

دوفصلنامه علمی- پژوهشی دین و ارتباطات، سال بیستم و سوم، شماره اول (پیاپی ۴۹)- بهار و تابستان ۱۳۹۵، صص ۱۳۷-۱۶۶

تأثیر فرهنگ بر حقوق دینی با توجه به واقعیت‌های تقنینی

احمدعلی قانع*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۳/۱۹

محمد پورکیانی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۶/۲۷

محمد رضا فتح اله بیاتی***

چکیده

در نگاه اول فرهنگ متعلق به بینش، گرایش و رفتار مردم یک جامعه بوده و در مقابل حقوق متعلق به بایدها و نبایدهایی است که در حکومت دینی از دین گرفته می‌شود. مقاله حاضر با بیان تأثیر فرهنگ بر حقوق در پی نشان دادن حضور فرهنگ حتی در حقوق دینی است. تأثیر فرهنگ بر حقوق را می‌توان از زوایای مختلفی بررسی کرد. در بررسی اول با توجه به پیوست حقوق به دین، رابطه فرهنگ با دین بحث می‌شود. سه رویکرد «سستی»، «ترجمه فرهنگی دین» و «اجتهادی» در مورد قلمرو دین مطرح شده است. ترجمه فرهنگی، دین را از فرهنگ جدا کرده و به فرهنگ اصالت می‌دهد، رویکرد سستی، فرهنگ را تحت نظر دین آورده و هر فرهنگ مستقل از دین را نفی می‌کند و در نهایت رویکرد اجتهادی، نظر بینابین و متعادل در تعامل فرهنگ و دین برگزیده که دلایل ترجیح این رویکرد بیان می‌شود.

بررسی دوم به منشأ انتزاع حقوق پرداخته و با توضیح نظریه اعتباریات علامه، از تأثیر فرهنگ بر وضع حقوق گفته می‌شود.

و در نهایت بررسی سوم مقاله، به تأثیر فرهنگ در اجرایی و عملیاتی شدن حقوق توجه کرده و از مباحث انتزاعی و مبنایی فاصله می‌گیرد. بر این اساس کنار گذاشتن فرهنگ موجب بیهودگی و ناکارآمدی حقوق خواهد شد. موضوع تعزیرات در فقه و نقش حاکم در مصلحت سنجی آن مهم‌ترین اماره برای نشان دادن تأثیر فرهنگ بر حقوق دینی است؛ چراکه مهم‌ترین تضمین برای اطمینان حاکم شرع برای عملیاتی شدن تعزیرات، همراهی فرهنگی جامعه مخاطب است.

واژگان کلیدی

فرهنگ، دین، حقوق، رویکرد اجتهادی، اعتباریات، تعزیرات

* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع) ghane@gmail.com

** دانشجوی دکتری گرایش سیاست‌گذاری فرهنگی دانشگاه باقرالعلوم (ع) m.poorkiani@gmail.com

*** کارشناسی ارشد رشته فرهنگ و ارتباطات دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول)

fbayati88@gmail.com

مقدمه

تحقیق مذکور با عنوان «تأثیر فرهنگ بر حقوق دینی با توجه به واقعیت‌های تقنینی» از انواع مطالعات بین‌رشته‌ای بوده که به دنبال تحلیل صحیحی از موضوع تأثیر فرهنگ بر حقوق است. در دوران کنونی که شاهد غلبه نظرات مختلف علوم اجتماعی برای اداره جامعه هستیم، برای یک جامعه دین‌دار بسیار ضروری است که درباره رابطه و نسبت دین با این نظرات موضع مشخص داشته باشد. دوران پست‌مدرن دوران غلبه نظریه نسبیت فرهنگی بر علوم مختلف است و در این میان حقوق نیز متأثر از دخالت تنوع و نسبیت فرهنگی، امکان دارد از مبادی ثابت عقلانی و وحیانی خود فاصله بگیرد. این موضوع از آن جهت که پیوند عمیق و مستقیمی بین حقوق ما و دین وجود داشته و از طرفی به برکت انقلاب اسلامی، داعیه اسلامی کردن حقوق و داشتن برنامه برای اداره جامعه وجود دارد، بسیار مهم است. جامعه‌ای که خود دارای عناصر و ارزش‌های فرهنگی متعدد و متکثر و بعضاً متفاوت از یافته‌های دینی بوده چگونه می‌تواند با حقوق و داده‌های دینی آن حرکت کند؟ انقلاب اسلامی ایران به عنوان سرآغاز ورود دین در عرصه اداره دنیای مردم در دوران معاصر نیازمند بررسی و مذاقه جدی در این حوزه است.

این تحقیق نه ظرفیت و نه ادعای پردازش کامل این موضوع را دارد و نه ادعای اتخاذ نظری کامل در این مورد می‌کند؛ بلکه در جهت شکوفایی این بحث، به بازگویی دلایلی در جهت اثبات ارتباط حقوق و فرهنگ پرداخته و با دادن اماره‌هایی، قوت نظریه اجتهادی را نشان می‌دهد. از این رو تحقیق حاضر از مطالعات بنیادین و نظری بوده که ماهیت تحلیلی دارد. برای این تحقیق از منابع کتابخانه‌ای استفاده شده و داده‌های آن کیفی می‌باشند.

مسئله اصلی مقاله این خواهد بود که چه مستنداتی برای قبول تأثیر فرهنگ بر قانون‌گذاری در یک جامعه - اعم از جامعه داخلی تا جامعه بین‌الملل - می‌توان ارائه داد؟ تحقیقات محدودی برای نشان دادن اثر فرهنگ بر قواعد حقوقی تدوین شده است. شاید اولین تلاش برای ورود به این موضوع توسط آقای صانعی در «جامعه‌شناسی ارزش‌ها» صورت گرفت که فرصت را برای ورود جدی‌تر آقای علیزاده در کتاب «مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق» ایجاد کرد. هر دوی این کتب مفید بوده ولی غلبه جهت‌گیری جامعه‌شناسی از سایر علوم در آن‌ها روشن است. کتاب «ملاکات احکام و شیوه‌های

استکشاف آن» از آقای ایازی کمکی برای تحلیل‌های فقهی فراهم کرد و «سیاست، دین و فرهنگ» آقای افتخاری ورودی سیاسی را امتحان نمود. مقاله حاضر ضمن استفاده از کتب مذکور و سایر کتب مربوطه در حوزه‌های فقهی، جامعه‌شناسی و فلسفی، سعی بر ارائه جامع‌تری از دلایل طرح‌شده برای این موضوع دارد.

بخش اول تحقیق بر ارتباط ارزش‌های فرهنگی و حقوقی با توجه به حقیقت دین و حقوق، نظر دارد. در این بخش تلاش می‌شود به دور از مصلحت‌ها و اضطراب‌های صحنه عمل، میزان اثر فرهنگ بر دین و حقوق سنجیده شود. اینکه حقوق برای عملیاتی شدن در جامعه مجبور به هماهنگی با فرهنگ جامعه است موضوع این بخش نبوده و ناظر بر قسمت پایانی مقاله است. بخش اول جدای از الزامات بیرونی وضع قانون، به ماهیت حقوق و دین و نسبت فرهنگ با آن‌ها توجه می‌کند. در این بخش ابتدا با پیش‌فرض گرفتن ارتباط وثیق بین گزاره‌های دینی و حقوقی در حقوق داخلی، به بیان نظرات مختلف در مورد قلمرو دین و چگونگی تأمین ارزش‌های فرهنگی از جانب دین پرداخته و از این راه تأثیر و تأثر فرهنگ و حقوق دینی بازگو می‌شود. در این رابطه سه نظریه فقه سنتی، ترجمه فرهنگی دین و نیز رویکرد اجتهادی بازگو خواهد شد. در قسمت دیگر این بخش به بحث پیرامون چگونگی اعتبار گزاره‌های حقوقی پرداخته و نشان خواهیم داد که اعتقاد به حقیقی بودن گزاره‌های حقوقی از دخالت فرهنگ در آن خواهد کاست. در قسمت دیگر تحقیق به دور از مباحثی که به حقیقت جایگاه فرهنگ و حقوق نظر دارند (مانند مباحث پیشین) توضیح داده خواهد شد که با توجه به چگونگی عملیاتی شدن حقوق در دنیای امروز، ترابط حقوق و فرهنگ چگونه رخ خواهد داد.

قبل از ورود در مسئله مقاله، منظورمان از مفاهیم فرهنگ و حقوق را توضیح می‌دهیم:

- چیستی فرهنگ

در تعریف فرهنگ برخی آن را «رفتار یا الگوهای رفتاری» دانسته‌اند، پاره‌ای دیگر «شیوه و الگوی زندگی بشر» را فرهنگ دانسته‌اند. برخی دیگر «مجموعه اندوخته‌های مادی و معنوی» بشر را، برخی «بازتاب اندیشه و شناخت بشر» و برخی دیگر «ارزش‌ها، هنجارها، باورها و مجموعه امور پذیرفته‌شده و هنجاریافته اجتماعی» را فرهنگ قلمداد کرده‌اند. برخی دیگر

«ارتکازات یا پذیرش‌های هنجاریافته اجتماعی» را فرهنگ می‌نامند (پیروزمند، ۱۳۸۹، صص ۲۳-۳۲). به هر ترتیب باید توجه داشت تعاریفی که به لایه‌های رفتاری و رویین جامعه نظر دارند، چندان صحیح به نظر نمی‌رسند؛ چراکه در فرهنگ باید گرایش و تمایل و پذیرش جامعه انسانی مدنظر باشد، درحالی‌که می‌توان با قدرت و زور رفتاری را در جامعه ایجاد کرد درحالی‌که نمی‌توان نام فرهنگ را بر آن رفتار نهاد، ازاین‌رو این سنخ تعاریف اعم از فرهنگ هستند و شامل رفتارهای غیرفرهنگی نیز می‌شوند. به‌رحال قدر متقین تعریف ما قرار دادن تمایل انسان‌ها یعنی پذیرش انسان‌هاست، لذا بیش از آنکه فرهنگ با چگونگی و بررسی زورمندی قدرت مرتبط باشد با معیار تشخیص انسان‌ها مرتبط است. بسیاری از کسانی که رفتارها را- به معنای اعم- جزء فرهنگ تلقی کرده‌اند، منظورشان رفتارهای برآمده از باورها و گرایش‌های انسان است و نه هر نوع رفتاری؛ هرچند این قید را نیاورده باشند.

مقام معظم رهبری چنین از فرهنگ یاد می‌کنند:

«بخش عمده فرهنگ، همان عقاید و اخلاقیات یک فرد یا یک جامعه است. رفتارهای جامعه هم که جزو فرهنگ عمومی و فرهنگ یک ملت است، برخاسته از همان عقاید است. در واقع، عقاید یا اخلاقیات، رفتارهای انسان را شکل می‌دهند و به وجود می‌آورند. خلیقات اجتماعی، رفتارهای اجتماعی را به وجود می‌آورند؛ بنابراین، درست است که مقوله فرهنگ در موارد زیادی شامل رفتارها هم می‌شود، اما اساس و ریشه فرهنگ، عبارت است از عقیده، برداشت و تلقی هر انسانی از واقعیات و حقایق عالم و نیز خلیقات فردی و خلیقات اجتماعی و ملی»^۱.

بیان این نکته از آن جهت قابل اهمیت است که نشان از وجهه مردمی و انسانی فرهنگ داشته و تباین اولیه‌ای با نسخه‌های سیاسی و دینی دارد. از این جهت همراهی و یا تقابل آن با حقوق دینی موضوع تأمل اندیشه‌مندان قرار می‌گرفته و مفاهیمی برای این مبحث مطرح کرده‌اند. بر این اساس اگر فرهنگ را مجموعه‌ای از معارف و ارزش‌ها و آداب دانسته که انسان در صورت جمعی خود در برهه‌ای از زمان و مکان قبول کرده است، بحث از فرهنگ به‌عنوان روح جامعه انسانی ارتباط با مفاهیم عرف در حقوق و سیره در فقه خواهد داشت.

چیستی عرف

در مقدمه کتاب‌های حقوقی، «عرف و عادت» را یکی از منابع حقوق شمرده‌اند و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح می‌کند: «چنان‌که قانون، کامل یا صریح نبوده و یا در قضیه مطروحه اصلاً قانونی وجود نداشته باشد، دادگاه‌ها باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه کشوری و «عرف و عادت مسلم» آن قضیه را حلّ و فصل نمایند.»

با وجود این، قانون تعریفی از عرف عرضه نمی‌کند. لیکن علمای حقوق و فقه در نوشته‌های خود، عرف را تعریف نموده‌اند:

«عرف قاعده‌ای است که به تدریج و خودبه‌خود در میان همه مردم یا گروهی از آنان به‌عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است» (کاتوزیان، ۱۳۵۵، ص ۱۸۸).

و یا تعریف مظفر در اصول فقه که می‌گوید: «عرف یا سیره در اصطلاح عبارت است از استمرار بنای عملی مردم بر انجام یا ترک یک فعل» (مظفر، بی تا، ص ۱۵۳).

نتیجه اینکه عرف به مجموعه عادات، رفتارها و باورهای گفته می‌شود که صرف نظر از درستی یا نادرستی آن‌ها از سوی افراد یک جامعه پذیرفته می‌شوند. همان‌گونه که در فرهنگ معین نیز عرف به «خوی، عادت و آنچه که در بین مردم پسندیده و متداول است» تعریف شده است. البته عرف را می‌توان به عمومی و خصوصی تقسیم کرد. در صورتی که این تخصیص ذکر نشود منظور از عرف همان عرف عمومی خواهد بود.

تعریف مشترک عرف و فرهنگ در سطح میان‌رشته‌ای

همان‌گونه که از تعاریف فوق برمی‌آید، اگر قیود تخصصی فرهنگ معرف در نظر گرفته نشود، این دو مفهوم هم‌پوشانی کاملی داشته و برای موضوعات میان‌رشته‌ای می‌توانند یکسان دیده شوند. منظور از قیود تخصصی تحدیدهایی است که علوم مختلف با توجه به موضوع خود به این مفاهیم زده‌اند؛ برای مثال در موضوع سیره عقلا یا موضوع سیره متشرعه در اصول فقه از قیود عقلا و متشرعه برای محدود کردن عرف استفاده می‌شود و یا فرهنگ خصوصی که از عموم جامعه فاصله گرفته و تبدیل به مفهومی تخصصی می‌شود. بر این اساس تقابلی فرهنگ با گزاره‌های دینی و حقوقی در بررسی مفهوم عرف قابل تبیین است.

حقوق

علم حقوق به‌عنوان یکی از شاخه‌های علوم انسانی به مطالعه قواعد حاکم بر روابط میان اشخاص با یکدیگر و با نهادهای عمومی می‌پردازد. علم حقوق شامل تقسیمات گوناگونی است، تقسیم علم حقوق به داخلی و بین‌المللی و نیز تقسیم به جزای خصوصی و عمومی، مهم‌ترین تقسیمات این علم است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۲۵۷). به الزامات کلی، رفتاری، عمومی، دستوری و دارای ضمانت اجرای حاکمیتی، اصطلاحاً قواعد حقوقی گفته می‌شود که بدنه اصلی علم حقوق را تشکیل می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، صص ۵۱۵-۵۴۰). منبع قواعد حقوقی در نظام‌های حقوقی مختلف، گوناگون است. در نظام حقوقی اسلام مشروعیت قواعد حقوقی در نسبت آن‌ها با اوامر الهی سنجیده می‌شود. از این رو وظیفه علم حقوق دینی پیاده کردن خواست الهی در جامعه است.

البته باید از تفاوت حقوق و فقه نیز توجه داشت. فقه در اصطلاح عبارت است از «الْعِلْمُ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ الْفَرَعِيَّةِ عَنْ أَدْلَتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ»: علمی که به وسیله آن احکام شرعی (نه عقلی محض) فرعی (نه اصول اعتقادی) را از ادله تفصیلی (با استفاده از قرآن، سنت، اجماع و عقل و نه تقلید) به دست می‌آوریم (ابن‌الشهید الثانی، ۱۴۰۶ ق، ص ۶۶). از جمله تفاوت‌های فقه و حقوق در ویژگی الزامی قواعد حقوقی است، درحالی‌که برخی احکام شرعی ترجیحی (مستحب و مکروه) و تخییری (مباح) می‌باشند. دیگر تفاوت، ضمانت اجرای حاکمیتی حقوق بوده که باید از پشتوانه ضمانت اجرای دولتی برخوردار باشند؛ درحالی‌که بسیاری از احکام فقهی فقط ضمانت ایمانی دارند. جدای از این تفاوت‌ها رویکرد غایت محور و مصلحت سنج حقوق با گزاره‌های جزئی فقهی تفاوت دارد. به تعبیر دیگر حقوق متصدی پیاده کردن بستر اجتماعی برای اجرای فقه است. هرچند همین مصلحت سنجی عملگرای حقوق با قواعد فقهی قابل تحلیل است.

همان‌طور که از تعاریف فوق روشن است، در بادی امر، فرهنگ و عرف ناظر بر واقعیت عینی جامعه بوده و حقوق ناظر بر هدفی است که دین برای جامعه مدنظر دارد. تصور اولیه بر دوگانگی و تضاد این مفاهیم بوده و چالش حقوق دینی را موجب می‌شود. از این رو مسئله اصلی تحقیق نشان دادن ارتباط فرهنگ در تدوین قواعد حقوقی است. این مسئله از سه طریق: «قلمرو دین»، «انشاء گزاره‌های حقوقی» و «لوازم اجرای حقوق» به بحث گذاشته می‌شود.

مبحث اول. نسبت فرهنگ و حقوق با توجه به حقیقت دین و حقوق

همان‌گونه که در مقدمه ذکر شد بنای حقوق دینی حکایت از خواسته دین است و بنای فرهنگ حکایتگری از سبک و عرف زندگی عموم مردم. طبیعتاً اگر بتوان جایگاه فرهنگ در گزاره‌های دینی را مشخص کرد، بخش مهمی از سؤال تحقیق در نسبت فرهنگ با حقوق دینی نیز روشن می‌شود، چراکه رسالت حقوق دینی پیاده کردن خواست دین در جامعه است. از این رو قسمت اول این بخش به واکاوی در موضوع رابطه دین و فرهنگ و با توجه به بحث حقیقت دین و قلمرو و محدوده آن به فهم جایگاه فرهنگ در آن می‌پردازد. در قسمت بعد به حقیقت حقوق نظر خواهیم کرد و مشخص خواهیم داشت که اساساً گزاره‌های حقوقی امکان رها شدن از اعتبارات فرهنگی را دارند یا تأثیر فرهنگی جزء ماهیت گزاره‌های حقوقی قرار می‌گیرد.

۱. قلمرو دین

برای فهم رابطه دین و فرهنگ، باید نسبت به حوزه و قلمرو حضور دین رویکرد مناسبی انتخاب کنیم. مشخص است که اگر در بررسی قلمرو دین به این نتیجه برسیم که دین برای کنار گذاشتن فرهنگ و یا اصلاح آن و یا امضای آن در پاره‌ای از موارد نازل شده است و این دو جایگزین کاملی برای هم هستند، از اعتبار فرهنگی کاسته و بر اعتبار حداکثری دین افزوده می‌شود، چراکه فرهنگ و دین جای هم را پر می‌کنند. برعکس اگر قلمرو مشترکی برای فرهنگ و دین پیدا شود از تعامل آن‌ها می‌توان سخن گفت. بر این اساس سه رویکرد ذیل برای رابطه دین و فرهنگ قابل تصور است که برخی مانند رویکرد اول کمتر تصریح شده و در ضمن نظام فکری اخباری و نواخباری قابل رصد است و برخی دیگر - دو جریان دیگر - تصریح در موضع‌گیری خود دارند (صاحبی، ۱۳۸۴، ص ۶۸۷).

توضیح این نکته ضروری است که دین همیشه برای کنار گذاشتن فرهنگ نازل نشده بلکه در پاره‌ای از موارد جهت اصلاح آن و در برخی موارد برای تأیید و امضای آن است و به همین جهت در تقسیمات احکام، احکام را به دو قسمت احکام تأسیسی و احکام امضایی تقسیم می‌کنند.

۱-۱. رویکرد ذات‌گرایانه

این رویکرد در واقع نوعی شکل‌گرایی و قشرگرایی و فرمالیسم دینی است که ظواهر فرهنگی ارائه‌شده در دوران صدر اسلام و دوران صدور نقل را ذاتی دین دانسته و تخلف از آن را صدمه به ماهیت دین می‌شمارد (اصفهانی، ۱۳۶۳، صص ۶-۱۲). در این رویکرد دین با تمام بطون و ظواهر خود برای تمام انسان‌ها در هر زمان و مکانی ثابت است. در رویکرد سنتی از طرفی فرهنگ را به بخش ثابت دین ملحق می‌کنیم و از طرفی داعیه جهانی شدن دین را داریم. نتیجه اینکه معتقد خواهیم شد که انواع بشر از هر نژاد و منطقه جغرافیایی و زمانی را باید به‌سوی یک فرهنگ واحد بخوانیم و این به معنی مخالفت با تکثر و نسبیّت فرهنگی است که در آن هر ملتی به اقتضای عوامل متغیر و مختلف، فرهنگ متباین و ویژه خود را دارد. از نظر معتقدان این رویکرد، اسلام مخصوصاً از آن‌رو که دارای فقهی فربه است و فقه رابطی سترگ با گونه زندگی دارد، با صور مختلف حیات قابل جمع نیست. هرچه اسلام ناب‌تر و خالص‌تر باشد صورت و شیوه‌ای خاص‌تر و ویژه‌تر از حیات را اقتضا دارد و سبک‌های زندگی را به‌سوی «سبک زندگی» سوق می‌دهد. اگر جامعه‌ای از اولیاء و پیامبران تشکیل گردد، «فرهنگ» از بین خواهد رفت و دین؛ تمام دین؛ ظاهر خواهد شد و در آن روزگار دین با هیچ سبک زندگی جز آنچه خود سامان می‌دهد قابل جمع نخواهد بود. آنگاه تنها دین خواهد بود و بس (بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۵۵)؛ بنابراین می‌توان گفت در رویکرد ذات‌گرایانه، فرهنگ برخواسته از دین خواهد بود و ذاتی آن محسوب می‌شود و وجود استقلالی نباید داشته باشد (ارشادی‌نیا، ۱۳۸۶، صص ۳۸-۶۰).

۲-۱. رویکرد فرهنگی به دین

ترجمه فرهنگی دین با دیدگاهی گسترده به دین می‌نگرد. از نظر آن‌ها تمام ادیان آسمانی چون شریعت موسوی و عیسوی و محمدی متناسب با فرهنگ قوم خود نازل شده‌اند. در این رویکرد، تناسب با قوم مخاطب به‌عنوان ذاتی و حقیقت و خمیر مایه دین شمرده می‌شود و نه تناسب با قوم نخستین مورد خطاب دین. ما با کشف مدلول نصوص و ظواهر رسیده از دین به تحقق منظور اصلی دین می‌اندیشیم (سروش، ۱۳۷۷، صص ۱۱-۱۲ و ۱۷). اگر مدلول موردنظر سیاست اسلامی رحمت و عدالت است باید متناسب با فهم امروزی آدمیان و

کشفیات اجتماعی و سیاسی و صنعتی به تأسیس سیستم حکومتی برآورنده آن اقدام کرد. اگر چنین کنیم از خداوند اطاعت کرده‌ایم. معرفت دینی هویتی تاریخی و بشری و دینامیکی و تدریجی دارد (مجتهد شبستری، ۱۳۷۸، ص ۷).

در این دیدگاه حقوق نیز به‌عنوان مرجع اثر دین در جامعه، همانند دین، طفیلی فرهنگ خواهد شد. در این رویکرد باید بین حقوق و واقعیت‌های اجتماعی رابطه دیالکتیکی برقرار ساخت. حقوق را در خلأ نمی‌توان مدون کرد. قانون را برای انسان مجرد از تاریخ و جامعه‌اش نباید نگاشت. قانون و حقوق باگذشت زمان و تکمیل تجارب فرهنگی، توسعه می‌یابد و گسترش تاریخی اسلام به وقوع می‌پیوندد. حاکمیت به‌عنوان قوه قانون‌گذار در این رویکرد فقط مخاطب حق است، به این معنا که هر آنچه از حق وجود دارد بسته به خواست مردم است و حکومت متصدی رعایت آن است.

۱-۳. رویکرد اجتهادی

رویکرد اجتهادی رویکرد غالب بین علمای شیعه است که در عین اینکه با دلایل نقلی و عقلی، ناقد تفسیر فرهنگی از دین بوده، با اندیشه سنتی غیر منعطفانه از دین مقابله می‌کند. جاودانگی دین ملازم ترجمه فرهنگی دین نیست. خواستگاه و آبشخور دین، تشخیص و خواست مردم نیست که دین در بخش عظیمی با فرهنگ عمومی هم‌پوشانی داشته باشد. اگر دین را ساخته علل روانی و اجتماعی بدانیم، این همپوشانی راحت‌تر حاصل می‌شود، ولی این با مبانی روشن و اعتقادی ما در تضاد است و اصولاً دین را راهنمایی الهی در منطقه نقص آدمی می‌باید دانست (سبحانی، ۱۳۸۸، صص ۲۴۹-۲۵۲). این رویکرد از دو رویکرد سابق فاصله می‌گیرد و به‌نوعی تعامل فرهنگ و دین قائل می‌شود که دین جهت‌دهی کلی را بر عهده دارد.

در این رویکرد حقوق به‌عنوان نماد قانونی دین، هم متأثر از فرهنگ است و هم راهنمای فرهنگ. به نظر می‌رسد نگاه فرهنگی در حقوق فقط به رابطه انسان با انسان توجه دارد و نه رابطه انسان با حقیقت و تکلیف او در پاسداشت حق. رویکرد فرهنگی روابط عرضی انسان‌ها با هم را مورد توجه قرار داده و نه رابطه طولی آن‌ها با حق. به تعبیر دیگر، پیروان ترجمه فرهنگی دین، جنبه اجتماعی انسان و روابط اجتماعی او را بر جنبه‌های بندگی و عبودیت او

غلبه می‌دهند و از این رو برای دریافت‌های عمومی انسان‌ها که به صورت ارزش‌های فرهنگی تجلی می‌یابد ارزش اصیلی قائل می‌شوند (جوادی آملی، ۱۳۷۵، صص ۳ و ۹۲).
 دو نظر اصلی مطرح شده در بخش پیشین را چنین می‌توان خلاصه کرد:

اجتهادی	فرهنگی	رویکرد شاخص و متغیر
امام خمینی (ره) شهید مطهری (ره)	آقای شبستری، آقای سروش	افراد سرشناس
هدایت‌کننده	اجراکننده و تعیین‌کننده	نقش حاکمیت در حقوق
اصالت حقوق	اصالت فرهنگ	رابطه حقوق و فرهنگ
افکار عمومی و درونی کردن‌ها/ نظارت و اقدامات سیاسی و اقتصادی	آزادی انتخاب افراد و پابندی به خواست آن‌ها و کنترل با شیوه درونی کردن	ابزارها و شیوه‌های کنترل
انتقاد از ارزش‌های مکتبی	انتقاد از حقوق بشری و پذیرفته‌شده عمومی	نیایدها
پایندگان به ارزش‌های دینی	هرکس که با فرهنگ عمومی آشناست	واضعان حقوق

۴-۱. تأملی در رویکردها

۴-۱-۱. تأملی در نظریه فرهنگی

برخی اماره‌ها بر درستی نظر مخالفان تفسیر فرهنگی دلالت دارند. برای رد نظریه فرهنگی از منظر درون دینی می‌توان پرسید که اگر واقعاً تغییر عرضیات ممکن و طبق این نظریه واجب است چرا هیچ آیه و حدیثی آن را بازگو نکرده است؟ به علاوه اینکه در روایات صریحی از ثبوت حلال و حرام دینی سخن گفته‌اند. حتی اگر از ظاهر متون گذشته و روح آن‌ها را مدنظر بگیریم با اجتهادگرایی دینی بیشتر سازگار است.

ثانیاً باید در نظر داشت که عرضیات بر ذاتیات تأثیر می‌گذارند؛ از این رو ترجمه فرهنگی دین، نه تنها با عرضیات که با ذاتیات دین کار دارد و ذاتی دین را متناسب با خود تغییر می‌دهد.

از این رو هیچ تضمینی برای رسیدن به دغدغه پیروان فرهنگی سازی دین برای حفظ ذاتیات و جوهر دین وجود ندارد.^۲

با توجه به نقلی که از برخی نویسندگان به عمل آمد نگارندگان نقدی را تقدیم خوانندگان ارجمند می‌کنند تا سوء تفاهمی حاصل نشود. همه ادیان الهی و از جمله کامل‌ترین آن‌ها یعنی دین مبین اسلام دارای امور ثابت و متغیری است. از آنجاکه اساس ادیان و همه شرایع الهی مشترک است: «شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ...» (شوری: ۱۳)؛ «خدا شرع و آیینی که برای شما مسلمانان قرار داد، حقایق و احکامی است که نوح را هم به آن سفارش کرد و بر تو نیز همان را وحی کردیم و به ابراهیم و موسی و عیسی هم آن را سفارش نمودیم؛ و از آنجاکه دین هم‌پایه فطرت انسان‌هاست و ریشه در آفرینش دارد و آفرینش الهی ثابت و تغییرناپذیر است: «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقِيمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ» (روم: ۳۰)؛ یعنی پس تو ای رسول (با همه پیروانت) مستقیم به روی به‌جانب آیین پاک اسلام آور و پیوسته از طریق دین خدا که فطرت خلق را بر آن آفریده پیروی کن که هیچ تغییری در خلقت خدا رخ نمی‌دهد. این است آیین استوار حق ولیکن بیشتر مردم از حقیقت آن آگاه نیستند.

و این معنا یعنی ثبات دین و فطرت، در آیات دیگر قرآن نیز مورد تأکید قرار گرفته است از جمله «سُنَّةَ مَنْ قَدْ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنْ رُسُلِنَا وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا» (اسراء: ۷۷) یعنی ما آیین همه پیامبرانی را که پیش از تو فرستادیم نیز همین (توحید و خداپرستی و هلاک کافران و نجات مؤمنان و ...) قرار دادیم و این طریقه ما را تغییرپذیر نخواهی یافت.

مسئله ثبات ادیان الهی و تغییرناپذیری اصول و احکام ثابت در آیات دیگر نیز آمده که می‌توان به آیات ۵۵ کهف، ۳۸ احزاب، ۶۲ احزاب، ۴۳ فاطر و ۲۳ فتح اشاره کرد.

اما امور متغیر در دین به شیوه‌ها و روش‌ها برای رسیدن به احکام ثابت برمی‌گردد برای مثال، لزوم آماده بودن مسلمانان برای مقابله و جهاد با کفار و مشرکان و منافقان مطلبی ثابت در همه ادیان الهی است اما شکل این مقابله و جهاد و وسایلی که مورد استفاده قرار می‌گیرد، در هر زمان متفاوت است؛ بنابراین اگر قرآن کریم امر به آماده‌سازی وسایل و ادوات جنگی دارد اصل این آماده‌سازی ثابت و نوع و شیوه آن متفاوت و متغیر است که در آیه شریفه زیر آمده است: «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ...»

(انفال: ۶۰)؛ شما ای مؤمنان در مقام مبارزه با آن کافران خود را مهیا کنید و تا آن حد که بتوانید از آذوقه و تسلیحات و آلات جنگی و اسبان سواری برای تهدید و تخویف دشمنان خدا و دشمنان خودتان فراهم سازید.

نتیجه‌ای که می‌گیریم اینکه ثابتات دین نسبت به متغیرات آن اصالت دارد و لذا نمی‌توان برای تمام دین هویتی پویا (دینامیکی) و متغیر و تدریجی در نظر گرفت.

۱-۴-۲. تأملی در نظریه سستی

تأمل اول: در مقابل نمی‌شود نظریه‌ای که بایسته‌های فرهنگی یک جامعه را نادیده می‌گیرد تأیید کرد. اگر دین با الزام مخاطب به طرد جلوه‌های فرهنگی خود و در نظر نگرفتن ظرفیت جامعه، بخواهد فقط به الزام گزاره‌های جدید فرهنگی بپردازد، پاسخگوی خواست‌ها و نیازهای عمومی نخواهد شد. نتیجه اینکه از بستر حیات جامعه بیرون خواهد افتاد.

اجرائی شدن اوامر و نواهی یک مکتب نیاز به درونی شدن ارزش‌های آن دارد. اگر ارزش‌های دینی با ارزش‌های فرهنگی یک جامعه همپوشانی وسیعی داشته باشند، مخاطبان دین دیگر درباره درستی یا نادرستی و یا شایستگی و ناشایستگی هنجارهای دینی تردیدی روا نمی‌دارند. در این صورت شخص به‌خودی‌خود از هنجارها پیروی می‌کند و دیگران چه ناظر رفتارشان باشند و یا نباشند، بر اثر درون ذهنی شدن هنجارها، همچنان به رفتار «شایسته» اجتماعی ادامه می‌دهد. تنها با اهمیت به قدرت کنترلی فرهنگ می‌توان به کاهش نظارت‌های رسمی دست زد و با بها دادن به کنترل غیررسمی از واکنش اجتماعی کاست (کوئن، ۱۳۸۶، صص ۱۶۱-۱۶۲).

تأمل دوم: علاوه بر کارکرد کنترل اجتماعی فرهنگ که قابل بررسی تجربی است و اشاره شد، گزاره‌های فرهنگی مورد عنایت سیره پیشوایان ما هم در تأیید تعامل فرهنگ و دین بوده‌اند. برای فهم بسیاری از اصول مورد تأیید دین، باید به‌دقت در سیره انبیاء و امامان پرداخت و نه بررسی ظواهر گفتاری و رفتاری آنها. به عبارتی می‌شود به‌جز عناصر قول و فعل پیامبر اسلام (ص) که در به ثمر نشاندن اجتهاد معتبر می‌باشند از روش و متد پیامبر اسلام (ص) برای تحقق رسالت خود و ایجاد تمدن الهی سخن گفت. روش تأیید و امضا در برخورد با بسیاری از جلوه‌های فرهنگی جامعه مخاطب، از جمله این شیوه‌هاست.

سفارش‌های غیرموردی و کلی ائمه اطهار(ع) هم تأییدکننده ارزش فرهنگ در برخی موارد است: امیر مؤمنان(ع) آن زمانی که مالک اشتر را به‌عنوان والی به مصر فرستاد، یکی از توصیه‌هایش به وی چنین بود: «... ولا تتقض سنةً صالحهً عملَ بها صدورُ هذه الامة واجتمعت بها الالفه وصلحت عليها الرعية ولا تحدثن سنةً تضر بشيء من ماضی تلك السنن فيكون الاجر لمن سنها والوزر عليك بما تقضت منها...» (نهج البلاغه علی(ع)، ۱۳۹۰، نامه ۵۳، ص ۴۰۶).

... و آداب پسندیده‌ای را که بزرگان این امت به آن عمل کردند و ملت اسلام با آن پیوند خورده و رعیت با آن اصلاح شدند بر هم مزن و آدابی که به سنت‌های خوب گذشته زیان وارد می‌کند پدید نیآور که پاداش برای آورنده سنت و کیفر آن برای تو باشد که آن را در هم شکستی. سخن دیگری از حضرت علی(ع) نقل شده که فرزندانان را بر آداب و رسوم خویش وامدارید، زیرا آنان در زمانی غیر از زمان شما به دنیا آمده‌اند.

در روایتی دیگر از علی(ع) آمده است که «مقاربه الناس فی اخلاقهم امن من غوائلهم»؛ (نهج البلاغه علی(ع)، ۱۳۹۰، حکمت ۴۰۱، ص ۵۱۸)؛ هماهنگی در اخلاق و رسوم مردم ایمن ماندن از دشمنی و کینه‌های آنهاست.

تحریم پوشیدن لباس شهرت در فقه می‌تواند گواه دیگری باشد، چراکه معنایش تأیید عرضه یک جامعه در پوشش و نوع لباس است. البته لباسی که از نظر اندیشه‌مندان و خردمندان سبک و پست نباشد.

حضرت پیامبر(ص)، امام علی(ع) و معاذ را به یمن برای تبلیغ دین فرستاد و بدانان توصیه فرمود:

«انطلقا فبشرا ولا تنفرا ویسرا ولا تعسرا»؛ حرکت کنید، بشارت دهید و نفرت ایجاد نکنید، آسان بگیرید و سخت نگیرید.^۴

تأمل سوم: نکته مهم دیگر در مورد تأیید فرهنگ اینکه به نظر می‌رسد تفکیک برخی از گزاره‌های فرهنگی از عقل تفکیک صحیحی نباشد. ممکن است تصور شود فرهنگ همان تفکر و رویه و رفتار مکرر مردم است که فارغ از جهت‌گیری عقلانی و منطقی ایجاد می‌شود، درحالی‌که حکم و کشف عقل با توجه به مصالح و مفاسد است. درحالی‌که فرهنگ می‌تواند ناشی از بنای عقلانی انسان‌ها ایجاد شود. در این باره علامه طباطبایی(ره) معتقد است در جایی که بنای عقلا حقیقتاً وجود داشته باشد، نیازی به کشف از رضایت معصوم و

وا سطره در اثبات حجت نیست و مانند قطع حجیت ذاتی دارد. اینکه گفته شود فرهنگ بر خلاف عقل به مصالح و مفاسد توجه ندارد درست نیست. عرف عقلاً ممکن است از فطرت اجتماعی آنها نشئت بگیرد (طباطبایی، بی تا، ص ۲۰۶). پس چگونه می توان این روشی را که آرام آرام و بدون توافق عده ای خاص و بدون اجتماع و تبانی کردن و بی جبر و زور و بدون اینکه در پی تبلیغات غلط و خلط واقعیات امر بر آنها مشتبه شده باشد، بگوئیم برخلاف مصالح و مفاسد به رویه ای روی آورده است بلکه منشأ این عرف عقل است که یکی از دو حجت الهی بر بندگان بوده و همان طور که وحی به مصالح و مفاسد توجه دارد عقل نیز به آنها توجه دارد نه آنکه بر خلاف آنها باشد. مؤید این گفتار فرمایش امام کاظم (ع) است که خطاب به هشام بن حکم فرمودند: یا هشام! ان الله علی الناس حجتین حجة ظاهرة وحجة باطنة فاما الظاهرة فالرسل والانبياء والائمة وامام الباطن فالعقول (حرانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۲۰۶)؛ یعنی ای هشام همانا خداوند را بر بندگان دو حجت ظاهری و باطنی است و اما حجت ظاهری که رسولان، پیامبران و امامان اند و اما حجت باطنی که عقل و خرد است.

۱-۴-۳. جمع بندی

با قبول اهمیت فهم فرهنگی در استنباط حقوقی، دیگر در بسیاری از نمی توان فقط به بررسی منابع احکام حقوق اسلامی بسنده کرد و به کسی که قدرت استنباط و استخراج احکام از آن منابع را دارد مجتهد و استاد حقوق گفت. این فقط بخشی از کار است. برای هر گزاره ای ما با موضوع و حکم طرف هستیم. موضوعی که در زمان صدر اسلام بوده و حکمی بر آن جاری شده است و موضوعی که در دوران کنونی است و تشابه کاملی با موضوع آن زمان ندارد. اجتهاد، یعنی شناخت موضوع های زمانه کنونی و فهم حکم آن با توجه به کلیات گفته شده در منابع اسلام و کسی چنین قدرتی دارد که ابتدائاً موضوعات امروزه را فهم کند و گرنه نمی شود ادعای اجتهاد مطلق کرد. باید زمان شناس و جامعه شناس بود تا حکم را در موضع صحیح خود صادر کرد.

نتیجه اینکه رویکرد ما می تواند بینابینی و نزدیک به رویکرد اجتهادی باشد؛ از این رو، دین به دلایل (۱) ضمانت اجرای قوی ارزش فرهنگی، (۲) ارزش احترام به فرهنگ های متعدد، (۳) ذاتی بودن ارزش برخی فرهنگ ها، (۴) وسیله بودن برخی فرهنگ ها برای رسیدن به اهداف

مکتبی، نسبت به فرهنگ جاری انسان‌ها موضع مطلق طرد ندارد. همان‌گونه که اشاره شد موضع تأیید کامل هم موجب تحلیل و تقلیل داشته‌های ثابت دینی شده و در نهایت چیزی از گزاره‌های دینی باقی نمی‌ماند. از این رو رویکرد اجتهادی گویای تلفیق فرهنگ و دین بدون حذف دیگری است.

۲. منابع زایش حقوقی

در این بخش سخن بر سر این خواهد بود که گزاره‌های حقوقی چگونه تولید می‌شوند و عقلانیت، فرهنگ و یا دین چه تأثیری بر این تولید می‌تواند داشته باشد.

۲-۱. منشأ انتزاع در مکاتب رایج

در اینجا اشاره‌وار بیان می‌کنیم که انواع مکاتب حقوقی چگونه به منشأ حقوق نظر دارند.

۲-۱-۱. منشأ انتزاع حقایق نفس‌الامری

برخی حقوق‌دانان منشأ گزاره‌های حقوقی را واقعیت‌های نفس‌الامری می‌دانند که قانون‌گذار با توجه به آن‌ها قانون و حکم را اعتبار می‌کند. برخی از آن‌ها روش کشف خود را همانند کشف قوانین طبیعی فیزیک و شیمی دانسته و از راه مهندسی اجتماعی سعی در کشف قوانین حقوقی می‌کنند. دسته دیگر فارغ از یافته‌های اجتماعی، به یافته‌های عقلانی خود اعتماد کرده و حقوق مطابق با عقل را محترم می‌شمارند. برخی دیگر دین را کاشف گزاره‌های حقوقی دانسته و به حقوق الهی معروف‌اند. هر سه گروه از آنجا که حقایق نفس‌الامری را مبنای قبول قواعد می‌دانند در این شاخه شناخته می‌شوند (منصوری لاریجانی، ۱۳۷۴، صص ۲۶۰-۲۷۹).

۲-۱-۲. منشأ انتزاع اراده قانون‌گذار

دسته دوم حقوق‌دانان قواعد حقوقی را حاصل جعل و اعتبار دانسته و برای آن‌ها حقایق نفس‌الامری قائل نیستند (مکتب حقوق ارادی). بر اساس رویکرد اراده‌گرایی مبنای اعتبار قواعد حقوقی در ذات آن‌ها نیست بلکه در اعتبار اراده‌ای است که آن‌ها را وضع می‌کند. در این گروه هم برخی خداوند را جاعل و واضع قواعد دانسته بدون اینکه این قواعد با حقایقی ربط داشته باشد، برخی دیگر انسان را معیار انشاء می‌دانند و اراده و قبول او را منشأ قانون

می‌دانند که اغلب پیروان پوزیتیویسم حقوقی در این گروه‌اند (منصوری لاریجانی، ۱۳۷۴، صص ۲۶۰-۲۷۹).

۲-۲. درآمدی بر نظریه علمای مسلمان معاصر

مکتب حقوقی اسلام بدون اینکه بخواهد از منبع حسن، عقل و یا حتی اراده عمومی جامعه دست بکشد منبع اعتبار و صحت قواعد حقوقی را بازگشت آن‌ها به ثبوتات می‌داند چه اینکه خود گزاره‌ها ثابت باشند و چه اینکه خود گزاره‌ها متغیر بوده ولی در خدمت اهداف ثابت باشند. در حالت اول نقش عقل روشن بوده و دایره ثبات قواعد زیاد است و در حالت دوم نقش عرف و فرهنگ عمومی برجسته است و دایره ثبات کمتر است. دو نظریه پرداز معاصر مسلمان، مصباح یزدی و علامه طباطبایی نماینده دو نگاه مذکور هستند که در اینجا به نظر آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۲-۲-۱. نظریه محمدتقی مصباح یزدی

مصباح یزدی جملات انشایی را در بسیاری موارد برگرفته از واقعیات و حقایق دانسته که غیر متغیر می‌باشند. از نظر ایشان محتوای «باید» اخلاقی و حقوقی در کاربرد اخباری، رابطه علی بین فعل اختیاری و هدف مطلوب اخلاق است. «باید» در کاربرد انشایی و اعتباری نیز ریشه در واقعیت عینی دارد. جمله‌های اخلاقی هرچند قابلیت بیان به صورت انشایی را دارند ولی در حقیقت از سنخ جمله‌های خبری و واقع نمایند و از واقعیات نفس‌الامری حکایت می‌کنند و از این حیث، تفاوتی با جمله‌های تجربی و ریاضی ندارند؛ بنابراین احکام اخلاقی صدق و کذب پذیرند. از نظر ایشان قضایای اخلاقی و حقوقی به دو صورت بیان می‌شوند: صورت اول برای بیان قاعده خاص و ثابتی در یک نظام است مانند اینکه گفته شود دروغ گفتن در اسلام جایز نیست. ملاک صدق و کذب در چنین قضایایی مطابقت و یا عدم مطابقت آن‌ها با مدارک و منابع دینی است؛ و صورت دوم برای حکایت از ثبوت واقعی و نفس‌الامری آن است. چنان‌که درباره اصول کلی اخلاق و حقوق و از جمله حقوق فطری گفته می‌شود، مانند «عدالت خوب است»، «کشتن یک بی‌گناه بد است» و... (مصباح یزدی، ۱۳۶۷، صص ۲۷-۲۸). توضیح مسئله اینکه ارزش و اعتبار قضایای حقوقی در تحقق بخشیدن به

اهداف ارزشی است. ارزش در همه کارها، یعنی صرف‌نظر کردن خواستی برای رسیدن به خواست بالاتر که قرب الهی بالاترین آن‌هاست. نتیجه اینکه ملاک صدق و کذب در قضایای اخلاقی و حقوقی، تأثیر آن‌ها در رسیدن به اهداف مطلوب است، تأثیری که تابع میل و رغبت و سلیقه و رأی کسی نیست و مانند سایر روابط علی و معلولی از واقعیات نفس‌الامری ناشی می‌شود. عقل ما با درک نتیجه یک فعل اختیاری در کمال و یا سقوط انسان، احکام حقیقی غیر انشایی صادر می‌کند مانند اینکه «صدق خوب است». همین عقل کبرای قیاس را هم تشکیل می‌دهد که «انجام دادن فعلی که منجر به نتیجه مطلوب می‌شود برای رسیدن به نتیجه مطلوب ضرورت دارد». در نهایت قیاسی تشکیل می‌دهد متشکل از هست و باید و در نتیجه باید در نتیجه قیاس وارد شده و حکم صادر می‌شود. بر این اساس بر طبق نتیجه افعال و ارزش ذاتی آن‌ها در کمال انسان، عقل به قضاوت در مورد آن‌ها می‌پردازد (مصباح یزدی، ۱۳۸۶، ص ۲۶۴).

۲-۲-۲. نظریه علامه طباطبایی

از سؤالات مهم فلاسفه و منطق‌دانان این است که چگونه عقل از یک قضیه اخباری مانند «صدق خوب است» یک قضیه انشایی (حقوقی یا اخلاقی) چون «باید صدق گفت» را نتیجه می‌گیرد؟ در بین فلاسفه اسلامی گزاره‌های اخلاقی و حقوقی به‌اجمال از ثبوت قابل قبولی برخوردارند، ولی با توجه به اینکه نحوه اتکای بر آن‌ها از کجا نشئت می‌گیرد، میزان ثبوت آن‌ها تغییر کرده و به مبحث این تحقیق ارتباط پیدا می‌کند. برخی چون مصباح یزدی همان‌گونه که در بخش‌های قبل اشاره شد، در کتاب‌های «آموزش فلسفه» و «فلسفه اخلاق» و «نقد و بررسی مکاتب اخلاقی» به دفاع از این می‌پردازد که گزاره‌های حقوقی و اخلاقی که از جنس باید و نباید بوده و ناشی از عقل عملی هستند برگرفته از عقل نظری‌اند، به این صورت که عقل نظری خوبی و بدی چیزی را درک می‌کند و عقل عملی تمسک و دوری از آن خوب و بد را تجویز می‌کند. به این ترتیب با توجه به تشخیص عقل نظری، عقل عملی دستور می‌دهد، پس به همان میزان که عقل نظری ثابت است، عقل عملی هم ثبوت دارد. نقش عقل نظری که با توجه به تجرد و درک حضوری آن از ثابتات پشتیبانی می‌شود در پی بردن به گزاره‌های اخلاقی و حقوقی واضح است و اگر ارتباط گزاره‌های حقوقی با آن اثبات

شود، تعقل از منابع اصیل کشف حقوق است و از ثبات ورای زمان و مکان هم برخوردار است؛ عرف هم نمی‌تواند این ثبات را به هم بزند.

در مقابل به نظر می‌رسد علامه طباطبایی چنین اعتقادی درباره گزاره‌های انشایی ندارند. ایشان در مقاله ششم اصول فلسفه و روش رئالیسم و نیز در بخش‌هایی از تفسیر المیزان به این موضوع می‌پردازند. علامه طباطبایی منکر ارتباط عقل نظری و عملی شده، قوت عقل نظری را در ادراک گزاره‌های اخباری و «است»ها و قوت عقل عملی را در تولید گزاره‌های انشایی و «باید»ها می‌داند، بدون اینکه ارتباطی بین آن دو باشد. از نظر علامه گزاره‌های انشایی (مانند گزاره‌های اخلاقی و حقوقی) از نفس الامر حکایت نمی‌کنند بلکه اعتباریاتی هستند که انسان در رفع نیازهای فردی و اجتماعی خود وضع می‌کند، مانند انواع مفاهیم حقوقی چون ملکیت و ریاست و... این اعتبارات ناشی از تمایلات و عواطف و احساسات درونی انسان‌هاست و امیال و علایق انسان‌ها با توجه به تغییر زمانه و تغییر نیازهایش، عوض می‌شود (مطهری، ۱۳۸۹، ص ۴۰۹). امیال انسان در جهت اهداف و غایاتی است که او برای خود تعیین می‌کند. انسان برای رسیدن به آن غایات باید افعال خاصی را انجام دهد. اینجاست که انسان به یک جعل و قرارداد دست می‌زند. نخستین اعتبار او هم، مفاهیم اساسی «باید» یا «وجوب» است. بدین ترتیب که هر کاری که انسان تمایل به انجام آن دارد ابتدا برایش مفهوم «وجوب» را اعتبار کرده است. از طرفی هر آنچه را دوست دارد. مفهوم «حسن» و هر آنچه را بد می‌داند مفهوم «حرمت» را برای آن اعتبار کرده است.

البته علامه به تفکیک اعتباریات ثابت و متغیر می‌پردازد و تا حدودی جلوی برداشت نسبی را می‌گیرد: «از این رو باید گفت اعتباریات عملی نیز دو قسم هستند: ۱- اعتباریات عمومی ثابت غیرمتغیر مانند اعتبار متابعت علم و اعتبار اجتماع و اختصاص ۲- اعتباریات خصوصی قابل تغییر مانند زشتی و زیبایی‌های خصوصی و اشکال گوناگون اجتماعات. انسان می‌تواند هر سبک اجتماعی را که روزی خوب شمرده، روز دیگر بد بشمارد ولی نمی‌تواند از اصل اجتماع صرف نظر نموده و یا اصل خوبی و بدی را فراموش نماید» (مطهری، ۱۳۸۹، ص ۴۲۸)؛ به بیان دیگر علامه هیچ‌کدام از اعتباریات را تطابق با حقایق نمی‌دهد ولی برخی از آن‌ها را به دلیل اینکه هر نوع از بشر به همان اعتبار می‌رسد و لازمه طبیعت انسانی او و برگرفته از قسمت ثابت قوه فعاله انسانی است ثابت می‌داند و با توجه به تغییر زمان و مکان

آن را متغیر نمی‌داند، ولی برخی دیگر را برگرفته از تشخیص زمانی و مکانی انسان دانسته و هیچ ارتباط خاصی بین آن و قسمت ثابت درک انسانی قائل نیست. از این رو این اعتبارات تنها به‌عنوان وسایلی برای ارضای تمایلات طبیعی انسان در جهت رسیدن به اهداف طبیعی او مطرح بوده و متغیر می‌باشند. به نظر می‌رسد علامه با نسبیّت به این معنا مخالفت جدی دارند. ایشان اعتبار را تابع امیال دانسته و امیال و عواطف را تابع جهت‌گیری ارزشی و اعتقادی افراد. از این رو جوامع دین‌دار از آن رو که دین‌دارند، در یک زمان و مکان برای رسیدن به اهداف مطلوب دینی خود اعتبارهای یکسانی خواهند داشت و نه اینکه دچار نسبیّت و تشّت شوند. از آنجاکه بسیاری از ملزومات زندگی در تمام زمان‌ها ثابت‌اند، فرهنگ عقلانی متشرعین هم ثابت است. ولی به‌هرحال با سخن ایشان ارزش عرف و فرهنگ افزایش یافته و اعتبارهای جامعه دین‌دار معتبر شده و تغییر و سیالیت قوانین زیاد می‌شود. درحالی‌که با سخن مصباح یزدی ارزش عقل افزایش یافت و ثبوت احکام بیشتر می‌شود.

۳-۲. تفاوت منشأ انتزاع با توجه به تفاوت حوزه‌های مختلف حقوق

نکته مکمل این بخش نشان دادن تفاوت بین حوزه‌های مختلف حقوقی در تأثیر و تأثر آن‌ها از فرهنگ است. برخی حوزه‌های دین اعتبار خود را فقط از منشأ الهی گرفته و جایی برای اعتبار غیرالهی وجود ندارد، ولی برخی حوزه‌های دیگر امکان وسیع‌تری برای انشاء متغیر دارند. سخن بر سر این است که دین کدام حوزه زندگی انسان را تعیین و ثبات بخشیده و کدام یک را سیال گذاشته و واگذار کرده است. با توجه به اینکه کدام بخش از دین کمتر تعیین و ثبات دارد، به تغییر و ترجمه فرهنگی آن می‌توان پرداخت. در این رابطه به نظر می‌رسد حوزه عبادات دینی حوزه لایتغیر دین بوده و ظواهر آن پیوستگی با خواست الهی داشته و تخلف از آن ما را از ذات دین بازمی‌دارد و فرهنگ بردار نیست. ولی از آنجاکه حوزه حقوق کمتر به بخش عبادات نظر دارد، صحبت درباره عبادات کمتر به موضوع تحقیق کمک می‌رساند. در مقابل معاملات، در ظواهر خود، قابلیت تغییر زیادی دارند و فرهنگ عمومی حاکم بر جامعه در جهت اهداف کلی موردنظر دین به آن‌ها جهت ظاهری می‌دهد. برای این ادعا می‌توان دلیل آورد: استقرای در احکام عبادی مانند احکام نماز، روزه و طهارات، از تعبدی بودن آن‌ها پرده برمی‌دارد. از طرفی اگر مقصود شارع آن بود که توسعه‌ای در وجوه عبادت و تعبد بدهد، به‌گونه‌ای که به نحو غیر

آنچه در نقل آمده است، انجام گیرد، نشانه‌ای، سخنی و اشاره‌ای می‌کرد. تجربه نیز نشان داده است که در دوره فترت رسولان عقلای مردم نتوانسته‌اند آن‌گونه که در باب امور دنیوی معاملات به معانی و علل راه یافته‌اند، در امور مربوط به عبادات راهی به آن بیابند. در عوض در مورد معاملات استقرای احکام آن نشان می‌دهد که شارع مقدس در پی تحقق بخشیدن به مصالحی از بندگان است و احکام آن هم دایرمدار همان مصالح مشخص است؛ مثلاً وقتی می‌گوید «لا یقضی القاضی وهو غضبان» و یا قاعده «لا ضرر ولا ضرار» و یا «القاتل لا یرث من المقتول» به‌خوبی نشان از تعلیل دارد. شارع به‌وفور به بیان علل و حکم‌ها در تشریح احکام معاملات می‌پردازد (صابری، حسین، ۱۳۸۴). اصل عقلانی بودن احکام اسلام را هم باید در نظر گرفت، و در جایی که عقلای قوم انجام عملی را به مصلحت می‌یابند، شارع هم همراهی می‌کند. البته منظور ما خط‌کشی دقیق و مطلق بین حوزه عبادات و معاملات نیست؛ چراکه در بسیاری از موارد هم که در حوزه معاملات قرار دارند، حتی از دیدگاه اهل قیاس و استصلاح و تعلیل هم جنبه تبعد حاکم است.

نهایت اینکه برای فهم جایگاه فرهنگ در حقوق دینی، در وهله اول باید به حوزه مشترک فرهنگ و دین در رویکرد اجتهادی استناد پیدا کرد که حقوق مبتنی بر دین نیز با فرهنگ عجین خواهد شد. در وهله دوم باید به چگونگی انشاء گزاره‌های حقوقی از نظر علامه طباطبایی اشاره کرد که دخالت فرهنگ در نظریه اعتباریات ایشان روشن بود. حال اگر کسی چنین استدلالی را نپذیرفت می‌تواند حجیت فرهنگ را از تقریر و امضای معصوم و در مرحله‌ای پایین‌تر، از عدم ردع شارع برای حجیت فرهنگ در ظرف تحولات استفاده کند. اگر به ملاکات احکام توجه شود به‌خوبی مشخص می‌شود که در چه حوزه‌هایی شارع دست فرهنگ را باز گذاشته است. برای نمونه آیت‌الله مشکینی (ره) تصریح می‌کنند: «اگر نگوئیم همه ادله، دست‌کم بخش عمده ادله، امضایی هستند و شارع در آن‌ها اجازه داده است به همان شیوه‌ای که عقلا دارند عمل شود» (مشکینی، ۱۳۴۵، ص ۷۰)؛ این توجیه عموماً در مبحث عرف در علم فقه و اصول فقه بحث می‌شود و به دلیل تشتت آراء در آن کمتر مورد بحث در بخش حاضر قرار گرفت (همان‌گونه که در مقدمه گفته شد در مقاله حاضر مفاهیم عرف و فرهنگ هم‌پوشانی دارند).

مبحث دوم. فرهنگ لازمه عملیاتی شدن حقوق

در بخش پیش از حضور فرهنگ در بخشی از دین و دخالت فرهنگ در اعتبارات حقوقی گفتیم. این نوع نگاه تلاش می‌کند از حقانیت برخی گزاره‌های فرهنگی و هم‌پوشانی دین و حقوق دینی با آن حمایت کند. در مقابل رویکرد دیگری وجود دارد که بدون توجه به حق یا باطل بودن فرهنگ، به اضطرارها و اقتضائات عملیاتی حقوق می‌اندیشد. حقوق برای عمل کردن و پذیرش مخاطب وضع می‌شود و اگر بنا باشد با وضع حقوق - حتی حقوق دینی - مفاسدی ایجاد شود باید به تعدیل حقوق دینی دست زد. در این رویکرد به سبب اجرایی و عملیاتی شدن حقوق نباید حقوق از فرهنگ مورد نظر مردم جامعه جدا باشد. اینکه در قانون اجازه انکار دین و حتی خدا را بدهند، هیچ پیام مثبت و یا منفی نسبت به موضوعات دینی ندارد. بنا بر نظر آن‌ها هیچ مرجع یا نهادی، چه دینی چه غیردینی نباید به خود این حق را بدهد که فردی را به انتخاب موضع مجبور کند (مجتهد شبستری، ۱۳۸۱، ص ۲۸۹ و منصوری لاریجانی، ۱۳۷۴، صص ۲۶۰-۲۷۹)؛ از این منظر حقوق مدون و متعارف - به اصطلاح بهتر قانون - پاسخی به نزاع‌ها و درگیری‌ها و مشکلات رو شده در برهه‌ای از تاریخ است و نه برگرفته از یافته‌های فلسفی و دینی و ارزشی مورد قبول اندیشه‌مندان. حقوق برای تأثیر وضع می‌شود و حقوق مرده خود مشکل می‌افزاید.

«قانون‌گذاران باید متوجه باشند هیچ‌گاه قوانین بی‌فایده وضع ننمایند؛ زیرا قوانین بی‌فایده اثر قوانین مفید را نیز از بین می‌برد و به‌طور کلی همواره باید متوجه بود قانون اثر داشته باشد» (منتسکیو، ۱۳۶۲، صص ۸۷۷-۸۸۸).

در رویکرد دینی نیز قانون‌گذاری با فقه یکی نشده و هر حرامی عنوان جرم نمی‌گیرد. بلکه این اثر قانون است که تعیین می‌کند کدام حرام شرعی باید جرم‌انگاری شود. توضیح اینکه از انواع مجازات اسلامی از دو نوع مجازات حدود و تعزیرات به‌عنوان اساس مجازات حکومتی می‌توان نام برد. این دو تفاوت‌هایی با هم دارند، از جمله اینکه در حدود میزان مجازات دقیقاً تعیین شده و به‌جز در موارد خاصی که در بخش حدود در کتب مربوطه ذکر می‌شوند، قابل عفو و بخشش نیستند. در مقابل میزان تعزیر در متون نیامده (البته محدوده آن که مثلاً از چند ضربه تا چند ضربه باشد آمده است) و حاکم شرع با مصلحت سنجی میزان آن را تعیین می‌کند، هرچند در نگاه فقه شیعه بر خلاف اهل عامه میزان آن باید از حدود کمتر

باشد. بر این اساس چنین نیست که هر آنچه در شریعت حرام شرعی قلمداد می‌شود باید الزام حکومتی داشته باشد. اساساً قانون مفهومی متفاوت از حرام دارد. چنین نیست که هر حرام شرعی الزام قانونی داشته و وصف حقوقی یابد، بلکه مشخصاً حاکمیت است که نسبت به جرم‌انگاری برخی حرام‌های شرعی مختار بوده و با توجه به اقتضائات و مصالح جامعه به جرم‌انگاری دست می‌زند. جهت ارزش‌های رایج در جامعه از عوامل مهم تأثیرگذار بر جرم‌انگاری خواهد بود که اگر تقابلی بین این موضوعات مجرمانه و ارزش‌های رایج جامعه وجود داشته باشد با حقوقی مرده مواجه می‌شویم که قابلیت اجرایی ندارد. از این رو وصف حقوقی پیدا کردن هنجارها با ارزش‌های فرهنگی گره می‌خورد و این اصل اماره دیگری است برای تأثیر فرهنگ بر حقوق (حبیب‌زاده، ۱۳۸۳، صص ۸-۲۴). تعزیر برای هر عمل حرامی از صغیره و کبیره است و معنی قاعده این است که حاکم هرگاه مصلحت بداند، می‌تواند برای هر عمل حرامی مجازات تعیین کند. فقها نیز تعزیر را موکول به نظر امام یا رهبر حکومت اسلامی دانسته‌اند. علامه حلی در قواعد می‌گوید: «هر کس فعل حرامی را مرتکب شده یا واجبی را ترک کند بر امام است که به هر اندازه که صلاح می‌داند تا جایی که به میزان حد نرسد او را تعزیر کند» (منتظری، ۱۳۷۰، ص ۱۲). صاحب جواهر در شرح شرایع می‌گوید: «از نظر نص و فتوا در مورد حکم فوق (مصلحت سنجی ولی در تعزیرات)، هیچ اشکال و اختلاف نظری میان علماء وجود ندارد» (نجفی، بی‌تا، ص ۴۴۸). امام خمینی (ره) نیز در تحریرالوسیله می‌گوید: «کل من ترک واجباً او ارتکب حراماً فللامام (ع) و نائبه تعزیره» (موسوی خمینی، بی‌تا، ص ۴۴۷)؛ یعنی هر کس واجبی را ترک کند یا مرتکب ترک حرامی شود، بر امام و نائب اوست که وی را تعزیر کنند.

بر اساس مطالب فوق روشن شد که اساس قانون‌گذاری - مخصوصاً در حوزه تعزیرات - به اثرگذاری قانون بوده و تشخیص این مصالح با ولی است. هر حرام شرعی را نباید وصف حقوقی داد و تعیین بخشی از این الزامات به عهده حکومت است. روشن است که معیار پذیرش فرهنگ جامعه موجبات ضمانت عملیاتی شدن قانون است. بر این اساس فرهنگ نقش تضمین‌کننده‌ای برای اجرای حقوق داشته و پیوند ناگسستنی با آن برقرار می‌کند. حقوق اگر از فرهنگ جامعه مخاطب خود فاصله گیرد مانند پیوند نامناسب می‌خشکد و قانونی متروک نامیده می‌شود.

«یکی از فنون بنیادی وضع قانون، رعایت جایگاه آن در ساختمان اجتماعی و اخلاقی جامعه است. پیوند نامناسب می‌خشکد و اگر تنه اصلی درخت هم صدمه نزند، خود نفوذ لازم را پیدا نمی‌کند. از این‌گونه قوانین در هر نظام حقوقی دیده می‌شود و به دلیل از دست دادن اقبال عمومی در اصطلاح حقوقی، «قانون متروک» نامیده می‌شود. سبب ترک قانون ممکن است عرف عمومی یا برخورد با اصول حقوقی جامعه یا با اخلاق اجتماعی باشد. اگر این احساس درباره نادرستی قانون دامن‌گیر شود و همگان یا جامعه حقوقدانان در برابر اجرای آن بایستند، سدی جدی در مقابل نفوذ خارجی حکم ایجاد می‌شود؛ مانعی که به‌دشواری می‌توان از آن گذشت. سدی که فرمان حکومت را در کتاب‌ها زندانی می‌کند و منع از نفوذ آن به اجتماع می‌شود. در چنین فرضی، مفهوم شکلی و صوری قانون تحقق می‌پذیرد و هیچ مقامی، حق نسخ آن را ندارد؛ ولی از دیدگاه ماهوی قاعده‌ای در نظم حقوقی ایجاد نمی‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۱۸).

هر اندازه در یک نظام اجتماعی رعایت قانون به صبغه انگیزه‌های درونی باشد اجرای آن قانون پایدارتر و موفقیت‌آمیزتر است. قانونی خوب است که ضمانت اجرای مؤثر داشته باشد. دو عنصر ضمانت اجرای درونی و بیرونی وجود دارد و بخشی از آن که به نظام ارزشی و اعتقادی مربوط است و در حوزه فرهنگ قابل بحث است مربوط به ضمانت اجرای درونی است که در آن حوزه بحث ارزش‌ها با قانون گره می‌خورد؛ چراکه قانونی که تکیه بر ارزش‌های فرهنگی کند قانونی مفید و اجرایی است (داوری اردکانی و دیگران، ۱۳۸۲، صص ۳۴-۵۹).

بر این اساس اگر قواعد حقوقی حاکم بر یک جامعه‌ای با فرهنگ آن جامعه فاصله بگیرد، کارایی حقوق از بین می‌رود. مردم یک جامعه با دو نوع قواعد عرفی و رسمی مواجه هستند. قواعد رسمی، یعنی آنچه که در نهادهای دولتی به‌عنوان قواعد و اصول مقررات حقوقی پذیرفته شده و سعی بر اجرا و اعمال آن است. در مقابل قواعد عرفی یعنی آنچه که مصرف‌کنندگان کالای فرهنگی، یعنی مردم به‌عنوان ارزش‌های عرفی در بین خود قبول دارند و به آن عمل می‌کنند. به تجربه در جامعه‌شناسی حقوق ثابت شده است که مردم در تنظیم روابط داخلی خود، بیش از آن‌که به قواعد رسمی توجه کنند به ارزش‌های فرهنگی خود

توجه می‌کنند و چنانچه فاصله بین این ارزش‌ها و قواعد رسمی زیاد باشد، قواعد عرفی، قواعد رسمی را کنار می‌زند و قواعد رسمی به قواعد متروک تبدیل می‌شود (کوئن، ۱۳۸۶). هرچقدر این فاصله افزایش یابد، امکان واقعی برای کنترل رسمی موضوع توسط حکومت کاهش پیدا می‌کند و می‌تواند به زمانی منتهی شود که اساساً امکان کنترل و نظارت دولتی را از بین ببرد. از این‌رو این دیدگاه با در نظر گرفتن ملاحظات از این قبیل به برنامه‌ریزی برای جهت‌دهی مردم می‌پردازد.

اگر با توجه به ظرفیت اجتماعی جامعه هدف، باید قواعد حقوقی برگرفته از دین را محدود کرد، باید این را قبول کنیم که شناخت مخاطب قانون، تأثیر شگرفی در نوع قوانین خواهد گذاشت، به طوری که هر محیطی قوانین خاص خود را خواهد داشت. در این صورت بیش از آنکه از قانون اسلام یا مسیح سخن بگوییم باید از قانون ایران، قانون بین‌الملل، قانون تهران، قانون شهرستان و... سخن گفت. در این میان قوانینی که ناظر بر کل جامعه جهانی وضع می‌شوند - حقوق بین‌الملل - به علت فاصله اعتقادی جامعه جهانی با اعتقادات ما بیشترین تأثیر فرهنگ را در آن عرصه شاهد باشیم. البته باید دقت کرد که گرفتار خوانش افراطی این موضوع نشد. برخی با همین استدلال حضور دین در عرصه بین‌الملل را منتفی می‌دانند:

«مسلمانان باید در جهان معاصر با دو نظام زندگی کنند: نظام بیرونی و افقی حقوق بشر و نظام عمودی و درونی ایمان و عرفان. نظام اول فقط یک نظام حقوقی - اخلاقی است که تکلیف ارتباطات دنیوی انسان‌ها را مشخص می‌کند و پاسدار آزادی و عدالت است. نظام دوم یک نظام ایمانی - عرفانی است که امکانات تکامل و تعالی روحی انسان‌ها را فراهم می‌کند و پاسدار معنویت است» (مجتهد شبستری، ۱۳۸۱، ص ۲۸۹).

از نظر این‌ها نظام اولی با تحقق حکومت سروکار دارد و دومی به معلم اخلاق و پیر و مراد نیاز دارد. سیاست برون‌گرایی در جهان امروز، اقتضای چنین برخورد فرهنگی را دارد و گرنه باید در درون‌گرایی خود از همکاری و همیاری بین‌المللی فاصله بگیریم. اگر مخاطب‌مداری به قبول کثرت‌گرایی فرهنگی می‌خواند و دین‌مداری به وحدت‌گرایی فرهنگی، باید محدوده حضور و دخالت دین را کاهش داد.

نگارندگان در نقد این تفکر می‌گویند اگرچه تأثیرپذیری قانون‌گذاری از فرهنگ جامعه را می‌پذیریم اما وابستگی تام آن به فرهنگ جامعه هدف و به تعبیر آن‌ها جدا کردن نظام بیرونی و افقی حقوق بشر از نظام عمودی و درونی ایمانی و عرفانی را نمی‌پذیریم.

بشر امروز و دیروز و فردا بشری است که آفریننده هستی او را آفریده و برای تکامل روحی و جسمی، معنوی و مادی و دنیای و اخروی او برنامه‌هایی چیده است برخی از این برنامه را درون وجود او قرار داده و از این حیث انسان‌ها مشترک‌اند و برخی از آن‌ها را توسط ادیان الهی به او رسانده که علی‌رغم تحریف‌ها و نابود شدن قسمتی از منابع وحیانی و شرایع گذشته هنوز مشترکات موجود این منابع در میان ادیان زیاد است اگر انسان‌ها بر اساس عقل و فطرت و وجدان و مشترکات منابع دینی در پی نگارش حقوق بشری جهانی باشند میزان این مشترکات آن‌ها بسیار زیاد و میزان مورد اختلاف بسیار کم خواهد بود و در این صورت ملاحظه خواهیم کرد که مسلمانان نه تنها نیاز ندارند با دو نظام زندگی کنند بلکه نظام دینی پاسخگوی نظام بیرونی و افقی بشری خواهد بود به تازمانی که تعصبات قومی و نژادی و فردی و جاهلیت‌های فکری و رفتاری انسان‌ها نخواهد پاسخگوی ندای درون و ندای مشترک ادیان باشد میزان این اختلافات که گاه توسط دین به شکل تقیه ظهور پیدا می‌کنند و در پاره‌ای از موارد به شکل احکام اضطراری و یا ثانویه و امثال آن زیاد خواهد بود.

جمع بندی

از آنجاکه حقوق در کشور ما منشأ اسلامی دارد، برای فهم تأثیر فرهنگ بر حقوق باید از تأثیر فرهنگ بر دین شروع کرد. دین اسلام با اماره‌هایی که ارائه شد نه موضع مطلقاً طرد را در مقابل فرهنگ دارد و نه به تأیید مطلق فرهنگ می‌پردازد، بلکه به تعامل با فرهنگ گرایش دارد. از این رو «ترجمه فرهنگ دین» با گسترش و موجه شمردن قرائت‌های مختلف فرهنگی دین و رویکرد سنتی با ملغی کردن هر نوع تنوع فرهنگی از رویکرد میانه مورد تأیید اسلام فاصله می‌گیرد.

بررسی چگونگی انشاء گزاره‌های حقوقی در نگاه علامه طباطبایی، راه دیگری برای اثبات دخالت فرهنگ در حقوق نشان داد. به راین اساس این فهم عرفی و متداول جامعه است که برای رسیدن به غایات دینی خود وسایلی - از جمله بسیاری از گزاره‌های حقوقی - را وضع می‌کند.

و نهایتاً مدخل سوم برای فهم تأثیر فرهنگ بر حقوق به مقام اجرا و عملیاتی شدن حقوق نظر دارد. بر خلاف رویکرد دین‌شناسی و نیز اعتباریات علامه که به ذات حقوق دینی و دخالت فرهنگ در وضع آن توجه داشت، در اینجا به مصالح و اضطراهای مقام اجرا توجه شده و با توضیح اجمالی فلسفه وضع قانون نشان دادیم که اهمیت قائل شدن به فرهنگ چگونه موجب کارآمدی قواعد حقوقی می‌گردد. موضوع تعزیرات و واگذاری آن به مصلحت سنجی حاکم شرع نشان داد که الزامی در جرم‌انگاری همه حرام‌های شرعی وجود نداشته و تقنین نیاز به مصلحت سنجی حاکم دارد. اگر فرهنگ یک جامعه آماده پذیرش یک حکم شرعی باشد، طبیعتاً حاکم نیز می‌تواند از عملیاتی شدن آن قانون اطمینان پیدا کند.

تحلیل و بررسی‌های فوق نشان می‌دهد امکان کنار گذاشتن فرهنگ از حقوق دینی وجود ندارد، از این رو باید برای حدود و چگونگی حضور فرهنگ در حقوق دینی به دنبال تئوری پردازی بود. پیدا کردن موضع متعادل در این مورد احتیاج به نظریه‌پردازی برای نوع حکومت، دین، حقوق و فرهنگ دارد. تنها اصل مهم گرفتار نشدن در رویکردهای «سستی» و «ترجمه فرهنگی» و بازگشت تمام این موارد به رویکرد اجتهادی مورد تأیید تحقیق است که مانع خروج ما از اصول می‌شود.

یادداشت‌ها

۱. بیانات رهبر معظم انقلاب در دیدار اعضای شورای عالی انقلاب فرهنگی، ۱۳۷۹/۹/۱۹.
۲. برای اطلاع از برخی مواضع دین در این مورد رک. مهدوی، اصغراقا (۱۳۸۷)، ص ۸۰؛ کلینی، کافی، ج ۶، ص ۴۴۴؛ ح ۱۵؛ حر عاملی، وسایل الشیعه، ج ۵، کتاب الصلوه، باب ۵، ح ۳؛ حر عاملی، وسایل الشیعه، ج ۲۴، ص ۱۷.
۳. ری شهری، میزان الحکمه، ج ۱، ص ۴۶۹.
۴. برگرفته از: مهریزی، ۱۳۸۱.

کتابنامه

- قرآن.
- سید رضی، نهج البلاغه علی علیه السلام، ترجمه استاد دشتی، انتشارات پیام عدالت، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۴۰۶، نامه ۵۳.
- آرون، ریمون (۱۳۷۷)، *مراحل اساسی سیر اندیشه در جامعه‌شناسی*، ترجمه باقر پرهام، چاپ ششم از ویراسته دوم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.

تأثیر فرهنگ بر حقوق دینی با توجه به واقعیت‌های تقنینی ۱۶۳

ابن ابی الحدید (۱۳۸۷ق)، شرح نهج البلاغه، به تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، ج ۲۰، بیروت: کلمه ۱۰۲، چ ۲. ابن‌الشهید الثانی (۱۴۰۶ق)، معالم الاصول، حسین بن زین‌الدین، قم: مؤسسه النشر الاسلامی. ارشادی‌نیا، محمدرضا (۱۳۸۶)، از مدرسه معارف تا انجمن حجّتیّه و مکتب تفکیک، قم: بوستان کتاب، چ اول. اصفهانی، میرزا مهدی (۱۳۶۳)، ابواب الهادی، به اهتمام سید محمدباقر نجفی یزدی، مشهد: چاپخانه سعید. افتخاری، اصغر (۱۳۸۹)، سیاست دین و فرهنگ، چاپ اول، تهران: دانشگاه امام صادق(ع) و پژوهشگاه فرهنگ هنر و ارتباطات.

ایازی، محمدعلی (۱۳۸۰)، آزادی در قرآن، چاپ دوم، تهران: ذکر. همو (۱۳۸۹)، ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. بیگللی، عطاءالله (۱۳۸۹)، «چرا باید از سبک زندگی سخن گفت»، سوره اندیشه، شماره ۴۶ و ۴۷، شرکت انتشارات سوره مهر تهران، آذر و دی. پیروزمند، علیرضا پیروزمند (۱۳۸۹)، میانی و الگوی مهندسی فرهنگی، چ اول، قم: مؤسسه فرهنگی فجر ولایت. توجهی، عبدالعلی (۱۳۸۰)، «لزوم تفکیک مجازات‌های بازدارنده و تعزیری»، مجله دادرسی، ش ۲۹، آذر و دی. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در جهان اسلام، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش.

حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۳)، بایسته‌های تقنین، تهران: فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ اول. حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۸۳)، «مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون‌مداری در حقوق کیفری»، مجله حقوق اساسی، شماره ۳، زمستان.

حرانی، ابن شعبه (۱۴۰۴ق)، تحف العقول عن آل الرسول(ص)، قم: جامعه مدرسین، چاپ دوم. خسروپناه، عبدالحسین (۱۳۸۱)، قلمرو دین، چاپ اول، قم: مرکز مطالعات و پژوهش‌های فرهنگی حوزه علمیه. همو (۱۳۸۵)، فلسفه‌های مضاف، ج ۲، چ ۱، تهران: پژوهشگاه و فرهنگ و اندیشه اسلامی. خندان، علی اصغر و امیری طیبی، مسلم (۱۳۸۸)، «درآمدی بر نقش فرهنگی دولت دینی»، معرفت سیاسی، سال اول، شماره اول، بهار و تابستان.

خسروپناه، عبدالحسین (۱۳۸۹)، جریان‌شناسی فکری ایران معاصر، چاپ دوم، قم: حکمت نوین اسلامی. دارابی، علی (۱۳۸۸)، جریان‌شناسی سیاسی در ایران، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. داوری اردکانی، ابراهیمی دینانی، سید مصطفی محقق داماد، نوروزی (۱۳۸۲)، «قانون و فرهنگ»، نشریه علوم انسانی نامه فرهنگ، شماره ۴۸، تابستان.

زرشناس، شهریار (۱۳۸۷)، نگاهی کوتاه به تاریخچه روشنفکری در ایران، چ ۳، تهران: کتاب صبح. سبحانی، جعفر (۱۳۸۸)، محاضرات فی الالهیات، تلخیص علی ربانی گلپایگانی، چاپ دوازدهم، قم: مؤسسه امام صادق(ع).

سروش، عبدالکریم (۱۳۷۰)، قبض و بسط تئوریک شریعت، چاپ اول، تهران: صراط. همو (۱۳۷۷)، «ذاتی و عرضی دین»، کیان، شماره ۴۲. صابری، حسین (۱۳۸۴)، فقه و مصالح عرفی، چاپ دوم، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۱۶۴ دین و ارتباطات، سال بیست و سوم، شماره اول (پیاپی ۴۹) - بهار و تابستان ۱۳۹۵

- صاحبی، محمدجواد (۱۳۸۴)، مناسبات دین و فرهنگ در جامعه ایرانی (مجموعه مقالات)، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- صانعی، پرویز (۱۳۷۲)، جامعه‌شناسی ارزش‌ها، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین (بی تا)، حاشیه الکفایه، قم: بنیاد علمی فرهنگی علامه طباطبایی.
- عدالت‌نژاد، سعید (۱۳۸۲)، اندر باب اجتهاد، چاپ اول، تهران: طرح نو.
- علیزاده، عبدالرضا (۱۳۸۹)، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- غوشی، راشد (۱۳۸۱)، آزادی‌های عمومی در حکومت اسلام، ترجمه حسین صابری، چاپ اول، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، مقدمه علم حقوق، چ دوازدهم، تهران: انتشارات مدرس.
- همو (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱.
- همو (۱۳۷۷)، مبانی حقوق عمومی، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
- همو (۱۳۷۹)، کلیات حقوق، نظریه عمومی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱.
- همو (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۲.
- کوئن، بروس (۱۳۸۶)، درآمدی بر جامعه‌شناسی، ترجمه محسن ثلاثی، چاپ نهم، تهران: توتیا.
- محمسانی (۱۳۵۸)، فلسفه‌های قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه گلستانی، چاپ دوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- مجتهد شبستری، محمد (۱۳۷۶)، ایمان و آزادی، چاپ اول، تهران: طرح نو.
- همو (۱۳۷۷)، هرمنوتیک کتاب و سنت، چاپ سوم، تهران: طرح نو.
- همو (۱۳۷۸)، «بستر معنوی و عقلایی علم فقه»، کیان، شماره ۴۲.
- همو (۱۳۸۱)، تقلدی بر قرائت رسمی از دین، چاپ دوم، تهران: طرح نو.
- مشکینی، علی (۱۳۴۵)، اصطلاحات الاصول، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی.
- مصباح، محمدتقی (۱۳۸۶)، آموزش فلسفه، ج ۱، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، چ ۷.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۶۷)، فلسفه اخلاق، تهران: اطلاعات، چ ۱.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹)، مجموعه آثار، ج ۶، تهران: صدرا، چ ۱۴.
- مظفر، محمدرضا (بی تا)، اصول مظفر، ج ۲، قم: منشورات فیروزآبادی، چ ۱.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۲)، تفسیر نمونه، ج ۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ ۱۸.
- مهدوی، اصغرآقا (۱۳۸۷)، مبانی نقش زمان و مکان در استنباط احکام از دیدگاه امام خمینی و شهید صدر، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- مهریزی، مهدی (۱۳۷۵)، «دین و برنامه‌ریزی فرهنگی»، مجله نقد و نظر، ش ۳ و ۴، تابستان و پاییز.
- همو (۱۳۸۱)، «دین و برنامه‌ریزی فرهنگ»، برنامه‌ریزی و فرهنگ، شماره ۳۳، ۲۹ اسفند.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۷۰)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۳، ترجمه محمود صلواتی، قم: نشر تفکر.
- منصوری لاریجانی، اسماعیل (۱۳۷۴)، سیر تحول حقوق بشر و بررسی تطبیقی آن با حقوق بشر در اسلام، تابان، چاپ اول.

منتسکیو (۱۳۶۲)، روح القوانین، علی‌اکبر مهتدری، تهران: امیرکبیر، چ ۸
موسوی خمینی، امام روح‌الله (بی‌تا)، تحریر الوسیله، ج ۲، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
وکس، ریموند (۱۳۸۹)، فلسفه حقوق مختصر و مفید، ترجمه باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، تهران: نشر
جنگل، چ ۱.
نجفی، شیخ محمدحسن (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ ۷.

Geert, H. (۱۹۹۱), *Cultures and Organieations: Software of the Mind*, The McGrow-hill, Niterd ststes.

Lewis, Baenard, (۱۹۹۲), *The World of Islam: Faith, People, Culture*, London: Thames and Hudson,.

Rawls, John (۱۹۷۱), *A Theory of Justice*, Harvard University Press