

بررسی مبانی اجتماعی هنجارهای حقوقی شریعت

مهرزاد ابدالی*

استادیار دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)، تهران، ایران

دریافت: ۸۴/۹/۲۰

پذیرش: ۸۵/۲/۲۶

چکیده

در بسیاری از آثار نویسندگان داخلی و خارجی، واژه شریعت معادل حقوق اسلامی به کار رفته است در صورتی که گستره مفهومی شریعت از حقوق اسلامی بیشتر است؛ از این رو شریعت معادل دین و شرع و به تعبیر دقیقتر، همان احکام واقعی الهی است. استنباط فقها از متون مقدس دین اسلام (کتاب و روایات) به عنوان حقوق اسلامی مطرح است و هر چند حقوق اسلامی در سیر تاریخی خود همواره هنجارهای اجتماعی را مد نظر داشته اما این ارتباط بتدریج کم شده است. به نظر می رسد این امر موجب ناهمگونی پاره ای از احکام حقوق اسلامی با هنجارهای اجتماعی شده است. طرح نظریه زمان و مکان به وسیله امام خمینی (ره) و نظریه مقاصد شریعت به وسیله شاطبی (از فقه های اهل تسنن)، برای ایجاد این هماهنگی ارائه شده است. براساس این نظریه ها و با توجه به تغییر هنجارهای اجتماعی، تحول در برخی از احکام حقوق اسلامی نیز اجتناب ناپذیر است؛ در غیر این صورت بیشتر شدن فاصله هنجارهای اجتماعی و حقوق اسلامی سبب ایجاد تقابل بین آنها می شود.

کلیدواژه ها: هنجارهای اجتماعی، هنجارهای حقوقی، شریعت، فلسفه فقه.

۱- مقدمه

حقوق اسلامی یکی از نظام های حقوقی مطرح در دنیای امروز است که ارزیابی جایگاه آن در مقایسه با نظام های حقوقی عرفی، از جهات متعددی توجه پژوهش های علمی- حقوقی را به خود معطوف ساخته است. یکی بودن حقوق اسلامی با مفاهیم و ارزش های مقدس دینی، نه

E-mail: mehrzad.abdali@gmail.com

* نویسنده مسئول مقاله:



تنها پژوهشهای درخوری از حیث منشأ و آثار اجتماعی می‌طلبد بلکه قلم باید به وقت نوشتن با احتیاط و همراه با حزم قدم بردارد. زیرا از طرفی باید دغدغه حفظ و حرمت متون دینی ناظر بر حقوق را داشت و از طرفی باید در تحلیل ماهیت آن، واقعیت‌های جامعه را از نظر دور نداشت. بی‌دقتی در حقوق اسلامی سبب تعرض به دین و در نتیجه به پست‌راندن حقوق دینی می‌شود. موضوع قابل توجه در این نوشتار از سویی بررسی علل عدم توازن و گاه تعارض میان هنجارهای شناخته شده در مفاهیم تاریخی- سنتی حقوق اسلام و از سوی دیگر توجه به بسیاری از هنجارهای اجتماعی موجود در جوامع اسلامی و غیراسلامی است. به بیان دیگر، سؤال محوری مقاله حاضر این است که آیا می‌توان هنجارهای اجتماعی را در رویکردهای حقوقی اسلام لحاظ کرد یا این‌که باید مبانی هنجاری حقوق اسلامی را کاملاً الهی دانست، بنابراین از هنجارهای اجتماعی جداست؟

این سؤال بعضاً از منظرهای کلامی و فقهی مورد توجه است. اما در این مقاله سعی شده ارتباط هنجارهای اجتماعی با حقوق اسلامی از زوایای تاریخی- حقوقی بحث و بررسی شود. به اعتقاد نگارنده، نگاه تاریخی- حقوقی به مقوله مذکور بیش از سایر موارد می‌تواند در این زمینه راهگشا باشد. شیوه بحث در این مقاله با آنچه تاکنون به وسیله نویسندگان دیگر گفته شده متفاوت است، زیرا تاکنون بحث‌های ناظر بر امکان تحول در احکام فقهی با شیوه‌ای درون فقهی صورت گرفته و از منظر نگاه بیرونی کمتر به آن توجه شده است.

۲- طرح کلی نظری

واژه شریعت در لغت به معنای مشرب، طریق و راه رسیدن به آب است [۸، ص ۱۷] و در اصطلاح عبارت است از مجموعه مقرراتی که مسلمانان زندگی مؤمنانه خود را بر مبنای آن تنظیم می‌کنند و بر همین اساس به آنان متشرعین (اهل شرع) گفته می‌شود. شریعت در این معنا مترادف با واژه «شرع» و «دین» است و شامل مسائل اعتقادی، اخلاقی و عبادات و معاملات به معنای اعم می‌شود. با این توضیح شریعت را نمی‌توان معادل فقه (حقوق اسلامی) دانست، زیرا از گستره مفهومی و مصداقی وسیع‌تری برخوردار است. از این گذشته، باید بین دو مقوله «شریعت» و «فهم از شریعت» تفکیک قائل شد [۲، ص ۲۷۴] و این مسأله در علم اصول پیشینه بلندی دارد هرچند عنوانی متفاوت است. در کتب اصولی بحثی تحت عنوان «نظریه تخطئه» و «نظریه تصویب» مطرح است که تأمل در آن، وجود تفکیک میان

شریعت (دین) و فهم از شریعت (معرفت دینی) از نظر علمای امامیه را ثابت می‌کند. از نظر مخطئه ممکن است استنباط فقیه از متون (آیات و روایات) با حکم واقعی الهی در تخالف و یا تعارض باشد از این رو، استنباط مذکور هم بر فقیه و هم بر مقلد حجت است؛ یعنی پس از کشف تخالف یا تعارض، نه تنها بر هیچ‌کدام عقابی از این جهت مترتب نمی‌شود بلکه حتی ماجور نیز هستند. به همین خاطر گفته شده است: «للمصیب اجران و للمخطئین اجر واحد». اما بنا بر نظر مصوبه - که بعضی از علمای اهل سنت بر آن هستند - هر فتوایی که فقیه در مقام اجتهاد به آن دست یابد قطعاً حکم الهی است حتی اگر با فتوای فقیه دیگر در همین خصوص در تعارض باشد. در واقع مطابق این نظر تحصیل هر حکمی از طریق اجتهاد، حکم الهی است و اگر معلوم شود در موردی خاصی چند فتوای متفاوت وجود دارد باید همه آنها را حکم الهی دانست. [۳، ص ۷۳]. نظریه تخطئه، منطقی به نظر می‌رسد زیرا پذیرش قول تصویب به معنای پذیرفتن وجود تشّت و بعضاً تعارض در احکام الهی است. در نتیجه می‌توان قائل بود: اولاً، در افق دانش فقهی علمای امامیه اگرچه هرگونه کوشش روشمند برای استنباط احکام شریعت از متون مقدس مسلمانان (آیات و روایات) در زمره منظومه عظیم فقه قرار می‌گیرد، اما چون این فهم فقهی لزوماً مطابق با حکم واقعی نیست نباید شریعت مسلم فرض شود. ثانیاً، حتی بر فرض این همانی «معرفت از شریعت» با «شریعت» (بنابر نظریه تصویب)، معرفت فقهی جزئی اگرچه وسیع از شریعت است اما همه آن نیست. بنابراین و به تعبیر اهل منطق باید قائل به وجود رابطه عموم و خصوص من وجه بین مفاهیم شریعت و حقوق اسلامی (فقه) شد. زیرا قول به وجود رابطه عموم و خصوص مطلق بین آن و هرگونه حکم فقهی را شریعت تلقی کردن، هماهنگی نظری با اهل تصویب است. از این رو شریعت در گفتمان حقوقدانان نواندیش مسلمان، به معنایی هم ارز «فقه» به کار نمی‌رود. در این گفتمان، عبارت از تفسیری است که فقها در احکام فرعی از شریعت ارائه می‌دهند. در این گفتمان، منظور از حقوق اسلامی آن دسته از احکام استنباطی شرعی است که ناظر بر عادات (در مقابل عبادات) است. در واقع لزوم تفکیک بین شریعت از یکسو و فقه و قانون (مقررات وضع شده از طرف دولت) از سوی دیگر در مقام القای این نکته است که شریعت ماهیتی کاملاً الهی دارد و دلیل الزامی بودن احکام آن نیز ریشه در همین جنبه الهی بودن آن دارد. به نظر می‌رسد این تلقی مفهومی از شریعت در خصوص تمامی احکام فقهی - حقوقی، سبب قطع رابطه بین هنجارهای اجتماعی و حقوقی شناخته شده در شریعت می‌شود. همچنین سبب



ظهور این تصور خطا می‌شود که احکام حقوق اسلامی در فضایی انتزاعی و فارغ از چگونگی واقعیتهای اجتماعی در قلمرو جوامع در حرکت است.

بررسی این که آیا هنجارهای حقوقی شریعت فقط ریشه الهی دارد و در نتیجه ثابت و لایتغیر است یا این که ریشه بسیاری از این هنجارهای حقوقی را می‌توان در واقعیتهای اجتماعی سراغ گرفت، از جمله مباحث مربوط به فلسفه حقوق است که می‌توان آن را تحت عنوان فلسفه فقه نیز مطرح کرد. از آنجا که نگاه در فلسفه فقه و حقوق، نگاه بیرونی و توصیفی است هیچ گونه حکم فقهی مثلاً بر لزوم ثابت یا متغیر بودن احکام صادر نمی‌شود، زیرا چنین حکمی شامل علوم دستوری و درون دینی است و از حوزه فلسفه فقه و حقوق خارج می‌شود. بنابراین هدف مباحث مربوط به فلسفه فقه، مدلل ساختن مسأله ثبات یا تغییر در احکام شریعت و یا صدور حکم بر لزوم وجود ارتباط قطعی میان هنجارهای اجتماعی و حقوقی شریعت و یا نفی آن نیست، بلکه هدف این است که با نگاهی بیرونی به قلمرو حقوق اسلامی معلوم شود که این ارتباط وجود دارد یا نه. به بیان دیگر، در این مباحث ارتباط هنجارهای اجتماعی با هنجارهای حقوقی شریعت از حیث «است» بررسی می‌شود نه از حیث «باید».

فلسفه فقه با این عنوان در کتب فقهی و اصولی مذاهب فقهی پنج‌گانه، مطرح نشده است؛ هرچند ماهیت بسیاری از مباحث مطرح در علم اصول فقه را می‌توان از سنخ مباحث مطرح در فلسفه فقه و حقوق دانست. به تعبیر واضحتر علم اصول، بویژه اصول فقه امامیه از بسیاری جهات همان فلسفه فقه است. مباحثی از قبیل، حجیت - که در فلسفه حقوق تحت عنوان «اعتبار حقوقی»^۱ از آن بحث قرار می‌شود - و نیز ماهیت قضایای حقوقی از حیث اخباری یا انشایی بودن، ملاکهای احکام و مسائل مربوط به مصلحت و تمام مباحث مربوط به مبادی تصویری و تصدیقی احکامی (نه لغوی) شامل مباحث فلسفه فقه و در نهایت فلسفه حقوق است. در واقع با نگاه فلسفه فقه - که نگاه بیرون از فقه است - مجموعه عظیم و منظم دستگاه فقهی برای کشف مقاصد شریعت و روند هماهنگی آن با نظام اجتماعی اسلام مطالعه می‌شود. یکی از صاحب‌نظران در این زمینه اظهار می‌دارد: «امروزه فقهای ما فقط به دنبال اجتهاد درباره احکام دین هستند و درباره عبادات و غیر عبادات به همین حد بسنده می‌کنند که بگویند حکم این مسأله این است، اما آنچه در حقیقت بدان نیاز است اجتهاد در پرتو اهداف

1. legal validity

دین است به عنوان مثال عدالت یکی از اهداف اساسی دین است، حال اگر استنباط مجتهدی بر خلاف عدالت است باز هم قابل اعتنا است؟» [۴، ص ۲۳۱].

از آنجا که بررسی مسأله انعکاس هنجارهای اجتماعی در احکام فقهی و ایجاد تلاطم میان آنها از زاویه مقاصد شریعت، اهمیت بسیاری دارد، در مباحث بعدی مفهوم هنجار و چگونگی حضور آن در احکام فقهی بررسی می‌شود.

۳- هنجار

هنجار به معنای روش، رفتار، قاعده و به‌طور کلی امر هنجاری به امر الزامی، مقتدر، معیار محور و قاعده مند تعریف شده است [۵، ص ۷۵]. بنابراین هنجار ارزشهای اجتماعی است که در بستر زمان به حدی قوام یافته که به مثابه بایدهای جامعه تلقی می‌شود. در معانی فوق بین حقوقدانان و جامعه‌شناسان اختلافی نیست اما در خصوص مبانی هنجار اختلاف نظر وجود دارد. جامعه‌شناسان با انتساب عامل هنجار به رفتارهای انسان، مبنای هنجار را در نظم اجتماعی جستجو می‌کنند. از دید آنان، هنجارها ضمن شکلدهی به رفتار آدمیان بر پذیرش نظم هنجاری^۱ آنان نیز مؤثرند. آنان معتقدند حقوق اساساً یکی از نظمهای هنجاری موجود در جامعه است که در کنار سایر هنجارها قرار می‌گیرد و از جهت مبنایی با آنها تفاوتی ندارد [۶، ص ۲۳۶]. بسیاری از حقوقدانان بر خلاف نظر جامعه‌شناسان، هنجارهای حقوقی را از هنجارهای اجتماعی تفکیک می‌کنند. از نظر آنان، حقوق پدیده‌ای هنجاری است که ریشه الزامی‌اش از قدرت حاکم نشأت می‌گیرد. طرفداران مکتب اثبات‌گرایی حقوق^۲ - که آن را به حاکمیت پیوند می‌زنند - حقوق را به مثابه نظم هنجاری تلقی نمی‌کنند. از نظر آنان هنجارها تعبیر دیگری از ارزشها، اخلاقیات و معیارهای انتزاعی هستند یعنی اموری که جنبه متافیزیکی و ذهنی دارند نه واقعیتهایی مادی و اثبات‌پذیر [۷، ص ۱۹۰]. بنابراین هنجارهای اجتماعی نمی‌توانند مبانی هنجاری حقوق به شمار روند، زیرا هنجارهای حقوقی در نظام حقوقی تحقق می‌یابند. اچ. ل. ای. هارت^۳، مشهورترین فیلسوف انگلیسی مکتب اثبات‌گرایی حقوق، در نوشته‌های خود از واژه هنجار استفاده نکرده است اما حقوق را به دو دسته قواعد اولی و ثانوی تقسیم کرده است. از نظر وی قواعد اولی معیار و قدرت قواعد ثانوی را تدارک

1. normative order
2. legal positivism
3. H. L. A. Hart

می‌بینند، به این معنا که قواعد دسته دوم (ثانویها) الزامی هستند زیرا بر قواعد دسته اول (اولیها) بنا شده‌اند [۸، ص ۷۷]. از این رو می‌توان قواعد اولی مورد نظر هارت را همان مبانی هنجاری حقوق دانست. هانس کلسن^۱، فیلسوف اتریشی-آمریکایی، نیز واژه «هنجار پایه‌ای»^۲ را در همین معنا به کار برده است [۲، ص ۱۰۶]. البته باید توجه داشت هارت و کلسن «مبانی هنجاری» را در حوزه نظام حقوقی مطرح می‌سازند نه در حوزه شمارش هنجارهای مربوط به نظم اجتماعی. اصطلاح «هنجار پایه‌ای» در تعبیر کلسن فقط ناظر بر اعتبار قانونی خاص است نه مبانی هنجاری کلیت یک نظام حقوقی. با این وصف، هنجار پایه‌ای از تبیین دلایل مقبولیت حقوق نزد مردم عاجز است. نظریه‌های حقوقی مکتب اثبات گرایی حقوق، توجه خود را بر محوریت قدرت قهری دولت و ترس از ضمانت اجراهایی متمرکز ساخته که دلیل کافی برای توجیه اطاعت مردم از قانون است [۹، ص ۱۹۷]. به نظر می‌رسد این مفهوم از حقوق مناسب رژیمهای استعماری و دولت-ملت‌هایی است که جانشین آنها شده‌اند. امروزه ضعف نظری این مفهوم (تکیه آن بر دولت و اجبار) به تدریج در مسأله جهانی شدن و حقوق بشر، خود را بیشتر و بهتر نشان می‌دهد. ضعف نظریه مکتب تحقیقی حقوق، لزوم ارتباط رویکرد جامعه‌شناسانه به مطالعه حقوق را برای فهم درخورتر چگونگی ارتباط هنجارهای حقوقی با هنجارهای اجتماعی تأیید می‌کند. به تعبیر دیگر، برای درک مسأله مقبولیت حقوق در میان مردم باید به تحقیق عمیق در مبانی هنجاری-اجتماعی حقوق پرداخت. همچنین باید توجه کرد که می‌توان از تأمل در علت ضعف نظری مکتب تحقیقی حقوق، در بررسی و تبیین سایر نظمهای هنجاری از جمله هنجارهای حقوقی شریعت بهره جست. زیرا تبیین و فهم مبانی هنجارهای حقوقی شریعت با رویکرد مکتب تحقیقی حقوق چنان که باید ممکن نیست. پیش از هر چیز باید به این نکته نیز توجه کرد که اغلب در مطالعات راجع به حقوق اسلامی از مسأله تبیین مبانی هنجارهای حقوقی شریعت غفلت شده است. این امر سبب شده نه تنها در مواردی، میان پاره‌ای از احکام شریعت، اموری متناقض نما^۳ تصور شود، بلکه کشمکشهای بی‌حدی بین کسانی که شریعت را قانون مطلق و دائمی خداوند برای تمام انسانها در تمامی قلمرو زمین می‌دانند از یک طرف و کسانی که اجرای آن را در جهان امروز ممکن نمی‌دانند از طرف دیگر به وجود آید [۱۰، ص ۷۰].

1. Hanse Keksen
2. basic norm
3. paradoxical

۴- بازتاب هنجارهای اجتماعی در فقه

فقها عموماً در گذشته نسبت به این موضوع کاملاً آگاه بودند که آشتی دادن بین هنجارهای حقوقی و اجتماعی امری ضروری دائمی است. آنها در صدد توجیه احکام فقهی به گونه‌ای بودند که حتی‌الامکان با عرف و هنجارهای حقوقی شناخته شده (جز در مواردی که در تقابل روشن با مقررات فقهی بود) هماهنگ باشد. با توجه به تغییر مبانی هنجاری تأسیسهای نوین اجتماعی و تحول مفاهیمی از قبیل (خانواده، مالکیت، حقوق، مسئولیت بزهکاری، فرمانبرداری مدنی، نظم اجتماعی، آداب مذهبی، روابط بین‌المللی، جنگ، صلح و حقوق شهروندی) بویژه در دو قرن اخیر و همچنین به لحاظ ضعف ساختارها و تأسیسهای فقهی- سنتی در مواجهه با انتظارات و مطالبات اجتماعی، ضرورت عطف نگاهی دیگر و در انداختن طرحی نو در تحلیل مبانی هنجارهای حقوقی شریعت برای همه کسانی که درد دین دارند دو چندان شده‌است. زیرا نگرستن بر اساس مبانی سنتی، به‌افزایش فاصله افتادن میان شریعت و واقعیات اجتماعی انسان امروز می‌انجامد. البته تذکر این امر برای همنوایی با کسانی نیست که ادعا کرده‌اند: «شریعت امروز قابل اجرا نیست. برخی از قوانین آن از جمله موارد مربوط به تجارت و اقتصاد کهنه هستند برخی دیگر از قبیل موارد راجع به بردگی، دیگر معتبر نیستند و سایر قوانین آن عمدتاً در تقابل با حقوق بین‌الملل، حقوق بشر و قوانین مربوط به آزادی فردی هستند زیرا برابری دینی و جنسی بین مرد و زن را رد می‌کنند» [۱۱، ص ۱۰۴]. همچنین به معنای تأیید نظر یکی از روشنفکران سوریه بنام صادق‌العزم نیست. او معتقد است: «در فرهنگ اسلامی بین اعتقاد و تاریخ تناقض وجود دارد. از نقطه نظر تاریخی، فرهنگ اسلامی کاملاً عملگرا^۱ است و منعطف به جامعه، اما از لحاظ اعتقادی، خشک^۲ و انعطاف ناپذیر است» [۸۲، ص ۲۴۱]. هر دو نظر مذکور از نظر صاحب این نوشتار برخاسته است. زیرا سخن اول ناشی از عدم آشنایی روشمند منتقد با اصل اجتهاد فقهی و سخن دوم متضمن نوعی ناسازگاری درون کلامی است. نکته قابل توجه این است که اگر الزامی بودن حقوق شریعت را منحصرأ ناشی از منشأ الهی آن بدانیم و آن را از هنجارهای اجتماعی منفک کنیم، تلقی این مفهوم از حقوق اسلامی را به نظریه‌های اثبات گرایی حقوقی قرین ساخته و می‌توانیم آن را اثبات گرایی فقهی بنامیم. بی‌جهت نیست که طرفداران این نظر اساس حکومت را در حوزه حقوق و قدرت تعریف می‌کنند. به‌عنوان مثال سید قطب، یکی از نظریه پردازان اهل تسنن،

1. pragmatic
2. literal



صریحاً اعلام می‌کند حکومت خداوند هم معنای حکومت شریعت (فقه) است [۱۳، ص ۷۲]. بعضاً چنین نظری را قاعده‌ای حقوقی نیز تلقی کرده‌اند [۱۴، ص ۴۹]. بعضی دیگر از نظریه پردازان مسلمان به نام *اصول‌گرایان*، در مقام بازسازی شریعت نه بر اساس فقه سنتی بلکه ارائه تفسیر جدیدی از سنتند. آنان بر حذف آن دسته از هنجارهای حقوقی مصنوعی (هنجارهایی که ریشه در فقه ندارند) اصرار دارند که در طی دوره‌های استعماری و متأثر از دیکته‌های ناسیونالیسم و مدرنیته به وجود آمده‌اند [۱۵، ص ۲۱۹]. برای فهم مدرنیته از دیدگاه اینان، باید آن را با نظریه سنتی شریعت مقایسه کرد. اصول‌گرایان هم با سنت‌گرایان که در پی احیای فقه هستند و هم با سلفیها که معتقد به بازگشت به سنت پیامبرند، تفاوت دارند. البته این امر بدان معنا نیست که گفتمان درباره شریعت فقط از همین نقطه نظر قابل طرح است، زیرا بسیاری از نویسندگان مسلمان آن را از جهات دیگر نیز تحلیل کرده‌اند. اما طرح تفاوت بین نظریه‌های مذکور به نحوی که بیان شد برای توجه دادن به این بحث محوری است. یعنی هم اصول‌گرایان و هم سکولاریستها محور بحث خود را «هنجاری بودن حقوق شریعت» قرار داده‌اند با این تفاوت که مورد قبول اصول‌گرایان و انکار سکولاریستهاست. به بیان دیگر هر دو گروه در مورد طرح موضوع مبانی هنجاری - حقوقی شریعت فقط از زاویه بیان تفاوت میان اصول‌گرایان، سنت‌گرایان و سلفیها (در حوزه نظم اجتماعی) اتفاق نظر دارند [۱۲، ص ۲۱۴]. در واقع عدم توجه به این واقعیت که مبانی هنجاری شریعت در نظم اجتماعی نهفته است، در چند سطح سبب به وجود آمدن تعارض بین هنجارهای حقوقی و اخلاقی در تاریخ حقوق اسلامی شده است.

در سطح سیاسی، اخلاق در معنایی ایده‌آل طرح شده در حالی که حقوق بیش از پیش به عرصه عمل معطوف است. مفهوم شریعت به مثابه حقوقی الهی تغییر ناپذیر، در مقابل بعضی از هنجارهای اجتماعی ایستاده است. برای برقراری توازن بین این تناقضات، دکترین‌های سیاسی (سیاسیات) یا اصل حکومت، مطرح و رو به گسترش است. دکترین وجود نظم‌های هنجاری و حقوقی چند گانه را در جامعه مسلمانان بعضاً با تأسیسات اضطراری، چون نظریه مصلحت توجیه کرده‌اند. این توازن ظریف نیز با پیدایش تأسیس جدید و پر قدرت ملت - دولت تاب مقاومت ندارد. امروزه فراخوانی شریعت به مثابه حریفی قدر برای دیگر نظام‌های حقوقی، آن هم با تکیه بر مبانی منعطف به گذشته، کشمکشها و تعارضاتی را در نظم‌های سیاسی اسلامی به همراه دارد. حل این تناقضات و کشمکشها در گرو توجه بیشتر

فقه به عقلانیت در عرصه سیاست است، زیرا به نظر می رسد فقه سیاسی بستر عقلایی خود را از دست داده است [۱۶، ص ۱۷۰].

در سطح اجتماعی، بردگان، زنان و غیر مسلمانان کسانی هستند که در تعارضات بین ایده‌آلهای عدالت محور حقوق مبتنی بر شریعت و هنجارهای اجتماعی در فرهنگ مسلمانان بیش از همه تحت تأثیر قرار گرفته‌اند. روح شریعت، آزادی، برابری و عدالت را ندا می‌دهد اما سطح بندیهای اجتماعی در جوامع مسلمان که مبتنی بر وضعیتهای جنسیتی و مذهبی است به این ایده‌آلها اجازه اجرا نمی‌دهد. در اثر این هنجارهای اجتماعی، حقوق اسلامی به تعارضات موجود در فقه در نحوه برخورد با زنان، غیر مسلمانان و بردگان به صورت قابل توجهی در قرن حاضر چشمگیر شده‌است. چنانچه به گفتمانهای جهان اسلام در خصوص الغای برده-داری در اوایل قرن نوزدهم توجه کنیم به این نکته اذعان خواهیم داشت که فقه به مثابه حقوقی الهی اجازه بازنگری نسبت به مسأله برده‌داری را نمی‌دهد، یعنی آن را موضوعاً منتفی می‌داند نه حکماً [۱۷، ص ۲۸۵].

به نظر می‌رسد زمانی که هنجارهای تاریخی- اجتماعی جذب شریعت شد به واسطه تلقی مفهومی که از الهی بودن شریعت وجود داشت، این هنجارها نیز به مثابه هنجارهایی تغییر ناپذیر و الهی تلقی شد. بستر اجتماعی- تاریخی که فقه در آن تکیه یافت، تحت نفوذ مقتدر و مقدس دین جدید (اسلام) به همه احکام فقهی جنبه الهی و در نتیجه ابدی داد.

در سطح دین، اهل تصوف به‌رغم انتقادهای جدی- که بر نحوه تعامل آنان با احکام دینی وارد است- اولین کسانی بودند که به وجود تعارض بین هنجارهای اجتماعی و ارزشهای اخلاقی اسلامی اشاره کردند. صوفیان از رویکرد ظاهری و حقوقی به تکالیف دینی انتقاد قرار کردند. پیشنهاد آنان این بود برای اقناع مردم به تسلیم در برابر مقررات شریعت، باید به‌جای اعمال فشار و روی آوردن به مجازات، بر معنای باطنی شریعت و تقید شخصی متشرعین به‌عنوان انگیزه اصلی دینداری، تأکید شود [۱۸، ص ۲۱۱]. در واقع صوفیان تکیه بر قدرت دنیوی را مورد انتقاد قرار دادند. صوفیان بر خلاف فقها که در جهان متون زندگی می-کنند، به مردم و هنجارهایشان نزدیک شدند. در اکثر کشورهای اسلامی صوفیان به ارائه نگاه مردم محور و آزاد به دین اسلام پرداختند [۱۷، ص ۲۳۵]. البته نباید تصور کرد فقها با مردم هم فکر نبودند ولی در اغلب موارد به گونه‌ای انعطاف ناپذیر و در حد ظواهر شرعی به تفسیر متون می‌پرداختند. در واقع آنان برای حل تعارضات بین احکام و هنجارهای اجتماعی حتی‌الامکان به اموری از قبیل ضرورت، مصلحت، تزاحم، عناوین ثانوی و اضطراری و



نظریه‌هایی از این قبیل متوسل می‌شدند. اما این امر قادر به رفع تعارضات به‌طور کامل نبوده و نیست؛ زیرا نظریه‌های مذکور در حوزه‌های مختلف حقوق به مثابه هنجارهایی حقوقی، نهادینه نشده‌اند. با وجود این، با تلاش برخی از حقوقدانان مسلمان نظریه‌های حقوقی به گونه‌ای بسط یافت که بتوانند موضوع پژوهشی مبانی هنجاری شریعت را در رفتار اجتماعی و عرف مردم نهادینه کنند. به نظر می‌رسد نظریه مقاصد شریعت با همین هدف طرح و قابل توجه است. برای تبیین این مطلب، فقه امامیه و اهل تسنن را به‌صورت مستقل بررسی می‌کنیم.

۴-۱- فقه امامیه

در کتب فقهی امامیه، مباحث بسیار ارزنده و عمیقی در خصوص نقش عرف در احکام فقهی-حقوقی در لابه‌لای مباحث فقهی وجود دارد. برای مثال می‌توان به حواشی عالمانه سید محمد کاظم یزدی بر مکاسب شیخ انصاری اشاره کرد. در میان حاشیه پردازان مکاسب شیخ انصاری هیچ‌کس مانند سید یزدی به‌روش عرفی به تفقه نپرداخته است. وی در پاره‌ای موارد چنان عرفی اندیشیده که روش یک حقوقدان عرفی معاصر را به ذهن انسان تداعی می‌کند [۱۹، ص ۳]. اما در این خصوص و نیز درباره مقاصد شریعت بحث مستقلی صورت نگرفته است. شاید مهمترین علت عدم اهتمام را بتوان ناشی از این امر دانست که فقهای امامیه عمل به قیاس را ممنوع می‌دانند. از آنجا که مسأله «علت» که نظریه مقاصد بر اساس آن مطرح شده‌است، در قیاس بررسی می‌شود و نیز با توجه به این که فقهای امامیه امکان اطلاع بر ملاکهای احکام را جز از طریق نصوص شرعی منتفی می‌دانند و قائل به تفاوت «علت» و حکمت در مقام تشریع‌اند، نیازی به طرح آن نداشته‌اند. زیرا فقهای امامیه حکمت را علت تشریع می‌دانند نه علت حکم. به بیان دیگر از دید آنان حکمت حکم، علت جعل آن است نه علت مجعول (حکم).

از بین فقهای امامیه شاید اولین کسی که در این زمینه بحث کرد شیخ-صدوق (متوفی ۳۸۱ق.) بود که *علل الشرایع* را نوشت اما کار او کار یک محدث بود نه فقیه. پس از شیخ صدوق شهید اول در *نکری الشیعه فی احکام الشریعه* در مقام تبیین مقاصد شریعت به این حد اکتفا کرد که غرض فقه یا تأمین آخرت است یا تأمین دنیا. عبادات راجع به تأمین آخرت است و معاملات تأمین دنیا [۲۰، ص ۳۱].

همچنین می‌توان به فاضل مقداد (متوفی ۸۲۶ ق.) اشاره کرد. او در *نضد القواعد الفقہیہ علی مذهب الامامیہ* مقاصد پنج‌گانه شریعت را همان مواردی اعلام کرد که غزالی پیشتر گفته بود [۲۱، ص ۷]. پس از وی شیخ یوسف بحرانی در *الحقائق الناظره* ملاکهای احکام را بحث و بررسی کرد [۲۲، ص ۳۱۸] سپس ملا محمد مهدی نراقی در *تجرید الاصول* [۲۳، ص ۲۴۷] و نیز ملا نظر علی طالقانی در *مناط الاحکام* به بحث از ملاک احکام پرداختند [۲۴، ص ۵۱۱].

با وجود این، به نظر می‌رسد یکی از اصولی‌ترین مباحث مرتبط با مقاصد شریعت که در تبیین بیشتر هم‌آرایی نظام اجتماعی با این مقاصد قابل طرح است، نظریه نقش زمان و مکان در فقه می‌باشد این نظریه به وسیله امام خمینی (ره) فقیه دقیق النظر امامیه تبیین و بر اساس آن بعضی از موضوعات احکام فقهی (مانند بازی شطرنج) - که بر حرمت آنها ادعای اجماع شده بود - نیز تغییر کرد. البته ذکر این نکته ضروری است که ماهیت بحث راجع به نقش زمان و مکان در فقه با مسأله هنجارهای اجتماعی و انعکاس آنها در شریعت متفاوت است. مسأله زمان و مکان، دایر مدار مقوله تغییر احکام به علت تغیر زمان و مکان است. به بیان دیگر در این مسأله هدف اثبات امری است که مثلاً موضوعی در قدیم یک حکم داشته ولی در بستر زمان به گونه‌ای تغییر یافته که گویی دیگر همان موضوع قبلی نیست بلکه با توجه به قیود زمان و مکان موضوعی جدید تلقی می‌شود؛ از این رو حکم آن نیز به تبع تغییر می‌یابد. حضرت امام (ره) در این خصوص در جواب یکی از شاگردان که به فتوای امام مبنی بر حلال بودن بازی شطرنج انتقاد داشتند، می‌فرمایند:

«...اینجانب لازم است که از برداشت جناب عالی از احکام الهی اظهار تأسف کنم. بنا بر نوشته شما، زکات تنها برای مصارف فقرا و سایر اموری است که ذکرش رفته است و اکنون که مصارف به صدها برابر آن رسیده است راهی نیست. امروزه بسیاری از کارهای عمومی عام‌المنفعه هستند که طبق برداشت شما نمی‌توان زکات را برای آنها صرف کرد شما می‌گویید چون بازی شطرنج در روایات نهی شده است پس به هیچ وجه حق نداریم بگوییم که شطرنج قابل استفاده است و لو به عنوان سرگرمی و ورزش. این طرز تفکر یک نوع اخباریگری است، یعنی شما به هدف و فلسفه حکم توجه نکرده‌اید. هدف دین از تحریم شطرنج جلوگیری از برد و باخت مالی، رکود اقتصادی و کسالت و تنبلی است. اما اگر روزی همین شطرنج وسیله سرگرمی و بازی شد و دیگر آن اثر را نداشت چرا حرام باشد؟» [۲۵، ص ۱۵۰].



تأمل در نظریات امام راحل (ره) بیانگر آن است که از نظر ایشان تغییر حکم به دلیل تغییر زمان و مکان امری متفاوت از تغییر حکم به دلایل دیگر است. با این بیان، تغییر موضوع در چند فرض مطرح می‌شود که عبارت است از:

الف) تغییر در عنوان موضوع، مانند قمار بودن شطرنج؛

ب) تغییر حکم به این جهت که موضوع حکم که قبلاً موضوع حکمی اولی بوده است موضوع حکمی ثانوی قرار گیرد. در این صورت نیز موضوع تغییر یافته است، زیرا عنوان اولی جزء موضوع است و در صورت عدم جزء، کل نیز معدوم خواهد بود. همچنان که اهم و مهم هم جزء موضوعند.

ج) تغییر مصداق موضوع که معمولاً در این مورد از اعیان زکویه نام می‌برند. در این مورد چنانچه قائل باشیم حکم آن ولایی (یا حکومتی) است نه تشریعی، ولی خواهد توانست حکم را بر مصادیق دیگری نیز قرار دهد.

د) تغییر حکم در اثر تغییر زمان و مکان که بنا بر نظر حضرت امام (ره) دو عنصر فعال در اجتهادند. در این بیان، مسأله‌ای که قبلاً واجد یک حکم بوده است ممکن است به حسب روابطی که موضوع با سیاست، اجتماع و اقتصاد پیدا کرده واجد حکم جدیدی شود. به این معنا که شناخت دقیق روابط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی موضوع اول را که از حیث ظاهر از موضوع قدیم متفاوت نیست، در واقع به صورت موضوعی جدید قرار دهد، بنابراین مستلزم حکم جدید شود [۲۵، ص ۱۵۳]. مثلاً حکم موضوع معدن موجود در باطن یک قطعه زمین که در ملکیت شخصی فردی قرار دارد به رغم پیشینه فقهی مبنی بر شخصی بودن معدن، با توجه به این روابط، ملک عموم تلقی شده و در اختیار دولت اسلامی قرار می‌گیرد. موارد ب) و ج) به وسیله فقهای دیگر نیز مطرح شده است. اما تغییر حکم به سبب تغییر یافتن عنوان موضوع با توجه به هدف و فلسفه جعل حکم و نیز تغییر آن در اثر روابط محیط بر موضوع حکمی فقهی، امری است که فقط با توجه به دو عنصر فعال زمان و مکان امکانپذیر می‌باشد.

با توجه به این توضیحات معلوم می‌شود در نظر حضرت امام (ره) هدف از تشریع و حکمت جعل حکم می‌تواند در بستر زمان و مکان به گونه‌ای مورد توجه قرار گیرد که موجب تغییر حکم فقهی شود. پذیرش چنین فرضی به این معناست که از دید ایشان به هنجارهای اجتماعی نیز باید در حاق استدلالهای فقهی توجه شود، هر چند طرح نظریه زمان و مکان به-

عنوان دو عنصر فعال در بستر استدلالهای فقهی بسی فراتر از بحث هنجارهای اجتماعی است که به جهت اهمیت آن باید به صورت رساله‌ای مستقل بررسی شود.

۴-۲- فقه اهل تسنن

بر خلاف آنچه در خصوص کتب امامیه گفته شد بحث مقاصد شریعت و کشف آنها در فقه اهل تسنن از قدمت زیادی برخوردار است.

در فقه اهل سنت امام الحرمین جوینی (۴۷۴ ق.) در *البرهان فی اصول الفقه* اولین بار بحث مقاصد شریعت را مطرح کرد. بر اساس نظر وی پنج مقصد شریعت عبارتند از:

- ۱) بخشی که در مقام پاسخگویی به ضرورت‌های زندگی است مانند قصاص؛
- ۲) بخشی از فقه که به نیازهای عمومی پاسخ می‌دهد مانند ازدواج و طلاق؛
- ۳) بخشی از فقه که به مباحث کمالیات می‌پردازد مانند مباحث مربوط به طهارت؛
- ۴) برخی از مباحث که به مستحبات می‌پردازد؛
- ۵) برخی از مباحث فقهی که علت آنها را نمی‌توان کشف کرد و اغلب در خصوص عبادات است [۲۶، ص ۲۱۳].

پس از وی، غزالی مقاصد دین را حفظ جان، عقل، ناموس (نسل)، دین و اموال می‌داند. که در کتب بعضی از علمای شیعه پس از او نیز مطرح و تأیید شد [۱۸، ص ۳۸۲].

پس از غزالی یکی دیگر از فقهای اهل تسنن بنام سبکی (۷۷۱ ق.) «عرض» را نیز به این پنج مقصد اضافه کرد. در قرن هشتم، ابی اسحاق الشاطبی در *الموافقات* با بررسی مفصل این مباحث سعی می‌کند به این که چگونه می‌توان مقاصد شریعت را کشف و درک کرد؟ پاسخ دهد. سرانجام پس از الشاطبی، ابن عاشور در *مقاصد الشریعه الاسلامیه* این بحث را به صورت کامل ادامه می‌دهد [۲۷، ص ۴۷].

محور بحث در امکان کشف مقاصد شریعت و تلاش برای تنظیم احکام بر مبنای این مقاصد، راجع به آن قسمت از شریعت است که در کتب فقهی، *معاملات* (در معنای اعم) نامیده می‌شود. از این رو با توجه به عقلایی بودن قسمت اعظم احکام غیر عبادی و جنبه ارشادی داشتن روایات ناظر بر آنها، کشف می‌شود که هنجارهای اجتماعی به سبب مبتنی بودن بر عقلا (مشهورات)، در بطن احکام حقوقی شریعت جای دارد. به بیان یکی از صاحب‌نظران: «در این موارد مشهورات مطرح است. قضایای شرعی همان مشهورات قضایای منطقی هستند. مشهورات یعنی چیزهایی که شایع است و بحث در این است که مزاحمت

نداشته باشند. در این مورد آنچه خود مردم به عنوان عقل پیدا کرده‌اند تأیید می‌شود مگر موارد استثنا نظیر ربا. در بقیه جاها همان مشهورات بیان شده‌است. مثلاً به عقیده من در مسائل برده و برده‌گیری همان مشهورات بیان شده‌است. برده‌داری از مشهورات بوده و مشهورات ضرورت عقلایی است نه عقلانی» [۲۸، ص ۴۴۱].

چنان‌که پیش از این گفته شد هیچ یک از فقهای امامیه تا زمان امام خمینی (ره) این موارد را به صورت مستقل بحث و بررسی نکرده‌اند. برای نمونه در اینجا به راهکارهای ارائه شده به وسیله سه نفر از فقهای اهل تسنن می‌پردازیم که به هیچ وجه نمی‌توان آنها را به تأثیرپذیری از اندیشه‌های غربی متهم کرد. این فقها عبارتند از: ابو اسحاق الشاطبی (حقوقدان اسپانیایی قرن چهاردهم از گرانادا)، ولی الله دهلوی (روشنفکر هندی قرن هجدهم از موقال دهلی) و ابن عابدین (اندیشمند قرن نوزدهم از سوریه عثمانی).

۴-۲-۱- ابو اسحاق الشاطبی

معمولاً الشاطبی را از جمله کسانی می‌دانند که به گفتمان مدرن در خصوص شریعت توجه جدی نشان داده‌است [۲۹، ص ۴۱]. پژوهش الشاطبی درباره مبانی هنجاری شریعت، او را به تعریف اهداف حقوق شریعت رهنمون ساخت. وی این اهداف را مقاصد شریعت نامید [۲۹، ص ۶۴]. وی دریافت که این مقاصد پیوند محکمی با رفتارهای اجتماعی دارد و آن را عادات نام نهاد [۲۹، ص ۵۳]. نظریه حقوقی اسلامی که در قرن هشتم و بعد از آن ظاهر شد تفکر فقهای مسلمان را به این جهت سوق داد که متون را هنجارمند تلقی کنند. این تئوری بر روش قیاسی - منطقی استدلال فقهی تأکید دارد. الشاطبی از این روش به جهت گزینشی بودن انتقاد کرد زیرا این روش به فقیه اختیار گزینش متنی را می‌داد که مطلوب اوست. پیشنهاد وی به - جای استدلال قیاسی هم در متن و هم در رفتار اجتماعی، استدلال استقرایی بود. به استدلال او حقوق شریعت مبتنی بر اصل «مصلحت» است [۲۹، ص ۸۴].

به اعتقاد الشاطبی هدف حقوق شریعت حمایت از منافع بنیادی پنج‌گانه انسان، یعنی: دین، حیات، تناسل، مال و عقل است. همچنین او این منافع بنیادی را مورد پذیرش تمامی ملل جهان می‌دانست [۲۹، ص ۱۰۰]. او الگویی از حقوق اسلامی ارائه داد که از سه دایره هم مرکز تشکیل شده بود. درونی ترین دایره به قوانین اساسی راجع به پنج منفعت بنیادی مذکور نظر داشت. دومین دایره قوانین و رفتارهایی را پوشش می‌داد که با قوانین مذکور در دایره اول

ارتباط مستقیم نداشت اما به دلیل آسایش عموم جذب شریعت شده بود. او برای مثال به مواردی از قبیل قراض و شراکت خاموش - که به مضاربه نیز معروف شده است - اشاره کرد. تأسیس قراض در اصل مربوط به تجارت تجار مکه در دوره قبل از اسلام است. مکیان و جوه نقد و اموال خود را به تجاری که به شمال و جنوب عربستان سفر می کردند، می سپردند و پس از مراجعت آنان در سود به دست آمده سهم می شدند. فقها این رویه را در نظام معاملاتی - فقهی وارد کردند، به گونه ای که امروزه به صورت قطعی به مثابه یکی از الگوهای مالی - اعتباری در بانکداری اسلامی و به مثابه جانشینی برای دیگرهای الگوهای اعتباری مشابه تلقی می شود [۲۹، ص ۱۲]. دورترین دایره از نقطه مرکزی قوانینی است که عناصری از رفتار اجتماعی را در خود جا داده است. مواردی از قبیل عفت، پاکدامنی و دیگر هنجارهای فرهنگی. شریعت چنین عناصری را می پذیرد زیرا منعکس کننده معقولیت و اولویتهای فرهنگی در یک جامعه است. الشاطبی توضیح می دهد که برای مثال بیرون رفتن کسی بدون این که سر خود را پوشیده باشد در شرق نوعی جرم تلقی می شود در حالی که در غرب چنین وضعیتی ندارد [۲۹، ص ۲۸۴]. اگر الشاطبی امروز در فرانسه زندگی می کرد شاید این نکته را نیز به عنوان مثال اضافه می کرد که در بعضی از کشورهای غربی پوشیدن (سر) حداقل در بعضی از مکانها برای یک زن، غیر قانونی است.

الشاطبی قوانین (احکام) شریعت را به دو دسته عبادات و عادات تقسیم می کند. عبادات یا همان تکالیف دینی از منافع دینی دفاع می کند. احکام عبادی فراتر از عقل می نشینند زیرا «مصلحت» آنها مبتنی بر تجربیات بشری نیست. اما عادات یا بقیه قوانین شریعت در واقع در حوزه عقل بشری قرار می گیرد [۲۹، ص ۲۸۶].

همچنین او توضیح می دهد که عادات چگونه خیر و شر را تعیین می کند و شریعت نتایج آنها را تأیید می کند. بر اساس توضیح وی مصلحت یا «خیر» به شکل خالص و مطلق وجود ندارد و همیشه با ناملایمات، سختیها و دیگر جنبه های دردآور عجین است، زیرا جهان هستی ترکیبی از اضداد است [۲۹، ص ۲۹۶]. تجربه بشری بر اساس میزان «مصلحت» که در موضوعی خاص وجود دارد مشخص می کند که مصلحت است یا نه. بنابراین اگر عناصر «مصلحت» قسمت اعظم آن را در بر گیرد آن موضوع مصلحت نامیده می شود. شریعت این ضوابط را تأیید و نتایج عقل بشر را تصدیق می کند [۲۹، ص ۳۰۷].

الشاطبی برای مثال به احکام قرآن در موقعیت تاریخی آنها اشاره می کند. به اعتقاد او این احکام مرتبط با زمینه های محلی آنهاست. او احکام وحی شده در مدینه را از احکام وحی



شده در مکه تفکیک می‌کند. بر این اساس، آیات مکی راجع به هنجارهای فراگیر و مبنایی است و اهداف حقوق اسلامی را تشکیل می‌دهد [۲۹، ص ۲۳۶] و آیات مدنی راجع به قوانین جانشین است و عمدتاً بر مقررات محلی جاری در مکه ناظر است [۲۹، ص ۲۳۷].

الشاطبی نسبت به تاریخ حقوق اسلامی تأمل درخوری نشان داد. او توضیح داد زمانی که فقها به اصول فراگیر مکه نظر تام داشتند و از روش استقرایی در برخورد با فرهنگهای جدید غافل شدند، حقوق اسلامی با مشکلات حادی مواجه شد [۲۹، ص ۲۳۸]. به‌طور خلاصه از نظر الشاطبی مبانی هنجاری شریعت ریشه عمیقی در عقل بشر، رفتارها و معیارهای اجتماعی دارد. این مطلب را در توضیح نظریات شاه ولی الله نیز بیشتر بحث و بررسی می‌کنیم.

۴-۲-۲- دیدگاه شاه ولی‌الله

شاه ولی‌الله در قرن هجدهم در دهلی زندگی می‌کرد. در زمان وی فرهنگ اسلامی، بحرانی درونی را تجربه می‌کرد. امپراطوری مغول رو به اضمحلال می‌رفت و فرهنگ اسلامی از تحت کنترل سیاسی خارج بود. ایده‌ها، کنشها و تأسیسات جدید یکی پس از دیگری ظاهر می‌شد. اثر شاه ولی‌الله بنام *حجۃ الله البالغه* در مقام بازسازی فکر دینی در چارچوب این تحولات و چالشها اقدامی جسورانه به‌شمار می‌رفت. او به ارائه تحلیل جامعی از ماهیت و مفهوم شریعت در زمینه تاریخی و اجتماعی آن پرداخت. شاه ولی‌الله در همان ابتدای کتاب خود به رد نظر کسانی پرداخت که شریعت را با دستورهای اربابانی قیاس می‌کنند که می‌خواهند میزان وفاداری بردگان خود را محک بزنند. او با رد این نظر چنین استدلال کرد که مقصد احکام شریعت صرفاً اطاعت نیست بلکه هدف آنها در نهایت، آسایش انسان است [۳۰، ص ۴]. سراسر کتاب قرآن کاشف از عقلی است که در ورای قوانین شریعت وجود دارد. شاه ولی‌الله نیز همانند الشاطبی به شناسایی و معرفی معنای باطنی قوانین شریعت - که از نظر او انگیزه اصلی انسان برای اطاعت از این قوانین است - پرداخت. او برای همین منظور فصلی از کتاب را با عنوان «دلایلی که ذهن انسان را به عمل وادار می‌دارد» به بررسی و اثبات روانشناسانه اطاعت اختصاص داده است [۳۰، ص ۳۱]. شاه ولی‌الله با تفکیک دین و قانون از یکدیگر، در مقام بسط عقیده‌اش توضیح داده که دین بر اصل وحدت و یکپارچگی و قانون بر اصول تحول و تعدد بنا شده است [۳۰، ص ۸۶].

او نبوت و وحی احکام الهی را همان روند اصلاح تعریف می‌کند. و در این خصوص توضیح می‌دهد که پیامبران قوانین را در حوزه عمل اجتماعی انسان محک زدند، اکثر آنها را امضا و ابقا کردند و فقط به اصلاح آن دسته از قوانین که در اثر تغییرات در حوزه رفتار اجتماعی، از جنبه «خیر انسان بودن» تهی شده بودند، همت گماشتند. از نظر وی بسیاری از قوانین اسلام همان قوانینی است که در عرب قبل از اسلام وجود داشت و پیامبر اسلام اکثر آنها را امضا کرد. نامزدی قبل از ازدواج، مهریه و جشن نامزدی از این موارد است. همچنین پیامبر به ابقای رویه مجازات کیفری عرب قبل از اسلام پرداخت؛ همان مواردی که فقها تحت عنوان حدود در حوزه فقه وارد ساختند [۳۰، ص ۱۲۴].

شاه ولی‌الله با تبیین نظریه تحول جامعه در چهار مرحله به این نتیجه رسید که هنجارهای اجتماعی نقش مرکزی را در تحول قوانین بازی می‌کند [۳۰، ص ۴۹]. به‌طور خلاصه شاه ولی‌الله خیلی شفاف اعلام کرد که هنجارهای اجتماعی منبع شمار زیادی از هنجارهای حقوقی شریعت است. بویژه از نظر او مبنای قوانینی که در قرآن منعکس است، ریشه در مبانی هنجاری عرب قبل از اسلام دارد. شاه ولی‌الله نیز همانند الشاطبی وجود رابطه‌ای متقابل را بین هنجارهای اجتماعی و حقوقی در حوزه شریعت ترسیم کرده‌است. تحلیل اندیشه فقیه و روشنفکر سوریایی در قرن نوزدهم یعنی ابن عابدین نیز موید همین نتیجه است.

۴-۲-۳- نظریات ابن عابدین

ابن عابدین فقیه حنفی مذهب سوریایی مربوط به آخر عهد عثمانی است که شهره بسیار دارد. وی رساله‌های کوتاهی در خصوص عرف و جایگاه آن در حقوق اسلامی نوشته است و در آنها اعتبار عرف را به مثابه یکی از منابع قوانین شریعت بررسی کرده‌است [۳۱، ص ۱۳۶]. وی تلاش کرد شریعت را از فقه تفکیک کند. در مقام حل تعارض بین قاعده‌ای عرفی و احکام شریعت، ابن عابدین فقط آن دسته از قواعد عرف را کنار گذاشت که با احکام قطعی شریعت در تعارض است. اما در وجود تعارض بین عرف و احکام فقهی، ابن عابدین معتقد بود باید عرف را به مثابه اصلی بر حکم فقهی ترجیح داد. اندیشه‌های عرف مدار ابن عابدین در تفسیر احکام فقهی به روشنی نشان می‌دهد قابلیت‌های فرهنگ سنتی اسلامی برای پذیرش دموکراسی واقعی به هیچ وجه کمتر از غرب نیست [۳۱، ص ۲۰۱].



۵- حقوق اسلامی و نگاههای انتقادی- اجتماعی

تاکنون پژوهشهای انتقادی زیادی هم از طرف مسلمانان و هم غربیان در خصوص حقوق اسلامی صورت گرفته است. این آثار، جز در مواردی چند، اغلب با نگاهی منفی و یا حداکثر با نگاهی مثبت اما فاقد بینش فقهی عمیق ارائه شده است. برای توضیح این امر نکات ذیل قابل توجه است:

نخست) این پژوهشها عمدتاً با محوریت بحث بر متون فقهی موجود و در قیاس با مبانی عرفی (مبانی غیر دینی نه الزاماً ضد دینی) پذیرفته شده در اعلامیه جهانی حقوق بشر صورت گرفته است، بنابراین با مشاهده تعارض در هر مورد، حکم به غیر مدرن بودن حقوق اسلام شده است. حال آن که - صرفنظر از اصل وجود یا عدم تعارض که در بسیاری از موارد قابل تأمل جدی است- حقوق اسلام با توجه به اصل اجتهاد، منحصر در احکام منعکس در متون فقهی موجود نیست. تحولات فتاوی فقهی در بسیاری از حوزه های احکام فقهی مؤید این نظر است؛ هر چند اجتهاد در مبانی اجتهاد کاملاً ضروری به نظر می رسد. زیرا تفکیک کردن میان دو حوزه شریعت و عرف - که همواره از پیش فرضهای اجتهاد فقهی است - متضمن پاسخ دادن به این سؤال است که کجا مرز شریعت به پایان می رسد و قلمرو عرف - که همان منطقه الفراغ مورد نظر مرحوم صدر است - شروع می شود. حال آن که باید توجه کرد در حوزه حقوق، شریعت و عرف و عادات همپوشانی دارند. بدیهی است که با جایگزینی این پیش فرض، تعارض میان شریعت و عادات از بین می رود و هنجارهای اجتماعی در استنباطهای فقهی لحاظ می شود.

دوم) پژوهشهای کلاسیک عمیقاً تحت تأثیر نظریه های اثبات گرایی حقوق است، یعنی حقوق را فقط آن چیزی می دانند که ضمانت اجرای دولتی دارد. حقوق اسلامی چنین ملاکی را نمی پذیرد. از این رو به اعتقاد بعضی از آنان حقوق اسلامی در معنای صحیح، حقوق نیست. از نظر بعضی دیگر، حقوق اسلامی «دکترین تکالیف» است [۳۲، ص ۶۳] و بعضی نیز آن را حقوق فقهی نامیده اند [۳۳، ص ۶۸].

از نظر اکثر آنان، حقوق اسلامی حقوقی دینی، کهنه (متحجر) و تحول ناپذیر است. ریشه این بدفهمیها این است که حقوقدانان غربی فقط متون فقهی که در دسترسشان بود، مطالعه کرده اند. این متون هم عموماً به متون قدیمی فقهی اهل تسنن اختصاص دارد. پژوهشهای کلاسیک غربیان در خصوص حقوق اسلامی - که یکی از مهمترین آنها در اظهارات صریح

اسکاچ آمده است - تماماً بر نظریه فقهی محمد ابن ادریس شافعی (فقیه قرن دوم هجری، متوفی ۲۰۴) متمرکز شده است که اصولاً نظریه‌ای تئولوژیک است. بر اساس این نظریه، قرآن و حدیث منابع انحصاری اصلی و اولیه فقه (حقوق اسلامی) به‌شمار می‌آیند. در واقع این نظریه، دیگر نظریات فقهی که در کنار سایر منابع، عرف را نیز به مثابه منبع دیگری مورد شناسایی قرار می‌دهد، مردود می‌داند [۳۴، ص ۱۸۲].

در نهایت نکته دیگری که اهمیت ویژه‌ای دارد این امر است که عموماً پژوهشگران غربی منشا حقوق اسلام را در حقوق روم، یهود یا بیزانس جستجو می‌کنند [۳۵، ص ۴۰۳]. در حالی که هیچ‌یک از این نظرها دلایل و روند این وام گرفتن حقوقی را جز با استناد به وجود موارد مشابه توضیح نمی‌دهد. ولی شماری از حقوق‌دانان غربی بویژه آنان که در زمینه حقوق تطبیقی مطالعه می‌کنند، حقوق اسلامی را نظامی حقوقی مستقل می‌دانند که از حقوق روم نیز بهره برده است. آنها معتقدند این حقوق را می‌توان در حوزه حقوق تطبیقی قرار داد و با دیگر نظامهای حقوقی مقایسه کرد. برای نمونه لینان دو بلفوند اظهار می‌دارد که حقوق اسلامی (فقه) به لحاظ نظامی حقوقی، این قابلیت را دارد که پس از اعمال اصلاحاتی ضروری به مثابه حقوق دولتی مورد توجه قرار گیرد [۳۶، ص ۴۶]. بعضی دیگر نیز که در زمینه‌های انسان-شناسی و جامعه‌شناسی مطالعه کرده‌اند حقوق اسلامی را یکی از تأسیسات فرهنگ اسلامی می‌دانند [۳۷، ص ۲۳۶].

بعضی از فیلسوفان حقوق با اتخاذ مواضعی ایدئولوژیک و در عین حال محترمانه، حقوق اسلامی را فاقد جنبه‌های عقلانی و مردمی تلقی کرده‌اند. آنها با ادعای عدم حرکت حقوق اسلامی در بستری اجتماعی کاملاً نظام‌مند، به دسته بندیهای غریبی دست زده که نشانگر بی‌اطلاعی کامل آنان از نظام حقوق اسلامی است. برای نمونه جی. راولز در آخرین اثر خود به نام حقوق مردم اظهار داشته است که مسلمانان «مردمی نجیب»^۱ را شامل می‌شوند. تعبیر «مردم نجیب» از دسته‌بندیهای فرعی تلقی می‌شود که وی در ذیل دسته‌بندی «مردم منطقی»^۲ و «مردم آزاد»^۳ قرار می‌دهد. راولز که بر اهمیت نقش مردم آزاد و منطقی در گسترش حقوق تأکید دارد، در عین حال ادعا می‌کند که قرار دادن غیر اروپاییان در این طبقه مشکل است. بنابراین چاره‌ای جز این نمی‌بیند که طبقه‌ای را تحت عنوان «مردم نجیب» به‌وجود آورد تا بتواند مسلمانان را در ذیل آن قرار دهد [۳۸، ص ۶۵].

1. decent people
2. reasonable people
3. liberal people



ایشان توجه ندارند که هر چند ایده‌های لیبرالیسم، دموکراسی و عقل عمومی از دوره میانه‌رو به گسترش است اما این ایده‌ها نمی‌تواند در تحلیل علل «مقبولیت حقوق» مؤثر باشد. زیرا ایده‌های مذکور در حوزه گفتمان راجع به «تکون حقوق»^۱، در مقام تحلیل نقش مردم در ساختار حقوق است نه تبیین دلایل قابل قبول بودن آن. شاید به همین دلیل است که فرد دو آگوستینو^۲ نگارنده دیکشنری انتشارات آکسفورد ۱۹۹۶، در ذیل عنوان «عقل عمومی آزاد» نقش عموم مردم در «تحقق عقل عمومی» را انکار می‌کند و اظهار می‌دارد: «عقل عمومی یعنی جامعه مفسران^۳ به مثابه متولیان عقل عمومی» [۳۹، ص ۶۹].

۶- نتیجه‌گیری

مطالعات حقوقی نشان می‌دهد برای ترجمه شریعت به حقوقی کاربردی، حتی در قالب فقه، تأمل و مطالعه عمیق هنجارهای اجتماعی به‌منظور تبیین مبانی هنجاری شریعت ضروری است. هنجارهای حقوقی ریشه در هنجارهای اجتماعی دارد، بنابراین شناخت هنجارهای حقوقی بدون شناخت مبانی هنجاری آن - که ریشه در هنجارهای اجتماعی دارد - امکان پذیر نیست. از آنجا که هنجارهای اجتماعی حالت ایستا ندارند فقه اسلامی به مثابه نظامی حقوقی متحول باید در تلازم و پیوستگی مستمر و ایجاد گفتگوی مدام با هنجارهای متغیر اجتماعی باشد. این تلازم و ارتباط مستمر در نوع نگاه به متون مقدس (کتاب و روایات) مؤثر واقع شده و در نهایت در هنجارهای حقوقی منعکس می‌شود.

البته تذکر این نکته ضروری است که وظیفه برقراری این تلازم در حال حاضر چندان ساده نیست، زیرا ساختار اجتماعی شریعت به تبع پیچیده‌تر بودن تأسیسات سیاسی و اجتماعی مدرن نسبت به تأسیسات سیاسی - اجتماعی گذشته که فقه موجود بر آنها استوار بود، بسیار پیچیده‌تر است. اکنون توسعه حقوقی شریعت مستلزم تمییز هشیارانه مقاصد حقوقی از مقاصد دینی است. عدم اعمال این تمییز، منجر به تقلیل شریعت به تشریفات کاملاً مذهبی یا حداکثر اخلاقی می‌شود و در نهایت نقش واقعی‌اش را به‌عنوان یکی از منابع حقوق از دست می‌دهد. به بیان دیگر، وقتی که حقوق از پایگاه فرهنگی‌اش جدا می‌شود به تعارضاتی تبدیل می‌شود که اقتدار و اثر گذاریش نابود می‌گردد. برای درک عمیق‌تر کاربرد حقوق در

1. law making

2. Fred D' Agostino

3. interpreters

اسلام باید به کوششی دوگانه دست زد. از طرفی باید عملکرد حقوقدانان مسلمان برای برقراری توازن میان هنجارهای حقوقی و اجتماعی بررسی شود و این که از چه طریق می-توانند مبانی هنجاری شریعت را در رفتارهای اجتماعی ریشه‌دار سازند؛ از طرف دیگر نیاز به تحلیل دوباره اهمیت حوزه رفتار عقلایی انسان در ساختار اجتماعی حقوق اسلام است.

۷- منابع

- [۱] ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ج ۸، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ هـ.
- [۲] سروش، عبدالکریم، *قبض و بسط تئوریک شریعت*، چ دوم، تهران، مؤسسه فرهنگی صراط، ۱۳۷۱.
- [۳] منتظری، شیخ حسینعلی، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه*، ج ۲، قم، مکتب الاعلام اسلامی، ۱۴۰۹ هـ.
- [۴] حکیمی، محمد رضا، «اهداف دین، احکام آن»، *مجله نقد و نظر*، ش ۲۲، ۱۳۷۱.
- [5] Kelson, Hans, *General theory of norms* Trans. By Michael Hartney, Oxford Clarendon, 1991.
- [6] Raymond, Wacks, *Underestanding jurisprudence*, An introduction to Legal Theory, London, Oxford, University Press, 2004.
- [7] Fuller, Lon L. *Positivism and the seoaration of law and morality*, Philosophy of Law and Legal Theory, ED. Bye Dennis Patterson. Blackwell Publishing, 2003.
- [8] Hart, H. L. A., *The concept of law*, London, Oxford, Clarendon press, 1972.
- [9] Coleman, Jules L., *Negative and positive positivism*, Philosophy of Law and Legal Theory, ED. Bye Dennis Patterson. London, Blackwell Publishing, 2003.
- [۱۰] قدوح، انعام احمد، *العلمانیة فی الاسلام*، بیروت، دار السیره، ۱۹۹۵.
- [11] Charifi, Mohamed, *Islam et Liberte*, Paris, Albin Michel, 1998.
- [۱۲] العزم، صادق الجلال، *العلمانیة و المجتمع المدني*، بیروت، المركز الدراساتیة و المعلومات القانونیه لحقوق الانسان، ۱۹۹۸.
- [13] Masud, Mohammed Khalid, *Islamic legal interpretation, the muftis and their fatwas*, New York, Harvard University Press, 1996.

- [14] Na'im, Abdullahi Ahmad, *Toward an Islamic reformation, civil liberties, human rights and international law*, New York, Syracuse, University Press, 1997.
- [15] Masud, Muhammed Khalid, *Islamic legal philosophy*, New York, Harvard University Press, 1998.
- [۱۶] مجتهد شبستری، *نقدی بر قرائت رسمی از دین*، تهران، انتشارات عصر نو، چ اول، ۱۳۷۹.
- [۱۷] ابوزید، نصر حامد، *نقد گفتمان دینی*، ترجمه آقای حسن یوسفی اشکوری و محمد جواهر کلام، چ ۱، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۳.
- [۱۸] غزالی، ابو حامد، *المستصفی فی علم الاصول*، بیروت، دارالسیره، ۱۹۷۵.
- [۱۹] یزدی، السید محمد کاظم، *سؤال و جواب*، با مقدمه آقای سید مصطفی محقق داماد، چ ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
- [۲۰] محمد بن جمال الدین مکی العاملی (شهید اول)، *نکری الشیعه فی احکام الشریعه*، ج ۱، قم، منشورات جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
- [۲۱] الفاضل المقداد، *المقداد بن عبدالله السیوری الحلّی*، *نضد القواعد الفقهیّه*، تهران، انتشارات اسلامی، بی تا.
- [۲۲] البحرانی، شیخ یوسف، *الحدائق الناطره فی احکام العتره الطاهره*، قم، منشورات جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، بی تا.
- [۲۳] نراقی، ملا محمد مهدی، *تجريد الاصول*، چ ۱، ج ۱، نجف، منشورات جامعه النجف الدینیّه، ۱۴۱۲.
- [۲۴] طالقانی، ملا نظر علی، *مناط الاحکام*، چ ۱، بیروت، دارالهادی، ۱۴۲۲.
- [۲۵] امام خمینی، *صحیفه نور*، چ ۲، ج ۲۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی، ۱۳۷۵.
- [۲۶] جوینی، امام الحرمین، *البرهان فی اصول الفقه*، چ ۸، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۷.
- [۲۷] ابن عاشور، الامام محمد الطاهر، *مقاصد الشریعه الاسلامیه*، قاهره، دارالسلام للطباعه، ۱۴۲۷.
- [۲۸] حائری یزدی، مهدی، *جستارهای فلسفی*، به اهتمام عبدالله نصری، چ ۱، تهران، مؤسسه پژوهشی حکمت و فلسفه ایران، ۱۳۸۴.
- [۲۹] الشاطبی، ابو اسحاق، *الموافقات فی اصول الشریعه*، چ ۶، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۲۶.

- [۳۰] ولی الله دهلوی، شاه، حجه الله البالغه، لاهور، المكتب السلفیه، ۱۹۷۱.
- [۳۱] ابن عابدين، نشر العرف فی بناء الاحکام علی العرف، بیروت، دارالمعارف، ۱۹۹۶.
- [32] Ruud, Peters, "Islamic law and human rights", *Islam and Christian – muslim relations*, Vol. 10. 2002.
- [33] Brinkley, Messick, *The calligraphic state: Textual domination and history in a muslim society*, Berkley, University of California Press, 1996.
- [34] Schacht, Joseph, *An introduction to islamic law*, London, Clarendon Press, 1982.
- [35] Rosen, Lawrence, *The Justice of islam, Comparative perspective On islam and society*, New York, Oxford University Press, 2002.
- [36] Linant de Bellefonds, *Traite de droit musulman compare*, Paris, Mouton, 1964.
- [37] Berger, Peter, *Social reality of religion*, New York, Oxford University Press, 2003.
- [38] Rawls, John, *The law of peoples*, New York, Harvard University Press, 2001.
- [39] D' Agostino, Fred, *Free Public Reason: Making it up as we go*, New York, Oxford University Press, 1996.