پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

مقاله پژوهشی | دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۱۹ | پذیرش: ۱۴۰۵/۰۴/۱۱
DOI: 10.30497/law.2026.248928.3868

بازاندیشی در مفهوم حق: از نظریات کلاسیک فقهی تا نظریه حق به‌معنای امتیاز

حجت‌اله دهقانی • استادیار، گروه آموزش معارف اسلامی، دانشکده علوم تربیتی، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران.
hojjatollahdehghani@chmail.ir

چکیده

مسأله «حق» در اندیشه فقهی اسلام همواره در کانون توجه فقیهان بوده است. در نظریات کلاسیک، برداشت‌های متعددی از این مفهوم ارائه شده؛ از جمله تفسیر آن به سلطنت ضعیفه، ملکیت، اعتبار خاص یا معانی مختلف دیگر. این دیدگاه‌ها هر چند در تاریخ فقه تأثیرگذار بوده‌اند، اما به‌سبب کاستی‌های مفهومی و ناتوانی در تبیین کارکردهای دقیق حق، نیازمند بازاندیشی اند. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی، ضمن بررسی و نقد نظریات کلاسیک، به بازسازی و صورت‌بندی تحلیلی چارچوب «حق به‌معنای امتیاز» می‌پردازد. در این چارچوب، حق نوعی امتیاز ویژه تلقی می‌شود که بر تَشاح و رعایت حال ذی‌حق مبتنی است. نوآوری پژوهش در خوانش بازسازی‌شده و صورت‌بندی منسجم این چارچوب، استخراج مقومات مفهومی بدیع برای آن، تبیین اقسام تشاح، تفکیک مقومات از آثار، و آزمون کارآمدی آن در عرصه تمایز حق و ولایت است. دستاورد اصلی نوشتار، ارائه چارچوبی تحلیلی برای فهم و بازتعریف مفهوم حق در فقه امامیه است که می‌تواند در بازتعریف نهادهای حقوقی و توسعه مطالعات میان‌رشته‌ای فقه و حقوق الهام‌بخش باشد.

واژگان کلیدی: حق، امتیاز، تشاح، ولایت.

Journal Pre-Proof

پذیرش شده برای انتشار

مقدمه

مفهوم «حق» از بنیادی‌ترین مفاهیم در فقه امامیه و حقوق اسلامی است و بخش مهمی از روابط حقوقی و اجتماعی بر اساس آن سامان می‌یابد. بااین‌حال، تعیین ماهیت حق و تبیین نسبت آن با «حکم» از مسائل دیرپای فقه و اصول به شمار می‌رود و در آثار فقیهان و اندیشمندان مسلمان، دیدگاه‌های متفاوتی درباره حقیقت، مقومات و آثار آن شکل گرفته است. اهمیت این مسئله صرفاً به حوزه مباحث مفهومی محدود نمی‌شود؛ زیرا تعیین ماهیت حق در تشخیص آثاری مانند امکان اسقاط و انتقال و نیز در تمایز حق از مفاهیمی مانند حکم، ملکیت و ولایت تأثیرگذار است. ازاین‌رو، دستیابی به ضابطه‌ای روشن برای شناسایی حق می‌تواند در تحلیل بسیاری از نهادهای فقهی و حقوقی نقش تعیین‌کننده داشته باشد.

یکی از مسائل اساسی در تحلیل ماهیت حق، تعیین ضابطه‌ای است که بتوان بر اساس آن، حق را از حکم و سایر مفاهیم نزدیک بازشناخت. در بخشی از ادبیات فقهی و اصولی، حق و حکم در چارچوبی واحد تحلیل شده و حق از اقسام حکم وضعی دانسته شده است؛ در مقابل، برخی اندیشمندان میان این دو تمایز نهاده و برای حق ویژگی‌هایی مستقل از حکم قائل شده‌اند. این اختلاف صرفاً اصطلاحی نیست؛ زیرا تلقی از ماهیت حق می‌تواند در تعیین جایگاه صاحب حق، دامنه اختیار او و آثار مترتب بر این موقعیت مؤثر باشد.

مسئله اساسی پژوهش آن است که آیا می‌توان ماهیت حق را بر اساس برخی آثار آن، مانند قابلیت اسقاط یا انتقال، تبیین کرد یا برای شناسایی آن باید به مؤلفه‌ای بنیادی‌تر توجه داشت. افزون بر این، اگر حق از حکم متمایز باشد، معیار این تمایز چیست و آیا می‌توان ضابطه‌ای ارائه کرد که ضمن تبیین مصادیق متنوع حق، از خلط آن با مفاهیمی مانند ولایت جلوگیری کند؟ پاسخ به این مسائل، بازخوانی انتقادی نظریات موجود و ارزیابی توان آنها در تبیین ساختار مفهومی حق را ضروری می‌سازد.

اهمیت این بحث از آن جهت است که تحلیل ماهیت حق، مبنایی برای فهم رابطه میان «ذی‌حق»، «مکلف» و «متعلق حق» فراهم می‌کند و از این رهگذر، در تبیین نسبت حق و تکلیف و مرزبندی حق با نهادهایی مانند ولایت نیز اثرگذار است.

پیشینه پژوهش: ماهیت حق و نسبت آن با حکم، در آثار فقهی، اصولی و حقوقی از زوایای گوناگون بررسی شده است:

فروغی (۱۳۹۷) با تفکیک میان معنای عام و خاص حق، نشان می‌دهد که این مفهوم در کاربردهای مختلف قلمرو یکسانی ندارد و در معنای خاص، در برابر ملک و حکم تکلیفی قرار می‌گیرد. بااین‌حال، این تفکیک به‌تنهایی پاسخ روشنی به این پرسش نمی‌دهد که مقوم حق در معنای خاص چیست.

عامری‌نیا و فراهتی (۱۴۰۳) نیز در پژوهشی با عنوان «تحلیل فقهی ـ حقوقی نسبت بین حقّ و حکم»، ضمن بررسی دیدگاه‌هایی مانند سلطنت، ملکیت و اباحه خاص و نیز معیار مشهور قابلیت

پذیرش شده برای انتشار

اسقاط و نقل و انتقال، نشان داده‌اند که این معیارها به‌تنهایی مرزی جامع و مانع میان حق و حکم ایجاد نمی‌کنند. بااین‌حال، پژوهش آنان عمدتاً بر نسبت حق و حکم متمرکز است و «امتیاز» را به‌عنوان مقوم ماهوی حق و نسبت آن را با موقعیت‌های حقوقی همجوار به‌طور مستقل بررسی نمی‌کند.

صرامی (۱۳۹۱) با تحلیل تطبیقی دیدگاه سید محمدکاظم یزدی و دیگر فقها، تمایز حق و حکم را از منظر مبانی مختلف فقهی بررسی کرده است. پورمولا (۱۳۹۰) نیز با رویکردی تحلیلی، گستره مفهومی حق در برابر حکم و ضوابط تمایز آن دو را بررسی کرده است. این پژوهش‌ها در صورت‌بندی و نقد دیدگاه‌های موجود اهمیت دارند؛ بااین‌حال، مسئله بازسازی یک مقوم مفهومی برای تبیین جامع مفهوم حق، محور اصلی آنها نیست.

در منابع فقهی نیز دیدگاه‌های مهمی درباره حقیقت حق ارائه شده است. نائینی (۱۳۷۳ق، ج۱، ص۴۱) حق را در قالب «سلطنت ضعیفه» تبیین کرده است. انصاری (۱۴۱۵ق، ج۵، ص۱۱) در تعریف خیار از تعبیر «ملکیت فسخ» استفاده کرده و امام خمینی (۱۴۲۱ق، ج۱، ص۳۹) حق را «اعتبار خاصی غیر از ملکیت و سلطنت» دانسته است. اصفهانی (۱۴۱۸ق، ج۱، ص۴۵) نیز با توجه به تفاوت متعلق حق، بر تعدد معانی و اعتبارات مرتبط با مفهوم حق تأکید کرده است. تنوع این تحلیل‌ها، استمرار مسئله تعیین ضابطه‌ای جامع برای حقیقت حق را نشان می‌دهد.

در برخی پژوهش‌های فقهی و حقوقی نیز عنوان «حق به‌عنوان امتیاز» یا تعابیر نزدیک به آن به کار رفته است؛ از جمله پژوهش ویژه (۱۴۰۳). بااین‌حال، در مطالعات بررسی‌شده، این مفهوم

پذیرش شده برای انتشار

عمدتاً در سطح اشاره یا بیان کلی مطرح شده و به‌عنوان چارچوبی منسجم برای تحلیل ماهیت حق، نقش تشاح و نسبت آن با مفاهیم نزدیک، به‌صورت مستقل بررسی نشده است.

مرور پیشینه نشان می‌دهد که پژوهش‌های موجود عمدتاً بر سه محور متمرکز بوده‌اند: تبیین حق بر اساس آثار و لوازم آن، تحلیل تطبیقی دیدگاه‌های فقیهان و بررسی مفاهیمی مانند سلطنت، ملکیت و اعتبار خاص. در مقابل، مسئله بازسازی یک چارچوب مفهومی که «امتیاز» را در ساختار ماهیت حق قرار دهد و بتواند هم‌زمان نسبت آن را با تشاح و مفاهیم نزدیک، به‌ویژه ولایت، توضیح دهد، نیازمند بررسی مستقل است.

پژوهش حاضر این خلأ را با بازسازی تحلیلی مفهوم حق بر مبنای «امتیاز ذی‌حق»، با توجه به «تشاح» و «رعایت حال ذی‌حق»، دنبال می‌کند. در این چارچوب، تشاح از حیث نقش آن در ساختار مفهومی حق بررسی و اقسام آن، از جمله تشاح فعلی، تقدیری و عقلائی، از یکدیگر تفکیک می‌شوند. همچنین، مقومات مفهومی حق از آثار و لوازم آن تفکیک شده و کارآمدی چارچوب پیشنهادی در تمایز حق و ولایت بررسی می‌شود.

تمایز پژوهش حاضر صرفاً در استفاده از تعبیر «حق به‌معنای امتیاز» نیست، بلکه در تلاش برای تبدیل این تعبیر به چارچوبی تحلیلی و قابل آزمون در برابر نظریات رقیب است.

پرسش اصلی پژوهش حاضر بدین شرح است:

پذیرش شده برای انتشار

حقیقت حق در فقه امامیه چیست و چه تعریفی می‌تواند از جامعیت و کارآمدی بیشتری برخوردار باشد؟

پرسش‌های فرعی عبارت‌اند از:

۱. نظریات مطرح‌شده درباره ماهیت حق در فقه امامیه چه مبانی و ویژگی‌هایی دارند و با چه نقدهایی مواجه‌اند؟
۲. حق به‌مثابه امتیاز بر چه مبانی و مقوماتی استوار است و چه تفاوتی با نظریات رقیب دارد؟
۳. تشاح در تحلیل مفهوم حق چه نقشی دارد و اقسام آن چگونه قابل تبیین است؟
۴. مهم‌ترین چالش‌های چارچوب حق به‌مثابه امتیاز کدام‌اند و این چارچوب چگونه می‌تواند به آنها پاسخ دهد؟
۵. این چارچوب در تبیین تمایز میان حق و ولایت چه کارکردی دارد؟

بر این اساس، اهداف پژوهش عبارت‌اند از: بازخوانی و ارزیابی انتقادی نظریات ماهیت حق؛ بازسازی چارچوب «حق به‌مثابه امتیاز»؛ تبیین جایگاه تشاح در این چارچوب؛ ارزیابی چالش‌های آن؛ و بررسی کارآمدی چارچوب پیشنهادی در تمایز حق و ولایت.

پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی و با بهره‌گیری از رویکرد اجتهادی انجام شده است. در مرحله نخست، دیدگاه‌های فقهی و اصولی درباره ماهیت حق گردآوری و مبانی و معیارهای آنها تحلیل می‌شود. در مرحله دوم، این دیدگاه‌ها از حیث توانایی در تبیین جامع مفهوم حق و تمایز

پذیرش شده برای انتشار

آن از مفاهیم نزدیک ارزیابی می‌شوند. در مرحله سوم، بر اساس مباحث به‌دست‌آمده، چارچوب «حق به‌مثابه امتیاز» بازسازی و عناصر آن، از جمله امتیاز ذی‌حق، تشاح و رعایت حال ذی‌حق، تحلیل می‌شود. در مرحله چهارم، چالش‌های این چارچوب بررسی و پاسخ‌های ممکن به آنها ارزیابی می‌گردد. در نهایت، کارآمدی چارچوب پیشنهادی در تحلیل تمایز میان حق و ولایت آزمون می‌شود.

ازاین‌رو، روش اجتهادی در این پژوهش ناظر به تحلیل و بازسازی مبانی مفهوم حق و ارزیابی استدلالی چارچوب پیشنهادی است، نه صرفاً گردآوری و گزارش آرای موجود.

مقاله پس از طرح مفاهیم و بررسی نظریات موجود درباره ماهیت حق، به بازسازی چارچوب «حق به‌مثابه امتیاز» و تحلیل مقومات آن می‌پردازد. سپس چالش‌های این چارچوب بررسی می‌شود و در ادامه، کارآمدی آن در تبیین تمایز حق و ولایت مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. در پایان نیز یافته‌های پژوهش و نتایج حاصل از این تحلیل جمع‌بندی می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی حق

۱.۱. معنای لغوی حق

واژه «حق» در زبان عربی از واژه‌های چندکاربردی است که در قالب اسم، صفت و مصدر به کار رفته است. لغویان در بیان هسته معنایی این واژه، بر مفاهیمی نزدیک به یکدیگر تأکید کرده‌اند. ابن‌منظور «حق» را در برابر «باطل» دانسته و جمع آن را «حقوق» و «حِقاق» ذکر می‌کند

پذیرش شده برای انتشار

(ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق: ج۱۰، ص۴۹). جوهری نیز در الصحاح، «حق» را در معنای خلاف «باطل» آورده و آن را مفرد «حقوق» دانسته است (جوهری، ۱۴۱۰ق: ج۴، ص۱۴۶۰). در کنار این معنا، برخی لغویان «ثبوت» را هسته اصلی معنای واژه دانسته‌اند؛ چنان‌که مصطفوی تصریح می‌کند که معنای لغوی «حق» ثبوت است و باطل از آن جهت در برابر حق قرار می‌گیرد که فاقد حقیقت و ثبوت است (مصطفوی، ۱۴۰۲ق: ج۲، ص۲۶۲).

بر این اساس، می‌توان گفت هسته معنایی «حق» در کاربرد لغوی، با مفاهیمی همچون ثبوت، تحقق و نفی بطلان ارتباط دارد. بااین‌حال، این معانی لغوی به‌تنهایی برای تعیین حقیقت «حق» در اصطلاح فقهی کافی نیست؛ زیرا واژه حق در متون فقهی و حقوقی در کاربردهایی به کار می‌رود که نیازمند تبیین نوع رابطه اعتباری میان ذی‌حق، متعلق حق و دیگر اشخاص است. ازاین‌رو، برای دستیابی به ماهیت اصطلاحی حق، باید دید فقیهان این واژه را در مقام اعتبار شرعی و عقلائی چگونه تحلیل کرده‌اند.

۱.۲. قلمرو اصطلاحی حق در پژوهش حاضر

واژه «حق» در متون فقهی و حقوقی در کاربردهای متنوعی به کار رفته است و همه این کاربردها ناظر به یک معنا و یک سنخ از اعتبار نیستند. گاه «حق» در معنایی عام به هر امر ثابت و معتبر اطلاق می‌شود و گاه در معنایی خاص، در برابر مفاهیمی همچون حکم، ملک و سلطنت قرار می‌گیرد. ازاین‌رو، پیش از بررسی نظریات فقیهان درباره ماهیت حق، لازم است قلمرو مفهومی مورد نظر این پژوهش مشخص شود.

پذیرش شده برای انتشار

موضوع این پژوهش، حق به معنای خاص و اعتباری آن است؛ یعنی حقی که در روابط فقهی و حقوقی برای شخص یا اشخاصی در برابر دیگران اعتبار می‌شود و برای دارنده آن، نوعی امتیاز یا اولویت نسبت به موضوع حق پدید می‌آورد. بنابراین، مباحث مربوط به «حق» در معنای عام، مانند استعمال آن در برابر باطل یا در معنای مطابقت با واقع، خارج از قلمرو بحث حاضر است.

همچنین، میان حق به معنای اعتباری و برخی کاربردهای دیگر واژه حق باید تفکیک کرد. مراد از حق در این پژوهش، مفهومی است که قابل انتساب به ذی‌حق بوده و در یک رابطه اعتباری، وضعیت او را نسبت به متعلق حق یا در برابر اشخاص دیگر متمایز می‌کند. بر این اساس، حقوق اخلاقی یا ذاتی، تا آنجا که موضوع جعل و اعتبار فقهی و عقلائی قرار نگرفته باشند، مستقیماً در قلمرو این پژوهش قرار ندارند.

از سوی دیگر، اعتباری بودن حق به این معنا نیست که همه حقوق الزاماً مستقیماً توسط شارع تأسیس شده باشند؛ زیرا بخشی از اعتبارات حقوقی می‌تواند برآمده از بنای عقلاء باشد و شارع نیز آن را امضا کرده باشد. بنابراین، در تحلیل حاضر، اعتبار عقلائی و اعتبار شرعی هر دو می‌توانند منشأ تحقق حق باشند، مشروط بر آنکه رابطه‌ای اعتباری از سنخ حق شکل گرفته باشد.

با تعیین این قلمرو، مسئله اصلی پژوهش روشن‌تر می‌شود: حق اعتباری در معنای خاص خود چه حقیقتی دارد و چه مؤلفه‌ای موجب می‌شود یک اعتبار در شمار «حق» قرار گیرد، نه حکم، ملک، سلطنت یا سایر اعتبارات مشابه؟ پاسخ به این پرسش، نیازمند بررسی و ارزیابی نظریات

پذیرش شده برای انتشار

فقهی درباره ماهیت حق است؛ ازاین‌رو، در ادامه، مهم‌ترین دیدگاه‌های مطرح در این زمینه بررسی و نقد می‌شوند.

۲. نظریات فقهی درباره ماهیت حق

پس از تعیین قلمرو مفهومی «حق»، اکنون باید دید فقیهان امامیه در تبیین ماهیت این مفهوم چه دیدگاه‌هایی ارائه کرده‌اند. بررسی آثار فقهی و اصولی نشان می‌دهد که اختلاف اصلی در این زمینه، به این پرسش بازمی‌گردد که آیا «حق» در کنار «حکم» دارای ماهیتی متمایز است یا آنکه حق نیز در نهایت به همان اعتبار و جعل شرعی یا عقلائی بازمی‌گردد که در سایر احکام وجود دارد. بر همین اساس، دیدگاه‌های مطرح را می‌توان در دو رویکرد کلی جای داد: رویکرد نخست، اتحاد حق و حکم و رویکرد دوم، تمایز حق از حکم. رویکرد دوم، خود شامل تقریرهای متفاوتی درباره ماهیت حق است که در ادامه بررسی خواهد شد.

پیش از بررسی این دو رویکرد، توجه به یک تفکیک مفهومی ضروری است. «حق» در کاربردهای مختلف می‌تواند به امور متفاوتی اطلاق شود؛ اما محل بحث در این پژوهش، حق به معنای اعتباری و خاص آن است، نه هر معنایی که واژه «حق» در مباحث فلسفی، کلامی یا اخلاقی پیدا می‌کند. ازاین‌رو، حقوقی که به‌عنوان امری ذاتی یا مستقل از اعتبار شرعی و عقلائی مطرح می‌شوند، خارج از قلمرو مستقیم این بحث‌اند.

مراد از حق اعتباری، اعتباری است که برای شخص یا اشخاصی در یک رابطه حقوقی یا فقهی ثابت می‌شود و منشأ ترتب آثار خاصی بر آن رابطه است. این اعتبار ممکن است مستند به جعل

پذیرش شده برای انتشار

شارع باشد یا برآمده از بنای عقلاء و مورد امضای شارع قرار گرفته باشد. بنابراین، در بحث حاضر، «اعتباری بودن» حق به معنای اختصاص آن به جعل تأسیسی شارع نیست، بلکه ملاک، تحقق یک رابطه اعتباری از سنخ حق است.

بر این اساس، نظریات فقهی درباره ماهیت حق را می‌توان به شرح زیر بررسی کرد:

۲.۱. نظریه اتحاد حق و حکم

محقق خویی از جمله فقیهانی است که برای «حق» ماهیتی مستقل در برابر «حکم» قائل نیست. بر اساس تحلیل ایشان، حق و حکم از حیث حقیقت و ماهیت، دو سنخ مستقل از جعل و اعتبار نیستند؛ بلکه حق نیز در نهایت به همان مجعول شرعی یا اعتبار قانونی بازمی‌گردد که در سایر موارد از احکام وجود دارد. بنابراین، نمی‌توان صرف قابلیت اسقاط را ملاک ذاتی تمایز حق از حکم قرار داد.

بر اساس این دیدگاه، مجعولات شرعی را می‌توان در قالب اقسام مختلف حکم، از جمله احکام وضعی و تکلیفی، و در درون آنها احکام لزومی و ترخیصی تحلیل کرد. قابلیت اسقاط نیز در برخی از این مجعولات وجود دارد و در برخی دیگر وجود ندارد؛ اما این تفاوت به‌خودی‌خود موجب تفاوت ماهوی میان آنها نمی‌شود. به بیان دیگر، از نظر محقق خویی، وجود یا عدم وجود قابلیت اسقاط، وصفی عارضی و ناظر به آثار اعتبار است، نه اینکه بتواند ماهیت متفاوتی برای حق در برابر حکم ایجاد کند (خویی، بی تا، ج۲، ص۴۶).

پذیرش شده برای انتشار

برای توضیح این مبنا، می‌توان به نمونه‌هایی اشاره کرد که در آنها یک اعتبار شرعی با وجود اشتراک ماهوی با اعتبار دیگر، از حیث برخی آثار متفاوت است. در احکام وضعی ترخیصی، برای مثال، میان جواز هبه و جواز فسخ بیع از حیث اصل اعتبار تفاوت ماهوی وجود ندارد، هرچند جواز فسخ بیع قابل اسقاط دانسته می‌شود و جواز هبه چنین وصفی ندارد. همچنین در احکام وضعی لزومی، لزوم نکاح و لزوم بیع از حیث اصل اعتبار لزوم تفاوت ماهوی ندارند، هرچند آثار و اسباب زوال آنها یکسان نیست.

همین تحلیل در احکام تکلیفی نیز قابل طرح است. برای نمونه، میان جواز قتل مشرک و جواز قتل قاتل، از حیث اصل جواز، تفاوتی در سنخ اعتبار وجود ندارد؛ هرچند در مورد دوم، این جواز با وضعیت حق اولیای دم و قابلیت اسقاط آن ارتباط پیدا می‌کند. همچنین وجوب ادای دین و وجوب دفن میت، هر دو از سنخ احکام تکلیفی‌اند، با این تفاوت که در مورد نخست، سقوط الزام می‌تواند از طریق اسقاط یا ابراء حق داین تحقق یابد، در حالی که در مورد دوم چنین ساختاری وجود ندارد.

بنابراین، بر مبنای نظریه محقق خویی، قابلیت اسقاط یا عدم قابلیت آن نمی‌تواند معیار ماهوی برای تفکیک حق از حکم باشد؛ زیرا این ویژگی ممکن است در برخی اعتبارات وجود داشته باشد و در برخی دیگر وجود نداشته باشد، بدون آنکه این تفاوت، مستلزم تفاوت در حقیقت و ماهیت اعتبار باشد. از این منظر، تقسیم مجعولات شرعی یا عقلائی به دو قسم «حق» و «حکم»

پذیرش شده برای انتشار

به‌عنوان دو سنخ مستقل از اعتبار، وجه موجهی نخواهد داشت؛ زیرا هر دو در نهایت به اعتبار و جعل بازمی‌گردند.

اهمیت این نظریه در بحث حاضر از آن جهت است که نقطه آغاز آن، نفی یک معیار مشهور برای تمایز حق و حکم، یعنی قابلیت اسقاط، است. ازاین‌رو، ارزیابی این نظریه باید با بررسی این پرسش انجام گیرد که آیا حق و حکم صرفاً در برخی آثار و ویژگی‌های عارضی با یکدیگر تفاوت دارند یا آنکه میان آنها، از حیث نوع رابطه اعتباری و جایگاه ذی‌حق، تفاوتی ماهوی وجود دارد. این مسئله در بخش نقد نظریه اتحاد بررسی خواهد شد.

۲.۲. نظریه تمایز حق با حکم

در برابر نظریه اتحاد حق و حکم، گروهی از فقیهان برای «حق» اعتباری متمایز از حکم قائل شده‌اند. بر اساس این رویکرد، هرچند حق نیز مانند حکم، امری اعتباری است و تحقق آن به جعل و اعتبار نیاز دارد، اما نمی‌توان این دو را از حیث ماهیت و آثار، یکسان دانست. اختلاف اصلی در این دیدگاه، نه در اصل اعتباری بودن حق، بلکه در تعیین حقیقت و کیفیت این اعتبار است.

فقیهانی که به تمایز حق و حکم قائل‌اند، در تبیین ماهیت این اعتبار خاص، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند. برخی حق را مرتبه‌ای از سلطنت دانسته‌اند، برخی آن را به ملکیت بازگردانده‌اند و گروهی نیز از «اعتبار خاص» سخن گفته‌اند. همچنین در برخی تقریرها، معنای حق با توجه به

پذیرش شده برای انتشار

متعلق و مضاف‌الیه آن تحلیل شده است. نخستین تقریر مهم در این زمینه، نظریه حق به معنای سلطنت ضعیفه است.

۲.۲.۱. حق به معنای سلطنت ضعیفه

محقق نائینی حق را مرتبه‌ای ضعیف از سلطنت می‌داند. بر اساس این تقریر، جامع میان ملک و حق، نوعی سلطنت و اختصاص اعتباری است؛ با این تفاوت که سلطنت در ملکیت گسترده و کامل، و در حق محدود و متناسب با متعلق و آثار آن است. ازاین‌رو، دارنده حق برخلاف مالک، تنها در محدوده‌ای که اعتبار حق اقتضا می‌کند اختیار تصرف دارد؛ برای نمونه، در حق خیار، اختیار وی به فسخ یا امضای عقد محدود می‌شود (نائینی، ۱۳۷۳ق: ج۱، ص۴۱). برخی فقیهان نیز برای این مرتبه از سلطنت از تعبیر «ملکیت غیر ناضجه» استفاده کرده‌اند (حائری، ۱۴۲۳ق: ج۱، ص۱۱۱).

بر این اساس، در این نظریه، تفاوت حق و ملکیت در اصل سلطنت نیست، بلکه در درجه، قلمرو و متعلق سلطنت است. ارزیابی این تقریر از حیث توانایی آن در تبیین همه مصادیق حق، در بخش نقد نظریات پیشین خواهد آمد.

۲.۲.۲. تحلیل حق بر اساس ملکیت

شیخ انصاری در آغاز بحث خیارات، خیار را به «ملک فسخ عقد» تعریف می‌کند و از تعبیر «ملک» برای بیان ماهیت خیار بهره می‌گیرد. مقصود از این تعبیر آن است که خیار، برخلاف

پذیرش شده برای انتشار

برخی اختیاراتی که در قلمرو احکام شرعی قرار می‌گیرند، از سنخ حقی است که برای دارنده آن نوعی ملکیت نسبت به امر اعتباریِ فسخ ایجاد می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج۵، ص۱۱).

بر اساس این تقریر، یکی از ملاک‌های تمایز حق از حکم، آثاری همچون قابلیت اسقاط و انتقال قهری از طریق ارث است. ازاین‌رو، شیخ انصاری برخی اختیارات، مانند اختیار اجازه یا رد در عقد فضولی و اختیار فسخ در عقود جایز را، در شمار حق به معنای خاص قرار نمی‌دهد؛ زیرا آنها فاقد برخی آثار مذکورند و از این جهت در قلمرو حکم قرار می‌گیرند.

بنابراین، در این نظریه، «حق» به اعتباری از سنخ ملکیت بازگردانده می‌شود؛ اعتباری که برای صاحب آن، اختیاری نسبت به متعلق حق ایجاد می‌کند و از آثار آن قابلیت اسقاط و در مواردی قابلیت ارث‌بری است. این تقریر، حق را از حکم بر اساس نوع اعتبار و آثار مترتب بر آن متمایز می‌سازد.

۲.۲.۳. حق به معنای اعتبار خاص

حضرت امام خمینی (ره) در تحلیل خود از مفهوم «حق» معتقد است که **حق** به‌حسب مفهوم **عرفی** و **مرتکز عقلائی** دارای معنای واحدی است. این دیدگاه برخلاف نظر محقق اصفهانی است که به نظر او «حق» در هر جا معنای خاص خود را دارد و معنای مشخصی نمی‌توان برای آن در نظر گرفت.

پذیرش شده برای انتشار

حضرت امام (ره) می‌فرمایند: «حق اعتبار خاصی غیر از ملکیت و سلطنت است» (خمینی، ۱۴۲۱ق: ج۱، ص۳۹). هرچند حضرت امام (ره) دقیقاً بیان نکرده‌اند که این «اعتبار خاص» به چه معناست، این نظر ممکن است برگرفته از **بیان صاحب کفایه** باشد.

در این خصوص، صاحب کفایه می‌گوید: «لا یَخفی أنَّ الحق لیس سلطنة، وإنما کانت السلطنة من آثاره کما أنها من آثار الملک، وإنما هو کما أشرنا إلیه اعتبار خاص له آثار مخصوصة، منها السلطنة علی الفسخ کما فی حق الخیار، أو التملک بالعوض کما فی حق الشفعة، أو بلا عوض کما فی حق التحجیر» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ص۳).

در این بیانات، صاحب کفایه به‌طور واضح اشاره می‌کند که **حق**، نه تنها **سلطنت** یا **ملکیت**، بلکه **اعتباری خاص** است که آثار ویژه‌ای دارد، نظیر **سلطنت بر فسخ** در حق خیار، **تملک به عوض** در حق شفعه، یا **تملک بدون عوض** در حق تحجیر.

بنابراین، حضرت امام (ره) با اشاره به **اعتبار خاص** برای حق، به‌نوعی به این آثار و آثار مشابه آن اشاره دارند، هرچند که تفصیل بیشتری در مورد **ماهیت دقیق این اعتبار خاص** ارائه نکرده‌اند.

۲.۲.۴. حق به معانی متفاوت بر اساس متعلق

جعل حق به دو صورت مختلف قابل تصور است:

۱. **زمانی که متعلق حق قابل اعتبار باشد** (یعنی **مضاف‌الیه** یا **مورد حق** قابل اعتبار است). در این حالت، **حق** نیازی به معنای خاصی مانند سلطنت یا ملکیت ندارد، زیرا اعتبار حق به چیزی که به آن تعلق می‌گیرد (مورد حق) بستگی دارد و همین خود نشان‌دهنده معنای حق است.

پذیرش شده برای انتشار

۲. **زمانی که خود حق اعتبار شده باشد**، چون مورد حق قابل اعتبار نیست. در اینجا، **حق** خود توسط **شارع یا عقلاء** اعتبار می‌شود. در این حالت، مفهوم و ماهیت «حق» از خود آن است، نه از متعلقش (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج۱، ص۴۵).

در توضیح کلام **محقق اصفهانی** (ره)، باید گفت که ایشان بر این باورند که **اضافه حق به متعلقش، اضافه بیانیه** است. به عبارت دیگر، هنگامی که **حق الولایه** یا **حق الحضانه** گفته می‌شود، مقصود آن است که این «حق» از نوع خاصی از **ولایت** یا **حضانت** است، و هیچ معنای خاص دیگری جز آنچه که به متعلقش تعلق دارد، به خود حق داده نمی‌شود (حائری، ۱۴۲۳ق: ج۱، ص۱۱۴). این توضیح به این معناست که برای تبیین مفهوم «حق»، باید به **مضاف‌الیه** آن (یعنی متعلق حق) توجه کرد. به‌طور مثال:

- **حق الولایه** به معنای حقی است که از سنخ **ولایت** است.
- **حق الحضانه** به معنای حقی است که از سنخ **حضانت** است.

۳. تحلیل و نقد نظریات کلاسیک

۳.۱. نقد نظریه اتحاد حق و حکم

دو اشکال اساسی بر نظریه اتحاد میان حق و حکم وارد است:

نخست، تحلیل خویی (ره) نمی‌تواند تفاوت‌های ماهوی میان حق و حکم را توضیح دهد. برای نمونه جواز قتل قاتل به جهت **مصلحت ولی دم** جعل شده، در حالی که جواز قتل کافر بر اساس **بی‌ارزشی جان او** جعل گردیده است؛ از این‌رو، نمی‌توان آن دو را یکسان دانست. همچنین در

پذیرش شده برای انتشار

باب معاملات، جواز فسخ ناشی از خیار به دلیل **مصلحت فاسخ** اعتبار می‌شود؛ ولی جواز فسخ در هبه ناظر به **ماهیت متزلزل عقد** است و از آن به‌عنوان خیاری برای واهب یاد نمی‌شود. به همین دلیل، تحلیل خویی که تفاوت‌ها را صرفاً در «قابلیت اسقاط» خلاصه می‌کند، تام نیست.(حائری، ۱۴۲۳ق: ج۱، ص: ۱۳۸)

دوم ، محقق خویی (ره) در نظریه خود بر این باور است که ماهیت حق و حکم یکی است و این دو به‌طور بنیادین تفاوتی ندارند. او معتقد است که در حقیقت، «حق» همان «حکم» است و تنها در برخی ویژگی‌ها از هم تمایز پیدا می‌کنند. به عبارت دیگر، محقق خویی در نظر دارد که حق و حکم از یک ماهیت واحد برخوردارند و تفاوت‌های آن‌ها بیشتر به ویژگی‌ها و آثار آن‌ها مرتبط است.

در حالی که فقهاء در تقسیم‌بندی‌های خود «حق» و «حکم» را در برخی موارد در مقابل هم قرار داده‌اند، اما این تقابل، به هیچ‌وجه به معنای قرار دادن «حق» در مقابل **مطلق جعل** یا **اعتبار** نیست. به عبارت دیگر، فقهاء به‌درستی این دو را در مقابل **جعل تکلیفی** یا **جعل وضعی** قرار داده‌اند، نه در مقابل اعتبار به‌طور کلی. در واقع، فقهاء حق را در تقابل با جعل تکلیفی و حکم تکلیفی قرار می‌دهند، نه در تقابل با اعتبار به معنای مطلق.

در حقیقت، ماهیت «حق» و «حکم» از حیث کیفیت جعل و نحوه اعتبار با یکدیگر تفاوت بنیادین دارد. در اصطلاح اصولی، جعل به دو قسم کلی تکلیفی و وضعی تقسیم می‌شود. در جعل تکلیفی، شارع مستقیماً انجام یا ترک فعلی را بر عهده مکلف قرار می‌دهد؛ در حالی‌که در جعل وضعی،

پذیرش شده برای انتشار

شارع وضعیت یا وصف حقوقی خاصی را برای موضوعی اعتبار می‌کند؛ مانند اعتبار طهارت یا نجاست برای اشیاء، که آثار تکلیفی مترتب بر آن، نتیجه و اثر این اعتبار وضعی است.

به نظر می‌رسد محقق خویی در تحلیل مسئله، مراد فقها از تعبیر «ما الفرق بین الحق و الحکم؟» را حکم به معنای مطلقِ اعتبار و جعل دانسته است. بر این اساس، ایشان حق را نیز از سنخ اعتبار شرعی تلقی کرده و در نتیجه، میان حق و حکم از حیث ماهیت اعتباری تفاوت اساسی قائل نشده است.

با این حال، به نظر می‌رسد این تقریر، محل تأمل است؛ زیرا تقابل مورد نظر فقها در بحث تمایز «حق» و «حکم»، لزوماً ناظر به تقابل حق با مطلق جعل و اعتبار نیست، بلکه می‌توان آن را ناظر به تمایز حق ـ به‌عنوان یک اعتبار وضعی دارای آثار و ویژگی‌های خاص ـ از حکم تکلیفی دانست. بنابراین، صرف اشتراک حق و حکم در اصل اعتبار، نمی‌تواند به معنای اتحاد ماهوی آن دو باشد؛ زیرا در این صورت، تفاوت‌های مترتب بر آثار، متعلق و نحوه جعل آنها نادیده گرفته خواهد شد.

در این زمینه، بیانات امام خمینی (ره) نیز قابل توجه است. ایشان می‌فرمایند: «بحث در این است که ماهیت اعتبار حق چگونه است؟ آیا اعتبار آن همانند ملکیت یا سلطنت است یا چیزی متفاوت از آن است؟» (کتاب البیع، ص ۴۶). این جمله به‌خوبی نشان می‌دهد که اساساً بحث در ماهیت **حکم وضعی** حق است. اینکه حق حکم وضعی است، موضوعی مشکوک نیست و مورد تأکید

پذیرش شده برای انتشار

همگان قرار دارد. اما مسئله اصلی این است که **ماهیت** این حکم وضعی چیست؟ آیا کیفیت وضع آن مانند **ملک** یا **سلطنت** است، یا ماهیت جدیدی دارد؟

نظریه محقق خویی مبنی بر اتحاد ماهوی حق و حکم، دچار مشکلات قابل توجهی است. ایشان تصوّر کرده‌اند که حق مانند حکم، صرفاً **جعل** و **اعتبار** است، در حالی که این مسئله در بین فقهاء مورد اختلاف نبوده و همه فقهاء قبول دارند که حق نیز به‌عنوان یک **اعتبار** مجعول است که عقلاء یا شارع باید آن را جعل کنند. همان‌طور که **نجاست** یا **وجوب** نیاز به اعتبار دارند، **حق** نیز به اعتبار نیاز دارد. این هیچ‌جوره مورد بحث نیست که حق نیز نیازمند اعتبار است. بلکه بحث اصلی این است که **ماهیت** این اعتبار چیست؟ آیا این اعتبار به همان مفهوم **سلطنت** و **ملکیت** است یا چیزی جدید و متفاوت از آن است؟

بنابراین، در حالی که محقق خویی به درستی به اعتبار بودن حق تأکید کرده‌اند، **اختلاف اصلی در ماهیت** و **کیفیت اعتبار حق** است. درست است که حق نیز همانند حکم نیاز به اعتبار دارد، اما اینکه این اعتبار از چه نوعی است و چگونه جعل می‌شود، مسئله اصلی است. اختلافات فقهاء و بحث‌های آن‌ها حول همین نکته است که **ماهیت اعتبار حق** چیست و آیا با ماهیت **حکم وضعی** هم‌سان است یا ویژگی‌های خاص خود را دارد. این پاسخ به سوالات اساسی در مورد ماهیت «حق» می‌پردازد که از نظر محقق خویی، در نظر گرفته نشده است.

پذیرش شده برای انتشار

۳.۲. نقد تحلیل حق بر اساس سلطنت

مراد از سلطنت قویه، یعنی «مسلط» می‌تواند هر نوع تصرفی در «مسلط علیه» داشته باشد، به‌طوری که می‌تواند آن را بفروشد یا هر نوع تصرف دیگر انجام دهد. اما در مقابل، **سلطنت ضعیفه** تنها به برخی از تصرفات محدود است و در مواردی تنها می‌تواند اعمالی چون **فسخ** یا **امضاء** را انجام دهد.

محقق نائینی (ره) می‌گوید:

«جامع بین حق و ملک، یک چیز است و آن اضافه‌ای است که مالک حقیقی، یعنی معتبِر(اعم از عقلاء یا شارع مقدس)، برای صاحب اضافه جعل می‌کند و از آن به **واجدیت** تعبیر می‌شود. طی آن، زمام امر چیزی به دست کسی خواهد بود که واجدیت برای او جعل شده است. همچنین او در محدوده جعل ، دارای **سلطنت** و **قدرت** است. حال این اضافه، اگر از ناحیه خود و متعلق خود تام، یعنی قابل انواع تصرفات باشد، **ملک** نامیده می‌شود. اما اگر ضعفی در آن باشد، یا از ناحیه خود اضافه (مانند حق مرتهن نسبت به عین مرهونه) یا از ناحیه متعلق اضافه (مانند حق تحجیر، حق خیار که به عقد تعلق می‌گیرد و غیر از فسخ و اجازه کارکرد دیگری ندارد) یا در حق‌های اختصاصی نسبت به اشیاء غیر قابل مالیت (مثل خمر که فقط قابل سرکه کردن است)، در این صورت **حق** نامیده می‌شود.»

در نقد و بررسی دیدگاه محقق نائینی، باید گفت نسبت میان «حق» و «سلطنت» ، تساوی نیست بلکه عموم من وجه است. به این معنا که گاهی یک شخص هم **حق** دارد و هم **سلطنت**، مانند

پذیرش شده برای انتشار

شخص بالغ رشید که **حق خیار** دارد. این شخص نه تنها **حق** دارد بلکه **سلطنت** بر اعمال خیار نیز دارد و می‌تواند آن را فسخ کند یا امضاء کند. اما در مواردی دیگر، شخص **سلطنت** دارد ولی **حق** ندارد. به عنوان مثال، **ولی طفل** که **حق خیار** برای طفل است اما سلطنت بر اعمال خیار را ندارد. سلطنت بر اعمال خیار در اینجا متعلق به **ولی** است، نه خود طفل.

در مواردی دیگر، شخص **سلطنت ندارد اما حق دارد**. برای مثال، اگر **صبی** (کودک) پدرش را به قتل رسانده باشند، این **صبی حق قصاص** دارد چون **ولی دم** است. اما سلطنت بر اجرای **قصاص** برای **ولی** اوست، نه خود صبی.

بر این اساس، در نقد نظریه سلطنت، می‌توان به این نکته اشاره کرد که در بسیاری از موارد، میان «حق» و «سلطنت» تمایزاتی ماهوی و عملی وجود دارد که نظریه محقق نائینی نتوانسته به‌طور کامل و جامع آن‌ها را تبیین کند. این اشکالات به‌ویژه در مصادیق فقهی مانند حق خیار، حق قصاص و سایر حقوق محدود مشهود است که در آن‌ها شخص ممکن است حق داشته باشد، اما سلطنت ندارد، یا بالعکس، سلطنت بر تصرفات خاصی داشته باشد اما از داشتن حق برخوردار نباشد.

پذیرش شده برای انتشار

۳.۳. نقد تحلیل حق بر اساس ملکیت

نظریه‌ای که شیخ انصاری در تعریف حق ارائه کرده و آن را به «ملکیت فسخ» یا به‌طور کلی به «ملکیت» بازمی‌گرداند، از جهات مختلف قابل نقد است. مهم‌ترین اشکالات این نظریه را می‌توان در چهار محور اصلی دسته‌بندی کرد:

۳.۳.۱. تمایز مفهومی حق و ملکیت

ملکیت یک امر عقلائی است، نه به‌عنوان یک امر تأسیسی از سوی شارع، بلکه به‌عنوان یک وضعیت معتبر در نزد عقلاء به‌وجود می‌آید. به‌عبارتی، شارع آن را تأسیس نمی‌کند، بلکه در سیستم اجتماعی و حقوقی **امضاء** می‌نماید. عقلاء در مفهوم «ملکیت»، سلطه‌ای تام و بی‌قید و شرط بر عین یا منفعت را لحاظ می‌کنند؛ به‌طوری که مالک می‌تواند تمامی تصرفات را در ملک خود اعمال کند.

اما در مفهوم «حق»، وضعیت کاملاً متفاوت است. در نگاه عقلائی، صاحب حق، مالک چیزی نمی‌شود، بلکه به او اختیاری داده می‌شود که چیزی را **بپذیرد** یا آن را رد کند. این اختیار داشتن، به‌هیچ‌وجه معنای «ملکیت» ندارد. به عبارت دیگر، اگرچه محق و مالک هر دو اختیار دارند، اما اختیارات فرد صاحب حق مشابه اختیارات مالک نیست، بلکه صاحب حق تنها اجازه انجام یا ترک فعلی خاص را دارد.

این تمایز مفهومی به‌گونه‌ای است که با وجود اشتراکات ظاهری میان «اختیار داشتن» در ملکیت و حق، ماهیت این دو کاملاً متفاوت است. همان‌طور که همه مایعات آب نیستند در عین حالی که

پذیرش شده برای انتشار

در مایع بودن با هم اشتراک دارند، به همان میزان نیز هر نوع اختیاری نمی‌تواند به معنای «ملکیت» باشد. ملکیت نوع خاصی از اختیار است که ویژگی‌ها و مقومات خاص خود را دارد و به‌طور مشابه، حق نیز نوع دیگری از اختیار است با مقومات مفهومی خاص خود.

در نزد عقلاء، این دو مفهوم به‌طور کامل از یکدیگر تمایز دارند و برای هر یک، کاربرد و جعل مخصوص به خود وجود دارد. بنابراین، باید گفت که حق طبق معنای خاصی که برای آن برگزیده می‌شود، در ظرف معینی جعل و اعتبار می‌گردد و نمی‌توان آن را با «ملکیت» یکی دانست.

شاهد این تمایز در **سخن عقلاء**، آن است که آنان هرگز از اصطلاح «مالک فسخ» یا «مالک شفعه» استفاده نمی‌کنند. در عوض، به‌طور معمول گفته می‌شود که فلانی «حق فسخ» یا «حق شفعه» دارد.

۳.۳.۲. ناتوانی نظریه ملکیت در تبیین همه مصادیق حق

تحلیل رابطه «حق» و «ملکیت» نشان می‌دهد که متعلق بسیاری از حقوق، اساساً قابلیت مالکیت‌پذیری ندارد؛ در نتیجه، تفسیر اینگونه حقوق بر اساس الگوی «ملکیت» — که مستلزم سلطه‌ای تام و همه‌جانبه است — نادرست و گمراه‌کننده خواهد بود. این امر با بررسی مصادیقی روشن می‌شود که در آنها «حق» به‌وضوح از «ملکیت» متمایز است:

نخست، **حقّ التحجیر**: در این مورد، شخص با تعیین حدود یک زمین موات (مانند نهادن سنگ برای علامت‌گذاری)، تنها **حق اولویت** در احیاء و تصرف آن را کسب می‌کند، نه مالکیت آن را.

پذیرش شده برای انتشار

این حق، دیگران را از مزاحمت و تصرف در آن زمین منع می‌کند، ولی برای دارندهٔ آن، حق مالکیت ایجاد نمی‌شود.

دوم، **حقّ اختصاص در خمر (شراب)**: این مثال از ظرافت فقهی ویژه‌ای برخوردار است. در فرضی که مایعی به صورت «خَلّ» (سرکه، که پاک و قابل تملک است) بوده، اما به صورت «خمر» (شراب، که نجس و غیرقابل تملک است) درآمده باشد، شخصی که آن را در اختیار دارد، **حقِّ اختصاص** پیدا می‌کند. این حق به این معناست که دیگران نمی‌توانند بدون اذن او از آن استفاده کنند، اما خود وی نیز **مالک** آن شئ نجس محسوب نمی‌شود، چرا که اساساً تملک خمر به دلیل حکم تکلیفی حرمت و وضعی نجاست، در نظام حقوقی اسلام محال است. این مورد به‌وضوح نشان می‌دهد که «حق» می‌تواند به معنای یک **رابطه اعتباریِ انحصاری و ترجیحی**، کاملاً مستقل از و پیش از تحقق «ملکیت» باشد.

سوم، **حقّ سبق در مسجد**: نمازگزاری که زودتر در مکانی از مسجد مستقر می‌شود، **حق اولویت موقت** برای استفاده از آن مکان را دارد. این حق، مالکیتی بر آن قسمت از مسجد که ملک خداست محسوب نمی‌شود، بلکه با ترک مکان بلافاصله زایل می‌گردد و به دیگران انتقال می‌یابد.

این مصادیق — که در فقه و حقوق اسلامی به‌وضوح قابل ردیابی هستند — نشان می‌دهند که «حق» همواره معادل «ملکیت» نیست. در بسیاری موارد، حق به‌مثابه **امتیازی اعتباری** است که **اولویت، اختصاص یا جواز تصرف محدود** را برای فرد به ارمغان می‌آورد، بدون آنکه سلطه مالکانه بر ذات و عین شیء به وی اعطا کند. بنابراین، نظریه‌ای که درصدد تحویل همه حقوق به

پذیرش شده برای انتشار

ملکیت است، از تبیین این موارد ناتوان است و نمی‌تواند گویای تمامی ابعاد حقوقی در نظام فقهی–حقوقی باشد.

نتیجه آنکه، با توجه به نقدهای پیش‌گفته، نظریه «حق به معنای ملکیت» با دو اشکال اساسی مواجه است: نخست، **خلط مفهومی میان حق و ملکیت** که موجب تقلیل مفهوم حق به یکی از اقسام روابط اعتباری می‌شود؛ و دوم، **ناتوانی در تبیین جامع و مانع مفهوم حق**، زیرا این نظریه نمی‌تواند تمامی مصادیق حقوق را، به‌ویژه مواردی را که فاقد عناصر و آثار ملکیت‌اند، به‌طور منسجم تبیین کند. بر این اساس، فروکاستن مفهوم حق به ملکیت، ظرفیت لازم برای ارائه تبیینی جامع از ماهیت حق در فقه را ندارد. ازاین‌رو، نظریه ملکیت را باید **تقریری محدود از مفهوم حق** دانست که ممکن است در تبیین برخی مصادیق خاص، مانند حق خیار در پاره‌ای از عقود، کارآمد باشد؛ اما تعمیم آن به ماهیت همه حقوق، با اشکالات مفهومی و تحلیلی مواجه است.

۳.۴. نقد نظریه حق به معنای اعتبار خاص

نظریه‌ای که «حق» را به «اعتبار خاص» تفسیر می‌کند، درصدد است مفهوم حق را از مفاهیمی همچون ملکیت و سلطنت متمایز سازد. بر اساس این دیدگاه، حق نه عین ملکیت است و نه به سلطنت بازمی‌گردد، بلکه نوعی اعتبار مستقل و خاص است که در روابط اجتماعی و حقوقی مورد لحاظ عقلاء قرار می‌گیرد. با وجود این، مهم‌ترین چالش این نظریه، فقدان تبیین روشن و ماهوی از حقیقت این اعتبار خاص است؛ به‌گونه‌ای که عنوان «اعتبار خاص» بیش از آنکه ماهیت حق را تبیین کند، صرفاً بر استقلال مفهومی آن از ملکیت و سلطنت تأکید می‌کند.

پذیرش شده برای انتشار

اشکال اساسی آن است که صرف نفی بازگشت حق به ملکیت یا سلطنت، برای تبیین ماهیت آن کافی نیست. هنگامی که گفته می‌شود حق نوعی «اعتبار خاص» است، باید مشخص شود که این اعتبار دقیقاً چه سنخ و ساختاری دارد، به چه چیزی تعلق می‌گیرد، چه رابطه‌ای میان صاحب حق و متعلق آن برقرار می‌کند و بر اساس چه ملاکی از سایر اعتبارات عقلایی، از جمله ملکیت و سلطنت، متمایز می‌شود. در غیر این صورت، عنوان «اعتبار خاص» به جای آنکه پاسخ‌دهنده مسئله ماهیت حق باشد، صرفاً نامی برای همان امر ناشناخته خواهد بود.

این اشکال، به‌ویژه از منظر تحلیل منشأ و چگونگی جعل حق، اهمیت بیشتری می‌یابد. اگر حق از سنخ اعتبارات عقلایی دانسته شود، لازم است مبنای اعتبار آن و ویژگی‌هایی که موجب تمایز آن از سایر اعتبارات می‌شود، تبیین گردد. به بیان دیگر، صرف انتساب حق به ساحت اعتبارات عقلایی، بدون ارائه معیار مشخص برای شناسایی و تمایز این اعتبار، نمی‌تواند تبیینی کافی از حقیقت حق به دست دهد. بنابراین، نظریه مزبور نیازمند پاسخ به این پرسش اساسی است که «اعتبار خاص» مورد ادعا دقیقاً چه ویژگی ماهوی یا اعتباری دارد که آن را به عنوان یک سنخ مستقل از حق، از ملکیت و سلطنت متمایز می‌سازد؟

افزون بر این، اگر مقصود از «اعتبار خاص» تنها این باشد که حق، اعتباری مستقل از ملکیت و سلطنت است، چنین تعریفی بیش از آنکه ناظر به اثبات ماهیت حق باشد، متضمن نفی برخی تبیین‌های رقیب است. بدین‌ترتیب، این نظریه در صورتی می‌تواند از ابهام موجود رهایی یابد که

پذیرش شده برای انتشار

افزون بر نفی بازگشت حق به ملکیت و سلطنت، مؤلفه‌های ایجابی و ملاک مشخصی برای تعریف و شناسایی آن ارائه کند.

نتیجه آنکه، اشکال اصلی نظریه «حق به معنای اعتبار خاص» نه در اصل پذیرش اعتباری بودن حق، بلکه در ابهام مفهوم «اعتبار خاص» و فقدان معیار روشن برای تبیین و تمایز آن است. تا زمانی که ماهیت این اعتبار، نحوه تعلق آن به صاحب حق و وجه تمایز آن از سایر اعتبارات عقلایی به‌طور دقیق تبیین نشود، این نظریه نمی‌تواند تبیینی جامع و روشن از حقیقت حق ارائه کند و عنوان «اعتبار خاص» در حد یک مفهوم توضیح‌ناپذیر باقی خواهد ماند.

۳.۵. نقد نظریه حق به معانی متفاوت

نظریه محقق اصفهانی که در آن حق را به معانی متفاوت تقسیم کرده است، از دو جنبه اصلی قابل نقد است.

نخست،در قسم اول نظریه ایشان، که می‌گوید «مورد حق» (یعنی متعلق حق) قابل اعتبار است، این پرسش پیش می‌آید که اگر **مورد حق** اعتبار داشته باشد، پس چرا عقلاء به جای آنکه بگویند «پدر ولایت دارد» یا «پدر به‌عنوان ولی برای کودک جعل شده است»، به عبارتی مانند «حق ولایت برای پدر» استفاده می‌کنند؟ اگر به‌راستی چنین باشد که «مورد حق» قابل اعتبار است و نه خود حق، پس چرا واژه «حق» در موارد مختلف به‌کار رفته است؟ چرا عقلاء و شارع به‌جای گفتن «پدر ولایت دارد»، از اصطلاح «حق ولایت» استفاده کرده‌اند؟

پذیرش شده برای انتشار

این نکته حائز اهمیت است که **حق** در واقع همان چیزی است که شارع برای فرد در نظر می‌گیرد و آن را از سایر مفاهیم متمایز می‌سازد. اگر فقط «مورد حق» قابل اعتبار باشد، باید از استفاده از واژه «حق» اجتناب می‌شد و به جای آن، از مفاهیم دیگری مانند «ولایت» استفاده می‌شد. بنابراین، «حق» به‌طور خاص و مستقل از «مورد» خود اعتبار شده است و به همین دلیل باید به «حق» توجه کرد نه به «مورد» آن.

دوم، محقق اصفهانی (ره) پذیرفته است که **کیفیت جعل احکام وضعی** مانند جعل نجاست، طهارت و رقیت با یکدیگر متفاوت است، اما ایشان به اشتباه این تفاوت را به **کیفیت اعتبار حقوق** نسبت داده است. از نظر ایشان، عقلاء برای هر مورد از حقوق اعتبار خاصی انجام می‌دهند، در حالی که این یک تصور نادرست است. عقلاء **همه حقوق را به یک گونه اعتبار می‌کنند** و این تفکیک از نظر عقلاء بی‌اساس است.

در حالی که، **حق** به‌عنوان یک مفهوم اعتباری واحد باید در نظر گرفته شود، نه اینکه به تعداد **مورد حق‌ها**، حکم وضعی و یا اعتبار متفاوت وجود داشته باشد.

۴ .جمع‌بندی انتقادی نظریات پیشین و ضرورت بازسازی مفهوم حق

بررسی و نقد نظریات مطرح‌شده درباره ماهیت حق نشان داد که هر یک از این دیدگاه‌ها، با وجود نقش مهم در تبیین برخی مصادیق و آثار حق، با محدودیت‌هایی در ارائه تحلیلی جامع از ماهیت آن مواجه‌اند. نظریه سلطنت ضعیفه، حق را به مرتبه‌ای از سلطنت و اختیار در تصرف بازمی‌گرداند و از این جهت، در تبیین برخی حقوق که اعمال آنها لزوماً متوقف بر سلطنت مستقیم ذی‌حق

پذیرش شده برای انتشار

نیست، با دشواری مواجه می‌شود. نظریه ملکیت نیز با تفسیر حق به نوعی ملکیت، هرچند برخی آثار آن همچون قابلیت اسقاط یا انتقال را توضیح می‌دهد، در تبیین تمایز مفهومی حق از ملکیت و نیز شمول آن نسبت به حقوقی که متعلق آنها قابلیت مالکیت ندارد، با اشکال روبه‌روست. نظریه اعتبار خاص، با تأکید بر استقلال مفهومی حق از ملکیت و سلطنت، گامی مهم در این مسیر برداشته است؛ بااین‌حال، تعیین دقیق ویژگی متمایزکننده این اعتبار و معیار تفکیک آن از سایر اعتبارات وضعی همچنان نیازمند تبیین است. همچنین، تحلیل حق بر اساس معانی متفاوت متناسب با متعلق، اگرچه تنوع مصادیق حق را مورد توجه قرار می‌دهد، در تعیین یک مبنای مفهومی مشترک برای این مصادیق با دشواری مواجه است.

برآیند این نقدها نشان می‌دهد که مسئله اصلی در نظریات پیشین، صرفاً تبیین یکی از آثار یا ویژگی‌های حق نیست، بلکه فقدان چارچوبی منسجم برای شناسایی مقوم مشترک میان مصادیق متنوع حق است. برخی نظریات، اختیار و قدرت تصرف را برجسته کرده‌اند؛ برخی دیگر، قابلیت اسقاط، انتقال یا نفوذ تصرفات را مورد توجه قرار داده‌اند؛ و برخی نیز با طرح مفهوم اعتبار خاص، بر استقلال مفهومی حق تأکید کرده‌اند. بااین‌حال، هیچ‌یک از این عناصر، به‌تنهایی نمی‌تواند مبنایی جامع برای تبیین همه مصادیق حق فراهم آورد.

از سوی دیگر، در تحلیل‌های پیشین، نقش «تشاح» در ساختار مفهومی حق مورد توجه قرار نگرفته است. تشاح، به معنای وضعیت تزاحم یا تعارض ادعاها و خواست‌های اشخاص نسبت به یک متعلق، زمینه‌ای است که در آن امتیاز ذی‌حق معنا و موضوعیت پیدا می‌کند. از این منظر، توجه به تشاح می‌تواند در تبیین چرایی جعل حق و تمایز آن از برخی اعتبارات مشابه مؤثر باشد. بنابراین، تشاح را نمی‌توان صرفاً یکی از آثار و لوازم حق دانست، بلکه باید نقش آن را در ساختار مفهومی این نهاد نیز بررسی کرد.

پذیرش شده برای انتشار

همچنین، تفکیک میان مقومات مفهومی حق و آثار و لوازم آن از اهمیت اساسی برخوردار است. ویژگی‌هایی همچون نفوذ تصرفات، قابلیت اسقاط یا عدم مزاحمت دیگران، اگرچه در بسیاری از موارد از آثار شناسایی حق به شمار می‌روند، لزوماً نمی‌توانند مقوم ماهیت آن باشند؛ زیرا برخی از این آثار در نهادهای دیگری همچون ولایت نیز قابل مشاهده‌اند. ازاین‌رو، تبیین ماهیت حق مستلزم آن است که عناصر سازنده مفهوم حق از آثار و نتایج مترتب بر آن تفکیک شوند.

بر این اساس، بازسازی مفهوم حق باید دست‌کم بتواند چهار مسئله اساسی را پاسخ دهد: نخست، ارائه مقومی مشترک برای تبیین تنوع مصادیق حق؛ دوم، تبیین جایگاه تشاح در ساختار مفهومی حق؛ سوم، تفکیک ملاک جعل حق، یعنی رعایت حال ذی‌حق، از آثار و لوازم آن؛ و چهارم، فراهم کردن معیاری برای تمایز حق از مفاهیم نزدیک، به‌ویژه ولایت.

بر پایه این ملاحظات، در ادامه، نظریه «حق به معنای امتیاز» بازسازی و از منظر تحلیلی و انتقادی بررسی می‌شود تا روشن گردد که آیا می‌توان با تبیین «امتیاز ذی‌حق» در ارتباط با «تشاح» و «رعایت حال ذی‌حق»، چارچوبی منسجم‌تر برای تحلیل ماهیت حق در فقه امامیه فراهم کرد.

۵. بازسازی و ارزیابی انتقادی نظریه حق به معنای امتیاز

۵.۱. جایگاه نظریه پیشنهادی در ادبیات معاصر حق

بازسازی مفهوم حق در فقه امامیه، علاوه بر بررسی دیدگاه‌های کلاسیک فقهی، نیازمند توجه به برخی صورت‌بندی‌های مهم در نظریه معاصر حق است؛ زیرا بخشی از پرسش‌های مربوط به ماهیت حق، از جمله نسبت حق با صاحب حق، نقش اراده و منفعت، رابطه حق و تکلیف و تمایز

پذیرش شده برای انتشار

میان حق و سایر موقعیت‌های حقوقی، در ادبیات جدید حقوق نیز به‌صورت مستقل مورد بحث قرار گرفته است. بااین‌حال، استفاده از این ادبیات در پژوهش حاضر به معنای انتقال مبانی نظری حقوق غرب به فقه امامیه نیست؛ بلکه هدف، تعیین دقیق‌تر محل نزاع و روشن ساختن جایگاه نظریه پیشنهادی در میان تحلیل‌های رقیب است.

از این حیث، توجه به ادبیات پوزیتیویستی و تحلیلی درباره حق، در این پژوهش صرفاً برای تبیین **ساختار** و **تمایز مفهومی** برخی مفاهیم معاصر مرتبط با موقعیت‌های حقوقی است و به معنای پذیرش مبانی پوزیتیویستی در تعریف حق در فقه امامیه نیست. به بیان دقیق‌تر، پژوهش حاضر میان **سطح توصیف** و **تحلیل مفاهیم حقوقی در نظریه معاصر حق** و **سطح مبنای اعتبار حق در فقه امامیه** تفکیک می‌کند؛ ازاین‌رو، استفاده از تحلیل‌های هافلدی، نظریه اراده و نظریه منفعت، ناظر به سطح نخست است، درحالی‌که مبنای اعتبار حق در چارچوب نظریه حاضر، بر اعتبار شرعی یا عقلایی آن استوار است.

یکی از صورت‌بندی‌های اثرگذار در تحلیل معاصر مفهوم حق، تفکیک میان انواع موقعیت‌های حقوقی و روابط هنجاری میان اشخاص است. هافلد با تفکیک چهار رابطه اساسی **حق ـ تکلیف** (claim-right/duty)، **امتیاز ـ عدم حق** (privilege/no-right)، **قدرت ـ مسئولیت** (power/liability)و **مصونیت ـ عدم صلاحیت** (immunity/disability)، نشان داد که کاربرد واژه «حق» در متون حقوقی همواره ناظر به یک رابطه واحد نیست و برای تحلیل دقیق موقعیت حقوقی باید عناصر مختلف آن از یکدیگر تفکیک شوند(Hohfeld, 1913: 30–32) . وی در مقاله تکمیلی خود نیز با بسط این چارچوب، تحلیل روابط حقوقی را از کاربرد کلی و مبهم واژه «حق» به مجموعه‌ای از روابط مشخص میان اشخاص سوق داد(Hohfeld, 1917: 710–770).

پذیرش شده برای انتشار

اهمیت این تحلیل برای پژوهش حاضر، پیش از هر چیز، در ضرورت تفکیک **خود حق از موقعیت‌ها و آثار حقوقی ملازم با آن** است. در دستگاه هافلد، privilegeصرفاً یکی از چهار موقعیت حقوقی بنیادی است و در رابطه همبسته با no-rightقرار دارد؛ ازاین‌رو، این مفهوم با «امتیاز» در نظریه حاضر یکسان نیست. مقصود از «امتیاز» در پژوهش حاضر، نه یکی از روابط چهارگانه هافلدی، بلکه **حیث ترجیح‌یافته موقعیت حقوقی ناشی از اعتبار حق** است که در ظرف تشاح برای ذی‌حق معنا پیدا می‌کند. بنابراین، استفاده از ادبیات هافلدی در این پژوهش، ناظر به بهره‌گیری از تفکیک مفهومی وی میان انواع موقعیت‌های حقوقی است، نه اقتباس مستقیم ساختار هافلدی یا معادل‌گرفتن privilegeبا نظریه «حق به معنای امتیاز».

از سوی دیگر، در نظریه معاصر حق، دو رویکرد مهم در تبیین ماهیت حق، یعنی **نظریه اراده** و **نظریه منفعت**، شکل گرفته‌اند. در تقریر اراده‌محور، عنصر اصلی حق، اختیار و کنترل صاحب حق بر وضعیت حقوقی مرتبط با اوست؛ به‌گونه‌ای که حق، در مواردی، امکان ایجاد، تغییر یا اسقاط تکلیف حقوقی دیگری را در اختیار صاحب حق قرار می‌دهد. در مقابل، نظریه منفعت بر این نکته تأکید می‌کند که حقوق برای حمایت از منافع یا وضعیت مطلوب اشخاص ایجاد می‌شوند. مک‌کورمیک در تحلیل خود از حقوق قانونی، پیوند حق با منفعت را مورد توجه قرار داده و بر نقش منافع صاحب حق در تبیین موقعیت حقوقی تأکید می‌کند (MacCormick, 1977: 189–209).

در امتداد همین رویکرد، جوزف راز حق را با مفهوم «منفعت» پیوند می‌دهد و تحلیل خود را بر این مبنا سامان می‌دهد که وجود منفعتی که از حیث هنجاری برای شخص اهمیت دارد، می‌تواند مبنای شناسایی حق قرار گیرد (Raz, 1984: 194–214). بنابراین، در ادبیات معاصر، منفعت

پذیرش شده برای انتشار

یکی از مهم‌ترین عناصر مطرح در تبیین چرایی وجود حقوق است، هرچند خود این رویکرد نیز در معرض بحث و نقد قرار گرفته است.

با وجود اهمیت این دو رویکرد، هر یک از آنها در تبیین همه اقسام حق با دشواری‌هایی مواجه است. نظریه اراده، در مواردی که صاحب حق فاقد توانایی اعمال اراده مستقل است، با مسئله تبیین نسبت میان وجود حق و توانایی اعمال آن مواجه می‌شود؛ در مقابل، نظریه منفعت اگر حق را صرفاً به حمایت از منفعت فروبکاهد، با این پرسش روبه‌رو می‌شود که آیا هر منفعت حمایت‌شده‌ای الزاماً حق ایجاد می‌کند. از همین‌رو، در ادبیات معاصر نیز تلاش‌هایی برای اصلاح، توسعه یا ترکیب این نظریه‌ها صورت گرفته است؛ به‌عنوان نمونه، مباحث جدید درباره نظریه منفعت، ضمن پذیرش نقش منافع، در پی تعیین شرایطی هستند که بر اساس آنها حمایت حقوقی از یک منفعت به شناسایی حق منتهی شود.

بر این اساس، نظریه پیشنهادی پژوهش حاضر نه بر اراده به‌عنوان مقوم عام حق مبتنی است و نه منفعت را با خود حق یکی می‌داند. اراده می‌تواند در مرحله اعمال، استیفا، اسقاط یا برخی تصرفات مربوط به حق نقش داشته باشد، اما ناتوانی شخص در اعمال اراده، لزوماً به معنای فقدان اصل حق نیست. از سوی دیگر، منفعت می‌تواند در برخی موارد، مبنای جعل حق باشد، اما هر منفعتی به‌خودی‌خود حق محسوب نمی‌شود. از این جهت، آنچه در نظریه حاضر با تعبیر «رعایت حال ذی‌حق» بیان می‌شود، با نظریه منفعت یکسان نیست؛ زیرا «رعایت حال» ناظر به جهت‌دهی اعتبار به شخص معین و ایجاد موقعیت ترجیح‌یافته برای او است، نه لزوماً تأمین منفعت مادی یا عینی برای وی.

پذیرش شده برای انتشار

همچنین، برخورداری ذی‌حق از منفعت یا مصلحت مستقیم، مقوم مفهوم حق نیست. ممکن است متعلق حق، منفعت عینی یا مادی مستقیمی برای ذی‌حق ایجاد نکند، اما در ظرف تشاح، برای رعایت حال او موقعیت ترجیح‌یافته‌ای جعل شود.

برای نمونه، در حضانت، برخورداری از حق حضانت لزوماً به معنای تحصیل منفعت مادی یا عینی برای والد نیست؛ چه‌بسا عهده‌داری حضانت با هزینه، دشواری و مسئولیت همراه باشد. بااین‌حال، در فرض تشاح میان والدین، چنانچه موقعیت یکی از آنان نسبت به دیگری ترجیح داده شود، این ترجیح را می‌توان بر اساس نظریه امتیاز و با لحاظ رعایت حال شخص معین تحلیل کرد.

بنابراین، وجود منفعت عینی یا مادی برای ذی‌حق، شرط تحقق حق نیست. آنچه در تحلیل حاضر اهمیت دارد، «رعایت حال ذی‌حق» به‌عنوان ملاک جهت‌دهنده به جعل موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص معین است، نه لزوماً وجود منفعت خارجی، مادی یا قابل‌اندازه‌گیری برای او.

از این منظر، باید میان «رعایت حال ذی‌حق» و «برخورداری ذی‌حق از منفعت» تفکیک کرد: اولی به جهت و ملاک جعل اعتبار برای شخص معین مربوط است، در حالی که دومی وصفی ناظر به منفعتی است که ممکن است در نتیجه آن اعتبار حاصل شود یا حتی در برخی موارد، پیش از جعل حق، مبنای مصلحتی آن را تشکیل دهد. ازاین‌رو، نه وجود منفعت خارجی به‌تنهایی برای تحقق حق کافی است و نه فقدان منفعت مستقیم، مانع از تحقق آن خواهد بود.

از این منظر، میان سه امر باید تفکیک کرد: **حق بودن، حق داشتن و متعلق حق** .«حق بودن» ناظر به این پرسش است که چه نوع موقعیتی در نظام حقوقی به‌عنوان حق شناسایی می‌شود؛ «حق داشتن» به انتساب این موقعیت به شخص معین و شناسایی وی به‌عنوان ذی‌حق مربوط است؛ و

پذیرش شده برای انتشار

«متعلق حق» ناظر به آن چیزی است که موقعیت حقوقی نسبت به آن شکل می‌گیرد؛ مانند فعل، ترک فعل، مال، منفعت، رابطه یا وضعیت حقوقی. بنابراین، حق نه یک وصف ذاتی و ماهوی در شخص است و نه شیئی مستقل از رابطه حقوقی؛ بلکه **موقعیتی اعتباری و رابطه‌ای است که به شخص معین انتساب می‌یابد.**

این تفکیک با تحلیل رابطه‌ای هافلد نیز، در سطح روش‌شناختی، قابل مقایسه است؛ زیرا در چارچوب هافلد نیز موقعیت حقوقی بدون توجه به نسبت میان اشخاص و آثار هنجاری متقابل آنان به‌درستی تحلیل نمی‌شود. بااین‌حال، نظریه حاضر قصد ندارد ساختار هافلدی را عیناً در فقه امامیه بازسازی کند؛ بلکه از این تحلیل برای تأکید بر ضرورت تفکیک میان **خود اعتبار حق، صاحب حق، متعلق حق و آثار رابطه حقوقی** استفاده می‌کند. در دستگاه هافلدی، «privilege» نیز یکی از روابط معین و همبسته با «no-right» است و بنابراین نباید آن را بدون توضیح، معادل اصطلاح «امتیاز» در پژوهش حاضر دانست.(Hohfeld, 1913: 30–32)

بر همین اساس، «امتیاز» در نظریه حاضر، معادل فنی privilegeهافلدی نیست؛ بلکه مقصود از آن، **موقعیت ترجیح‌یافته‌ای است که به‌واسطه اعتبار حق برای ذی‌حق ایجاد می‌شود** .در نتیجه، امتیاز در این پژوهش وصف و جهت موقعیت حقوقی ناشی از حق است، نه یکی از چهار رابطه مستقل هافلدی. این تفکیک برای جلوگیری از خلط دو سطح تحلیل ضروری است: در تحلیل هافلد، privilegeیک رابطه حقوقی مشخص در برابر no-rightاست؛ اما در نظریه حاضر، «امتیاز» بیانگر آن حیث از اعتبار حق است که در ظرف تشاح، موقعیت ذی‌حق را نسبت به موقعیت‌های رقیب ترجیح می‌دهد.

پذیرش شده برای انتشار

از همین‌جا، مفهوم **تشاح** در نظریه حاضر جایگاه خود را پیدا می‌کند. تشاح به معنای نزاع خارجی و بالفعل میان دو شخص نیست؛ بلکه به وضعیتی اشاره دارد که در آن، نسبت به یک موضوع، منفعت، امکان یا موقعیت حقوقی، بیش از یک موقعیت قابل تصور است و در نتیجه، ترجیح یکی از آنها نیازمند مبنای اعتباری است. بنابراین، تشاح می‌تواند بالفعل یا شأنی و تقدیری باشد. مقصود از تشاح شأنی آن است که ساختار رابطه حقوقی به‌گونه‌ای باشد که امکان تزاحم یا رقابت موقعیت‌ها وجود داشته باشد، هرچند این امکان لزوماً در خارج به نزاع بالفعل منتهی نشود.

بر این اساس، **تشاح علت ایجاد همه حقوق نیست، بلکه ظرف مفهومی‌ای است که در آن معنای ترجیح‌یافتگی حقوقی آشکار می‌شود** .این نکته مانع از آن است که نظریه حاضر حق را صرفاً به «حل تعارض حقوق» فروبکاهد؛ زیرا تعارض حقوق، ناظر به مرحله‌ای پس از شناسایی دو حق است، درحالی‌که تشاح در این پژوهش برای توضیح این مسئله به کار می‌رود که اساساً چرا اعتبار حقوقی نسبت به یک موقعیت، برای شخص معین، وصف ترجیح‌یافته پیدا می‌کند.

در نتیجه، رابطه مفهومی عناصر نظریه پیشنهادی را می‌توان چنین صورت‌بندی کرد :**اعتبار حق، موقعیت حقوقی را ایجاد می‌کند؛ تشاح ظرفی است که در آن وصف ترجیح‌یافتگی این موقعیت معنا پیدا می‌کند؛ و رعایت حال ذی‌حق ملاک جهت‌دهنده به جعل این موقعیت است** .بر این مبنا، «امتیاز» نه یک منفعت خارجی صرف است، نه صرف سلطه و نه صرف اختیار؛ بلکه **حیث ترجیح‌یافته موقعیت حقوقی ذی‌حق در ظرف تشاح است.**

این تحلیل همچنین امکان تبیین پویایی حق را فراهم می‌کند. حق از حیث اعتباری، وابسته به وضعیت‌های حقوقی و روابطی است که در آنها تحقق می‌یابد و ازاین‌رو، قلمرو، متعلق، صاحب، شرایط اعمال و آثار آن می‌تواند بر اثر تغییر وضعیت حقوقی دگرگون شود. پویایی حق به این

پذیرش شده برای انتشار

معنا نیست که وجود آن در هر لحظه تابع اراده روان‌شناختی صاحب حق باشد؛ بلکه به این معناست که **موقعیت حقوقی ناشی از اعتبار حق می‌تواند در اثر تغییر موضوع، اشخاص، شرایط و روابط حقوقی، از حیث قلمرو و آثار تحول یابد** .بنابراین، میان «پویایی موقعیت حقوقی» و «وابستگی اصل حق به اراده صاحب حق» باید تفکیک کرد.

از این منظر، تفاوت حق با سایر اعتبارات وضعی نیز صرفاً در «وضعی بودن» آن خلاصه نمی‌شود؛ زیرا ملکیت، زوجیت و ولایت نیز می‌توانند در چارچوب اعتبار وضعی تحلیل شوند. وجه تمایز مورد نظر پژوهش حاضر، **جهت و ملاک جعل اعتبار** است. در حق، اعتبار به‌گونه‌ای شکل می‌گیرد که برای شخص معین، در ظرف تشاح، موقعیتی ترجیح‌یافته و قابل استناد ایجاد شود؛ درحالی‌که در ولایت ـ دست‌کم در نمونه ولایت بر صغیر و محجور ـ جهت اصلی اعتبار، اعطای صلاحیت و اختیار برای اداره و تأمین مصلحت شخصی است که تحت ولایت قرار دارد. ازاین‌رو، صرف وجود اختیار، ضمانت اجرا یا منع مداخله دیگران نمی‌تواند معیار کافی برای یکی دانستن حق و ولایت باشد.

بر این پایه، نظریه «حق به معنای امتیاز» در پژوهش حاضر، نه بازتولید نظریه اراده است، نه صورت دیگری از نظریه منفعت و نه ترجمه‌ای از privilege هافلدی؛ بلکه بازسازی مفهومی درون‌فقهی از حق است که با بهره‌گیری انتقادی از ادبیات معاصر، می‌کوشد میان مفهوم حق، صاحب حق، متعلق حق و آثار حقوقی آن تفکیک ایجاد کند. بر این اساس، در ادامه، ابتدا جایگاه حق در میان اعتبارات وضعی و مبانی مفهومی آن بررسی می‌شود و سپس، ویژگی متمایزکننده حق و نسبت آن با مفاهیمی همچون تشاح، رعایت حال ذی‌حق و ولایت تبیین خواهد شد.

پذیرش شده برای انتشار

در فقه امامیه نیز، بخش مهمی از مباحث مربوط به مفهوم حق، در ضمن تحلیل مصادیقی مانند حق خیار، شفعه، قصاص، تحجیر و سایر حقوق مالی و غیرمالی مطرح شده است (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۶؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۴۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۱؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۴۵). بااین‌حال، تلاش برای ارائه یک چارچوب مفهومی عام درباره مقوم مشترک حق و تفکیک آن از سایر اعتبارات وضعی، کمتر به‌صورت مستقل دنبال شده است. ازاین‌رو، مسئله حاضر درصدد است با بهره‌گیری از ظرفیت‌های موجود در تحلیل‌های فقهی، بازسازی مفهومی منسجمی از حق در چارچوب فقه امامیه ارائه کند.

۵.۲. مبانی و مقومات نظریه حق به معنای امتیاز

۵.۲ .مبانی و مقومات نظریه حق به معنای امتیاز

پیش از بررسی ماهیت حق، تعیین جنس و وجه ممیز آن ضروری است؛ زیرا تبیین ماهیت هر مفهوم، متوقف بر مشخص شدن جایگاه آن در نظام مفاهیم و تعیین ویژگی‌ای است که آن را از مفاهیم هم‌سنخ متمایز می‌کند. از این منظر، حق از مفاهیم اعتباری است و از حیث جنس، در قلمرو اعتبارات وضعی قرار می‌گیرد. اعتبار، مفهومی عام است که حق را در کنار مفاهیمی مانند ملکیت، زوجیت و ولایت دربرمی‌گیرد؛ اما به‌تنهایی وجه تمایز حق را روشن نمی‌کند. ازاین‌رو، برای تبیین ماهیت حق باید میان **جنس**، **وجه ممیز**، **ملاک جعل**، **ظرف ظهور** و **آثار حق** تفکیک کرد.

در نظریه حاضر، **جنس حق «اعتبار وضعی» است؛ وجه ممیز آن «موقعیت ترجیح‌یافته» است؛ ملاک جهت‌دهنده به جعل آن، «رعایت حال شخص معین در مقام اعتبارگذاری» است؛ تشاح**

پذیرش شده برای انتشار

«مقوم حیث ترجیح‌یافتگی حق» است؛ و تکلیف، ضمانت اجرا، قابلیت مطالبه، اسقاط یا انتقال، حسب مورد، از آثار و لوازم حق به‌شمار می‌آیند .بر این اساس، هیچ‌یک از تشاح، منفعت، اراده، تکلیف یا ضمانت اجرا به‌تنهایی با ماهیت حق یکسان نیست. این تفکیک، مانع از آن می‌شود که یکی از آثار یا زمینه‌های تحقق حق به‌جای مقوم مفهومی آن قرار گیرد.

۵.۲.۱ .جنس حق: اعتبار وضعی

در تحلیل فقهی، احکام شرعی به دو دسته کلی احکام تکلیفی و احکام وضعی تقسیم می‌شوند. حکم تکلیفی مستقیماً متوجه فعل مکلف است و در قالب‌هایی مانند وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه، نحوه رفتار او را تنظیم می‌کند. در مقابل، حکم وضعی مستقیماً متوجه فعل مکلف نیست، بلکه به ایجاد یا اعتبار یک وضعیت، رابطه یا وصف خاص می‌پردازد؛ هرچند ممکن است به واسطه آن، آثار تکلیفی نیز بر رفتار مکلف مترتب شود (صدر، ۱۴۱۸ق، ج. ۱، ص. ۱۶۲).

حق نیز از این حیث در قلمرو اعتبارات وضعی قرار می‌گیرد؛ زیرا مفاد آن، صرفاً الزام یا ترخیص مستقیم نسبت به فعل مکلف نیست، بلکه اعتبار موقعیتی حقوقی برای شخص معین است که می‌تواند منشأ آثار تکلیفی و عملی شود. بااین‌حال، قرار گرفتن حق در شمار اعتبارات وضعی، به‌تنهایی آن را از سایر اعتبارات وضعی متمایز نمی‌کند. ملکیت، زوجیت و ولایت نیز می‌توانند در چارچوب اعتبار وضعی تحلیل شوند. بنابراین، اعتبار وضعی تنها **جنس** حق است و نه تعریف کامل آن.

۵.۲.۲ .وجه ممیز حق: موقعیت ترجیح‌یافته

پذیرش شده برای انتشار

وجه ممیز حق در نظریه حاضر، «موقعیت ترجیح یافته» است؛ اما مقصود از موقعیت ترجیح یافته، یک منفعت روان‌شناختی، مطلوبیت خارجی یا صرف آزادی از تکلیف نیست بلکه مقصود در این پژوهش، **حیث ترجیح‌یافته یک موقعیت حقوقی برای شخص معین در برابر موقعیت‌های رقیب** است. هنگامی که نظام اعتباری، موقعیت شخصی را نسبت به یک موضوع، منفعت، فعل، ترک فعل یا وضعیت حقوقی به‌گونه‌ای ترجیح می‌دهد که دیگران نمی‌توانند بدون توجه به آن موقعیت رفتار کنند، این ترجیح حقوقی در قالب حق قابل تحلیل است.

از این منظر، «امتیاز» در نظریه حاضر معادل فنی privilegeدر تحلیل هافلدی نیست. در دستگاه هافلد، privilegeیکی از چهار موقعیت بنیادی حقوقی و در رابطه همبسته با no-rightاست .(Hohfeld, 1913: 30–32) در نظریه حاضر، امتیاز مفهومی عام‌تر و در سطح دیگری از تحلیل قرار دارد و به **حیث ترجیح‌یافته اعتبار حق** اشاره می‌کند، نه به فقدان تکلیف در معنای خاص هافلدی.

بر این اساس، وجه ممیز حق نه «داشتن منفعت» به‌تنهایی است، نه «داشتن اختیار» و نه «وجود تکلیف در طرف مقابل». منفعت ممکن است مبنای اعتبار حق باشد، اختیار ممکن است از آثار یا لوازم برخی حقوق باشد و تکلیف نیز ممکن است لازمه حق باشد؛ اما هیچ‌یک به‌تنهایی برای تعریف جامع حق کفایت نمی‌کند.

۵.۲.۳ .ملاک جعل: رعایت حال شخص معین بدون پیش‌فرض حق‌دار بودن

تعبیر «رعایت حال ذی‌حق» در صورت‌بندی نخست نظریه، ممکن است این تصور را ایجاد کند که شخص ابتدا «ذی‌حق» فرض شده و سپس رعایت حال او مبنای ایجاد حق قرار گرفته است. برای رفع این ابهام، مقصود از این تعبیر باید دقیق‌تر صورت‌بندی شود. مراد از «رعایت حال»،

پذیرش شده برای انتشار

توجه اعتبارگذار به موقعیت قابل حمایت شخص معین در مقام جعل است؛ بنابراین، در این مرحله، شخص هنوز به‌عنوان «ذی‌حق» مفروض گرفته نمی‌شود.

به بیان دیگر، مسیر نظریه چنین نیست که «ذی‌حق بودن» علت رعایت حال شخص باشد؛ بلکه برعکس، اعتبارگذار با ملاحظه وضعیت و اقتضای حمایت از شخص معین، موقعیتی را برای او اعتبار یا شناسایی می‌کند و در نتیجه، شخص در مقام صاحب حق قرار می‌گیرد. ازاین‌رو، «رعایت حال شخص» در این پژوهش **ملاک جهت‌دهنده به اعتبار حق** است، نه تعریف حق و نه نتیجه اثبات‌شده آن.

۵.۲.۴ .تشاح به‌عنوان مقوم حیث ترجیح‌یافتگی حق

در نظریه «حق به معنای امتیاز»، حق صرفاً یک موقعیت مطلوب یا منفعت قابل حمایت برای شخص نیست، بلکه **اعتبار وضعیِ موقعیتی ترجیح‌یافته** است. با این حال، وصف «ترجیح‌یافتگی» زمانی از محتوای مفهومی برخوردار است که موقعیت مورد حمایت در نسبت با موقعیت یا موقعیت‌های رقیب قابل تصور باشد؛ زیرا ترجیح، مفهومی رابطه‌ای است و بدون امکان سنجش یک موقعیت با موقعیت دیگر، اطلاق «ترجیح‌یافته» فاقد حیث تمایزبخش خواهد بود. ازاین‌رو، تشاح در نظریه حاضر نه به معنای وقوع نزاع یا تعارض بالفعل، بلکه به معنای **قابلیت قرار گرفتن یک موقعیت حقوقی در نسبت ترجیح با موقعیت‌های رقیب** است.

بر این اساس، تشاح را نمی‌توان صرفاً یکی از زمینه‌های اعمال حق دانست. اگر تشاح صرفاً زمینه اعمال حق تلقی شود، باید بتوان مفهوم موقعیت ترجیح‌یافته را بدون هیچ‌گونه نسبت با موقعیت رقیب توضیح داد؛ حال آنکه در این صورت، عنصر «ترجیح» از تعریف حق حذف‌پذیر خواهد شد و نظریه پیشنهادی عملاً به تعریف حق بر اساس «موقعیت مطلوب یا قابل حمایت

پذیرش شده برای انتشار

شخص» بازمی‌گردد. در حالی که وجه ممیز نظریه حاضر، دقیقاً در این نکته است که حق، **موقعیت حقوقی‌ای است که برای شخص معین نسبت به موقعیت‌های رقیب، حیث ترجیح‌یافتگی ایجاد می‌کند** .بنابراین، تشاح مقوم «تحقق خارجی حق» نیست، بلکه مقوم **حیث رابطه‌ایِ ترجیح‌یافتگی آن است.**

از این منظر، عدم وقوع نزاع یا مخالفت بالفعل، با فقدان تشاح ملازمه ندارد. برای مثال، وجود حق شخص نسبت به مال خود، متوقف بر آن نیست که شخص دیگری بالفعل در برابر آن حق موضع مخالف اتخاذ کرده باشد. آنچه برای تحلیل تشاح اهمیت دارد، امکان عقلایی قرار گرفتن موقعیت حقوقی صاحب حق در برابر موقعیتی رقیب است؛ به‌گونه‌ای که در صورت تحقق آن وضعیت، موقعیت نخست به اعتبار حق از ترجیح حقوقی برخوردار باشد. بنابراین، **فعلیت تعارض خارجی شرط تحقق حق نیست؛ اما قابلیت قرار گرفتن موقعیت حقوقی در نسبت ترجیح با موقعیت رقیب، جزء ساختار مفهومی حیث ترجیح‌یافتگی حق است.**

در نتیجه، تشاح در این نظریه نه یک واقعه خارجی مستقل از حق و نه مترادف با نزاع است، بلکه **رابطه‌ای است که در پرتو آن، معنای ترجیح‌یافتگی موقعیت حقوقی آشکار می‌شود** .به همین دلیل، می‌توان بدون وقوع تعرض یا مخالفت بالفعل، از وجود تشاح به معنای تقدیری یا شأنی سخن گفت؛ مشروط بر آنکه امکان رقابت میان موقعیت‌های حقوقی، واقعی و عقلایی باشد.

۵.۲.۵ .آثار حق و تفکیک آنها از ماهیت حق

حق پس از اعتبار، می‌تواند آثار متعددی ایجاد کند؛ از جمله الزام دیگران به رعایت آن، امکان مطالبه، امکان اسقاط، قابلیت انتقال در موارد قابل انتقال، برخورداری از ضمانت اجرا و در برخی

پذیرش شده برای انتشار

موارد، اختیار تغییر وضعیت حقوقی. بااین‌حال، این آثار را نباید با ماهیت حق یکی دانست؛ زیرا همه حقوق الزاماً تمامی این آثار را ندارند.

برای نمونه، ممکن است حقی قابل اسقاط نباشد یا انتقال آن امکان نداشته باشد؛ بااین‌حال، این ویژگی‌ها به‌خودی‌خود موجب خروج آن از مفهوم حق نمی‌شود. همچنین وجود ضمانت اجرا می‌تواند نشانه حمایت حقوقی از یک موقعیت باشد، اما ضمانت اجرا به‌تنهایی مقوم حق نیست. همین تفکیک درباره رابطه حق و تکلیف نیز صادق است: در بسیاری از موارد، وجود حق برای یک شخص با تکلیف شخص یا اشخاص دیگر ملازم است، اما این تکلیف در سطح اثر یا **رابطه هنجاری ناشی از حق** تحلیل می‌شود، نه به‌عنوان جنس یا وجه ممیز آن.

بنابراین، نظریه حاضر میان «حق» و «آثار حق» تفکیک می‌کند. حق، یک موقعیت اعتباری ترجیح‌یافته است؛ درحالی‌که الزام دیگران، امکان مطالبه، ضمانت اجرا، اسقاط یا انتقال، حسب مورد، آثار و لوازم آن موقعیت‌اند. این تفکیک، امکان تحلیل حقوقی مصادیقی را فراهم می‌کند که در آنها برخی از این آثار وجود ندارد یا به صورت محدود وجود دارد.

۵.۲.۶ .صورت‌بندی نهایی نظریه

حق، اعتبار وضعیِ یک موقعیت حقوقی ترجیح‌یافته برای شخص معین است که با ملاحظه وضعیت و اقتضای حمایت از او جعل یا شناسایی می‌شود و این ترجیح در نسبت با موقعیت‌های رقیب و بر پایه امکان تشاح معنا می‌یابد.

در این تعریف، «اعتبار وضعی» جنس حق، «موقعیت ترجیح‌یافته» وجه ممیز آن، «ملاحظه وضعیت و اقتضای حمایت از شخص معین» ملاک جهت‌دهنده به جعل، و تشاح مقوم مفهومی

پذیرش شده برای انتشار

حیث ترجیح‌یافتگی است. مقصود از تشاح، تعارض بالفعل نیست، بلکه قابلیت عقلایی قرار گرفتن موقعیت‌های حقوقی در نسبت رقابت و تعارض است. ازاین‌رو، وقوع تشاح بالفعل شرط تحقق حق نیست، بلکه آنچه برای تحقق حیث ترجیح‌یافتگی ضرورت دارد، امکان وجود موقعیت رقیب و سنجش موقعیت حقوقی شخص در برابر آن است.

بر این اساس، تکلیف، مطالبه، ضمانت اجرا، اسقاط و انتقال، حسب مورد، از آثار و لوازم حق محسوب می‌شوند و در تعریف ماهوی آن داخل نیستند.

بر این مبنا، نظریه «حق به معنای امتیاز» می‌کوشد میان سه سطح تمایز برقرار کند: نخست، **سطح اعتبار** که در آن موقعیت حقوقی برای شخص معین ایجاد یا شناسایی می‌شود؛ دوم، **سطح رابطه‌ای** که در آن موقعیت ترجیح‌یافته در نسبت با موقعیت‌های رقیب معنا می‌یابد و تشاح، به‌عنوان مقوم مفهومی حیث ترجیح‌یافتگی، این رابطه را تبیین می‌کند؛ و سوم، **سطح آثار** که در آن تکلیف، مطالبه، ضمانت اجرا و دیگر لوازم حقوقی، حسب مورد، بر آن مترتب می‌شود. این تفکیک، امکان بررسی جامعیت و مانعیت نظریه را در مصادیق مختلف حق و نیز تمایز آن از ملکیت، اباحه، اولویت، قدرت حقوقی و ولایت فراهم می‌سازد.

۵.۳. تعریف حق به معنای امتیاز و مقومات آن

حق، اعتبار وضعیِ یک موقعیت حقوقی ترجیح‌یافته برای شخص معین است که با ملاحظه وضعیت و اقتضای حمایت از او جعل یا شناسایی می‌شود و این ترجیح در نسبت با موقعیت‌های رقیب و بر پایه امکان تشاح معنا می‌یابد.

پذیرش شده برای انتشار

۵.۴. اقسام تشاح و نسبت آن با حق

با توجه به اینکه تشاح در تحلیل حاضر یکی از عناصر مرتبط با تحقق امتیاز حقوقی است، لازم است اقسام آن و نحوه تأثیرگذاری‌اش بر جعل حق تبیین شود. تشاح در اینجا به معنای وضعیتی است که در آن، یک متعلق یا موقعیت حقوقی در معرض ادعا، خواست یا ترجیح بیش از یک شخص قرار گیرد، به‌گونه‌ای که ترجیح موقعیت یکی بر دیگری از منظر عقلایی و حقوقی معنا پیدا کند. بر این اساس، تشاح را می‌توان از جهات مختلف تقسیم کرد؛ از حیث زمان و نحوه تحقق، به تشاح فعلی و شأنی یا تقدیری، از حیث اعتبار، به تشاح عقلایی و غیرعقلایی، و از حیث متعلق، به فروضی که در آنها از «حق» یا «احقیت» سخن گفته می‌شود.

۵.۴.۱. تشاح فعلی و تشاح شأنی یا تقدیری

تشاح فعلی زمانی تحقق می‌یابد که در زمان اعتبار یا اعمال حق، بالفعل بیش از یک شخص نسبت به یک متعلق، موقعیت یا منفعت واحد ادعا یا خواست داشته باشند و میان موقعیت‌های آنان امکان تعارض یا ترجیح وجود داشته باشد. برای نمونه، اگر در مورد حضانت طفل، پدر و مادر هر دو خواهان عهده‌داری حضانت باشند، تشاح به صورت بالفعل تحقق یافته است. در این فرض، قواعد فقهی و حقوقی با تعیین اولویت یا شیوه حل تعارض، موقعیت یکی از طرفین را بر دیگری ترجیح می‌دهند.

در مقابل، تشاح شأنی یا تقدیری ناظر به مواردی است که اختلاف بالفعل تحقق نیافته، اما امکان عقلایی تعارض میان موقعیت‌های اشخاص وجود دارد و شارع یا قانون‌گذار برای تنظیم این وضعیت، از پیش موقعیت اشخاص را تعیین می‌کند. برای مثال، تعیین اولویت مادر نسبت به پدر

پذیرش شده برای انتشار

در حضانت طفل در دوره‌ای معین، حتی در فرضی که در زمان جعل یا اعمال حکم اختلافی میان آنان وجود نداشته باشد، ناظر به وضعیتی است که امکان تعارض موقعیت آنان در آن قابل تصور است.

بنابراین، مقوم بودن تشاح در نظریه حاضر به معنای ضرورت تحقق نزاع خارجی نیست؛ بلکه مقصود آن است که حق در ظرفی جعل می‌شود که امکان تعارض، رقابت یا ترجیح میان موقعیت‌های اشخاص، بالفعل یا به نحو شأنی و تقدیری، وجود داشته باشد. ازاین‌رو، تشاح شأنی یا تقدیری را باید صورت غیر بالفعل تشاح دانست، نه اینکه آن را به معنای یک اختلاف صرفاً فرضی و فاقد مبنای عقلایی تلقی کرد.

۵.۴.۲. تشاح عقلایی

تقسیم دیگر تشاح، از حیث اعتبار عقلایی آن است. صرف وجود تفاوت یا اختلاف میان اشخاص یا اشیاء، برای تحقق تشاح مؤثر در جعل حق کافی نیست؛ بلکه اختلاف باید به گونه‌ای باشد که از منظر عقلاء بتواند منشأ ترجیح یک موقعیت بر موقعیت دیگر شود.

بر این اساس، تشاح عقلایی ناظر به وضعیتی است که میان دو یا چند موقعیت، تفاوتی وجود داشته باشد که در نظر عقلاء بتواند مبنای اعتبار اولویت یا امتیاز قرار گیرد. در مقابل، اختلافاتی که از نظر عقلاء فاقد اثر حقوقی و فاقد قابلیت ایجاد ترجیح میان موقعیت‌ها هستند، نمی‌توانند منشأ جعل حق یا امتیاز حقوقی قرار گیرند.

بنابراین، عقلایی بودن تشاح ناظر به این نیست که هر اختلاف خارجی میان اشخاص، خودبه‌خود منشأ حق باشد؛ بلکه معیار آن است که اختلاف موجود، از منظر عقلایی ظرفیت آن را داشته

پذیرش شده برای انتشار

باشد که اعتبار یک موقعیت ترجیح‌یافته را توجیه کند. از این جهت، «تشاح عقلایی» در عرض «تشاح فعلی» و «تشاح تقدیری» قرار نمی‌گیرد، بلکه وصفی برای تشاح معتبر در هر یک از این دو صورت است. به بیان دیگر، تشاح می‌تواند فعلی یا شأنی باشد و در هر دو صورت، برای آنکه در تحلیل حق مؤثر باشد، باید عقلایی و واجد قابلیت ایجاد ترجیح حقوقی باشد.

۵.۴.۳. فروض تشاح به اعتبار متعلق: حق و احقیت

تشاح را می‌توان از جهت متعلق آن نیز بررسی کرد. در برخی موارد، چند شخص نسبت به یک متعلق واحد، موقعیت‌های رقیب دارند و مسئله اصلی، تعیین شخصی است که نسبت به دیگری اولویت دارد. در چنین مواردی، تعبیر «احقیت» برای بیان برتری و تقدم یک موقعیت بر موقعیت رقیب به کار می‌رود.

برای نمونه، در فرضی که چند شخص نسبت به یک امر واحد مدعی موقعیت باشند، تعیین اینکه کدام‌یک نسبت به دیگری اولویت دارد، مسئله احقیت را مطرح می‌کند. در این موارد، احقیت ناظر به رابطه میان چند موقعیت رقیب است و بیانگر آن است که یکی از اشخاص در مقایسه با دیگری، از موقعیت ترجیح‌یافته برخوردار است.

در مقابل، در برخی موارد، مسئله اصلی صرفاً وجود یک موقعیت حقوقی برای شخص و لزوم رعایت آن از سوی دیگری است و نیازی به مقایسه دو موقعیت رقیب و تعیین شخص «احق» وجود ندارد. در چنین مواردی، عنوان «حق» برای بیان موقعیت اعتباری شخص مناسب‌تر است.

بر این اساس، تفاوت میان «حق» و «احقیت» را نباید به معنای تفاوت در اصل ماهیت حق دانست؛ بلکه «احقیت» ناظر به وضعیتی مقایسه‌ای است که در آن، دو یا چند موقعیت حقوقی یا

پذیرش شده برای انتشار

ادعای رقیب در برابر یکدیگر قرار گرفته و یکی از آنها بر دیگری ترجیح داده می‌شود. بنابراین، احقیت را می‌توان یکی از صورت‌های ظهور امتیاز در ظرف تشاح دانست، نه مفهومی مستقل و بی‌ارتباط با حق.

۵.۵. امور خارج از مقومات مفهومی حق

در تحلیل ماهیت مفهومی حق، افزون بر شناسایی عناصر مقوم آن، لازم است برخی ویژگی‌هایی که ممکن است در تعریف حق مورد استناد قرار گیرند، از مقومات مفهومی آن تفکیک شوند. در این چارچوب، چهار امر را نمی‌توان در تعریف ماهوی حق دخیل دانست: ارتباط یا عدم ارتباط با مصالح غیر، بازگشت متعلق حق به مصلحت ذی‌حق، نفوذ تصرفات و عدم امکان مزاحمت غیر.

۵.۵.۱. رابطه حق و تکلیف

یکی از مباحث مهم در تحلیل مفهوم حق، نسبت آن با تکلیف است. در بسیاری از موارد، شناسایی حق برای یک شخص، مستلزم آن است که شخص یا اشخاص دیگر به رعایت آن موقعیت حقوقی ملزم شوند. بااین‌حال، این الزام را نباید جزء ماهیت حق دانست؛ زیرا تکلیف، اثر هنجاری و لازمه رابطه حقوقی ناشی از حق است، نه مقوم مفهومی آن.

به بیان دیگر، حق و تکلیف در بسیاری از موارد رابطه‌ای هم‌بسته دارند، اما نمی‌توان یکی را به دیگری فروکاست. همان‌گونه که در ملکیت نیز دیگران مکلف به رعایت سلطه مالک هستند، اما این تکلیف موجب نمی‌شود که ماهیت ملکیت به تکلیف تبدیل شود. بنابراین، وجود الزام دیگران به رعایت حق، نشان‌دهنده حمایت حقوقی از آن موقعیت است، نه اینکه خودِ الزام، جزء تعریف ماهوی حق باشد.

پذیرش شده برای انتشار

۵.۵.۲. تمایز امتیاز حقوقی از آزادی و اباحه

امتیاز حقوقی در نظریه حاضر با آزادی یا اباحه یکسان نیست. آزادی به معنای امکان انجام یا ترک فعل، مفهومی عام‌تر از حق است؛ زیرا ممکن است شخص در انجام رفتاری آزاد باشد، بدون آنکه نسبت به آن، موقعیت حقوقی ترجیح‌یافته‌ای داشته باشد. ازاین‌رو، هر آزادی الزاماً حق محسوب نمی‌شود؛ هرچند برخی حقوق ممکن است برای صاحب خود آزادی یا امکان خاصی ایجاد کنند.

همچنین، اباحه صرفاً بیانگر جواز انجام یک رفتار است، در حالی که حق، ایجاد یا شناسایی یک موقعیت اعتباری برای شخص معین است. بنابراین، اباحه ممکن است از آثار یا لوازم برخی حقوق باشد، اما با مفهوم حق یکسان نیست. تفاوت اصلی آن است که در حق، عنصر انتساب یک موقعیت ترجیح‌یافته به شخص معین وجود دارد، در حالی که در اباحه صرفاً رفع منع یا تجویز رفتار مطرح است.

بر این اساس، اباحه و حق، از حیث سنخ اعتبار و کارکرد حقوقی نیز متفاوت‌اند: اباحه در قالب حکم تکلیفی، ناظر به جواز رفتار است؛ اما حق، در نظریه حاضر، اعتبار وضعیِ موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص معین است. بنابراین، ممکن است یک حق مستلزم یا متضمن نوعی آزادی یا جواز باشد، اما آزادی و اباحه به‌خودی‌خود برای اثبات وجود حق کافی نیستند.

۵.۵.۳. تمایز امتیاز حقوقی از اختیار قانونی

اختیار قانونی نیز از مفاهیمی است که نباید با حق خلط شود. اختیار قانونی ناظر به توانایی شخص برای ایجاد، تغییر یا زوال یک وضعیت حقوقی است؛ مانند اختیار ولی در اجازه یا رد

پذیرش شده برای انتشار

معامله صغیر. در مقابل، حق ناظر به برخورداری شخص از یک موقعیت حقوقی ترجیح‌یافته است.

البته در برخی موارد، صاحب حق برای اعمال یا استیفای حق خود از اختیار قانونی نیز برخوردار می‌شود؛ اما این اختیار از آثار یا لوازم برخی حقوق است، نه جزء مقوم همه حقوق. بنابراین، افزودن اختیار، آزادی یا تکلیف به تعریف حق، موجب خلط میان ماهیت حق و آثار و موقعیت‌های حقوقی ملازم با آن می‌شود.

۵.۵.۴. ارتباط با مصالح غیر

اینکه متعلق حق، علاوه بر ذی‌حق، متضمن مصلحت شخص یا اشخاص دیگری نیز باشد، نقشی در تحقق مفهوم حق ندارد. ممکن است متعلق یک اعتبار حقوقی دربردارنده مصلحت اشخاص غیر از صاحب موقعیت حقوقی باشد، اما این امر به‌خودی‌خود موجب خروج آن اعتبار از عنوان حق نمی‌شود.

بنابراین، وجود مصلحت برای غیر را نمی‌توان معیار نفی یا اثبات حق دانست. آنچه در نظریه حاضر اهمیت دارد، این است که موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص، با لحاظ رعایت حال وی جعل شده باشد؛ هرچند متعلق این موقعیت در مقام عمل یا از حیث آثار، با مصالح اشخاص دیگر نیز ارتباط داشته باشد.

از همین رو، در حق ولایت، ممکن است تمام یا بخش عمده مصلحت مترتب بر اعمال ولایت به مولّی‌علیه بازگردد، بدون آنکه این امر موجب شود حق ولایت را حکم بدانیم.

پذیرش شده برای انتشار

۵.۵.۵. بازگشت متعلق حق به مصلحت ذی‌حق

بازگشت متعلق حق به منفعت یا مصلحت مستقیم ذی‌حق نیز مقوم مفهوم حق نیست. ممکن است متعلق حق، منفعت عینی یا مادی مستقیمی برای ذی‌حق ایجاد نکند، اما در ظرف تشاح، برای رعایت حال او موقعیت ترجیح‌یافته‌ای جعل شود.

برای نمونه، در حضانت، متعلق حق لزوماً به معنای برخورداری ذی‌حق از یک منفعت عینی یا مادی مستقیم نیست؛ بلکه ممکن است عهده‌داری حضانت با دشواری و مسئولیت همراه باشد. با این حال، اگر در فرض تشاح میان والدین، موقعیت یکی از آنان بر دیگری ترجیح داده شود، این ترجیح می‌تواند در چارچوب نظریه امتیاز تحلیل شود.

بنابراین، وجود مصلحت عینی یا منفعت مستقیم برای ذی‌حق، شرط تحقق حق نیست. آنچه در تحلیل حاضر اهمیت دارد، «رعایت حال ذی‌حق» به عنوان ملاک جعل موقعیت ترجیح‌یافته است، نه لزوماً وجود یک منفعت خارجی و قابل اندازه‌گیری برای او.

از این جهت باید میان «رعایت حال ذی‌حق» و «برخورداری ذی‌حق از منفعت» تفکیک کرد. اولی به ملاک جعل اعتبار مربوط است، در حالی که دومی می‌تواند از آثار یا نتایج خارجی آن اعتبار باشد و در همه موارد به یک شکل تحقق نیابد.

۵.۵.۶. نفوذ تصرفات

نفوذ تصرفات نیز از مقومات مفهوم حق به شمار نمی‌آید؛ زیرا نفوذ تصرف می‌تواند در اعتبارات مختلفی وجود داشته باشد و اختصاصی به حق ندارد. برای نمونه، همان‌گونه که ولی در حدود

پذیرش شده برای انتشار

ولایت خویش می‌تواند تصرفاتی نافذ در امور مولّی‌علیه داشته باشد، صاحب برخی حقوق نیز می‌تواند در قلمرو حق خود دارای تصرف نافذ باشد؛ مانند صاحب حق تحجیر که در حدود اعتبار مربوط، از موقعیت حقوقی خاصی برخوردار است.

بنابراین، صرف نفوذ تصرف نمی‌تواند وجه ممیز حق از ولایت یا سایر اعتبارات وضعی باشد. وجه تمایز ماهوی باید بر اساس ویژگی‌ای تعیین شود که بتواند ساختار اعتباری حق را از اعتبارات مشابه متمایز سازد، نه بر اساس اثری که ممکن است در چند نهاد حقوقی مشترک باشد.

ازاین‌رو، نفوذ تصرف را باید از آثار و لوازم برخی حقوق دانست، نه از مقومات مفهومی حق.

۵.۵.۷. عدم مزاحمت غیر

عدم امکان مزاحمت دیگران نیز به‌تنهایی مقوم مفهوم حق نیست. اگرچه یکی از آثار طبیعی شناسایی یک موقعیت حقوقی برای شخص آن است که دیگران نمی‌توانند برخلاف آن موقعیت، مداخله یا مزاحمت کنند، اما چنین اثری در نهادهایی غیر از حق نیز قابل مشاهده است.

برای نمونه، در ولایت نیز اشخاص دیگر نمی‌توانند برخلاف حدود ولایت معتبر، در قلمرو اختیار ولی مداخله کنند. بنابراین، صرف عدم امکان مزاحمت غیر نمی‌تواند معیار تمایز حق از ولایت باشد.

بر این اساس، در تشخیص ماهیت حق، نباید بر آثاری تکیه کرد که میان حق و سایر اعتبارات وضعی مشترک‌اند. وجه ممیز باید به ساختار اعتبار و ملاک جعل آن بازگردد. در نظریه حاضر،

پذیرش شده برای انتشار

این وجه ممیز در ایجاد موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص، در ظرف تشاح و با لحاظ رعایت حال وی جست‌وجو می‌شود.

برآیند این بحث آن است که هیچ‌یک از چهار امر یادشده، یعنی «ارتباط با مصالح غیر»، «بازگشت متعلق حق به مصلحت مستقیم ذی‌حق»، «نفوذ تصرفات» و «عدم امکان مزاحمت غیر»، به‌تنهایی مقوم مفهومی حق نیستند. دو امر نخست، ناظر به رابطه حق با مصلحت و منفعت‌اند و دو امر اخیر، بیشتر به آثار و لوازم اعتبار حق مربوط می‌شوند. ازاین‌رو، نمی‌توان آنها را در تعریف ماهوی حق داخل کرد.

در مقابل، نظریه حاضر مقوم مفهومی حق را در ساختار خاص اعتبار آن جست‌وجو می‌کند: **ایجاد موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص در ظرف تشاح و با لحاظ رعایت حال وی**. بر این اساس، ویژگی‌های دیگر، هرچند ممکن است در بسیاری از مصادیق حق وجود داشته باشند، برای تعریف جامع و مانع حق کفایت نمی‌کنند.

۵.۶. چالش‌ها و ارزیابی نظریه حق به معنای امتیاز

۵.۶.۱. اشکال اول: کفایت نداشتن صرف امتیاز برای تعریف حق

با پذیرش «امتیاز» به‌عنوان عنصر اساسی حق، این پرسش مطرح می‌شود که آیا صرف امتیاز می‌تواند برای تبیین ماهیت حق کافی باشد؟ به بیان دیگر، هرگاه شخصی نسبت به چیزی از امتیاز یا برتری برخوردار باشد، آیا می‌توان آن را حق وی دانست؟ اگر پاسخ مثبت باشد، باید هر نوع امتیاز و برتری را حق به شمار آورد؛ در حالی میان «امتیاز» به معنای عام و «حق» تفاوت وجود

پذیرش شده برای انتشار

دارد. بنابراین، نظریه حق به معنای امتیاز، برای آنکه بتواند تبیین جامعی از ماهیت حق ارائه دهد، نیازمند تعیین ملاکی است که امتیاز حقوقی را از سایر امتیازات متمایز سازد.

این اشکال در تعریف دابین نیز قابل مشاهده است. دابین حق را «امتیازی می‌داند که قانون در اختیار شخص قرار داده و آن را از طرق گوناگون تضمین کرده است». اگرچه این تعریف با قرار دادن «امتیاز» در مرکز مفهوم حق، بر یکی از ویژگی‌های مهم آن تأکید می‌کند، اما پرسش همچنان باقی است که **چه چیزی موجب می‌شود یک امتیاز، حق محسوب شود؟** صرف برخورداری از یک موقعیت برتر یا منفعت، بدون بیان ملاک حقوقی بودن آن، برای تعریف حق کافی به نظر نمی‌رسد(حسن فرج، ۱۹۸۸: ۴۵۵)

ممکن است در پاسخ گفته شود که امتیاز زمانی حق محسوب می‌شود که قانون آن را شناسایی و تضمین کرده باشد؛ اما این پاسخ نیز مشکل را به‌طور کامل حل نمی‌کند. زیرا در این صورت، «حق» به صرف شناسایی قانونی فروکاسته می‌شود، در حالی که قانون می‌تواند امتیازهای متعددی را ایجاد یا تضمین کند که وجه تمایز ماهوی آنها از حق نیازمند تبیین مستقلی است. افزون بر این، «قانونی بودن» بیشتر ناظر به منشأ شناسایی یا ضمانت اجرای حق است نه اینکه از مقومات مفهومی حق بوده باشد.

بر اساس نظریه حاضر، راه حل این اشکال، کنار گذاشتن عنصر «امتیاز» نیست، بلکه **تعیین دقیق مفهوم امتیاز و ملاک تحقق آن** است. امتیاز مورد نظر در مفهوم حق، هرگونه منفعت، برتری یا برخورداری نیست؛ بلکه **موقعیت ترجیح‌یافته‌ای است که در ظرف تشاح و با لحاظ رعایت حال ذی‌حق برای وی اعتبار می‌شود.** بنابراین، آنچه یک امتیاز را به «حق» تبدیل می‌کند، صرف برخورداری از منفعت یا برتری نیست، بلکه نحوه اعتبار آن و ملاک جعل آن است.

پذیرش شده برای انتشار

ازاین‌رو، در حق به معنای اصطلاحی مورد نظر این پژوهش، دو عنصر در کنار یکدیگر باید مورد توجه قرار گیرد: **نخست، وجود امتیاز برای شخص و دوم، تحقق آن در ظرف تشاح و با لحاظ رعایت حال ذی‌حق**. در چنین صورتی، امتیاز از یک منفعت یا برتری صرف فراتر رفته و به موقعیتی اعتباری تبدیل می‌شود که برای ذی‌حق نسبت به دیگران اولویت ایجاد می‌کند.

بر این اساس، اشکال وارد بر نظریه امتیاز، اصل «امتیاز» را نفی نمی‌کند؛ بلکه نشان می‌دهد که **صرف امتیاز برای تعریف حق کافی نیست و باید ملاک حقوقی و اعتباری آن مشخص شود.** نظریه مختار با افزودن دو مؤلفه «ظرف تشاح» و «رعایت حال ذی‌حق» می‌کوشد این نقیصه را برطرف کرده و امتیاز حقوقی را از سایر انواع امتیاز و منفعت متمایز سازد.

۵.۶.۲. اشکال دوم: ناکافی بودن امتیاز برای تکمیل مفهوم حق

«امتیاز» به‌تنهایی برای تعریف حق کافی نیست و برای تبیین کامل آن باید عناصر دیگری مانند **سلطه، توانایی، امکان تحمیل اراده بر دیگران و الزام آنان به رعایت حق** نیز در تعریف گنجانده شود. بر همین اساس، در برخی تعاریف معاصر، حق عبارت از «سلطه، توانایی و امتیازی» دانسته شده است که به موجب قانون یا قواعد حقوقی به شخص داده می‌شود و به موجب آن می‌تواند اراده خود را بر دیگران تحمیل کرده و آنان را به رعایت حق الزام نماید(محمدمهدی کریمی نیا- مقاله «حقوق»، «حق» و اقسام حق- فصلنامه معرفت- شماره ۷۰).

با این حال، افزودن این عناصر نیز نمی‌تواند مشکل تعریف ماهوی حق را به‌طور کامل برطرف کند؛ زیرا «سلطه» و «توانایی اعمال حق» از مقومات مفهوم حق نیستند، بلکه از آثار یا ویژگی‌های برخی حقوق به شمار می‌روند. حق ممکن است برای شخص ثابت باشد، اما وی به

پذیرش شده برای انتشار

دلایل خارجی نتواند آن را بالفعل اعمال یا استیفا کند. بنابراین، میان **وجود حق** و **امکان اعمال حق** باید تفکیک کرد. همان‌گونه که فقدان امکان عملی برای استیفای یک حق، اصل وجود آن را از بین نمی‌برد، توانایی اعمال حق نیز نمی‌تواند جزء مقومات مفهومی آن باشد.

همچنین، «تحمیل اراده بر دیگری» نیز نمی‌تواند معیار عام حق قرار گیرد. برخورداری از حق لزوماً به معنای برخورداری از قدرت شخصی برای تحمیل اراده نیست. آنچه در رابطه حق و تکلیف وجود دارد، این است که در برابر موقعیت اعتباری ذی‌حق، برای شخص یا اشخاص دیگر تکلیفی به رعایت آن اعتبار می‌شود. بنابراین، **الزام من علیه الحق به رعایت حق** نتیجه و اثر رابطه حق و تکلیف است، نه اینکه قدرت تحمیل اراده، جزء مفهوم حق باشد.

افزون بر این، اگر «سلطه» و «توانایی» را مقوم حق بدانیم، در مواردی که صاحب حق فاقد امکان اعمال آن است، باید اصل وجود حق را نیز منتفی بدانیم؛ در حالی که چنین نتیجه‌ای قابل پذیرش نیست. برای مثال، ممکن است شخص از حقی برخوردار باشد، اما به سبب فقدان امکان عملی یا وجود مانع خارجی، نتواند آن را استیفا کند. در این حالت، آنچه از بین رفته یا محدود شده، **امکان اعمال حق** است، نه لزوماً **خود حق**.

ازاین‌رو، به نظر می‌رسد تلاش برای تکمیل نظریه امتیاز از طریق افزودن «سلطه»، «توانایی» و «تحمیل اراده»، بیش از آنکه به تبیین ماهیت حق بینجامد، موجب خلط میان **مفهوم حق** و **آثار و احکام مترتب بر آن** می‌شود. تعریف ماهوی باید بر ویژگی‌ای مبتنی باشد که در اصل تحقق حق دخالت دارد، نه بر اموری که ممکن است پس از تحقق حق بر آن مترتب شوند یا در برخی حقوق وجود داشته باشند و در برخی دیگر وجود نداشته باشند.

پذیرش شده برای انتشار

بر اساس نظریه مختار، نیازی نیست برای تعریف حق، سلطه یا توانایی اعمال حق را به مفهوم آن افزود. آنچه یک امتیاز را به حق اصطلاحی تبدیل می‌کند، همان‌گونه که در بخش پیشین بیان شد، **قرار گرفتن آن در ظرف تشاح و جعل آن با لحاظ رعایت حال ذی‌حق** است. سلطه، امکان اعمال، الزام دیگران و ضمانت اجرا، آثاری هستند که ممکن است بر این اعتبار مترتب شوند، اما در شمار مقومات مفهومی آن قرار نمی‌گیرند.

بنابراین، اگر اشکال نخست نشان داد که **صرف امتیاز برای تعریف حق کافی نیست**، پاسخ صحیح به این اشکال لزوماً افزودن هر ویژگی دیگری به تعریف نیست؛ بلکه باید **ملاک حقوقی شدن امتیاز** مشخص شود. از نظر نظریه حاضر، این ملاک در «تشاح» و «رعایت حال ذی‌حق» جست‌وجو می‌شود، نه در سلطه و توانایی اعمال اراده.

۵.۶.۳. اشکال سوم: تعارض حقوق

اشکال دیگری که بر تحلیل حق به معنای امتیاز مطرح شده، ناظر به **تعارض حقوق** است. بر اساس این اشکال، اگر حق صرفاً امتیازی برای شخص تلقی شود، در مواردی که میان حقوق اشخاص مختلف تعارض پدید می‌آید، هر یک از طرفین می‌تواند حق خود را امتیازی مستقل و معتبر بداند و بر اساس آن، خواستار اعمال آن شود. در چنین وضعیتی، صرف توصیف حق به «امتیاز» نمی‌تواند مشخص کند که در صورت تعارض دو حق، کدام‌یک باید مقدم شود. برای مثال، در روابط بین‌المللی ممکن است دو دولت، هر یک اقدامات خود را در راستای تأمین منافع و حقوق خویش توجیه کنند و خود را «حق‌دار» بدانند، در حالی که اعمال هر یک با ادعای حق طرف مقابل تعارض پیدا می‌کند (مصباح یزدی، ۱۳۹۱: ج۱، ص۱۶۸).

پذیرش شده برای انتشار

در پاسخ باید میان مفهوم حق و نحوه اعمال و استیفای حق در مقام تعارض تفکیک کرد. تعارض حقوق، اساساً فرع بر پذیرش وجود دو حق است. همان‌گونه که تعبیر «تعارض دو روایت» متوقف بر آن است که هر دو مورد، در ابتدا روایت محسوب شوند، یا «تعارض دو سند» فرع بر وجود دو سند است، «تعارض حقوق» نیز متوقف بر آن است که دو موقعیت، پیش از مرحله تعارض، به عنوان حق شناخته شده باشند. بنابراین، وجود تعارض میان دو حق نمی‌تواند دلیل نادرستی تعریف حق به عنوان امتیاز باشد؛ بلکه نشان می‌دهد که پس از شناسایی حقوق، ممکن است در مقام اعمال و استیفای آنها، تزاحم یا تعارض پدید آید و نیازمند تعیین ضابطه تقدم باشیم.

به بیان دیگر، باید میان دو پرسش تفکیک کرد: **نخست، چه چیزی موجب می‌شود یک موقعیت، حق محسوب شود؟ و دوم، در صورت تعارض دو حق، کدام‌یک بر دیگری مقدم است؟** پرسش نخست، ناظر به ماهیت و تعریف حق است؛ در حالی که پرسش دوم، ناظر به احکام و قواعد حاکم بر تعارض حقوق است. پاسخ به پرسش دوم، هرچند در نظام حقوقی اهمیت اساسی دارد، نمی‌تواند به‌عنوان مقوم تعریف حق اخذ شود.

افزون بر این، نظریه حق به معنای امتیاز مدعی نیست که هر امتیازی در هر شرایطی قابل اعمال و استیفا است. امتیاز حقوقی، موقعیتی اعتباری است که در چارچوب نظام هنجاری مربوط به شخص تعلق گرفته و اعمال آن می‌تواند تابع محدودیت‌ها و قواعد دیگری باشد. بنابراین، وجود معارض یا محدودیت در مقام اعمال حق، با اصل وجود آن منافاتی ندارد.

بنابراین، **تعارض حقوق، اشکالی بر اصل تحلیل حق به معنای امتیاز نیست؛ بلکه مسئله‌ای مستقل در مرحله اعمال و تنظیم روابط میان حقوق است.** نظریه امتیاز می‌تواند ماهیت حق را تبیین کند،

پذیرش شده برای انتشار

بدون آنکه مدعی باشد خودِ مفهوم حق، به‌تنهایی تمامی قواعد حل تعارض میان حقوق را نیز دربرمی‌گیرد.

۵.۷. آزمون جامعیت نظریه در مصادیق حقوقی

۵.۷.۱. آزمون جامعیت و مانعیت نظریه در مصادیق دشوار

پس از تبیین ارکان نظریه و تعیین حدود مفهوم تشاح، نوبت به آزمون آن در مصادیق متفاوت حق می‌رسد. هدف از این آزمون، صرفاً نشان دادن سازگاری تعریف پیشنهادی با چند نمونه شناخته‌شده نیست، بلکه بررسی این امر است که آیا مؤلفه‌های تعریف، در اقسام متفاوت حق قابل اعمال‌اند و در عین حال، از تسری تعریف به مفاهیم حقوقی همجوار جلوگیری می‌کنند یا خیر. از این رو، در هر مصداق، چهار مؤلفه «اعتبار وضعی»، «موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص معین»، «ملاحظه وضعیت یا موقعیت قابل حمایت شخص در مقام جعل یا شناسایی» و «معنا یافتن حیث ترجیح‌یافتگی در نسبت با موقعیت‌های رقیب قابل تشاح» مورد توجه قرار می‌گیرد. افزون بر این، در مواردی که احتمال خلط میان حق و مفاهیمی مانند ملکیت، اباحه، اولویت، قدرت حقوقی یا ولایت وجود دارد، مرز مفهومی آنها نیز بررسی می‌شود.

۵.۷.۱. حق حضانت

حضانت از مصادیقی است که در آن، تفکیک «موقعیت حقوقی ترجیح‌یافته» از صرف منفعت یا اختیار اهمیت ویژه‌ای دارد. در وضعیت عادی و در فرض فقدان تشاح، حضانت به‌عنوان تکلیف و حکمی متوجه والدین باشد و غایت آن تأمین مصلحت کودک است؛ اما هنگامی که میان والدین درباره تصدی حضانت تشاح پدید می‌آید، مسئله صرفاً اجرای تکلیف نیست، بلکه تعیین شخصی

پذیرش شده برای انتشار

است که موقعیت ترجیحی برای اعمال حضانت دارد. در این وضعیت، «حق حضانت» به معنای امتیاز ترجیحی در مقام تشاح نسبت به یک موقعیت ولایی است. بنابراین، حق و حکم در این تحلیل دو عنوان برای دو وضعیت متفاوت‌اند، نه دو وصف متعارض برای یک وضعیت واحد.

۵.۷.۲. حق شفعه

حق شفعه نمونه‌ای مناسب برای آزمون حیث ترجیح‌یافتگی حق است؛ زیرا در آن، شخص معین در شرایط مقرر قانونی از موقعیتی برخوردار می‌شود که وی را نسبت به شخص ثالث در خرید سهم فروخته‌شده در وضعیت ترجیح قرار می‌دهد. این موقعیت، یک اعتبار وضعی است و به شخص معین تعلق می‌گیرد و بر اساس وضعیت خاص شریک و ساختار حقوقی مال مشاع جعل شده است.

حیث ترجیح‌یافتگی در شفعه به‌روشنی در نسبت با موقعیت رقیب معنا پیدا می‌کند؛ زیرا اعمال حق شفعه در برابر موقعیت شخص ثالثی قرار می‌گیرد که سهم شریک را تحصیل کرده یا درصدد تحصیل آن است. ازاین‌رو، شفعه مؤید آن است که تشاح در نظریه حاضر به معنای نزاع بالفعل نیست، بلکه می‌تواند در قالب قابلیت رقابت میان موقعیت‌های حقوقی ظهور یابد. در عین حال، حق شفعه را نباید با مالکیت یکی دانست؛ زیرا دارنده شفعه پیش از اعمال آثار حق، مالک سهم مورد شفعه نیست، بلکه از موقعیتی ترجیح‌یافته برای تحصیل آن برخوردار است.

۵.۷.۳. حق تحجیر

پذیرش شده برای انتشار

تحجیر از این جهت برای آزمون تعریف پیشنهادی اهمیت دارد که میان ایجاد یک موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص و تحقق کامل مالکیت تفکیک ایجاد می‌کند. در فرض تحقق شرایط تحجیر، شخص معین نسبت به احیای مال و بهره‌برداری از موقعیت ایجادشده، از اولویت و موقعیت حقوقی خاصی برخوردار می‌شود، بدون آنکه این امر لزوماً به معنای تحقق کامل ملکیت نسبت به عین باشد.

بر اساس نظریه پیشنهادی، این وضعیت را می‌توان به‌عنوان اعتبار وضعیِ موقعیتی ترجیح‌یافته برای شخص تحلیل کرد. ترجیح مزبور نیز در نسبت با موقعیت اشخاص دیگر معنا می‌یابد؛ زیرا اعتبار تحجیر، امکان تقدم شخص تحجیرکننده را در برابر اشخاص رقیب ایجاد می‌کند. ازاین‌رو، تحجیر نشان می‌دهد که وجود موقعیت ترجیح‌یافته، مستلزم تحقق ملکیت نیست و در نتیجه، نظریه «حق به معنای امتیاز» می‌تواند حق را از ملکیت تفکیک کند.

۵.۷.۴. حق قصاص

حق قصاص از مصادیقی است که نشان می‌دهد حق را نمی‌توان صرفاً بر اساس قابلیت انتقال، اسقاط یا اعمال ارادی صاحب حق تعریف کرد. در حق قصاص، اعتبار حقوقی به شخص معین تعلق می‌گیرد و وی از موقعیتی حقوقی برخوردار می‌شود که در برابر وضعیت شخص جانی قابل تحلیل است. این موقعیت با توجه به وضعیت خاص صاحب حق و موضوع جنایت جعل یا شناسایی شده و از حیث آثار حقوقی، وی را در موقعیت ترجیح‌یافته‌ای قرار می‌دهد.

پذیرش شده برای انتشار

تشاح در اینجا به معنای وقوع منازعه خارجی نیست، بلکه در نسبت میان موقعیت صاحب حق و موقعیت جانی معنا می‌یابد. حتی پیش از اعمال یا مطالبه قصاص، موقعیت حقوقی صاحب حق قابل شناسایی است. بنابراین، وجود حق متوقف بر اعمال بالفعل آن نیست و این نمونه نیز از تمایز میان «وجود حق» و «اعمال حق» پشتیبانی می‌کند.

همچنین ویژگی‌های خاص حق قصاص در زمینه اسقاط، انتقال یا نحوه اعمال آن، نشان می‌دهد که این اوصاف را نمی‌توان جزء مفهوم عام حق قرار داد؛ زیرا تفاوت حقوق از حیث قابلیت اسقاط یا انتقال، ناظر به احکام و آثار خاص هر حق است، نه جنس مفهومی حق.

۵.۷.۵. حق دِین

حق دِین نمونه‌ای مهم برای آزمون جامعیت نظریه است؛ زیرا متعلق آن، رفتار یا تعهد شخص معین در برابر صاحب حق است و از سنخ مالکیت عین خارجی نیست. با وجود این تفاوت، می‌توان آن را بر اساس تعریف پیشنهادی تحلیل کرد: حق دِین، اعتباری وضعی است که برای طلبکار موقعیتی حقوقی ترجیح‌یافته نسبت به مدیون ایجاد می‌کند و این موقعیت بر اساس وضعیت و منفعت قابل حمایت طلبکار در رابطه تعهدی جعل یا شناسایی شده است.

حیث ترجیح‌یافتگی در اینجا در نسبت با موقعیت مدیون معنا می‌یابد؛ بدین معنا که طلبکار واجد موقعیتی است که بر اساس آن، مطالبه وفای به تعهد را می‌تواند از مدیون درخواست کند. بنابراین، تعریف پیشنهادی اختصاص به حقوقی ندارد که موضوع آنها عین خارجی یا سلطه مستقیم بر مال

پذیرش شده برای انتشار

است و می‌تواند حقوق دینی را نیز دربرگیرد. در عین حال، مطالبه و ضمانت اجرای حق دِین، آثار و ابزارهای حمایت از حق‌اند و نباید در تعریف ماهوی حق داخل شوند

۵.۷.۶. حق اختصاص

حق اختصاص نیز از مصادیقی است که جامعیت نظریه پیشنهادی را در قلمرو حقوق غیرمالکانه می‌آزماید. در این نوع حق، شخص معین نسبت به موضوعی خاص از موقعیتی حقوقی برخوردار می‌شود که وی را در برابر اشخاص دیگر در وضعیت ترجیح قرار می‌دهد، بدون آنکه لزوماً تمام آثار و اختیارات ناشی از ملکیت برای او ثابت باشد.

بر اساس تعریف پیشنهادی، این موقعیت، اعتبار وضعیِ ترجیح‌یافته‌ای است که به اعتبار وضعیت و موقعیت قابل حمایت شخص معین شناسایی می‌شود. تشاح نیز در امکان رقابت اشخاص دیگر نسبت به همان موضوع معنا می‌یابد. بنابراین، حق اختصاص نشان می‌دهد که برای تحقق مفهوم حق، تحقق مالکیت کامل ضروری نیست و «موقعیت ترجیح‌یافته» می‌تواند با دامنه‌ای محدودتر از ملکیت نیز تحقق یابد.

۵.۷.۸. حقوق غیرقابل‌اسقاط یا غیرقابل‌انتقال

برخی حقوق به دلیل ویژگی موضوع یا ملاحظات حمایتی، در شرایطی غیرقابل‌اسقاط یا غیرقابل‌انتقال‌اند. این ویژگی در نگاه نخست ممکن است چنین تصوری ایجاد کند که اسقاط‌پذیری

پذیرش شده برای انتشار

یا انتقال‌پذیری جزء مقومات مفهوم حق است؛ اما آزمون مصادیق نشان می‌دهد که این اوصاف را باید از مفهوم عام حق تفکیک کرد.

در نظریه پیشنهادی، آنچه برای تحقق حق ضروری است، وجود اعتبار وضعیِ موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص معین است، نه امکان آزادانه اسقاط یا انتقال آن. بنابراین، اگر یک حق به موجب حکم خاصی غیرقابل‌اسقاط یا غیرقابل‌انتقال باشد، این امر تغییری در جنس اعتباری آن و در موقعیت ترجیح‌یافته‌ای که برای شخص ایجاد کرده است، پدید نمی‌آورد؛ بلکه ناظر به حدود اعمال، نقل یا زوال آن حق است.

از این رو، تفاوت میان حقوق قابل اسقاط و غیرقابل‌اسقاط یا قابل انتقال و غیرقابل‌انتقال، با تعریف پیشنهادی ناسازگار نیست و نشان می‌دهد که اسقاط و انتقال از آثار و احکام ثانوی حق‌اند، نه از مقومات مفهومی آن.

۵.۷. آزمون تبیینی نظریه برگزیده در تمایز حق و ولایت

یکی از مهم‌ترین راه‌های ارزیابی نظریه مختار، آزمودن آن در تمایز میان «حق» و «ولایت» است. این دو مفهوم، اگرچه در برخی آثار و احکام با یکدیگر اشتراک دارند، از حیث جهت و ملاک جعل، یکسان نیستند. ازاین‌رو، برای اثبات کارآمدی نظریه حاضر، باید نشان داد که مؤلفه‌های مقوم حق می‌توانند حق را از ولایت متمایز سازند.

پذیرش شده برای انتشار

۵.۷.۱. وجوه اشتراک حق و ولایت

می‌توان دست‌کم سه وجه اشتراک میان حق و ولایت را برشمرد:

نخست، وضعی بودن: حق و ولایت هر دو از اعتبارات وضعی‌اند و مستقیماً از سنخ احکام تکلیفی، مانند وجوب و حرمت، نیستند. در هر دو، یک وضعیت یا رابطه اعتباری میان اشخاص یا میان شخص و متعلق اعتبار ایجاد می‌شود.

دوم، نفوذ تصرفات: در هر دو، ممکن است برای صاحب حق یا ولی، نوعی اختیار و نفوذ در متعلق اعتبار ایجاد شود. همان‌گونه که ولی می‌تواند در حدود ولایت خویش در امور مولّی‌علیه تصرف نافذ داشته باشد، صاحب حق نیز ممکن است در متعلق حق خود از اختیار و نفوذ برخوردار باشد؛ مانند صاحب حق تحجیر نسبت به آثار مترتب بر آن.

سوم، عدم امکان مزاحمت غیر: پس از تحقق اعتبار حق یا ولایت، دیگران نمی‌توانند برخلاف آن اعتبار، در قلمرو متعلق حق یا ولایت مداخله کنند؛ بنابراین، عدم امکان مزاحمت غیر نیز می‌تواند از آثار مشترک این دو باشد.

با این حال، هیچ‌یک از امور یادشده مقوم مفهومی حق نیستند؛ زیرا در ولایت نیز قابل تحقق‌اند. ازاین‌رو، برای تمایز این دو باید به **جهت و ملاک جعل اعتبار** توجه کرد.

۵.۷.۲. وجوه افتراق حق و ولایت

تفاوت حق و ولایت را می‌توان از دو جهت بررسی کرد: **مقومات مفهومی** و **آثار مترتب بر اعتبار**.

پذیرش شده برای انتشار

نخست، تفاوت از منظر مقومات مفهومی

بر اساس نظریه مختار، حق اعتباری است که در **ظرف تشاح** و با لحاظ **رعایت حال شخص معین** جعل می‌شود. مقصود از «ظرف تشاح» لزوماً تحقق نزاع بالفعل نیست؛ بلکه مراد، وضعیتی است که در آن، قابلیت ترجیح و تقدم یک شخص بر دیگری نسبت به یک متعلق قابل فرض است. در چنین وضعیتی، اعتبار حق برای شخص، به معنای اعطای موقعیتی ترجیح‌یافته به او در برابر دیگران است.

اما ولایت چنین ساختاری ندارد. در ولایت، جهت اصلی جعل اعتبار، **رعایت مصلحت مولّی‌علیه و اداره امور** او است، نه اعطای امتیاز به ولی برای رعایت حال شخصی او. بنابراین، حتی اگر ولی در نتیجه اعمال ولایت از منافعی نیز برخوردار شود، این منافع مقوم جعل ولایت نیست.

برای مثال، اختیار ولی قهری نسبت به اداره امور صغیر، هرچند ممکن است در برخی موارد برای ولی منفعت یا اختیار ایجاد کند، از سنخ حق شخصی ولی نیست؛ زیرا جهت اصلی اعتبار آن، تأمین مصلحت مولی‌علیه و اداره وضعیت اوست، نه ایجاد موقعیت ترجیح‌یافته برای ولی در برابر دیگران.

دوم، تفاوت از منظر آثار

یکی از تفاوت‌هایی که می‌توان میان حق و ولایت در آثار آنها مشاهده کرد، به **امکان ترک اعمال** مربوط می‌شود. صاحب حق، در بسیاری از موارد می‌تواند از استیفای حق خود صرف‌نظر کند؛ زیرا اعتبار حق به نفع او جعل شده است. اما در ولایت، اعتبار ولایت برای تأمین مصلحت

پذیرش شده برای انتشار

مولّی‌علیه است و ولی نمی‌تواند صرفاً بر اساس مصلحت شخصی خود از انجام وظیفه‌ای که بر عهده او قرار گرفته است خودداری کند.

۵.۷.۳. نقد و ارزیابی معیارهای تمایز حق و ولایت

۵.۷.۳.۱. فرض تشاح و مزاحمت در ولایت

ممکن است اشکال شود که اگر «تشاح» از مقومات حق باشد، این ویژگی نمی‌تواند وجه تمایز حق و ولایت قرار گیرد؛ زیرا در ولایت نیز ممکن است میان اشخاص نسبت به تصدی ولایت یا اعمال آن اختلاف و تشاح ایجاد شود. برای مثال، ممکن است دو نفر مدعی ولایت بر یک طفل باشند و هر یک خود را شایسته تصدی امور او بدانند. در چنین فرضی، اگر شارع یا قانون یکی را بر دیگری مقدم کند، یک موقعیت ترجیح‌یافته برای یکی در برابر دیگری ایجاد شده است.

در پاسخ باید میان **وجود تشاح در مقام تحقق خارجی** و **نقش تشاح در ملاک جعل اعتبار** تفکیک کرد. آنچه در نظریه حاضر مقوم حق دانسته می‌شود، صرف وقوع اختلاف خارجی نیست؛ بلکه اعتبار حق در ظرفی جعل می‌شود که نسبت به چند شخص، امکان مطالبه یا تصاحب یک متعلق وجود دارد و رعایت حال یکی از آنان، منشأ اعتبار موقعیت ترجیح‌یافته برای او می‌شود.

در ولایت، حتی اگر در مقام عمل میان چند شخص اختلاف ایجاد شود، این اختلاف، ملاک اصلی جعل ولایت نیست. ولایت بر اساس سبب و ملاک خاص خود و با لحاظ مصلحت مولّی‌علیه جعل می‌شود. بنابراین، اگر پدر بر جد پدری مقدم شود، این تقدم به این دلیل نیست که شارع در مقام حل تشاح میان پدر و جد، مصلحت پدر را بر مصلحت جد ترجیح داده است؛ بلکه ملاک،

پذیرش شده برای انتشار

مصلحت طفل و تشخیص شارع نسبت به شایستگی یکی از آنان برای اداره امور اوست. ازاین‌رو، **وجود تشاح خارجی در ولایت، موجب نمی‌شود که تشاح مقوم مفهوم ولایت باشد.**

۵.۶.۳.۲. تشابه آثار حق و ولایت

ممکن است اشکال شود که اگر حق به معنای امتیاز باشد، با جعل حق برای شخص، دیگران از مزاحمت با او منع می‌شوند. در ولایت نیز هنگامی که شخصی به عنوان ولی شناخته می‌شود، دیگران نمی‌توانند در قلمرو ولایت او مداخله کنند. بنابراین، در هر دو مورد، یک شخص نسبت به دیگران موقعیت ترجیح‌یافته پیدا می‌کند و دیگران از مداخله منع می‌شوند. در نتیجه، تفاوت ماهوی میان حق و ولایت همچنان روشن نیست.

با این حال، اشتراک در آثار، مستلزم اتحاد در ماهیت نیست. «عدم امکان مزاحمت غیر» اثری است که پس از جعل حق یا ولایت بر قلمرو آنها مترتب می‌شود و نمی‌تواند به‌تنهایی معیار تمایز ماهوی این دو قرار گیرد.

بحث حاضر درباره این نیست که پس از جعل حق یا ولایت، چه آثاری بر آن مترتب می‌شود؛ بلکه پرسش اصلی این است که **چه چیزی موجب می‌شود یک اعتبار، حق و اعتبار دیگر، ولایت باشد؟** بر اساس نظریه حاضر، پاسخ این پرسش در جهت جعل اعتبار نهفته است.

در حق، امتیاز برای رعایت حال ذی‌حق و در ظرف تشاح اعتبار می‌شود؛ اما در ولایت، اعتبار ولایت برای اداره امور مولّی‌علیه و تأمین مصلحت او جعل می‌گردد. بنابراین، اگرچه هر دو اعتبار ممکن است در مرحله آثار، به منع مداخله دیگران بینجامند، این اشتراک، تفاوت موجود در ملاک جعل آنها را از بین نمی‌برد.

پذیرش شده برای انتشار

۵.۶.۳.۳. تمایز حق ولایت از خود ولایت و جایگاه حضانت

تعبیر «حق ولایت» در این پژوهش ناظر به خودِ ولایت نیست تا میان حق و ولایت خلط مفهومی ایجاد شود. ولایت به‌عنوان یک نهاد حقوقی ـ فقهی، ماهیتی مستقل از حق دارد؛ اما ممکن است در وضعیت تشاح، برای یکی از اشخاص واجد شرایط، امتیاز ترجیحی نسبت به تصدی یا اعمال ولایت جعل شود. ازاین‌رو، در تعبیر «حق ولایت»، آنچه موضوع حق قرار می‌گیرد، موقعیت ترجیحی برای تصدی یا اعمال ولایت است، نه خودِ ولایت. بنابراین، این تعبیر در معنای اصطلاحی حق و نه به نحو مسامحه به کار رفته است.

این تفکیک در مسئله حضانت نیز اهمیت دارد. در وضعیت عادی و در فرض فقدان تشاح، حضانت می‌تواند به‌عنوان تکلیف و حکمی متوجه والدین باشد و غایت آن تأمین مصلحت کودک است؛ اما هنگامی که میان والدین درباره تصدی حضانت تشاح پدید می‌آید، مسئله صرفاً اجرای تکلیف نیست، بلکه تعیین شخصی است که موقعیت ترجیحی برای اعمال حضانت دارد. در این وضعیت، «حق حضانت» به معنای امتیاز ترجیحی در مقام تشاح است. بنابراین، حق و حکم در این تحلیل دو عنوان برای دو وضعیت متفاوت‌اند، نه دو وصف متعارض برای یک وضعیت واحد.

از حیث فقهی نیز درباره ماهیت حضانت اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را حق والدین، برخی حکم و تکلیف آنان و برخی دارای جنبه دوگانه حق و تکلیف دانسته‌اند. افزون بر این، در تحلیل صاحب حق نیز دیدگاه‌هایی وجود دارد که حق حضانت را برای والدین و دیدگاه‌هایی که مصلحت و حق طفل را محور می‌دانند. دیدگاه حاضر، بدون انکار جنبه تکلیفی حضانت و مصلحت کودک، بر این نکته تأکید دارد که در ظرف تشاح والدین، آنچه جعل می‌شود، امتیاز ترجیحی برای یکی

پذیرش شده برای انتشار

از آنان در تصدی حضانت است؛ ازاین‌رو، حق در اینجا به معنای امتیاز است و با اصل ولایت یا تکلیف حضانت خلط نمی‌شود.

۵.۶.۳.۳. نقش تعدد مدعیان در تحقق تشاح ولایت

ممکن است گفته شود اگر چند نفر هم‌زمان مدعی ولایت باشند، در اینجا عملاً تشاح وجود دارد و شارع یا قانون نیز ناگزیر است یکی را بر دیگری مقدم کند. در این صورت، به نظر می‌رسد تشاح در ولایت نیز در تعیین صاحب اختیار مؤثر است و نمی‌توان آن را از ویژگی‌های مختص حق دانست.

با این حال، **وجود چند مدعی و حتی ضرورت تعیین شخص واجد ولایت، با این ادعا که تشاح مقوم ولایت است، تفاوت دارد.** در فرض مزبور، اختلاف اشخاص موجب ایجاد ولایت نمی‌شود؛ بلکه وجود ولایت و تعیین ولی، تابع ملاک مستقلی است که پیش از بروز اختلاف وجود دارد.

۵.۷.۴. جمع‌بندی

آزمون نظریه مختار در تمایز حق و ولایت نشان می‌دهد که اشتراک این دو در وضعی بودن، نفوذ برخی تصرفات و منع مداخله دیگران، موجب وحدت ماهوی آنها نیست. این امور عمدتاً از آثار و احکام مترتب بر اعتبارند.

تمایز اصلی در **جهت جعل اعتبار** است: در حق، امتیاز برای شخص در ظرف تشاح و با لحاظ رعایت حال ذی‌حق اعتبار می‌شود؛ در حالی که در ولایت، اعتبار برای اداره امور مولّی‌علیه و تأمین مصلحت او جعل می‌گردد و رعایت حال ولی، مقوم آن نیست.

پذیرش شده برای انتشار

ازاین‌رو، می‌توان گفت نظریه «حق به معنای امتیاز» با افزودن دو مؤلفه «ظرف تشاح» و «رعایت حال ذی‌حق»، ظرفیت مناسبی برای تفکیک حق از ولایت فراهم می‌آورد؛ بدون آنکه اشتراک در برخی آثار، موجب خلط این دو اعتبار شود.

۵.۸. پیامدهای نظری و ظرفیت‌های کاربردی نظریه حق به معنای امتیاز

پذیرش نظریه «حق به معنای امتیاز» صرفاً به ارائه تعریفی از حق محدود نمی‌شود، بلکه در مقایسه با برخی تحلیل‌های رقیب، نتایجی در تعیین ویژگی‌های مفهومی حق، تبیین رابطه ذی‌حق و من علیه الحق و تمایز حق از سایر اعتبارات وضعی، به‌ویژه ولایت، به همراه دارد. این نتایج را می‌توان در دو سطح نظری و ظرفیت‌های کاربردی بررسی کرد.

۵.۸.۱. پیامدهای نظری نظریه حق به معنای امتیاز

نخستین پیامد نظریه حاضر، فراهم‌کردن معیاری برای شناسایی حق و تمایز آن از سایر اعتبارات وضعی است. در نظریه‌هایی که حق به ملکیت یا سلطنت بازگردانده می‌شود، ماهیت حق از طریق ارجاع آن به یکی از این دو اعتبار تبیین می‌شود؛ در حالی که تحلیل حق به معنای امتیاز، بدون فروکاستن حق به ملکیت یا سلطنت، آن را به‌مثابه موقعیت حقوقی ترجیح‌یافته برای شخص معین تحلیل می‌کند. بر این اساس، حیث ترجیح‌یافتگی حق در نسبت با موقعیت‌های رقیب و قابل تشاح معنا می‌یابد و از این طریق می‌توان مرز آن را با برخی اعتبارات حقوقی همجوار روشن‌تر کرد.

دومین پیامد آن است که امتیاز بودن حق، رابطه میان صاحب حق و اشخاص مکلف به رعایت آن را در ساختار مفهوم حق توضیح می‌دهد. حق صرفاً یک موقعیت مطلوب برای شخص نیست،

پذیرش شده برای انتشار

بلکه موقعیتی اعتباری است که رعایت آن در برابر صاحب حق برای دیگران لازم می‌شود. بااین‌حال، الزام اشخاص دیگر به رعایت حق را باید از مقومات ماهوی حق تفکیک کرد؛ زیرا این الزام از آثار و لوازم حمایت حقوقی از موقعیت ترجیح‌یافته است، نه جزء تعریف ماهوی آن.

سومین پیامد، امکان تفکیک حق از ولایت بدون فروکاستن ولایت به سنخ حق است. هرچند حق و ولایت هر دو می‌توانند در شمار اعتبارات وضعی قرار گیرند و در برخی آثار، مانند منع مداخله دیگران، اشتراک داشته باشند، جهت و غرض اعتبار آنها یکسان نیست. در حق، اعتبار ناظر به ایجاد یا شناسایی موقعیت ترجیح‌یافته برای شخص معین است؛ در حالی که در ولایت، اعتبار ولایت برای اداره امور و تأمین مصلحت مولّی‌علیه جعل می‌شود. ازاین‌رو، اشتراک در برخی آثار خارجی، به وحدت ماهوی این دو اعتبار نمی‌انجامد.

۵.۸.۲. ظرفیت نظری چارچوب پیشنهادی در تحلیل حق و ولایت

یکی از مهم‌ترین ظرفیت‌های نظریه حاضر در حوزه فقه خانواده، امکان تبیین دقیق‌تر نسبت میان حق و ولایت است. بر اساس این تحلیل، تقدم یکی از صاحبان ولایت بر دیگری، در مواردی که چنین تقدمی بر اساس مبنای فقهی یا قانونی پذیرفته شده باشد، لزوماً به معنای برخورداری شخص مقدم از حق به معنای امتیاز نیست؛ زیرا ممکن است معیار تقدم، مصلحت مولّی‌علیه و تشخیص شارع یا قانون‌گذار درباره مناسب‌تر بودن شخص برای اعمال ولایت باشد.

بر این اساس، تفاوت میان حق و ولایت تنها در برخی آثار خارجی آنها نیست، بلکه به جهت و ملاک اعتبار نیز بازمی‌گردد. در حق، اعتبار برای ایجاد یا شناسایی موقعیت ترجیح‌یافته شخص معین است؛ در حالی که در ولایت، اعتبار برای تأمین مصلحت مولّی‌علیه و اداره امور او صورت می‌گیرد. این تمایز می‌تواند مبنایی برای تحلیل دقیق‌تر موارد مرزی، از جمله حضانت، فراهم

پذیرش شده برای انتشار

آورد؛ به‌ویژه در مواردی که میان جنبه تکلیفی حضانت و موقعیت ترجیح‌یافته یکی از والدین در فرض تشاح باید تفکیک شود.

۳.۵.۸. ظرفیت‌های کاربردی و زمینه‌های پژوهش آینده

چارچوب پیشنهادی می‌تواند در پژوهش‌های تفصیلی آینده برای تحلیل برخی نهادهای فقهی و حقوقی که در مرز میان حق، حکم و ولایت قرار می‌گیرند، به کار گرفته شود. از جمله، می‌توان ظرفیت آن را در بررسی تفصیلی حضانت، ولایت، حق اختصاص و برخی حقوق مالی و غیرمالی آزمود. در این زمینه، تفکیک میان موقعیت ترجیح‌یافته، ولایت، ملکیت، اباحه و قدرت حقوقی می‌تواند مبنایی برای بررسی دقیق‌تر آثار هر یک از این نهادها فراهم آورد.

همچنین، این چارچوب می‌تواند در مطالعات آینده برای بررسی نسبت میان جهت جعل اعتبار و آثار حقوقی آن مورد استفاده قرار گیرد؛ برای مثال، در تحلیل حدود اختیار ولی یا تعیین موقعیت حقوقی اشخاص در موارد تشاح. بااین‌حال، تعیین آثار مستقیم این چارچوب بر مقررات، رویه قضایی یا سیاست‌گذاری حقوقی، نیازمند مطالعات مستقل و تفصیلی در هر یک از این حوزه‌هاست و از حدود پژوهش حاضر خارج است.

بنابراین، مهم‌ترین دستاورد پژوهش حاضر در سطح نظری، ارائه چارچوبی برای تحلیل حق بر اساس موقعیت ترجیح‌یافته شخص معین و تبیین نسبت آن با تشاح و مفاهیم حقوقی همجوار است. ظرفیت‌های کاربردی این چارچوب نیز بیش از آنکه به‌منزله نتایج قطعی تقنینی یا سیاست‌گذاری تلقی شود، می‌تواند زمینه‌ای برای مطالعات تفصیلی آینده درباره نهادهای فقهی و حقوقی فراهم آورد.

پذیرش شده برای انتشار

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با هدف بازاندیشی در مفهوم حق در فقه امامیه و با رویکرد تحلیلی-انتقادی، به بررسی و نقد نظریات کلاسیک (سلطنت ضعیفه، ملکیت، اعتبار خاص و معانی مختلف) و بازسازی مفهوم حق از منظر «چارچوب حق به‌مثابه امتیاز» پرداخته است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که برداشت‌های سنتی، هرچند در تاریخ فقه اثرگذار بوده‌اند، از حیث مقومات مفهومی و تبیین کارکردهای دقیق حقوقی با کاستی‌هایی مواجه‌اند که عمدتاً ناشی از تمرکز محدود بر آثار ظاهری حق و غفلت از نقش تشاح و ملاک جعل اعتبار (رعایت حال ذی‌حق) است. به‌این‌ترتیب، به پرسش نخست پژوهش (مبانی و نقد نظریات کلاسیک) پاسخ داده شد که هیچ‌یک از نظریات مذکور به‌تنهایی جامعیت لازم برای تبیین همه‌ی مصادیق حق را ندارند.

در پاسخ به پرسش دوم و سوم، بازخوانی انتقادی این نظریات به بازسازی و صورت‌بندی منسجم نظریه‌ی «حق به‌مثابه امتیاز» انجامید که به‌عنوان چارچوب مختار پژوهش برگزیده شد. بر اساس این خوانش بازسازیشده، حق امتیازی ویژه است که در ظرف تشاح و با لحاظ رعایت حال ذی‌حق اعتبار می‌یابد. مقومات مفهومی حق در این چارچوب بازسازی شده و اقسام تشاح (فعلی، تقدیری و عقلائی) برای اولین‌بار در این پژوهش تفکیک و تبیین گردیدند. همچنین چهار امر (ارتباط با مصالح غیر، بازگشت به مصلحت ذی‌حق، نفوذ تصرف و عدم مزاحمت غیر) به‌عنوان امور خارج از مقومات مفهومی حق شناسایی شدند تا مرز مفهومی حق از آثار و لوازم آن تفکیک گردد.

پذیرش شده برای انتشار

ارزیابی چالش‌های چارچوب یادشده (پاسخ به پرسش چهارم) نشان داد که اشکالاتی نظیر کفایت نداشتن صرف امتیاز، تعارض حقوق و ناکافی‌دانستن امتیاز در تکمیل مفهوم، با افزودن مؤلفه‌های تشاح و رعایت حال ذی‌حق قابل پاسخ‌گویی هستند. همچنین، آزمون کارآمدی این چارچوب در تبیین تمایز حق و ولایت (پاسخ به پرسش پنجم) نشان داد که با وجود اشتراک در برخی آثار (نفوذ تصرف و منع مزاحمت)، تفاوت بنیادین در جهت و ملاک جعل اعتبار است؛ به‌گونه‌ای که در حق، امتیاز برای رعایت حال ذی‌حق جعل می‌شود، اما در ولایت، اعتبار برای تأمین مصلحت مولی‌علیه شکل می‌گیرد.

دستاورد اصلی پژوهش را می‌توان در سه سطح صوری‌بندی کرد:

۱. ارائه‌ی معیاری مستقل برای شناسایی حق در برابر مفاهیم مشابه (ملکیت، سلطنت و ولایت)؛

۲. تبیین ساختار الزام‌آور رابطه‌ی ذی‌حق و من‌علیه‌الحق بر اساس امتیاز اعتباری؛

۳. فراهم‌سازی مبنایی برای بازتعریف نهادهای حقوقی (نظیر حضانت، شفعه و تحجیر) در فقه امامیه.

از منظر پیامدهای نظری، این چارچوب ابهامات موجود در تبیین ماهیت حق را کاهش داده و معیاری برای تشخیص حق از حکم و ولایت ارائه می‌کند. از منظر پیامدهای عملی، می‌تواند در تنظیم روابط حقوقی، تعیین حدود اختیارات ولی، ارزیابی رفتار او در نظام فقه خانواده، و توسعه‌ی مطالعات میان‌رشته‌ای فقه و حقوق الهام‌بخش باشد.

پذیرش شده برای انتشار

در پایان، با عنایت به یافته‌ها و دستاوردهای پژوهش، پیشنهاد می‌شود تحقیقات آتی:

۱. کاربرد چارچوب حق به‌مثابه امتیاز را در حوزه‌های خاص حقوق مدنی و خانواده بررسی کنند؛

۲. نسبت میان حق، تکلیف و مصالح ذی‌حق را در مسائل نوظهور حقوقی و اجتماعی تحلیل نمایند؛

۳. از این چارچوب برای توسعه‌ی سیاست‌گذاری‌های تربیتی و حقوقی بهره‌گیرند تا پیوند میان نظریه و عمل در فقه امامیه تقویت شود.

منابع

ابن‌منظور، محمد بن مکرّم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (۱۵ جلد). بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع – دار صادر. (چاپ سوم).

انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (۶ جلد). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. (چاپ اول).

پورمولا، سید محمدهاشم. (۱۳۹۰). حق و حکم در فقه امامیه. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۳۳، ۶۵-۸۶.

پذیرش شده برای انتشار

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة (۶ جلد). بیروت: دارالعلم للملایین. (چاپ اول).

حسن فرج، توفیق. (۱۹۸۸ م)، المدخل للعلوم القانونیه، بیروت: الدار الجامعیه.

حسینی حائری، سید کاظم. (۱۴۲۳ق). فقه العقود (۲ جلد). قم: مجمع اندیشه اسلامی. (چاپ دوم).

خراسانی، محمدکاظم بن حسین (آخوند). (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. (چاپ اول).

خمینی، روح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (۵ جلد). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. (چاپ اول).

خویی، سید ابو القاسم ، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ۷ جلد،بی جا،بی تا ه ق.

صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۸ق). دروس فی علم الأصول (۲ جلد). قم: مؤسسه النشر الاسلامی. (چاپ پنجم).

صرامی، سیف‌الله. (۱۳۹۱). تحلیل مقایسه‌ای ماهیت حق از دیدگاه سید محمدکاظم یزدی و سایر فقها. مجله فقه، ۱۹(۷۳)، ۳۰-۴۵.

پذیرش شده برای انتشار

عامری‌نیا، محمدباقر، و عباسعلی فراهتی. «تحلیل فقهی- حقوقی نسبت بین حقّ و حکم». مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۶، ش ۳۷ (۱۴۰۳): ۱۷۳-۱۹۸.

غروی نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (۲ جلد). تهران: المکتبة المحمدیة. (چاپ اول).

فروغی، سید علیرضا. (۱۳۹۷). بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم. فقه و حقوق خصوصی، ۱(۱)، ۳۶-۳

کمپانی اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق). حاشیة کتاب المکاسب (۵ جلد). قم: أنوار الهدی. (چاپ اول).

مصباح یزدی، محمد تقی. (۱۳۹۱). نظریه حقوقی اسلام، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم (۱۴ جلد). تهران: مرکز الکتاب للترجمة و النشر. (چاپ اول).

ویژه، محمدرضا. «تطبیق ماهیت "حق" در فقه اسلامی، حقوق خصوصی و حقوق عمومی». فصلنامه تحقیقات حقوقی ۲۹، شماره ۲ (۱۴۰۵): ۱۰۵-۱۲۶.

پذیرش شده برای انتشار

Hohfeld, W. N. (1913). Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. Yale Law Journal, 23(1), 16–59.

Hohfeld, W. N. (1917). Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. Yale Law Journal, 26(8), 710–770.

MacCormick, N. (1977). Rights in legislation. In P. M. S. Hacker & J. Raz (Eds.), Law, morality, and society: Essays in honour of H. L. A. Hart (pp. 189–209). Clarendon Press.

Raz, J. (1984). On the nature of rights. Mind, 93(2), 194–214.

پذیرش شده برای انتشار