

بررسی ماهیت حکم و ملکیت و تطبیق آن بر ملکیت *

□ سید هادی نوروزیان **

چکیده

در باب ماهیت حکم سه نظر وجود دارد، عده‌ای حکم را از باب انشاء و بعضی آن را امری تکوینی - که همان اراده و کراهت شارع باشد - می‌دانند و دسته سوم حکم را از باب اعتبار می‌دانند، و مراد از اعتبار همان ادعا و تنزیل در اینجا می‌باشد. مثلاً وجوب همان قرار دادن اراده نفسانی مولی به عنوان مصداقی از طلب تکوینی است از باب ادعا و تنزیل.

در باب جعل حکم وضعی نیز سه قول وجود دارد، عده‌ای آن را قابل جعل استقلالی می‌دانند و عده‌ای آن را دارای جعلی به تبع حکم تکلیفی می‌دانند، و عده‌ای نیز در مسئله قائل به تفصیل اند. مهم‌ترین فرق بین حکم تکلیفی و وضعی این است که احکام تکلیفی مستقیماً به افعال مکلف تعلق می‌گیرد ولی احکام وضعی مستقیماً به افعال انسان تعلق نمی‌گیرد.

در مورد ماهیت ملکیت نیز سه احتمال وجود دارد، یعنی ممکن است گفته شود که ملک از باب مقولات است یا امری انتزاعی است یا امری اعتباری. با اینکه اعتباری بودن ملک امری وجدانی است لکن بر این مسئله برهان نیز اقامه شده است.

در معنا و مفهوم ملک نیز بعضی آن را به معنای سلطنت و بعضی آن را اعتبار جده و عده‌ای آن را به معنای واجدیت می‌دانند.

کلیدواژه‌ها: حکم، حکم تکلیفی، حکم وضعی، اعتبار، ملکیت.

* تاریخ وصول: ۱۴۰۲/۲/۳۰؛ تاریخ تصویب: ۱۴۰۲/۵/۱۰.

** فارغ التحصیل دکترای فقه و مبانی حقوق دانشگاه قم (s_al_i_nor@yahoo.com).

مقدمه

بحث از ماهیت حکم، یکی از مباحث مهم و مبنایی علم اصول است که اصولیون از آن به تناسب در مسائل مختلف و به صورت پراکنده، سخن رانده و قلم دوانده‌اند.

بحث از حکم و تحلیل ماهیت آن و اقسام آن و ماهیت آن‌ها، استقلالاً و به صورت مجزا به عنوان مسئله‌ای اصولی -همچون، بحث از امرونی و مسائل مختلف مربوط به آن‌ها یا حجیت خبر واحد یا اصل برائت یا استصحاب و....-، نبوده است.

همچنین بحث از ماهیت حکم، بحثی است که متناسب با رشد علم اصول در این علم وارد شده است، به عبارت دیگر این بحث بیشتر توسط اصولیون معاصر به خاطر بسط مسائل اصولی مختلف، همچون بحث از امرونی و مفاد صیغه آن‌ها و یا بحث از اجزاء یا اقوال مختلف در باب استصحاب و یا ... وارد علم اصول شده است.

با توجه به آنچه ذکر شد، شایسته است که این بحث به همراه مسائل مختلف آن به عنوان بایی مستقل در علم اصول یا مقدمات آن مورد مذاقه قرار گیرد.

در این نوشتار سعی شده که ابتدا به طور خلاصه از ماهیت حکم و تحلیل آن صحبت شود، سپس در مورد حکم وضعی و در پایان از ماهیت ملکیت به عنوان مصداقی از حکم وضعی بحث شود.

تعریف حکم

قدما در تعریف حکم چنین گفته‌اند: "خطاب الله تعالی المتعلق بافعال المكلفین". (آمدی، ۱۴۲۴: ۹۵/۱)

لکن همان گونه که معلوم است این تعریف دربرگیرنده احکام وضعی نمی باشد،^۱ فلذا برای شمول آن نسبت به احکام وضعی این گونه تعریف کرده‌اند

"انه خطاب الله تعالی المتعلق بافعال المكلفین اقتضاء او تخییرا او وضعاً". (ابن حاجب، ۱۴۲۷: ۲۸۲؛ حصری، ۱۴۰۱: ۳۰؛ صدر، ۱۴۱۸: ۶۱/۱)

حکم، خطاب خداوند متعال است که به افعال مکلفین از حیث اقتضاء یا تخییر یا وضع

تعلق گرفته است.

این تعریف با دو اشکال مواجه شده است، اول اینکه، خطاب شارع کاشف از حکم شرعی است نه عین آن، و به عبارت دیگر حکم اعم از مرحله خطاب است و شامل جعل شارع در مقام انشاء نیز می‌شود؛ در واقع خطاب شارع، مرحله ابراز حکم - که آخرین مرحله آن است - می‌باشد و دیگر اینکه این تعریف شامل بعضی از اقسام حکم وضعی که خطاب شرعی بدان تعلق نگرفته، بلکه منتزَع از حکم شرعی اند، - مانند جزئیت و شرطیت و سببیت - نمی‌شود. فلذا اصولیون متأخر در تعریف حکم شرعی چنین گفته‌اند، حکم یک اعتبار شرعی است که به افعال مکلفین مستقیماً یا به صورت غیر مستقیم تعلق می‌گیرد. یا حکم قانون خداوند است برای تنظیم زندگی بشری. (صدر، ۱۴۱۸: ۶۱/۱؛ حکیم، ۱۴۱۸: ۵۱)

حضرت امام علیه السلام در الرسائل در تعریف حکم چنین می‌گوید: "و بالجمله کل مقرر و قانون عرفی أو شرعی ممن له أهلية التقرير و التقنین حکم تکلیفاً کان أو وضعاً، و لا یخرج المقررات الشرعية أو العرفية من واحد منهما و لا ثالث لهما" (خمینی، ۱۴۱۰: ۱/۱۱۴) هر قانون عرفی یا شرعی از جانب کسی که دارای اهلیت برای قانون گذاری است، حکم نامیده می‌شود، چه حکم تکلیفی باشد و چه وضعی.

همان طور که معلوم است این تعاریف از حکم، گویای ماهیت حکم نیست و همچون سائر تعریفات، شرح الاسم می‌باشد و یا حداقل حکم را از جنس قانون یا اعتبار می‌داند، لکن بحث از ماهیت حکم، بحث مهمی است که اصولیون متأخر در ابواب مختلف علم اصول - همانند بحث‌های مربوط به قطع یا مفاد صیغه امر - به مناسبت از آن بحث کرده‌اند.

ماهیت حکم

در باب ماهیت حکم سه نظر کلی وجود دارد،^۲

نظر اول: عده‌ای همچون محقق اصفهانی حکم را از مقوله انشاء می‌دانند، ایشان در مواضع مختلف از حاشیه بر کفایه (کتاب نهاية الدراية)، حکمی همچون وجوب را انشاء به داعی جعل داعی می‌دانند، یعنی حکم وجوب، ایجاد داعی و انگیزه در مکلف از برای اتیان متعلق

تکلیف می‌باشد.

محقق اصفهانی در بحث اجزاء چنین می‌گوید: «حکمی که به دست شارع است همان انشاء به قصد ایجاد انگیزه و تحریک در مکلف است، و انشاء بدون این قصد، حکم حقیقی نیست، چراکه انشاء به قصد غیر از قصد ایجاد انگیزه و تحریک، مصداق ایجاد انگیزه و تحریک در مکلف، نیست، بنابراین نمی‌تواند محرک به سوی فعل و یا مانع از انجام فعل باشد، بلکه تنها زمانی انشاء می‌تواند محرک و بعث حقیقی باشد که به قصد بعث و تحریک مکلف انجام شده باشد». (اصفهانی، ۱۴۲۹: ۱/ ۴۱۲)

البته مراد ایشان از جعل داعی و یا انگیزه، همان داعی امکانی است و نه داعی فعلی، یعنی این انشاء به گونه ایست که اگر به مکلف واصل شود و مکلف نیز منقاد و مطیع باشد، موجب انبعاث او خواهد بود، به عبارت دیگر دارای شأنیت تحریک و انبعاث است. "لیس المراد من جعل الداعی جعل ما یدعوا بالفعل...، بل المراد جعل الداعی بالإمكان، أی جعل ما یکون داعیا بحیث لو انقاد العبد، و مکن المولی من نفسه خرج البعث الإمكانی من حد الإمكان إلی الوجوب، فیتحقق الانبعاث الفعلی". (اصفهانی، ۱۴۲۹: ۳/ ۳۴۶)

نظر دوم: محقق عراقی برخلاف نظر مشهور اصولیون بر جعلی بودن حکم -چه از نوع انشاء و چه از نوع اعتبار-، حکم تکلیفی را از امور واقعیه می‌داند.

حکم در نظر ایشان همان اراده و کراهت مولی نسبت به متعلق امر یا نهی می‌باشد، یعنی ورای ابراز مولی و خطابات او، شارع نسبت به متعلق امر و نهی، دارای اراده و کراهت است؛ درواقع همین اراده و کراهت، روح و حقیقت حکم را تشکیل می‌دهد.

بدیهی است که این نظر متوقف بر قبول ارادهء تشریعی در مبدأ اعلی می‌باشد.

محقق اصفهانی، منکر وجود این اراده در ناحیهء شارع مقدس است، آنجا که می‌گوید: حقیقت حکم در احکام شرعیه، همان بعث و زجر است، یعنی انشاء به داعی جعل انگیزه و محرکیت در مکلف، بدون اینکه مبدأ اعلی نسبت به فعل مکلف اراده یا کراهتی داشته باشد، و همچنین در سایر مبادی عالیه نیز اراده یا کراهتی وجود ندارد، بلکه هرکس که امر و نهی برای اصلاح غیر باشد، دارای این چنین اراده و کراهتی نیست،

چراکه شوق نفسانی (و در نتیجه اراده و کراهت) منبعث از فایده ایست که عاید به ذات فاعل و یا جوانب مربوط به او می‌باشد ... و چون صلاح و فساد افعال مکلفین به خود آن‌ها رجوع می‌کند و نه به مولی، پس در نفس نبی و ولی، اراده و کراهت نسبت به فعل متصور نیست چه برسد به وجود مبدأ اعلی. (اصفهانی، ۱۴۲۹: ۱۲۱/۳)

در مقابل، محقق عراقی به وجود اراده تشریعی اقرار دارد و روح و حقیقت حکم را همین اراده یا کراهت و یا ترخیص می‌داند.

لازمه این نظر این است که اگر مولی به هر دلیلی نتواند ابراز اراده کند، ولی عبد به نحوی علم به اراده مولی پیدا کند، آن اراده در حق او منجز خواهد بود.

محقق عراقی در بحث ماهیت حکم وضعی و اینکه احکام تکلیفی مجعول‌اند یا نه، بعد از اینکه امور جعلی را اعتبارات متقوم به انشاء به قصد توسل به آن اعتبارات می‌داند و با این تعریف بین این اعتباریات و اعتباریات محض و امور انتزاعی، فرق قائل می‌شود، می‌گوید:

با این تعریفی که از اعتبارات مجعول داشتیم مشخص می‌شود که در هیچ‌یک از مراحل حکم تکلیفی این معنی از جعل راه ندارد، اما مرحله مصلحت و مفسده که معلوم است مورد جعل واقع نمی‌شود، اما نسبت به روح تکلیف یعنی اراده، در آن مرحله هم جعل راه ندارد چراکه اراده کیف نفسانی است و منبعث از علم به مصلحت غیر مزاحم با مفسده در خود فعل و یا لازم آن است، پس مرحله اراده، ربطی به انشاء و جعل ندارد، و همچنین است نسب به مرحله انشاء و ابراز اراده، چراکه انشاء نیز امر واقعی و از مقوله فعل که مغایر با اعتبار و جعل است، می‌باشد، و با این توضیح دیگر مرحله‌ای غیر از مرحله ایجاب و بعث یا لزوم و یا سائر عناوین منتزع از ابراز اراده به انشاء قولی و یا فعلی نمی‌ماند، و این هم ربطی به جعل یا همان انشاء و قصد ندارد، چراکه این‌ها اعتبارات انتزاع شده از ابراز اراده‌ی خارجی هستند ... بنابراین آنچه به عنوان مجعول بودن احکام تکلیفی مشهور است، صحیح نیست. (عراقی، ۱۴۱۷: ۸۹/۴)

همان‌طور که از این عبارت فهمیده می‌شود، هیچ‌یک از مراحل حکم تکلیفی حتی ابراز اراده، مجعول نیست.

البته باید توجه داشت که ابراز اراده می‌تواند توسط اعتبار صورت پذیرد، همان‌طور که می‌تواند توسط اخبار انجام شود، - همان‌طور که محقق عراقی بدان تصریح کرد (عراقی، ۱۴۱۷ق، ۱۶۳/۴ و ۱۶۴)- چراکه روح و حقیقت حکم همان اراده و کراهت هست، و ابراز این روح نیز به صورت‌های گوناگون می‌تواند صورت پذیرد، انشاء یا اعتبار یا اخبار.

نظر سوم: امثال محقق خویی حکم را از جنس اعتبار می‌داند. البته اعتبار دارای معانی متعدد می‌باشد، سه معنای متداول از اعتبار را در این تحقیق بیان می‌کنیم.

معنای اعتبار

معنای اول: گاهی مراد از اعتبار آن چیزی است (نظرة فی الحقوق، ۱۱۸؛ فوائد الاصول، ۳۸۰/۴) که در فلسفه و منطق از آن تعبیر به انتزاع می‌شود، مفاهیم ثانیه فلسفی که ظرف عروض آن، ذهن می‌باشد و ظرف اتصاف آن، خارج است، مانند مفهوم علیت یا امکان و یا وجوب، و همچنین مفاهیم ثانیه منطقی که ظرف اتصاف و عروض آن در ذهن است، مانند مفهوم کلیت یا جنس و یا فصل، از این قبیل می‌باشند. در حقیقت این‌گونه مفاهیم منتزع از وجودات خارجی و یا وجودات ذهنی و نحوه رابطه‌ی آن‌ها با یکدیگر هست.

در مقابل آن، مفاهیم اولیه وجود دارد که انسان بدون واسطه آن‌ها را از خارج درک می‌کند، مانند مقولات ده‌گانه.

معنای دوم: این معنا از اعتبار هم، در فلسفه کاربرد زیاد دارد، و مراد از آن اعتبار در مقابل اصالت می‌باشد، آن‌چنان‌که در باب اصالت وجود یا ماهیت، بنا به قول مشهور اصالت باوجود است به این معنا که، آنچه اصالتاً در خارج موجود می‌باشد و دارای اثر است همان وجود است و نه ماهیت، بلکه ماهیت تابع وجود است در تحقق خارجی و صاحب اثر بودن؛ و همچنین است، بنابر اصیل بودن ماهیت و اعتباریت وجود.

معنای سوم: اعتبار به معنای ادعا و تنزیل، و آنچه در بحث ما مورد نظر است، همین معنی از اعتبار است.

یعنی آنچه مصداق حقیقی یک مفهوم نیست، آن را مصداق آن مفهوم قرار دهیم از باب ادعا

و تنزیل، یعنی ادعا می‌کنیم مصداقیت را از برای غیر مصداق یا تنزیل می‌کنیم غیر مصداق را به منزله‌ی مصداق؛ نظیر مجاز عقلی یا حقیقت ادعایی در کلام سکاکی.

مثلاً وقتی که به انسان بخشنده‌ای بحر (دریا) اطلاق می‌کنیم و می‌گوییم زید دریاست، در این استعمال "دریا" در معنایی غیر از معنای خودش استعمال نشده است، بلکه زید یا روح و قلب او را مصداقی از مصادیق دریا قرار داده‌ایم، و این در حقیقت یک نوع ادعا و تنزیل است به خاطر وجود صفت بخشندگی در زید. و همچنین است در مثال مشهور "زید اسد"، زید را که فرد شجاعی است مصداقی از شیر قرار داده‌ایم بدون اینکه در معنای لغوی شیر تصرفی کنیم، بلکه صرفاً با تنزیل شخص شجاع به منزله شیر، برای شیر مصداقی ادعایی درست کرده‌ایم.

در حقیقت این معنا از اعتبار، وصف مفهوم نیست بلکه وصفی از برای مصداق مفهوم یا تطبیق مفهوم بر مصداق است، چراکه هیچ‌گونه تغییری در ناحیه‌ی مفهوم رخ نداده است.

در بحث ما نیز محقق خویی حکمی مثل وجوب یا حرمت را اعتبار می‌داند، ایشان در مواضع مختلف، همچون بحث از انشاء (خویی، ۱۴۱۳ق، ۱/۹۸)، معنای صیغه امر (خویی، ۱۴۱۳: ۱/۴۷۳، ۴۸۱ - ۴۸۲)، فرق بین معنای امر و نهی (خویی، ۱۴۱۳: ۳/۲۷۳) و در تفصیل بین حکم وضعی و تکلیفی در مبحث استصحاب (خویی، ۱۴۲۲: ۲/۹۲) به این مسئله اشاره کرده‌اند.

ایشان در بحث از معنای امر و نهی و فرق بین این دو بعد از اینکه مفاد صیغه‌ی امر را ابراز اعتبار نفسانی یعنی اعتبار اثبات شارع فعلی را بر ذمه‌ء مکلف به خاطر مصالح موجود در آن، و مفاد نهی را ابراز اعتبار شارع محرومیت مکلف از فعلی به خاطر اشتغال آن فعل بر مفسده، می‌داند این‌گونه می‌گوید:

با توجه به آنچه گفته شد مفاد نهی حرمت است به خاطر دلالتش بر محرومیت مکلف از فعلی در خارج همان‌طور که مفاد امر وجوب است به خاطر دلالتش بر ثبوت فعل بر ذمه‌ء مکلف، در حقیقت معنای عرفی و لغوی صیغه نهی و امر همین است.

منتهی گاهی اوقات محرومیت، محرومیتی تکوینی و خارجی است، مانند این قول که، بهشت بر کفار حرام است، ... و گاهی اوقات محرومیت تشریعی می‌باشد،

مانند اعتبار مولی حرمت فعلی را بر مکلف و ابراز آن حرمت به وسیله صیغه‌ی نهی (لا تفعل) یا مانند آن، پس نهی مولی، صرفاً مبرز اعتبار خواهد بود.

و ثبوت نیز این چنین است، گاهی وقت‌ها ثبوت تکوینی و خارجی است و گاهی وقت‌ها تشریعی است، و صیغه‌ی امر و مانند آن دلالت بر اعتبار ثبوت تشریعی و ابراز آن می‌کنند. (خویی، ۱۴۲۲: ۳/۲۷۵)

البته محقق خویی به این مسئله نیز اشاره می‌کند که امر و نهی، نام مجموعه‌ی مرکب از اعتبار نفسانی و ابراز خارجی آن اعتبار نفسانی هست، و همچنین است در عقد و ایقاع مانند بیع، اجاره، طلاق و نکاح، که این‌ها اسم برای مجموع اعتبار نفسانی و ابراز خارجی آن هست. (خویی، ۱۴۲۲: ۳/۲۷۶)

همان‌طور که از ظاهر کلمات مرحوم خویی استفاده می‌شود، ماهیت حکم، قراردادن فعل نفسانی مولی و یا شارع به عنوان مصداقی از طلب یا منع خارجی و تکوینی است ادعائاً و تنزیلاً. و تطبیق مصداق نفسانی از طلب یا بر عهده قرار دادن و حرمان بر مفهوم حقیقی طلب و منع از باب ادعا، همان تعریف سوم از اعتبار است.

همان‌طور که قبلاً اشاره شد محقق خویی در تفصیل بین حکم تکلیفی و وضعی در بحث استصحاب نیز متعرض این تعریف شده‌اند. (خویی، ۱۴۲۲: ۲/۹۲)

مرحوم علامه‌ی طباطبائی نیز در باب تحلیل ماهیت اعتبار، در کتاب اصول فلسفه به صورت مفصل بحث کرده است. (طباطبائی، ۱۳۹۲: ۲/۱۴۱)

در اینجا لازم است قبل از بررسی ماهیت ملک به طور املا خلاصه در مورد حکم وضعی و اقوال موجود در آن صحبت کنیم.

حکم وضعی

در باب حکم وضعی مسأله اصلی این است که این احکام قابل جعل مستقل‌اند یا نه، وقتی به مسئله از این جهت می‌نگریم، سه قول در آن می‌یابیم.

قول اول: احکام وضعی به صورت مستقیم قابل جعل‌اند. بنابراین قول، حکم وضعی

همچون ملکیت و یا زوجیت مستقیماً مورد جعل و اعتبار شارع قرار می‌گیرد، و بعد از این اعتبار و جعل استقلالی، احکامی تکلیفی بر آن مترتب می‌شود.

مثلاً بعد از جعل ملکیت متبایعین نسبت به ثمن و مثن، جواز تصرف مالک در ثمن یا مثن یا حرمت تصرف غیر در آن دو، از آن انتزاع می‌شود. همچنین است زوجیت که بعد از جعل آن، حکم وجوب انفاق و وجوب تمکین بر آن مترتب می‌شود.

ظاهر کلمات کسانی که قائل به جعل استقلالی احکام وضعی‌اند، اعتباری بودن آن‌هاست.^۳

ظاهر کلمات فاضل تونی تمایل به نظریه‌ی جعل استقلالی احکام وضعی است - اگرچه مشهور، انتساب قول به تفصیل به ایشان می‌باشد-. (تونی، ۱۴۱۵: ۲۰۱)

قول دوم: احکام وضعی دارای جعل و اعتبار مستقل نمی‌باشند بلکه این احکام منتزع از احکام تکلیفی متناسب و مربوط به خود می‌باشند، مثلاً از جواز تصرف مطلق شخصی در وسیله‌ای، ملکیت او نسبت به آن وسیله انتزاع می‌شود، و یا از وجوب نفقه‌ی زنی بر مردی، زوجیت بین آن دو انتزاع می‌شود.

مشهور اصولیون قائل به این قول هستند و شیخ انصاری نیز موافق مشهور هست. (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۲۶/۳)

این کلام مشهور در مثل جزئیت سوره برای نماز یا مانعیت قهقهه یا شرطیت قبله از برای آن که فرع بر امر و تکلیف به مرکب است، واضح است اما در مثل ملکیت و یا زوجیت - که خود موضوع برای حکم تکلیفی قرار می‌گیرند -، این گونه توجیه می‌شود که جعل استقلالی این احکام وضعی لغو هست، چراکه جعل این احکام بدون احکام تکلیفی مربوط به آن لغو است و همراه با آن نیز دیگر احتیاج به جعل این احکام مستقلاً نیست، بلکه جعل احکام تکلیفی مربوط به آن ابتدائاً و مستقلاً کفایت می‌کند.

شهید صدر به این اشکال چنین پاسخ می‌دهد که جعل استقلالی احکامی مثل زوجیت و ملکیت دارای منشأ عقلانی است و هدف از جعل استقلالی آن‌ها تنظیم و تسهیل جعل احکام تکلیفی هست، پس جعل و اعتبار استقلالی آن‌ها لغو نیست. (صدر، ۱۴۱۸: ۱۳/۲)

قول سوم: تفصیلی است که آخوند خراسانی در مسئله دارد و آن اینکه، احکام وضعی به سه دسته تقسیم می‌شوند.

(الف) آنچه مورد جعل و تشریع شارع قرار نمی‌گیرد، نه استقلالاً و نه تبعاً. یعنی در مورد این گونه احکام وضعی جعل استقلالی و تبعی امکان ندارد و غیر معقول است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۰۰)

همانند شرطیت وقت زوال برای وجوب نماز ظهر و یا مانعیت قرابت رضاعی از برای جواز نکاح، یا شرطیت زلزله از برای وجوب نماز آیات.

عدم جعل تبعی - یعنی انتزاع آن‌ها از تکالیف - امری است واضح، چراکه انتزاع این عناوین که مقدم بر تکلیف‌اند از تکلیف متأخر از آن، امری غیر معقول است، مثلاً سببیت زوال از برای وجوب نماز ظهر اقتضاء دارد تقدم آن را بر وجوب نماز، و انتزاع آن از وجوب نماز اقتضاء دارد تأخر آن از وجوب نماز را، و لازمه این سخن تقدم شیء بر نفسه است.

و همچنین جعل و اعتبار استقلالی این احکام نیز امکان ندارد زیرا که مثل سببیت و مانعیت ناشی از خصوصیتی تکوینی است، و سبب و علل تکوینی قابل جعل نیستند.

(ب) آنچه استقلالاً مجعول واقع نمی‌شود ولی تبعاً اعتبار می‌شود؛ به عبارتی دیگر جعل استقلالی آن غیر معقول و جعل تبعی آن ممکن است، مانند جزئیت و شرطیت و مانعیت و قاطعیت شیء برای مکلف به، همچون جزئیت سوره از برای نماز یا شرطیت قبله یا طهارت برای آن و یا مانعیت اکل و شرب نسبت به نماز.

واضح است که عنوان جزئیت یا شرطیت یا مانعیت نسبت به مکلف به حاصل نمی‌شود مگر بعد از امر به آن مکلف به مرکب.

(ج) آنچه جعل آن استقلالاً امکان دارد علاوه بر امکان جعل تبعی آن، یعنی هم می‌تواند تبعاً جعل شود و هم می‌تواند استقلالاً مجعول واقع شود، و جعل استقلالی و تبعی آن دارای محذور عقلی نیست، اما در واقع و مقام اثبات مجعول استقلالی است؛ مانند حجیت و زوجیت و ملکیت.

اگرچه جعل تبعی ملکیت و زوجیت و انتزاع آن از احکام تکلیفی مثل جواز تصرف و

و جوب تمکین، ممکن است لکن مثل ملکیت و حجیت و زوجیت و.... استقلالاً مورد جعل واقع می‌شوند.

دلیل اینکه این گونه احکام استقلالاً مورد اعتبار قرار می‌گیرند، ضرورت صحت انتزاع مثل ملکیت یا زوجیت از نفس عقد بدون لحاظ احکام تکلیفی مترتب بر آن می‌باشد، و دلیل دیگر آن این است که اگر این احکام منتزع از احکام تکلیفی باشد لازم می‌آید عدم وقوع آنچه قصد شده است و وقوع آنچه مقصود نبوده است، چراکه دو طرف به هنگام مثلاً عقد بیع، قصد تملیک و تملک را فقط دارند و نه احکام تکلیفی مترتب بر آن را.

محقق نائینی و شاگرد ایشان سید خویی بر قسم اول از تقسیمات صاحب کفایه اشکال کرده و آن را ناشی از خلط بین علل تشریع (علت جعل) و علل موضوعات احکام (علت مجعول) می‌دانند.

یعنی بحث در انگیزه و داعی شارع در جعل این احکام نیست تا صحبت از تکوینی بودن این امور نسبت به حکم گردد، بلکه بحث در نفس مجعول یعنی مثلاً وجوب نماز است نسبت به زوال، و بدیهی است که سببیت زوال نسبت به وجوب نماز ظهر بعد از جعل وجوب مشروط به زوال انتزاع می‌شود. (نائینی، ۱۳۷۶: ۴/۳۸۸ و ۳۹۵)

به نظر نگارنده، احکام وضعی دو قسم‌اند، پاره از آن‌ها منتزع از حکم تکلیف‌اند (همچون قسم اول و دوم در تقسیم مرحوم آخوند) و قسمی دیگر مجعول مستقل هستند.

تفاوت حکم تکلیفی و وضعی

در اینجا مناسب است که بعد از روشن شدن ماهیت حکم تکلیفی و وضعی به تفاوت‌های این دو حکم اشاره کنیم

۱. احکام تکلیفی مستقیماً به افعال مکلف تعلق می‌گیرد ولی احکام وضعی مستقیماً به افعال انسان تعلق نمی‌گیرد. (نائینی، ۱۳۷۶: ۴/۳۸۴)

۲. احکام تکلیفی همواره مورد جعل استقلالاً هست ولی با توجه به آنچه گذشت بعضی از احکام وضعی منتزع از تکلیف‌اند.

۳. احکام تکلیفی منحصر در پنج حکم می‌باشند ولی احکام وضعی منحصر در تعداد معینی نیستند. (حکیم، ۱۴۱۸: ۶۵)

۴. احکام تکلیفی دارای مبادی ملاک و اراده می‌باشند یعنی حکم تکلیفی مطابق ملاک و سپس اراده‌ی شارع بر اساس آن است، اما حکم وضعی دارای این مبادی خاص و بالتبع ثواب و عقاب و اطاعت و عصیان نیست. (صدر، ۱۴۱۸: ۱/ ۱۶۲)

پیرامون ملک

بعد از تبیین اختصاری ماهیت حکم وضعی، اینک می‌خواهیم یکی از احکام مهم وضعی، یعنی ملکیت را مورد واکاوی و بررسی قرار دهیم. در حقیقت در اینجا دو مسئله وجود دارد، یکی بحث از مفهوم ملک در لغت و تعریف آن و دیگری بحث از حقیقت ملک و تحلیل ماهوی ملک به عنوان حکم وضعی. در مسئله اول از این بحث می‌شود که ملک همان واجدیت یا سلطنت فعلیه یا سلطنت مطلق یا احتواء و احاطه است. در مسأله دوم از این بحث می‌شود که ملکیت امری حقیقی از نوع عرض مقولی و یا انتزاعی و یا اعتباری است. در این نوشتار ابتدا از مسأله دوم یعنی حقیقت ملک به عنوان حکم وضعی بحث می‌شود و سپس در مورد تعریف و مفهوم آن بحث می‌شود.

ماهیت ملک

ملکیت، مفهومی بدیهی است که حاکی از رابطه بین مالک و مملوک می‌باشد، -همان طور که همه انسان‌ها آن را درک می‌کنند-، لکن در تحلیل این مفهوم بدیهی اختلاف شده است. بیشترین بحث از ملکیت و تحلیل ماهوی آن ذیل کلمات شیخ در مکاسب- ابتدا بحث از بیع یعنی تعریف بیع-، مطرح شده است. و به نظر می‌رسد دقیق‌ترین بحث از ماهیت ملک توسط محقق اصفهانی ذیل همین بحث،

صورت پذیرفته باشد، که این کلمات مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

محقق اصفهانی به مناسبت بحث از واقع شدن حق به عنوان عوض مبیع، در ابتدا کتاب البیع از مکاسب، رساله‌ای را در فرق بین حق و حکم نگاشتند و چون حق از مراتب ملک شمرده می‌شود، به بحث از حقیقت ملک پرداختند. "و حیث إنّ الحق ربّما يجعل من مراتب الملك، فلا بد من تحقیق حال الملك العرفی أو الشرعی، فنقول ... " (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۵/۱)

در باب ماهیت ملک سه نظریه ارائه شده است، یعنی ممکن است گفته شود که ملک از باب مقولات است و یا گفته شود که ملکیت امری انتزاعی است، و یا امری اعتباری؛ البته با توجه به آنچه در باب ماهیت حکم در بخش قبلی گفته شد، بحث از ماهیت ملک امری واضح خواهد بود.

آنچه وجدان عرفی و عقلایی شاهد بر آن است، این است که ملکیت امری اعتباری است و نه واقعی، مثلاً وقتی شخصی مالی را می‌خرد، به تحقیق ما درک نمی‌کنیم که حیثیتی وجودی و حقیقی بدو اضافه شده باشد مگر حیثیتی اعتباری فقط؛ لکن محقق اصفهانی بر این امر وجدانی استدلال کرده است، بدین طریق که ابتدا دو قول اول را نفی کرده سپس درصدد اثبات قول سوم برآمده است.

گاهی ملک را به عنوان عرضی مقولی می‌دانند، عرضی از مقوله‌ی جده، چراکه جده هیئت حاصل از احاطه شدن برای محاط می‌باشد و در ملکیت نیز یک نوع احاطه وجود دارد یا از مقوله‌ی اضافه چراکه ملک حاکی از نسبت متکرره بین مالک و مملوک است، و یا آن را به معنای سلطنت و قدرت بر تصرف در عین مملوک می‌دانند، که در این صورت ملک به عنوان کیف خواهد بود.

مقوله بودن ملک

محقق اصفهانی در رد عرض بودن ملک، سه دلیل می‌آورد

دلیل اول: مقولات (چه جوهر و چه عرض) دارای مطابق و صورتی در خارج اند چراکه در جواب ما هو بیان می‌شوند؛

مثلاً سیاهی یا سفیدی و یا سایر اعراض دارای مطابقی در خارج اند، به گونه ای که نافی عدم از خود و ناعت للغير (معروض) می باشند؛ اما در ملک ما این حالت را درک نمی کنیم، یعنی بعد از عقد و ثبوت ملکیت از برای بایع و مشتری، حیث واقعی و خارجی برای دو طرف حاصل نمی شود. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۵/۱)

یعنی در مالک حیثیتی اضافی که باعث تغییر خارجی و عینی او شود، حاصل نمی شود، و همین دال بر این است که ملک عرض نیست.

آقای خویی این استدلال محقق اصفهانی در نفی عرض بودن ملک را، مصادره به مطلوب می داند و می گوید: با وجدان ما درک می کنیم که بعد از معامله ملکیت حاصل می شود، و اینکه این ملکیت حادث شده حیث وجودی نیست اول کلام است و مصادره به مطلوب. (حائری، ۱۴۲۳: ۱۹/۱)

دلیل دوم: مقولات عرضی به خاطر واقعیت و وجود خارجی که دارند، با اختلاف آراء و اعتبار، مختلف نمی شوند، مثلاً سقف نسبت به کف، همواره به عنوان فوق یا بالا شمرده می شود و نسبت به آسمان پایین محسوب می شود، و این مسئله اختلاف بردار نیست. اما معاطات مثلاً در نزد عرف موجب ملکیت است ولی شرعاً ممکن است که سبب ملکیت نباشد.

آقای خویی به این دلیل نیز راضی نمی شود و می گوید: امور واقعی نیز در بسیاری از موارد مورد اختلاف واقع می شود.

شهید صدر در دفاع از محقق اصفهانی می گوید مراد مرحوم اصفهانی اختلاف انشایی می باشد نه اختلاف در مقام اخبار، چراکه اختلاف اخباری در امور واقعی، بسیار اتفاق می افتد، اما اختلاف انشاء نه، یعنی امور واقعی با اختلاف در انشاء دارای دو نوع واقعیت نمی شوند برخلاف امور اعتباری. (حائری، ۱۴۲۳: ۱۹/۱)

دلیل سوم: از آنجایی که عرض امری خارجی و دارای واقعیتی خارجی است و از طرف دیگر وجود لغیره دارند، پس برای تحقق در خارج احتیاج به موضوع دارند، و حال آنکه این قاعده در بعضی از موارد نقض می شود، مثلاً اگر موضوع ملکیت مملوک باشد، در بیع سلف

کلی فی الذمه مورد مملوکی قرار می‌گیرد و کلی در خارج وجود ندارد، و اگر موضوع ملکیت، مالکیت باشد نقص می‌شود به موارد ملک جهت، مثل مالکیت فقیر از برای زکات؛ چراکه طبق نظر مشهور کلی و طبیعی فقیر مالک زکات می‌شود ولو در خارج شخص فقیر وجود نداشته باشد، و بدیهی است که طبیعی در خارج موجود نیست.

آقای خویی این استدلال را پذیرفته‌اند. (حائری، ۱۴۲۳: ۲۹/۱)

انتزاعی بودن ملک

اما انتزاعی بودن ملکیت، ممکن است گفته شود که ملکیت منتزع از نفس عقد است، و یا منتزع از حکم تکلیفی مثل جواز تصرف در مملوک به نقل یا هبه و غیره، و ملکیت در این صورت موجود است به وجود منشأ انتزاعش.

اما اینکه عقد منشأ انتزاع ملکیت باشد دو اشکال بر آن می‌شود

اشکال اول: اگر عقد یا معاطات منشأ انتزاع ملکیت باشد پس نباید ملکیت با اختلاف انظار مورد اختلاف واقع شود و حال آنکه این گونه نیست همان طور که گذشت. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۷/۱) توضیح اینکه اگر قرار است که منشأ انتزاع، فقط عقد باشد، پس نباید بین خود عقلا و یا بین شارع و عقلا اختلافی در انتزاع ملکیت از آن وجود داشته باشد و حال آنکه ممکن است عقلا، عقد خاصی را سبب ملکیت بدانند اما شارع یا بعضی دیگر از عقلا آن را سبب ملکیت ندانند.

اشکال دوم: وصف منتزع از منشأ انتزاع قابل حمل بر منشأ انتزاع خواهد بود مثل صدق عنوان فوق بر سقف اما در مقام ما عنوان مأخوذ از ملکیت مثل مالک یا مملوک فقط بر خود ذات مالک و مملوک قابل حمل است و بر عقد قابل حمل نیست.

بلکه نسبت عقد به ملک نسبت سبب به مسبب است و این دو نسبت به هم متغایرنند و دارای دو وجودند پس قابل انطباق و حمل بر یکدیگر نیستند. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۷/۱)

بر این استدلال می‌توان اشکال کرد که دلیلی بر این مدعی نیست، به عبارتی دیگر صرف انتزاع، دلیلی بر صحت صدق وصف مشتق بر منشأ انتزاع نیست، و صحت صدق فوقیت بر

سقف - که منشأ انتزاع عنوان فوق است - دلیل بر شیوع و کلیت این امر نیست. مضاف بر اینکه در بحث ما می‌توان گفت که عقد منشأ انتزاع نیست بلکه مصحح انتزاع است، همچون زمین که مصحح انتزاع فوقیت از آسمان می‌باشد نه منشأ انتزاع آن، تا بر آن صدق فوقیت بکند.

و باید بدان اضافه کرد که اختلاف نظر در مورد ملکیت منافات با انتزاع آن از عقد ندارد.^۴
اشکال سوم: عقد امری است مرکب از لفظ و قصد ثبوت معنی به وسیله‌ی آن لفظ و داعی بر آن، و این امر مرکب نمی‌تواند منشأ انتزاع امر وحدانی مانند ملکیت بشود، بلکه این امر مرکب باید دارای یک حیث وحدانی باشد که از آن ملکیت انتزاع بشود و ما با وجدان این جهت وحدانی را در عقد احساس نمی‌کنیم، چراکه قبل امضاء این عقد توسط شارع و بعد از آن دچار تغییری نشده است، و حیثیتی و جهتی بدان افزوده نشده که منشأ انتزاع ملکیت باشد. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۷/۱)

اما اینکه منشأ انتزاع ملکیت حکم تکلیفی جواز تصرف در مال باشد - همان‌طور که مرحوم شیخ اعظم قائل به انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی‌اند -، بر این مسلک دو اشکال وارد می‌شود؛

اشکال اول: این مسلک نقض می‌شود به مواردی که حکم وضعی ملکیت وجود دارد بدون حکم تکلیفی، مانند کسی که محجور از تصرف در اموال خویش است همچون صغیر و مجنون و سفیه و مفلس.

ممکن است اشکال شود که، در مورد صبی جواز تصرف اقتضایی وجود دارد، و همین مرتبه از حکم تکلیفی برای انتزاع حکم وضعی کافی است.

جواب: جواز تصرف اقتضایی نمی‌تواند منشأ انتزاع برای ملکیت فعلی باشد، بلکه منشأ انتزاع برای ملکیت اقتضایی است.

ملکیت فعلی احتیاج به منشأ انتزاع فعلی دارد و انتزاع امر فعلی از اقتضایی محال است.
اشکال: ملکیت شخص محجور همچون طفل را می‌توان از جواز تصرف ولی او انتزاع کرد.
جواب: قیام حیثیت انتزاعی یعنی ملکیت به شخص محجور و انتزاع آن از محلی دیگر

یعنی ولی او، امر محالی است، یعنی باید محل اتصاف صفت انتزاعی با منشأ انتزاع آن امر واحدی باشد، یعنی انتزاع ملکیت مولی علیه از جواز تصرف ولی صحیح نیست. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۷/۱)

با این بیان، کلام شهید صدر^۵ در انتزاع ملکیت از جواز تصرف مشروط به بلوغ - به این که جواز تصرف مشروط به بلوغ، قبل از بلوغ یعنی زمان حجر طفل، فعلی هست، پس می توان از آن ملکیت را انتزاع کرد-، رد می شود.

اشکال دوم: همان که در رد تصویر اول از منشأ انتزاع گذشت و آن اینکه انتزاع، سبب صحت حمل عنوان انتزاعی بر منشأ انتزاع است، در اینجا نیز اگر حکم تکلیفی منشأ انتزاع حکم ملکیت باشد، باید عنوان ملکیت قابل صدق بر جواز تصرف باشد و حال آنکه چنین نیست. محقق عراقی انتزاع مثل ملکیت از حکم تکلیفی همچون جواز تصرف را صحیح نمی داند، چرا که آن را خلاف وجدان می داند و در مثل "من حاز ملک" این مسئله صحیح نیست به خاطر ظهور این عبارت در سببیت حیازت در ملکیت و این خلاف انتزاع ملکیت از حکم تکلیفی است.

و همچنین لازمه ی قول به انتزاع، عدم امضاء مضامین عقود وفق آنچه متعاقدين قصد کرده اند، توسط شارع می باشد. -مثلاً ملکیت در بیع بر انشاء آن مترتب نمی شود با اینکه ملکیت مقصود متعاقدين بوده، و آثار جواز تصرف بر انشاء مترتب می شود با آنکه مقصود و مراد نبوده است، یعنی کسی که "بعث" می گوید مرادش ترتب ملکیت است نه آثار آن همچون جواز تصرف-.

اشکال دیگر بر مسلک انتزاع از نظر محقق عراقی، مخالفت این مسلک با ظاهر بسیاری از ادله است چرا که در این ادله، احکام وضعی موضوع برای احکام تکلیفی واقع شده است، مانند آنچه دلالت بر حرمت تصرف در مال غیر بدون اجازه و رضایت او دارد، یا "الناس مسلطون علی اموالهم"، و معلوم است که مراد از مال در این ادله به خاطر اضافه ی به شخص، همان ملک شخص است.

با این وصف، ملکیت مقدم بر حکم تکلیفی است و انتزاع آن از جواز تصرف لازم دارد

تقدم شیء علی نفسه را (عراقی، ۱۴۱۷: ۴/۱۰۳)؛ شهید صدر نیز این اشکال را قبول دارد. (صدر، ۱۴۱۸: ۱۲/۲)

محقق اصفهانی از این اشکال جواب می‌دهد، به اینکه موضوع جواز تصرف عقد می‌باشد و بعد از حکم به جواز تصرف مسبب از عقد، ملکیت انتزاع می‌شود. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۲۸) ولی به نظر می‌رسد این جواب کامل نیست و اخص از مدعی است، زیرا مختص به مواردی است که موضوع حکم تکلیفی نفس عقد باشد نه ملکیت.^۶

اعتباری بودن ملک

قول سوم در مورد ملک، اعتباری بودن آن است. شهید صدر ملکیت را امری مجعول اعتباری وجدانی - و نه برهان پذیر - می‌داند، و می‌گوید اگر کسی به وجدان خود اعتباریت ملکیت را درک نکند، براهین محقق اصفهانی در اعتباریت آن کافی نیست. (حائری، ۱۴۲۳: ۱/۲۵)

محقق اصفهانی ملکیت و همچنین سائر وضعیات عرفی و شرعی را از قبیل اعتباریات - به همان معنای سوم آن که گذشت، یعنی ادعا و تنزیل - می‌داند.

ملکیت عقلانی از سنخ معانی اعتباری است که عقلا از برای نظم در شئون زندگی خود، آن را اعتبار می‌کنند. زوجیت نیز همین گونه است. و ظرف تقرر و ثبوت آن اعتبار است، که این ظرف برزخ بین عالم وجود خارجی و ذهنی است.

پس ملکیت اعتباری اعتبار ملک حقیقی یا مقولی است به این معنی که اگر ملکیت در خارج وجود پیدا کند به حمل شایع جوهر یا عرض مقولی از جنس کیف یا جده و یا اضافه خواهد بود.

لکن وجود او این گونه نیست بلکه وجودی اعتباری است مانند زید اسد، که اسد معنایی است که اگر در خارج موجود شود دارای وجود جوهری خواهد بود، لکن زید در این جمله به عنوان فرد اعتباری اسد، جعل شده است؛ اعتبار در این معنی نظیر مجاز عقلی یا حقیقت ادعایی سکاکی است.

مثالی دیگر: فوقیت معنایی است که اگر در خارج وجود پیدا کند از مقوله‌ی اضافه خواهد بود، اما وقتی اعتبار می‌کنیم که علم زید فوق علم عمرو می‌باشد، آنگاه این فرد از فوقیت، فرد ادعایی از فوقیت حقیقی که از مقوله‌ی اضافه است، همچون قول خداوند متعال: "وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ" (یوسف: ۷۶)؛ و مانند این است "قلب زید سفید است" و یا "قلب عمرو سیاه است".

ملک نیز این چنین است که اگر در خارج موجود شود از مقوله جده و یا اضافه خواهد بود، لکن وجود آن بدین نحو نیست یعنی از نوع مقولات خارجی نیست بلکه وجود آن اعتبار جده یا اضافه است که به وسیله اعتبار متعاقدین شرعی یا عرفی حاصل می‌شود، یعنی فردی ادعایی و تنزیلی از آن‌هاست، و این وجود به خاطر وجود داعی و انگیزه‌ی بر تحقق آن موضوع آثار شرعی و عقلی می‌باشد.^۷

پس ملکیت عقلانی و شرعی از اعتباریات به حسب اصطلاح اهل معقول مانند کلیت و جنسیت نیست، چراکه آن‌ها عارض بر معروض ذهنی می‌شوند یعنی موطن تحقق آن ذهن می‌باشد و حال آنکه ملکیت وصف وجود خارجی همچون زید و عمرو و یا خانه و ماشین می‌شود.

و همچنین ملکیت از سنخ مقولات عرضیه به جمیع اقسامش نیز نیست، چنان‌که گذشت. بلکه از جنس اعتبار است به توضیح مذکور.

معنا و مفهوم ملک

حال که روشن شد ملکیت امری اعتباری است، سؤال این است که اعتبار چه چیزی است؟ آیا اعتبار مقوله کیف است و یا جده و یا اضافه و یا اعتبار چیز دیگری است؟ از این رهگذر معنا و مفهوم ملک را نیز می‌توانیم بیابیم.

محقق اصفهانی در رد اینکه ملک به معنای جده یا اعتبار جده باشد چنین می‌گوید: جده هیئت حاصله از احاطه‌ی جسمی نسبت به جسم دیگر نیست تا از احاطه‌ی مالک نسبت به مملوک این مفهوم اعتبار شود، بلکه جده، هیئت حاصله از برای جسمی به سبب احاطه آن

به وسیله‌ی جسمی دیگر است، مانند هیئت حاصله از احاطه‌ی عمامه نسبت به سر است و نه خود احاطه.

بلکه درست این است، احتواء مالک نسبت به مملوک و اینکه مملوک مورد احتواء و محاط است، (احتواء همان دربرداشتن است) از باب اعتبار مقوله‌ی اضافه است.

و همچنین ملک به معنای سلطنت نیز نیست، چراکه سلطنت با "علی" متعدی می‌شود و ملک متعدی به نفسه است، و احاطه نیز متعدی به باء یا حرف استعلا می‌شود، پس به احتمال قوی ملک به معنای احتواء و وجدان است. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۱/۱)

شیخ اعظم در رساله "مَنْ مَلِك" (انصاری، ۱۴۱۴، ۱۸۴) و سید در حاشیه مکاسب (یزدی، ۱۴۲۱، ۵۴/۱) و محقق نائینی نیز در حاشیه مکاسب ملک را سلطنت می‌داند (نائینی ۱۳۷۳: ۳۵/۱).

مصباح الفقاهه هم آن را احاطه و سلطنت می‌داند. (خویی، ۱۴۱۷: ۴۴/۲)

ممکن است به این تعریف اشکال شود املاً: آنچه محقق اصفهانی به آن اشاره کرده، یعنی تعدی سلطنت به "علی" است برخلاف ملک؛ لکن از این اشکال می‌توان جواب داد که سلطنت متعدی به "علی"، مرادف با ملک است.

ثانیاً: نسبت بین ملکیت و سلطنت اعتباری عموم من وجه است، شخص محجور از تصرف، دارای ملکیت است اما سلطنت اعتباری نه، و ولی محجور دارای سلطنت اعتباری است نسبت به اموال مولی علیه خود، ولی ملکیت نه، پس ملک مساوق با سلطنت نمی‌باشد.^۸

درعین حال محقق نائینی در اصول و در حاشیه‌ی مکاسب ملکیت را دارای مراتب متعدد و مختلف می‌داند که ملکیت اعتباری در حقیقت جده‌ی اعتباری و یا به عبارت بهتر اعتباری از جده‌ی حقیقی مانند مالکیت الله تعالی و یا مالکیت نفس نسبت به صور مخلوق خود، می‌داند.

و حاصل الکلام أن الملكية عبارة من إضافة حاصلة بين المالك والمملوك و هي عبارة أخرى عن الجدة غاية الأمر أن الجدة الحقيقية والواجبة الواقعية هي مخصوصة بمن له ملك السماوات والأرض فإنه هو الذي يقدر على الإيجاد والإعدام فهو الواحد الحقيقي والتعبير عن هذه الجدة بالإضافة الإشراقية يرجع إلى هذا المعنى..... وأما الجدة الاعتبارية فهي أضعف من المرتبتين السابقتين ولكن لها نحو

تحقق فی عالم الاعتبار و تكون منشأ للآثار و بها يتبدل الأموال. " (نائینی، ۱۳۷۳: ۱/ ۳۵؛ همو، ۱۳۷۶: ۴/ ۳۸۳)

به نظر می‌رسد که معنای ملک همان واجدیت یا وجدان باشد، یعنی ظاهر و متبادر از معنای آن، واجدیت است، همان‌گونه که کلمات محقق اصفهانی بدان اشاره دارد.

صاحب کفایه در بحث تفصیل بین حکم تکلیفی و وضعی در استصحاب، اشکال و جوابی را مطرح می‌کنند، که به مناسبت مقام، آن را در اینجا مطرح می‌کنیم.

اشکال: چگونه ملک جزء مفاهیم اعتباری که به مجرد جعل و انشاء حاصل می‌شود و مابازاء خارجی یا واقعیت خارجی ندارد، است و حال آنکه ملکیت و جده یکی از مقولات عرضی و محمول بالضمیمه - که مسبب از جعل و انشاء نیست بلکه مسبب از تعمیم و تقمص (عمامه برسر کردن و لباس پوشیدن) است - می‌باشد.

جواب: مفهوم ملکیت مفهومی است مشترک که هم بر جده به عنوان عرضی مقولی و محمول بالضمیمه صادق است و هم بر اختصاص شیئی به شیئی صادق است، حال این اضافه و اختصاص ممکن است ناشی باشد از اضافه‌ی اشرافیه مانند اضافه‌ی وجود عالم به خداوند متعال، یا ناشی از استعمال و تصرف مثل اضافه‌ای که از استعمال اسب توسط زید حاصل می‌شود، و یا ناشی از انشاء و عقد حاصل است.

پس ملکیتی که جده است مغایر با ملکیتی است که به معنای اضافه - ناشی از سبب اختیاری یا سبب غیر اختیاری - یا غیر آن است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۴۰۲)

محقق اصفهانی به این تحلیل از مفهوم ملک، اشکال می‌کند به اینکه مفهوم ملک چیز واحدی است لکن مطابقت و مصادیق آن در خارج مختلف است بعضی از آن‌ها مصادیق حقیقی و بعض مصادیق آن اعتباری است. (اصفهانی، ۱۴۰۸: ۱۱۶/۵)

در حقیقت ملکیت از مفاهیم عامه‌ای است که به خودی خود اقتضاء مقوله بودن یا جده بودن یا اضافه بودن مصادیق خود را ندارد بلکه این مصادیق و تطبیقات خارجی این مفهوم‌اند که مقوله بودن و یا اعتباری بودن آن را معلوم می‌کنند. (اصفهانی، ۱۴۰۸: ۱۲۱/۵)

با این توضیح معلوم می‌شود که ذو مراتب بودن و یا مشکک بودن ملکیت امری ناصواب

است. (نائینی، ۱۳۷۳: ۱/ ۳۵؛ خویی، ۱۴۱۷: ۲/ ۲۰ و ۴۴)، مگر اینکه گفته شود مراد از مراتب مختلف ملکیت، اختلاف مفهومی نیست بلکه اختلاف در مقام تطبیق و خارج است.

نتیجه

ماهیت حکم از مقوله اعتبار است، اعتبار به معنای ادعا و تنزیل، و امری از مقوله‌ی انشاء و تکوین نیست.

مثلاً حکم وجوب درواقع قرار دادن طلب مولی به عنوان مصداقی از عهده قرار دادن تکوینی است از باب ادعا و تنزیل و حرمت، جعل نهی مولا است به عنوان مصداقی از حرمان تکوینی از باب ادعا و تنزیل. و همچنین احکام وضعی نیز هرکدام اعتباری است از مابازاء ماهیت خارجی و تکوینی متناسب با آن؛ مثلاً ملکیت اعتباری است از واجدیت واحتواء خارجی و تکوینی.

در باب جعل حکم وضعی نیز می توان گفت که احکام وضعی از این حیث دو قسم اند، عده ای از احکام وضعی دارای جعل مستقل اند همچون ملکیت، زوجیت، حجیت و غیره و پاره ای از آن دارای جعل غیرمستقل اند، یعنی منتزع از حکم تکلیف اند مانند سبب، جزئیت، شرطیت و غیره.

.....
۱. بعضی از اصولیون خطاب وضع را خارج از دائره حکم می دانند ان قلت: قد یرد علی الحد انه غیر جامع لورود الاحکام الوضعیة، کسبیه ظل الزوال لوجوب الصلاة و شرطیة الطهارة لها و مانعیة الحيض منها. قلنا: لانسلم ان خطاب الوضع حکم، و ان اصطلاح علیه بعضهم کابن الحاجب فلامشاحة فی الاصطلاح." (فاسی، ۱۴۲۵ق، ۱۰۶)

۲. در نگارش این بخش، از کتاب فلسفه علم اصول (ج ۵، علم اصول و نظریه اعتبار) تالیف صادق آملی لاریجانی، استفاده شده است.

۳. و اما الأحکام الوضعیة فقد عرفت اختلافهم فیها، تارة فی تعدادها و أخرى فی جعلیتها و انتزاعیتها من التکلیف بعد الفراغ عن كونها بحقائقها من الأمور الاعتباریة و خارجات المحمول. (نهایة الافکار ۸۹/۴) أنّ المجعولات الشرعیة کلّها تكون من الأمور الاعتباریة، سواء فی ذلك الأحکام التکلیفیة و الوضعیة. (نائینی، ۳۸۴/۴)

۴. ماهیت ملکیت، تقریرات درس فقه العقود استاد محمد تقی شهیدی پور

۵. أنّه يمكن أن يفترض انتزاع الملكية من جواز التصرف المشروط بالبلوغ، فإنّ هذا الحكم ثابت في حقّ الصغير في زمان صغره، حيث إنّ الجعل يثبت من أول الأمر. (فقه العقود ۲۲/۱)

۶. تقریرات درس قواعد عمومی قراردادها (فقه المعاملات)، صادق لاریجانی آملی

۷. بل التحقيق الحقيقي بالتصديق في جميع الوضعيات العرفية أو الشرعية: أنّها موجودة بوجودها الاعتباري، لا بوجودها الحقيقي..... (حاشیة کتاب المكاسب ۳۰/۱ و نظرة فی الحقوق و الاحکام، جزائری، ص ۱۱۹)

۸. ماهیت ملک، تقریرات درس فقه العقود استاد شهیدی پور.

کتابنامه

-
- آخوند خراسانی، محمدکاظم، ۱۴۰۹ق، *کفایة الاصول*، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- آمدی، علی بن محمد، ۱۴۲۴ق، *الاحکام فی اصول الاحکام*، تحقیق عفیفی عبدالرزاق، دار الصمیعی، ریاض، چاپ اول
- آملی لاریجانی صادق، ۱۳۸۶ش، *تقریرات درس قواعد عمومی قراردادها*
- آملی لاریجانی صادق، ۱۳۹۴ش، *فلسفه علم/اصول*، مدرسه ولی عصر عجلتو، قم، چاپ اول.
- ابن حاجب، جمال الدین، ۱۴۲۷ق، *مختصر منتهی السؤل فی علمی الاصول و الجدل*، تحقیق نذیر حمادو، دار ابن حزم، بیروت، چاپ اول.
- اسلامی، رضا، ۱۳۸۲ش، *بررسی تطبیقی ماهیت حکم ظاهری*، بوستان کتاب، قم، چاپ اول.
- اصفهانى، محمد حسین، ۱۴۱۸ق، *حاشیة کتاب المکاسب*، انوار الهدی، قم، چاپ اول.
- اصفهانى، محمد حسین، ۱۴۲۹ق، *نهایة الدرایة*، بیروت، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- انصاری دزفولی، مرتضی، ۱۴۱۴ق، *رسائل فقهیة*، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، چاپ اول.
- انصاری دزفولی، مرتضی، ۱۴۲۸ق، *فرائد الاصول*، مجمع فکر الاسلامی، قم، چاپ نهم.
- تونى عبدالله، ۱۴۱۵ق، *الوافیة فی اصول الفقه*، مجمع فکر الاسلامی، قم، چاپ دوم.
- حائری، سید کاظم حسینی، ۱۴۲۳ق، *فقه العقود*، مجمع فکر الاسلامی، قم، چاپ دوم.
- الحصرى احمد، ۱۴۰۱ق، *نظریة الحکم و مصادر التشريع فی اصول الفقه الاسلامیة*، مکتبة الکلیات الازهریة، مصر، چاپ اول.
- حکیم، محمدتقی، ۱۴۱۸ق، *الاصول العامة فی الفقه المقارن*، مجمع جهانی اهل بیت علیه السلام، قم، چاپ دوم.
- خمینی روح الله، ۱۴۱۰ق، *الرسائل*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۲۲ق، *محاضرات فی اصول الفقه*، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، چاپ اول
- _____، ۱۴۲۲ق، *مصباح الاصول*، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم، چاپ اول.

- _____، ۱۴۱۷ق، *مصباح الفقاهة*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه انصاریان.
- شهیدی محمد تقی، ۱۳۸۶ش، *تقریرات درس خارج فقه العقود*،
- صدر محمد باقر، ۱۴۱۸ق، *دروس فی علم الاصول*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ پنجم
- طباطبایی، محمد حسین، ۱۳۹۲ش، *اصول وفلسفه و روش رئالیسم*، شارح مطهری، مرتضی،
- صدرا، تهران، چاپ هجدهم.
- عراقی، ضیاءالدین، ۱۴۱۷ق، *نهایة الافکار*، قم، چاپ سوم، دفتر انتشارات اسلامی.
- الفاسی، محمد الطیب، ۱۴۲۵ق، *مفتاح الوصول الى علم الاصول*، تحقیق الفاسی الفهری
- ادریس، دار البحوث للدراسات الاسلامیة، امارات، چاپ اول.
- مازندرانی سیفی علی اکبر، ۱۴۲۵ق، *مبانی الفقه الفعّال*، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول
- مروج جزائری محمد جعفر، ۱۴۱۶ق، *نظرة فی الحقوق و الاحکام و اقسامها (هدی الطالب)*،
- مؤسسه دار الکتاب، قم، چاپ اول.
- نائینی، محمد حسین، ۱۳۷۶ش، *فوائد الاصول*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- _____، ۱۳۷۳ق، *منیة الطالب*، المكتبة المحمدية، تهران، چاپ اول.
- یزدی، محمد کاظم، ۱۴۲۱ق، *حاشیة المکاسب*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.