



دوفصلنامه تخصصی فقه نظام

سال اول ■ شماره اول ■ بهار و تابستان ۱۴۰۰

Bi-Quarterly Feghe Nezam  
Vol. 1, No. 1, spring & summer 2021

## رابطه فقه و حقوق در الگوی کلان نظام اسلامی از منظر فقه نظام

محمود حکمت‌نیا\* | نصیراله حسنلو\*\*

### چکیده

در تلقی رایج جامعه علمی کشور، فقه و حقوق به‌مثابه دو دانشی که در کانون مدیریت روابط اجتماعی قرار دارند، در جهات متعددی - به‌ویژه در دایره موضوعات - دارای تمایز و چه‌بسا تعارض هستند. این رویکرد، موجب دوگانه‌پنداری این دو دانش و در نتیجه، سلب مسئولیت فقه از خود در زمینه نظریه‌پردازی درباره مسائل نوپدید و تولید متدولوژی به‌روز و کارآمد برای حل آنها شده است؛ در حالی که تحلیل عقلانی نشان می‌دهد که ماهیت مسائل فقه در حوزه غیر عبادات با ماهیت مسائل حقوق یکسان است و قاعده فقهی همه شاخصه‌های قاعده حقوقی را بدون استثناء داراست. در مقاله پیش رو «رابطه فقه و حقوق» از منظر فقه نظام - از جهت شیوه حل مسائل فقهی - حقوقی و میدان موضوعات پیش رو - بررسی شده و روشن ساخته‌ایم که دوگانگی مسائل فقه و حقوق، پنداری بیش نیست. در ادامه، برای روشن‌تر شدن شاکله بحث، به پیامدهای یگانه‌انگاری فقه و حقوق از قبیل توانمندسازی فقه در عرصه حل مسائل نوپدید، فقدان خلأ قانونی در نظام حقوقی و افزایش تعامل نظام حقوقی اسلام با نظام‌های حقوقی بزرگ، پرداخته‌ایم.

### کلیدواژه‌ها

فقه نظام، نظام حقوقی، دوگانه‌پنداری فقه و حقوق، یگانه‌انگاری فقه و حقوق، خلأ قانونی.

\* استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. (نویسنده مسئول) | mh.hekmatnia@yahoo.com

\*\* دانشجوی دکتری فلسفه حقوق دانشگاه باقرالعلوم (ع) و پژوهشگر پژوهشگاه فقه نظام. | nasirollahhasanlou@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۱۰ | تاریخ تأیید: ۱۴۰۰/۰۲/۲۴

## مقدمه

بازسازی و پویاسازی نظام حقوقی در الگوی کلان نظام اسلامی، با فهم و تبیین رابطه فقه و حقوق پیوند خورده است. این دو دانش، در تلقی رایج جامعه علمی کشور - به رغم آن که هر دو از دانش‌ها رفتاری هستند و در بسیاری عرصه‌ها مانند بخش‌هایی از اهداف، مسائل، متدولوژی و منابع اشتراک و همسازی دارند - در جهات متعددی، دارای تمایز و چه بسا تعارض هستند؛ فقه ساحتی آسمانی دارد و خاستگاه آن فرهنگ و تمدن اسلامی است، اما حقوق ساحتی زمینی دارد و ساخته دست بشر است. فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی دیگر، سده‌های متمادی به مثابه دو خط موازی و با کمترین اصطکاک راه خود را پیموده‌اند. فقه در ساختار تنظیم روابط حقوقی جوامع اسلامی حضوری قوی و چشم‌گیر داشته و حیات اجتماعی مسلمانان را به نحو معقولی با قواعد و قوانین شریعت مدیریت کرده است، اما با تحولات علمی، اقتصادی و تکنولوژیک جامعه بشری و پیدایش نیازهای جدید و سایه‌گستره دنیای مدرن بر جهان سنت، فقه و حقوق نیز به نقطه تلاقی و تصادم رسیده‌اند. در سده‌های اخیر، دانش حقوق با گستره و دامنه فراخشی، در دل جوامع اسلامی نیز جوانه زده و با تفوق تدریجی خود بر عرصه‌های مختلف فقه، ساحل‌نشین بستر جوامع اسلامی شده و در جای جای زندگی گسترش یافته و فقه اسلامی را که متصدی پاسخ‌گویی به تمامی جوانب زندگی آدمی است، به چالش جدی کشیده است.

راه برون‌رفت از این معضل، نه حذف حقوق و به محاق بردن آن در سپهر مدیریت اجتماعی کشور است و نه حذف فقه و به مسند نشانیدن حقوق؛ زیرا سابقه حضور موفق فقه در نظم‌بخشی روابط اجتماعی در پیشینه تاریخی ایران از یک سو و نقش زمان و مکان و اقتضانات جامعه مدرن از سوی دیگر، مانع امکان حذف هر یک از آنها می‌شود. بر این اساس، اندیشه ساخت الگویی واحد که جامع مؤلفه‌های مؤثر بر مدیریت اجتماعی باشد، قوت می‌گیرد. در ساخت چنین الگویی، رویکردهای مختلفی وجود دارد که بیشتر آنها مبتنی بر دوگانه‌پنداری فقه و حقوق‌اند که در عین پذیرش تمایزها و تعارض‌های فقه و حقوق، در چارچوب امکان ترابط آن دو به مدل‌سازی می‌پردازند.

نوشتار حاضر، الگویی را پیشنهاد می‌کند که نه تنها پندار دوگانه فقه و حقوق را دست‌خوش تردید می‌سازد، بلکه مسائل فقهی و حقوقی را با رنگ وحدت درهم می‌آمیزد تا از این رهگذر بن‌مایه طراحی نظام کارآمد حقوقی اسلامی را فراهم آورد. برای تبیین این مسئله، ابتدا به تبیین معناشناختی شیوه نوینی در فقه‌ورزی پرداخته می‌شود که موسوم به «فقه نظام» است و در قدم



بعدی و با هدف تبیین ضرورت ورود فقه به عرصه نظریه‌پردازی در قلمرو مسائل نوپدید جهان حقوقی، وحدت ماهیت فقه (معاملات و نه عبادات) و حقوق تحلیل می‌شود. در واپسین قدم، پیامدهای منطقی رابطه فقه و حقوق و از جمله، توانمندسازی فقه در عرصه حل مسائل نوپدید، ظرفیت بی‌بدیل نظام حقوقی در رفع خلأهای فقهی-حقوقی و تعامل نظام حقوقی اسلام با نظایم بزرگ جهان از نظر گذراننده می‌شود.

### ۱. شیوه فقه‌ورزی «فقه نظام»

پیش‌نیاز درک فقه‌ورزی به شیوه «فقه نظام»، تعریف فقه نظام است. اصطلاح «فقه نظام» هر چند از ترکیب دو واژه «فقه» و «نظام» ایجاد شده است، ولی ماحصل این ترکیب، مفهومی مرکب نیست، بلکه مفهومی بسیط به مثابه یک رویکرد و نظریه درباره روش استنباط احکام فقهی است. از این رو، مراد از نظام، دانش، مکتب (مبانی، اصول و اهداف مشترکی که به رفتارها جهت می‌دهند)، انسجام احکام فقهی، عینیت‌بخشی به احکام، نهاد، سازمان و ساختار عینی جامعه، وصف واقع و نفس‌الامر احکام شرعی در مقام ثبوت نیست، بلکه وصف شیوه اجتهاد و تفقه در مقام اثبات است؛ بدین معنا که فقیه در مقام استنباط احکام شرعی، ماهیت نظام اجتماعی، اداره نظام اجتماعی و مصالح و مفاسد نظام اجتماعی را لحاظ کند و اجرای احکام در بستر نظام اجتماعی را به عنوان نهاد اداره جامعه، مد نظر قرار دهد. بنابراین، فقه نظام به مثابه یک رویکرد و یک نظریه درباره شیوه استنباط احکام فقهی است که در مقابل روش رویکرد فردی استنباط احکام قرار می‌گیرد. برای درک بهتر مفهوم فقه نظام، مفهوم «نظام اجتماعی» و سه رویکرد «خرد»، «کلان» و «نظام» در استنباط فقهی توضیح داده می‌شود:

#### ۱.۱. نظام اجتماعی

نظام اجتماعی، برآیند پدیده‌های خرد و کلان درهم تنیده و برخوردار از نسبتی هماهنگ است<sup>۱</sup> که عملکرد یکپارچه‌ای از آنها بروز می‌کند؛ به گونه‌ای که هر نوع تغییر در عناصر، عملکرد عناصر

۱. پارسانیا، حمید، جهان‌های اجتماعی، ص ۵۵.





دیگر و کل نظام را تحت تأثیر قرار می‌دهد. نظام اجتماعی - در این معنا - پدیده‌ای مدرن است و سابقه طولانی در جوامع بشری ندارد. در چنین نظامی، اجزاء چنان درهم تنیده‌اند که نقش آفرینی جزء، مغلوب نقش آفرینی کل و هیئت جمعی است و مدیریت و اداره نظام اجتماعی نیز متکی به روابط اجزاء است؛ روابطی که نقش اجزاء و در پی آن نقش کل را تحت تأثیر قرار می‌دهند. در ادامه، به چگونگی نقش آفرینی روابط در نظام اجتماعی و تأثیر آن در فرایند استنباط فقهی - که به شکل‌گیری «رویکرد نظام» در فقه‌ورزی منتهی می‌شود - خواهیم پرداخت، اما پیش از آن لازم است به تبیین رویکرد خرد و کلان در فقه‌ورزی بپردازیم.

### ۱.۱.۱. رویکرد خرد

مراد از رویکرد خرد در فقه‌ورزی، رویکردی است که موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی در آن فردمحور است و فقیه چهره فرد مسلمانی را تجسم می‌کند که می‌خواهد روش و رفتار خود را با نظریه اسلامی هماهنگ کند.<sup>۱</sup> بررسی کتب فقهی نشان می‌دهد که مبانی، روش‌ها و پیش فرض‌های پذیرفته شده در دستگاه فقاهت و اجتهاد شیعه متناسب با فقه فردی شکل گرفته است.<sup>۲</sup> این رویکرد به دلیل عدم توجه به جامعه مسلمان به عنوان مکلف کلان، در زمینه استخراج احکام فقهی نهادهای سیاسی و اجتماعی با چالش جدی مواجه است. بحث‌ها و گفت‌وگوهای فراوان در زمینه مالیات، قانون کار، خسارت تأخیر تأدیه، دادگاه تجدید نظر و ... میان فقها و قانون‌گذاران در ابتدای انقلاب اسلامی ایران، حکایت از ناکارآمدی «فقه موجود» در عرصه‌های اجتماعی دارد.

### ۱.۱.۲. رویکرد کلان

مراد از «رویکرد کلان» در فقه‌ورزی، رویکردی است که موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی در آن جمع‌محور است و فقیه با توجه به جامعه مسلمان - به عنوان مکلف کلان - به دنبال استخراج حکم افعال اجتماعی و حکم نهادهای سیاسی و اجتماعی است. این نگاه به دلیل توجه به

۱. علیزاده، عبد الرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، ص ۲۶۰.

۲. شفیعی سروستانی، ابراهیم، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی آسیب‌ها و بایسته‌ها، ص ۱۱۰.

واقعیت اجتماعی و مصالح و منافع اجتماعی بر روش‌شناسی فقه اسلامی، آثار گوناگونی ایجاد می‌کند که درک عمیق از منابع فقهی و تفسیر درست آنها، از جمله این آثار است. سید محمد باقر صدر - از فقیهان برجسته معاصر - توجه ویژه‌ای به رویکرد کلان در فرایند اجتهاد دارد. او معتقد است که هدف اصلی از حرکت اجتهادی، ایجاد توانایی برای مسلمان است تا بتواند خود را با نظریه اسلام در جریان زندگی سازگار کند و این سازگاری، جز با به‌کارگیری دو هدف میسر نمی‌شود: یکی انطباق با نظریه اسلام در صحنه زندگی فردی و دیگری انطباق با نظریه اسلام در صحنه زندگی اجتماعی.<sup>۱</sup>

### ۱.۱.۳. رویکرد نظام

مراد از رویکرد نظام در فقه‌ورزی، رویکردی است که فقیه نه تنها در موضوع‌شناسی به ابعاد اجتماعی موضوع توجه دارد که موجب ارتقای موضوع از سطح خرد به سطح کلان می‌شود، بلکه روابط عرضی مسئله مورد نظر با دیگر عناصر نظام اجتماعی را هم در نظر می‌گیرد تا با درک درست و عینی واقعیت، حکم مسئله را بیان کند. با وجود آن که رویکرد خرد و کلان با هم تفاوت آشکار دارند، در این ویژگی که هر دو به صورت «تجزیه‌ای» به حل مسئله می‌پردازند، مشترک‌اند، اما رویکرد نظام از شیوه «ترکیبی» در حل مسئله بهره می‌گیرد. برای درک بهتر این تفاوت از یک مسئله صرفی - نحوی بهره می‌گیریم. به عنوان مثال، جمله «قام زید فی اللیل» در علم صرف به صورت تجزیه‌ای بررسی می‌شود، ولی در علم نحو به صورت ترکیبی. رویکرد صرفی حل مسئله در عبارت «قام زید فی اللیل»، تجزیه‌ای است، یعنی بدون آن که به ارتباط میان «زید» و «قیام» توجه شود، ساختمان کلمات این جمله بررسی می‌شود، ولی رویکرد نحوی حل مسئله در این عبارت، ترکیبی است، یعنی بدون توجه به ساختمان کلمات، حیثیت ارتباطی آنها مورد توجه قرار می‌گیرد و از این حیثیت ارتباطی معنای جدیدی غیر از معنای کلمات موجود به دست می‌آید. «زید» و «قیام» هر کدام به تنهایی دارای ماهیت صرفی هستند و احکام صرفی بر آنها مترتب می‌شود، اما زمانی که زید در ارتباط با قیام در نظر گرفته می‌شود، معنای جدیدی افاده می‌شود که پیش از آن نبود و احکام جدیدی بر ساختار ارتباطی کلمات مترتب می‌شود. به صورت عینی، می‌توان سه رویکرد پیش‌گفته را بر مسئله «عقیم‌سازی» تطبیق داد. بر اساس

۱. صدر، سید محمد باقر (شهید صدر)، همراه با تحوّل اجتهاد، ص ۵-۷.





رویکرد فردگرایانه، ممکن است فقیه‌ی به دلیل عدم جواز اضرار بر نفس، بر حرمت عقیم‌سازی<sup>۱</sup> و فقیه‌ی دیگر - به دلیل قصور ادله عدم جواز اضرار بر نفس در این مورد - بر جواز عقیم‌سازی فتوا دهد؛ البته، در صورتی که موقتی باشد و مستلزم قطع عضو و یا ارتکاب فعل حرام از قبیل لمس و نگاه حرام نباشد،<sup>۲</sup> حکم جواز یا حرمت عقیم‌سازی در رویکرد مذکور، مبتنی بر مصلحت فردی است و فقیه - با اتکا به منابع فقهی - به دنبال کشف اراده شارع برای اداره حیات فردی مکلف است. بر اساس رویکرد کلان، ممکن است فقیه‌ی که معتقد به حرمت اولیه عقیم‌سازی است - به دلیل تراحم اضرار بر نفس و ضررهای اجتماعی یا تقدیم اهم (مصلحت اجتماعی) بر مهم (مصلحت فردی) بر اساس حکم ثانوی - بر جواز عقیم‌سازی فتوا دهد؛ چنان که در برهه‌ای از تاریخ انقلاب، مسئله جواز عقیم‌سازی در پی تشخیص کارشناسان مربوطه مبنی بر لزوم «کنترل جمعیت» مورد توجه فقه‌ها بوده است. فقه‌ها در این دوره، بر اساس رویکرد خرد و کلان - که توضیح آن گذشت - بر جواز فقهی عقیم‌سازی فتوا داده‌اند.

اما پس از گذشت بیش از دو دهه از مسئله مزبور، رویکرد اتخاذ شده در فقه‌ورزی معایب خود را بیشتر نشان داده است؛ زیرا در وضعیت تشکیل حکومت اسلامی، فقه‌ورزی با رویکرد فردی و حتی اجتماعی - بدون در نظر گرفتن روابط میان نظام‌های اجتماعی - فاقد کارآمدی لازم است. در مثال مورد بحث، تجویز عقیم‌سازی به ویژه در گستره وسیع، نه تنها با مصالح و مفاسد نظام خانواده، بلکه با مصالح و مفاسد نظام فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و نظامی ارتباط تنگاتنگ دارد؛ چنانکه امروزه عقیم‌سازی و تحدید نسل، ابزاری استعماری در دست استکبار جهانی برای سیطره بر کشورهای اسلامی است. بنابراین، فقیه در موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی موظف به محاسبه لوازم فرهنگی، اقتصادی و سیاسی تجویز عقیم‌سازی در گستره وسیع است؛ زیرا ارتباط وثیق نظام‌های اجتماعی، در برخی موارد موجب ایجاد تغییر در ماهیت اولیه افعال می‌شود و فقیه بدون توجه به آنها نمی‌تواند حکم مناسب و کارآمد را کشف و حیات جامعه دینی را مدیریت کند.

## ۲. وحدت ماهیت فقه و حقوق

چنانکه در مقدمه این نوشتار اشاره شد، درباره نسبت فقه و حقوق دیدگاه‌های متفاوتی میان

۱. نوری همدانی، حسین، «کنترل جمعیت»، ص ۴۷.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، احکام بانوان، ص ۲۴۱.

اندیشوران فقهی و حقوقی وجود دارد. برخی معتقد به یکی بودن فقه و حقوق و برخی معتقد به دوگانگی آنها هستند. طرفداران دوگانگی فقه و حقوق که اکثریت را در این نزاع تشکیل می‌دهند، رویکرد یکسانی در مسئله ندارند؛ برخی معتقدند هر کدام از فقه و حقوق مجموعه‌ای از حق‌ها و تکلیف‌ها هستند که هیچ نقطه اشتراکی با یکدیگر ندارند؛ در بنیادی‌ترین مفاهیم، احکام، ساختارهای نظری و عملی، آیین دادرسی و غیره کاملاً با یکدیگر متفاوت و متعارضند؛ هسته مرکزی فقه، تشریح و فتواست و رفتار مبتنی بر فتوا، بر مدار هستی‌شناسی الهی و اطاعت از اراده تشریحی خداوند می‌چرخد؛ در حالی که هسته مرکزی حقوق، قانون است که از یکسو امری مُدرن است و با نوعی خودبنیادی عقلانی هم‌زیستی دارد و از سوی دیگر، اصل قانونی بودن رفتار حقوقی، بر مدار ماهیت اومانیسیم و غایت بودن انسان می‌چرخد. بنا بر این دیدگاه، هیچ‌گاه جمع واقعی میان فقه و حقوق در یک نظام حقوقی واحد، به سامان نمی‌رسد و نمی‌توان قانون را در عالم فقهی و دینی موجه کرد.<sup>۱</sup>



برخی دیگر که دیدگاه منعطف‌تری درباره دوگانگی فقه و حقوق دارند - تحت تأثیر جو ژورنالیستی و غیرعلمی موجود در ایران و نه مبتنی بر معیارهای علمی - بر جدایی فقه و حقوق اصرار دارند. این گروه نیز - همانند دسته نخست - معتقدند که فقه و حقوق ماهیتی مستقل دارند و هر کدام راه خودشان را طی می‌کنند؛ با این تفاوت که از نظر ایشان، این استقلال مانع از همبستگی و تعامل آن دو نیست، بلکه به جای سخن گفتن از اتحاد، ادغام، یا تغایر و تخالف آنها باید بر نزدیک کردن فقه و حقوق متمرکز شد.<sup>۲</sup>

در مقابل این رویکردها، طرفداران یکی بودن فقه و حقوق، بر این باورند که حقوق در ساختار معارف اسلامی، بخشی (بخش معاملات و نه عبادات) از فقه است. در حقیقت، دانش فقه و دانش حقوق در «اعتبار عقلا» دو امر مستقل از یکدیگرند که هر کدام بر اساس غرض خاصی تدوین شده‌اند؛ یکی متکفل بیان احکام شریعت اسلام شده است و دیگری متکفل تنظیم قواعد حاکم بر جامعه و از این لحاظ، تفاوت در منبع، روش و حیطه موضوعات و ... می‌تواند موجب تمایز این دو دانش شود، اما «تحلیل عقلانی» نشان می‌دهد که باید فقه و حقوق را یک مقوله واحد دانست؛<sup>۳</sup> زیرا اولاً، این دو دانش دارای موضوع واحد، منابع مشترک و هدف همسان

۱. بیگدلی، عطاء الله، قانون‌شناسی درآمدی بر وضعیت حقوق در ایران، ص ۶۲-۶۸.

۲. کاتوزیان، ناصر، «رابطه فقه و حقوق»، ص ۱۹۸-۱۹۹.

۳. شاهنوش فروشانی، محمد عبد الصالح، «رابطه فقه و حقوق»، ص ۲۶.

هستند و ثانیاً، قاعده فقهی همه شاخصه‌های قاعده حقوقی را بدون استثناء داراست؛ هم کلی و عمومی است و هم الزام‌آور، هم تنظیم‌کننده روابط اجتماعی انسان‌هاست و هم برخوردار از ضمانت اجرایی دولتی.

از نظر این گروه، دلیل دوگانه‌پنداری ماهیت فقه و حقوق آن است که فقه - بر خلاف حقوق - در میدان حل مسائل جدید حضور نیافته است و همین امر به ظاهر موجب بروز تفاوت در دایره موضوعات فقه و حقوق شده است؛<sup>۱</sup> زیرا بسیاری از موضوعات مطرح در حقوق از قبیل بانک و معاملات کلان که در برخی موارد مورد معامله مال معنوی و فکری است، تجارت الکترونیک، حقوق راجع به حمایت از مصرف‌کننده، بیمه، شرکت، جرم سیاسی، قواعد مربوط به امور بین الملل و ... جایگاهی در فقه نداشته‌اند و برای فقها در گذشته مسئله نبوده است، اما چنانکه طرفداران این دیدگاه معتقدند، واقعیت آن است که بررسی یک موضوع در دانشی مثل فقه که متکفل تبیین وظایف مکلفان است، تابع مبتلا به بودن آن است؛ به طور عادی تا وقتی که جامعه با یک موضوعی درگیر نباشد و آن موضوع مسئله اعضای آن جامعه نباشد، ضرورتی برای بررسی آن در فقه وجود ندارد. اساساً فقه دانشی انتزاعی نیست، بلکه رسالت آن تمشیت امور فردی و اجتماعی است و تا پدیده‌ای در مقام عمل مورد احتیاج نباشد، مورد فقه‌ورزی قرار نمی‌گیرد. البته، این سخن به معنای محدود کردن فقه نیست؛ بر اساس مبانی کلامی برای هر فعلی از افعال آدمی به طور مستقیم یا غیر مستقیم حکمی وجود دارد؛ ولو آن حکم ایاحه باشد.<sup>۲</sup>

اما امروزه به دلیل پدیده مدرنیته و حرکت جوامع اسلامی به سوی مدرن شدن، کوله‌باری از مسائل جدید به سمت فقه سرازیر شده است و هر یک از آنها پاسخ مناسب و کارآمدی از فقه مطالبه می‌کنند. دانش حقوق برای مدیریت روابط اجتماعی، خود را متکفل پاسخ به این پرسش‌ها می‌داند و در این مسیر پیشرو بوده است. فقه اسلامی، هر چند در ورود به عرصه بررسی این مسائل کوتاهی کرده است، ولی این به معنای بیگانه بودن آنها از مباحث فقهی نیست. در ادامه، به نمونه‌هایی از مسائل جدید که در قلمرو مباحث فقهی قرار دارد، اشاره می‌کنیم:

۱. یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق در حوزه اقتصادی، «درآمدهای نامشروع» است که در کتاب مکاسب تحت عنوان «مکاسب محرمه» بحث می‌شود. بنابراین، گفت‌وگو درباره

۱. همان، ص ۲۱.

۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۳.



مکاسب محرّمه گفت‌وگو دربارهٔ نخستین بحث حقوقی در زمینهٔ اقتصادی، یعنی درآمدهای نامشروع است و تفاوت آنها در عنوان است. محور سخن شیخ انصاری در کتاب مکاسب این است که آیا شغل حرام، درآمدش هم حرام و نامشروع است یا ممکن است شغلی حرام باشد، ولی درآمدش مشروع باشد؟<sup>۱</sup> اگر این سؤال پاسخ داده شود، بخش عمده‌ای از اقتصاد مشروع و نامشروع از یک‌دیگر جدا می‌شوند. امروزه اگر در دانش حقوق از فساد اقتصادی بحث می‌شود، یک پایه‌اش رفتارهایی است که درآمد ناشی از آنها نامشروع است. فقهای قدیم، در ساختار اجتماعی سنتی خود، همهٔ مشاغل شبه‌ناک را از جهت درآمد مشروع یا نامشروع بررسی کرده‌اند، اما پس از ورود به دنیای صنعتی این بحث را دربارهٔ مشاغل جدید صنعتی ادامه نداده‌اند. اگر امروزه دانش حقوق این وظیفه را انجام داده است، این به معنای دوگانگی ماهیت حقوق با فقه نیست.

۲. بحث «بیع» یکی از مهم‌ترین محور مباحث فقها در معاملات است که مربوط به حوزه قراردادهاست. قراردادهای امروزه شاه‌کلید روابط اجتماعی به شمار می‌روند. بنابراین، فقها «قواعد عمومی قراردادهای» را در مکاسب مطرح کرده و از آن غافل نبوده‌اند، اما مباحث فقهی را متناسب با نیازهای جدید توسعه نداده‌اند تا قراردادهای جدید را پوشش دهد.

۳. «ارث» یکی دیگر از مباحث مهم فقهی است که در حقوق تحت عناوین جدیدی مانند «توزیع ثروت» می‌توان از آن گفت‌وگو کرد؛ زیرا اگر ارث را در حوزهٔ عدالت به بحث بگذاریم، ناظر به «عدالت توزیعی» خواهد بود و نه «عدالت معاوضی». در حوزهٔ عدالت، اگر به چگونگی توزیع اموال بپردازیم، وارد بحث «عدالت توزیعی» شده‌ایم، اما اگر دربارهٔ نسبت افراد به اموال توزیع شده بحث کنیم، «عدالت معاوضی» مورد بحث خواهد بود. فقها، ارث را بیشتر بر مبنای عدالت معاوضی که ناظر به «فلسفهٔ قانون‌گذاری» است، بحث کرده‌اند. بنابراین، سنخ مبحث ارث نیز کاملاً حقوقی است.

۴. بحث فقها در حوزهٔ مسئولیت مدنی و تا اندازه‌ای در حوزهٔ ولایات، نکاح و طلاق، همان مباحثی است که نظام‌های حقوقی مدرن تحت عنوان «روابط خصوصی، عمومی و بین‌المللی» از آنها بحث می‌کنند؛ تنها تفاوتی که وجود دارد این است که بحث فقها در بستر جوامع صد سال پیش است، یعنی با تغییر ساختارها و پدیدار شدن ساختارهای جدید، پاسخ‌های فقهی تغییر نکرده است. این وضعیت، موجب احساس دوگانگی میان فقه و حقوق شده است.

۱. انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، کتاب مکاسب، ج ۱، ص ۸۰۷.





۵. «حدود و تعزیرات» مهم‌ترین مباحث جزایی و جنایی مورد بحث در حقوق جزا هستند که در فقه به طور کاملاً تفصیلی به آن پرداخته شده است. بنابراین، سنخ مباحث جزایی نیز در فقه و حقوق واحد است.

بنابر آن چه گذشت می‌توان گفت که دیدگاه دوم (یکی بودن فقه و حقوق) صحیح‌تر است؛ زیرا اساساً ماهیت مسائل فقهی (غیر از عبادات) و حقوقی به دلیل وحدت موضوع و هدف یکسان است و تفاوتی میان ماهیت مسائل فقهی و حقوقی وجود ندارد. صرف این که ابعاد جدید یک مسئله، متناسب با نیازهای زمان مورد بررسی قرار نگرفته است، دلیل بر دوگانگی ماهیت دو دانش نمی‌شود.

در حقیقت، تفاوت میان نظام‌های حقوقی است؛ نه فقه و حقوق. توضیح آن که در جهان، نظام‌های حقوقی مختلفی وجود دارد: نظام حقوقی اسلام، کام‌لو، رومی-ژرمنی، سوسیالیستی و ... هر یک از نظام‌های حقوقی از اصطلاحات، قواعد، گروه‌بندی‌ها، ساختار، روش و ویژه بیان قوانین و روش تفسیر ویژه‌ای برخوردارند که در مجموع، ناشی از طرز فکری درباره نظام اجتماعی است و هر کدام در بستری از نیازها، مبانی فکری، زمینه‌های علمی و فرهنگی و در حوزه معین جغرافیایی شکل گرفته و در طول تاریخ دچار تحوّل و تکامل شده است.<sup>۱</sup> بر این اساس، نظام حقوقی اسلام در مبنا، منبع، ساختار، روش حل مسئله، تفسیر و تقنین با نظام‌های حقوقی دیگر متفاوت است؛ نظام حقوقی اسلام که بخش قابل توجهی از فقه را تشکیل می‌دهد، بر مبنای اراده تشریحی خداوند استوار است و قواعد آن ریشه در قرآن و سنت و برخی منابع دیگر دارد و برخلاف نظام‌های حقوقی غیر دینی صرفاً به دنبال برقراری نظم و امنیت، تحقق عدالت و توسعه جامعه و مدنیت نیست، بلکه به نیکبختی انسان در همه وجوه زندگی - اعم از دنیوی و اخروی - می‌اندیشد. بنابراین، حقوق ذاتاً محدود به امور دنیوی نیست و می‌تواند مستقیم یا غیر مستقیم به مسائل مربوط به روابط انسان با خدا مرتبط باشد، بلکه این نظام‌های حقوقی هستند که قواعد خود را یا بر مبنای اهداف دنیوی برنامه‌ریزی می‌کنند و یا بر مبنای اهداف دنیوی و اخروی.

مسئله مهمی که در اینجا باید به آن توجه کرد آن است که فقه و حقوق به دلیل ماهیت هنجاری خود عموماً در بستر نظام حقوقی یا به عرصه مدیریت اجتماعی می‌گذارند. از این منظر، فقه و حقوق گران‌بار از مبانی، اهداف، منابع، ساختار و منطق حاکم بر نظام حقوقی مربوط به خود

۱. حکمت‌نیا، محمود، «بومی‌سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی»، ص ۶۲.

هستند و نمی‌توان با نادیده انگاشتن این مسئله به راحتی حکم بر وحدت آن دو کرد؛ زیرا نظام‌های حقوقی همان‌طور که گفته شده با یک‌دیگر متفاوتند، بلکه از این منظر فقه و حقوق از دو جهان رقیب هستند؛ یکی به دنبال نظامی مبتنی بر عالم دینی و متناسب با مبانی و آموزه‌های الهی است؛ دیگری به دنبال نظامی مبتنی بر عالم انسانی و متناسب با مبانی و آموزه‌های عقل خودبسنده و مستغنی از آموزه‌های الهی است، اما فارغ از مؤلفه‌های معرفتی و ساختاری حاکم بر نظام‌های حقوقی و با تمرکز عقلانی بر ماهیت فقه و حقوق، می‌توان از فاصله فقه و حقوق کاست و تا پیوند میان آن دو پیش رفت؛ چنان‌که در سطور پیشین به آن پرداخته شد.

البته، شاید گفته شود تصور فقه و حقوق به عنوان ابزار مدیریت روابط اجتماعی، اما فارغ از مؤلفه‌های نظام حقوقی، اندکی غیر واقع‌گرایانه است؛ زیرا از یک‌سو، پدیده «نظام‌های اجتماعی» که فرآورده جهان مدرن بوده و همه ابعاد زندگی اجتماعی بشر را پوشش داده است، مانع از ظهور فقه و حقوق به صورت یک پدیده غیر نظام‌مند در مدیریت اجتماعی می‌شود؛ امروزه هر گونه ایفای نقش در عرصه اجتماعی صرفاً در قالب نظام اجتماعی که آمیزه‌ای از روابط درهم‌تنیده عناصر خرد و کلان است، امکان‌پذیر است. از سوی دیگر، در هر نظام اجتماعی از جمله نظام حقوقی، عناصر کلان در عناصر خرد آن که «قواعد» بخش مهمی از آنهاست، جاری و ساری است. از این‌رو، نه‌تنها شکل و قالب مواد قانونی خنثی نیست، بلکه تخلیه آنها از اقتضانات عناصر کلان جاری در آنها، غیر ممکن است. در پاسخ به این دغدغه می‌توان گفت اگر چه چنین تصویری از فقه و حقوق از نگاه نگارنده نیز مشکل است، ولی طراحی نظام حقوقی کارآمد در الگوی نظام کلان اسلامی، منوط به تبیین رابطه عمیق و روشن فقه و حقوق فارغ از استلزامات نظام حقوقی خاص است که این مهم از رهگذر تحلیل عقلانی ممکن است که به برخی ابعاد آن اشاره شد.

### ۳. پیامدهای یگانه‌انگاری فقه و حقوق

طراحی نظام حقوقی مستقل از بنیادهای حقوق غربی در الگوی کلان نظام اسلامی، مستلزم اتخاذ راهبردهای اساسی از جمله یگانه‌انگاری فقه و حقوق است. دوگانه‌پنداری فقه و حقوق و در نتیجه، مواجهه غیر مسئولانه فقه با مسائل مستحدث و نگاه تقلیدی نظام حقوقی به ساخته‌های حوزه حقوق تمدن غرب، موجب ناکارآمدی و برخورد خرد و دوگانه توأم با تردید با مسائل حیاتی نظام‌های اجتماعی می‌شود که نمونه آن را در مسائل مختلفی از جمله بیمه - به عنوان یک نهاد حقوقی تأمینی و





اقتصادی و عنصر ضروری دنیای صنعت - مشاهده می‌کنیم که مواجهه فقها با آن فراز و نشیب‌های بسیاری طی کرده است؛ در ابتدا مشروعیت آن را انکار و در نهایت، به‌عنوان عنصر ضروری و راهی برای برون‌رفت از مشکلات شناسایی می‌کنند.<sup>۱</sup> راه برون‌رفت از مشکلات ناشی از مواجهه با ساخته‌های تمدن غربی که نه تنها نظام حقوقی، بلکه همه نظایم اجتماعی کشور را فراگرفته است، یگانه‌انگاری فقه و حقوق و اتخاذ رویکرد نظام در فقه‌ورزی است تا نظام حقوقی اسلامی با نظریه‌پردازی مسئولانه، به حل بنیادین مسائل مستحدث و در نتیجه، کارآمدی نائل آید. در ادامه، برخی از مهم‌ترین پیامدهای یگانه‌انگاری فقه و حقوق بیان می‌شود.

### ۳.۱. توانمندسازی فقه در عرصه حل مسائل نوپدید

دوگانه‌پنداری فقه و حقوق در رویکرد غالب اندیشوران فقهی و حقوقی در کشور ایران موجب شده است تا از سویی، فقها مسائل جدید حقوقی را مسئله فقه تلقی نکرده و با شانه خالی کردن از مسئولیت بحث نظری درباره آنها، متدولوژی به‌روز و کارآمدی برای حل آنها تولید نکنند و از سوی دیگر، متولیان حقوقی و سیاسی، نهادهای جدید را که در بستر جوامع صنعتی شکل گرفته - بدون توجه به مبانی، ساختارها و قواعد بومی - اخذ کرده و در ساختار نظام حقوقی اسلامی به‌کاربندند. نتیجه چنین رویکردی، ناکارآمدی ساختارها و نهادهایی است که بدون بحث فقهی و تدوین ساختار و قواعد متناسب با مبانی و منابع نظام حقوقی اسلام، وارد ساختارهای حقوقی و سیاسی کشور شده است. این در حالی است که با یکسان‌انگاری مسائل فقه و حقوق، فقها و حکما قادر خواهند بود با ایجاد تغییر در متدولوژی استنباط فقهی از ادبیات عاریه‌ای حقوق ایران جلوگیری کنند. ادبیات حقوقی ایران - در حال حاضر - از ادبیات نظام حقوقی فرانسه، بلژیک و سوئیس، یعنی از اروپای برّی عاریه گرفته شده است که متدولوژی و ساختار حقوق آنها «قیاسی» است.<sup>۲</sup> امروزه روش قیاسی در بخش‌های مختلف حقوق - اعم از قراردادها، اموال، اشخاص و ... - پیاده شده است که نسبت به روش «استقرائی» که کشورهای اسلامی دیگری مانند پاکستان از انگلستان، یعنی اروپای بحری اخذ کرده ناکارآمدتر است. در ادامه، به دو مورد از مسائل فقهی - حقوقی که با یگانه‌انگاری فقه و حقوق می‌توان به تحلیل کارآمدتر آنها فائق آمد، اشاره می‌کنیم:

۱. حکمت‌نیا، محمود، «تغییر و ساخت و تفکیک آن از شناخت به‌عنوان راهبرد تحقق علوم انسانی اسلامی»، ص ۳۱۳.  
۲. داوید، رنه؛ ژوفره اسپینوزی، کامی، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ص ۴۱.

### ۳.۱.۱. شرکت‌های تجاری

مسئله محوری در شرکت‌های تجاری این است که با تکثیر روابط در ساختارهای جدید جوامع صنعتی، چگونه می‌توان استفاده حداکثری از مال و استفاده حداقلی از مسئولیت شخصی کرد؟ به عبارت دیگر، آیا صرف نظر از اشخاص و دارندگان اموال، خود اموال را نیز می‌توان مسئول قرار داد؟ این مسئله، مبنای تأسیس شرکت‌هاست. در این ساختار، دعاوی علیه اموال و نه اشخاص شکل می‌گیرد. ورود پدیده شرکت‌ها در نظام حقوقی ایران، به دلیل نهادهای مبتنی بر آن امری ناگزیر بوده است. چنانکه گفته شد، به دلیل دوگانه‌انگاری فقه و حقوق، فقها مسئولیت بررسی نظری آن را از خود سلب کرده‌اند؛ در حالی که این مسئله یک چالش صرفاً حقوقی و خارج از حوزه فقه نیست، بلکه چنانکه اشاره شد مسئله شرکت‌ها یک موضوع کاملاً فقهی است.

### ۳.۱.۲. توثیق اموال

«توثیق اموال» به معنای ایجاد قابلیت رهن اموال، یکی از مهم‌ترین ابعاد مسئله مصرف اموال است. رهن‌گذاری هر چه بیشتر اموال، موجب رونق اقتصادی و داد و ستد اموال می‌شود. یکی از استلزامات رهن‌گذاری، سند رسمی است که موجب شناسایی مالک می‌شود. در جامعه‌ای که سند رسمی وجود ندارد و معاملات بر اساس اسناد غیر رسمی و به عبارتی، قولنامه‌ای انجام می‌شود، به دلیل کاهش حضور اموال در بازار، فایده اقتصادی اموال کاهش می‌یابد. رویکرد غالب در جمهوری اسلامی ایران نسبت به اموال، رویکرد «اثبات مالکیت» است که از نظر شورای نگهبان سند غیر رسمی و قولنامه‌ای ظرفیت اثبات آن را دارد؛ در حالی که در نظام جدید اموال، مهم‌ترین بحث درباره اموال، توثیق و تضمین آنها برای استفاده حداکثری است که سند رسمی نقش جدی در این میان دارد.

ممکن است گفته شود که اصول و کلیات توثیق اموال در فقه وجود دارد و بحث جدیدی نیست و مسائل جدید از قبیل تطبیق بر مصداق است، اما حقیقت آن است مسائلی در این زمینه وجود دارد که مسئله حکمی است؛ نه موضوعی. برای مثال، رهن هواپیما یک مسئله کاملاً حکمی است؛ زیرا هواپیما به طور دائم در کشورهای مختلف که دارای نظام‌های حقوقی مختلف هستند، در حرکت است و از همین رو، اولاً، با تعارض قوانین مواجه است. ثانیاً، در بحث توثیق اموال درباره هواپیما، گفته می‌شود که هواپیما مالی است که ذاتش متحرک است؛ آیا چنین اموالی به طور کلی قابلیت توثیق دارند تا در رهن قرار گیرند؟





توثیق اموال متحرک، فرایند پیچیده‌ای دارد؛ زیرا الزاماتی دارد که تحقق همه آنها برای وضعیت فعلی نظام حقوقی ایران امکان‌پذیر نیست. برای مثال، ساخت هواپیما، عملیاتی کردن آن و تحصیل استانداردهای زیست‌محیطی، امنیتی و ...، صرفاً یک ساخت فیزیکی نیست، بلکه ایجاد یک موضوع حقوقی در ساختار حقوق جهانی است. بنابراین، پرواز هواپیما پیش از آنکه پرواز در آسمان نیلی باشد، پرواز در ساختارهای جهانی است. پیش‌نیاز ساخت هواپیما، صرفاً تعیین بودجه و ساخت موتور و صندلی و ... نیست، بلکه فراهم کردن مؤلفه‌های ساخت یک شخصیت حقوقی است که در فرودگاه‌های جهانی به رسمیت شناخته شود. هواپیما در منظر نظام‌های حقوقی غرب، صرفاً یک فناوری نیست؛ هواپیما ابزاری است که با الگوی به رسمیت شناخته شده هوانوردی، قابلیت حمل مسافر دارد. نظام حقوقی ما، باید در این سطح در موضوعات جدید وارد شود. در غیر این صورت هم فقه با این پدیده مواجهه ناقص خواهد داشت؛ زیرا هواپیما را یک پدیده صنعتی غربی تلقی کرده که حل مسائل آن بر عهده حقوق است و ارتباطی با فقه ندارد و هم نظام سیاسی کشور مواجهه ناقص خواهد داشت؛ زیرا هواپیما را یک پدیده کاملاً فنی خواهد دید که بدون التزام به استلزامات حقوقی آن دست به ساخت هواپیما خواهد زد.

### ۲.۳. فقدان خلأ قانونی

در حوزه دانش حقوق، پیش‌فرض‌های اثبات نشده‌ای مانند دوگانه‌پنداری فقه و حقوق اخذ و مبنای بسیاری از مباحث قرار گرفته است که پیامدهای چالش‌برانگیزی در نظام حقوقی به جای گذاشته است. یک از چالش‌های مهم در این حوزه، بروز خلأ قانونی بر مبنای پیش‌فرض مذکور است. خلأ قانونی، زمانی بروز می‌کند که فقه و حقوق دو چیز تلقی شود که این دوگانه‌پنداری خود ثمره اتخاذ رویکرد پوزیتیویستی به قانون است. در رویکرد پوزیتیویستی به نظام حقوقی، هر آنچه در جامعه معینی به مثابه قانون در نظر گرفته می‌شود، اساساً واقعیتی اجتماعی است.<sup>۱</sup> به قول غربی‌ها، «law as it is»؛ قانون به مثابه آنچه که هست؛ باید‌ها و نبایدهایی که در یک جامعه وجود دارد، همان قوانین هستند. این باید‌ها و نبایدها برای قانون بودن، نیازمند مفهوم «حجیت»، «اخلاقی بودن»، «صریح بودن» و ... نیستند.

۱. پترسن، دنیس، مکاتب معاصر فلسفه حقوق، ص ۴۹.

برای نمونه، جان آستین - نخستین فیلسوف اثبات‌گرا - با طرح «نظریه فرمان» به طرح‌ریزی نظریه پوزیتویسم حقوقی می‌پردازد. قانون در نظر آستین، عبارت است از فرمان شهریار؛ شهریار کسی است که مردم «به‌عادت» از او تبعیت می‌کنند.<sup>۱</sup> افراد وقتی به عادت از کسی تبعیت می‌کنند، این تبعیت تکیه به یک ضرورت ذهنی، اعتباری و اخلاقی و ضرورت هستی‌شناختی ندارد. قانون همان چیزی است که در عالم خارج اتفاق می‌افتد و آن عبارت است از رفتار مستمر مردم در جامعه به گونه‌ای که آن رفتار برای آنها الزامی تلقی شده است؛ در حالی که در واقع، هیچ ضرورتی وجود ندارد و مردم می‌توانند خلاف آن عمل کنند. حال این هنجار موجود در متن جامعه را چه کسی می‌سازد؟ یک مقام فرضی بالاتر که بالاتر بودنش فرضی است؛ مردم او را از خود بالاتر فرض کرده و به عادت از او اطاعت می‌کنند. در چنین رویکردی به قانون، بروز خلأ قانونی، امری طبیعی و منطقی است. چون شهریار یا آن کسی که قاعده و قانون را می‌سازد با توجه به آن‌که می‌داند مردم به عادت از او تبعیت می‌کنند، مجبور است برای کنترل رفتار اجتماعی، رفتارها را در قالب قواعد کلی دسته‌بندی کند. ابتدا مفاهیم کلی را در نظر بگیرد، سپس احکام را بر آنها بار کند. نتیجه این فرایند آن است که مجموعه‌ای از قواعد با موضوعات و احکام کلی شکل می‌گیرد و وقتی احکام در قالب قواعدی با موضوعات کلی ارائه می‌شود، به طور قهری همه موضوعات شخصی تحت پوشش آن مفاهیم کلی قرار نمی‌گیرد؛ چون خاصیت موضوعات کلی این است که در مواردی با هم تداخل و در مواردی هم تباین دارند. در نتیجه، مصادیقی یافت می‌شود که تحت پوشش هیچ‌کدام از موضوعات کلی نیست. از این رو، خلأ ایجاد می‌شود و بروز خلأ معنا می‌یابد. قانون‌گذار در این وضعیت موظف است که برای موارد جامانده، قاعده و قانون جعل کند.

در رویکرد غیر پوزیتیویستی به قانون، میان حقوق آن‌گونه که هست و حقوق آن‌گونه که باید باشد، رابطه ضروری وجود دارد. برای مثال، رونالد دورکین از مخالفان پوزیتویسم حقوقی، با باور به وجود معیارهای پیشین و ثابت برای اعتبار نظام حقوقی به نفی مفهوم اثبات‌گرایی می‌پردازد. از نظر او، تلقی حقوق به مثابه ترکیبی از قواعد، تنها ناظر به بخش محدودی از حقوق است، بلکه اصول کلی «عدالت» و «انصاف» که قوانین و قواعد مزبور از طریق موجه‌سازی ضمنی فرض می‌کنند، در این حوزه جای می‌گیرند.<sup>۲</sup> در چنین رویکردی به نظام حقوقی به طور



1. Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 21.

2. Bix, Brian H. "Legal Positivism." p. 41.

کلی امکان بروز خلأ قانونی وجود ندارد؛ چون همواره قواعد حقوقی در بستر یک اصل حقوقی متولد می‌شوند و با توجه به جریان دائمی اصول حقوقی در راستای تأمین اهداف کلان نظام حقوقی، هیچ‌گاه خلأ شکل نمی‌گیرد. بررسی روش شناختی استنباط قوانین و مقررات شرعی توسط فقها حکایت از وجود رویکرد مشابهی در فقه اسلامی است.

برای نمونه، بررسی آثار شهید ثانی (ره) نشان می‌دهد، همواره در استدلال‌های خود، پیش از رجوع به آیات و روایات مربوط به موضوع مسئله است، ابتدا یک اصل و قاعده عام بنا می‌کند و مسئله را ذیل آن جای می‌دهد، تا زمانی که اصل دیگری مسئله را از دایره اصل اولی خارج کند. برای مثال، در بیان حکم وقوع طلاق با کتابت «لا یقع الطلاق بالکتاب»<sup>۱</sup> از اصلی استفاده می‌کند که پیش‌تر بستر آن را پهن کرده است و آن عبارت است از: «أصالة بقاء النکاح» (اصل آن است که نکاح به وجود آمده، از بین نمی‌رود مگر آن‌که دلیل دیگری دلالت بر زوال آن کند). پس از این مرحله، به روایات مربوطه رجوع می‌کند تا حکم نهایی خود را اثبات کند. با این شیوه از استدلال، دیگر چیزی به نام خلأ قانونی معنا ندارد؛ چون همواره یک اصل گسترده وجود دارد که همه چیز را شامل می‌شود، مگر آنکه اصل و دلیل دیگری با اصل اول تراحم پیدا کند که در این فرض هم، حکم شرعی در بستر اصل جدید متولد می‌شود. چنانکه مشاهده می‌شود، در این رویکرد، هیچ‌گاه خلأ قانونی و یا به عبارتی، خلأ فقهی به وجود نمی‌آید. تنها مشکلی که در این میان وجود دارد، فقدان یا ابهام و عدم شفافیت برخی اصول است که از طریق ملاحظه روابط اصول و قواعد فقهی و نسبت‌سنجی اهمیت آنها، می‌توان به اصول عام و در نهایت به احکام فقهی روشن دست یافت.

### ۳.۳. تعامل نظام حقوقی اسلام با نظام‌های حقوقی بزرگ

یکی از عوامل مهوریت نظام حقوقی اسلام در عرصه بین‌المللی، فقدان تعامل و مفاهمه نظام حقوقی اسلام با دیگر نظام‌های بزرگ حقوقی است که به تعبیر رنه دیوید - در کتاب نظام‌های بزرگ معاصر که پیش از انقلاب ایران نگاشته شده - نظام حقوقی اسلام، به یک نظام حقوقی بازنشسته مبدل شده است که تحرکات جزئی دارد، ولی در صحنه عمل حاضر نیست. هر چند امروزه به دلیل تغییر شرایط سیاسی و شکل‌گیری حکومت اسلامی، نظام حقوقی اسلام از وضعیت پیش از

۱. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۶، ص ۱۴.



انقلاب خارج شده است، ولی برای حضور پررنگ در عرصه جهانی باید خود را با اقتضانات دنیای مدرن هماهنگ کند و در دنیای صنعتی و فراصنعتی زنده و فعال بماند. یکی از پیامدهای یگانه‌انگاری فقه و حقوق و بیگانه تلقی نکردن مسائل مورد ابتلای حقوقی، شکل‌گیری گفتمان فقهی. حقوقی و دست‌یابی به مفاهیم مشترک و با دست‌کم، نزدیک به هم است که توان تعامل با نظام‌های حقوقی بزرگ را دوچندان می‌کند. از جمله راهبردهای اساسی برای رسیدن به این هدف، بازتعریف و بازخوانی ساختار نظام حقوقی اسلام بر محور رویکرد فقه نظام است؛ توجه به «مفهوم حق و بررسی استلزامات آن» در بستر روابط عرضی یکی از مؤلفه‌های اساسی این بازخوانی است.

### ۳.۱. مفهوم حق و ضرورت بررسی استلزامات آن

نظام حقوقی در بازخوانی جدید، به منظور کسب توان مفاهمه با نظام‌های حقوقی دیگر و استفاده از ظرفیت‌های آنها، باید بر اساس چارچوب حق‌ها به قلمرو حل مسئله وارد شود یا دست‌کم موضع خود در رابطه با مسئله حق را تبیین کند. آنچه پیش از این در نظام حقوقی اسلام وجود داشته، آن است که روابط میان افراد و رابطه میان انسان و طبیعت که همه در یک گستره عرضی است، در ضمن یک رابطه طولی که رابطه انسان با خدا است، چارچوب‌بندی شده است. به عبارت دیگر، قواعد حاکم بر روابط افراد و رابطه انسان و طبیعت، با وجود آنکه در یک رابطه عرضی تعریف شده، در یک ساختار طولی که نمایان‌گر مفهوم تکلیف و پاداش خداوند بر انسان است، تعریف و چارچوب‌بندی می‌شود.

چنانکه پیش‌تر گفته شد، به دلیل غلبه رویکرد فردی و خرد در فقه، رابطه طولی و مفاهیم «مسئولیت» و «تکلیف» بیشتر مورد توجه بوده و مفاهیم روابط عرضی کمتر مورد توجه قرار گرفته است و در مواردی هم که از آن مفاهیم عرضی سخن به میان آمده، حمل بر مفهوم حکم و تکلیف شده است. اگر بخواهیم به این میزان از مفهوم حق بسنده کنیم، با مفهومی بسیار مضیق از حق مواجه خواهیم بود؛ همان‌طور که شیخ انصاری در اول کتاب بیع به مناسبت این بحث که چه چیزهایی می‌تواند عوض معامله قرار بگیرد، نوعی از احکام را مطرح کرده که دارای منفعت هستند و با اسقاط و انتقال آنها، می‌توان مالی در ازای آنها دریافت کرد که از آن تعبیر به حق می‌کند.<sup>۱</sup>

۱. انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۹.





حق در ادبیات امروزی (صد سال اخیر) به مثابه مطالبه است. حق، یعنی چیزی که می‌توان آن را از دیگری مطالبه کرد؛ در حالی که اصطلاح فقه برای همه اقسام حق، همان اصطلاح حکم است. بنابراین، نخستین کاری که باید در بازخوانی و بازطراحی ساختار نظام حقوقی اسلام انجام داد، نظریه‌پردازی درباره مفهوم حق در چارچوب رویکرد نظام است که غیر از چارچوب بحث حق و حکم در ادبیات رایج فقهی است. در مقام بازخوانی حق، باید مفهوم حق، ارکان حق، انواع حق، مبنای مشروعیت حق، نسبت حق با صاحبان آنها، نسبت دولت با حق مردم و نسبت مردم با حق دیگران تبیین شود. یکی از ابعاد مهم این بازخوانی، تبیین چرایی و چگونگی محترم شمردن حق مردم توسط دولت است؛ چرا که اعمال این وظایف در برابر حقوق مردم، متضمن تکلیف دولت در برابر خداوند است. به عبارت دیگر، رعایت استلزامات حق مردم توسط دولت، تکلیف و وظیفه شرعی دولت در برابر خداوند است.

### نتیجه‌گیری

حاصل تحلیل عقلانی رابطه فقه و حقوق، یگانگی سنخ مسائل این دو دانش است؛ زیرا اولاً، این دو دانش دارای موضوع واحد، منابع مشترک و هدف هم‌سانی هستند و ثانیاً، قاعده فقهی همه شاخصه‌های قاعده حقوقی را بدون استثناء داراست؛ هم کلی و عمومی است و هم الزام‌آور، هم تنظیم‌کننده روابط اجتماعی انسان‌ها است و هم برخوردار از ضمانت اجرایی دولتی. بر این اساس، فقه با احساس مسئولیت در قبال مسائل مورد ابتلای نظام‌های اجتماعی، ناگزیر از نظریه‌پردازی و تولید شیوه مناسب حل مسئله است. کارآمدترین شیوه در حل مسائل نوپدید، شیوه فقه نظام است که افزون بر توجه به الزامات رویکرد خرد و کلان در فقه‌ورزی، روابط عرضی عناصر نظام‌های اجتماعی را نیز مورد توجه قرار می‌دهد.

پیوند فقه و حقوق در بستر رویکرد غیر پوزیتیویستی به قانون، به بازخوانی و بازسازی نظام حقوقی اسلامی متناسب با الزامات حکمرانی با عنصر دولت می‌انجامد که توانمندی در حل مسائل نوپدید، امکان تعامل با نظام‌های حقوقی بزرگ و فقدان خلأ قانونی از ویژگی‌های بارز آن است.

### کتاب‌نامه

انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم



- انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- بیگدلی، عطاء الله، قانون‌شناسی درآمدی بر وضعیت حقوق در ایران، تهران: مؤسسه اشراق، بی تا.
- پارسانیا، حمید، جهان‌های اجتماعی، چاپ دوم، تهران: کتاب فردا، ۱۳۹۲ ش.
- پترسن، دنیس، مکاتب معاصر فلسفه حقوق، ترجمه: محمد مهدی ذوالقدر، تهران: ترجمان، چاپ اول، ۱۳۹۵ ش.
- حکمت‌نیا، محمود، «بومی‌سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی»، حقوق اسلامی، شماره ۷، ۱۳۸۴ ش. ص ۷۸-۶۱.
- حکمت‌نیا، محمود، «تغییر و ساخت و تفکیک آن از شناخت به‌عنوان راهبرد تحقق علوم انسانی اسلامی»، مجموعه مقالات کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی، دوره سوم، شماره ۱، پاییز ۱۳۹۶ ش، ص ۳۰۹-۳۳۲.
- داوید، رنه؛ ژوفره اسپینوزی، کامی، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص: سید حسین صفایی، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۹۵ ش.
- شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، «رابطه فقه و حقوق»، فصلنامه گفتمان حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش، ص ۲۸-۹.
- شفیعی سروستانی، ابراهیم، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی آسیب‌ها و بایسته‌ها، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵ ش.
- صدر، سید محمد باقر (شهید صدر)، همراه با تحوّل اجتهاد، قم: انتشارات روزبه، ۱۳۵۹ ش.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۴ ش.
- کاتوزیان، ناصر، «رابطه فقه و حقوق»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد ۱۳۸۳، ص ۱۸۷-۲۰۰.
- مکارم شیرازی، ناصر، احکام بانوان، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع)، چاپ یازدهم، ۱۴۲۸ق.
- نوری همدانی، حسین، «کنترل جمعیت»، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۳۳، بهار ۱۳۸۲، ص ۴۷-۵۸.

Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Bix, Brian H. "Legal Positivism." In *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson. Blackwell, 2005.

