

بِسْمِ اَللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

۱۲۸۱۲



دانشکده حقوق و علوم سیاسی

گروه حقوق خصوصی و اسلامی

بررسی تاریخی

مفهوم حق^۳

دانشجو:

سعید باقری

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر حسن جعفری تبار

۱۳۸۸/۱۰/۷

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر حسن بادینی

تسهیلات مرکز علمی پژوهش
تسهیلات مرکز

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی

بهمن ماه ۱۳۸۶

۱۲۸۱۱۲

الحق من ربك ولا تكن من الممترين

(قرآن کریم - ۳۶۰)



جمهوری اسلامی ایران
دانشگاه تهران

شماره _____
تاریخ _____
پوست _____

اداره کل تحصیلات تکمیلی

باسمه تعالی

تعهد نامه اصالت اثر

اینجانب سعید پوریا متعهد می شوم که مطالب مندرج در این پایان نامه / رساله حاصل کار پژوهشی اینجانب است و به دستاوردهای پژوهشی دیگران که در این پژوهش از آنها استفاده شده است، مطابق مقررات ارجاع و در فهرست منابع و مأخذ ذکر گردیده است. این پایان نامه / رساله قبلاً برای احراز هیچ مدرک هم سطح یا بالاتر ارائه نشده است. در صورت اثبات تخلف (در هر زمان) مدرک تحصیلی صادر شده توسط دانشگاه از اعتبار ساقط خواهد شد. کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به پردیس / دانشکده / مرکز دانشگاه تهران می باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو
امضاء سعید پوریا

آدرس : خیابان انقلاب اول خیابان فخر رازی - پلاک ۵ کد پستی : ۱۳۰۴۵/۵۶۸
فاکس : ۶۴۹۷۳۱۴



دانشکده حقوق و علوم سیاسی
 گروه آموزشی حقوق خصوصی و اسلامی
 گواهی دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

تاریخ: ۱۳۹۱/۰۶/۰۵

موضوع: حقوق خصوصی

پرونده: ۱۳۹۱/۰۶/۰۵

گرایش: حقوق

به عدد	به حروف
۱۹۱-	نوزدهم

تاریخ: ۱۳۹۱/۰۶/۰۵

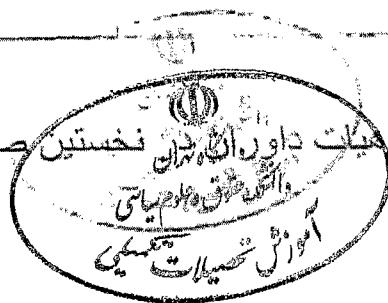
در زبانی نمود

عالم

تاریخ: ۱۳۹۱/۰۶/۰۵

ردیف	مشخصات ثبت نام	نام و نام خانوادگی	مرتبه دانشگاهی	دانشگاه یا موسسه	امضاء
۱		دکتر حسن جعفری تبار	استادیار	دانشگاه حقوق و علوم سیاسی	
۲		دکتر حسن نادیمی	استادیار	"	
۳		دکتر اعیا جنیدی	استادیار	"	
۴					
۵		دکتر سید عزت اله عراقی	استاد	دانشگاه حقوق و علوم سیاسی	

تذکره: این برگه پس از تکمیل هیات داوران در اولین صفحه پایان نامه درج می گردد.



«آن جهان است اصل این پرغم و ثاق
وصل باشد اصل هر هجر و فراق»
(مولوی)

با دریغ و درد
به روانِ شادِ مهرابِ حسنونند

چکیده مطالب

شناخت حقوق از حق شناختی شهودی و نه انتقادی است بنابراین هرگونه پژوهش برای یافتن مفهوم حق اساساً ماهیتی فلسفی دارد. کلان ترین رویکردها در تبیین مفهوم حق را می توان در رویکرد متافیزیکی و رویکرد غیرمتافیزیکی خلاصه کرد. تبیین مفهوم حق، نخست، بر اساس مبادی متافیزیکی صورت گرفته است. با ظهور رنسانس، روشنگری و مدرنیته، عقل بشر از متافیزیک دوری گزیده و تبیین حق را با روشی غیر متافیزیکی پیش گرفته است. اما به استقلالی تمام از متافیزیک دست نیافته است. متافیزیک به عنوان علم یا روشی کهن، چارچوب نظری مهمی برای مفهوم سازی حق پدیده آورده است. بذره‌های این اندیشه، ابتدا در یونان باستان پاشیده شد. افلاطون حقیقت هر چیز را مفهوم کلی آن دانست که به عنوان ایده ای در عالم مثل خانه دارد. تأکید او بر کلی، اندیشه متافیزیکی راه، از طریق تأثیری که بر ارسطو و اخلافس گذاشت، سامان داد و از سوی دیگر ملهم ایده آلیسمی شد که خود را در آثار کسانی مانند کانت، و هگل نشان داد. کانت نیز مانند افلاطون از عالم واقع و تجربه های جزئی دست کشید و سعی کرد مفهوم حق (ا) عدالت را به طور پیشینی از اصول عقلانی مستقل از تجربه بدست بیاورد. از نظر هگل حق به عنوان محصول ضروری ذهن، تجلی عقل و اراده معقول در سیر دیالکتیکی ذهن به سوی مطلق بود. اما وجه مشترک همه رویکردهای غیرمتافیزیکی را می توان در استغنائی آنها از مفهوم کلیت، ضرورت و سایر مؤلفه های متافیزیکی دانست. در سنت غیرمتافیزیکی حق را به محصول گرایش طبیعی انسان به فایده (بهره فایده گرایی)، به عنوان دستور و فرمان کسی که عادت به فرمان دادن دارد، به عنوان هنجار صوری برای رفتار (بهره پوزیتیویستی) تبیین کرده اند. همچنانکه «بیار به متافیزیک هرگز از میان نخواهد رفت»^(کانت)، بهره غیرمتافیزیکی از حق نیز بی نصیب از مبادی متافیزیکی نبوده است. به عنوان نمونه در بهره لیبرالیستی و فردگرایی از حق، مفهوم فرد (مدرن) بر ساخته تفکر متافیزیکی است که بیش از همه به رنه دکارت نسبت داده شده است. بهره فردگرایانه حق به اخلاق دیانتولوژیک کانت نیز وابستگی بسیار دارد که آن اخلاق، از مبادی معقول و پیشینی استخراج شده و ماهیتی متافیزیکی دارد. در سنت (فقهی - حقوقی) اسلام، حق اغلب با نظریه سلطنت تبیین شده که می توان آن را با نظریه اراده (گزینش) در غرب همسان دانست. مسائل نظری مربوط به سلطنت و حقوق غیرقابل اسقاط، مفهوم «حکم» را وارد ادبیات فقهی-حقوقی کرده است. ولی در تعیین مفهوم آن انسجام نظری بدست نیامده است.

کلید واژگان: حق؛ متافیزیک؛ (مفهوم) کلی؛ اصول پیشینی؛ روشنگری؛ فرد؛ حقوق طبیعی؛ حکم؛ تکلیف

پیش‌گفتار

«حلاج بر سرِ دارِ این نکته خوش سراید

از شافعی نپرسند امثال این مسائل»

(حافظ)

عمده‌فروستی که برای تحقیق داشتم به سرگردانی گذشت^۱. درباره‌ی مفهوم حقّ چه باید بنویسم؟ در این باره چه می‌دانم و چه چیز نمی‌دانم؟ مطالعات اولیه‌ی اغلب برای یافتن نقطه‌ای بود تا از آن به افق این تحقیق بنگرم و بدانم درباره‌ی حقّی که شش سال تحصیل و چندسال کار حرفه‌ای را صرف آن کرده‌ام، درباره‌ی بنیادی‌ترین مفهوم دانش حقوق، چه چیز نمی‌دانم. نتایج اولیه‌ی امیدوارکننده نبود. با منابع فارسی زیادی آشنا نبودم؛ مقالات انگلیسی نیز به سختی بدست می‌آمدند و اغلب مطلب قابل توجهی نداشتند. مضمون بیشتر مقالات به هم شبیه بود و بینشی رضایت‌بخش از مفهوم حقّ به دست نمی‌داد. مصمم بودم بدانم حقیقت حقّ چیست. اما برای راه بردن به این حقیقت می‌بایست روش درستی انتخاب می‌کردم. روش درست، پرسش درست است. من بی‌آنکه پرسش درست و دقیقی داشته باشم مجذوب زیبایی پنهان و مبهم مفهوم حقّ شده بودم. عشقی که به تفکر نظری داشتم، مرا در این وادی می‌دواند ولی به سرچشمه‌ای نمی‌رساند. سر هر کویی نشستیم، بر هر درختی چیدم، دود چراغ هر مکتبی خوردم و انبانی اندوختم که به بارم افزود ولی گرهی از کارم نگشود. تحقیق بیشتر، پراکندگی و سرگشتگی بیشتر می‌آورد. هر روز نونگاهی و نونگاری؛ دل از یکی می‌ستاندم و به آن دیگری

^۱ - آیزیا برلین گفته بود یک نشان سؤال فلسفی آن است که در وهله‌ی اوّل نمی‌دانید کجا پاسخ آن را بیابید.

می دادم و باز فردا عذر آن می خواستم و عشوۀ این می خریدم. بازیچۀ بازار بُتانی شدم که نه به وصل می رساندند، نه به هجر می رهندند.^۱

پژوهش، حرکت از پریشانی به سوی جمعیت است. نقطۀ وحدتی باید یافت تا بتوان در کنار هر کثرتی، خاطری مجموع^۲ داشت. این نقطۀ وحدت را نمی یافتیم تا آنکه دل از امید بریدم و بر آن شدم که پای در گلیم خویش آورم و به ادای تکلیف بسنده کنم. وقتی اولین پلان پیشنهادی ردّ شد و آماده شده بودم همان مطالب پراکنده را در قالبی دیگر ارائه کنم، به ذهنم رسید (مثلاً) جایی که درباره نظریۀ ارادۀ (گزینش) هارت می نویسم، به جای آنکه در پاورقی بیاورم: «مقایسه شود با این آیه یا حدیث یا گفته فلان فقیه که می گوید...»، چگونه می توانم مبنای مشترکی بیابم که هر دو را در کنار هم قرار دهد؟ آنچه می توانست تمامی جریان های اندیشۀ را حول خود گرد آورد، متافیزیک بود. آیا بنیادی ترین روش تفکر درباره هستی، سهمی در ایجاد یا کشف مفهوم حقّ داشت؟

همانطور که هگل می گفت، ضدّ هر چیز برآمده از خود اوست و روزی دوباره به خود او بازخواهد گشت. پس به زبان هگل، وقتی ذهن از متافیزیک می گذشت و به سپهر غیرمتافیزیک می رسید، درباره حقّ چه می اندیشید؟

پرسش، روش و نقطۀ وحدت خود را یافتیم اما وقتی که بسیار دیر بود. تنها یک ماه و نیم دیگر فرصت برای جستجو در تاریخ دوهزار و چندصد سالۀ متافیزیک باقی بود. پس آنچه در این رساله ارائه کرده ام، تنها طرح پرسش و نشان دادن راهی برای تحقیق در مفهوم حقّ است. راهی که تا جایی که خبر دارم، کسی به این شکل نپیموده است. باقی مطالب رساله، آوردن شاهد مثال هایی است بر اینکه سزاوار است جدّ و جهد خویش را صرف گرداندن این «تخته سنگ فتاده آنسوی تر»^۳ کنیم تا شاید رازی را کز پیشینیان بر او نوشته، بازخوانیم - تخته سنگ متافیزیک با رازهایی از افلاطون و ارسطو.

ستایش نثار می کنم بر همه استادانم در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران که برای یک عمر سرافرازی، فخر شاگردی ایشان مرا بس است، و تنها به مناسبت این رساله نام می برم از گرانمایه دکتر حسن جعفری تبار که او نخست افق اندیشه ورزی فلسفی درباره حقّ و حقوق را به رویم گشود.

^۱ - دل دردمند سعدی ز محبت تو خون شد نه به وصل می رسانی، نه به هجر می رهانی (سعدی)
^۲ - کی دهد دست این غرض یارب که همدستان شوند خاطر مجموع ما زلف پریشان شما (حافظ)
^۳ - تعبیر از م.ا. امید، شعر «کتیبه»

فهرست مطالب

ت	چکیده
ث	پیش‌گفتار
ج	فهرست مطالب
۱	مقدمه
۸	کلیات (طرح بحث و نمونه‌ای از کاربرد تحلیل)

فصل اول بهره‌متافیزیکی

۲۳	درآمدی بر اندیشه ورزی متافیزیکی درباره‌ی حق؛ گزارشی از ظلمت
۲۶	بخش اول: بهره‌مثالی و جوهری
۲۶	درآمد
۲۸	۱- افلاطون
۲۹	۱-۱- حق در عالم مثل
۳۱	۲-۱- تبیین ایده‌آلیستی حق
۳۲	۱-۲-۱- وجود ذهنی حق
۳۳	۲-۲-۱- حق و اعتبار
۳۵	۲- ارسطو
۳۶	۱-۲- کلی و معرفت
۳۸	۲-۲- صورت و ماده
۳۹	۳-۲- حق و مقولات دهگانه
۴۱	۲-۳-۱- مقوله‌ی کیف
۴۲	۲-۳-۲- مقوله‌ی اضافه
۴۲	۲-۳-۳- مقوله‌ی جده
۴۴	۳- بهره‌مثالی و جوهری و فقه اسلامی
۴۵	۳-۱- تبیین [غیر] مقولی حق
۴۸	۳-۲- تبیین علی حق

۵۲	۴- مؤخره.....
۵۲	۴-۱- تردید در وجود.....
۵۳	۴-۲- اعتبار حقّ در جامعه شناسی
۵۶	۴-۳- کیفیات نفسانی و رئالیسم حقوقی.....
۵۹	بخش دوم: بهره سرمدی و استعلایی
۵۹	۱- بهره سرمدی (بهره تومیستی).....
۵۹	درآمد: ترادف و تفاوت حقّ و قانون.....
۶۰	۱-۱- چشم انداز نظری روزگار توماس
۶۳	۱-۲- حقّ، عقل و عدالت
۶۷	۱-۳- حقّ طبیعی و عقل سرمدی
۷۱	۱-۴- حقّ در حیات نظری
۷۴	۲- بهره استعلایی (بهره کانتی)
۷۴	درآمد
۷۶	۲-۱- حقّ اخلاقی و قانونی
۷۸	۲-۲- تعریف حقّ
۷۹	۲-۳- حقّ و الزام
۸۰	۲-۳-۱- حقّ برابری.....
۸۰	۲-۳-۲- حقّ ضروری.....
۸۱	۲-۴- حقّ و تکلیف
۸۳	۲-۵- حقّ، آزادی و هماهنگی
۸۶	بخش سوم: بهره دیالکتیکی
۸۶	درآمد
۸۸	۱- طرح فلسفی هگل- سفر پرماجرای ذهن
۸۹	۱-۱- شکوفایی ذهن.....
۹۰	۱-۲- فعالیت ذهن: اراده.....
۹۱	۱-۳- وحدت ذهن و عین.....
۹۲	۱-۴- سفر ذهن و منطق دیالکتیکی.....

- ۹۵-۱-۵- ریشه های هلنیستی.....
- ۹۶-۲- ظهور حق در فراگرد شکوفایی ذهن.....
- ۹۷-۱-۲- حق مجرد.....
- ۹۸-۱-۱-۲- دارایی.....
- ۹۸-۱-۲-۲- عقد.....
- ۹۹-۱-۲-۳- خطا و کیفر.....
- ۱۰۱-۲-۲- حق و آزادی.....
- ۱۰۲-۳-۲- حق و ضرورت.....
- ۱۰۲-۴-۲- حق و اخلاق.....
- ۱۰۵-۳- دنباله سفر ذهن.....
- ۱۰۶-۱-۳- خانواده.....
- ۱۰۷-۲-۳- کشور.....
- ۱۰۹-۳-۳- حقوق بین الملل.....

فصل دوم بهره غیر متافیزیکی

- ۱۱۲- درآمدی بر اندیشه ورزی غیرمتافیزیکی درباره حق: به سوی روشنی.....
- ۱۱۸- **بخش اول: بهره فطری و تحقق**.....
- ۱۱۸-۱- بهره فطری (طبیعی).....
- ۱۱۸- درآمد.....
- ۱۲۰-۱-۱- حق طبیعی بعد از آکویناس.....
- ۱۲۲-۲-۱- گرسیوس.....
- ۱۲۵-۳-۱- هابز- حق طبیعی.....
- ۱۲۷-۴-۱- حق طبیعی و برابری.....
- ۱۳۱-۴-۱- حق، برابری و قانون اساسی.....
- ۱۳۳-۴-۲- هارت و برابری.....
- ۱۳۵-۵-۱- جان فینیس.....
- ۱۳۶-۶-۱- حقوق طبیعی مدرن.....

- ۱-۶-۱- فولر..... ۱۳۶
- ۱-۶-۲- دورکین ۱۳۷
- ۲- بهره تحقیقی (پوزیتیویستی)..... ۱۳۹
- درآمد ۱۳۹
- ۱-۲- معانی پوزیتیویسم حقوقی ۱۴۰
- ۲-۲- بنیادهای نظری پوزیتیویسم..... ۱۴۲
- ۱-۲-۲- جان آستین ۱۴۲
- ۲-۲-۲- هابز-پوزیتیویسم حقوقی ۱۴۴
- ۳-۲-۲- دیوید هیوم ۱۴۵
- ۴-۲-۲- تأثیر ویلیام اوکامی ۱۴۶
- ۳-۲- بهره های نواز پوزیتیویسم..... ۱۴۷
- ۱-۳-۲- پوزیتیویسم تحلیلی کلسن..... ۱۴۷
- ۲-۳-۲- پوزیتیویسم هارت ۱۴۹
- ۱-۲-۳-۲- هارت و ترمحتوی حداقلی ۱۵۰
- ۴-۲- پوزیتیویسم حقوقی در دنیای اسلام ۱۵۱
- ۱-۴-۲- تأملی در مفهوم حقّ الله ۱۵۲
- ۲-۴-۲- حقّ الناس در فقه اسلامی و قواعد ثانوی هارت ۱۵۷
- بخش دوم: بهره فایده، فرد و آزادی** ۱۶۰
- ۱- بهره سودانگاری ۱۶۰
- درآمد ۱۶۰
- ۱-۱- فایده چیست ۱۶۱
- ۲-۱- تأثیرات سودانگاری (نظریه نفع) ۱۶۲
- ۳-۱- نقد نظریه نفع ۱۶۶
- ۲- بهره لیبرالیستی و فردگرایی ۱۶۷
- درآمد ۱۶۷
- ۱-۲- هابز، لاک و ظهور فردگرایی ۱۷۰
- ۲-۲- فردگرایی سودانگار میل ۱۷۱

۱۷۳.....	۲-۳- کانت: دیانتولوژی اخلاقی و فردگرایی
۱۷۵.....	۲-۴- جان رالز
۱۷۷.....	۲-۵- رونالد دورکین
۱۸۲.....	بخش سوم: بهره حقوقی
۱۸۲.....	درآمد
۱۸۳.....	۱- تحلیل صوری حقّ - نظریه هوفلد
۱۸۴.....	۱-۱- حقّ ادعا
۱۸۵.....	۱-۱-۱- حقّ ادعای عینی و دینی
۱۸۷.....	۱-۱-۲- انتقاد از تقسیم بندی حقّ به عینی و دینی
۱۸۹.....	۲-۱- حقّ آزادی
۱۹۰.....	۱-۲-۱- حقّ آزادی و چارچوب حمایتی هارت
۱۹۲.....	۳-۱- حقّ اختیار
۱۹۳.....	۱-۳-۱- مقامات عمومی، حقّ یا اختیار؟
۱۹۶.....	۴-۱- مصونیت
۱۹۷.....	۵-۱- اجزاء متناظر هوفلدی
۱۹۹.....	۶-۱- تناظر حقّ و تکلیف
۲۰۰.....	۷-۱- هوفلد و رئالیسم آمریکایی
۲۰۱.....	۲- نظریه اراده
۲۰۴.....	۱-۲- نقد نظریه اراده
۲۰۵.....	۳- بهره اسلامی (فقهی) حقّ
۲۰۵.....	۱-۳- نظریه اراده در فقه اسلامی
۲۱۲.....	۲-۳- حقّ و حکم
۲۱۵.....	۳-۳- نتیجه گیری و پیشنهاد در مفهوم حکم
۲۱۸.....	نتیجه
۲۱۹.....	فهرست منابع
۲۲۵.....	چکیده انگلیسی

مقدمه

«به دلیل شگفتی و اعجاب بود که انسان‌ها
چه در گذشته و حال به فلسفه پرداخته‌اند.»
(ارسطو)

مطالعه مفهوم حق، مطالعه همه چیز است که این مفهوم را شکل داده است؛ و بدین ترتیب مطالعه تمام تاریخ اندیشه، واقعیات اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی است که در شکل‌گیری این مفهوم و بنیادهای نظری آن مؤثر بوده‌اند. این گستردگی، پژوهشگر را ناگزیر از پیش گرفتن روشی گزینشی می‌کند؛ برخی چیزها گفته می‌شود و بسیاری باز می‌ماند. هدف، تلاش برای یافتن نزدیکترین ارتباط هاست، البته در سطح اندیشه‌ها و نه واقعیات تاریخی و اجتماعی. انقلاب فرانسه، به گمان قوی، در شکل دادن و برجسته نمودن مفهوم [جدید] حق بی تأثیر نبوده است. سالها بعد از انقلاب فرانسه، با انتشار اعلامیه جهانی حقوق بشر مجدداً مفهوم حق، محور اندیشه‌های سیاسی و حقوقی شد. این رجعت به حق باوری افراطی، بی تأثیر از جنگ دوم جهانی نبود. اما ما خود را از پژوهش در چنین ریشه‌های تاریخی-اجتماعی معاف می‌کنیم و حتی الامکان از کنار آنها می‌گذریم. دوری از واقعیت، روش ما را به فلسفیدن نزدیک می‌کند. بنابراین سزاوار است که چنین پژوهش‌هایی، فلسفی محسوب گردد و به فلسفه حقوق نسبت داده شود.¹

عنوان این پژوهش «مفهوم حق» تعیین شده است. گستردگی طیف مطالعاتی که می‌توان هر یک را به نحوی به مفهوم حق ارتباط داد و محدودیتی که چارچوب تحقیق، توان، فرصت و دانش پژوهشگر دارد، همگی عذر نپرداختن به هر مطلبی خواهد بود که منتقدین آن را ضروری یا مفید بدانند. رها کردن پژوهشگری نوآموخته در گرداب سرگیجه آور جریان‌های فکری فلسفه، سیاست و حقوق، گویی

¹ - به عنوان یک شاهد؛ هگل نیز بر آن بود که در فلسفه [متافیزیک]، تفکر استقلال دارد و می‌تواند بدون در نظر گرفتن حوادث واقعی و موجود به تجسس بپردازد. (کریم مجتهدی؛ فلسفه تاریخ از نظرگاه هگل؛ منتشر شده در کتاب درباره هگل و فلسفه او؛ انتشارات امیرکبیر؛ چاپ دوم ۱۳۷۶؛ ص ۹۷) مع الوصف، هگل خود معتقد است هستی، ذاتی تاریخی دارد و با صیورورت حقیقت می‌یابد، بنابراین حق نیز به عنوان یک نهاد ذهنی در تاریخ معنا می‌یابد و گذشته خویش را با خود همراه دارد و از آن ساخته شده است. گویی تناقضی آشکار می‌شود؛ تناقضی که هگل منطق ارسطویی را به جهت پرهیز از آن می‌نکوهد، چه به گمان او حرکت و دیالکتیکی که کل تاریخ و هستی را می‌سازد از تناقض ناشی می‌شود؛ تناقض بین نهاد و برابر نهاد (تز و آنتی-تز - وضع و وضع مقابل)

آزاد گذاردن اوست در آنکه زورق خویش را به نزدیکترین ساحل نجات برساند. هول هایل شب تاریک و بیم موج و طوفان های دریای نظر از دل هر کس گذشته باشد، بر ما خواهد بخشاید اگر ساحل های آباد دوردست را ندیدیم و به سبکباری و بی بری خویش دل خوش کردیم.

پیش از هر چیز، ممکن است کسی بدون ورود در جزئیات مباحث این رساله بپرسد فایده چنین پژوهشی چیست؟ پاسخ من به این پرسش با کمی نابرداری همراه خواهد بود. نخست آنکه دانش حقوق، خود، چیز زیادی درباره مفهوم حق ندارد و پژوهشگر، هم به این دلیل و هم به دلیل سرشت چنین پژوهشی ناگزیر باید به دامن فلسفه پناه برد. و دوم آنکه نیازی به ستایش از فلسفه نیست زیرا فایده خواهی خصم نیز خود نوعی فلسفه ورزی است، هر چند فلسفه ای منحط. منحط است چون در خدمت انحطاط است و فلسفه است چرا که فایده جو نیز به این طریق به «چرایی» امور می پردازد. او می پرسد چرا انسان پژوهش می کند و پاسخ می دهد: چون پژوهش برای او سودمند است. من نیز محکوم به این فلسفه منحط هستم ولی به آن اعتقادی ندارم. اعتقاد ندارم زیرا معتقدم انسان غایت فی نفسه است. لزومی ندارد هیچ چیز در انسان به سوی تأمین هدفی و معطوف به غایتی خارج از خود او باشد. برخی، شور و هیجان جانشان را مصروف تماشای بازی تیم رئال مادرید و شמושک نوشهر می کنند و برخی نیز از خود می پرسند «چرا موجودات به جای آنکه نباشند هستند؟»^۱ من به دسته اخیر تعلق [خاطراً] دارم بی آنکه معتقد به فضیلت آنها باشم. هیچ فایده ای نمی تواند مرا طوعاً به سوی پژوهش در حقوق [مثلاً] ورزشی سوق دهد؛ هر چند به لحاظ اقتصادی و فایده عملی بر هر فلسفه ای بچربد. و محکوم به آن هستم زیرا من (همچون دیگر اصحاب و اهالی حقوق) بی اندازه شهروند مفیدی هستم. تمام نظام حقوقی و تمامی پژوهش هایی که در آن صورت می گیرد، یکسره به یک هدف اصلی فایده می رساند و آن حفظ مالکیت خصوصی و نظام سرمایه داری^۲ است. حق نیز تقلیل تاریخی به

^۱ - پرسش از لایب نیتس است.

^۲ - منظوم از نکوهش «مالکیت خصوصی و سرمایه داری»، لزوماً تأیید و تمجید تام از بدیل مارکسیستی آن نیست. در واقع این واژه را در برابر مارکسیسم به کار نمی برم بلکه منظوم اعتراض به وضعیت کنونی جهان است. جهانی که در آن گویی علاوه بر کارگری که با استثمار دسترنجش از خودبیگانه می شود و خود را با کار خویش مباین می بیند، غارتگر نیز بین خود و اندوخته اش ملائمتی نمی بیند. او نیز از خود بیگانه است. دنیایی با اسطوره سرسام آور سودآوری و پیشرفت، که هر روز امکانات گوشی های همراه را گسترش می دهد ولی گمان نمی کنم هرگز توانسته باشد پیغامی برساند که کسی را عمیقاً شاد کند. دنیایی که وا می داردمان تا به سود و ثروت بیندیشیم و بر آن بیفزاییم به خاطر هراسی که در دلمان افکنده؛ هراس از اهریمنی که نمی دانیم چیست ولی مثل طاعونی یورش آورده و عالم و جاهلیمان (نمی دانم از کجا) آموخته اند که فقط با «پول» می توان از دست او گریخت. اهریمن، همین دنیاست که خود می ماند و خود پناه می دهد و اینگونه ما را به بازیچه می گیرد و زندگی مان را تباہ می سازد. نه نیاز و نه ثروت هیچ کدام مفاهیم جدیدی نیستند ولی تصویری که این دنیا از نیاز و ثروت در ما آفریده تصویری نوین و جنون آمیز است. آیا کسی می داند دقیقاً نیازش چیست؟ و یا با چه میزان پول نیازش برطرف می شود؟ روسو می گفت در دنیایی که در آن برخی از گرسنگی می میرند، شرم آور است که کسی بیش از نیاز خود داشته باشد. اما او نمی دانست که این دنیا ما را به چنان هذیانی دچار می کند که هیچ گاه مرز نیاز خود را نخواهیم شناخت. بنابراین در این دنیا همواره انسان هایی با متانت اخلاق و مناعت طبع خواهند زیست ولی در کنار آنها بسیاری دیگر از گرسنگی خواهند مرد.

سوی مالکیت دارد.^۱ پس آرمان مالکیت خصوصی تمام نظام حقوقی را در چنبره خود گرفته است. و من در هر حرفه حقوقی که باشم پاسدار و چه بسا مزدور این آرمان هستم و هرگز ندیده ام که هیچ دانشی این قدر در خدمت به تحقق و حفظ یک آرمان وفادار و با اخلاص باشد. بنابراین مفید بودن من حد معمول خود را گذرانده و دیگر اینک باید از خوش خدمتی خویش شرمگین باشم. به همین دلیل احساس دینی به نظام حقوقی نمی کنم و ضروری نمی دانم در تحقیق و پژوهش نیز به این فایده رسانی مستمر چیزی اضافه کنم. رواقیون می گفتند اگر تن برده دربند است، ذهنش آزاد است.^۲ این پژوهش جستجوی آزادی جان است در ورای تنی که شلاق خور و دربند مالکیت خصوصی بوده و گویی از این پس نیز، علی رغم زخم زبان هایش، همچنان بنده ای سودمند باقی خواهد ماند.

ما نمی توانیم ابتدا تعریفی از حق ارائه دهیم و عناصر متشکله حق را فهرست کنیم و آنگاه به تحلیل صحت و سقم آن بنشینیم. بلکه باید از الگویی پیروی کنیم که نوام چامسکی از نحوه یادگیری زبان ارائه داده است. بایستی همانطور که کودک وارد دنیای زبان می شود و منتظر نمی ماند قواعد دستوری و نحوه تکلم صحیح را به وی بیاموزند، وارد دنیای حق شویم و آنگاه دریابیم زبان و مفهوم حق، که هر روز آن را در زندگی بارها به کار می گیریم و در آراء محاکم رد و تأیید می کنیم، تابع چه قواعد و دستوری است. دستور زبان حق، نظام های اندیشه ایست که این مفهوم را ساخته است. پس همانند افلاطون و چامسکی، گویی باید بر این باور باشیم که پیش از این پژوهش ها نیز، ذهنی خالی از مفهوم حق نداریم.

دشواری آنجاست که حق از فلسفه سیاست و حقوق، به سیاست و ادبیات و فرهنگ عامیانه رسوخ کرده و به دور از ضوابط و دقت علمی مورد استفاده قرار گرفته است. حتی دانش حقوق در دامن زدن به این اعوجاج کوتاهی نکرده است. یک مثال از افراطی ترین گشاده دستی در به کارگیری واژه حق ماده ۵-۲ قانون تعهدات سوئیس^۳ است که ترکیب حق را برای افاده معنای اماره قانونی به کار گرفته است. بنابراین علاوه بر یافتن قواعد، همواره باید شاهد تخلف از قواعد و به کارگیری آشفته زبان حق باشیم و هرچندی زنهار دهیم که چگونه حقیقت و مجاز را در هم نیامیزیم؛ آشفته گویی ای که گاه تا حد قاعده مندی جدیدی پیش می رود و پژوهشگر را سرگردان می کند.

^۱ - دکتر حسن جعفری تبار؛ شرح حق پایان ندارد همچو حق؛ نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ شماره ۷۲؛ تابستان

۱۳۸۵

^۲ - دکتر محمد ضیمران و شیرین عبادی؛ سنت و تجدید در حقوق ایران؛ انتشارات گنج دانش؛ چاپ اول ۱۳۷۵؛ ص ۲۱۳

^۳ - Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps.

در جستجوی مفهوم حق باید به دنیای اندیشه نظری روی آورد. چه «مفهوم»، (همچنانکه در برابر مصداق نیز قرار می‌گیرد) به دنیای ذهن و نظریه تعلق دارد. دانش حقوق نیز آکنده از نظریه هاست. اما نظریه ای به یاری تحلیل مفهوم حق خواهد آمد که در مفهوم سازی دخیل بوده باشد (معرفت شناسی درجه دو). حقوق دان بی آنکه وارد چنین پژوهشی شود، با یک درک شهودی از حق، آن را به کار می‌گیرد. حقوق دان از کنار تعارض های مفهومی می‌گذرد، در تنگناها، چاک قبای گشادش را به وصله «تکلیف» و «حکم» و «ملک» پنهان می‌کند و بالاخره گلیم خود را از آب برکه حکم و محکمه بیرون می‌کشد. اما چنین درکی برای فیلسوف حقوق خرسند کننده نیست. او باید به درکی انتقادی¹ از مفهوم حق برسد و سره را از ناسره بازشناسد. پرسش او این است که «حق به راستی چیست؟»

پرسش از «چیستی» ورود به قلمرو اندیشه فلسفی است. فلسفه ای که پرده از حقیقت هر چیز بر می‌دارد پنداری که آن حقیقت را می‌آفریند.

در اندیشه متافیزیکی مفهوم سازی حق مورد توجه بوده ولی در اندیشه غیرمتافیزیکی به جهت عدم توجه به ذات و جوهر، بیشتر به کارکرد، نتیجه و توجیه حق توجه شده است. در بخش متافیزیکی فیلسوفان بزرگ نقش مهمی دارند و جریان های فکری اغلب مولود تمرکز بر اندیشه های فیلسوف معینی است. در دوران اخیر که ما مفهوم غیرمتافیزیکی حق را در آن جستجو می‌کنیم جریان ها مهم ترند. این جریان ها را اغلب نمی‌توان یکسره به فیلسوف خاصی نسبت داد. حتی گاه اندیشه های یک فیلسوف، مشرب و آبخور چندین مکتب ناهمانند شده است. این تفاوت، توجیه گر تفاوت تبویب فصول اول و دوم است.

تمایز روش متافیزیکی از روش غیرمتافیزیکی چندان آسان نیست. معیار مطمئنی وجود ندارد تا نشان دهد کدامیک از روش های اندیشیدن را می‌توان متافیزیکی نامید. اما چنانکه لفظ متافیزیک از ارسطو به جا مانده است، باید بتوان او را به راهنمایی گزید. ارسطو در رساله متافیزیک از جوهر (اوسیا) سخن می‌گوید و چنانکه سپس تر خواهیم گفت، جوهر ارسطویی قابل مقایسه با مثال افلاطونی و

¹ - تقسیم بندی درک شهودی و انتقادی از R.M. Hare (1981) می‌باشد. او بین دو سطح اخلاق تمایز قائل شد: سطح شهودی (intuitive) و سطح انتقادی (critical). هر می‌گوید عموم انسان ها با محدودیت دانش، اندیشه، توان پیش بینی آینده و نقص در بیطرفی نمی‌توانند همواره به طور انتقادی دست به گزینش اخلاقی بزنند. اخلاق برای آنها شهود و خواهشی غریزی می‌انگیزد و چنین انگیزشی مبتنی بر فایده گرایی است. این شهودیات خود-ارزیاب (self-validating) نیستند. این گزینش های اخلاقی نهایتاً باید توسط اصول اخلاق انتقادی و ارزش هایی که در سطوح انتقادی آن گزینش ها را تأیید می‌کنند، ارزیابی شوند. برای مطالعه بیشتر رک:

Jones, Peter; *Rights*; Macmilian publications; 1994 هم چنین: مگی، برایان؛ *مردان اندیشه*؛ ترجمه عزت اله فولادوند؛ انتشارات طرح نو؛ چاپ دوم ۱۳۷۸؛ ص ۲۳۵ به بعد

مفهوم کلی است. بنابراین هر نوع اندیشه ورزی را که تأکید بر «کلی» داشته باشد، می توان متافیزیکی نامید.

در روش متافیزیکی، اندیشمند بر آن است تا ذات هر چیز را دریابد. ذاتی که در هر مورد جزئی وجود داشته باشد. این مطلب را کانت به طرز جالبی درباره حقوق بازگو می کند. او بین دانش و تخصص حقوق تفاوت می گذارد. دانش حقوق، به گمان او دانشی پیشینی و فارغ از تجربه است. این دانش چنان آگاهی از مفهوم حق به دست می دهد که در هر نظام حقوقی به کار خواهد آمد. اما تخصص حقوق چیزی مربوط به هر یک از نظام های حقوقی گوناگون است. به عقیده کانت، کسی که متخصص حقوق باشد شاید بداند که کدام نظام حقوقی و تحت چه شرایطی به دائن حق می دهد تا بستانکار خود را به بردگی گیرد یا معامله دیگری با او کند، اما با صرف این دانش، نخواهد دانست که آیا چنین چیزی حق است یا ناحق. بنابراین کانت معیار حق بودن را در پژوهشی جستجو می کند که مبتنی بر اصول عقل باشد نه تجربه. تفاوت تجربه و عقل، تفاوت جزئی و کلی است.

در مقابل، روش غیرمتافیزیکی اینگونه به عقل کلی اندیش وابسته نیست. این روش بر آن نیست تا مفهومی از حق بیابد که در هر نظام حقوقی صدق کند. در واقع روش غیرمتافیزیکی روشی جهانشمول نیست. وقتی یک اندیشمند غیرمتافیزیکی از حق و نظام حقوقی سخن می گوید، اغلب به نظام های حقوقی غرب نظر دارد. حتی تنگ نظری از این نیز پیشتر می رود. به زحمت میان اندیشمندان دنیای انگلیسی زبان اشاره ای به تفکر حقوقی فرانسوی می شود. کسی که فلسفه حقوق را به زبان انگلیسی بخواند، دور از انتظار نیست که گمان کند اندیشه حقوقی قابل اعتنایی در اروپای کانتینتال وجود نداشته است [تا چه رسد به اغیار]. نظریه های جدید حقوقی گویی تنها برای ایالات متحده و با سخاوت بیشتر برای کشورهای دموکراتیک غرب قابل طرح هستند. وقتی رونالد دروکین حق را به عنوان برگ برنده ای در برابر تصمیمات سیاسی توصیف می کند یا از نافرمانی مدنی سخن می گوید، توصیف او ابتدا باید در چارچوب قانون اساسی و نظام حقوقی ایالات متحده امریکا درک شود و آنگاه با تسامح و تعدیل در نظام های دیگر تصوّر و فهم گردد. او مقاله مشهور «جدی گرفتن حق ها» را با این جمله آغاز می کند:

«زبان حق اکنون بر مباحث و مذاکرات سیاسی در ایالات متحده حاکم است.»¹

چنانکه خواهد آمد، حق بهره ای از فردگرایی برده است. این بهره گیری حکایت از آن دارد که در تفکر غیرمتافیزیکی، سودای یافتن جوهر حق فراموش شده. بالعکس در این رویکرد، مفهوم حق با مفهوم

¹ - رونالد دروکین؛ جدی گرفتن حق ها؛ ترجمه محمد راسخ؛ [منتشر شده در کتاب] حق و مصلحت؛ محمد راسخ؛ انتشارات طرح نو؛ چاپ اول ۱۳۸۱؛ ص ۲۱۷ (تأکید از ماست)

فرد آمیخته می‌گردد؛ مفهومی که بر ساخته تمدن غرب در چند سده اخیر است. پس مفهوم حق، جهانشمولی خود را از دست داده و مفهومی بومی-غربی شده است.

بنابراین هر روش تفکری را که (به تعبیر کانت) از اصول عقلی برای بدست دادن معیار تمییز حق دور باشد، روش غیرمتافیزیکی خوانده ایم. در این روش به جای تأکید بر عنصر مشترک میان تمام مصادیق حق، به تبیین این مفهوم با تأکید بر کارکرد، توجیه و شرح و بسط برخی ویژگی‌های خاص حق پرداخته می‌شود.

تفکر متافیزیکی مبتنی بر بینشی است که به کل هستی نظر دارد و انسان را به عنوان جزئی از کیهان بی‌کران یا خلقت پر عظمت خدا در نظر می‌گیرد. عظمتی که آموزگار خشوع و خاکساری و رسم‌بندگی و دغدغه به حق بودن است. تفکر غیر متافیزیکی انسان را بت بتخانه هستی می‌کند و همه چیزی را در پای او قربانی می‌کند. انسان در این سنت در برابر هستی است نه جزئی از آن و حیرتی نمی‌انگیزد اگر مدعی محقق بودن باشد.

تقدم و تأخر فصول و بخش‌ها دلالتی بر نظمی زمان‌شناسانه ندارد. هگل که در سنت متافیزیکی به مفهوم سازی برای حق مشغول است، سالها بعد از هوگو گروسویوس و جان لاک می‌زید که تن اندیشه از این قالب کهنه تهی کرده‌اند. با این حال می‌توان گفت سنت غیرمتافیزیکی، سنتی جوان‌تر است.

مقصود از تبویب و تقسیم فصول، سهولت تحقیق و ارائه مطالب است و مدعی آن نیست که اندیشه‌های مطرح شده تحت یک عنوان، لزوماً محور وحدتی دارند، هر چند اغلب حقیقت همین است.

ابواب این پژوهش را با عنوان «بهره» نام گذاری کرده ایم، مانند «بهره متافیزیکی»، «بهره تومیستی»، واژه «بهره» در اینجا اشاره‌ای به نظریه «بهره مندی» افلاطون است. افلاطون هر موجودی را بهره مند از مثال‌های مختلف می‌دانست. به نظر او «سقراط بودن» ترکیبی از مثال‌های انسانیت، شجاعت، زیبایی و ... است. مثال، همان کلی است که در عالم مثل جایگاهی حقیقی دارد و هر موجود جزئی، بهره‌ای از آن مثال‌ها دارد که حقیقت اوست. مشابه چنین نظری را از فیلسوف حقوق اوایل قرن بیستم - ولسی هوفلد - نیز می‌توان نقل کرد. وی تحلیل صوری از حق ارائه داد و حق را به چهار جزء فروکاست. هر یک از این اجزاء می‌تواند مستقلاً یک حق باشد ولی در واقع هر یک از حق‌هایی که در روابط حقوقی مورد استناد قرار می‌گیرد، می‌تواند ترکیبی از این اجزای چهارگانه باشد. به بیان افلاطونی، هر حق بهره‌ای از برخی یا تمام عناصر چهارگانه را با خود دارد. سخن در این باره به جای خود خواهد آمد. مقصود آنکه به گمان ما هر حق جزئی، ترکیبی از (تمام یا برخی) از عناصر و