

هم‌نشینی حق و حکم در فقه سیاسی معاصر

* رضا خراسانی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۲/۱۵

تاریخ تأیید: ۱۳۹۴/۱۱/۱۷

چکیده

تحولات روشی در حوزه‌ی فقه معاصر، تحولی شگرف در فقه سیاسی ایجاد کرد و موجب دگردیدی در ماهیت امر سیاسی در اندیشه‌ی برخی فقیهان شد. مفهوم امر سیاسی در نظریه‌های کلاسیک مسلمانان، بر مدار مفهوم حکم و ولایات شرعی حاکمان استوار است، اما با ظهور دو گانه‌ی حق و حکم، ماهیت امر سیاسی نیز دچار دگرگونی شد و نظم‌های سیاسی جدیدی شکل گرفت. پرسش اساسی این است که ماهیت حق و حکم در فقه سیاسی معاصر چیست و چه پیامدهایی در عرصه‌ی سیاست به دنبال داشته است؟ بدین ترتیب، نخست ادبیات حق و حکم و سیر تحول و تطور آن بررسی و سپس ماهیت حق و حکم در فقه سیاسی معاصر (مشروطه) مورد کنکاش قرار می‌گیرد، و در ادامه پیامدهای آن در عرصه‌ی سیاست تحلیل می‌گردد. نگارنده تلاش می‌کند تا نشان دهد هم‌نشینی حق و حکم در فقه سیاسی معاصر، حاکی از این است که سیاست در جغرافیای اندیشه‌ی سیاسی شیعه، در میانه‌ی احکام شرعی و حقوق شهروندی قرار داشته و این مهم، موجب دگردیدی در ماهیت امر سیاسی و در نتیجه، تولید نظم‌های سیاسی جدیدی در عرصه‌ی فکر و عمل سیاسی شیعه در دوره‌ی معاصر شده است.

واژگان کلیدی: فقه سیاسی معاصر، حقوق شهروندی، حکم شرعی، امر سیاسی، شریعت

مقدمه

تأمل در اندیشه‌ها، عمل سیاسی و نظریه‌های دولت در فقه سیاسی معاصر، حاکی از آن است که سیاست در تفکر شیعه، در میانه‌ی احکام شرعی و حقوق شهروندی قرار دارد. ظهور این دوگانه‌ی مفهومی، نشان از تحول مهمی در اندیشه‌ی سیاسی ایران معاصر، به‌ویژه فقه سیاسی است. سخن از حق و چگونگی اعمال آن، امروزه در ادبیات سیاسی امری مهم و در کانون توجه نظریه‌پردازان قرار دارد، چراکه انسان تا واجد حق نباشد، بحث از اعمال آن بی‌معناست. از سویی، هرگونه مسئولیت و تکلیفی، به‌نحوی ناظر به حق و چگونگی اعمال آن (انتخاب و نظارت) است؛ چه، امروزه موضوعی در حوزه‌ی اخلاق، حقوق و سیاست وجود ندارد که مقرون به ادعای حق نباشد؛ زیرا حق یکی از مهمترین اجزای مقوم عرصه‌های یاد شده است (Campbell, 2006: 189)، که به نحوی در نظریه‌های سیاسی معاصر نمایان است. اما به نظر می‌رسد در ادبیات فقهی، به‌ویژه فقه سیاسی، تحقیقات بنیادین و مستقل اندکی در این ساحت صورت گرفته است. شاید به همین علت است که در فضاهای فکری و گاه در افکار عمومی نیز عموماً از تکلیف‌مداری دین و تقابل آن با حق‌مداری انسان سخن به میان آمده است. به‌طوری‌که به نظر برخی، فقه دستگامی صرفاً حکم‌ساز تصویر شده، که بایدها و نبایدهای شرعی را معین می‌کند. به عبارت دیگر، وظیفه‌ی فقه تنها بیان تکالیف شرعی است و در آن سخنی از حقوق به میان نیامده است. این مهم به‌ویژه در نظریه‌های سنتی حق در حوزه‌ی خصوصی معنا یافته و معطوف به احکام فردی و کمتر شامل ابعاد اجتماعی زندگی انسان و به تبع حقوق اجتماعی است. بدین ترتیب، به عقیده‌ی آنان، پرسش از حق و حقوق در دستگاه‌های فقهی کمی بعید به نظر می‌رسد، در حالی که چنین نیست. زیرا با تحولات روشی به‌وجود آمده در قلمروی فقه و به تبع آن، تحول نگرش فقیهان، شاهد ظهور رویکردهای جدیدی هستیم که موضوعات و مسایل مستحدثه‌ی اجتماعی و سیاسی را در کانون اجتهادات خود قرار داده‌اند. تحول و نوآوری در دستگاه فقه همواره با تحول در ساحت روش‌شناسی همراه بوده است. از این منظر، فقه سیاسی و فقه حکومتی نیز به تبع آن، به دلیل عنصر اجتهاد، همواره با تحول و تطوراتی همراه بوده است. در دوره‌ای، به دلیل دوری از حکومت، تنها «فقه الاحکام» و نیازهای زندگی فردی، موضوع دستگاه فقه و اجتهاد بود، اما در دوره‌های بعد با حضور فقها در مراکز قدرت، نیازهای جدیدی مطرح گردید که به شکل‌گیری فقه سیاسی سرعت بخشید. از این منظر، کاوش در حوزه‌ی فقه سیاسی و حکومتی، کاوش گر را با دو چشم‌انداز از نوآوری در حوزه‌ی علم فقه مواجه می‌سازد: الف) ابداع و نوآوری در مسائل فقه و ارائه‌ی نظریات بدیع در

حل مسائل جدید؛ ب) نوآوری در روش و نوع نگاه به مسائل فقهی. دو گزاره‌ای که از یک سو، موجب پویایی فقه، و از سوی دیگر، ضرورت بازسازی آن و همگام‌سازی آن با نیازهای عصر حاضر را موجب گردیده است. بدین رو، فقه معاصر با گسترش نگاه فقهی و فرارفتن از نگاه فردی و به عبارتی گذار از فقه فردی به فقه سیاسی و حکومتی ابتکاری است که در سیره‌ی علمی و فقهی برخی از فقهای معاصر به بار نشسته است. بدین ترتیب، طرح مسأله‌ای به نام «فقه حکومتی» در کنار «فقه فردی و سنتی» معنا پیدا می‌کند. این دستگاه فقهی چنان که برخی پنداشته‌اند، به معنای بخشی از فقه و یا فقه احکام حکومتی نیست (اسلامی، ۱۳۸۷: ۲۴)، بلکه نگاهی حاکم و وصفی محیط بر تمام مباحث فقه - از طهارت تا دیات و مسائل مستحدثه - است. هم‌چنین برخی دیگر از مختصات این تحول که ناشی از فهم اجتهادی فقیهان از شریعت است عبارت‌اند از: توسعه‌ی قلمرو دین به عرصه‌های اجتماعی، فهم اجتماعی و حکومتی از نص، کاهش مراجعه به اصول عملیه به‌ویژه اصل احتیاط، گسترش و کاربرد وسیع از قواعد فقهی در تولید حکم، محوریت جامعه در استنباط احکام و... (خراسانی، ۱۳۹۲: ۶۹). این امر موجب گردید تا رویکردهای معاصر در حوزه فقه، با توسعه حقوق از حوزه خصوصی به عرصه اجتماع، قلمرو شریعت را توسعه داده و پرداختن به حقوق فردی و اجتماعی را مسأله‌ی ذهنی خود قرار دهند. از این رو، بسیاری از مباحث در فقه سیاسی معاصر، حول محور حق و تکلیف و حکم پدیدار شده و مسائلی از قبیل ابتدای حکومت دینی بر اصل تکلیف و حکومت دموکراتیک بر حق مردم (پولادی، ۱۳۸۰: ۳۷ - ۳۸)، در این چارچوب قرار می‌گیرد. بدین ترتیب، تلازم احکام شریعت با آزادی و اختیار انسان مسلمان، و یا عدم ملازمه میان آن دو، حق یا تکلیف بودن رأی دادن، حق یا تکلیف مردم نسبت به تأسیس دولت و گزینش رهبران در جامعه اسلامی، متولی سلب و ایجاب حق در جامعه دینی، منشأ حق و بسیاری از مسائل مستحدثه فقهی، از چالش‌های پیش روی دانش فقه سیاسی است، که جملگی به نحوی نظم سیاسی، ساختار دولت و نهادهای سیاسی و نیز چگونگی اجرای شریعت را در جامعه اسلامی تحت تأثیر قرار می‌دهد. به نظر می‌رسد در هیچ دوره‌ای ماهیت و مصادیق این دوگانه و نسبت آن با سیاست، به‌وضوح تبیین نشده و همواره با دشواری‌هایی مواجه بوده است. در این نوشته تلاش می‌شود تا با توجه به مباحث پراکنده فقها در این حوزه، به مختصات مفهومی و هندسی حق و حکم در دوره معاصر تا حدی اشاره گردد. پرسش اساسی این است که ماهیت حق و حکم در فقه سیاسی معاصر چیست و چه پیامدهایی در عرصه‌ی سیاست به دنبال داشته است؟ در پاسخ به این سؤال، نخست، ادبیات حق و حکم در فقه سیاسی شیعه اشاره و سیر تحول و تطور آن بررسی می‌شود. سپس ماهیت حق و حکم در فقه سیاسی مشروطه مورد کنکاش قرار گرفته و در نهایت پیامدهای آن در عرصه‌ی سیاست بررسی می‌گردد.

فرضیه‌ی مقاله عبارت است از: "هم‌نشین شدن حق و حکم در فقه سیاسی معاصر حاکی از این است که سیاست در تفکر شیعه، در میانه‌ی احکام شرعی و حقوق شهروندی قرار داشته و این مهم موجب دگرگردیسی در ماهیت امر سیاسی و در نتیجه تولید نظم‌های سیاسی جدیدی در عرصه‌ی فکر و عمل سیاسی شیعه در دوره‌ی معاصر شده است."

از آن جا که ماهیت امر سیاسی در نظام‌های سیاسی معاصر مبتنی بر دوگانگی حق و حکم است، به تبع، ساختارها، نظم‌ها، نهادها و نیز سازوکارهای اجرای شریعت در نظریه‌های دینی مبتنی بر الگوهایی است که فقهای شیعه ارائه نموده‌اند، که فهم این الگوها مبتنی بر فهم دوگانگی حق و حکم است. تحول در ماهیت امر سیاسی بدین شکل است که مفهوم امر سیاسی در نظریه‌ها و دولت‌ها، در اندیشه‌ی کلاسیک مسلمانان، عموماً بر مدار مفهوم حکم و ولایات شرعی حاکمان استوار است، و امام یا خلیفه در ایجاد نظم عمومی، دفاع، امنیت و احکام شریعت ولایت عام داشت. در نتیجه، هنوز دوگانگی حق و حکم شکل نگرفته و آنچه امر سیاسی را می‌سازد، تنها حکم و حاکم است و اساساً سخن از مردم و حقوق شهروندی به معنای امروزی نیست؛ اما در دولت‌های معاصر، با توجه به تحولات به وجود آمده و گسترش حضور دولت در حوزه‌هایی چون رفاه، اقتصاد، آموزش و... و نیز تحولات به وجود آمده در حوزه‌ی فقه و فقه سیاسی موجب بسط وظایف سنتی دولت است. چراکه مسئولیت‌ها و وظایف جدید بیش از آن که در حوزه‌ی احکام باشد، در قلمرو حقوق شهروندی است. از این رو، دو مفهوم حق و حکم و نحوه‌ی مواجهه و کاربست فقیهان تأثیر به‌سزایی در حوزه‌ی سیاست در ایران معاصر داشته است، که بررسی آن کمک زیادی به شناخت اندیشه سیاسی شیعه به‌ویژه در ایران معاصر می‌نماید.

۱- ادبیات نظری حق و حکم در فقه سیاسی شیعه

دوگانگی حق و حکم در میراث مکتوب فقها، به تناسب موضوع، مورد اشاره قرار گرفته است. برای نمونه، علامه در «قواعد» در بخش «کتاب النکاح» درباره‌ی حق و مصادیق آن، محقق قمی در «جامع الشتات» «کتاب الطلاق» باب جواز الصلح علی الطلاق، صاحب جواهر در «کتاب النکاح» باب نفقه الاقارب و شیخ انصاری در کتاب «البیع» مکاسب محرمة به این بحث پرداخته‌اند. تا جایی که برخی از فقهای متأخر، رساله‌ای مستقل به این موضوع اختصاص داده‌اند. بنا بر نقل صاحب الذریعه، نخستین اثر مستقل را شیخ هادی تهرانی، (۱۲۵۳ - ۱۳۲۱) به نام «رسالة الحق و الحکم» نگاشت (حاج آقا بزرگ تهرانی، ۱۴۲۵: ۷۹). و بعد از آن سید محمد آل بحر العلوم (۱۲۶۱ - ۱۳۲۶) «رسالة فی الفرق بین الحق

و الحکم» را تحریر کرد. و بعدها شیخ محمد حسین غروی اصفهانی معروف به کمپانی (۱۳۶۱ هـ ق) «رسالة الحق» را ارائه نمود. بدین سان، به نظر می‌رسد، بحث حق و حکم به‌عنوان یکی از موضوعات پایه، دغدغه‌ی فقهای شیعه به‌ویژه در دوره معاصر است. اما قبل از تحلیل دوگانه‌ی حق و حکم در دوره معاصر لازم است ماهیت آن دو را در ادبیات فقهی سیاسی جستجو نموده و تحلیل مفهومی کنیم.

۱-۱- ماهیت حکم شرعی

مقوله‌ی «حکم»، جایگاهی اساسی در گفتمان فقه و فقه سیاسی دارد. از این رو، ماهیت و چگونگی فرایند شکل‌گیری حکم، حکم شرعی فردی، حکم شرعی سیاسی، حکم حکومتی، جملگی در صورت‌بندی رویکردهای فقهی و دستگاه‌های فقه سیاسی تأثیر گذار است. بسیاری از متون و نوشته‌های فقیهان، دو واژه‌ی حکم و تکلیف را در کنار هم قرار می‌دهند و برداشت واحدی از این دو دارند، اما با نگاه فنی‌تر، تکلیف در ادبیات فقهی را خواست شارع برای انجام دادن و یا انجام ندادن امری دانسته‌اند که بر آوردن آن خواست، مستلزم سختی و مشقت است. این خواست شارع به صورت حکم بیان می‌شود و خطابی است که متعلق به افعال مکلفین است (الموسوعه الفقهیه الکوئتیه: ۲۴۸). میرزای قمی در قوانین‌الاصول معتقد است: "حکم شرعی عبارت است از آنچه خداوند در نفس الامر بر بندگانش نوشته است و کاشف و دلیل بر آن هم کلام خدا و رسول (ص) و ائمه رسول و عقل می‌باشد" (میرزای قمی، بی تا: ۲۵ به بعد). و به نظر علامه نائینی مقصود از احکام تکلیفی همان مجعولات شرعی است که اولاً و بالذات به افعال مکلفین تعلق می‌پذیرد و منحصر در پنج حکم است، که چهار حکم اقتضای بعث و زجر دارند که عبارتند از: وجوب، حرمت، استحباب و کراهت، و یکی از آن احکام پنجگانه به نام اباحه، اقتضای تخییر دارد. وی احکام تکلیفی شرعی را در مقابل احکام وضعی قرار می‌دهد و معتقد است که احکام وضعی عبارت است از مجعولات شرعی که متضمن بعث و زجر نیست، و اولاً و بالذات به افعال مکلفین تعلق نمی‌پذیرد. (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۶، ج ۴: ۳۸۴). اما تعریف شهید صدر جامع‌تر به نظر می‌رسد: «حکم شرعی، تشریح صادر شده از سوی خداوند متعال برای تنظیم زندگی انسان است که متعلق به افعال انسان و یا به خود انسان و یا آنچه که در زندگی انسان داخل می‌شود تعلق می‌گیرد و خطابات شرعی که در کتاب و سنت وارد شده تنها آشکارکننده و کاشف حکم شرعی هستند نه خود حکم شرعی» (صدر، ۱۴۰۶، الحلقة الأولى: ۱۶۱ و الحلقة الثانية: ۲۳).

بنابراین حکم گاهی از سوی خداوند متعال گذارده می‌شود و گاه از سوی فرد یا افرادی از بشر، که قسم اول را حکم شرعی گویند، مثل وجوب حرمت

و قسم دوم را حکم غیر شرعی. توضیح آن که حق قانون گذاری برای زندگی بشر، اولاً و بالذات حق خداوند متعال است که آگاه به همه‌ی مصالح و مفاسد زندگی بشر و مقررات او و تضمین کننده‌ی سعادت بشر در دنیا و آخرت است. حال، قانون تعیین شده از سوی خداوند که راهنمای عملی بشر در زندگی فردی و اجتماعی است و تمام جوانب زندگی او را در بر می‌گیرد، «شریعت» نامیده می‌شود. در مقابل، قوانینی و یا احکامی که با صرف نظر از دستور شرع، فرد یا افرادی از بشر آن‌ها را جعل می‌کنند «قوانین موضوعه» نامیده می‌شوند. قوانین موضوعه ممکن است مخالف یا مطابق حکم شرع باشد. این قوانین با توسعه و پیشرفت بشر و گسترش علوم و دگرگونی‌های در زندگی بشر، در معرض تغییر و تبدل است و ثبات در آن معتبر نیست، در حالی که شریعت حاوی احکام ثابت و متغیر است. به عبارت دیگر، احکام شرعی و یا قانون شرع، ثابت و لایتغیر است و تنها در مقام تطبیق آن قوانین کلی بر جزئیات، اختلاف و تغییر مشاهده می‌شود. احکام سیاسی شرعی نیز همچون سایر احکام شرعی نیازمند دلیل شرعی است. و از این رو، دستگاه فقه سیاسی شیعه، بر پایه‌ی «نص» استوار است. و قرآن را به عنوان نص اولیه و پایه‌ی استنباطات خود در تولید حکم سیاسی تلقی می‌کنند. به عبارت دیگر، اجتهاد بر پایه‌ی نص صورت می‌گیرد. هم‌چنین از سنت پیامبر و ائمه معصومین به‌مثابه‌ی مفسر آیات الاحکام سیاسی یاد می‌کنند که توضیح‌دهنده و تفسیرکننده‌ی نص قرآن کریم است، و خود نیز نقش تشریحی دارد و این اخبار موجب فهم احکام شرعی در حوزه‌های اجتماعی و سیاسی می‌گردند. بدین ترتیب، فقه سیاسی نیز بیشترین تأکید در فرایند استنباط احکام را بر روایات دارد. از آن جا که آیات الاحکام سیاسی در قرآن محدود به نظر می‌رسد، از احادیث جهت تفسیر آیات بهره می‌برد.

احکام شریعت را از یک نظر می‌توان به دو دسته احکام فردی و احکام اجتماعی تقسیم نمود، و هر کدام خود به واجب، مستحب، حرام، مکروه، و مباح قابل تقسیم است. احکام فردی احکامی هستند که به درون یک فرد وارد شده و رفتار وجدان فرد را مورد خطاب قرار می‌دهند. به عبارت دیگر، احکام فردی شامل اوامر و نواهی می‌شود که در تحکیم یا سست شدن رابطه‌ی انسان با خدا تأثیر مستقیمی دارند. اما در مقابل، احکام اجتماعی، احکامی هستند که هم ممکن است بر فرد وارد شوند، مثل لزوم راستگویی و صداقت، غیبت نکردن و...، و هم ممکن است بر اجتماع وارد شوند، مثل اجرای حدود زنا و دزدی، جهاد و مقابله با دشمنان و... هر چند در فقه اسلامی، تفکیک احکام شرعی به فردی و اجتماعی سابقه‌ای ندارد، و عمدتاً این تفکیک مربوط به اندیشه‌ی معاصر است، که نیازها و کنش اجتماعی را به دو نوع فردی و اجتماعی تقسیم کرده است. یکی از وجوه اختلاف میان حکم فردی و حکم فرافردی و اجتماعی، در ملاحظه‌ی فردی یا جمعی است. هر گاه تشریح حکمی صرفاً با ملاحظه‌ی فرد،

قطع نظر از تعامل فرد با دیگران باشد، چنین حکمی فردی یا شخصی است. اما اگر در تشریح حکم، تعامل فرد با دیگران لحاظ شود، با حکم اجتماعی روبه‌رو هستیم. برای نمونه، حجاب در شریعت اسلامی، با ملاحظه‌ی تعامل فرد با خودش تشریح نشده است. اگر چنین باشد زن مسلمان هنگام تنهایی باید حجاب را رعایت نماید. حال آنکه چنین عملی واجب نیست، بلکه حجاب اسلامی در تعامل با دیگران معنا پیدا می‌کند. یعنی در صورتی که زن مسلمان در جمع نباشد، حجاب معنا ندارد. به همین دلیل، وقتی حکم حجاب با ملاحظه‌ی دیگری وضع شده است، تفسیر آن هم به فردی بودن باطل است، زیرا حجاب در محیط جمعی معنا دار است. پس حجاب یک حکم اجتماعی و فرا فردی است. از این منظر برخی از احکام هستند که در فردی یا اجتماعی بودن آن، بین برخی از فقها و حتی نوگرایان دینی اختلاف نظر است. احکام اجتماعی احکامی هستند که انسان مسلمان در صورت عدم اجرای آن، علاوه بر عدم سعادت خود در دنیا و آخرت مانع سعادت دیگران می‌شود. بخش اعظم احکام شریعت را، احکام فرافردی، اجتماعی و حکومتی در بر می‌گیرند. احکام اجتماعی شامل اوامر و نواهی می‌شوند که موجب تحکیم یا سست شدن رابطه‌ی انسان با خدا از یک سو، و رابطه‌ی انسان با اجتماع از سوی دیگر می‌شوند. این بخش از شریعت، در گذشته که شیعه در خارج از حیطه‌ی حکومت به سر می‌برده، کمتر مورد توجه فقها قرار گرفته است. احکامی که موضوع آن از فرد فراتر رفته، و جامعه را فرا می‌گیرد، همانند احکام مربوط به قضا، شهادت، حدود، دیات، دفاع و تدارک نیروی دفاعی در حد بازدارندگی، قتال با کفار و مشرکان (جهاد)، صلح، نجات مستضعفان از سلطه، اقدام برای برقراری حکومت اسلامی، امنیت، عمران و آبادانی، امر به معروف و نهی از منکر و... از این رو اجرای بخش وسیعی از احکام شریعت مستلزم همکاری افراد و تأسیس نهادهایی همچون دولت برای تسهیل در اجرای شریعت است. حال این بخش از احکام و فرایند استنباط و صدور احکام الزام‌آور سیاسی به‌مثابه‌ی غایت دستگاه فقه سیاسی است زیرا، شریعت حاوی احکام الزام‌آور فردی و اجتماعی است که مستلزم حکم‌اند. چه، به عقیده‌ی فقها، «هیچ واقعه‌ای خالی از حکم شرعی، واقعی یا ظاهری نیست» (صدر، ۱۴۰۶: ۱۴۸).

۱-۲- مفهوم و ماهیت حق در فقه سیاسی

بی‌شک تفاوت‌های اساسی بین مفهوم حق در فقه با حق در حقوق مدرن و حقوق بشر وجود دارد. زیرا اساساً حقوق مدرن، بیان اراده‌ی جمعی مردم مطابق فرایندها و رویه‌های تعریف و توافق شده‌ی افراد اجتماع است. از این رو، حقوق مدرن، انسانی، بشری و زمینی است (زارعی، ۱۳۸۹: ۴۵) که بنیان‌های نظری خاصی داشته و محصول فکری دوران مدرن است؛ در حالی که، مفهوم

حق در چارچوب فقه، اساساً مبتنی بر شریعت است که علم فقه متولی کشف و توضیح‌دهنده‌ی این حقوق است. متفکران اسلامی از زوایای گوناگون به این مهم اشاراتی ولو به صورت اجمال داشته‌اند: برای نمونه، برخی از محققان با توجه به زمینه‌های مذهبی جامعه‌ی ایرانی، به مقایسه‌ی «حق و حکم» در فقه و مقایسه‌ی آن با تقسیم قانون به «آمره» و «تفسیری» در حقوق مدرن پرداخته‌اند (لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۳۷). پرسش از حق و حقوق در دستگاه‌های فقهی و رویکردهای معاصر در حوزه فقه سیاسی، با توسعه‌ی به‌حق حقوق از حوزه خصوصی به عرصه اجتماع، در کانون توجه فقیهان قرار گرفته است. این مهم پیامدهای قابل توجهی در حوزه سیاست و فقه سیاسی به همراه داشته است. در متون فقهی معانی گوناگونی برای حق مطرح شده است، برخی آن را مرتبه‌ای ضعیف از مالکیت دانسته و برخی دیگر آن را نوعی از سلطنت، گروهی آن را امری اعتباری و عده‌ای دیگر آن را اختیار انجام فعل معنا کرده‌اند (جوادی آملی، ۱۳۸۴: ۲۴). بنابراین اجماعی در این مفهوم وجود ندارد. اما به نظر می‌رسد از میان تعاریف ارائه شده، جامع‌تر از همه این است که «حق» از سنخ سلطنت است، نه مالکیت. بنابراین وقتی از حق در نظریه‌های فقهی سخن گفته می‌شود، نوعی از سلطه و سلطنت در آن نهفته است. «حق سلطنت فعلیه‌ای است که با فرض یک طرف قابل تصور نیست» (جوادی آملی، ۱۳۸۴: ۲۴)، بلکه قائم به دو طرف است، یک طرف صاحب حق که از آن منتفع می‌شود و دیگر آن که حق بر ذمه اوست و ادای آن را عهده‌دار است. بنابراین در معنای فقهی، صحیح به نظر نمی‌رسد که حق را نوعی از مالکیت به حساب آوریم؛ زیرا در حق، صاحب آن می‌تواند افزون بر توانایی انجام و ترک آن، حق را از خود ساقط کند و ثانیاً متعلق حق همیشه عملی از اعمال و ناظر به عمل انسان مسلمان است. درحالی‌که، متعلق ملک افزون بر عمل، شیء هم می‌تواند باشد. و ثالثاً ملک، سلطنت قویه را گویند و حق، سلطنتی ضعیف است؛ به این معنا که مالک هرگونه تصرفی را می‌تواند در ملک خود انجام دهد، اما صاحب حق جز برخی از تصرفات را که برای او معین شده است، نمی‌تواند انجام دهد.

۱-۲- ماهیت حق (حق فطری است یا شرعی؟)

شریعت اسلام، مجموعه‌ای از احکام فردی و اجتماعی است که به نوعی تابع مصالح انسانی است. لذا برنامه‌هایی را برای تأمین حقوق، منافع و مصالح بشر تدوین و در مجموعه‌ای به نام شریعت ارائه نموده است تا در چارچوب آن، انسان مسلمان به حقوق خود نیز دست یابد. بخش عمده‌ای از شریعت بایدها و نیایدها است که با هدف تأمین و حفظ حقوق انسان به وجود آمده است.

بنابراین احکام شریعت (بایدها و نبایدها) برای دستیابی انسان مسلمان به حق و برطرف کردن موانع در مسیر حق است. با این نگاه به احکام شریعت، تکلیف به معنای سختی و مشقت نخواهد بود بلکه وصول به حق است. حاصل این که، شریعت اسلام نه تنها حقوق انسان مسلمان را به رسمیت می‌شناسد، بلکه از جمله غایات تشریح دین احیای حقوق انسان است و وجود تکالیف شرعی برای جهت دهی انسان در مسیر حقوق طبیعی است. با وجود این، پرسش اساسی این است که آیا مفهوم حق از درون شریعت زاده می‌شود یا اساساً یک امری فطری و ما قبل شریعت است؟ برخی از حقوق بنیادین قبل از شریعت وجود دارند و اساساً فطری هستند و ربطی به ضرورت‌ها و مقتضیات خاص زمانی و مکانی و اجتماعی نیز ندارند. در این صورت، اگر حق، فطری باشد، نباید شرعی تلقی شود، مگر این که گفته شود حق، ارشادی است. این حقوق فطری، فی‌نفسه ثابت، و ذاتی‌اند و انسان به ماهو انسان، و به خاطر هویت انسانی‌اش این گونه حقوق را دارد. از این رو، این گونه حقوق، ریشه در قانون‌گذاری‌ها چه به تبع شریعت و چه به اراده‌ی حکومت ندارد، بلکه ریشه در فطرت انسانی دارد و از بدیهیات عقلی محسوب گردیده و دیدگاه شریعت نسبت به آن ارشادی است، در حالی که حقوق شرعی در چارچوب شریعت تعریف شده است. و ممکن است بر اساس ضرورت‌ها و مقتضیات خاص اجتماعی و نیز شرایط زمانی و مکانی متحول گردد. در برداشت از این نوع حقوق بین فقها اختلافاتی وجود دارد. برای نمونه، آیت الله منتظری در رساله‌ی حقوق، به هر دو نوع اشاره نموده و معتقد است بسیاری از حقوق فطری‌اند و ربطی به قانون‌گذاری‌ها چه از جانب شریعت و چه از سوی حکومت‌ها ندارند، بلکه این نوع حقوق از بدیهیات عقل عملی به شمار می‌آیند و دیدگاه شریعت نسبت به آنها ارشادی است (منتظری، ۱۳۸۵: ۱۵). بر این اساس، به نظر می‌رسد فقیهان سیاسی شیعه پاسخ‌های متعددی با توجه به دستگاه فقهی خود ارائه نموده‌اند.

با توجه به متون فقهی و مکتوبات فقیهان معاصر دو مبنا و دیدگاه کلی وجود دارد: ۱- اصالت الحظر: حظر به معنای منع است و اصالت حظر به معنای حکم اولی عقل به منع تصرف در اشیا با قطع نظر از وجود شرع و حکم شارع نسبت به آنها (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷: ۱۹۶). با این استدلال که اشیا موجود در طبیعت از آن خدا و ملک اوست و انسان هم جزئی از طبیعت است، پس انسان و اعمال او همگی مخلوق و مملوک خداوند است، بنابراین، تصرف در ملک خداوند، بدون اجازه او بنا بر حکم عقل ممنوع است (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۲۰۲ و نائینی، ۱۴۱۷: ۳۲۸). فقیهانی که از اصالة الحظر دفاع می‌کنند، معتقدند حقوق ماقبل شریعت نیست، بلکه از درون شریعت تولید می‌شود. به عبارت دیگر، حقوق اموری پیشینی نیستند، بلکه پسینی‌اند. بنابراین حقوق در چارچوب شریعت جای دارند. ۲- اصالت اباحه: شهید صدر نیز در کتاب «دروس فی علم الاصول» در

تحلیل اباحه بر این عقیده است که، در این بحث دو مسلک اساسی در فقه وجود دارد: ۱- دیدگاه حق الطاعه که در واقع عبارت‌الآخری حظر است. ۲- دیدگاه اباحه یا برائت اصلیه، صدر می‌گوید این دو قابل جمع نیستند. زیرا مهمترین اصل برای دیدگاه حق الطاعه، اصله‌الاشتغال است، بدین‌رو، نقطه‌ی عزیمت این دسته از فقها اصل اشتغال ذمه است، اما بر اساس دیدگاه دوم، قبح عقاب بلا بیان مطرح می‌گردد (صدر، ۱۴۰۶: ۱۴۷). کسانی که از اصله‌الحظر یا حق الطاعه سخن می‌گویند جای کمی برای حقوق قائل‌ند و اگر منطقه‌ی فراخ هم برای آن در نظر می‌گیرند، آن را به حکومت واگذار می‌کنند؛ یعنی به فرد یا جامعه چنین حقی داده نمی‌شود. حوزه‌ای نیست که آنجا فرد یا افراد قادر به تصمیم‌گیری باشند. در مقابل، در دیدگاه‌های مبتنی بر اباحه، فضا گسترده‌تر و دامنه حقوق نیز فراگیرتر می‌شود. هر چند برخی از فقهای متأخر دیدگاه سومی را نیز علاوه بر اصله‌البرائت، اصله‌الحظر، مطرح نموده‌اند، و آن دیدگاه توقف است که به نظر می‌رسد نتایج دیدگاه توقف به سمت حظر می‌آید (منتظری، ۱۴۱۵: ۲۷). بدین‌سان، در حوزه فقه سیاسی این دو مکتب نتایج متفاوتی به همراه دارند. زیرا از درون این دو مکتب دو دستگاه فقهی قابل اصطیاد است. فقهایی که از حق سخن می‌گویند و در اجتهادات آنان نیز تأثیرگذار است، هم در بین اصالت‌الحظری‌ها و هم در بین اصالت‌الاباحه‌ای‌ها طرفدارانی دارد. فقهایی که بر مبنای اصله‌الحظری اجتهاد می‌کنند، عمدتاً به احتیاط روی می‌آورند و اگر سخن از حق و حقوق می‌کنند، بیشتر ناظر به حقوقی است که از ناحیه حکومت به فرد یا مردم داده می‌شود، در حالی که دایره‌ی حقوق بر اساس دیدگاه اصله‌الاباحه، فراخ‌تر است. بنابراین تأسیس حقوق پیشینی بر اساس دیدگاه اصله‌الحظر دشوار است. در حالی که بر اساس اصله‌البرائت و اباحه این مهم با سهولت بیشتری صورت می‌گیرد.

۲- تمایزهای حق و حکم در فقه سیاسی شیعه

در نظریه‌های فقهی کلاسیک، محور بحث عمدتاً مسائل فقهی بوده است و شبهات فراققه‌ی یا هرگز مطرح نبوده و یا اندک به شمار می‌رفت. اما امروزه شبهات و مناقشات جدید فقهی و کلامی درباره مفهوم حق و حکم و تفاوت آن‌ها بین فقها مطرح است. شبهاتی از قبیل تکلیفی بودن لسان دین، ابتدای حکومت اسلامی بر اصل تکلیف و ابتدای حکومت‌های دموکراتیک معاصر بر اساس مفهوم حق، محوریت حق در نظریه‌های جدید و محوریت حکم و تکلیف در نظریه‌های کلاسیک، تحول مفهوم حق و حکم از دوره‌ی کلاسیک تا کنون، و نیز تلازم احکام شریعت با اختیار و آزادی و حقوق انسان مسلمان و یا عدم ملازمه میان آن دو، و نیز مباحثی چون، تشکیل حکومت اسلامی آیا تکلیف شرعی است یا حق مردم است؟ منشأ حق و حکم، و بسیاری از شبهات و مسائل مستحدثه دیگر، جملگی معطوف به دوره‌ی معاصر است که دستگاه فقه

می‌بایست پاسخ‌های قانع‌کننده‌ای ارائه نماید.

تفاوت اساسی حق و حکم این است که حق قابلیت اسقاط دارد، در حالی که حکم قابل اسقاط نیست. حق سلطه‌ای اعتباری است که صاحب حق قادر به اعمال یا اسقاط آن است، حال آن‌که، حکم از آن‌جا که توسط شارع جعل می‌گردد، تنها خود شارع می‌تواند حکم را اعمال یا اسقاط کند. صاحب «بلغه ال‌فقیه» در تمایز حق و حکم می‌نویسد: «حکم جعل تکلیفی یا وضعی متعلق به فعل انسان از حیث منع و رخصت در فعل یا ترتیب اثر بر آن است» در حالی که «حق سلطه‌ای اعتباری برای انسان است، از این حیث که بر دیگری، اعم از مال یا شخص یا هر دو است» (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۳، به نقل از فیرحی، ۱۳۹۱: ۱۰۵). از تعابیر اکثر فقها بر می‌آید که تفاوت اساسی حق و حکم در امکان یا عدم امکان اسقاط آن است. به این معنا که، حکم با اسقاط انسان ساقط نمی‌شود، زیرا جعل آن توسط انسان نیست، بلکه از جانب خداوند جعل شده و در نتیجه اسقاط یا عدم اسقاط آن تنها از جانب خداوند است. این در حالی است که حق امری اعتباری است که زمامش در دست صاحب حق قرار دارد؛ از این رو، انسان ذی‌حق توانایی اسقاط آن را دارد. هر چند حق همانند حکم مجعول شارع مقدس است، اما نوع جعل آن دو متفاوت است. برخی از فقهای متأخر معتقدند، حق و حکم از این جهت که هر دو قائم به اعتبار شارع هستند حقیقت واحدی دارند و تقسیم مجعولات شرعی به دو قسم حق و حکم وجهی ندارد، تا نیازی به جستجوی ضابطه‌ی تمیز آن دو بوده باشد، بلکه همه‌ی آن‌ها حکم شرعی یا عقلایی به اعتبار مصالح خاص است (الموسوی الخویی، ۱۴۱۲: ۴۵ - ۴۷). با وجود این، این دسته از فقها «به تفاوت در جنس مجعولات اعتباری اعم از شرعی یا عقلایی نظر دارند و اشاره می‌کنند که احکام به اعتبار آثارشان اختلاف دارند. برخی اسقاط‌پذیر و برخی نیز اسقاط‌ناپذیرند (فیرحی، ۱۳۸۹: ۲۲۹). با این حال، دیدگاه مشهور و رایج فقهای شیعه، همان تمایز بین حق و حکم است.

۳- فقه سیاسی معاصر و ظهور دوگانگی حق و حکم

تلاقی دین و دولت در نظام سلطانی حاکی از حضور ارزش‌های دینی در ساختار و هندسه‌ی این‌گونه دولت است که آن را از سایر نظریه‌های دولت متمایز می‌کند. در دوره‌ی کلاسیک، نظم سلطانی به‌مثابه‌ی مفهوم مرجع در تولید اندیشه سیاسی و تنها راه مقدور برای جلوگیری از هرج و مرج و حفظ اجتماع بشری از یک سو، و حفظ و اجرای شریعت اسلامی از سوی دیگر بود. فقه سلطانی نیز در صدد تدارک مشروعیت چنین نظامی برآمده، و اجتهادات فقها حول این نظم شکل گرفت. این روند تا ابتدای مشروطه تداوم داشت. اما تحولات سیاسی - اجتماعی عصر مشروطه و نیز نگرش‌های جدید در اجتهاد،

ظهور نظم جدیدی در جامعه‌ی شیعی را نوید می‌داد. نظمی که به‌نحوی در مقابله با نظم سلطانی قرار داشت و ادبیات فقهی و سیاسی خاصی را به‌وجود آورد. نظمی که نخستین بار فرد مسلمان و حقوق وی را به‌رسمیت شناخت و در صدد استیفای آن برآمد. به عبارت دیگر، با آغاز مشروطیت ساختار دو ضلعی قدرت از «دین - سلطنت» یا «سلطان و عالمان دینی» به ساختار سه ضلعی «دین، سلطنت و مردم» یا «عالمان دینی، سلطان و فرد مسلمان» بدل یافت و از خلال روابط بین آنان «نظم مردمی» در مقابل «نظم سلطانی» شکل گرفت؛ یعنی با وارد نمودن عنصر اراده‌ی فرد مسلمان، ساختار قدرت را دگرگون کرد. بنابراین، می‌توان گفت انقلاب مشروطه نقطه‌ی آغاز شکل‌گیری دولت مدرن در ایران است. نمود و پیامد این امر را می‌توان در مفاهیم پایه‌های مشروطیت، یعنی نهاد سلطنت، قانون، مجلس شورا، برابری در برابر قانون و آزادی مشاهده کرد. مشروطیت، با تقسیم سلطنت به دو نوع استبدادی و مشروطه، در صدد محدود کردن اختیارات این نهاد به قانون اساسی و اراده‌ی مردم برآمد. به عبارتی، مشروطیت موجب گردید تا نهادهای مدرنی همانند قانون اساسی، مجلس و انتخابات شکل گیرند و به سمت حکومت قانون خیز بردارند.

بدین ترتیب، در ادبیات فقه سیاسی مشروطه، شریعت اسلام، حاوی احکام الزام آور برای انسان مسلمان مکلف از یک سو، و حق از سوی دیگر است. اما در چگونگی و گستره‌ی قلمرو شریعت بین فقها اختلافاتی وجود دارد. از منظر فقه مشروطه شریعت اسلام، مجموعه‌ای از احکام فردی و اجتماعی است که به‌نوعی تابع مصالح انسانی است. لذا برنامه‌هایی را برای تأمین حقوق، منافع و مصالح بشر تدوین و در مجموعه‌ای به نام شریعت ارائه نموده است تا در چارچوب آن، انسان مسلمان در کنار عمل به تکالیف شرعی، به حقوق خود نیز دست یابد. بخش عمده‌ای از شریعت باید‌ها و نبایدها است که به هدف تأمین و حفظ حقوق انسان آمده است.

۳-۱- اصله‌الاباحه مبنایی برای تولید حق در فقه سیاسی معاصر

دیدگاه فقهای مشروطه (معاصر)، به‌ویژه علامه نائینی، نسبت به مفهوم حق و جایگاه آن در شریعت به مبنای نگرش آنان نسبت حقوق برمی‌گردد. همان‌گونه که قبلاً ذکر شد، فقهای معاصر در برداشت از حقوق، در هر کدام از این دو مبنای اصله‌الحظر و یا اصله‌الاباحه که قرار گیرند موازنه خاصی بین حق و حکم در شریعت ایجاد می‌کنند. از این منظر، به نظر می‌رسد اکثر فقهای مشروطه مبنای اصله‌الاباحه‌ای داشته و در نتیجه نقطه‌ی آغاز را فرد تلقی می‌کنند. این برداشت نقطه‌ی عطفی در فقه سیاسی به شمار می‌آید. هر چند سخن گفتن از حق، خاص مبنای اصله‌الاباحه نیست بلکه، در بین فقهای معتقد به اصله‌الحظری

نیز کسانی هستند که از حق سخن می‌گویند. اما حقوقی که مد نظر آنان است، ناظر به حقوقی است که از ناحیه‌ی حکومت به فرد یا مردم داده می‌شود، در حالی که بر مبنای اصله‌الاباحه، دامنه‌ی حقوق وسیع‌تر و آزادی فرد در آن بیشتر است.

در فقه مشروطه، وقتی سخن از حق گفته می‌شود، نوعی از سلطه و سلطنت در آن نهفته است. حق، سلطنت فعلیه‌ای است که با فرض یک طرف قابل تصور نیست، بلکه قائم به دو طرف است (انصاری، ۱۴۱۸: ۹-۳ و طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵). به عبارت دیگر، اعتبار خاص که اثرش سلطنت ضعیف بر یک شیء و نیز مرتبه ضعیف از ملک است (خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۵-۱۰۷، و خراسانی (آخوند)، ۱۴۰۶: ۴). غروی اصفهانی در حاشیه بر مکاسب می‌نویسد: «البته حق در هر موردی اعتبار مخصوصی است و اضافه آن به متعلقاتش اضافه بیان است، البته در برخی موارد به تصریح دلیل خاص، سلطنت جعل می‌شود، مانند حق قصاص "فقد جعلنا لولیه سلطاناً" (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۴). هرچند، برخی از فقهای متأخر معتقدند حق همان حکم است و تفاوتی با آن ندارد، زیرا قوام هر دو به اعتبار است (توحیدی، ۱۴۱۲: ۳۳۹-۳۴۲ و حسینی شاهرودی، ۱۴۰۹: ۲۰-۲۱). امام خمینی نیز در «کتاب البیع» حق را از احکام وضعی و دارای ماهیت اعتباری به حساب می‌آورد که از جانب شارع عقلاً اعتبار می‌شود و معنای آن سلطنت نیست، اگر چه سلطنت از آثار اقتضایی حق است» (موسوی خمینی، ۱۳۶۶: ۲۱-۲۶).

اکثر فقها، حق را به معنای «سلطنت» گرفته‌اند. هرچند، درباره‌ی نظریه سلطنت تقریرهای مختلفی از سوی فقها مطرح شده است. برای نمونه، شیخ انصاری معتقد است حق همان سلطنت بالفعل (فعلی) است. سلطنت مورد نظر در حق دو طرف دارد: «سلطان» و «من یتسلط علیه». این دو طرف به گونه‌ای هستند که اتحاد آن‌ها ممکن نیست، بنابراین، به عقیده شیخ انصاری بیع حق‌هایی مانند حق حضانت، حق ولایت، حق شفعه و خیار درست نیست (انصاری، ۱۶-۲۰)؛ زیرا این حقوق نام‌برده دو طرفه نیست، و تنها حق یک طرف دارد. برخی از فقهای متأخر همچون سید کاظم یزدی، حق را در مقابل حکم قرار داد. وی آن را نوعی از سلطنت به حساب می‌آورد و متعلق حق، یا عین است، مثل حق تحجیر، حق رهنان و حق غرما در ترکه میت، و یا شخص است، مانند حق قصاص و حق حضانت (طباطبایی، ۱۳۷۸: ۵۵). علامه نائینی نیز در این عصر، معتقد است که حق در معنای عام خود شامل حکم، عین، منفعت و حق بالمعنی الاخص، الاخص می‌شود. اما در معنای خاص خود امری جعلی و به معنای سلطنت است (خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۵-۱۰۶). بنابراین، به نظر می‌رسد رأی غالب فقهای مشروطه، حق را به معنای سلطنت در نظر می‌گیرند. هر چند انتقاداتی نیز به این

دسته از فقها وارد می‌شود. زیرا منتقدین، حق را به معنای سلطنت تلقی نمی‌کنند، بلکه حق امتیاز بر خورداری از امری (متعلق حق) می‌باشد که مقتضی سلطنت است. به علاوه، تفسیر حق به سلطنت علاوه بر انتقاد بالا، فعلی دانستن آن هم مورد تردید است. نائینی در برخی موارد حق را همان سلطنت بر چیزی می‌داند:

«الحق سلطنة ضعيفه علي المال» (خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۶)
«فالحق هو السلطنة علي الشي و مرتبة ضعيفة من الملكية
قائمة بمن له الحق و من عليه و قد كان بعض الاساطين يعبر عنه
«ملكيت نارسیده» فتحصل ان حقيقة الحق هو السلطنة علي
الشي» (آملی، ۱۴۱۳: ۹)

در این عبارات علامه نائینی حق را به معنای سلطنت گرفته است و بالتبع نتایج خاصی بر آن استوار است. اما وی در برخی موارد، حق را به معنای «سلطنت» ندانسته، بلکه آن را اعتبار خاصی می‌داند که اثرش سلطنت و مرتبه ضعیف از ملک است: «و کیف کان فإذا کان الحق عباره عن اعتبار خاص الذی اکثره السلطنة الضعيفه علی شی و مرتبه ضعيفه من الملك» (خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۰۷). هرچند نسبت به دیدگاه نائینی انتقاداتی از سوی برخی از فقها وارد شده است. برای نمونه، امام خمینی (ره) در «کتاب البیع» ناظر به عبارات فوق می‌نویسد: «این دو بیان با هم در تنافی هستند، زیرا چگونه هم حق سلطنت ضعیف است و هم اثر آن سلطنت ضعیف؟ جمع این دو بیان آن است که گفته شود حق سلطنت ضعیفی است که اثرش سلطنت ضعیف می‌باشد (امام خمینی، ۱۳۶۶: ۲۶). غروی اصفهانی ماهیت حق را امری اعتباری می‌داند. به نظر وی، سه برداشت نسبت به حق می‌توان ارائه کرد که دو برداشت غیر قابل قبول و تنها تفسیر سوم صحیح است. تفسیر درست آن است که حق در اصطلاح معنای واحدی نداشته، بلکه مشترک لفظی است. به عبارت دیگر، حق، اعتبار واحدی ندارد و در هر موردی دارای اعتبار و معنای خاص است. مثلاً حق ولایت، چیزی جز اعتبار ولایت حاکم، پدر و جد نیست که اثر این اعتبار، جواز تکلیفی و وضعی تصرف در مال مولی علیه است و برای ترتب این اثر نیازی به اعتبار دیگر نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۱ و سید کاظم حسینی حائری ۱۴۲۱: ۱۱۳) بر این اساس می‌توان گفت حق تولیت، نظارت، رهن نیز همین‌طور است. به نظر می‌رسد اضافه‌ی حق به ولایت، تولیت، نظارت، تحجیر و رهن، اضافه‌ی بیانی است. بنابراین در فقه مشروطه به‌ویژه فقهایی چون شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۰۶: ۱۶-۲۰) و علامه نائینی، ماهیت حق را سلطنت می‌دانند. در این برداشت، آزادی عمل بیشتری برای فرد مسلمان پدید می‌آید و توانایی انتخاب دارد و انتخاب، اعمال اراده و قدرت است. بنابراین، حق در ادبیات فقه مشروطه عبارت است از قدرت تصمیم‌گیری که صاحب حق مطابق میل و اراده‌ی خود آن را اعمال

می‌کند. در این برداشت، اگر برای انسان مسلمان حق قائل شویم، و آن شخص حق انجام کاری را داشته باشد، قطعاً حق عدم آن را نیز خواهد داشت. ویژگی مهم دیگر حق در فقه مشروطه این است که برخلاف حکم قابلیت اسقاط را دارد. و تنها صاحب حق است که می‌تواند با قدرت و اختیاری که دارد آن را اعمال یا اسقاط نماید. نائینی معتقد است که «حقیقت حق همان سلطنت بر چیزی است و اینکه زمام امر آن چیز به دست صاحب حق است، به طوری که او قدرت دارد آن را اعمال یا اسقاط کند، کما اینکه گفته شده است. (حق) خیار عبارت است از ملك فسخ عقد و ابقای آن» (آملی، ۱۴۱۳: ۹۲). بنابراین تفسیر و برداشت فقهای مشروطه از مفهوم «حق»، برای فرد مسلمان تولید قدرت تصمیم‌گیری در تعیین سرنوشت خود می‌کند؛ حقی که می‌تواند آن را اعمال کند و یا به دیگری واگذار نماید. در حقیقت معنای تلاش نائینی این است که مفهوم حق را می‌توان از قلمروی فردی به حوزه‌ی عمومی و سیاسی توسعه داد و حق سیاسی نیز در این چارچوب قرار گرفته و قابل پذیرش است.

۲-۳. مجاری تولید حق در فقه سیاسی مشروطه

تولید حق در دستگاه‌های فقهی از مجاری خاصی صورت می‌گیرد. یکی از این مجاری در فقه مشروطه، اباحه است. اباحه‌ی شرعی در مقابل اباحه‌ی عقلی است و آن، حکم شارع به یکسانی فعل و ترک چیزی است که لازمه‌اش، اختیار مکلف در انجام یا ترک آن است؛ از این رو، اباحه‌ی شرعی از احکام تکلیفی است که شارع آن را جعل نموده است و چون دلیل آن، آیه و یا روایات است، به آن اباحه‌ی شرعی می‌گویند (نائینی، ۱۳۷۸: ۱۸۳). از این منظر، مؤدای بعضی از اصول عملی شرعی، همچون براءت شرعی نیز اباحه‌ی شرعی است. درحالی‌که، اباحه‌ی عقلی به معنای حکم عقل به یکسانی فعل و ترک چیزی است که لازمه‌ی آن، اختیار مکلف در انجام و یا ترک آن است و چون دلیل آن حکم، عقل است، به آن اباحه‌ی عقلی می‌گویند (علم الهدی، ۱۳۴۸: ۳۴۲ - ۳۴۱). به عقیده‌ی آخوند خراسانی، نکته آن است که در اصالت‌الاباحه نیز عقل حکم به اباحه می‌کند، و آن حکم، قبل از شرع و وجود هرگونه تکلیفی است، اما در اباحه‌ی عقلی، حکم به اباحه، بعد از ورود شرع است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۹۰ و فاضل لنکرانی: ۴۷۳). در مجموع می‌توان گفت، آنچه در این بحث مورد نظر است، اباحه به معنی‌الخاص است. و این مهم‌ترین مجرای تولید حق است. هر چند خود ممکن است به حق هم نرسد، زیرا در حق چیزی است که امکان اسقاط را داشته باشد. به عبارت دیگر، در حق قابلیت اسقاط وجود دارد، درحالی‌که در اباحه چنین نیست. زیرا چیزی می‌تواند قابلیت اسقاط پیدا

کند که ابتدا به حق تبدیل شود و حق یک سلطه‌ی قراردادی و طرفینی است. اساساً حق در دستگاه‌های فقهی، از درون اباحه تولید می‌شود؛ بدین سان، مجاری تولید اباحه در فقه مهم به نظر می‌رسد. به علاوه چگونگی تبدیل اباحه به حق اهمیت موضوع را دو چندان می‌کند؛ نتیجه آن که، اگر تبدیل به حق شود، مکانیزم خاصی را دنبال می‌کند، زیرا در این پروسه حرکت حق یک حرکت قراردادی، اعتباری و قابل واگذاری است که از درون آن موضوعات و مباحث مهم سیاسی همچون انتخابات و... بیرون می‌آید. برخی به اباحه‌ی عقلی نیز در تولید حق اشاره می‌کنند. یعنی اباحه‌ای که از طریق عقل تولید می‌شود. به این صورت که این گونه اباحه خود به دو طریق مقدمه‌ای برای تولید حق است. یکی از طریق اضافه کردن کار به اباحه، و دوم، از طریق اختصاص. بدین ترتیب، مجاری عقلی تولید اباحه در دستگاه‌های فقهی اهمیتی مضاعف دارد. در حالی که مجاری شرعی تولید اباحه در دستگاه‌های فقهی به گونه‌ای دیگر و مبتنی بر نص و دلیل شرعی است. چه، اساساً اباحه در تقسیم‌بندی دو گانه‌ی فقه به معاملات و عبادات، به حوزه‌ی معاملات مربوط می‌شود. مضاف بر این، حوزه‌ی اباحه در جایی است که دلیل شرعی بر اباحه وجود ندارد، و در صورتی که دلیل شرعی بر وجود اباحه یافت شود، آن اباحه منتج از عمومات است، نه از دلیل خاص. برای نمونه، عمومات تسهیل، عمومات ترخیص یا مصلحت، که در دوره‌ی مشروطه این مفاهیم رواج دارد، در برخی تحلیل‌ها، دیدگاه‌های نائینی در مورد مصلحت نوعیه را به عمومات ترخیص ارجاع دادند و گفتند که این بحث جزء ترخیصیات شرعیه است؛ جایی که قانون‌گذاری در آن شکل می‌گیرد (فیرحی، ۱۳۸۶: ۴).

در مجموع مجاری تولید اباحه و حق در فقه سیاسی شیعه عبارت‌اند از: ۱-
 شرع (اذن شرعی یا ادله‌ی شرعی): اذن‌های شرعی که از طریق عمومات شرع بدست می‌آیند، تولید حق می‌کنند. از آن جا که اباحه خود، حق تلقی نمی‌شود اما مقدمه‌ای برای حق و تولید حق به حساب می‌آید، در نتیجه، زمانی که انسان مسلمان و یا تصرفات‌اش وارد حوزه‌ی اباحه می‌شود، آن را تبدیل به حقوق می‌کند. بنابراین اباحه مهمترین مجرای تولید حق است که این مهم از منبع شرع سرچشمه می‌گیرد. ۲- مالکیت: دومین منبع و مجرا برای تولید اباحه و حق، مالکیت و آنچه که در حکم مالکیت است مثل وکالت و... این موارد نیز نوعی اباحه تولید می‌کنند که خود منبعی برای ایجاد حق است. مالکیت هر چند تابع اذن شرعی و یا تابع عقل است، اما در اساس به نوعی استقلال دارد و تولید حق می‌کند. تأثیر این بحث در حدود و ثغور آزادی انسان مسلمان است، اما پرسش این است که چرا مالکیت یکی از خاستگاه‌های حق است؟ زیرا مالکیت از دو چیز بحث می‌کند: یکی مالکیت و دیگری مملوک. رابطه‌ای بین این دو وجود دارد که اعتباری و تولیدی است که همان حق است. حق تصرف، اصل این است که یک چیز ملکیت‌پذیر باشد و برخی چیزها هم اساساً ملکیت‌پذیر نیستند، مثل

آزادی انسان؛ زیرا انسان حتی خودش را نمی‌تواند به تملک دیگری در آورد. نائینی، مالکیت را از نوع جده می‌داند. جده به معنی وجدان است. لذا سه نوع مالکیت وجود دارد: یک مرتبه وجدان شیء است حقیقتاً، که شیء را تولید می‌کند و می‌تواند معدوم‌اش هم نماید. این مرتبه در انسان قابل تصرف نیست، و آن را به خداوند ارجاع می‌دهند. دومین مرتبه، مرتبه ضعیف‌تری است که آن وجدان شیء حقیقتاً نیست. که در این هم نوعی تملک است مثل لباس پوشیدن. و مرتبه سوم، وجدان شیء اعتباراً است. این قسم سوم، معطوف به اجتماع و جامعه است. این بحث در دوره‌های مابعد مشروطه نیز وجود دارد. به عنوان مثال، امام خمینی (ره) بین سلطه و مالکیت تفکیک نموده و سلطنت را از احکام مالکیت قرار داده است. انسان زمانی می‌تواند مالک اموال‌اش باشد که شرایط خاصی همچون بلوغ، عقل و آزادی را داشته باشد، از این رو، حریت را جزء ملک تلقی نمی‌کند تا کسی بتواند آن را تصرف نماید. امام خمینی شرطی را اضافه می‌کند و معتقد است که مالکیت اموال اعتباری است، اما چیزی می‌تواند مال باشد که منشأ اثر باشد. به نظر وی، شرط مالکیت این است که مالک بتواند در آن تصرف نماید و به‌علاوه در آن چیز یک منفعت و خیری وجود داشته باشد. وی در نهایت حریت را نیز از شرایط مالکیت به حساب می‌آورد (امام خمینی، ۱۳۶۶: ۲۲-۲۱). ۳- عقل: عقل سومین منبع تولید حق از طریق اباحه است (انصاری، ۱۴۲۸: ۴۲۴). اساساً منابع عقلی تولید حق دو گونه‌اند، یکی اباحه‌ی عقلیه است و دیگری برائت عقلیه (انصاری، ۱۴۲۸: ۴۴۱-۴۳۴) که نتیجه‌ی این دو، تولید نوعی آزادی عمل برای فرد مسلمان است. بنابراین، سه منشأ اساسی برای اباحه وجود دارد. یکی اباحه‌ای است که از سوی شارع است و دیگری اباحه‌ای که از ناحیه‌ی مالکیت به دست می‌آید و نیز اباحه‌ای که از ناحیه‌ی عقل تولید می‌شود. عموماً دیگری نیز وجود دارند که تولید اباحه می‌کنند. مثل عموماً جواز خلو واقعه عن الحکم، عموماً صحت، و... اساساً کارکرد عموماً، رها کردن مسائل در حوزه‌ی اباحه است، که خود مقدمه‌ای برای تولید حق تلقی می‌شود.

۴- هم‌نشینی حق و حکم در فقه سیاسی معاصر

در فقه سیاسی معاصر، امر مهم حاکمیت شریعت بر زندگی جامعه اسلامی است و سلطان فقط بازوان اجرایی شریعت به حساب می‌آید. به عبارت دیگر، کلیات قوانین یعنی «کبرویات» را شریعت وضع می‌کند و حاکم تنها در «صغرویات» توان تصرف داشت، یعنی سازوکارهای اجرای شریعت و نیز تنظیم قوانین و آئین‌نامه‌های معطوف به اجرای قوانین شرعی برعهده‌ی سلطان و حاکم می‌توانست قرار گیرد. برخی از فقهای عصر مشروطه همچون شیخ فضل‌الله اساساً به پادشاه به عنوان منبع قانون‌گذاری توجه نمی‌کردند. از این رو

شیخ در آثار خود سخن از عدالت می‌راند و عدالت یعنی ملترزم کردن سلطان و دربار به شریعت. اما فقهای دیگر همچون محقق نائینی از قانون‌گذاری همراه با استدلال‌ات فقهی حمایت می‌کنند. نائینی هر چند مبنای اشکال اساسی مخالفان مشروطه را مبنی بر این که حوزه‌ی مباح بالاصل قابلیت تبدیل شدن به الزام ندارد، می‌پذیرد، اما نکته‌ی نائینی این است که در بسیاری از موارد مباح بالاصل اختیار در دست خود مکلف و انسان مسلمان است، و این حوزه‌ای است که حقوق، از جمله حقوق سیاسی در آن شکل می‌گیرد و انسان مسلمان می‌تواند در این حوزه‌ی مباحات، با اختیار و آزادی عملی که دارد، حقوق خود را به دیگری واگذار نماید. به عبارت دیگر، در بحث نائینی حق و حکم در حوزه‌ی مباحات است که می‌توانند یک جا بنشینند. همان‌گونه که قبلاً ذکر شد، شریعت حاوی حق و حکم است. احکام همان مجعولات شرعی است که انسان مکلف قادر به اسقاط آن نیست و تنها خود شارع می‌تواند اسقاط نماید. در مقابل، در شریعت مجموعه حقوقی وجود دارد که شارع مقدس آن‌ها را تحت عنوان مباحات وضع نموده اما به دلیل اختیار و آزادی عمل انسان در آن حوزه، اسقاط یا عدم اسقاط آن را به خود انسان واگذار می‌کند. برای مثال، انسان مسلمان می‌تواند بخشی از زمان و فعالیت کاری خود را به شخص دیگر واگذار نماید. هرچند او نمی‌تواند آزادی خود را بفروشد، اما می‌تواند بخشی از آزادی خود را به دیگری واگذارد. لذا قابلیت اسقاط حق خود را دارد. و این کار تنها از طریق قرار داد صورت می‌گیرد. حال، در فقه سیاسی معاصر، به‌ویژه نزد محقق نائینی، حوزه‌ی حقوق می‌تواند از طریق انتخاب آزادانه‌ی انسان‌های مسلمان به قانون بدل شود. یعنی انسان مسلمان با اختیار و آزادی خود می‌تواند از حقوق خود گذشته تا در مقابل به منافع و حقوق دیگری دست یابد؛ بدین ترتیب، قانون در فقه مشروطه در حوزه‌ی مباحات شکل گرفته، لذا حرمت شرعی ندارد، بلکه در این حوزه انسان‌ها به خاطر دست‌یابی به حقوق جدیدتر، از بخشی از حقوق خود گذشته و با دیگران قرار داد می‌بندند، و قانون در حوزه‌ی مباح، در واقع، قراردادهای افراد و شهروندان جامعه‌ی اسلامی با یکدیگر است. افراد با توجه به نیازهایی که در حوزه‌ی اجتماعی دارند، با دیگران توافق و قرارداد می‌بندند و این توافق هم با آزادی و اختیار از سوی آنان شکل می‌گیرد. در این قسمت از باب «اوفوا بالعقود» قوانین و قراردادهای به‌وجود آمده وجه شرعی پیدا می‌کند و در این صورت انسان مسلمان شرعاً ملزم به قرارداد است. بنابراین قوانین موضوعه بر اساس فقه مشروطه، در حوزه‌ی مباح شکل می‌گیرد. حوزه‌ای که موجب شکل‌گیری تعهدات متقابل بین انسان‌های مسلمان می‌شود.

بر اساس فقه مشروطه تنها یک قید به این معاهدات و قراردادهای در حوزه‌ی مباحات اضافه می‌گردد، و آن، این که کلیه‌ی قراردادهای و قوانین موضوعه در حوزه‌ی مباحات بالاصل، نباید مغایر با شرع مقدس باشد. نتیجه آن که، قانون و

قانون‌گذاری در فقه مشروطه مبتنی بر اصول خاصی است که عبارت‌اند از: ۱- قانون‌گذاری تنها در حوزه‌ی مباحات صورت گیرد. ۲- حوزه‌ی مباحات، به اعتبار احترام به حقوق انسان‌ها شکل گرفته و انسان مسلمان آزادی و اختیار دارد. ۳- قراردادهای ناشی از حقوق و رضایت انسان مسلمان است و وفای به آن الزام شرعی دارد. ۴- قراردادهای نباید مخالف با شریعت مقدس باشند. بر اساس دیدگاه نائینی، حوزه‌ی مباح حوزه‌ی «رخص» یعنی آزادی‌هاست، حوزه‌ای است که انسان‌ها آزادانه می‌توانند با یکدیگر قرارداد امضا کنند. حال فرد مسلمان می‌تواند هم خود قراردادهای را تنظیم نماید و هم از طریق وکلا. بنابراین قانون در جایی است که نص شرعی وجود نداشته باشد. بدین ترتیب در عصر مشروطه دوگانگی حق و حکم وجود دارد و به نحوی در تفکر فقهای مشروطه، به‌ویژه نائینی می‌تواند اجرایی شود. بخشی از آن که معطوف به حکم است از طریق ولایت و بخش دیگر که ناظر به حقوق است از سوی مردم تعقیب می‌گردد. از این منظر، برخی از فقها معتقدند که حکومت از حقوق عامه‌ی مشترک بین حق الناس و حق الله است. به این معنا که، حکومت به محض استقرار، مسئولیت پیدا نمی‌کند. بلکه احتیاج به تحقق شرایطی شرعی در حکومت است. در غیر این صورت (تحقق شرایط) حکومت فاقد مشروعیت است. این مسأله در ایران به‌ویژه پس از نهضت مشروطه، در قانون توجه فقهای مشروطه بوده است. از این رو، در این دوره از بحث حقوق استفاده شد و تبدیل به قانون گردید. برداشت از این نظریه‌ها این است که، وقتی سخن از حکومت اسلامی می‌شود، نه همه‌ی آن حق الله است و نه فقط حق الناس (که همه آن از حقوق باشد)، بلکه در این دوره فقها تلاش نمودند، آن را به عنوان ولایت در قضا و حقوق در نمایندگی توضیح دهند. یعنی بحث حق الله را در قالب ولایات شرعی و ولایت فقها در قضا توضیح دهند و بقیه امور را به حوزه‌ی حقوق مردم تفویض نمودند. برای نمونه، آخوند خراسانی بحث از پیوند نمایندگی به حق می‌کند و از طریق حق ملکیت، یعنی بخشی از حقوق مردم از زاویه مالکیت وارد نظام‌های سیاسی می‌شود (کدیور، ۱۳۸۴: ۲۸۸). به عبارتی، می‌توان گفت آخوند، نمایندگی را نوعی وکالت دانسته و وکالت را تفویض مالکیت و یا استنباه در تصرف مالکیت به حساب آورده است. بنابراین، در این دوره علامه نائینی نیز معتقد است در جامعه اسلامی هم احکام شرعی وجود دارد- که در دایره حکومت وارد- می‌شود و هم یک سری از حقوق مردم، اما مهم آن است که چگونه این حقوق و احکام در کنار یکدیگر می‌نشینند. که به نظر می‌رسد نائینی این بحث را از زاویه وکالت پیش می‌برد. و وکالت را به بحث مالکیت ارجاع می‌دهد. زیرا تصور فقهای مشروطه از وکالت این نبوده است که نمایندگی مجلس بخشی از ولایت شرعی است. بلکه آن را بخشی از وکالت به حساب می‌آورند. بعد از استنباط یک حکم نزد فقیه بر اساس منابع اسلامی، نوبت به اجرای آن می‌رسد. هر چند در گذشته امکان اجرا

برای فقیه، به گونه‌های خاصی وجود داشت، اما به مرور زمان و ایجاد نظام‌های سیاسی متمرکز در بلاد اسلامی، دیگر نه فقیه می‌توانست به صورت شخصی به حل و فصل دعاوی بپردازد و نه احکام مستنبط وی منبع قانون‌گذاری شمرده می‌شد. بنابراین برای اجرای شریعت در جامعه نیاز به یک مرحله‌ای به نام «تقنین فقه» است. به این معنا که احکام و فتاوی مستنبط، نخست می‌بایست تبدیل به قانون گردد. اجرای احکام فقه برخلاف قواعد حقوقی فرایند پیچیده‌تری دارد. قوانین و قواعد حکومتی بعد از وضع، از طرف مقامات صلاحیت‌دار و با توجه به حمایت دولت و ضمانت اجرا، آمادگی پیاده شدن در جامعه را دارند، اما در مورد فقه، اجرای احکام فقهی از دو جهت قابل بررسی است: الف) اجرای فقه قبل از تقنین آن. به این معنا که آیا در جوامع اسلامی با توجه به حکومت‌های مرکزی و ایجاد قوای سه‌گانه، امکان اجرای فقه به روش سنتی وجود دارد؟ آیا این عمل معارض با بعضی از مبانی حقوق نیست؟ آیا به تعدد مراکز قانون‌گذاری نمی‌انجامد؟ ب) اجرای فقه بعد از تقنین آن. در حقیقت احکام شرعی جزئی از قوانین جامعه می‌شوند.

در ادامه می‌توان گفت، نظریه‌های مابعد مشروطه نیز به نحوی در تداوم مکتب شیخ انصاری قرار دارند، و آثار و مکتوبات شیخ محمد مهدی شمس‌الدین حاکی از این است که وی در تداوم این مکتب قرارداد دارد و این جریان فقهی را نمایندگی می‌کند (عبدالله بالقزیز، ۲۰۰۲: ۲۵۱)، هرچند تفاوت‌هایی نیز با شیخ انصاری و به‌ویژه نائینی دارد، اما از جهت مبنایی در چارچوب مکتب شیخ قرار می‌گیرد.

۵- پیامدهای سیاسی دوگانه‌ی حق و حکم در فقه سیاسی

۱- اساساً اندیشه‌های فقهی - سیاسی عصر مشروطه تلاش می‌کرد تا در کنار ضرورت حفظ و اجرای شریعت، برخی از نیازهای اجتماعی و عمومی را به مردم و نمایندگان آنان در مجلس شورای ملی وانهد، تا از آن طریق سازوکارهای اجرایی آن معین گردد. بر اساس فقه مشروطه، بخشی از احکام مربوط به حوزه‌ی قضا و اجرای آن خارج از دستگاہ دولت است و این جزء وظایف سنتی فقها و مجتهدان به حساب می‌آید. لذا وضع هرگونه قوانین مربوط به حوزه قضاوت و حتی چگونگی اجرای آن را از وظایف مجلس شورای ملی خارج نموده، و بر این نکته تأکید می‌کند که این گونه امور در شریعت مطهره‌ی اسلام، معلوم و مبین بوده و به عهده‌ی ولایت مجتهدین نهاده شده است (ترکمان، ۱۳۸۶: ۴). لذا مسئولیت اجرای این بخش از احکام شریعت بر عهده‌ی مجتهدین گذاشته شده است، و مجلس شورای ملی توانایی وضع قوانین الزام‌آور برای این بخش از احکام شریعت را نداشت؛ نتیجه این که از یک سو، اقتدار مجلس شکسته می‌شد

و نمی‌توانست به کنترل شهروندان از طریق نهاد قضایی بپردازد و از سوی دیگر قوه قضائیه نیز به دلیل تنوع آرای اجتهادی، همواره جامعه را از اعمال رویه واحد قضایی محروم می‌ساخت.

۲- بر اساس فقه سیاسی مشروطه، انسان مسلمان می‌تواند با توجه به آزادی و اختیاری که در حوزه مباحات دارد، دست به قانون‌گذاری بزند. از این رو، هم می‌تواند خود این عمل را انجام داده و هم از طریق وکالت؛ لذا فقه مشروطه، این بخش را از طریق وکالت تبیین می‌کند.

۳- تقسیم دولت به دو حوزه شرعی و عرفی از ویژگی‌های دولت مشروطه است. یعنی دولت، ساختی دوگانه دارد. دولتی که نه همه‌ی بخش‌های آن شرعی است و نه همه‌ی قسمت‌هایش عرفی. بدین‌رو، ساختاری شکل گرفت که بین حوزه شرعی و حوزه غیر شرعی تقسیم می‌شد. همان‌گونه که ذکر شد، در تفکر نائینی قوانین مجلس به سه حوزه تفکیک می‌شدند: حوزه شرعیات، که عبارت بود از قضا و افتاء، که این حوزه اختصاص به مجتهدین و فقها داشت و مسئولیت اجرای آن نیز برعهده‌ی آنان بود و دولت مشروطه حق قانون‌گذاری در این حوزه را نداشت. حوزه دیگر، حوزه نوعیات بود، حوزه‌ای که مردم آن را به طور عرفی اداره می‌کنند. مثل امور مربوط به شهرسازی‌ها، تجارت و... حوزه سوم، حوزه سیاست یا حوزه عمومی بود. در این حوزه است که تداخلاتی میان حوزه شرعی و عرف به وجود می‌آید. بر اساس فقه مشروطه، در این بخش که در حوزه مباحات قرار دارد و غیر منصوص است، قانون‌گذاری به مجلس واگذار می‌شود، اما با نظارت مجتهدین و هیأت نظاره. این بخش از قوانین، هرچند در ابتدای امر، در حوزه مباحات قرار دارد، خصلت شرعی ندارد، اما از باب «اوفوا بالعقود» مجموعه قراردادهای بین مسلمانان وجه شرعی می‌یابد و اجرای آن لازم است. لکن قوانین فوق نباید مخالف شریعت وضع گردد. بر این اساس، اجرای این بخش از شریعت به دولت واگذار می‌شود. با وجود این، تقسیم وظایف دولت به وظایف شرعی و عرفی، توأم با مشکلاتی بوده است و این یکی از معماهای دستگاه‌های فقهی معاصر است که نیازمند تأملات فقهی جدی است. در مجموع می‌توان گفت، چرخش به وجود آمده در ساحت اجتهاد در دوره مشروطه و گذار از نظم سلطانی به نظم دموکراتیک، موجب پررنگ شدن مفهوم حق در کنار حکم و نیز حضور فرد مسلمان در عرصه‌های اجتماعی گردیده است.

۴- تبدیل حق و حقوق به قانون. با پذیرش این دوگانگی حق و حکم در شریعت، می‌توان دریافت که انسان دارای حقوق و امتیازاتی است که حیات فردی و اجتماعی بستگی به آن دارد. اتفاقی که در مشروطه افتاد، این بود

که مشروطه در پی سازوکاری بود تا این حقوق را تبدیل به قانون کند. زیرا به عقیده‌ی مشروطه‌طلبان، فرد مسلمان برای اینکه به حقوق خود نائل آمده و یا دست به تعدی به حقوق دیگران نزند لازم است ضوابطی شکل گیرد تا همگی به حقوق خود برسند، به این منظور مجموعه قراردادهایی به مثابه قانون تنظیم می‌گردد. هرچند در جامعه اسلامی، قانون همان احکام شریعت است، اما این شریعت ناظر بر حقوق نیز هست. به عبارت دیگر، هرچند حق در ابتدا ممکن است در دایره شریعت قرار نگیرد اما در فرایند صیانت از حقوق انسان نیازمند قراردادهایی هست که دولت را شکل دهد. از این رو از باب «اوفوا بالعقود» و سایر قواعد، حق هم در دایره شریعت قرار می‌گیرد.

۵- گسترش قلمرو آزادی‌های انسان. در فقه مشروطه، به‌ویژه فقهای چون شیخ انصاری و علامه نائینی، ماهیت حق را سلطنت تعریف می‌کردند. در این برداشت آزادی عمل بیشتری برای فرد مسلمان پدید آمده و توانایی انتخاب بیشتری دارد. و از سویی، انتخاب، اعمال اراده و قدرت انسان و فرد است. بنابراین، حق در ادبیات فقه مشروطه عبارت است از قدرت تصمیم‌گیری، که صاحب حق مطابق میل و اراده‌ی خود آن را اعمال می‌کند. در این برداشت، اگر برای انسان مسلمان حق قائل شویم، و آن شخص حق انجام کاری را داشته باشد، قطعاً حق عدم آن را نیز خواهد داشت و قدرت اسقاط آن و یا واگذاری به غیر را دارد.

این دو گانه‌ی حق و حکم و هم‌نشینی شدن آن دو در دوره‌ی معاصر، پیامدهای دیگری نیز دارد که بررسی تفصیلی آن باعث اطالهی مقاله می‌شود. از این رو، تنها به برخی عناوین دیگر بسنده می‌شود: ظهور و توسعه‌ی مفاهیم و مسایل جدید در حوزه‌ی دانش فقه سیاسی؛ شکل‌گیری نظم‌های سیاسی؛ مسئولیت فرد و دولت در اجرای شریعت؛ مشارکت افراد در ساخت نظم‌های سیاسی؛ تغییر نگرش فقیهان از وجه سلبی حکومت در عصر غیبت به وجه ایجابی حکومت؛ و سازگاری سلطنت مشروطه با شریعت و نظریه پردازی درباره‌ی آن.

نتیجه‌گیری

بی‌شک نهضت مشروطه، تحولی شگرف در ساحت‌های مختلف علمی بویژه فقه سیاسی به‌وجود آورد؛ زیرا فهم اجتهادی فقیهان از شریعت را متحول نمود. بنابراین، مبنای معرفت شناختی فهم از دین و شریعت در هر دوره، امکان برداشت‌ها و تفسیرهای خاصی از دین را به‌همراه دارد. برای مثال، در هر دوره‌ای که مکتب اصولی بر مکتب اخباری غلبه می‌کرد، قرائت عقل‌گرایانه از دین و شریعت رشد نموده و در حوزه‌ی سیاست و حکومت تأثیر می‌گذاشت. در دوره‌ی معاصر، به‌ویژه عصر مشروطه، این قرائت توسط فقهای بزرگی چون نائینی برجسته شد و در نتیجه، وی با این مبنای معرفت شناختی و رویکردی عقل‌گرایانه تفسیر خاصی از شریعت ارائه نمود و سازگاری شریعت را با نهضت مشروطه استنباط کرد. این تحول موجب ظهور دو گانه‌ی حق و حکم در فقه سیاسی معاصر شد. فهم فقیهان معاصر از شریعت، اگرچه به لحاظ معرفت شناختی فهمی اجتهادی است، اما با فهم اجتهادی پیشین فاصله گرفته و تحولی ایجاد کرده است. این فهم خاص از دین، بیان‌گر تلاش آنان برای سازگار ساختن شریعت با نظام سیاسی خاص است. به عبارت دیگر، این تحول جدید در فهم نص، موجب به‌وجود آمدن الگوی جدیدی در حوزه نظام سیاسی اسلامی شیعی شد؛ زیرا فهم آنان از شریعت و کوشش فکری در جهت سازگاری شریعت با مقتضیات و نیازهای زمانه، بنیادهای معرفتی لازم را برای نظریه پردازی در حوزه‌ی اندیشه سیاسی اسلام، به‌ویژه در ساحت فقه سیاسی ایجاد کرد. به عنوان مثال، به عقیده‌ی نائینی همان‌گونه که با بهره‌گیری از شیوه‌ی عقلی، از عبارت «لا تنقض الیقین بالشک» می‌توان آن همه قواعد لطیفه استخراج کرد، به‌همین سان، با «وجودت استنباط» و «حسن تفریع» می‌توان از مقتضیات مبانی و اصول مذهب، قواعد مربوط به ترقی و پیشرفت را استخراج کرد. در تکمیل این اقدام، تجربه‌ی غیبت را نباید به‌گونه‌ای تفسیر کرد که مستلزم تن دادن به «اسارت و رقیق طواغیت امت الی زمان الفرج» باشد (نائینی، ۱۳۸۲: ۸۹). این رویکرد موجب گردید فقهای همچون نائینی، از نگرشی سلبی به حکومت در عصر غیبت فاصله گرفته و جهت یافتن مبنایی مشروع برای حکومت در عصر غیبت تلاش نمایند. حال، از جمله پیامدهای این نگرش هم‌نشینی حق و حکم در اندیشه‌ی فقیهان سیاسی معاصر است، که این مهم حاکی از آن است که سیاست در اندیشه‌ی معاصر در میانه‌ی احکام شرعی و حقوق شهروندی قرار دارد و وظیفه‌ی فقه سیاسی بررسی و تحلیل این دو گانه و پیامدهای آن است. این نوشته کوشش نمود تا ابتدا با تحلیل مفهومی حق و حکم در ادبیات فقه سیاسی دیدگاه فقهای کلاسیک و جدید را بررسی نموده، سپس به نحوه‌ی ظهور این دو گانه و مجاری آن اشاره نموده و در نهایت پیامدهای سیاسی آن را بر اندیشه‌ی سیاسی معاصر، به‌ویژه فقه سیاسی

تحلیل نماید. ظهور و توسعه مفاهیم و مسایل جدید در حوزه دانش فقه سیاسی، شکل‌گیری نظم‌های سیاسی، مسئولیت فرد و دولت در اجرای شریعت، مشارکت افراد در ساخت نظم‌های سیاسی، تغییر نگرش فقیهان از وجه سلبی حکومت در عصر غیبت به وجه ایجابی حکومت، سازگاری سلطنت مشروطه با شریعت و نظریه‌پردازی در باب آن، تبدیل حق و حقوق به قانون و گسترش قلمرو آزادی‌های انسان، از جمله پیامدهای سیاسی هم‌نشینی حق و حکم در دوره‌ی معاصر، به‌خصوص از دوره‌ی مشروطه به بعد است. بدین ترتیب، می‌توان گفت که سیاست در دوره‌ی معاصر در میانه‌ی احکام شرعی و حقوق شهروندی قرار دارد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

پولادی، کمال. (۱۳۸۰). **از دولت اقتدار تا دولت عقل در فلسفه سیاسی مدرن**، تهران: نشر مرکز.

جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۴). **حق و تکلیف در اسلام**، تحقیق و تنظیم مصطفی خلیلی، قم: اسراء.

خراسانی، رضا. (۱۳۹۲). **روشن شناسی فقه حکومتی در اندیشه فقهی-سیاسی امام خمینی**، مجله پژوهشنامه انقلاب اسلامی، زمستان.

زارعی، محمدحسین. (۱۳۸۹) **چالش‌های فقه با حقوق مدرن**، مهرنامه، ش ۵، مهرماه.

فیرحی، داود. (۱۳۸۹). **درآمدی بر فقه سیاسی، فصلنامه سیاست**، دانشگاه تهران، دوره چهارم، ش ۱، بهار.

فیرحی، داود. (۱۳۸۶). **مباحث فقه سیاسی انجمن علمی حوزه**، ۸۶/۹/۲۹.

فیرحی، داود. (۱۳۹۱). **فقه و سیاست**، ج ۱، تهران: نشر نی.

کدیور، محسن. (۱۴۰۶). **سیاست نامه آخوند خراسانی**، تهران: طرح نو.

لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۲). **دانشنامه حقوقی**، ج ۳، تهران: ابن سینا.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

ب) منابع غیرفارسی

الآملی، هاشم. (۱۴۱۳). **المکاسب و الیبیع**، تقریرات النائینی، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی.

الانصاری، مرتضی. (۱۴۱۸). **المکاسب**، ج ۳، قم: الهادی.

الانصاری، محمد علی. (۱۴۲۸). **الموسوعه الفقیه**، قم: بی جا.

بالقزیز، عبدالله. (۲۰۰۲). **الدوله فی الفکر الاسلامی المعاصر**، بیروت: مرکز دراسات الوجد، العربیه.

بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳). **بلغه الفقه**، تهران: مکتبه الصادق، چ

۴، ج ۱.

- التوحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۲). **مصباح الفقاهه فی المعاملات**، «تقریرات ابحات ابی القاسم الخوی» بیروت: دارالهادی.
- الحسینی حائری، سید کاظم. (۱۴۲۱). **فقه العقود**، ج ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- الحسینی شاهرودی، سید علی، محاضرات فی الفقه الجعفری. (۱۴۰۹). **المکاسب المحرمه**، تقریرات ابی القاسم الموسوی الخوی، ج ۲، قم: دارالکتاب الاسلامی.
- الخراسانی، آخوند. (۱۴۰۶). **حاشیه المکاسب**، تحقیق سید مهدی شمس الدین، تهران: ارشاد اسلامی.
- الخمنی، سیدروح الله. (۱۳۶۶). **کتاب البیع**، ج ۱، قم: اسماعیلیان.
- الخوانساری، موسی بن محمد. (۱۴۱۸). **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- الصدر، سید محمد باقر. (۱۴۰۶). **دروس فی علم الاصول**، بیروت: دارالکتاب البنانی.
- الطباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۸). **حاشیه المکاسب**، ج ۱، و ۲، قم: نشر اسماعیلیان.
- علم الهدی، علی بن حسین. (۱۳۴۸). **الذریعه الی اصول الشریعه**، تهران: دانشگاه تهران.
- محمد الغروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۸). **حاشیه کتاب المکاسب**، ج ۱، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- القمی، میرزا ابوالقاسم. (بی تا). **قوانین الاصول**، تهران: مکتبه العالمیه الاسلامیه.
- الکاظمی خراسانی، محمدعلی. (۱۴۰۶). **فوائد الاصول من افادات میرزا محمد حسین غروی اصفهانی**، تحقیق رحمت الله اراکی، قم: موسسه نشر اسلامی.
- المجموعه من المؤلفین. (۱۴۲۷). **الموسوعه الفقهیة الکویتیة**، الطبعة الثانيه، کویت: دارالسلاسل.
- المحقق حلی. (۱۴۰۳). **معارج الاصول**، اعداد محمد حسین رضوی، قم: نشر آل البيت.
- المنتظری، حسینعلی. (۱۳۸۵). **رساله حقوق**، ج ۴، قم: ارغوان دانش.

المنتظري، حسينعلي. (۱۴۱۵). **نهايه الوصول**، قم: نشر الاسلاميه.

الموسوى الخويى، سيد ابوالقاسم. (بى تا). **مصباح الفقاهه**، تقرير شيخ محمد على توحيدى، ج ۲.

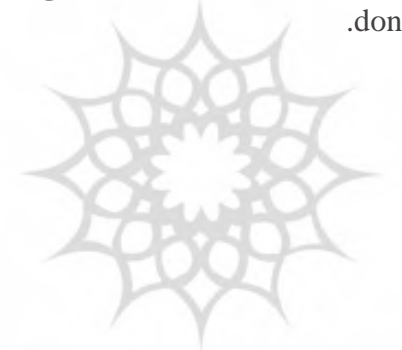
النائينى، محمد حسين. (۱۳۷۸). **اجود التقريرات**، قم: نشر الاسلاميه.

النائينى، محمد حسين. (۱۳۸۲). **تنبيه الامه و تنزيه المله**، تصحيح و تحقيق سيد جواد ورعى، قم: بوستان كتاب.

النائينى، محمد حسين. (۱۴۱۷). **فوائد الاصول**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامى، چاپ ششم.

النجفى خوانسارى. (۱۴۱۸). **منيه الطالب**، قم: موسسه النشر الاسلامى.

Campbell, Tom. (2006). **Right: A critical introduction**, London: Rutledge



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی