.vekalat.com.
۹. «مجموعه قوانین اساسی - مدنی»، (۱۳۷۰)، تهران: مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد).

دوم - منابع عربی

- منشورات مکتبه الصادق.
۱۳. التبریزی، جواد (۱۴۱۶ ق.)، «ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب»، الطبعة الثالثة، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
 ۱۴. التسخیری، محمد علی (شارک و اشرف علی المشروع) (۱۴۲۵ ق.)، «القواعد الاصولیه و الفقیه»، الطبعة الاولى، تهران: الجمع العالمي بین المذاهب الاسلامیه.
 ۱۵. التوحیدی، میرزا محمد علی (۱۴۱۲ ق.)، «مصباح الفقاهه فی المعاملات (تقریرات المحقق الخوئی)»، الطبعة الاولى، بیروت: دار الهادی.
 ۱۶. الحائری، سید کاظم (۱۴۰۳ ق.)، «فقه العقود»، جلد اول، الطبعة الثانية، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
 ۱۷. الحکیم (طباطبائی)، سید محسن (بیتا)، «نخج الفقاهة»، چاپ اول، قم: انتشارات ۲۲ سخن.
 ۱۸. الحیمنی، روح اله (بیتا)، «البيع»، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
 ۱۹. الخوانساری، آقاموسی (۱۴۲۴ ق.)، «منیة الطالب فی شرح المکاسب» (تقریرات میرزای نائینی)، الطبعة الثانية، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
 ۲۰. الشهید الاول، محمد بن مکی (بیتا) «القواعد و الفوائد»، تحقیق: دکتر عبدالهادی حکیم، قم: منشورات مکتبه المفید.
 ۲۱. الشهید الاول و الثاني (بیتا)، «اللمعة الدمشقیة و الروضة البهیة»، تصحیح و تحشیه: سید محمد کلانتر، بیروت: دار العالم الاسلامی.
 ۲۲. الغروی الاصفهانی (کپانی)، محمد حسین (۱۴۲۵ ق.)، «حاشیه کتاب المکاسب»، الطبعة الاولى، قم: پایه دانش.
 ۲۳. الغروی، میرزا علی، «التفتیح فی شرح المکاسب (کتاب البيع) (تقریرات المحقق الخوئی)»، (۱۴۲۵ ق.)، الجزء السادس و الثلاثون، الطبعة الاولى، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
 ۲۴. المامقانی، عبدالله (بیتا)، «نهایة المقال فی تکملة غاية الآمال»، چاپ سنگی.
 ۲۵. المجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳ ق.)، «بحار الاتوار»، الطبعة الثانية المصححة، بیروت: مؤسسه الوفاء.
 ۲۶. مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ ق.)، «القواعد»، الطبعة الرابعة، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
 ۲۷. یزدی (طباطبائی)، سید محمد کاظم (۱۳۷۸ ق.)، «حاشیة السید»، تهران: دارالمعارف الاسلامیه - قم: دارالعلم.

۱۰. الآملی، محمد تقی (۱۴۱۳ ق.)، «المکاسب و البیع»، تقریرات میرزای نائینی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۱. انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ ق.)، «کتاب المکاسب»، بیروت: مؤسسه النعمان.
۱۲. بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۳ ق.)، «بلغه الفقیه»، الطبعة الرابعة، تهران: