**بررسی فرض شک در حق یا حکم بودن**

بحث در مقتضای قواعد در فرض شک بین حق و حکم بود، و به تعبیر صحیح تر، فرضی که مجعول ترخیصی وضعی شارع را احراز کردیم ولی شک داریم در این که آیا آثار سه گانه (قابلیت اسقاط، نقل و ارث) را دارد یا نه.

گفتیم برای روشن شدن این که حکم مساله در موارد شک در حق و حکم بودن چیست، باید بحث را در چهار مرحله پیگیری کنیم، سپس ببینیم بین این چهار مرحله، ترتیب به چه نحو است.

## بررسی مرحله اول

مرحله اول این بود که آیا دلیل دال بر حق و اولویت، می تواند شک ما را برطرف کند یا نه، به این معنی که از اطلاق دلیل استفاده کنیم در موارد مشکوک الحقیه، آثار سه گانه ثابت نیست. در این مرحله نسبت به هر سه اثر باید از مقتضای قواعد بحث شود.

### نسبت به اثر اول

در این مرحله، نسبت به اثر اول یعنی قابلیت اسقاط، در کلام آقای خوئی بیانی ذکر شده و ایشان فرموده می توانیم با تمسک به عموم دلیل، اثبات عدم قابلیت اسقاط کنیم. مثلا اگر در حق المارّه یا در مورد جواز رجوع در هبه، شک کنیم که قابل اسقاط است یا نه، دلیل جواز اکل ماره اطلاق دارد و مقتضای اطلاق آن این است که هم قبل از اسقاط (گفتن اسقطت) این حق وجود دارد و هم بعد از اسقاط، لذا اطلاق دلیل، حالت بعد از اسقاط را هم شامل می شود. همین طور دلیل دال بر جواز رجوع بر هبه، و دلیل من سبق اگر دلیل بر حق التحجیر باشد. در حق القصاص هم اطلاق آیه «من قتل مظلوما فقد جعلنا لولیّه سلطانا» هم قبل از عفو، قصاص را جائز می کند هم بعد از عفو و اسقاط. پس نسبت به قابلیت اسقاط، با مراجه به دلیل میتوانیم شک خود را برطرف کرده و اثبات عدم قابلیت اسقاط کنیم، با فرض این که دلیل اطلاق دارد.

### نسبت به اثر دوم

اما در مورد اثر دوم و سوم یعنی قابلیت نقل و ارث، این که دلیل دال بر اولویت، قابلیت نقل و ارث را نفی کند، در کلام آقای خوئی بیانی مطرح نشده است.

تقریب تمسک به دلیل دال بر اولویت برای نفی این دو اثر، این است که دلیل مثبت اولویت مثل حق الماره اطلاق دارد و فرضی که نقل داده شده را هم شامل می شود. یعنی دلیل حق الماره بیان می کند که مرور بر باغ غیر، سبب ترخیص در اکل است چه حدوثا و چه بقاءً بعد از نقل.

**اشکال:**

بین اسقاط و نقل فرق است. در بحث نقل، چنین نیست که اطلاق ادله اسباب، ناظر به این جهت باشند که آن امر ترخیصی (مثل حق مارّه) بعد از نقل هم ثابت است. در موارد اعتبارات ترخیصی که موقع حدوث اسباب حاصل می شوند، امکان نقل ثابت است. در ترخیص اشد و اقوی، که ملکیت است ، اگر کسی به احیاء یا غیر احیاء، مالک چیزی شود، می تواند ملکیت خود را به شخص دیگر منتقل کند. ثبوت نقل در مورد ترخیص اشد و اقوی، باعث می شود ادله اسباب، از حیث نقل در مقام بیان نباشد و نسبت به فرض بعد از نقل اطلاق نداشته باشد. لذا «من احیی ارضا فهی له» فقط دلالت می کند که با احیاء، ملکیت حاصل میشود، اما این که حتی بعد از نقل هم برای محيی باقی باشد دلالتی ندارد. اما در مورد اثر قابلیت اسقاط، از آنجایی که در مورد ملک که ترخیص اشد است، قابلیت اسقاط ثابت نیست، می توان به اطلاق دلیل برای نفی اثر قابلیت اسقاط تمسک کرد، برخلاف اثر دوم.

نتیجه اشکال این است که این که آقای خوئی در مرحله اول، فقط اثر قابلیت اسقاط را مطرح کرده و اثر قابلیت نقل را مسکوت گذاشته توجیه می شود.

**جواب اشکال**

بله در مواردی که مزیل داشتن برای اعتبار وضعی ثابت باشد، دلیل مثبت امر اعتباری دلالتی نسبت به این که چه چیزی مزیل است و چه چیزی نیست بیانی ندارد، و بر اين اساس نسبت به بعد از نقل دلالتی ندارد، اما اگر در مورد اعتباری ترخیصی، در اصل این که آیا قابل ازاله به نقل است و در اصل مزیل داشتن شک کردیم، دلیل امر اعتباری از این جهت نقصی ندارد. مثلا اگر در قابلیت نقل حق الماره یا حق التحجیر شک کردیم، اطلاق دلیل جواز اکل ماره ثابت است؛ چون مزیل داشتن در این مورد ثابت نشده. بله در جایی که اصل نقل پذیری ثابت باشد،در آنجا ديگردر دليل آن حق اطلاقی نسبت به حالت بعد از نقل وجود ندارد. اما درموارد وجود اطلاق وقتی اطلاق دلیل، بعد از نقل را هم شامل باشد ، به این معنی است که نقل کالعدم است و اثر ندارد.

پس در مرحله اول (دلیل دال بر ثبوت امر وضعی) نسبت به اثر دوم مقتضای اطلاق این است که حق بعد از نقل دادن هم ثابت است و طبعا اثر قابلیت نقل نفی میشود.

### نسبت به اثر سوم

اما نسبت به اثر سوم یعنی انتقال به ارث: همانطور که در برخی کلمات آقای خوئی اشاره شده، دلیل دال بر ثبوت ترخیص بیان می کند که امر ترخیصی برای نفس شخص اول ثابت است یعنی مثلا کسی که از باغ غیر عبور کرده، حق ماره دارد. از این دلیل نمی توان استفاده کرد که این حق به وارث منتقل می شود یا منتقل نمی شود.

بله اگر از دلیل دال بر ترخیص استفاده کنیم که ترخیص برای ذی حق است اما شخص اول خصوصیت ندارد و به تعبیر محقق اصفهانی خصوصیت شخص اول به نحو مقوم اخذ نشده باشد، طبعا این حق به ارث میرسد. اما فرض این است که دلیل فقط دلالت میکند بر این که مارّ حق اکل دارد یا ولیّ دم حق قصاص دارد، اما این که شخص خصوصیت دارد یا نه استفاده ای نشده است؛ چون دلیل، حق را روی عنوان ذی حق (مارّ و ولی دم) برده و نمی توان شمول حکم نسبت به حالت بعد از موت را استفاده کرد. بلکه عکس مطلب جای ادعا دارد و ممکن است کسی بگوید از خود دلیل استفاده می کنیم که این حق قابل ارث نیست و عنوان مارّ خصوصیت دارد چون ظاهر هر عنوانی که درخطاب اخذ شده اين است که برای ثبوت حکم موضوعيت دارد نه اين که حالت مرآتيت ومشيريت داشته باشد .

**لايقال :** با توجه به اين که حق قصاص برای >ولی مقتول< ثابت است، اگر ولی مقتول بميرد پسر او مصداق ولی مقتول می شود ودرنتيجه حق قصاص برای او ثابت می شود پس مقتضای اطلاق دليل انتقال حق قصاص به وارث می شود .

**فانه يقال :** به خود دلیل مثبت حق نمیتوان تمسک کرد زیرا همان طور که در اصول در بحث مشتق گفته شده، در جایی که عناوین متعدد موضوع حکم قرار گرفته اند، حکم در فرضی ثابت است که هنگام صدق عنوان اول، عنوان دوم هم ثابت باشد. عنوان «ولیّ مقتول» یعنی کسی که در زمان تحقق قتل و زمان صدق عنوان مقتول ولایت داشته باشد، لذا شامل کسی که بعدا مصداق ولیّ می شود نمی شود.

در کلام محقق اصفهانی ضابطه قابلیت ارث این بود که در دلیل، خصوصیت ذی حق اخذ نشده باشد، لذا فرمود حق الحضانه قابل ارث به دیگری نیست به خاطر اخذ خصوصیت ذی حق در موضوع آن. اگر از دلیل استفاده شود که خصوصیت ذی النفع ملغی است می توان قابلیت ارث را اثبات کرد.

اما دلیل دال بر ثبوت حق ، یا دلالتی بر این که خصوصیت اخذ شده یا نه ندارد، یا این که ظاهر دلیل اخذ خصوصیت و اختصاص است و هرکدام که باشد، اثر قابلیت ارث در موارد مشکوک قابل اثبات نیست.

حاصل مطلب در مرحله اول: نسبت به نفی اثر اول و دوم، اطلاق دلیل دال بر ترخیص قابل اخذ است و نسبت به اثر سوم، ممکن است گفته شود اگر از ظاهر دلیل، وجود خصوصیت ذی حق استفاده شود (کما لایبعد) قابلیت ارث منتفی خواهد بود.

## بررسی مرحله دوم

مرحله دوم از بحث این بود که آیا با تمسک به عمومات صحت عقود و معاملات می توانیم در موارد مشکوک، وجود اثر را ثابت کنیم یا خیر؟

### تقریب تمسک به عمومات برای ترتیب اثر اول و دوم

محقق اصفهانی فرموده معروف این است که با تمسک به عمومات و اطلاقات ادله معاملات می توانیم این آثار را بار کنیم. یکی از عمومات دلیل «الصلح جائز بین المسلمین» است. اگر ذوالحق با شخص دیگری مصالحه کند بر این که حق خود را اسقاط کند یا به دیگری نقل دهد در مقابل مبلغ معین، در فرضی که قابلیت عرفی برای اسقاط و نقل وجود دارد و از نظر عرفی عنوان صلح ثابت است، دلیل «الصلح جائز بین المسلمین» اقتضاء می کند که این صلح شرعا صحیح باشد. مدلول ابتدائی این دلیل، نفوذ شرعی صلح است و نتیجه آن این است که حق قابل اسقاط و قابل نقل است. اثر سوم یعنی انتقال به ارث هم با تمسک به عمومات ارث تصحیح می شود؛ چون ادله ارث عموم دارد و شامل موارد شک می شود.

آیا تمسک به عمومات در این موارد صحیح است یا نه؟ در دو مقام باید بحث شود: یکی جایی که قابلیت عرفی معامله مثل صلح محرز نیست، و دوم در جایی که قابلیت عرفی محرز است و شک فقط در قابلیت شرعی است. محقق اصفهانی تمسک به عمومات را فقط در فرض دوم به مشهور نسبت می دهد و معنایش این است که اگر قابلیت عرفی محرز نباشد، نمی توان به عمومات تمسک کرد؛ چون تمسک به عام در شبهه مصداقیه لازم می آید، زیرا شرط عمومات، وجود قابلیت عرفی است.

عمده بحث جایی است که قابلیت عرفی عقد ثابت است و فقط شک در قابلیت شرعی داریم. گفته شده که دلیل «الصلح جائز بین المسلمین» همه مصادیق عرفی صلح را تنفیذ کرده و لذا باید گفت مصالحه بر اسقاط یا نقل حق، شرعا صحیح است.

به این بیان مناقشاتی مطرح شده است:

#### مناقشه اول

هرچند دلیل «الصلح جائز بین المسلمین» اطلاق دارد، اما یقین به تخصیص آن داریم؛ چون مواردی وجود دارد که از نظر شرعی قابلیت اسقاط یا قابلیت نقل وجود ندارد. وقتی علم به تخصیص داشتیم، اگر در موردی شک در صحت اسقاط یا نقل کردیم، مرجع شک به این است که آیا این مورد، داخل در مخصص است، یا باقی تحت عام است. مثلا اگر شک کنیم در این که حق الماره قابل اسقاط است یا نه، شک به این برمیگردد که حق الماره داخل در عنوان مخصص (موارد غیرقابل اسقاط) است یا تحت عام باقی است.

محقق اصفهانی از این اشکال جواب داده است که: هرچند در این موارد علم به تخصیص داریم، اما دلیل مخصص این موارد را با عنوان غیرقابل نقل یا غیرقابل اسقاط خارج نکرده، بلکه واقع آن موارد را خارج کرده است، مثلا گفته است حق الحضانه قابل اسقاط نیست. وقتی مخصص، واقع عناوین را خارج کرد نه عنوان غیرقابل اسقاط یا نقل را، شک ما در قابلیت اسقاط حق الماره، شک در تخصیص زائد خواهد شد نه شک در شبهه مصداقیه مخصص، لذا رجوع به عام اشکالی ندارد. بله می توانیم از مجموع موارد خارج شده، عنوان غیرقابل اسقاط را انتزاع کنیم، اما نمی توانیم به شارع نسبت بدهیم که این عنوان را از تحت عمومات خارج کرده است.

به نظر ما جواب محقق اصفهانی تمام است؛ چون برای نسبت دادن عنوانی به شارع، باید مستند و دلیل داشته باشیم و دلیلی نداریم بر این که شارع، عنوان غیرقابل اسقاط را از تحت عام خارج کرده است. وجود تخصیصات یقینی تازمانی که به حد تخصیص اکثر نرسد، مانع از تمسک به عموم عام در موارد شک در تخصیص زائد نیست.

#### مناقشه دوم

مناقشه دوم مناقشه ای است که در کلام خود محقق اصفهانی مطرح بود و در کلمات مرحوم آقای خوئی هم اشاره شده است[[1]](#footnote-1). ایشان فرمودند شک در صحت معامله دو قسم است. گاهی شک در صحت معامله، ناشی از شک در قابلیت مورد معامله للمعاوضه است، و گاهی ناشی از شک در قابلیت سبب للسببیّه و قصور و عدم قصور سبب است. جریان اصاله العموم فقط در مورد دوم صحیح است اما اگر شک ناشی از قابلیت مورد باشد اصاله العموم نسبت به این فرض بیانی ندارد. مثلا اگر شک کنیم که کتاب با معاطات هم مورد معامله واقع می شود، یا شک کنیم در این که با بیع فارسی هم منتقل می شود، می توان به عمومات تمسک کرد. اما اگر غنائی که مضمون آن حق است و کیفیت آن لهوی است که صدق عنوان غناء بر آن مشکوک است، اگر شک در صحت اجیر شدن بر این تغنی پیدا کنیم، نمی توان به عمومات صحت اجاره تمسک کرد؛ چون در قابلیت مورد برای وقوع اجاره شک داریم والا سببیت اجاره للنقل تمام است. محقق اصفهانی فرموده در این موارد، نمی توان به عمومات اجاره یا اوفوا بالعقود تمسک کرد؛ چون این عمومات فقط نسبت فرض شک در قصور سبب نظر دارند ، اما اگر شک در قابلیت مورد باشد عمومات، نظارت و دلالتی نسبت به این جهت ندارند.

##### جواب از مناقشه و رد آن

مرحوم امام و مرحوم استاد از این مناقشه جواب داده اند. حاصل جواب مرحوم امام و مرحوم استاد به دو نکته برمیگردد:

نکته اول: در موارد احراز قابلیت عرفی، شک به این بر میگردد که تخصیصی به عام وارد شده است یا نه یعنی شارع قیدی اضافه کرد است یا نه؛ چون در فرضی که عنوان صلح یا بیع عرفی صادق است و شارع در صدد امضاء این عناوین است اگر این معامله شرعا صحیح نباشد، معنایش این است که شارع قیود دیگری برای صحت آن اضافه کرده است، لذا شک ما به شک در تخصیص عمومات برمی گردد. وقتی شک در تخصیص شد، اصاله العموم آمده است تا این شک را رفع کند و مفاد عمومیت خطاب این است که تخصیصی وارد نشده است.

نکته دوم: اگر عمومات را فقط ناظر به فرض شک در قصور سبب بدانیم، به این معنی است که مفاد عمومات را حکم حیثی بدانیم، در حالی که عمومات ظاهر در حکم فعلی است. عمومات می گویند حکم فعلی معاملات، نفوذ است نه این که از یک حیث نافذ باشد و از حیث دیگر نافذ نباشد، بلکه ظاهر آنها بیان حلیت و جواز من جمیع الجهات است.

**رد جواب**

اما به نظر میرسد هیچ کدام از این دو نکته تمام نیست.

اما نکته اول کافی برای جواب محقق اصفهانی نیست؛ چون محقق اصفهانی هم می پذیرد که شک به تخصیص بر می گردد، اما ادعا این است که عمومات، برای رفع هر شک در تخصیصی وارد نشده است، بلکه عمومات برای رفع شک در تخصیصی وارد شده که منشأ آن شک، شک در قابلیت مورد نباشد.

نکته دوم هم کافی برای جواب اشکال نیست؛ چون هرچند قاعده اولیه در ادله متکفل حکم این است که حکم را از جمیع جهات بیان کند و در مقام اهمال از یک جهت نباشد، اما منافاتی ندارد که در برخی خطابات قرینه ای وجود داشته باشد که به خاطر آن قرینه، خطاب را بر جهت خاصی حمل کنیم و بگوییم نسبت به همه موارد اطلاق ندارد. مثال معروف این مطلب، «کلوا ممّا أمسکن علیه» است که دلالت بر حلیت اکل آن چه کلب معلَّم آورده است می کند. این آیه با قطع نظر از قرینه، حکم فعلی را بیان می کند، اما با توجه به قرائن و سیاق، معلوم می شود که صرفا در مقام بیان این است که برای تحقق تذکیه و حلیت اکل، فری اوداج لازم نیست و آوردن کلب معلم هم کافی برای تذکیه است. اما در مقام بیان از جهت اين که آن قسمتی از بدن صيد که کلب معلم با رطوبت مسريه با آن برخورد کرده( که در جاهای ديگرموجب نجاست می شود ) بدون تطهير خوردن آن حلال است يا نه ،وهمينطور اگر خون در بدن حيوان ظاهر باشد ، این که مطلقا حلیت وجود دارد یا بعد از این که آن را تطهیر کردیم، از این جهات در مقام بیان حلیت اکل نیست. پس آیه فقط نسبت به حلیت از جهت تذکیه اطلاق دارد (کفایت امساک کلب معلم للتذکیه ) و از سایر جهات (طهارت و نجاست ماکول) در مقام بیان نیست.

بنابراین توضیح کلام محقق اصفهانی این است که ولو ظاهر اولی در عمومات عقود این است که حکم فعلی را بیان کند، اما با توجه به این که صلح اجاره و امثال آن، از اسباب نقل و انتقال اند، دلیل «الصلح جائز بین المسلمین» صرفا بیان میکند که شارع صلح را به عنوان سبب نقل و انتقال قبول دارد و از جهت سببیت قصوری ندارد، اما این که مورد به کار گیری این سبب، قابلیت دارد یا نه، در مقام بیان از این جهت نیست.

حاصل مطلب این که هرچند اصل اولی در عمومات این است که حکم فعلی را بیان کند، اما در مورادی که قرینه وجود دارد که عام فقط از جهتی خاص در مقام بیان است، نمی توانیم از جهات دیگر عمومیت را بار کنیم. لذا عمومات فقط در مقام تنفیذ سببیت اسباب است و مناقشه محقق اصفهانی وارد است.

#### مناقشه سوم

حتی اگر بپذیریم که عمومات از همه جهات اطلاق داشته و ناظر به حکم فعلی اند، اما در موارد مشکوک نمی توان به آنها تمسک کرد؛ چون یقینا به قیدی مقید شده اند و آن قید، عدم مخالفت با کتاب و سنت (حکم الله) است. لذا اگر در موردی شک در قابلیت شرعی داشته باشیم، در حقیقت شک داریم در این که آیا صحت معامله مخالف حکم الله است یا نه. عنوان تخصیص، عنوان «ما خالف الکتاب و السنه» است و شک در صدق عنوان مخصص بر مانحن فیه داریم و نظر معروف این است که تمسک به عام در شبهه مصداقیه خاص آن جائز نیست.

مقدمه مفروض در این مناقشه، این است که همه عمومات صحت عقود و معاملات، مقید به این قید هستند. برای اثبات این مقدمه دو راه وجود دارد:

راه اول: در مورد شرط در روایات تصریح شده است به این که «المومنون عند شروطهم الا شرطا حلّل حراما أو حرّم حلالا» و عرفا فرقی بین شرط و سایر التزامات نیست. یا این که بگوییم اصلا شرط به معنای مطلق التزام است که شامل همه عناوین معاملی می شود نه خصوص شرط اصطلاحی (التزام فی ضمن التزام)

راه دوم: تقیید صحت معاملات و عقود، متقضای حکم عقل است؛ چون اگر شارع احکامی را طبق مصالح و مفاسد جعل کند و سپس اجازه دهد که افراد برخلاف این احکام اولیه، التزام و شرط کنند،نقض غرض و خلاف حکمت شارع لازم می آید.

##### جواب از مناقشه و رد جواب

ممکن است از این مناقشه جوابی داده شود. حاصل جواب این است که در موارد شبهه مصداقیه مخصص اگر بخواهیم مستقیما به عام رجوع کنیم محل اشکال است. مثلا در اکرم العالم و لاتکرم العالم العادل، اگر شک در عدالت زید داشته باشیم نمی توان به عموم اکرم العالم تمسک کرد؛ چون عام بعد از تخصیص تبدیل می شود به «اکرم العالم الذی لایکون فاسقا». اما گر با مراجعه به اصل عملی، حال موضوع را منقح کرده و به کمک اصل احراز کردیم که موضوع، باقی تحت عام است، می توانیم به عام تمسک کنیم. لذا اگر زید قبلا عادل بود، به وسلیه استصحاب عدالت، حال موضوع روشن شده و از مشکوک الفسقیه خارج می شود و عام جاری خواهد بود. اگر هم حالت سابقه ای وجود نداشت مثل المرأه القرشیه، با مراجعه به استصحاب عدم ازلی حال موضوع را مشخص می کنیم و می گوییم مرأه، زمانی که موجود نبود انتساب به قریش هم نداشت و بعد از تولد او شک داریم در این انتساب و اصل عدم آن است. در مانحن فیه هم گفته می شود با کمک گرفتن از اصل، حال موضوع منقح می شود به این بیان که این شرط، قبل از تحقق آن، مخالف کتاب و سنت نبود، و استصحاب می گوید هنوز هم مخالف کتاب و سنت نیست لذا حال موضوع به وسیله اصل عملی منقح شده و می توان به عمومات صحت مراجعه کرد.

**رد جواب**

مرحوم امام در رد این جواب فرموده است که نمی توانیم به وسیله اصل، حال موضوع را مشخص کنیم به خاطر مطلبی که قُرّر فی محله. مراد ایشان اشکال مبنائی است زیرا استصحاب عدم ازلی را جاری نمی داند. لازمه این فرمایش این است که اگر کسی استصحاب عدم ازلی را جاری بداند اشکال وارد خواهد بود و می توان به عمومات مراجعه کرد.

اما پاسخ اصلی، همان طور که سابقا در بحث شخصیت حقوقیه بیان شد، پاسخی است که در کلمات مرحوم آقای خوئی بیان شده است. ایشان فرموده است هرچند فی نفسه استصحاب عدم ازلی را جاری می دانیم، اما در موارد شک در مخالفت با کتاب نمی توانیم از استصحاب عدم ازلی کمک بگیریم؛ چون این استصحاب، محکوم دلیل دیگری است. مواردی که شک در مخالفت با کتاب داریم یا از قبیل حکم تکلیفی است و یا از قبیل حکم وضعی. مثلا اگر شک کنیم جایی که در ضمن عقد نکاح شرط کنند غنائی که فقط کيفيت آن لهوی است نه مضمون آن چه حکمی دارد، اگر این عمل حرام باشد شرط آن در ضمن عقد اثری ندارد و مصداق شرط مخالف کتاب خواهد بود. در این جا اگر دلیل اجتهادی دلالتی بر حرمت یا حلیت عمل نداشته باشد، اصل برائت می گوید که این عمل حلال است و وقتی عمل حلال شد، شک ما برطرف می شود و دیگر شک ما در صحت شرط، شک در مخالفت با حکم الله نخواهد بود. اما اگر مشکوک امر وضعی باشد مثل شرط خیار که با اعمال آن عقد سابق منعدم می شود، اگر شک در مخالفت آن شرط با حکم الله داشته باشیم، اصل فساد در معاملات یا اصل عدم ترتب اثر، اصل حاکم بر استصحاب عدم مخالفت با کتاب است. پس در مورد شک در مخالفت با حکم الله، اصل عدم ازلی جاری نمی شود؛ چون در مرتبه سابق، اصاله الفساد می گوید این امر وضعی بار نمی شود، لذا احراز می کنیم که این شرط، مخالفت با کتاب دارد.

پس تکمیل پاسخ مرحوم امام به این است که نه مستقیما می توان به عام رجوع کرد و نه با تمسک به اصل، حال موضوع تنقیح می شود، حال یا چون اصل منقح موضوع استصحاب عدم ازلی است واستصحاب عدم ازلی کلا جاری نيست و یا از این باب که استصحاب عدم ازلی محکوم اصل سببی است.

حاصل این که در ناحیه عمومات، دلیلی نداریم که بتواند وجود اثر قابلیت اسقاط و قابلیت نقل را اثبات کند.

### تمسک به عمومات نسبت به اثر قابلیت ارث

آیا می توان برای ترتیب اثر قابلیت ارث در موارد مشکوک الحقیة، به عمومات ارث تمسک کرد؟ محقق اصفهانی فرمود معروف این است که برای اثبات اثر اول و دوم به عموم ادله صلح، و برای اثبات اثر سوم به عمومات ارث تمسک می کنند. مثلا اگر شک کردیم که حق الماره یا حق التحجیر به ارث می رسد آيا می توان به عموم ادله ارث تمسک کرد یا نه.

با توجه به نکاتی که سابقا با استفاده از فرمایش محقق اصفهانی در مورد ضابطه قابلیت ارث بیان شد، معلوم می شود که نمی توان به عمومات ارث برای اثبات این اثر تمسک کرد. سابقا گفته شد حقی قابل انتقال به ارث است که در آن حق، خصوصیت ذی الحق در حال حیات اخذ نشده باشد و به عبارت دیگر حیات ذی الحق به عنوان خصوصیت در مورد حق ثابت نشده باشد. اگر حق «مادام کونه حیا» ثابت نشده باشد به ارث می رسد، اما اگر خصوصیت حیات اخذ شده باشد قابل ارث نیست. وجه این که امکان ارث دائر مدار اخذ خصوصیت حیات است، این است که در موضوع ادله ارث، عنوان «ماترکه المیت» اخذ شده است. عنوان ما ترک و باقی گذاشتن، (همانطور که از برخی کلمات آقای خوئی استفاده می شود) در جایی ثابت است که در آن امر، قید حیات اخذ نشده باشد والا اگر خصوصیت حیات اخذ شده باشد نمی گویند میت رفت و آن را ترک کرد و به جا گذاشت. بنابراین اگر در موردی خصوصیت حیات اخذ نشده باشد مثل حق التحجیر که عمل تحجیر موجب حدوث حق تحجیر است و در ثبوت این حق، خصوصیت حیات اخذ نشده است، میتوان گفت به ارث می رسد. اما اگر خصوصیت حیات اخذ شده باشد مثل حق القسم امکان ارث وجود ندارد. لذا گفتیم اگر ضرّه‌ زوجه، جزء وراث او هم باشد (مثل رابطه عمه و برادرزاده يا خاله وخواهرزاده) در زمان حیات، قابلیت نقل حق القسم به او وجود دارد، اما اگر فوت کند با این که او هم زوجه است اما این حق به او ارث نمی رسد؛ چون این حق، به خاطر حیات زوجه و مادام کونها حیا ثابت شده است، لذا به ارث نمیرسد.

اما اگر شک در قابلیت ارث داشته باشیم کما فیما نحن فیه، معنایش این است که احتمال می دهیم که حق متقوم به حیات باشد و وقتی احتمال تقوم حق به حیات را بدهیم، نمی توان به عموم ما ترک تمسک کرد؛ چون شبهه مصداقیه دلیل است و هیچ کس قائل به جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عام نیست.

## بررسی مرحله سوم

مرحله سوم این بود که اگر نه از دلیل دال بر حق و نه از عمومات معاملات و عقود نتوانستیم حکم فرض شک در حق بودن را اثبات کنیم، باید ببینیم برای تعیین حکم واقعه، آیا عمومات واطلاقات اوليه مناسب با مورد شک وجود دارد که شک را برطرف کند یا نه؟

مرحوم آقای خوئی در این بحث فرمود مثلا در مورد حق القصاص یا حق الماره بعد از گذشت از مرحله اول و دوم، اگر صاحب حق، حق القصاص خود را اسقاط کرد و سپس پشیمان شد، ادله اجتهادی مناسب با این فرض، ادله ای است که حرمت قتل مومن را اثبات می کند. قاتل از عنوان مومن خارج نشده و اطلاق دلیل اجتهادی حرمت قتل مومن، شامل این فرض که ولی دم حق خود را اسقاط کرده می شود. هرچند عمومات حرمت قتل مومن تخصیص خورده اند به ادله قصاص که حرمت قتل را ولو در فرض ایمان تخصیص میزند، اما وقتی دلیل مخصص مجمل شد و اطلاق نداشت (کما هوالفرض) مانحن فیه از مواردی خواهد بو که مخصص منفصل، شبهه مفهومیه دائر بین اقل و اکثر دارد و در این موارد، باید به عام رجوع کرد؛ چون مخصص در موارد مشکوک یعنی اکثر، بیانی ندارد و نمی تواند مقيد عام باشد. همانطور که در فرض اجمال مفهوم فاسق در لاتکرم العالم الفاسق در مورد عالم مرتکب صغیره، این دلیل بیانی ندارد و به عام اکرم العلماء باید رجوع کرد. در مانحن فیه هم شبهه مفهومیه است و دائر بین سعه و ضیق است و نمی دانیم سلطنتی که در آیه «فقد جعلنا لولیّه سلطانا» برای ولی دم جعل شده، سلطنت ضیق است یا این که سعه دارد و شامل فرض بعد از اسقاط هم می شود. مراد از اصطلاح شبهه مفهومیه، خصوص فرض شک در معنای لغوی یا عرفی نیست، بلکه هرجایی که در مجموع شک ما به متفاهم از لفظ برمی گردد و شک داریم در این که مراد به نحو ضیق است یا سعه را شامل می شود. لذا مقداری که یقینا از تحت عام خارج شده حالت قبل از عفو است، و نسبت به حالت بعد از عفو شک داریم که باید به عموم حرمت قتل مراجعه کنیم.

در مورد حق الماره هم وقتی شک در قابلیت اسقاط داشتیم، اگر دلیل اکل الماره اطلاق نداشت، عموم قابل جریان در این مورد، عمومات حرمت تصرف در اموال غیر بدون اذن مالک آن است که اکل الماره را در این فرض تحریم میکند. بنابراین نتیجه تمسک به عمومات در این دو مورد، همان نتیجه قابلیت اسقاط است.

این مطالب از جهت قاعده ای اشکالی ندارد اما از جهت تطبیقی، به نظر میرسد تمسک به عام در این موارد در صورتی صحیح است که مورد از شبهات مفهومیه مخصص منفصل باشد، اما اگر مخصص متصل باشد، همان طور که در شبهه مصداقیه مخصص متصل نمیتوان به عام تمسک کرد، در شبهه مفهومیه مخصص متصل هم نمی توان به عام تمسک کرد. اشکال در مورد حق القصاص این است که جواز قتل قاتل در موارد قصاص امری موافق ارتکاز است و این مخصص لبّی به منزله مخصص متصل است، لذا آیه شریفه «من یقتل مومنا» از همان ابتدا مقید است به «من یقتل فی غیرموارد القصاص». لذا هرچند این تقیید در خطاب ذکر شده، اما با توجه به مرتکز بودن، به منزله قرینه متصله است، پس اشکال این است که در مثال حق القصاص به عموم حرمت قتل مومن نمی توان تمسک کرد.

تمامیت این اشکال صغروی مبتنی بر این است که اولا ارتکازی بودن حق القصاص در میان عقلاء بماهم عقلاء را قبول کنیم و ثانیا این حکم، حکم ظاهر و واضحی باشد به طوری که هر کس عام را شنید، مخصص آن هم در ذهنش شکل بگیرد. اما اگر هر کدام از این دو امر را انکار کنیم، مخصص عام مخصص متصل نخواهد بود.

به نظر میرسد انکار مطلب اول وجهی ندارد ولو برخی روشن فکر مآبان قائل شده اند به این که قصاص ارتکازی نیست و مخالف حقوق بشر و امثال ذلک است. اما می توان مطلب دوم یعنی وضوح و روشنی آن انکار کرد؛ زیرا این امر ارتکازی به حدی از ظهور نرسیده است که به نحو مخصص متصل به عام باشد. لذا در این صورت، مخصص منفصل خواهد بود نه مخصص متصل، و می توان به عام رجوع کرد.

## بررسی مرحله چهارم

مرحله چهارم این بود که بعد از این که هیچ کدام از مراحل سه گانه قبل، نتوانست حکم مساله را روشن کند، مقتضای اصل عملی در این موارد مشکوک چیست. مثلا اگر ولی القصاص حق قصاص را عفو کرد و شک داشتیم که آیا حق قصاص قابل اسقاط است یا نه، حکم مساله به لحاظ اصول عملیه چیست؟

در این موارد، اصل به دو نحوه قابل جریان است: اصل موضوعی و اصل حکمی. اصل موضوعی این است که بقاء نفس حق را استصحاب کنیم مثلا بگوییم قبلا حق قصاص وجود داشت و الان هم وجود دارد. اما اگر اصل موضوعی جاری نشد، مقتضای اصل به لحاظ اصل حکمی باید بررسی شود. مثلا در مورد حق قصاص ممکن است بگوییم مقتضای اصل حکمی، استصحاب جواز قتل قاتل است یا این که اگر استصحاب جاری نشد، مقتضای اصل حکمی، جواز قتل است چون شبهه بدویه تحریمیه است. در حق الخیار هم وقتی شخص حق خیار خود را اسقاط کرد وسپس پشیمان شد، اصل موضوعی این است که بگوییم قبلا حق فسخ داشت و الان شک داریم که حق فسخ باقی است یا نه و آن را استصحاب کنیم. اما اصل حکمی این است که اگر اسقاط موثر باشد، فسختُ گفتنِ بعدی لغو و بی اثر است و مال بر ملک شخص باقی است، لذا اصل حکمی استصحاب بقاء ملکیت بائع نسبت به ثمن است. پس در برخی موارد اصل به لحاظ حکم وضعی جاری می شود و در برخی موارد به لحاظ حکم تکلیفی جاری می شود مثل حق الماره که اصل جاری در آن، اصاله الحل است[[2]](#footnote-2).

مقداری از این بحث درکلام خوئی مطرح شد. ایشان فرمود نمی توان به استصحاب تمسک کرد چون استصحاب در شبهات حکمیه را جاری نمی دانیم، لذا نوبت به سایر اصول عملیه مثل اصاله الحل و غیره می رسد.

اما در این جا شبهاتی در جریان اصل هم به لحاظ موضوع و هم به لحاظ حکم وجود دارد.

یکی از شبهات، همین مطلب است که آیا می توان در شبهات حکیمه به استصحاب مراجعه کرد یا این که موارد شبهات حکمیه، محل تعارض بین استصحاب بقاء مجعول و استصحاب عدم جعل زائد است؟

شبهه دیگر این است که در برخی موارد، اشکال تعلیقی بودن استصحاب وجود دارد و برخی مثل محقق نائینی و تلامذه ایشان جریان استصحاب تعلیقی را انکار کرده اند.

### شبهه اول و جواب از آن

تقریب تعلیقی بودن استصحاب: اگر حقیقت حق خیار را تحلیل کنیم، می یابیم که خیار چیزی نیست جز این که در فرضی که شخص فسختُ بگوید عقد منفسخ می شود که عبارت است از تعلیق و تقدیر. محقق نائینی و مخالفین جریان استصحاب تعلیقی گفته اند «العنب اذا غلی یحرم» ولو به نحو قضیه شرطیه بیان شده باشد، اما آنی که در مقام ثبوت جعل شده است حرمت علی تقدیر الغلیان است؛ چون هر شرطی به قيد درقضیه حقیقه بر میگردد. لذا شرط قید موضوع است و قبل از تحقق شرط، حکمی وجود ندارد تا بخواهیم آن را استصحاب کنیم.

اما در بحث استصحاب تعلیقی غیر از قول به جریان مطلق و عدم جریان مطلق، قول سومی وجود دارد که مرحوم استاد قائل به آن بودند و آن قول به تفصیل است. حاصل تفصیل این است که حکم تعلیقی دو قسم است: گاهی تعلیق در ذات حکم است به طوری که خود حکم با خصوصیتی که دارد به نحو معلق قابل اعتبار است در مقابل حکم تنجیزی. اما گاهی حکم تعلیقی، اعتبار مستقلی در مقابل حکم تنجیزی نیست و حکم مستقلی جعل نمی شود. در قسم اول که نفس حکم تعلیقی قابل جعل است اعتبارا، قائل به جريان استصحاب تعلیقی می شویم. مثال این قسم از تعلیق، طهور بودن آب است. مطهر بودن وصف خاصی است که در آب اعتبار می شود. در آب یک حکم تنجیزی وجود دارد که عبارت است از این که شیئ نجس وقتی با آب شسته شود پاک می شود، اما در کنار این حکم تنجیزی، نفس اعتبار مطهّر بودن و موجب رفع قذارت بودن، معنایی است که قابلیت جعل دارد. وجه این قابلیت جعل، این است که با مراجعه به عالم خارج می بینیم برخی اشیاء تکوینی، خصوصیات ذاتی دارند که می توانند قذارت ها و جِرم ها را از بین ببرند. این خصوصیتِ رافع قذارت بودن تکوینی، اثر تنجیزی که دارد این است که قذارت را از بین می برد، اما قبل از این که بالفعل قذارت را از بین ببرد، نفس این خصوصیت برطرف کنندگی، خصوصیتی است که در آن وجود دارد. پس در مورد طهور غیر از حکم تنجیزی (ارتفاع نجاست به استعمال آب) اعتبار دیگری به نام وصف طهوریت امر معقولی است و شارع علی وزان امور تکوینی، آن را اعتبار کرده است. در مواردی که معنای تعلیقی قابل اعتبار باشد، استصحاب در خود امر تعلیقی جاری می شود، لذا اگر قبلا آب مطلق بود و مطهریت داشت و الان در اثر تغييری که در آن پيدا شده (مثل اينکه به رنگ سبز ديده می شود بدون اينکه از اطلاق خارج شده ومضاف شده باشد )در بقاء آن شک کردیم، می توانیم استصحاب مطهریت جاری کنیم. پس در احکام تعلیقیه ای که اعتبار آنها مستقلا معقول است و از ادله استفاده چنین معنایی میشود، استصحاب تعلیقی مشکلی ندارد؛ چون خود این وصف بما أنه وصف وجود فعلی دارد. مرحوم آقای صدر فرموده در همه موارد حکم تنجیزی، می توانیم به دلیل لفظی نظر کنیم و اگر به نحوی بود که استفاده کردیم به خصوصیت شیء وجود مستقل می دهد، می توانیم استصحاب تعلیقی جاری کنیم. اگر بیان آقای صدر را هم نپذیریم، لااقل در برخی موارد می توان استصحاب تعلیقی را جاری دانست.

خیار هم از همین قبیل است. اگر ذوالخیار فسخت بگوید عقد منفسخ می شود که این حکم تنجیزی است، اما خود این وصف ذوالخیار بودن، وصفی است که در مورد ذی حق اعتبار شده است و موافق ارتکاز عقلائی است. لذا همین وصف و حالت را استصحاب می کنیم. پس ا اشکال استصحاب خیار، از جهت اصل موضوعی برطرف می شود.

### شبهه دوم و جواب از آن

اما شبهه جریان استصحاب در شبهات حکمیه شبهه ای است که هم در استصحاب موضوعی و هم استصحاب حکمی مطرح می شود. اما نسبت به این شبهه هم تفصیل وجود دارد. هرچند برخی مثل مرحوم آقای خوئی تبعا للمحقق النراقی قائل به عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیه اند به خاطر تعارض استصحاب بقاء مجعول با استصحاب عدم جعل زائد یا حکومت استصحاب عدم جعل زائد، اما محقق نراقی که مستشکل اصلی است بیانی دارد که حاصل آن تفصيل بين موارد است . ایشان فرموده در برخی موارد شبهات حکمیه، اشکال تعارض وارد نیست و آن جایی است که از دلیل احراز نکرده باشیم که حکم مجعول، امری است که حدوث آن کافی است برای بقاء آن مگر در فرض آمدن مزیل. اما اگر از ادله شرعیه لفظا یا به مناسبات حکم و موضوع استفاده کردیم که مجعول شرعی، امری است که اگر حادث شود باقی می ماند تا زمانی که مزیل برای آن حادث شود، جریان استصحاب مشکلی ندارد. ایشان مواردی را برای این قسم شمرده است، مثل زوجیت دائمه که باقی است تا زمانی که مزیل (طلاق یا غیرطلاق) حادث شود. یکی از این موارد، ملکیت است. اگر ملکیت در جایی برای شخصی ثابت شود و شک در بقاء آن کنیم، شک به این برمیگردد که آیا مزیل ملکیت وجود دارد یا نه، لذا استصحاب عدم اعتبار مزیلیت جاری می شود. پس چنین نیست که اگر کسی استصحاب در شبهات حکمیه را جاری ندانست، در مواردی مثل ملکیت و زوجیت به مشکل بر بخورد.

حکم مراحل چهارگانه تمام شد.

# بررسی ترتیب بین مراحل چهارگانه

بعد از روشن شدن مقتضای قواعد به لحاظ چهار مرحله، نوبت به بیان کیفیت ترتیب بین این مراحل میرسد.

## ترتیب بین مرحله اول و دوم

اگر مقتضای قواعد به لحاظ مرحله اول مخالف با مقتضای قاعده به لحاظ مرحله دوم شد حکم مساله چیست؟ مثلا در فرض شک در قابلیت اسقاط حق الماره، در مرحله اول بگوییم مقتضای اطلاق دلیل مثبت حق الماره، این است که این حق بعد از اسقاط هم وجود داشته باشد، در حالی که مقتضای عمومات صلح این باشد که مصالحه بر اسقاط جائز است. در این فرض که بین نتیجه مرحله اول و نتیجه مرحله دوم تفاوت وجود دارد، ممکن است ابتداءً به نظر برسد که مرحله اول مقدم است؛ چون دلیل در مرحله اول خاص است در حالی که در مرحله دوم به عمومات تمسک می کنیم. اما واقع مطلب این است که باید به مقتضای دلیل در مرحله دوم اخذ کنیم؛ چون ادله عامه در مرحله دوم، حاکم بر ادله خاصه در مرحله اول هستند. عمومات در مرحله دوم مثل عمومات صحت بیع و صلح بعد از فراغ از اصل ثبوت حق، در مقام این هستند که آن حق با عقد صلح قابل اسقاط است. وجه حکومت این است که لسان بیان سعه و ضیق دلیل دیگر را دارند بعد از مفروغ عنه گرفتن و فراغ از اصل آن. همانطور که ادله ای مثل رفع مااضطروا علیه مقدم بر دلیل ثبوت کفاره است که اصل ثبوت کفاره را درموارد خاصه بیان می کند؛ چون دلیل رفع، بعد از فراغ از اصل حکم اولی، بیان می کند که فعل در حالت اضطرار اثر ندارد. همینطور ادله اجزاء و شرائط نماز مثل سوره، حاکم بر ادله عامه وجوب صلاه است زیرا میگوید نمازی که وجوب آن مفروغ عنه است، باید در آن سوره خوانده شود. در مانحن فیه هم دلیل اکل ماره، اصل جواز اکل ماره را بیان می کند، اما دلیل الصلح جائز بین المسلمین به عنون حاکم مقدم می شود. در اصول گفته شده است که دلیل حاکم مقدم بر دلیل محکوم است، ولو نسبت بین آنها عموم و خصوص من وجه باشد.

پس حکم ترتیب بین مرحله اول و دوم این است که مرحله دوم مقدم است.

## ترتیب بین مرحله اول و سوم

اگر در مرحله سوم عامی داشتیم که بعمومه حکم را اثبات میکرد و در خصوص مورد وارد نشده بود مثل دلیل حرمت قتل مومن در حق القصاص، و مثل دلیل عدم جواز تصرف در مال غیر در بحث حق الماره، واضح است که این عام فقط در صورتی قابل تمسک است که از ادله خاصه مرحله اول نتوانسته باشیم استفاده ای کنیم. اگر از دلیل خاص مثبت حق الماره که در مرحله اول قرار داشت، اطلاق نسبت به حالت بعد از اسقاط استفاده شد، نوبت به دلیل عام حرمت تصرف در مال غیر نمی رسد. پس بعد از نبود دلالت در دلیل خاص است که نوبت به مرحله سوم می رسد.

پس به ترتیب: اول نوبت مال دلیل در مرحله دوم است ، سپس نوبت به دلیل در مرحله اول می رسد و سپس دلیل در مرحله سوم.

## ترتیب بین مرحل سوم و چهارم

واضح است که وقتی نوبت به مرحله چهارم (اصول عملیه) می رسد که دلیل اجتهادی عام یا خاص دلالت بر حکم مورد نداشته باشد و الاصل دلیلٌ حیث لادلیل.

اما در کلام آقای خوئی عبارتی بود که فرمود در جایی که از ادله نتوانستیم استفاده ای کنیم، اگر استصحاب در شبهات حکمیه را جاری بدانیم مساله حل می شود، اما اگر جاری ندانستیم، به سایر اصول لفظیه و عملیه مراجعه می شود. این که رجوع به اصول لفظیه را بعد از مرحله اصل عملی قرار دادند، مطلبی است که صحیح نیست و منافات با مبانی ایشان دارد. چنین نیست که اول استصحاب را لحاظ کنیم، سپس اگر استصحاب جاری نشد نوبت به اصل لفظی برسد. این بحث در مبحث دوران بین عموم عام و استصحاب حکم خاص در مواردی از جمله بحث فوریت خیار مطرح شده است. گفته شده است که دلیل خیار غبن دلالت بر جواز فسخ در موارد غبن می کند و عموم اوفوا بالعقود دلالت بر لزوم و عدم فسخ به نحو عام می کند. دلیل خیار دلالت میکند در آنی که ملتفت به غبن شد می تواند فسخ کند. آن زمان متیقن از تخصیص است، اما اگر فسخ نکرد و مدتی گذشت دلیل لفظی خاص، دلالتی ندارد و استصحاب می گوید این جواز فسخ هنوز باقی است. در آن بحث خود مرحوم آقای خوئی و دیگران فرموده اند استصحاب در فرضی جاری است که دلیل عام، دلالتی نداشته باشد، والا اگر دلیل عام نسبت به فرض تراخی بیان داشته باشد، نوبت به استصحاب نمی رسد. لذا این مطلب ایشان در این بحث، حمل بر سبق لسان یا اشتباه مقرر می شود.

در بحث شک در حق و حکم مقتضای قواعد عامه به لحاظ بحث کبروی بیان شد. اما از جهت صغروی جای بحث تطبیقی وجود دارد. در کلمات فقهاء برخی حقوق مطرح شده که در قابلیت اسقاط آنها بحث شده است یا اصل حق یا حکم بودن آنها مورد تردید و بحث واقع شده است. به عنوان اشاره برخی از آنها را بیان خواهیم کرد.

1. محاضرات ج2 ص 24 [↑](#footnote-ref-1)
2. استصحاب عدم جواز تصرف در مال شخص چرا جاری نباشد؟ [↑](#footnote-ref-2)