

# فقه نظام‌ساز

فصلنامه علمی - پژوهشی  
سال اول؛ شماره دوم؛ تابستان ۱۴۰۱

## الگوی فقهی - حقوقی نظام‌سازی اسلامی؛ آسیب‌ها و راه کارها

نصیراله حسنلو<sup>۱</sup>

### چکیده

نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر الگوی فقهی «امامت و امت»، یکی از بدیع‌ترین الگوهای سیاسی جهان معاصر است. با این وجود، خرده‌نظام‌های منطوی در این کلاژ نظام سیاسی، از جمله «نظام حقوقی» بر پایه الگوی فقهی کارآمد و صحیح شکل نگرفته و در بستر تحولات ناشی از اقتضانات جهان مدرن به استحاله ماهیت برخی از مهم‌ترین عناصر حقوق اسلامی منجر شده است. بررسی آسیب‌شناسانه الگوی اجرا شده در نظام حقوقی موجود که حاصل تحولات سیاسی دوره مشروطه تاکنون است و ارائه الگوی جدید برای نظام‌سازی در حوزه نظام حقوقی، مسئله پژوهش پیش‌رو است. این تحقیق از لحاظ روش، توصیفی - تحلیلی بوده و یافته‌های آن نشان می‌دهد دوگانه‌پنداری، فقه و حقوق، وابستگی نظام حقوقی موجود در عناصر بنیادین و کلان به نظام‌های حقوقی مدرن، غلبه رویکرد فردی بر رویکرد اجتماعی در شکل‌دهی به مؤلفه‌های اصلی نظام حقوقی، از مهم‌ترین آسیب‌ها و تغییر رویکرد نظری به رابطه فقه و حقوق، اتخاذ رویکرد اجتماعی به فقه، توجه به مبدئیت عینیت اجتماعی و انسانی در نظام‌سازی از مهم‌ترین عناصر الگوی فقهی - حقوقی نظام‌سازی اسلامی است. واژگان کلیدی: نظام‌سازی؛ نظام حقوقی؛ فقه؛ حقوق؛ فقه فردی؛ فقه اجتماعی.

۱. دکتری فلسفه حقوق دانشگاه باقرالعلوم (ع)

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۱۹ \* تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۰



## مقدمه

نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر الگوی فقهی «امامت و امت»، یکی از بدیع‌ترین الگوهای سیاسی جهان معاصر است. با این وجود، خرده‌نظام‌های منطوی در این کلان نظام سیاسی، از جمله «نظام حقوقی» بر پایه الگوی فقهی کارآمد و صحیح شکل نگرفته است؛ چراکه ایران پس از انقلاب مقهور یک جبر تاریخی و اجتماعی بود؛ در این انتخاب که «آیا قانون باید محور نظم‌دهنده باشد یا امکان رجوع به فقه سنتی و اصیل جهت محوریت‌بخشی به آن در مدیریت اجتماعی وجود دارد؟»، راهی جز پذیرش محوریت قانون نداشت. چون در واقع جامعه ایرانی در دوره مشروطه انتخاب خود را مبنی بر قانون‌محور بودن و تغییر بنیادین محور نظم‌دهی انجام داده بود. بنابراین، انقلاب در این شرایط چاره‌ای جز جمع بین «عالم فقهی» که با محوریت مفاهیم فقهی به اداره و تمشیت امور مسلمین در سراسر جهان اسلامی مشغول بوده و «عالم مدرن» که با محوریت قانون و مفاهیمی همچون نظم عمومی، اراده عمومی، شهروندی، کشور و ملیت، وضع از سوی اکثریت، پارلمان، تفکیک قوا و غیره شکل گرفته است، نداشت. از این رو نظام حقوقی ایران مفاهیم بسیار زیادی از حقوق مدرن به عاریت گرفت و با وضع اصولی همچون اصل چهارم قانون اساسی و تأسیس نهادهایی مانند شورای نگهبان، سعی نمود ماهیت و محتوای قوانین موضوعه را تا حد امکان فقهی کند و بدین نحو ادامه حیات فقه را امکان‌پذیر سازد. اما حقیقت آن است که بی‌توجهی به زیست‌بوم فرهنگی مردم ایران، عدم واکاوی نظری رابطه فقه و قانون (حقوق) در فرآیند تلفیق فقه و حقوق مدرن و غفلت از عناصر اساسی نظام‌سازی اسلامی، شرایطی فراهم آورد تا ماهیت برخی از مهم‌ترین عناصر حقوق اسلامی در بستر تحولات ناشی از اقتضانات جهان مدرن استحاله شود و آثاری که امید می‌رفت در مدیریت اجتماعی جامعه اسلامی ایران محقق شود، به‌بار ننشینند. بررسی آسیب‌شناسانه الگوی اجرا شده در نظام حقوقی موجود که حاصل تحولات سیاسی دوره مشروطه تاکنون است و ارائه الگوی جدید برای نظام‌سازی در حوزه نظام حقوقی، مسئله پژوهش پیش‌رو است که به دلیل بنیادین بودن مسئله برای تحول نظام حقوقی، رویکرد به حل مسئله نیز کلان و بنیادین است. ضرورت این پژوهش از آن رو است که کارآمدی نظریه بنیادین حکومت دینی در



تراز تمدنی، وابسته به ترقی همه نظامات اجتماعی از جمله نظام حقوقی است که از طریق هماهنگی با نظام معرفتی، فلسفی و جهان‌شناسی نظام سیاسی مستقر از یک‌سو و تعامل با نظام‌های حقوقی معاصر از سوی دیگر، امکان‌پذیر است. بنابراین، بررسی الگوی صحیح نظام‌سازی اسلامی در حوزه حقوق، متناسب با وضعیت کنونی انسان و جهان ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است تا از این رهگذر حکومت دینی مبتنی بر فقه بتواند از طریق قانون به‌عنوان مهم‌ترین ابزار حکمرانی، در گستره ملی و فراملی به مدیریت اجتماعی بپردازد. این تحقیق از لحاظ روش، توصیفی-تحلیلی است و یافته‌های آن در چارچوب نظری مکتب حقوقی اسلام در قرائت شیعی و متناسب با وضعیت استقرار حکومت فقیه عادل طرح‌ریزی شده و مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته است.

## الف) مفاهیم

### نظام‌سازی

نظام به مجموعه عناصری که میان آن‌ها پیوند معینی برقرار است و کل واحدی را به وجود می‌آورند، اطلاق می‌شود (آقابخشی و افشاری‌راد، ۱۳۷۹: ۶۷۱) و نظام‌سازی به کارکردی گفته می‌شود که مجموعه‌ای منسجم از عناصر همگن و متجانس را به هم منطقی مرتبط می‌کند؛ به‌گونه‌ای که از توانایی عمل به‌مثابه یک سیستم واحد برخوردار شده و با استفاده از گزاره توصیفی، تجویزی و پردازش آن‌ها برای رسیدن به کارآمدی در کوتاه‌ترین و سریع‌ترین مسیر ممکن، تلاش می‌کند (اعرافی، ۱۳۹۵: ۱۴۴).

### نظام حقوقی

نظام حقوقی مجموعه‌ای از اصول، قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی هماهنگ و مربوط به هم است که در یک بستر تاریخی و فرهنگی، مبتنی بر مبانی ویژه‌ای، با روشی معین از منابع خاصی استخراج و تفسیر شده است و اهداف تعریف‌شده‌ای مانند برقراری نظم، امنیت، عدالت و... را دنبال می‌کند (حکمت‌نیا؛ معلی؛ کاظمینی، ۱۳۹۸: ۸).



## فقه فردی

فقه فردی به رویکردی از فقه اطلاق می‌شود که فقیه در آن مکلف را فرد با هویت فردی در نظر می‌گیرد و حقوق و تکالیف او را در حالات و وضعیت‌های گوناگون استنباط می‌کند. در این رویکرد ماهیت موضوعات به شکل خرد شناسایی می‌شوند و ارتباط و نسبت اجزاء با یکدیگر در شناخت آن‌ها نادیده گرفته می‌شوند. منطقی که فقه رایج در شناخت موضوعات بر آن استوار است، نوعی منطق جزئی‌نگر و گزاره‌ای است (حیدری؛ نوذری؛ خلف‌خانی، ۱۳۹۲: ۱۱۱).

## فقه اجتماعی

فقه اجتماعی رویکردی است به همه ابواب فقه با لحاظ استقرار حکومت دینی و الهی که علاوه بر توجه به افعال شخصی افراد جامعه، به افعال اجتماعی به‌عنوان هویتی مستقل نیز توجه دارد. فقه اجتماعی برخلاف فقه فردی در فهم پدیده‌ها و موضوعات، استنباط احکام و امتثال آن‌ها از ساخت‌وارگی به‌هم‌پیوسته و منطق کلان‌نگر برخوردار است (اراکي، ۱۳۹۱: ۱۸-۲۴).

## ب) الگوی فقهی - حقوقی نظام حقوقی ایران

پیش از نخستین مواجهه ایرانیان در عصر مشروطه با نظام حقوقی غرب، فقه اسلامی به‌رغم فراز و فرودهای فراوان خود، با مفاهیمی چون مجتهد، حاکم، قضا، شهادت، حدود، دیات، مکلف، خراج، احکام الهی، ولایت، مکاسب، احکام خمس و ده‌ها و صدها مفهوم خرد و کلان دیگر در قرون متمادی در ساختار تنظیم روابط حقوقی جوامع اسلامی حضور 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 سایه‌گستر دنیای مدرن بر جهان سنت، فقه و حقوق برای نخستین بار در دوره مشروطه به نقطه تلاقی و تصادم رسیدند. پیش‌قراولان جنبش مشروطه که در صدد تحول نظام حقوقی و قضایی در ایران بودند، فقهای این عصر را به رویارویی با «عناصر کلان» نظام حقوقی غرب دعوت کردند. در این رویارویی نابرابر، فقهای شیعه به



دلیل عدم آشنایی با روابط، مناسبات و نهادهای سیاسی-اجتماعی برخاسته از مدرنیته و انس با مبانی، روش‌ها و پیش‌فرض‌های پذیرفته شده در دستگاه فقهت و اجتهاد که متناسب با فقه فردی بود، تن به پذیرش آن عناصر کلان دادند. نتیجه این هم‌آوردی، تسلیم در برابر نظام حقوقی مدرن، تثبیت عناصر کلان آن از قبیل «مبانی»، «اهداف»، «منابع»، «منطق حقوقی»، «نظام مفاهیم و تقسیمات»، «ساختار و تشکیلات» و «سیستم آموزشی» با بنیان‌های تفکر فلسفی غرب و تلفیق فقه با محوریت مفاهیم قدسی و قانون با محوریت مفاهیم ناسوتی و انسانی بود.

به‌منظور درک صحیح الگوی فقهی-حقوقی نظام حقوقی ایران توجه به ماهیت نظام حقوقی و چگونگی ارتباط عناصر آن ضروری است. نظام حقوقی مجموعه‌ای از اصول، قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی هماهنگ و مربوط به هم است که در یک بستر تاریخی و فرهنگی، مبتنی بر مبانی ویژه‌ای، با روشی معین از منابع خاصی استخراج و تفسیر شده است و اهداف تعریف‌شده‌ای مانند برقراری نظم، امنیت، عدالت و... را دنبال می‌کند (حکمت‌نیا؛ معلی؛ کاظمینی، ۱۳۹۸: ۸). ویژگی عام نظام حقوقی به‌مثابه یک نظام اجتماعی، آن است که از مجموعه‌ای از عناصر خرد و کلان درهم تنیده و دارای تأثیر و تأثر در یکدیگر تشکیل شده است که از طرز فکری درباره نظام اجتماعی خاصی ناشی می‌شود و در بستری از نیازها، مبانی فکری، زمینه‌های علمی و فرهنگی و در حوزه معین جغرافیایی شکل می‌گیرد. در وضعیت طبیعی و منطقی، عناصر شکلی و ماهوی سازنده نظام حقوقی در طبقات طولی به هم پیوسته جای می‌گیرند. عناصر فوقانی در این سلسله، از وحدت و سعه برخوردارند به گونه‌ای که به‌عنوان مؤثرترین اجزاء نظام حقوقی بر عناصر مادون خود سایه افکننده و در مفهوم و ماهیت آن‌ها تأثیر می‌گذارند. این عناصر در حقیقت همان عناصر کلان نظام حقوقی است که در سطور پیشین به آن‌ها اشاره شد. در این سامانه منسجم، به هر میزان که از عناصر کلان و وحدت‌آفرین نظام حقوقی فاصله گرفته شود، از سعه عناصر کاسته و بر کثرت آن‌ها افزوده می‌شود و به همین میزان، اثربخشی آن‌ها بر کارکرد کل نظام نیز کاهش می‌یابد. فرآیند منطقی «تحول و توسعه نظام حقوقی»، از تحول عناصر کلان، آغاز و با تأثیرپذیری و تحول عناصر خرد به پایان می‌رسد. عدم توجه به این



نکنه روش‌شناختی در فرآیند شکل‌گیری، توسعه و تحول نظام‌های اجتماعی به‌ویژه نظام حقوقی در اوایل انقلاب ایران موجب شد هیچ‌گاه نظام حقوق اسلامی به‌طور منسجم و کارآمد در جمهوری اسلامی شکل نگیرد و به‌رغم پیدایش تحول در نظام سیاسی، تحول نظام حقوقی امکان‌پذیر نگردد. زیرا چاره‌اندیشی فقها و حقوق‌دانان پس از انقلاب برای ایجاد تحول و اسلامی کردن نظام حقوقی، محدود به ایجاد تغییر و تحول در سطح عناصر خرد و میانه نظام حقوقی بود و نه در سطح کلان آن. اساساً الگوی مذکور یعنی نوسازی عناصر خرد و میانه بدون ایجاد تحول در عناصر کلان، نه‌تنها اثربخشی جدیدی در کل ساختار ایجاد نمی‌کند و به ناکارآمدی نظام منتهی می‌شود، بلکه به تدریج، عناصر خرد و میانی تحت تأثیر قدرت عناصر کلان، استحاله شده و اثربخشی انفرادی خود را نیز از دست می‌دهند. در ادامه به یکی از نمونه‌های عینی این مسئله اشاره می‌شود.

قصاص در فقه اسلامی، از احکام قطعی اسلام بوده و انکار آن، انکار ضروری دین به‌شمار می‌آید و موجب ارتداد فرد می‌شود. «قصاص به معنای تلافی و استیفای عینی جنایتی که در قتل عمدی، قطع عضو و جرح عمدی بر مجنی‌علیه وارد شده است، می‌باشد؛ به شکلی که اثر به جای مانده از جنایت، عیناً روی جانی اجرا شده و به دست آید.» (ایمانی، اردبیلی، ۱۳۸۲: ۳۷۱). قرآن کریم، با تعبیر «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ يَتَّقُونَ» (بقره: ۱۷۹) قصاص را «مایه حیات و تقوا» می‌داند. حق قصاص به تعبیر قرآن کریم «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَأَلَّا يُسْرِفَ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا» (اسرا: ۳۳) در قتل، از آن اولیاء دم می‌باشد و در قطع و جرح، به خود فرد تعلق دارد. بنابراین، قصاص از نگاه قرآن کریم، به دلیل آنکه حق مردم است، ماهیت خصوصی دارد و نه ماهیت عمومی تا حق حکومت و دولت باشد. اما قانون قصاص که طی یک لایحه وارد ساختار نظام حقوقی جمهوری اسلامی شد، به دلیل آنکه موضوعش رفتارهایی همچون قتل و جرح است و قتل و جرح در نظام حقوقی موجود، ذیل حقوق جزا قرار می‌گیرد، بخشی از حقوق جزا به‌شمار می‌آید که حقوق جزا به دلیل قرار گرفتن در ذیل حقوق عمومی، به‌طبع جنبه عمومی پیدا می‌کند. بنابراین، قصاص به‌رغم آنکه از سوی خداوند متعال با ماهیت خصوصی جعل شده است، به دلیل قرار گرفتن در تقسیماتی که



خاستگاهش نظام حقوقی عرفی است، ماهیت عمومی بر آن تحمیل می‌شود. نتیجه آنکه قصاص به عنوان یک پدیده قرآنی و فقهی، با قرار گرفتن ذیل تقسیمات عرفی در حقوق موضوعه، با استحاله معنا، تغییر جهت و تحریف مصداق مواجه می‌شود و آثاری که خداوند متعال برای قصاص برشمرده است، در مقام عمل و عینیت اجتماعی تحقق پیدا نمی‌کند و در واقع آنچه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی در حال اجرا است، پوسته‌ای شبیه به قصاص قرآنی و فقهی است که از ماهیت اسلامی خود فاصله گرفته و بلکه از آن تهی شده است. چراکه وقتی قصاص ذیل یک تقسیم‌بندی غیراسلامی قرار می‌گیرد، در واقع مبنا، غایت و جهت غیرتوحیدی موجود در تقسیم‌بندی، به قصاص نیز سرایت می‌کند.

## آسیب‌ها

الگوی فقهی - حقوقی نظام‌سازی مذکور به دلایل متعددی از قبیل نوپدید بودن نظام‌های اجتماعی در کشورهای اسلامی، عدم آشنایی اندیشمندان اسلامی با روابط، مناسبات و نهادهای سیاسی - اجتماعی برخاسته از مدرنیته و انس با مبانی، روش‌ها و پیش‌فرض‌های پذیرفته شده در دستگاه فقاهت و اجتهاد شیعه، با آسیب‌های قابل توجهی مواجه است که بدون شناسایی و تحلیل راه‌کارهای آن نمی‌توان به ایجاد تحول در نظام حقوقی اندیشید.

### ۱. دوگانه‌پنداری فقه و حقوق

ورود قانون به ایران و تغییر شکل نظام قضائی ایران با محوریت مفاهیم جدید توسط روشنفکران ایرانی انجام گرفت که رویکردهای متفاوتی به رابطه فقه و قانون داشتند. برخی از ایشان مانند یوسف‌خان مستشارالدوله و میرزا ملکم معتقد به این‌همانی و هماهنگی نظام حقوقی مدرن با نظام حقوقی اسلام بودند. مستشارالدوله در سراسر رساله یک کلمه تلاش می‌کند تا نشان دهد اصول کد ناپلئون و قوانین اساسی کشورهای اروپایی همان اصول اسلام است (مستشارالدوله، ۱۳۸۵: ۱۰-۱۶)؛ اما در مقابل روشنفکرانی مانند آخوندزاده معتقد به تقابل کامل اسلام و حقوق مدرن و عدم امکان جمع میان آن‌ها بودند. آخوندزاده به صراحت فقه و بسیاری از آموزه‌های اسلامی مانند اصول عدالت، قوانین ارث، حقوق زنان، قانون



حجاب و... را به تمسخر می‌گیرد و فقه و حقوق اسلامی را برای اداره نهادهای سیاسی، اقتصادی و... ناکارآمد و بی‌ارزش می‌داند (مددپور، ۱۳۸۷، ۳: ۲۴۰ و ۵۴۳ و ۴۳۶؛ نصری، ۱۳۸۶، ۱: ۱۰۷). از سوی دیگر فقها و اندیشمندان اسلامی نیز رویکرد یکسانی نداشتند. عالمانی چون شیخ فضل‌الله نوری معتقد به عدم امکان جمع اسلام و غرب بودند (نوری، ۱۳۷۳: ۱۱۱) و در آن‌سو فقهی چون نائینی همانند مستشارالدوله به نوعی این‌همانی و منشأ بودن اسلام برای مشروطیت باور داشتند (نائینی، ۱۳۸۸: ۱)؛ اما در نهایت ایده ترکیب که اعتقاد به امکان نوعی جمع میان فقه و قانون و تکمیل و تعاون اسلام و مدرنیته بود، توانست ایده غالب شود؛ ایده‌ای که در اندیشه روشنفکرانی مانند طالبوف به چشم می‌خورد. ایده او همه عناصر لازم برای ساخت تئوری ترکیبی حقوق ایران معاصر مانند عدم مخالفت اسلام با تکنولوژی، بومی‌سازی علوم، یادگیری علوم مفید از غرب، عدم مخالفت اسلام با علوم مدرن، حاکمیت قانون، اصل تفکیک قوا و... را داشت.

نکته قابل‌توجه آن است که در این رویکردها به تفاوت فقه با نظام حقوقی اسلام و قانون با نظام حقوقی مدرن توجه نشده است. خطای راهبردی کسانی که رویکرد این‌همانی را برگزیده‌اند، آن است که آن‌ها ناظر به نظام حقوقی اسلام و نظام حقوقی مدرن سخن گفته‌اند و کسانی که به دوگانگی حکم کرده‌اند، سخن آنان ناظر به فقه و قانون (حقوق) بوده است. رویکرد صحیح چنان‌که در ادامه خواهد آمد، آن است که فقه و قانون (حقوق) باهم دوگانگی ندارند؛ بلکه دوگانگی در حقیقت میان نظام حقوقی اسلام و سایر نظام‌های حقوقی است. رویکردی که امروزه هم با گذشت بیش از یک قرن از ورود حقوق عرفی به ایران، کمتر مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته است. توضیح آن‌که در جهان، نظام‌های حقوقی مختلفی وجود دارد که براساس ساختار حقوق یا اهمیتی که برای منابع شناخته شده است، حقوق قائل هستند و یا ملاحظات بنیادین فلسفی که نسبت به حقوق به عنوان عامل برقراری نظم در گروه‌های مختلفی تقسیم می‌شوند (داوید و ژوفره اسپینوزی، ۱۳۹۵: ۲۹). نظام حقوقی کامن‌لو، رومی - ژرمنی، اسلام، سوسیالیستی و... مهم‌ترین نظام‌های حقوقی هستند که از اصطلاحات، قواعد، گروه‌بندی‌ها، ساختار، روش بیان و تفسیر ویژه‌ای از قوانین برخوردار هستند. هریک از این نظام‌های حقوقی ناشی از طرز فکری درباره نظام



اجتماعی هستند که در بستری از نیازها، مبانی فکری، زمینه‌های علمی و فرهنگی و در حوزه معین جغرافیایی شکل گرفته و در طول تاریخ دچار تحول و تکامل شده‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۸۴: ۶۲). 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 تشریعی خداوند استوار است و قواعد آن ریشه در قرآن و سنت و برخی منابع دیگر دارد و برخلاف نظام‌های حقوقی غیردینی 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. اما فقه و قانون (حقوق) ماهیت یکسانی دارند؛ زیرا، حقوق در ساختار معارف اسلامی، بخشی (بخش معاملات و نه عبادات) از فقه است. در حقیقت، دانش فقه و دانش حقوق صرفاً در «اعتبار عقلا» دو امر مستقل از یکدیگرند که هر کدام براساس غرض خاصی تدوین شده‌اند؛ یکی متکفل بیان احکام شریعت اسلام شده است و دیگری متکفل تنظیم قواعد حاکم بر جامعه است. 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 (شاهنوش، ۱۳۹۱: ۲۶)؛ چراکه اولاً، این دو دانش دارای موضوع واحد، منابع مشترک و هدف همسانی هستند و ثانیاً، قاعده فقهی همه شاخه‌های قاعده حقوقی را بدون استثناء دارا است؛ هم کلی و عمومی است و هم الزام‌آور، هم تنظیم‌کننده روابط اجتماعی انسان‌ها است و هم برخوردار از ضمانت اجرایی دولتی. این دیدگاه در آینده بیشتر توضیح داده خواهد شد.

در مقابل بسیاری از اندیشوران فقهی و حقوقی معتقد به دوگانگی فقه و حقوق هستند؛ دیدگاهی با پیشینه تاریخی نه‌چندان طولانی که در حقیقت به ایده ترکیب فقه و قانون در نظام حقوقی ایران منجر شده است. البته خود اینان 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... کاملاً با یکدیگر متفاوت و متعارضند. هسته مرکزی فقه، تشریح و فتوا



است 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 یک سو امری مدرن 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. بنابر 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 نمود (بیگدلی، بی‌تا: ۶۲ - ۶۸). 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، اصرار بر جدایی فقه و حقوق دارند. این گروه نیز مانند دسته نخست معتقدند فقه و حقوق ماهیت 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 (کاوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹۸-۱۹۹). اما چنان‌که گفته شد دیدگاه دوگانه‌پنداری فقه و قانون (حقوق) که مهم‌ترین آسیب‌شناختی الگوی فقهی - حقوقی نظام حقوقی ایران است، صحیح نیست و در حقیقت این دوگانگی، میان نظام‌های حقوقی است.

## ۲. وابستگی نظام حقوقی در برخی عناصر بنیادین به نظام‌های حقوقی مدرن

تحول در نظام حقوقی مستلزم ایجاد تغییرات در عناصر بنیادین نظام حقوقی از جمله: مبانی و اهداف، منابع، منطق حقوقی، نظام مفاهیم، ساختار و تشکیلات و... است. بدون شناخت عمیق نظام حقوقی اسلام و بدون داشتن فهم صحیح از منطق حاکم بر حقوق اسلامی، نمی‌توان به صرف تغییرات ساختاری و تغییر موادی از قانون، به اهداف نظام حقوقی اسلام دست یافت. یکی از آسیب‌های مهم الگوی فقهی - حقوقی نظام حقوقی ایران، وابستگی نظام حقوقی در برخی عناصر بنیادین به نظام‌های حقوقی مدرن است. بررسی همه‌جانبه این وابستگی نیازمند پژوهش مستقل و گسترده است. اما در این مجال به یک نمونه از آن اشاره می‌شود.

گرچه اساس جمهوری اسلامی ایران بر مبانی اصیل کلامی و فقهی شیعه از جمله اصل ولایت فقیه بنا شده است، اما این مبانی در همه ابعاد نظامات مختلف اجتماعی، از



جمله نظام حقوقی امتداد نیافته و استلزامات آن‌ها در حوزه‌های مختلف به درستی محاسبه نشده است. به عنوان مثال؛ مبنای الزام قاعده حقوقی در نظام حقوقی اسلام، اراده تشریحی خداوند حکیم است که عینیت بخشی به آن در حکومت‌های مدرن امروزین از طریق تأمین عناصر سازنده شکلی و ماهوی قانون امکان‌پذیر است. مراد از عنصر شکلی «فرآیندی» است که طی آن، اراده شارع حکیم به طور مستقیم یا غیرمستقیم توسط شخص حاکم یا نهادهای منصوب از جانب ایشان در قالب گزاره‌های هنجاری بازتاب می‌یابد. این فرآیند ممکن است در قالب اجتهاد شخصی ولی فقیه یا گروهی (شورا) باشد. مراد از عنصر ماهوی، محتوایی است که بیانگر اراده حکیمانه شارع برای اداره جامعه اسلامی است. عنصر محوری در شکل‌گیری چنین مفادی، امکان «استناد» آن محتوا به شریعت اسلامی است که در ادبیات فقه شیعه با واژه «حجیت» از آن تعبیر می‌شود. بررسی منابع اسلامی حکایت از این دارد که عنصر ماهوی نسبت به عنصر شکلی از اهمیت بیشتری برخوردار است و می‌توان ادعا کرد همین امر باعث شده است مکتب حقوقی اسلام به مکتب حقوق طبیعی نزدیک‌تر شود (جاوید، ۱۳۹۲، ۲: ۵۰). اما در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مبنای الزام قواعد حقوقی با مبنای الزام قواعد در مکتب حقوق پوزیتیویستی قرابت بیشتری دارد؛ زیرا سازوکار اعتباربخشی به قواعد با صورت‌گرایی نهادینه شده در فرمالیست حقوقی تطابق بیشتری دارد تا آن‌که مفاد و محتوای قواعد نقش مهم‌تری را ایفا کنند. ارائه طرح و لایحه از سوی افراد و نهادهایی که اساساً با مفاد و محتوای اراده شارع حکیم آشنایی کاملی ندارد و اکتفا به بررسی فقهای نگهبان در پایان فرآیند قانون‌گذاری آن‌هم با رویکرد عدم مغایرت برای تأمین عنصر ماهوی قانون، مهم‌ترین دلیل بر نقش ضعیف عنصر سازنده ماهوی قانون در سیستم قانون‌گذاری نظام مزبور است تا آنجا که گاهی شریعت، عدالت، اخلاق و انصاف قربانی عنصر شکلی می‌شود.

### ۳. غلبه رویکرد فردی بر رویکرد اجتماعی

غلبه نگرش فردمحور به مسائل فقهی - حقوقی در فهم پدیده‌ها و موضوعات، استنباط احکام و امثال آن‌ها و حل معضلات فرد مسلمان به جای بهره‌گیری از منطق کل‌نگر و حل معضلات جامعه اسلامی، یکی از مهم‌ترین آسیب‌های الگوی فقهی - حقوقی نظام حقوقی



ایران است که مغایر با منطق نظام‌سازی است. یکی از تبعات مهم سیطره این منطق بر اندیشه فقهی فقیهان و حقوق‌دانان سنتی، عدم سوق یافتن ذهن ایشان به رابطه و همبستگی میان روابط اجتماعی و قواعد حقوقی (علیزاده، ۱۳۹۴: ۲۳۶) و به تبع آن عدم اهتمام به دیالکتیک بین فقه و واقعیت‌های اجتماعی در نظام‌سازی اسلامی است.

## راهکارها

### ۱. تغییر رویکرد نظری به رابطه فقه و حقوق

همان‌طور که در بخش آسیب‌ها گذشت، یکی از راهبردهای معرفتی مهم در ساخت نظام حقوقی، اتخاذ رویکرد صحیح درباره رابطه فقه و حقوق است. فقه و حقوق در تحلیل عقلانی از یک مقوله واحدند و مهم‌ترین مدرک برای این ادعا، برخورداری قاعده فقهی از همه شاخصه‌های قاعده حقوقی است که پیش‌تر به آن اشاره شد. دوگانه‌پنداری ماهیت فقه و حقوق در ذهنیت حقوق‌دانان و فقهای سنتی، ریشه در یک اهمال تاریخی از سوی فقها در صد سال اخیر دارد. در حقیقت فقه در این دوره برخلاف حقوق، در میدان حل مسائل جدید حضور نیافته و همین امر موجب بروز تفاوت در دایره موضوعات فقه و حقوق شده است (شاهنوش، ۱۳۹۱: ۲۱)؛ چراکه بسیاری از موضوعات مطرح در حقوق از قبیل بانک، 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 بین‌الملل و... در فقه جایگاهی نداشته و برای فقها در گذشته تاریخی مسئله نبوده است.

امروزه به دلیل پدیده مدرنیته و حرکت جوامع اسلامی به سوی مدرن شدن، کوله‌باری از مسائل جدید به سمت فقه سرازیر شده است و هریک از آن‌ها پاسخ مناسب و کارآمدی را از فقه مطالبه می‌کنند. هرچند فقه اسلامی برخلاف دانش حقوق که به‌منظور مدیریت روابط اجتماعی، خود را متکفل پاسخ به این پرسش‌ها دانسته و در این مسیر پیش‌رو نیز بوده، در ورود به عرصه بررسی این مسائل کوتاهی کرده است؛ ولی این به معنای بیگانه بودن آن از حل این مسائل نیست. تغییر رویکرد نظری به رابطه فقه و حقوق در گرو توجه



به چند مسئله اساسی است:

تغییر نگرش به تحولات فقه و حقوق: نظام حقوقی به‌مثابه یک نهاد اجتماعی با کلیت جامعه به‌طور عام و نهاد سیاست و فرهنگ به‌طور خاص رابطه تنگاتنگی دارد. بنابراین، نظام حقوقی همگام با تحولات جامعه و تحولات نهادهای سیاسی و فرهنگی آن باید متحول شود؛ از این‌رو باید برای نظام حقوقی حق ایجاد قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی نوین قائل بود. فقه نیز به‌عنوان دانشی که متکفل تبیین وظایف مکلفان می‌باشد، تابع مبتلابه بودن آن است و به‌طور عادی تا وقتی که جامعه با یک موضوعی درگیر نباشد و آن موضوع مسئله اعضای آن جامعه نشود، ضرورتی برای بررسی آن در فقه احساس نمی‌شود؛ زیرا 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. بنابراین، ارضای حس سنت‌گرایی نباید مانع از مواجهه صحیح علمی با پدیده‌های نوین فقهی - حقوقی شود.

موضوع‌شناسی صحیح مسائل فقهی - حقوقی: عدم تحلیل صحیح موضوع می‌تواند به تصور دوگانگی فقه و حقوق منجر شود. برخی موضوعات ممکن است در بدو امر حقوقی و غیرمرتبط به فقه تلقی شوند؛ ولی شناخت دقیق ماهیت موضوع می‌تواند مسئله را در قلمرو فقه قرار دهد که این حقیقت حکایت از وحدت ماهیت فقه و حقوق دارد که به آن اشاره شد. به‌عنوان مثال؛ یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق در حوزه اقتصادی «درآمدهای نامشروع» است که در کتاب مکاسب تحت عنوان مکاسب محرمة بحث می‌شود. بنابراین، گفت‌وگو درباره مکاسب محرمة گفت‌وگو درباره اولین بحث حقوقی در زمینه اقتصادی یعنی درآمدهای نامشروع است. تفاوت، فقط 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، ولی درآمدش مشروع باشد؟ (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۱: ۷-۸) اگر این سوال پاسخ داده شود، بخش عمده‌ای از اقتصاد مشروع و نامشروع از یکدیگر جدا می‌شود. 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 همه



مشاغل شبهه‌ناک را از جهت درآمد مشروع یا نامشروع بررسی کرده‌اند؛ اما پس از ورود به دنیای صنعتی این بحث را درباره مشاغل جدید صنعتی ادامه نداده‌اند. اگر امروزه دانش حقوق این وظیفه را انجام داده است، این به معنای دوگانگی ماهیت حقوق با فقه نیست. همچنین «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 حوزه عدالت به بحث بگذاریم، ناظر به «عدالت توزیعی» خواهد بود و نه «عدالت معاوضی». در حوزه عدالت اگر به چگونگی توزیع اموال بپردازیم، وارد بحث عدالت توزیعی شده‌ایم. اما اگر درباره 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 «فلسفه قانون‌گذاری» است، بحث کرده‌اند. بنابراین، سنخ مبحث ارث نیز کاملاً حقوقی است.

## ۲. اتخاذ رویکرد اجتماعی به فقه

به‌طور کلی نظام اجتماعی برآیند پدیده‌های خرد و کلان درهم تنیده و برخوردار از نسبتی هماهنگ است (پارسانیا، ۱۳۹۲: ۵۵) که عملکرد یکپارچه‌ای از آن‌ها بروز می‌کند؛ به‌گونه‌ای که هر نوع تغییر در عناصر، عملکرد عناصر 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 نقش‌آفرینی جزء، مغلوب نقش‌آفرینی کل و هیئت جمعی است و مدیریت و اداره نظام اجتماعی متکی به روابط اجزاء است؛ روابطی که نقش اجزاء و در پی آن نقش کل را تحت تأثیر قرار می‌دهند. در ادامه به چگونگی نقش‌آفرینی روابط در نظام اجتماعی و تأثیر آن در فرآیند 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:

### 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 (علیزاده، ۱۳۹۴: ۲۶۰). بررسی کتب فقهی نشان می‌دهد



مبانی، روش‌ها و پیش‌فرض‌های پذیرفته شده در دستگاه فقهت و اجتهاد شیعه متناسب با فقه فردی شکل گرفته است (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۱۱۰). 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 تجدیدنظر و... میان فقها و قانون‌گذاران در ابتدای انقلاب اسلامی ایران حکایت از ناکارآمدی («فقه موجود») در عرصه‌های اجتماعی دارد.

### 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 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 محمدباقر صدر یکی از فقیهان برجسته معاصر توجه ویژه‌ای به رویکرد کلان در فرآیند اجتهاد دارد. او معتقد است 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 (صدر، ۱۳۵۹: ۷-۵).

### رویکرد نظام

مراد از رویکرد کلان در فقه‌ورزی، رویکردی است که فقیه نه تنها در موضوع‌شناسی به ابعاد اجتماعی موضوع توجه دارد که موجب ارتقا موضوع از سطح خرد به سطح کلان می‌شود؛ بلکه روابط عرضی مسئله مورد نظر با سایر عناصر نظام اجتماعی را هم در نظر می‌گیرد تا با درک درست و عینی واقعیت، حکم مسئله را بیان کند. با وجود آن‌که رویکرد خرد و کلان با هم تفاوت آشکاری 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. به‌عنوان



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 آن‌که به ارتباط میان «زید» و «قیام» توجه شود، ساختمان کلمات این جمله مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ 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 فوق را بر مسئله «عقیم‌سازی» تطبیق داد. براساس رویکرد فردگرایانه ممکن است فقیهی به دلیل عدم جواز اضرار بر نفس بر حرمت عقیم‌سازی (نوری همدانی، ۱۳۸۲: ۴۷) 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 (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲۴۱). 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. براساس 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) براساس حکم ثانوی بر جواز عقیم‌سازی فتوا دهد؛ چنان‌که در برهه‌ای از تاریخ انقلاب، مسئله جواز عقیم‌سازی در پی تشخیص کارشناسان مربوطه مبنی بر لزوم «کنترل جمعیت» مورد توجه فقها بوده است. فقها در این دوره براساس 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؛ چراکه 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 به‌ویژه در گستره وسیع نه فقط 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 است استعماری در دست استکبار جهانی برای سیطره بر کشورهای اسلامی. بنابراین، فقیه در موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی موظف به محاسبه لوازم فرهنگی، اقتصادی و سیاسی تجویز عقیم‌سازی در گستره وسیع است؛ چراکه 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.

### ۳. توجه به مبدئیت عینیت اجتماعی و انسانی در نظام‌سازی

نظام‌سازی در حوزه حقوق، از مسیر تحول در فقه می‌گذرد. برای دستیابی بر تحول در فقه دست‌کم می‌توان سه راه را مورد شناسایی قرار داد: مسیر اول، ساحت علوم اسلامی با محوریت فقه؛ مسیر دوم، ساحت علوم انسانی و اجتماعی و مسیر سوم، ساحت عینیت نظامات اجتماعی است. در ادامه به طور اختصار این سه مسیر توضیح داده می‌شود.

#### مسیر علوم اسلامی با محوریت فقه

برخی برای ایجاد تحول در فقه معتقدند باید در پایگاه فقه موجود ایستاد و با ارتقا و تکمیل آن به بازسازی یا طراحی یک فقه جدید دست یافت تا بتواند به نیازهای جمهوری اسلامی پاسخ دهد و امکان اقامه دین در جامعه را محقق سازد. در این رویکرد ارتقا فقه در کنار تماس با مسائل اجتماعی برای پاسخ‌دهی، به‌عنوان راه‌حل ایجاد تحول در فقه و نظام‌سازی مبتنی بر آن پیشنهاد می‌شود.

اما باید دانست پایگاه فقه (حتی در شکل تحول‌یافته‌اش)، هرچند به دلیل ارتباط عمیق با منبع دین در تأمین حجیت و اعتبار و استناد مورد نیاز برای انتساب احکام به اسلام موفق است، ولی فاصله فراوانی از مسائل عینی انسانی و اجتماعی دارد. به همین دلیل پایگاه فقه، در تأمین کارآمدی مورد نیاز برای مدیریت حکومت و جامعه، کم‌توان یا ناتوان است.



## مسیر علوم انسانی و اجتماعی

عده‌ای دیگر معتقدند که تا فقیه، مسائل علوم انسانی و اجتماعی را مورد شناسایی قرار ندهد، امکان پاسخ‌گویی به مسائل انسانی و اجتماعی را به دست نخواهد آورد. بنابراین، علاوه بر استفاده از فقه یا ارتقا آن، باید به مطالعه علوم انسانی و اجتماعی پرداخت و پس از شناخت علوم انسانی و اجتماعی که از پیچیدگی فراوانی برخوردار هستند و بساطت مسائل موجود در فقه کنونی را ندارند، به دنبال دستیابی به احکام آن در منابع بود.

اما باید دانست علوم انسانی و اجتماعی برخلاف فقه، فاصله چندانی با مسائل عینی انسانی و اجتماعی ندارند؛ ولی فاصله آن‌ها از منبع دین، زیاد است. به همین دلیل است که علوم انسانی و اجتماعی در تأمین کارآمدی مورد نیاز برای مدیریت حکومت و جامعه، موفق هستند؛ ولی در تأمین حجیت و اعتبار و استناد مورد نیاز برای انتساب به اسلام ناتوان یا کم‌توان هستند.

فقهایی که با اکتفا به فقه موجود یا با ارتقا فقه به فقه حکومتی و فقه نظام درصدد پاسخ‌گویی به مسائل عینی حکومت و جامعه هستند، در تأمین حجیت موفق هستند؛ اما فاقد قدرت امتداد آن به مدیریت واقعی و اسلامی مسائل حکومت و جامعه هستند و در مقابل، کسانی که درصدد با شناخت علوم انسانی و اجتماعی موجود، به سمت پایگاه اسلامی و فقهی حرکت کنند و به تأمین حجیت بپردازند، قدرت امتداد تا پایگاه اعتبار و حجیت را نمی‌یابند و با روکشی از اسلام، به بازتولید و بازگویی علوم انسانی و اجتماعی موجود در غرب که ذاتا مسموم هستند، می‌پردازند و در نهایت به ایجاد نظام فقهی کارآمد موفق نمی‌شوند. بنابراین، شکاف بزرگ موجود بین پایگاه علوم اسلامی و فقه و بین پایگاه علوم انسانی و اجتماعی غرب، موجب گردیده است انتخاب هر یک به‌عنوان نقطه عزیمت برای دستیابی به فقه کارآمد را در میان از دست دادن یکی از عناصر محوری «حجیت» یا «کارآمدی» قرار دهد. نتیجه اتخاذ هر کدام از دو روش، عدم تحقق تحول در ساحت فقه و عدم امکان ساخت نظام حقوقی کارآمد است.

اشکال مشترک هر دو روش که می‌تواند گشایشی به سوی راه سوم به شمار آید، این است که هم علوم اسلامی و فقه و هم علوم انسانی و اجتماعی در ساحت ذهنیت قرار دارند



و هریک از سویی در قرب و بعد با پایگاه منابع اسلامی و از سوی دیگر در قرب و بعد با پایگاه عینیت انسانی و اجتماعی تعریف می‌شوند. به تعبیر دیگر، ویژگی مشترک هر دو نقطه عزیمت، این است که از جنس علم و ذهن هستند و در عالم ذهنیت قرار می‌گیرند. شاید بتوان بر این اساس نقطه عزیمت سوم راه را برای ایجاد تحول در فقه و نظام‌سازی در حوزه حقوق هموار کرد.

### شناخت عینیت انسانی و اجتماعی

به‌رغم آنکه نظام حقوقی با معرفت‌های بنیادین ثابت و تغییرناپذیر که ایدئولوژی حاکم بر جامعه را شکل می‌دهند، در ارتباط است، باید با عوامل مؤثر بر تحولات روابط اجتماعی نیز در ارتباط باشد. چراکه قواعد و نهادهای حقوقی برای تنظیم روابط حقوقی است. از این‌رو، هرگاه عناصر سیاسی، فرهنگی، مذهبی، اقتصادی و... دگرگون شد، ناگزیر قواعد و نهادهای حقوقی نیز باید دگرگون شود و متناسب با تحولات عینی جامعه انسانی پیش رود. بنابراین، اگر عینیت انسانی و اجتماعی در مسیر دستیابی به فقه کارآمد، مبدئیت پیدا کند، اولاً، فاصله‌ای که علوم انسانی و اجتماعی میان فقه و عینیت انسانی و اجتماعی به وجود آورده‌اند، از بین می‌رود و ثانیاً، فقه در ساماندهی خود تا رسیدن به قدرت پاسخگویی به مسائل عینی انسانی و اجتماعی، با سرعت عمل خواهد کرد و در نتیجه هم تأمین عنصر حجیت ممکن خواهد شد و هم تأمین عنصر کارآمدی. بر این اساس، به جای خود فقه و به جای خود علوم انسانی و اجتماعی، باید عینیت انسانی و اجتماعی را مبدأ دستیابی به فقه کارآمد و سپس ایجاد نظام حقوقی قرار داد. در این راستا باید به شناخت دقیق عینیت انسانی و اجتماعی پرداخت و همه خصوصیات و ویژگی‌هایی که در این دوران برای عینیت انسانی و اجتماعی به وجود آمده را احصا نمود. پس از این اقدام باید دید فقه باید چه خصوصیات و چه ویژگی‌هایی به خود بگیرد تا بتواند به این نوع مسائل با این خصوصیات و ویژگی‌ها پاسخ دهد، به نحوی که از خصوصیت ذاتی فقه، یعنی حجیت و استناد به خداوند متعال فاصله نگیرد.

با پیمودن این مسیر اولاً به دلیل آنکه عینیت انسانی و اجتماعی مبدئیت می‌یابد، تأمین کارآمدی مورد نیاز ممکن خواهد شد و درواقع فقه با نظارت بر این مسائل، تکون خواهد



یافت و ثنیا به دلیل آنکه فقیه با با تصویری شفاف از نیاز واقعی جامعه به استنباط احکام می‌پردازد، حجیت آن را نیز تأمین می‌کند. مهم‌ترین ویژگی عینیت انسانی و اجتماعی، در این دوران، نظام‌مند بودن آن است. بر این اساس باید گفت که فقه کارآمد نظام‌ساز، فقهی نیست که تنها نگاه کلان داشته یا منظومه‌وار باشد و بتواند نظام گزاره‌های دین را استخراج کند؛ بلکه فقهی است که به مسائل عینی انسانی و اجتماعی در قالب یک نظام برخوردار از کثرت، پیچیدگی و درهم‌تیدگی توجه نماید و طبعاً چنین فقهی باید قدرت لحاظ ارتباطات پدیده‌های عینی را داشته باشد.

### نتیجه‌گیری

نظام حقوقی در یک سلسله منطقی از مفاهیم، از یک سو متأخر از عناصر کلانی مانند مبادی، قواعد بنیادین و پایه‌های اعتقادی است که خود در سه قلمرو هستی‌شناختی، انسان‌شناختی و معرفت‌شناختی جای می‌گیرند و از سوی دیگر، تحت تأثیر زیست‌بوم فرهنگی - تاریخی یک قوم و ملت است. توجه به این مبادی معرفتی و غیرمعرفتی کمک شایانی به طراحی و ساخت یک نظام حقوقی کارآمد می‌کند.

تحول در نظام حقوقی و بازسازی آن، با تصرف در سطح عناصر کلان نظام حقوقی امکان‌پذیر است و نه سطح عناصر خرد و میانه آن‌گونه که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی رخ داده است. از این رو فقه اسلامی در چارچوب فقه نظام که در مدیریت ساحت فردی، اجتماعی و تمدنی، علاوه بر شناخت و تحلیل خود موضوعات، روابط پیچیده و درهم‌تنیده آن‌ها را هم مورد تحلیل و بررسی قرار می‌دهد، درباره هر یک از عناصر کلان نظام حقوقی دیدگاهی متناسب با مبادی معرفتی و غیرمعرفتی خود ارائه می‌دهد.

توجه به عینیت انسانی و اجتماعی که برآیند نوعی واقع‌گرایی حقوقی در ساحت فقه‌ورزی و نظریه‌پردازی حقوقی است، آثار و نتایج چشم‌گیری در نظام‌سازی حقوقی دارد. این نتایج در حوزه قانون‌گذاری، دادرسی و رسیدگی قضایی و آموزش و پژوهش حقوقی قابل تبیین و پیگیری است که به عنوان مستقل قابل تحقیق و پژوهش است.



## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. اراکی، محسن، (۱۳۹۱)، فقه نظام سیاسی اسلام، ج اول، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳. اعرفی، علیرضا، (۱۳۹۵)، درآمدی بر اجتهاد تمدن‌ساز، ج اول، قم: مؤسسه اشراق و عرفان.
۴. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، ج ۱، ج اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. ایمانی، عباس؛ اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۸۲)، فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، تهران: آریان.
۶. آقابخش، علی؛ افشاری‌راد، مینو، (۱۳۷۹)، فرهنگ علوم سیاسی، ج دوم، تهران: جابار.
۷. بیگدلی، عطاءالله، (بی‌تا)، قانون‌شناسی درآمدی بر وضعیت حقوق در ایران، تهران: مؤسسه اشراق.
۸. پارسانیا، حمید، (۱۳۹۲)، جهان‌های اجتماعی، ج دوم، تهران: کتاب‌فردا.
۹. جاوید، محمدجواد، (۱۳۹۲)، نقد مبانی فلسفی حقوق بشر، ج دوم، ج اول، تهران: مخاطب.
۱۰. حکمت‌نیا، محمود، (۱۳۸۴)، «بومی‌سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی»، حقوق اسلامی، شماره ۲، صص ۶۱-۷۸.
۱۱. حکمت‌نیا، محمود؛ معلی، مهدی؛ کاظمینی، محمدحسین، (۱۳۹۸)، «درآمدی بر نظریه حقوقی اسلام»، تحقیقات بنیادین علوم اسلامی، شماره ۱۴، صص ۷-۴۵.
۱۲. حیدری‌خراسانی، محمدجواد؛ نوذری‌فردوسی، محمد؛ خلف‌خانی، علی، (۱۳۹۲)، «تفاوت‌های فقه فردی و فقه حکومتی، از منظر شناخت موضوع، مکلف و تکلیف»، پژوهش‌نامه فقهی، سال اول، شماره ۲، صص ۱۰۹-۱۲۴.
۱۳. داوید زنه؛ ژوفره اسپینوزی؛ کامی، (۱۳۹۵)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سیدحسین صفایی، ج یازدهم، تهران: نشر میزان.
۱۴. فروشانی، شاهنوش؛ عبدالصالح، محمد، (۱۳۹۱)، «رابطه فقه و حقوق»، گفتمان حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، صص ۹-۲۸.
۱۵. شفیع سروستانی، ابراهیم، (۱۳۸۵)، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی آسیب‌ها و بایسته‌ها، ج اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۶. صدر، سید محمدباقر، (۱۳۵۹)، همراه با تحول اجتهاد، ترجمه اکبر ثبوت، قم: انتشارات روزبه.
۱۷. علیزاده، عبدالرضا، (۱۳۹۴)، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، ج سوم، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، «رابطه فقه و حقوق»، نامه مفید، شماره ۴۳، صص ۱۸۷-۲۰۰.
۱۹. مددیپور، محمد، (۱۳۸۷)، سیر تفکر معاصر، ج دوم، تهران: سوره مهر.
۲۰. مستشارالدوله، یوسف‌بن‌کاظم، (۱۳۸۵)، یک کلمه، تهران: بال.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸ق)، احکام بانوان، ج یازدهم، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
۲۲. نائینی، محمدحسین، (۱۳۸۸)، تمییه الامه و تنزیه المله، تصحیح و تقدیم سیدجواد ورعی، قم: بوستان کتاب.
۲۳. نصری، عبدالله، (۱۳۸۶)، رویارویی با تجدد، ج اول، تهران: نشر علم.
۲۴. نوری همدانی، حسین، (۱۳۸۲)، «کنترل جمعیت»، فقه اهل بیت، شماره ۳۳، صص ۴۷.
۲۵. نوری، فضل‌الله، (۱۳۷۳)، تذکره الغافل و ارشاد الجاهل، ایران نامه، شماره ۴۳.

