

حق در فقه و حقوق

دکتر اباست پورمحمد^۱

چکیده

هر کس می داند که حق چیست، ولی تعریف دقیق آن تقریباً ناممکن است؛ گواه آن این که تاکنون در تحقیقات به عمل آمده نتیجه ای مقبول عام حاصل نشده است. به همین دلیل طی سده بیستم و اوایل سده بیست و یکم جنبه های گوناگون حق به نحو گسترده ای از سوی نظریه پردازان مورد بحث و کنکاش قرار گرفته است. در فقه و حقوق درباره این مساله به بررسی پرداخته اند و جوابهای بسیار به آن داده اند. هر یک از متفکران در نظریات خود به قسمتی از جنبه های حق پاسخ داده اند و قسمت اعظم جنبه های حق ناگفته مانده است.

واژگان کلیدی: حق، فقه، حقوق، حکم، منفعت

۱. استادیار و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، گروه حقوق، مراغه، ایران.

مقدمه

دربامداد تاریخ موقعی که آدمی جوان و دنیا نو و شگفت انگیز بود، به نظر می رسد حتماً بشر به اطراف خود خیره شده سوالات زیادی از خود نموده است. از چه کسی جز خودش او میخواست سوال کند. هیچ کس دیگر وجود نداشت که به سوالاتش پاسخ دهد ولی او دارای یک چیز شگفت انگیز بود و آن مغز است. به کمک قوای دماغی خود او آهسته و به طرز دردناک شروع به اندوختن تجارب خود و آموختن از این تجارب نمود. در نتیجه از ازمینه خیلی قدیم تا به امروز جستجوی انسان ادامه داشته و او بسیاری چیزها را یافته است ولی هنوز بسیاری از اسرار هست که غیر مکشوف مانده است. با پیشرفت، او، در راهی که در پیش گرفته، سرزمینهای وسیعی در برابر خود کشف میکند و اینها به او نشان می دهد هنوز چه قدر از تحقیقاتش، اگر پایانی داشته باشد، دور است.

حق (right) اگر مهمترین جز مقوم اخلاق (morality)، حقوق (law) و سیاست (politics) در دنیای مدرن نباشد، به تحقیق یکی از مهمترین عرصه های یاد شده است. به همین دلیل طی سده بیستم و بیست و یکم جنبه های گوناگون حق به نحو گسترده ای از سوی نظریه پردازان مورد بحث و کنکاش قرار گرفته است.

حق در همه موارد به هر یک از وقایع اجتماعی، معنایی معین می دهد تا آن وقایع بتواند آثاری حقوقی از خود به جای گذارند. بسیاری از متفکران معتقدند که حق با توجه به ارزشهای اجتماعی یعنی آنچه بر اساس معیارهای شناخته شده اجتماعی، حقیقت و خوب و درست به شمار می آید به این وقایع داده می شود و به همین علت هر یک از این ارزشها به تناسب اهمیتی که پیدا کرده اند، در تدوین و اجرا و تحول حق تأثیر بسیار دارند، تا آن حد که شناخت حق مستلزم شناخت آنها است.

طی هزاران سال انسان سعی کرده است جنبه های گوناگون حق را مورد بحث و کنکاش قرار دهد. دین و فلسفه و اخلاق درباره این مسأله به بررسی پرداخته اند و جوابهای بسیار به آن داده اند. هر یک از متفکران در نظریات خود به قسمتی از جنبه های حق پاسخ داده اند و قسمت اعظم جنبه های حق ناگفته مانده است. اساساً دین کوشیده است پاسخ کامل و جزمی به این مسأله بدهد. فلسفه و علم حقوق و فقه در پاسخ دادن مردد است. چه در نهاد این علوم است که جزمی نباشد و به تجزیه و تعقل پردازد و بر قوای دماغی انسان تکیه کند. ممکن است ما نتوانیم با اطمینان پاسخی به مسأله مربوط به جستجوی انسان بدهیم ولی می توانیم ببینیم که نفس کاوش و سیر در دو خط سیر کرده است. با این معنی که آدمی هم در درون خود نگریسته و هم در خارج از خود به کاوش پرداخته است. او سعی کرده است که حق را درک کند و همچنین کوشیده است به حق شناسی نایل شود.

مبحث اول: ماهیت حق در فقه اسلام

ماهیت یک پدیده به معنی چیستی آن است و هرآنچه در جواب پرسش (ماهو) قرار می گیرد، همان ماهیت است. ماهیت پدیده ها با تعاریف گوناگون مورد ادراک قرار می گیرد؛ از جمله آن تعاریف، تعریف با مفهوم مثبت و ایجابی و تعریف با مفهوم منفی و سلبی است؛ که این هر دو نوع تعریف، در علم شایع است. در تعریف ایجابی حق، ذات آن را از طریق یافتن ارکان کلامی و حقوقی اش می شناسیم. در تعریف سلبی، حق را از اضداد آن و مصادیق مشابه اش می شناسیم. بدین ترتیب که اوصافی را از آن

سلب می نمایم که آن اوصاف حمل بر اضرار آن می شود. مثل نوعی بودن که از حق سلب و به حد مخالف آن یعنی حکم حمل می شود. یا بالعکس واجدیت از حکم سلب و به حق حمل می شود. شناخت حق به طرق ایجابی و سلبی هر دو، بیشتر در حقوق اسلام رایج بوده است که البته می توان گفت؛ تعاریف فقهای اسلام بیشتر از دریچه سلبی است. و کمتر به تعریف مثبت پرداخته اند. ولی در غرب به تعریف ایجابی اکتفا نموده اند (صغیری؛ جزوه فلسفه حقوق).

۱-۱- حق در آیات قرآن

در قرآن کلمه حق در آیات زیادی به کار رفته است. این کلمه تقریباً ۲۲۷ بار در قرآن آمده است. ذات اقدس الله در قرآن با عنوان حق معرفی شده است:

«ذلک بآن الله هو الحقّ و...» (حج/۶).

حق در قاموس لغت به معنای ثبوت، ضدباطل و موجود ثابت، وجود ثابتی که انکار آن روا نباشد، نیز به معنای وجود مطلق و غیر مقیدی که به هیچ قیدی تقید نشده است، یعنی ذات اقدس باری تعالی آمده است (المقری، ۱۴۰۵ ق.ص ۱۴۳).

در قرآن کریم آمده است:

«لقد حق القول علی اکثرهم» (یس/۶). «ویحق الله تلحق بکلمات» (یونس/۸۲). «یحق الحق و یبطل الباطل» (انفال/۸۹).

حق در آیات مزبور در معنای ثبوت به کار رفته است.

یکی از اسماء و صفات خدای تبارک و تعالی «حق» است. اصل معنی حق، مطابقت و هماهنگی است. اینکه به خداوند «حق» می گویند برای این است که ذات مقدس او بزرگترین واقعیت غیرقابل انکار است و تجلی صفات و کمال ذات بی مثالش که عالم و آدم است، حقیقت و حقانیت وجود مبارکش را به اثبات می رساند و ظهور هر گونه تردید و شک را از عقول فعاله و قلوب سلیمه زایل می نماید. «حق» در مقابل «باطل» مثل «وجود» در مقابل «عدم» است. چنانچه خدای متعال می فرماید: «ذلک بان الله هو الحق و ان ما یدعون من دونه هو الباطل» (سوره/حج).

۱-۲- حق در آراء فقها

در متون فقهی برای واژه حق، معانی مختلفی ارائه شده است؛ برخی آن را مرتبه ای ضعیف از ملکیت دانسته و برخی دیگر آن را نوعی از سلطنت. گروهی آن را امری اعتباری گرفته و عده ای آن را اختیار انجام فعل معنا کرده اند. به هر تقدیر در تعریف ماهوی آن هیچ اجماعی میان فقها وجود ندارد. نگرش فقها به حق شناسی، بیشتر از دریچه سلبی بوده است و در مقام مقایسه حق با اضرار آن و مصادیقش بر آمده اند، از جمله حق را با حکم و ملک و سلطنت مقایسه نموده اند و با به دست دادن فرقهایی از آنها و سلب ویژگیهایی از آن که مختص اضرار است، تعاریفی از آن ارائه کرده اند که البته روشهای متفاوتی را در این کار پیش گرفته اند (صغیری، جزوه فلسفه حقوق).

پیش از نگارش کتاب المکاسب اثر شیخ انصاری، در منابع فقهی شیعه به حق و مصادیق آن اشارات مختصری شده بود، اما پس از آنکه شیخ انصاری، به مناسبت مبحث بیع، به اقسام حقوق پرداخت، حاشیه نویسان و شارحان آن و به تبع آنان، حقوقدانان معاصر

به تفصیل به بررسی مفهوم و گونه های حق و رابطه آن با مفاهیمی چون ملکیت و حکم پرداختند. در منابع فقهای شیعه، گاهی حق نزدیک به معنای لغوی آن (هر امر ثابت) به کار می رود. یعنی به معنای هر چیزی که شارع جعل و وضع کرده است و مفاهیمی مانند حکم، عین، منفعت و حق به معنی خاص را شامل می شود (نجفی، ۱۴۱۸، ص ۱۰۵). برخی از فقها معتقدند، حق به معنای خاص فقهی، نوعی سلطه قراردادی است بر عین (مانند حق تحجیر و رهن) یا بر انسانی دیگر (مانند قصاص و حضانت) یا بر امری اعتباری (مانند حق خیار در عقد). بر این اساس، حق نوعی ملک به شمار می رود، ولی مرتبه ای ضعیف از ملکیت که گاه از آن به «ملکیت نارسیده» تعبیر می شود. شیخ انصاری معتقد است حق سلطنتی است فعلی، عبارت دیگر: «تسلط بالفعل» را حق می نامند؛ مثلاً: وقتیکه شخص مال خود را به دیگری فروخته، در عین حال برای خودش خیار نمود به واسطه فروش نسبت بین شخص و مال فروخته شده قطع می گردد، اما چون شرط خیار شده، این شخص حق خیار پیدا کرده، بر استفاده از حق مزبور و فسخ بیع و عودت دادن مبیع به ملکیت خویش، تسلط می یابد و بر این اساس باید گفت: «حق سلطنت فعلیه است، منتهی این سلطنت گاهی قائم با یک شی است، مثل حق خیار و حق تحجیر و گاهی قائم با شخص است، مثل قصاص؛ بدین معنی که صاحب حق، تسلط بر شخص جنایتکار داشته، می تواند او را قصاص نموده و جنایت او را تلافی نماید (طوسی، ۱۳۸۵، ص ۱۹-۱۶).

به نظر آیت الله خوئی، شیء مملوک (عین) گاهی مستقل و قائم به خود (اعم از عین خارجی مانند خانه، و عین در ذمه مانند ثمن در بیع نسبه) است و گاهی امری است قائم به چیز دیگر که اعتبار کردن آن با استناد آن به مالک ملازمه دارد؛ از این نوع ملک، به «حق» تعبیر می شود. مانند حق قصاص که وابسته به وجود شخص جانی است و با مرگ وی، حقی وجود نخواهد داشت. پس همه اموال خارجی، اموال در ذمه و نیز منافع اعیان از محدوده حقوق خارج اند زیرا اعتبار ملکیت در آنها بدون استناد به مالک ممکن است. این فقیه تفاوت حق را با ملک در آن دانسته است که ملکیت هم به اعیان تعلق می گیرد هم به افعال، ولی حق فقط به افعال تعلق می گیرد (توحید، ۱۴۱۲، ص ۳۳۸-۳۳۹).

به نظر آخوند خراسانی، ماهیت حق، سلطه داشتن نیست، بلکه سلطه از احکام و آثار حق به شمار می رود، همچنان که از آثار ملکیت نیز هست. در واقع حق اعتباری خاص است که آثاری ویژه دارد مانند حق خیار و حق شفعه که اثر چون سلطنت بر فسخ دارد (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۶-۸).

به نظر اصفهانی، حق سلطنت است، اما از نوع اعتباری نه تکلیفی، زیرا سلطنت تکلیفی تنها مواردی مانند جواز فسخ و امضای عقود را در بر می گیرد و شامل حق محجوران نمی شود. به نظر او، در هر یک از مصادیق حق، اعتباری خاص با آثاری ویژه وجود دارد. مثلاً حق ولایت، به معنای اعتبار ولایت حاکم یا پدر است که اثر آن، جواز تصرف آنهاست یا حق تحجیر به معنای اعتبار اولویت داشتن صاحب حق در زمین است. گاه دلیلی که وجود حق را ثابت کرده آن را نوعی سلطنت شمرده است مانند حق قصاص به استناد آیه ۳۳ سوره اسراء: «فقد جعلنا لولیه سلطاناً». با وجود این حق همواره به معنای سلطنت نیست (اصفهانی، ۱۴۲۴ق، ص ۴۱).

امام خمینی نیز با پذیرش این دیدگاه که حق نه ملک است نه سلطنت و نه مرتبه ای از مراتب آن دو، حق را حکمی وضعی و

اعتباری دانسته است که گاهی عقلاً و گاهی شارع اعتبار می کنند و ماهیت آن با ماهیت ملک تباین دارد زیرا مصادیقی از حق هستند که مصداق ملک نیستند مانند حق نشستن در مکانی از مسجد به استناد پیشی گرفتن در استقرار در آن مکان، ضمن آنکه این حق، ملک نیست. البته وی بر خلاف اصفهانی، با استناد به نظر عرف و عقلا، مفهوم حق را در هر مورد آن دارای مفهومی مستقل دانست. (خمینی، ۱۳۷۹، ص ۳۹-۴۰)

نگرش فقهای مزبور به حق شناسی، بیشتر از دریچه سلبی است، مگر عده معدودی از ایشان که تعاریفی ایجابی از حق به یادگار گذاشته اند از میان تعاریف ایجابی در ماهیت حق، می توان به تعریفی که فقیه بزرگوار عبدالله مامقانی در نهایت المقال به دست داده است، اشاره کرد: وی حق را امتیاز متعلق به شخص می داند و در مقام تعریف حکم می فرماید: «حکم جنبه نوعی داشته و به شخص تعلق نمی گیرد». همان طور که پیدا است در کلام ایشان نسبت به حق، نوعی از تعلق و دارایی نهفته است به گونه ای که به یک یا چند نفر اختصاص داشته باشد (صغیری، جزوه فلسفه حقوق).

این فقیه بزرگوار، برای فهماندن ماهیت حق و چگونگی ارتباط و تعلق آن به شخص، از تشبیه آن به ریسمان کمک می گیرد و اشاره به ریسمانی می نماید که بین ذی حق و مال و من علیه الحق کشیده شده و آنها را به هم وصل و مرتبط می سازد، به طوری که این ریسمان در حکم یافت نمی شود و اگر هم یافته شود کلی و غیرقابل احصاء است. علیرغم تلاشهای کم و بیش فقهای اسلام در این عرصه، حقوقدانان اسلامی چندان توجهی به این امر مبذول نداشته اند. و اگر هم گاهی حقوقدانی به این امر معترض شده است، در حد نقل نظریات فقها و حقوقدانان غربی بوده است. مع الوصف از میان آنها کسانی نیز بوده اند که در صدد ارائه تعریفی از حق برآمده اند؛ از جمله ایشان دکتر عبدالرزاق احمد سنهوری حقوقدان نامی مصر است که در تعریف حق می فرماید: «الحق مصلحه ذات قیمه مالیه یحمیها القانون...» از دیدگاه وی حق مصلحت دارای ارزش قانونی است که از حمایت قانونی برخوردار است و چیزی که پشتوانه حمایت دولتی را نداشته باشد حق نیست. این تعریف اگر چه تلاشی ستودنی است ولی مانع اغیار نمی باشد، چرا که مصالحی نیز وجود دارند که قانون از آنها حمایت میکند لکن حق نیست از جمله بعضی از احکام مثل حق حیات و طلاق که حکم هستند و از حمایت قانونی نیز برخوردارند. بنابراین برای اخراج غیر ناگزیر از آوردن قید در تعریف هستیم.

۳-۱- حق و حکم

پیوند وثیقی که بین حق و حکم از بعضی جهات وجود دارد، باعث شده است فقها در شناخت حق آن دو را در مقابل هم قرار دهند. و شاید فقهی را نتوان یافت که در مقام بررسی ماهیت حق برآمده باشد، ولی سخنی از حکم در میان نیاورد. بدین لحاظ مطالعه آن به طور اجمالی و در حد نیاز در این مجال ضروری می نماید، مزید بر آن شناخت ماهیت حق، بدون ربط دادن آن با حد مخالفش امکان ندارد. لذا در گفتار حاضر معانی حکم، وجوه افتراق و اشتراک آن را با حق بررسی می نمایم.

فقیهان امامیه، جوهر و پایه اصلی حق را «توان و قدرت» می دانند و با تکیه بر همین وصف، به تعریف حق می پردازند. در واقع، سلطنت و اختیاری که به شخص داده می شود تا تصرف کند یا انتقال دهد، نشانه وجود حق است (صغیری، پیشین). همین معیار

نیز برای تمیز حق از سایر امتیازهایی که به دلیل موقعیت ویژه شخص به او می رسد و نتیجه تحقق حکم در مصداقهای شخص آن است به کار می رود. برای مثال، فسخ معامله حق است نه حکم، زیرا به طرف قرارداد اختیار انتخاب فسخ و امضاء می دهد و او می تواند خیار را اسقاط کند و توانایی را که قانون به او داده است از بین ببرد. حق خیار همانند ملک در اختیار او است و در ترکیه می ماند و به میراث می رسد.

حکم در لغت به معنای امر کردن، فرمان دادن و دستور آمده است. برخی از اهل لغت در معنای آن گفته اند: «القضاء و أصله المنع، يقال حکمتُ علیه بكذا: اذا مَنَعْتُهُ من خلافه و حکمتُ بین القوم: فصلتُ بینهم فَأَنَا حاکمٌ. يُقال الحکمة، لِأَنَّهَا تمنعُ صاحبها من أخلاق الأرزال» (المقری، ۱۴۰۵، ص ۱۴۵).

پس حکم در لغت به معنای قضا و منع است، حکم کردن؛ یعنی کسی را از مخالفت دستور منع نمودن و در اصطلاح عرف، اسناد امری به امر دیگر است به ایجاب یا سلب، و در میان اهل منطق، نفس اسناد را گویند که ادراک آن تصدیق می باشد (آملی، پیشین، ص ۳۲).

حکم در اصطلاح فقه و حقوق دارای چهار معنی است:

(۱) در یک اصطلاح مقصود از حکم، رأی دادگاه است که در دعاوی و اختلافات، برای رفع خصومت و حل نزاع صادر می شود که حکم قضایی نیز خوانده می شود.

(۲) در اصطلاح دیگر مقصود از حکم، دستوری است برای انتساب به یک سمتی.

(۳) در معنای دیگر حکم به معنای مطلق قانون است.

(۴) در یک معنی دیگر، حکم به اثری که از قانون ناشی می شود اطلاق می شود.

آن معنی از حکم که در مقابل حق قرار می گیرد، معنای چهارم آن یعنی اثر قانون است. علت تقابل حق و حکم وحدت منشاء آنهاست؛ چون هر دو اثر قانون هستند و به سان دو فرزندی می مانند که از یک مادر متولد شده باشند و طبیعی است این دو به خاطر وضعیت مشابهی که دارند از جمله متولد شدن از یک مادر، در مقابل هم قرار می گیرند و نمی توان مادر را با فرزند مقایسه کرد، چون آن دو شرایط مساوی هم ندارند (صغیری، پیشین).

اثر قانون محدود به ایجاد حق و حکم نیست، بلکه آثاری دیگری همچون ایجاد سازمان، ایجاد آیین نیز از آن به دست می آید، مثل قانون تشکیل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی یا وزارت اطلاعات که سازمانی ایجاد کرده است لذا از جمله آثار قانون ایجاد حق و حکم است نه اینکه همه اثر آن باشد.

حکمی که در این مقام و در تقابل با حق قرار می گیرد حکم به اعتبار اثر ناشی از قانون است نه حکم در معنای قانون. لذا مقایسه ی حق با قانون نیز به مثابه مقایسه حکم با قانون درست نیست و می توان گفت این کار قیاس مع الفارق است و قیاس مع الفارق قبیح است. پس بدیهی است که انسان واجدیت دیگری نیز دارد که مورد حمایت قانون است ولی حق نمی باشد و آن حکم نام دارد.

حکم از آثار قانون است که برای اشخاص به وجود آمده است بدین لحاظ رابطه ای بین اشخاص ایجاد می نماید که دو طرف حاکم و محکوم خواهد داشت یا به عبارتی طرف مثبت و منفی دارد، مثل طلاق که رابطه ای بین دو شخص است که طرف مثبت آن مرد و منفی زن است. بنابراین ارکان حکم عبارتند از: (۱) از واجدیت انسان است (۲) قانون از آن حمایت می کند (۳) جنبه ی نوعی دارد (۴) غیر قابل اسقاط است.

با توجه به عناصر فوق می توان حکم را چنین تعریف نمود: «حکم آن واجدیت مورد حمایت قانون است که نوعی بوده و غیر قابل اسقاط است» (صغیری، پیشین).

تمیز حق از حکم، یکی از دشوارترین مسائل است، این دشواری در مرحله نظری کمتر احساس می شود ولی در مرحله انتخاب مصداقها بروز می کند؛ و به همین جهت فقیهان نیز، در تمیز بسیاری از ماهیتها به اتفاق نرسیده اند. به عنوان مثال، تردید شده است که آیا اختیار رجوع شوهر در عدّه طلاق رجعی حق است یا حکم؟ نشانهای عملی که در فقه برای تمیز حق گفته شده است (مانند قابلیت اسقاط) در این فرض به کار نمی آید، زیرا خود، موضوع بحث است و در مقدمات استدلال نمی توان از آن به عنوان «اصل مفروض» استفاده کرد. به بیان دیگر، منطق مصادره به مطلوب را نمی پذیرد و چنین استنتاجی را باطل می داند. وانگهی، در نشانهای خارجی نیز سخن و تردید بسیار است که آیا تنها نشان مطمئن «قابلیت اسقاط» است یا امکان تصرف و انتقال و وراثت را هم باید بر آن افزود. پس کاوش از راه بازرسی توانهای اشخاص به بن بست می رسد و تنها راه تحلیلی درونی و شناخت موقع اختیار شوهر در درون خانواده است:

گفته شده است که رجوع حق شوهر است و منطبق حکم می کند که هر کس طلاق داده، می تواند از آن رجوع کند و امکان اسقاط آن را نهاد خلع و مبارات نشان می دهد. به بیان دیگر، چون شوهر می تواند با تراضی و قبول فدیة خلع و مبارات، اختیارات رجوع خود را ساقط کند، باید آن را حق شمرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۲۳۶).

در نقد این نظریه آمده است: «... در سازمان خانواده، این اختیار شوهر نیز رنگی از حکم یافته است: شوهر تا پایان عدّه می تواند از آن استفاده کند و تنها از راه خلع و مبارات و تراضی درباره انتخاب این قالبها رجوع ساقط می شود، یعنی سقوط رجوع نتیجه گزینش خلع و مبارات است و تراضی زن و شوهر شرط اجرای این حکم. از نظر اجتماعی نیز اختیار مطلق شوهر در رجوع بدون واکنش نمانده است. رویه قضایی و نوشته حقوقی طلاق به درخواست زن را در زمره طلاقهای بائن می آورد تا بازیچه هوس شوهر نشود... همچنین به نظر می رسد که، اگر احراز شود رجوع به قصد اضرار به زن اعلام شده است، دادگاه می تواند از این سوء استفاده جلوگیری کند. رابطه همسری بر تراضی برقرار می شود و آثار آن را قانون معین می کند. در اثر رجوع، این موقعیت حقوقی دوام و استحکام می یابد و آثار قهری آن نیز باقی می ماند. پس، سبب واقعی این حقوق و تکالیف حکم قانون و موقعیت زن و شوهر است نه اراده رجوع کننده و به همین جهت، اراده شوهر توان تبعیض یا تغییر در آثار همسری را ندارد و خود نیز در سایه موقعیت بازگشته قرار می گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۷۳).

بدین ترتیب، همیشه از راه توان و قدرت شخص نمی توان به ماهیت حق پی برد؛ در بسیاری از موارد بایستی استدلال را وارونه کرد و از راه شناخت ماهیت حق به توان و قدرت شخص رسیده و این واقعیت به اعتبار معیار برگزیده و فایده عملی آن و

تعریف حق صدمه می زند. به ویژه که ملاحظات اجتماعی همراه با اختیار، همچون مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه، قابل انعطاف و تغییر پذیر است و احتمال دارد، با گذشت زمان و تغییر دیدگاهها، نهادی که زمانی حق تلقی می شده در زمان دیگر به عنوان نتیجه اجرای حکم و موقعیتهای ناشی از آن پذیرفته شود. همچنین بخش مهمی از اشکال شناخت حق به تمیز وصف قانون باز می گردد و آن هم داستانی دراز دارد و به تناسب کیفیت و هدف نظم حقوقی معین می شود و قابل انعطاف است. «ریاست خانواده» که در آغاز حقی برای شوهر بود، در طول تاریخ تحول یافته و بیشتر چهره تکلیف دارد و به احکام پیوسته است. همچنین است مفهومهای «انفاق» و «رجوع» و «حضانة» و «ولایت» و مانند اینها. برعکس پاره ای از احکام پیشین با پذیرش اصل آزادی قراردادی تغییر چهره داده است؛ تحول نظم حقوقی بر آنها سایه افکنده و رنگ دیگری ایجاد کرده است: مانند «انفساخ بیع در اثر تلف مبیع قبل از قبض» و «ضمان درک» و «رجوع درهبه» و «عزل وکیل» و «تاریخ و محل عقد» و «انتخاب عنوان و قالب ترازی» و دهها مفهوم دیگر (همان، ش ۲۳۶).

۴-۱- نقد و بررسی

از میان تعاریف ارائه شده، جامع تراز همه آنها این است که «حق» از سنخ سلطنت است نه ملکیت. وقتی از حق سخن گفته می شود، نوعی از سلطه و سلطنت در آن نهفته است: «الحق سلطنه فعلیه لا یعقل طرفیها بشخص واحد»؛ حق سلطنت فعلیه است که با فرض یک طرف قابل تصور نیست، بلکه باید قائم به دو طرف باشد، یک طرف صاحب حق که از آن منتفع می شود و دیگر آن که حق بر ذمه اوست و ادای آن را عهده دار است. «لایجری لأحد الا جری علیه و لا یجری علیه الا جری له» (نهج البلاغه، خطبه ۲۱۶).

النبایه تعریفی که در میان فقها طرفداران کثیری پیدا کرده است، تعریف حق به «مطلق اختیار و توان» می باشد. مراد از اختیار در این تعریف، استطاعت حقوقی و اختیار انجام فعل است که به واسطه آن اختیار، فرد مجاز در تصرف تام یا ناقص است. چنانچه در مالکیت، مالک مجاز در تصرف تام بوده و اختیار انحاء تصرفات در مایملک خود را دارد و در حق انتفاع به واسطه اختیاری که در تصرف ناقص دارد می تواند از مورد آن منتفع شود. حقیقت این است که مصداق مشابهی از حق مثل ملک که فقهایین حق و آن فرق قائل شده اند از مراتب حق و اولین مرتبه آن می باشد عبارتی از انواع حق در حقوق اسلامی می باشد و خود حق در مرتبه بعدی قرار می گیرد. بنابراین، حق یک مرتبه ضعیفی از ملک و بلکه نوعی از ملکیت است: «حق عبارت است از قدرت یک فرد انسانی مطابق با قانون برانسان دیگر، یا بر یک مال اعم از اینکه مال مذکور مادی و محسوس باشد، مانند خانه، یا نباشد؛ مانند طلب یا بر مال و شخص دیگر با هم مانند حق مستاجر بر عین مستأجره و مؤجر».

فقه امامیه در آخرین تحول خود به پیشرفتهای مهمی در زمینه تحلیل حق و چگونگی جعل آن از سوی قانونگذار دست یافته است. فقیهان کم و بیش دریافته اند که از راه تکیه بر نشانه های خارجی و توانی که شارع برای صاحب حق ایجاد کرده است، در تمیز این مفهوم به جایی نمی رسند و ناچارند که به تحلیل اراده قانونگذار و چگونگی و هدف انشاء پردازند. زیرا، نه تنها در بسیاری مصداقها توان شخص مورد تردید است و از مجهولی به مجهول دیگر نمی توان پی برد و گاه ذهن دچار دور باطل می

شود، اصل ضابطه نیز کارایی لازم را ندارد و در پاره ای از حقوق، به دلیل وجود مانع یا بستگی امتیاز به شخصیت صاحب آن یا مصلحت‌های دیگر، نمی‌توان در آن تصرف کرد؛ به دیگران انتقال داد یا از آن گذشت. پس، باید در اندیشه شناخت مبنای واقعی آن توان ظاهری بود (همان، ش ۲۳۷).

از جمله فقیهانی که در این راه گامی مؤثر برداشته است، باید از مرحوم عبدالله مامقانی صاحب «نهایه المقال» نام برد. این کتاب که دنباله «غایه الآمال» نوشته شیخ محمد حسن مامقانی پدر مؤلف در مبحث خیارات و چند بحث باقی مانده از بیع است، حاشیه ای پر مغز بر مکاسب شیخ مرتضی انصاری است. مامقانی، در توضیح کلام شیخ که «فسخ» را از سنخ حق شمرده نه حکم، به نقد نظر پیشینیان خود پرداخته و ضابطه ای را که برای تمیز حق از حکم به دست داده اند ناقص دانسته است (همان، ش ۲۳۷).

مامقانی، حق و حکم را ناشی از جعل شارع می‌داند و از این جهت تفاوتی میان آن دو نمی‌بیند. پس باید او را در زمره کسانی آورد که به مفهوم اجتماعی و تحقق یافته حق می‌اندیشد و آن را تابع قانون می‌داند نه برتر از آن. به بیان دیگر او منشأ حق را نظم حقوقی می‌داند. از دیدگاه او حق نیز حکمی است که به شخص تعلق یافته و به ارتباط او با دیگران پرداخته است. حق مرتبه ای ضعیف تر و از سنخ ملک است و همان گونه که مالکیت رابطه با شخص دارد و قائم به اوست، حق نیز برای شخص ایجاد می‌شود. در حالی که حکم چهره نوعی مجرد دارد و در ایجاد آن تعلق و ارتباط مورد توجه نبوده است. به همین جهت، حق ساقط می‌شود و به ارث می‌رسد، ولی حکم نه ساقط می‌شود نه واگذاردنی است و نه به میراث می‌رسد (همان، ش ۲۳۷).

مامقانی، برای بیان رابطه حق و شخص، آن را به ریسمانی مانند می‌کند که میان حق و شخص کشیده و آن دو را به هم مربوط و متصل می‌کند. ریسمان به دست شخص است و همین که رها شود، آن تعلق نیز از میان می‌رود. قطع رابطه با شخص، گاه به دلیل اعراض و اسقاط است و پایه حق را از بین می‌برد، و گاه به این مناسبت که به دیگری اعطاء گردید و ریسمان ارتباط به او سپرده شده است، و گاه به اعتبار مرگ صاحب حق است که وارثان را جانشین و قائم مقام او می‌کند. ولی، در حکم که شخص و ارتباط میان آن دو در میان نبوده است، زمام آن به دست شخص نیست تا بتواند آن را اسقاط کند یا به دیگران بدهد یا وارثان به جای او نشینند، هر چند که توجه خطاب آن به مکلفان باشد. بدین ترتیب، در نظر او حق همان حکم شخصی شده است که از مرحله تجرد و اطلاق به مرحله تعلق و ارتباط رسیده و قائم به شخص شده است. مامقانی، برخلاف نظر مشهور، قابلیت اسقاط و انتقال و توارث را از لوازم دائم حق نمی‌داند و اعتقاد به این ملازمه را توهّم می‌بیند و در توضیح گفته خود می‌افزاید:

«احتمال دارد ربط میان حق و شخص مورد نظر شارع چنان باشد که به اسقاط از بین نرود و به دیگری انتقال نیابد و به ارث نرسد، خواه به دلیل مانع باشد (مانند حق استمتاع) یا فوت ربط و علاقه (مانند حق تربیت و ولایت و ابوت). پس، هر حقی موروث و ساقط شدنی و قابل انتقال نیست، و هر چه به ارث نمی‌رسد و ساقط نمی‌شود و انتقال نمی‌یابد حکم نیست. به کوتاه سخن، ضابطه ای در میان نیست و دلیلی بر کلیت آن دیده نمی‌شود و ناچار در هر مورد باید از دلیل خاص آن پیروی کرد».

(مامقانی، نهایه المقال، ص ۴).

تحلیل مامقانی پیشرفت محسوسی به سوی واقعیت است و عیب نظرهای پیشین را ندارد. به ویژه نتیجه مهمی که از ناتمام بودن ضابطه های پیشین گرفته و توصیه ای که به رسیدگی به دلیل هر مورد می‌کند، راه را برای تحقیق خاص باز می‌گذارد. با وجود

این، ابهام سایه افکنده بر موضوع را از بین نمی برد، درست است که حق به شخص تعلق می گیرد، ولی بازتاب اجرای حکم نیز امتیازهایی برای شخص به وجود می آورد که همانند حق همراه با توان او است. به عنوان مثال، قانون حکم می کند که پدر و مادر به حفظ تربیت کودک خود پردازند. این حکم که خطاب به پدر و مادر شده است به او این امتیاز را می دهد که فرزند را تأدیب کند و مانع از اعمال ولایت دیگران بر او شود و از دادگاه بخواهد که طفل گریز پا را به خانه برگرداند. تمام این امتیازها به شخص تعلق می گیرد. ولی آیا کافی است که حضانت حق تلقی شود؟ تمام سخن در این است که کدام توان و امتیاز حقوقی در اختیار شخص است و حق نامیده می شود و کدام توان هنوز نهادینه و وابسته به حکم و مصلحتهای مبنای آن است؟ وانگهی، در جعل حکم و حق و اثر اداره و تنظیم روابط اجتماعی همیشه ایجاد کم و بیش توانی در شخص است، پس باید اندازه توانی را که مرز حق و حکم است و جهان امر و نهی را به سرزمین اختیار و تعلق و ربط متصل می کند، تمیز داد و نظریه مامقانی هیچ راه حلی برای رفع این اشکال ارائه نمی دهد ضابطه ها را در هم می ریزد؛ ولی هیچ معیار تازه ای به دست نمی دهد (کاتوزیان، پیشین، ش ۱۲۳).

از اینها گذشته، مامقانی در نقد ضابطه های ارائه شده اندکی مبالغه کرده است. درست است که گاه به دلیل ارتباط حق با شخصیت مالک آن یا وابستگی به موضوع و مصلحت و موقعیت ویژه مورد نظر شارع قابل وراثت و انتقال نیست مانند حق شفعه که مخصوص شریک است و به دیگری انتقال نمی یابد یا حق خیار که انتقال آن به شخص خارجی به شدت مورد تردید است، ولی در مورد امکان اسقاط نمی توان چنین داوری کرد. آنچه باری به دوش شخص است و اختیاری از آن را ندارد، بیگمان همراه شائبه ای تکلیف است. در زبان حقوقی، حق امتیازی است که به شخص داده می شود تا آن را در چارچوب متعارف به سود خود اجرا کند. صاحب حق اختیار دارد که از امتیاز اعطاء شده استفاده کند یا از آن بگذرد. پس هر جا که سخن از اجبار شد، پای تکلیف به میان آمده است که ارتباط به حکم دارد. به همین جهت، مثالهایی که مامقانی، برای نمونه حق اسقاط نشدنی آورده مانند حق ابوت و ولایت و حضانت و استمتاع زوج، همه از احکام یا اختلاطی از حق و حکم است.

بسیاری از نظریه پردازان حقوقی در آخرین تحلیل خود، معیار «ارتباط با شخص» را به عنوان ضابطه تشخیص حق از حکم پذیرفته اند و بر مبنای آن، در تعریف حق گفته اند: «توان و صلاحیتی است که قواعد حقوق به شخص اعطاء می کند» و این ویژگی مفهوم حق را از سایر موقعیتهای که نوعی و مطلق است متمایز می کند (دابن، ۱۹۶۴، ص ۱۷). ضابطه ارتباط با شخص نمی تواند معیار مطمئنی برای تشخیص حق از حکم باشد. حق مثل حکم نوعی و کلی بوده و به شخص خاصی ارتباط ندارد و صادق بر افراد عدیده است. به عبارتی، حق و حکم هر دو قالبی هستند که هر کس در آن قالب قرار بگیرد، آن امتیازات و تواناییها برایش بار می شود. به عنوان نمونه، مالکیت حقی است که هر کس آن صفت را دارا شود، امتیازاتی را موافق قواعد حقوقی تحصیل کرده و از آن متمتع می شود و این حق به شخص معینی اختصاص ندارد. نفقه زوج حکمی است که هر زنی به موجب نکاح دائم به زوجیت مردی درآید، در آن قرار گرفته و از آن بهره مند می شود.

این نمونه ها نشان می دهد که کلی و نوعی بودن، قالبی است که هم حق و هم حکم در آن قرار می گیرند. به عبارت دیگر کلی و نوعی بودن را باید وصف اشتراک حق و حکم دانست نه وجه ممیزه آن دو.

التهایه، قابلیت اسقاط را ضابطه اصلی تمیز حق و حکم باید دانست و تقسیم حق به قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط درست نیست. به عبارتی جوهره تفاوت در این است که حق، امتیاز اختصاصی است ولی حکم امتیاز و توان توأم با تکلیف است. موقعیت حقوقی ناشی از حق و حکم، همراه با امتیاز و توانایی است. عامل مهمی که موقعیت حقوقی را در قالب حق یا در قالب حکم، قرار می دهد؛ چیرگی عامل امتیاز و نفع بر عامل تکلیف است. موقعیت حقوقی که در آن غلبه نفع و امتیاز است و اصولاً قابلیت اسقاط را داشته و همراه با حمایت قضایی است و به صاحب آن اختیار طرح دعوی را می دهد، موقعیت حقوقی کلی از نوع حق گفته می شود. پایه حق مالکیت، نفع و امتیازی است که شخص می داند بالاخصاص در آن تصرف و اسقاط کند و اگر به آن تجاوز شود علیه متجاوز اقامه دعوی کند. از طرف دیگر، موقعیت حقوقی که در آن غلبه با عنصر تکلیف است و اصولاً قابلیت اسقاط را ندارد، موقعیت حقوقی کلی از نوع حکم گفته می شود. موقعیت حقوقی ابوت و ولایت و حضانت و استمتاع زوج، همه از احکام می باشد زیرا، از این امتیازها نمی توان صرف نظر کرد. پس، باید پذیرفت که امکان اسقاط و انصراف از موقعیت حقوقی، از اوصاف ذاتی حق است و عدم امکان اسقاط و انصراف از موقعیت حقوقی، از اوصاف ذاتی حکم می باشد.

میرزا نائینی در منیه الطالب، قابلیت اسقاط را ضابطه اصلی تمیز حق و حکم می داند و درباره حق ساقط نشدنی مانند حق ابوت و ولایت و استمتاع زوج می نویسد:

«لأن هذه من الاحكام و تسميتها حقاً انما هو بعنايه و مناسبة.. (خوانساری، منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۵۲).

مبحث دوم: ماهیت حق در حقوق

مفهوم حق تا اواخر قرون وسطی نقش مهمی در گفتمان سیاسی و اخلاقی ایفا نمی کرد. مفهوم حق در نظام های بزرگ اخلاقی افلاطون و ارسطو و در حقوق باستانی یونان برجسته نشده اند. مفهوم حق، در صورت وجود، از زمان فیلسوفان یونان تا اواخر قرون وسطی به سطح خودآگاه نیامد. برای نمونه، در دیالوگ کریتو (crito) نوشته افلاطون، سوالی را که سقراط با آن مواجه است، به این شکل قابل صورت بندی است: آیا شخصی که معتقد است به ناحق (ناعادلانه) به ارتکاب یک جرم محکوم شده است حق فرار از زندان را دارد؟ لکن بررسی دقیق متن افلاطون نشان می دهد که دیالوگ مزبور در قالب زبانی حق نوشته نشده است. واژه ای در متن یاد شده نیست که معنای لفظی آن «حق» باشد. بلکه مسأله سقراط این است که آیا درست یا عادلانه است که از زندان فرار کند. حال ممکن است دربادی امر به نظر آید که تفاوت میان «درستی انجام یک عمل» با «داشتن حق انجام یک عمل» صرفاً یک تفاوت ظریف زبانی است. ولی در پس ظرافت زبانی مزبور تفاوت محتوایی مهمی نهفته است (martin p. golding).

مثال دوم را از توماس آکویناس (saint thomas aquinas) ذی نفوذ ترین متفکر مکتب حقوق طبیعی در قرون وسطی، می آوریم. آکویناس در عین حال که از دکترین حقوق طبیعی (natural law) دفاع می کرد، با این وجود و به رغم حضور مفهوم حق در فضای فکری آن زمان دکترین پیرامون حقوق طبیعی نداشت. آکویناس، همانند سقراط در دیالوگ کریتو، سوالی مطرح می کند که به خوبی می توانیم آن را در قالب زبان حق بیان نماییم: آیا فرد شدیداً گرسنه حق دزدیدن یک قرص نان را دارد؟ آکویناس سوال را با چنین زبان بیان نکرده است. بلکه وی می پرسد که آیا دزدی ناشی از فشار زیاد نیاز، مشروع

است؟ (aquinas, ۱۹۵۳, p. ۱۳۷).

همچنین برخی از مترجمان آکویناس با ترجمه خود بحث از موضوع حق مالکیت و اینکه آیا «حق مالکیت خصوصی» از «حق طبیعی یا انسانی» ناشی می‌شود را به او نسبت می‌دهند. اما آکویناس در واقع پرسیده است که آیا این طبیعی است که انسانها اشیای موجود در خارج را به تملک در آورند و پاسخ می‌دهد که مالکیت خصوصی با حق و عدالت طبیعی در تعارض نیست. آکویناس نگفت، در حقیقت نمی‌توانسته مانند لاک بگوید، که انسانها دارای حق طبیعی مالکیت هستند. آکویناس قائل به حق طبیعی بود اما لیستی از مصادیق حقوق طبیعی نداشت. (martin p. golding).

۱-۲- تعریف حق

همه کس میدانند که حق چیست؛ ولی، تعریف دقیق آن مشکلات زیادی به وجود می‌آورد. گواه آن این که، تحقیقات زیاد به عمل آمده نشان می‌دهد تا کنون نتیجه‌ای مقبول عام حاصل نشده است. به گفته امانوئل کانت: «حقوقدانان هنوز در جستجوی تعریفی از مفهوم حق اند (Emmanuel kant). شاید این گفته در زمان حاضر نیز همه اعتبار خود را از دست نداده است. زیرا، اگرچه مفهوم عام و مبهم حق برای بعضی اهداف خصوصی کافی است، به هیچ وجه برای اهداف عالی معرفت کفایت نمی‌کند. همه کس تجلیات معمولی حق را به شکلی که عرضه می‌شود، به سهولت می‌شناسند، ولی در مقابل مسائل عالی و کلی، یعنی وقتی بحث قرار دادن مفهوم حق در جایگاه حقیقی اش در نظام معرفت و تعیین عناصر اساسی آن، و نیز تمیز آن از موضوعات دیگر یا مقولات مشابه مطرح می‌شود شباهت و مشکلاتی آشکار می‌شود که مفهوم متداول حق به هیچ وجه قادر به رفع آن نیست. (واحدی، ۱۳۸۶، ص ۹).

در حقوق، حقوقدانان به بررسی ماهیت حق اهتمام ورزیده‌اند و تلاش کرده‌اند ماهیت حق را آشکار نمایند. در بررسی‌های حقوقی، فقط قسمتی از واقعیت در مورد ماهیت حق ابراز شده است و به نظر می‌رسد ارائه تعریفی جامع و مانع که حاوی کل واقعیات در مورد مفهوم حق می‌باشد، امری ناممکن باشد. این است که اگر برای یافتن تعریف به دنبال کمال (ایده آل) برویم، اشتباه است. بعنوان مثال تعریف کانت از حق به این صورت است: «حق، مجموعه شرایطی است که به برکت آن، اراده آزاد هر کس بتواند با اراده آزاد سایرین، طبق یک قانون کلی آزادی، همزیستی داشته باشد». (emmanuel kant فیلسوف آلمانی ۱۷۲۴-۱۸۰۴ م). این تعریف در حقیقت ناظر به حق کمالی است ولی مفهومی از جنس منطقی حق به دست نمی‌دهد. تعریف مزبور شاید ما را به این نتیجه برساند که شاید حق حقیقی هرگز وجود خارجی پیدا نکرده است زیرا نظامهای حقوق موضوعه، کم و بیش از اصل فوق دورند، بالتبیین ناچار هستیم تمام نظامهایی را که متضمن آزادی یکسان برای همه افراد نیستند به طور کامل از مقوله حقوق خارج کنیم؛ فی المثل حقوق رم، که تأسیس بردگی - یعنی انکار قانونی آزادی یکسان برای همه - را پذیرفته، نبایستی حقوق تلقی شود (واحدی، ۱۳۸۶، ص ۱۴).

بنابراین با دنبال کردن و پیروی از این روش، یعنی نگرش به حق بعنوان ایده آل و کمال، حق را نمی‌توان تعریف کرد. واقعیت این است که نگاه به حق و ارائه تعریف از آن نسبی بوده و در هر تعریفی به قسمتی از واقعیت توجه می‌شود.

۱-۱-۲- حق؛ توان اراده

از میان حقوقدانان غربی که در ماهیت حق نظر داده اند می توان از وینشید حقوقدان آلمانی نام برد، وی حق را توان اراده می داند. این نظریه جوهر حق را توان و اختیار شخص در تصرف می داند. در واقع مطابق این نظریه، حق به شخص تعلق داشته و توان شخص در تصرف، لازمه این تعلق است. از دیدگاه وینشید، حق نفع حمایت شده حقوق نیست. نفع حاصل از حق به اعتبار بهره برداری از موضوع حق و حمایت قانون نیست، به لحاظ تعلق و اختصاص است.

توان و اختیار صاحب حق، کفه متقابل و لازمه تعلق است که او را بر موضوع حق مسلط می کند. این توان و سلطنت به معنی اختیار آزادانه تصرف در شیء است و نباید آن را با اجرای حق مخلوط و اشتباه کرد: اجرای حق توان فعال و در حال حرکت است که به اراده شخص منسوب می شود، ولی توان صاحب اختیار در اجرای حق یا عدم استفاده از آن است و حاوی اختیار و آزادی انتخاب نیز هست. او می تواند در موضوع تصرف کند یا از آن امتناع ورزد یا تصرف خود را به جایی رساند که موضوع حق را از دست بدهد. (B.windscheid اهل آلمان، متخصص در فلسفه حقوق ۱۸۱۷-۱۸۹۲).

به نظر وینشید که حق را چیزی تحت سلطه اراده تعریف کرده، ایراد شده است؛ چه تسلط واقعی اراده، برای وجود حق ضروری نیست. می توان ندانسته و حتی بر خلاف میل و اراده، دارای حقی بود. برای مثال حق ناشی از وصیت، با مرگ موصی ایجاد می شود، اگر چه بعدها به اطلاع موصی له برسد. همین طور، طلبکاری که دریافت طلب خود را از مدیون رد می کند، طلبکار باقی می ماند و مدیون هم مدیون باقی می ماند، تا این که ذمه او از دینش، به وسیله تسلیم واقعی مبلغی بدهی و یا ایداع بعدی آن، بری شود و همچنین کسی که خود سرانه از زمین غیر عبور می کند، اگر چه مالک مانع او نشود، یا حتی نسبت به عمل وی جاهل باشد (وکیو، فلسفه حقوق، پیشین، ص ۱۱۵)

به نظر می رسد، مثال های مزبور و نظایر آن ها، نتوانند تزلزلی در خود نظریه مورد بحث ایجاد کنند؛ چه، اگر دقت شود، به موجب این نظریه، اراده فعلی فرد (صاحب حق) اساس حق نیست: امکان خواستن است که به ذی حق اعطاء شده است و این امکان، حتی در موارد پیش گفته، وجود دارد.

۲-۱-۲- حق؛ منفعت حمایت شده از جانب قانون

نظریه دیگری که در حقوق اروپا در ماهیت حق ارائه شده است منسوب به یرینگ (jhering) حقوقدان معروف آلمانی (۱۸۱۸-۱۸۹۰ م) است. نظریه یرینگ در مورد ماهیت حق، بر مفهوم منفعت استوار است. مفهوم مزبور، از توجه به این امر نشأت گرفته که چون حق از جهت ذهنی ناظر به یک موضوع است، عصاره ای از اراده فردی است. هدف و موضوع اراده، تحقق یافتن یک چیز و یا، از نظر فردی که در پی آن است، منفعت تلقی می شود. خواستن، به تنهایی ممکن نیست، همیشه باید چیزی را خواست، این مظلوم و محتوای اراده، عنصر اساسی حق است. به همین جهت یرینگ حق را چنین تعریف می کند: «منفعت حمایت شده از جانب قانون». این مفهوم می خواهد واقع بین و حتی سودگرا باشد، زیرا منظور آن، لمس کردن حقیقت عینی یا هدف بلاواسطه حق است (واحدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۲).

نظریه پرینگ موردانتقادات زیادی قرار گرفته است. از جمله ایرادی که بر آن وارد ساختند این است که هدف حمایت قانون از چیزی موجد حق نمی باشد و چه بسا تکلیف از آن زاده شود. از طرف دیگر تعیین هدف در تعریف پرینگ، معادل تعیین وسیله است یعنی همان طور که حفظ اشیای قیمتی در مقابل آتش سوزی و سرقت، مبین هدف گاو صندوق است یعنی گاو صندوق بعنوان وسیله استفاده می شود، ولی گاو صندوق را تعریف نمی کند. به همین ترتیب اگر بپذیریم حق تأمین کننده منافع انسانها است، این فرمول تعریف منطقی حق را به دست نمی دهد.

منفعت هایی وجود دارند که با اینکه در زندگی ما نقش اساسی دارند، نسبت به آنها، نه یک حمایت قانونی پیش بینی شده و نه امکان این امر وجود دارد. مثل حیات انسان که منوط به شرایط مادی، جهانی و غیره است که ذاتاً از قلمرو حقوق خارج اند. بعلاوه، حتی در مواردی که پیش بینی حمایت حقوق وجود دارد و عملاً هم می تواند تحقق یابد، به هیچ وجه حقیقت ندارد که حمایت مزبور، به تعداد منافع مورد نظر، قانون به وجود آورده است. این یک منفعت عمومی است که مجرمین توصیف شوند، محاسبات دولت به طور منظم صورت گیرد، از سر حدت کشور دفاع شود، همه این منافع از طرف قانون حمایت شده اند، ولی برای هر یک از اعضای جامعه، یک حق خاص نسبت به آنها وجود ندارد (واحدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۳).

۳-۱-۲- حق؛ مفهومی اخلاقی

عده ای از فیلسوفان حقوق، برای تعریف ماهیت حق به ارتباط میان حق حقوقی و حق اخلاقی (یعنی ارتباط میان «آنگونه که هست» و «آنگونه که باید باشد») توجه کرده اند. نظریه پردازان مزبور معتقدند، حق عیناً همان اخلاق است و استدلال اخلاقی می باشد. تنها حق واقعی در هر جامعه ای حق اخلاقی می باشد اگر قانونگذار حقی را بر خلاف اخلاق و قانون برگزیند، آن حق از اعتبار ساقط است.

مطابق این دیدگاه، سیستم ادعایی حقوقی یک نظام دیکتاتوری مانند آلمان نازی، اصلاً حقوق نیست (lon luois fuller). در واقع طرفداران این نظریه معتقدند، حق یعنی بایدهایی که اخلاق مشخص می کند. ایرادی که بر این نظریه وارد است، به این صورت است که این دیدگاه با عمل و کیلان و قضات در دنیای واقعی همخوانی ندارد. هنگامی که قانون در مورد حقی، مبهم یا اختلافی باشد، و کیلان و دادرسان برای ادعای خود مبنی بر اینکه قانون حاکم بر امر اختلافی چیست نه اینکه قانون و حق چه چیزی باید باشد، غالباً استدلالهای حقوقی ارائه می کنند. به عنوان مثال، آیا درد و رنج های برآمده از یک تصادف، به فرد اجازه ادعای خسارت می دهد یا خیر؟ بر فرض سکوت قانون باید به دنبال قاعده کلی تری باشیم تا نشان دهد حق مطالبه خسارت برای صدمات عاطفی ناشی از تصادف وجود دارد یا خیر. در استدلالات وکلا و قضات در پاسخگویی به این سوالات، ممکن است باورها و اعتقادات اخلاقی دخالت داشته باشد. تقریباً همه حقوقدانان، وکلا و قضات هم رأی اند که در بررسی حق، باید به این مقوله به صورت «آنگونه که هست» توجه شود نه بصورت «آنگونه که باید باشد».

۴-۱-۳- حق؛ ملازم با تکلیف

نظریه دیگری که در مورد ماهیت حق مطرح شده است، تلازم حق و تکلیف است. در این نظریه، حق به معنای یک امتیاز مشروع

است که برای فرد یا جامعه ای ثابت می شود و نسبتی را بین حداقل دو طرف که «من له الحق» و «من علیه الحق» نامیده می شوند ایجاد میکند. از این رو تلازم با ثبوت تکلیف برای طرف مقابل می باشد. به تعبیر دیگر، حق و تکلیف، دو امر متلازم اند به این معنا که جعل و وضع هر یک مستلزم جعل و وضع دیگری است به این معنا که هر کسی محق است قطعاً شخص دیگر در مقابل او مکلف است (آملی ۱۳۸۸، ص ۳۴).

این نظریه با این ایراد روبه روست که هیچ حقی استلزام منطقی با تکلیف ندارد. مصادیق متعددی برای حق وجود دارد که مستلزم تکلیف نیست. بعنوان نمونه، متعلق حق آزادی، فعل یا ترک فعل صاحب امتیاز است و منصرف از تکلیف دیگران است. حق آزادی بیان در شمار این نوع حقها است. به این بیان که صاحب حق می تواند از این نوع حق استفاده کند و استفاده از این نوع حق مستلزم تکلیف دیگران به فراهم کردن شرایط استفاده از این حق نیست، حق ازدواج، حق طلاق، حق ارث، امتیازی هستند که صاحب حق می تواند از آنها استفاده کند ولی دیگران در برابر دارنده این حقوق، هیچ تکلیفی ندارند. ممکن است گفته شود در مواردی داشتن حق بدون وجود تکلیف دیگران به رعایت آن بی فایده خواهد بود. اما این امر نمی تواند وجود رابطه منطقی میان حق و تکلیف را اثبات کند. حق به دو قسم مقارن تکلیف و غیرمقارن با تکلیف تقسیم می شود. در مواردی که حق مقارن با تکلیف است نباید تصور کرد تکلیف در مفهوم حق اخذ شده است به گونه ای که تصور شود در تحلیل مفهوم حق می توان به تکلیف رسید (white, ۱۹۸۵, p. ۷۰).

برای مثال اگر بدهکار در مقابل طلبکار (صاحب حق) مکلف به پرداخت دین است، این تکلیف بخشی از حق طلبکار به دریافت طلب نیست، بلکه ناشی از یک امر اعتباری است که قانونگذار پیش بینی کرده است و جنبه عینی و واقعی ندارد. قانونگذار بعنوان یک قاعده کلی گفته: «دارا شدن غیر عادلانه» ممنوع می باشد و در واقع تکلیف بدهکار به پرداخت دین بر مبنای قاعده دارا شدن غیر عادلانه است نه بر مبنای اینکه تکلیف قسمتی از حق است.

۵-۱-۲- حق، حمایت از ذات

جان استوارت میل، حق واقعی را (self-protection) یعنی حمایت از ذات دانسته است. او در یکی از مؤثرترین سخنانش در فلسفه حقوق و سیاست معاصر چنین می گوید:

«تنها چیزی که برای نوع بشر، چه به گونه فردی و چه جمعی، در برابر هر نوع آزادی عمل افراد، تضمین شده، پاسداری از حق است. تنها نمونه ای که می توان از اعمال قدرت علیه خواست هر عضو جامعه مدنی استفاده کرد، جلوگیری از وارد شدن صدمه بر حق دیگران است و سود شخصی عضو یادشده، چه مادی و چه اخلاقی، مجوز کافی نیست» (mill ۱۹۷۲ p: ۷۸).

بر پایه این اصل، هیچ توجیهی برای استفاده از قانون علیه شهروندان، با هر هدفی، جز جلوگیری از صدمه بر حق دیگر شهروندان وجود ندارد. وظیفه قانون برای جامعه محدود به دفاع از حق شده است و اگر عمل فردی به هر گونه ای برای جامعه خطرناک باشد، استفاده از آن مشروع است چون هیچ منافاتی با حق واقعی (ذات) ندارد.

از نگاه بتنام، استدلال میل کاملاً بی معناست. به باور او، این استدلال که ایجاد موانع، بر سر راه رفاه اجتماعی قابل دفاع می باشد

از پایه نادرست است. آنگونه که بنتام می انگارد، یک نظام حقوقی عقلانی، باید بتواند حق قانونی را که در راه رفاه همگانی مانع ایجاد می کند- هر اندازه که سود داشته باشد- به تعلیق اندازد. او از نظام حقوق عرفی (common law) که با اصول جزمی خود، پاسدار حق سنتی بوده، دقیقاً از این رو به شدت نفرت داشت که در تأمین خیرهمگانی با سودهای واقعی هم آهنگ نبود. در نظام حقوقی عقلانی بنتام، هر حق معینی که مانع خیر عمومی باشد، باید کنار گذاشته شود (تبت، ۱۹۵۰م، ۱۶۹).

این نکته را باید بعنوان ایراد بر نظر بنتام، در نظر داشت که حق تا اندازه ای مانعی در راه سود به شمار می رود. اگر هیچگونه پیش فرضی درباره حقی که بر دیگر سودها برتری دارد موجود نباشد و حق تا اندازه ای به خیر همگانی تبدیل شود، به هیچ معنایی روشنی نمی توان سخن از حق به میان آورد. حق تنها هنگامی اهمیت دارد که احتمال انکار آن وجود داشته باشد و این دقیقاً هنگامی است که برای بیشتر مردم مزاحم تلقی شده یا ناخوش آیند باشد، به ویژه هنگامی که در یک جامعه دموکراتیک بیشتر مردم با این اتهام روبه رو شوند که با خودداری از دادن حق اقلیت، به بی عدالتی دامن می زنند. دفاع از چنین حق، در واقع همان چیزی است که دورکین آن در قالب «حق را جدی بگیریم» بیان می کند.

۶-۱-۲- حق؛ خیر جامعه

دیدگاه دورکین در زمینه حق به مفهوم گسترده آن، هم اخلاقی و هم قانونی، بر این اساس استوار است که حق، قابل استنتاج از تصمیمات قضایی دارای ابعاد همه سویه در دعاوی پیچیده می باشد. در تعبیر استعاری دورکین، حق به مثابه ورق بازی است. یک حق به مفهوم درست واژه، همانند یک ورق برتر بازی است که پیش بینی های حریف را از میدان بیرون می کند: «حق در بهترین مفهوم، همچون ورق بازی است که بر برخی از پس زمینه های توجیحات تصمیمات سیاسی برتری می یابد که بیان گر هدفی برای جامعه بعنوان کل می باشد» (Dworkin, ۱۹۷۷, p. ۱۶۷)

گفتن این که چنین هدفی با حق از صحنه بیرون می رود، به این معناییست که هر حقی مطلق است و هرگز کنار گذاشته نمی شود. همواره این امکان هست که ورق های با ارزش بالاتر برای بازی وجود داشته باشد. یک حق ممکن است با دیگر حقوق یا ملاحظات ویژه روش غالب کنار گذاشته نباشد. معنای این، نامحدودی آزادی بیان نیست. شرط اساسی این است که برای اینکه حقی اثر داشته باشد، باید دارای نیرویی واقعی باشد که بر ملاحظات اهداف جامعه چیره شود.

باید توانی واقعی داشته باشد که باعث زحمت شود. همین حق، همچون یک ورق بازی، سزاوار شکست می باشد و ممکن است یک حق حریف دیگر بر آن چیره شود. حق آزادی بیان گاهی با حق پاسداری از آبروی افراد که زیر حمایت قوانین افترا و هتک حرمت است، رویارو می شود، اما این حق حریف، خود یک ورق بازی است که علیه خیر همگانی به پا می خیزد. هنگامی که به خیر عمومی مهم چون دلیلی برای کنار گذاشتن حقی استناد می شود، باید روشن گردد که آیا حق حریف دیگری در کار هست یا خیر. اگر حق آزادی بیان باعث سخن تحقیرآمیز شود، حمایت از آن از این رو که در رویارویی با حقوق افراد و گروههایی قرار گرفته که به سبب سوء استفاده از این حق، مورد تعرض واقع شده اند، از میان می رود (تبت، ۱۹۵۰م، ص ۱۷۴).

انتقادات زیادی به دیدگاه دورکین وارد شده است. هسته اصلی این انتقاد، این گفته است که اولاً؛ تنها فرض مؤید حق، استحکام

کافی ندارد که بر پایه آن بتوان با نیرو دفاع کرد؛ ثانیاً، این ضعف به دلیل نبود زمینه ای جداگانه از سودمندی، برای حق مورد نظر دورکین می باشد؛ ثالثاً، حقی که دورکین به دفاع از آن می پردازد، ریشه در معیارهای عدالتی دارد که با حقوق عرفی ایجاد شده است. درحالیکه این فقط بخشی از حقیقت است نه کل آن.

۲-۲- نتیجه گیری

اگر چه در دهه های اخیر، تغییر فاحشی در نگرش شناسایی حق جهانی در مناطق مختلف صورت گرفته است، هیچ نشانه ای از شکل گیری یک توافق دیده نمی شود و بیشتر به تحلیل و مقایسه نظرات اصلی در مورد حق توسط نظریه پردازانی مثل دورکین، راولز و دیگران توجه شده است.

مفهوم حق بر حسب اختلاف مقتضیات محل و محیط اجتماعی، متفاوت و مختلف است، مثلاً حق در نظر فردی یا ملتی، ممکن است در نظر فردی یا ملتی دیگر باطل باشد و بالعکس. همچنین ممکن است امری در یک زمان نزد ملتی حق و مطلوب باشد و همان چیز در زمان دیگر برای همان ملت، منفور باشد. مثلاً برده فروشی در تاریخ، حقی برای ملل فروشنده بوده ولی از تاریخ ۱۸۳۸م. که انگلیس با بدل بیست میلیون لیره انگلیسی اقدام به جلوگیری از آن نمود، موضوع برده فروشی امری ناپسند گردید.

مفهوم حق، تعریف و تشخیص آن بدست جامعه و افراد طبقه اعلاهی هر ملتی است و چون منطق و عادات و آئین هر ملتی با ملل دیگر متفاوت و متغایر است، مفهوم حق نیز ممکن است بر حسب اختلافات مزبور، متفاوت و قابل تغییر باشد. چنان که ممکن است موضوع واحد از جهتی حق و از جهت دیگر باطل باشد؛ چنانکه اکثر امور نسبی است مثل خوبی و بدی نسبت به اشخاص. وجود حق، همواره مستلزم وجود یک رابطه بین اشخاص است. آنچه یک فرد از نظر حقوقی، قادر به انجام آن است در حقیقت قدرت یا اقتداری در رابطه با افراد دیگر است. اخلاق در قاعده اخلاقی، اختصاص به فرد دارد. برعکس، حق در حقوق، همیشه دو طرفه است و باید آن را رابطه اجتماعی شمرد، خواه مفاد آن امکان مطالبه مستقیم از شخص دیگر باشد یا استفاده انحصاری از اموال و انتظار احترام از دیگران و منع آنان از تجاوز به حق. امکان انجام دادن عمل از طرف شخص تا حدودی است که در مقابل تعهد متناظر با آن از طرف دیگر (تکلیف عدم ممانعت) وجود دارد و در جهت خلاف نیز همین قاعده صادق است. هر طرف حق، معنی و تأثیر خود را از طرف دیگر حق به دست می آورد. با توجه به آنچه گفته شد، می توان حق را به این صورت تعریف کرد: «اقتدار حقوقی قابل اجرا بین افراد مختلف، به موجب یک قاعده حقوقی که حدود آن را مقرر می دارد و هر مخالفت و تجاوزی را در مقابل آن ممنوع می سازد».

فهرست منابع

الف: منابع فارسی و عربی

- ۱- آملی، جواد، حق و تکلیف در اسلام، مرکز نشر اسراء، چاپ سوم، بهار ۱۳۸۸.
- ۲- ابدالی، مهرزاد، درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه های حقوقی، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ۳- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب مکاسب، جلد ۱، چاپ عباس محمد آل سیاح قطیفی، قم ۱۴۲۴.
- ۴- المقری الفیومی، احمد بن علی، قم، دارالاجرة، ۱۴۰۵ ق.
- ۵- تیبیت، مارک، فلسفه حقوق، ۱۹۵۰ م، مترجم حسن رضایی خاوری، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
- ۶- تهنوی، محمدعلی، کشف اصطلاحات الفنون و العلوم، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، چاپ اول، ۱۹۶۶.
- ۷- خراسانی، محمد کاظم بن حسین، حاشیه کتاب مکاسب، جلد ۱، چاپ مهدی شمس الدین، تهران ۱۴۰۶.
- ۸- خوانساری نجفی، موسی، منیه الطالب فی شرح المکاسب، تقریرات درس آیت الله نائینی، جلد ۱، قم، ۱۴۱۸-۱۴۲۱ ق.
- ۹- خوئی، تقریرات درس مصباح الفقاهه، جلد ۲، بیروت، ۱۴۱۲.
- ۱۰- دل و کیو، فلسفه حقوق، مترجم جواد واحدی، انتشارات میزان، چاپ دوم، زمستان ۱۳۸۶.
- ۱۱- خمینی، روح الله، کتاب البیع، جلد ۱، ۱۳۷۹.
- ۱۲- صغیری، اسماعیل، جزوه فلسفه حقوق، دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز
- ۱۳- طباطبایی، شیخ محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، جلد دوم، چاپ سربی قم.
- ۱۴- فخار طوسی، جواد، در محضر شیخ انصاری، شرح بیع، جلد ۱۰، چاپ غدیر، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد سوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۵.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۸.

ب) منابع انگلیسی

- ۱- Alan R. white, rights, oxford: new york, ۱۹۸۵.
- ۲- Aquinas, T, the political Idea of st. thomas aquinas (translated by the fathers of the english dominican province) new york: hafner, ۱۹۵۳.
- ۳- Aquinas, T, the political Idea of st. thomas aquinas (translated by the fathers of the english dominican province) new york: hafner, ۱۹۵۳.
- ۴- Dworkin, G. ۱۹۹۴ ED ۰۹۱۹۹۴ morality, harm and the law, san francisco and oxford: westview press
- ۵- Dworkin, p. (ed) (۱۹۷۷a) the philosophy of law, oxford university press.
- ۶- Dworkin, r. (ed) (۱۹۷۷b) taking rights seriously, london: duckworth
- ۷- golding, M.P. (۱۹۷۸). <the concept of rights: A historical sketch, in bioethics and Human rights, ed. by E.L. bandman ^ B. bandman, boston: Little, brown ^ company. ch, ۴
- ۸- mill, S.s. ۱۹۹۷۲ A {۱۸۵۹} on liberty, london: every man. [۱۹۲۲b] [۱۸۶۱] utilitavi anism, london:

every man.

۹- Ronald ,dworkin,laws empire comgridge,mass,۱۹۸۶

ج) منابع اینترنتی

۱- www.bris.sc.uk

۲- www.ed.ac.uk

۳- www.concord.kaplan.edu

۴- www.law.monash.edu.ac

۵- www.law.washington.edu

۶- www.llnl.gov

۷- www.ncl.ac.uk

۸- www.rackhem.umich.edu

۹- www.thesis.co.uk