

Criticizing the Theory on the Impossibility of Modern Islamic Law

Sayyed Alireza Hosseini Beheshti¹

Received: 17/06/2017; Accepted: 20/01/2018

Mahdi Moradi Berelian

Abstract

From Wael-bin-Hallaq's point of view, the modern language construction, epistemology and its associated concepts has led to the breakdown of Islamic law from its historical past and its inclusion in the lexical and epistemological framework built upon an alien and heterogeneous basis. The "legal system" within the framework of the modern state requires a distinction between "the legal" and "the moral" and the stipulation of binding regulation in formal codes. While, Islamic law is based on the integration of the moral and the legal, and the dialectic between them. Additionally, the pluralistic characteristic of Islamic law prevents its inclusion in the framework of legislation. This narration of modern law and Islamic law, while being insightful, has some shortcomings that should not be ignored. The absolute claim of laying the political at the center of modern law and the absence of a distinction between the moral and the legal in Islamic law and its independence from the political, if not incorrect, seems at least controversial.

Key words: The Moral, The Legal, The Political, Shari'a, Law.



¹ Assistant Professor, Department of Political Sciences, Faculty of Humanities, Tarbiyat Modarres University.

² Ph. D Candidate in Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University (Corresponding Author); Email: moradiberelian@gmail.com

تقدیر نظریه اشناع حقوق اسلامی مدرن

تاریخ دریافت ۹۶/۰۳/۲۷ - تاریخ پذیرش ۹۶/۱۰/۳۰ سیدعلیرضا حسینی بهشتی^۱

مهدی مرادی^۲

چکیده

از نظرگاه وائل بن حلق بر ساخت زبانی مدرن، معرفت‌شناسی و مفاهیم همراه آن، منجر به گسست حقوق اسلامی از گذشته تاریخی خود و قرار گرفتن آن در چارچوب واژگانی و معرفت‌شناسی از اساس بیگانه و ناهمساز شده است. «نظام حقوقی» در چارچوب دولت مدرن مستلزم تمایز میان «امر حقوقی» و «امر اخلاقی» و درج قواعد الزام‌آور در کدهای رسمی است. در حالی که حقوق اسلامی مبتنی بر درهم‌آمیزی امر اخلاقی و امر حقوقی و دیالکتیک میان آن‌ها است. همچنین ویژگی تکثرگرایی حقوق اسلامی، مانع از قرار گرفتن آن در چارچوب تقنین است. این روایت از حقوق مدرن و حقوق اسلامی در عین بصیرت‌زا بودن، اما دارای ایراداتی است که نباید آن‌ها را نادیده انگاشت. ادعای مطلق قرار داشتن امر سیاسی در کانون حقوق مدرن و نبود تمایز میان امر اخلاقی و امر حقوقی در حقوق اسلامی و استقلال آن از امر سیاسی، اگر نه نادرست، دست‌کم مناقشه‌انگیز به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: امر اخلاقی، امر حقوقی، امر سیاسی، شریعت، قانون.

۱. استادیار گروه علوم سیاسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس.

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:

moradiberelian@gmail.com





مقدمه

از دیدگاه وائل بن حلق^۱ هستایش تاریخی و فلسفی دولت مدرن از سده شانزدهم میلادی به بعد، ساختاری را پدید آورده که با ویژگی‌های منحصر به فرد خود از اساس با نظام‌های سیاسی و حقوقی سنتی و خاصه اسلامی متفاوت است. انحصار ایجاد قانون در مجموعه‌های یکسان، کار بست خشونت برای تضمین اجرای قانون، همگن سازی جامعه به - وسیله هژمونی فرهنگی و اجتماعی، تمرکزگرایی و دیوان‌سالاری از جمله شاخصه‌های حکمرانی در دولت مدرن به حساب می‌آیند. در این سازگان سیاسی، «نظام حقوقی» در کل و «قانون» به صورت خاص، تجلی گاه اراده حاکمیتی^۲ دولت مدرن بوده و به طرز بنیادینی تابع امر سیاسی^۳ است. امر حقوقی^۴ به مثابه آن چه «هست» از بنیان با امر اخلاقی^۵ به عنوان آن چه «باید» باشد، مجزاست. امر حقوقی ریشه در واقعیت‌های سیاسی داشته و برآمده از اراده دولت مدرن است؛ بدین ترتیب در کانون معرفت‌شناختی دولت مدرن و نظام حقوقی آن، امر سیاسی واقع است. دولت مدرن و بنابراین حقوق مدرن، خود را بر نظم اجتماعی موجود تحمیل و آن را مطابق با منظر معرفت‌شناختی^۶ خود شکل داده و به مثابه بخش جدایی‌ناپذیر پروژه مهندسی اجتماعی بر ساخته است. بر این آئین، ویژگی بنیادین معرفت - شناختی اثبات‌گرایی به مثابه کانون نظام حقوقی مدرن، انکار هرگونه پیوند ضروری میان حقوق به عنوان آن چه هست و آن چه باید باشد، است. دوتایی هست/ باید مشخصه اصلی

^۱ وائل بن حلق از برجسته‌ترین اندیشه‌ورزان حقوق اسلامی در دوران معاصر و استاد دانشگاه مک‌گیل در کانادا است. برای مشاهده مهم‌ترین آثار وی به فهرست منابع در انتهای این نوشتار رجوع کنید.

2 Sovereign Will
3 The Political
4 The Legal
5 The Moral
6 Epistemological





معرفت‌شناختی مدرن و خود‌مدرنیته است. از سوی دیگر، حَلّاق بر آن است که شریعت در کل و خاصه حقوق اسلامی در تاریخ پرفراز و نشیب‌شان به شکل گسترده‌ای بر دیالکتیک امر حقوقی و امر اخلاقی استوار هستند. قواعد حقوقی نه نمودگاه اراده حاکمیتی حاکم، بلکه تجلی‌گاه اراده الهی بوده که ترسیم‌گر اهدافی اخلاقی برای تابعان آن است. در حقوق اسلامی، امر سیاسی در حاشیه امر اخلاقی به‌عنوان گوهر قواعد حقوقی قرار دارد. افزون بر این، تاریخ حقوق اسلامی تا پیش از استعمار و تحمیل نظام حقوقی مدرن بر جوامع اسلامی، از گونه‌ای تکثرگرایی بهره برده و هیچ‌گاه خواستار اعمال هژمونی بر جوامع و یکسان‌سازی قواعد تنظیم‌کننده رفتار مسلمانان نبوده است.

بی‌گمان دهش حَلّاق در حقوق اسلامی حاوی نکات برجسته و بصیرت‌زایی است که هرگونه نظر وزری در این حوزه را تحت‌تأثیر خود قرار می‌دهد. نگاه تیزبینانه وی به تاریخ حقوق اسلامی و کوشش در جهت معرفی شاخصه‌های پارادایماتیک (الگو وار) آن از یک‌سو و اتخاذ نظرگاهی انتقادی نسبت به مدرنیته و دولت مدرن از جهتی دیگر می‌تواند برای انگاره‌پردازی پیرامون حقوق اسلامی به‌ویژه در نظام حقوقی کشورمان درس‌آموز باشد. وی گوهر معرفت‌شناختی دولت مدرن و حقوق اسلامی را نشانه گرفته و بر آن است اساس و بنیاد این دو در یک بن‌بست آشتی‌ناپذیر قرار دارند. هدف روایت حَلّاق درک دستاوردهای اخلاقی حقوق اسلامی و فهم سرنوشت آن در جهان مدرن است؛ سرنوشتی که اساساً غم‌انگیز است. خوانش او دست‌آخر، داستانی است در این باره که چگونه مدرنیته غیراخلاقی جوامع اسلامی را تحت‌تأثیر خویش قرار داده است. باوجود این، انگاره‌های وی نمی‌توانند غیرقابل نقد باشند. توصیف حَلّاق از تاریخ شریعت و حقوق اسلامی به‌مثابه امری کاملاً اخلاقی و مستقل از سیاست و امر سیاسی گرچه نمی‌تواند کاملاً نادرست باشد، اما بسیار ذات‌گرایانه و درعین‌حال ساده‌سازی شده است. در تاریخ حقوق اسلامی می‌توان شواهدی بر تمایز میان امر اخلاقی و امر حقوقی و هم‌چنین ارتباط میان حقوق اسلامی و دستگاه سیاست سراغ کرد. افزون بر این، خوانش حَلّاق از دولت مدرن به‌مثابه پدیده‌ای که بنیان آن مبتنی بر امر سیاسی است و حقوق و اخلاق را به حاشیه می‌راند، می‌تواند مناقشه‌انگیز باشد.





۱. دولت مدرن به روایت حلاق: امر سیاسی در کانون نظام حقوقی مدرن

دولت مدرن هستومند انتزاعی^۱ اورای حکومت و شهروندان است که با کاربست قانون به مثابه نمودگاه اراده حاکمیتی خود درون گستره مشخص سرزمینی، سرسپردگی اتباع را خواستار می‌شود. دولت مدرن آفرینش‌گر اتباعی است که همواره خواستار وفاداری و سرسپردگی آنان به اقتدار حاکمیتی خویش است. (Morris, 1998: 45) در فرآیند شکل-گیری دولت مدرن، سوژگی^۲ یا سیاسی کردن اتباع^۳ به مثابه امری که در پیوند میان دولت و افراد رخ می‌نماید و آنان را به گروه واحد و همگنی از اتباع سیاسی تبدیل می‌کند که سرسپرده شخصیت انتزاعی (ن.ک.: هابز، ۱۳۸۱: ۱۹۳-۱۹۲). دولت هستند، (de Carvalho, 2016:58) هم‌چون ویژگی برجسته دولت مدرن به شمار آمده است. بر این بنیاد، از نظرگاه دولت، افراد در درجه نخست، تابعان آن به شمار می‌آیند. (Poggi, 2003:39) (استریر، ۱۳۹۵: ۴۱-۴۰) دولت با به کارگیری ابزار ویژه حکمرانی خود، یعنی قانون، به تحمیل سرشتی ویژه و همگون به اتباع خود دست یازیده است. دولت «خواهان دریافت وفاداری از سوی اعضا و ساکنین همیشگی گستره سرزمینی خود است. اعضای دولت نخست تابع قوانین آن هستند و بر این آئین پابندی عام به اطاعت از قانون به دلیل همین عضویت دارند.» (Morris, 2004:199-200) انگاره‌های هابزی و نوهابزی دولت به میزان قابل توجهی به سرسپردگی بی‌چون و چرای اتباع در برابر حاکم (هستومند انتزاعی دولت) گرایش دارند. هابز با بیان اصل پیوند متقابل حمایت و تابعیت، خواستار وفاداری کامل اتباع نسبت به دولت در برابر تأمین امنیت برای ایشان است؛ تا زمانی که دولت از اتباع صیانت می‌کند آنان موظف به سرسپردگی به فرمان‌های حاکم هستند. (هابز، ۱۳۸۱: ۱۹۳-۱۹۲) اشمیت نیز با بهره‌گیری از اندیشه‌های هابز بر وفاداری شهروندان به دولت در ازای حفاظت از آنان و فراهم آوردن صلح و پایداری پای می‌فشد. از نظرگاه

پژوهش‌های حقوق اساسی و حقوق اساسی - شماره اول - بهار ۱۳۹۷



1 Abstract Entity
2 Subjectification
3 Politicization of Subjects



وی «هیچ صورتی از نظم و هیچ مشروعیت یا قانون‌مندی‌ای نمی‌تواند بدون محافظت و اطاعت وجود داشته باشد.» (اشمیت، ۱۳۹۳: ۵۸) پائول کان نوآشمیتی معاصر نیز با اشاره به ویژگی قربانی شدن شهروند در راستای اهداف دولت، شناسهٔ بر سازندهٔ سیاست مدرن را در سپردگی محض اتباع به دولت سراغ می‌کند. (Kahn, 2011:7) از دیدگاه وی دولت مدرن خود را هم‌چون ارزش غایی و فرجامین در برابر شهروندان متجلی می‌سازد و از این‌روی خواستار قربانی شدن زندگی آنان است.

اگر دولت مدرن هستومندِ انتزاعیِ حاکم در گسترهٔ سرزمینی مشخصی است که تبعیت شهروندان را خواستار می‌شود، آن‌گاه باید ادعا کرد که قانون، بازنمایی اقتدار حاکمیتی دولت است. در واقع، حاکمیت دولت مدرن در قانون نمود می‌یابد و از راه کاربرد خشونت، پشتیبانی می‌شود. (Mann, 1984:189) «دولت اقتدار خود را از طریق قانون اعمال می‌کند و دولت مدرن غربی خود کاملاً یک ساختار قانونی است.» Nelson, (2006:8) بر این آئین، قانون به‌مثابهٔ پیشرفته‌ترین شکل سلطه و کاربست اقتدار در دولت مدرن نمودار می‌شود (پوجی، ۱۳۷۷: ۱۶۵) پس قانون، فرمان‌های مبتنی بر قدرت سیاسی و به‌گونه‌ای زبان گویای دولت است. شکل عینی اقتدار حاکمیتی دولت مدرن در چارچوب قانون پدیدار می‌شود. (Poggi, 1990: 6 & 28-29) در سازگان دولت مدرن «قانون، استاندارد و نحوهٔ بیان دولت، زبان او و واسطهٔ اصلی فعالیت‌های اوست.» (پوجی، ۱۳۷۷: ۱۶۴) باید دانست قانون، برآیند ارادهٔ دولت حاکم است. قواعد وضع شده از سوی دولت دست‌آخر ریشه‌های خود را در ارادهٔ سیاسی آن باز می‌یابند. (Morris, 1998:41) پس پشتِ اقتدار دولت به‌مثابهٔ چارچوب قانونی و رسمی کاربست خشونت، قدرت سیاسی نهفته و بر آن سایه افکنده است. بر این شالوده، گرچه دولت مدرن عمدتاً حاکمیت خود را از طریق صلاحیت‌های قانونی پیش‌بینی شده بکار می‌بندد، اما این حدود قانوناً مشخص شده در نهایت سرشتی سیاسی دارند. در واقع، «وقتی حاکمیت به این صورت [در چارچوب سازوکارهای نهادی حقوقی] شکل می‌گیرد، دیگر نمی‌توان بر صلاحیت آن محدودیتی قانونی تحمیل کرد و به این معنا می‌توان گفت حاکمیت فرای قانون است... هیچ‌گونه حد قانونی را نمی‌توان بر آن تحمیل کرد، زیرا شکل‌های نهادی مستقر همواره قابل تغییر است.»





(لاگین، ۱۳۸۸: ۲۱۰) (Steinberger, 2004:183) بنابراین، امر سیاسی در کانون نظام حقوقی قرار می‌گیرد (Schmitt, 2008) و این امکان را برای دولت فراهم می‌آورد تا با توجه به دگرگونی‌های رخ داده در چارچوب جامعه سیاسی و برای مدیریت آن، فراتر از نظام حقوقی به کنشگری پردازد.

با توجه به مطالب پیشین، «پیدایش دولت با پیدایش امر سیاسی همراه بود، مفهومی مشخصاً اشمیتی که برای بیش تر از نیم قرن آشفتگی اندیشه سیاسی و حقوقی را با خود به همراه داشته است. شجره‌نامه امر سیاسی، همانند امر حقوقی، در لحظه‌ای نهفته است که آن چه که هست از آن چه که باید باشد، تفکیک شد، زمانی که سیاست پدید آمد و برای بقای خود کوشید.» (Hallaq, 2013: 89) وائل حلاق بر آن است که دولت مدرن دارای متافیزیکی است که مرزها و محدودیت‌هایش به عنوان اراده حاکم، در چارچوب آن قرار می‌گیرد. (Hallaq, 2009 (A):250) این متافیزیک زایش‌گر معانی خاص خود از جمله دیدگاهی ویژه نسبت به جهان و پنداشت آن به عنوان مخلوق خود و محدود بودن آن به استانداردهای خود است. دولت مدرن، به عنوان عالی‌ترین مظهر اثبات‌گرایی، متافیزیکی را به نمایش می‌گذارد که منعکس‌کننده مفاهیم، ساختارها و رویه‌های (مخصوص به) خود است. آن چه خاص دولت است، «حقیقت اراده» و «اراده (برای) قدرت»^۱ است، سایر حقایق فرعی و حاشیه‌ای هستند. (Hallaq, 2013:157). از دیدگاه حلاق، نظریه هابز یعنی ابتدای اخلاق و اصول اخلاقی بر قوانین عینی کشف شده توسط خرد بشری و نه بر سنت یا اقتدار متون مذهبی که در برداشت مدرن از رابطه میان قانون و اخلاق نمایان شده است، چیزی را منعکس می‌کند که اکنون در محافل فلسفی بدیهی است. (Hallaq, 2013:78-79) بر این اساس، تفکیک میان قانون حاکم «هست» و قانون اخلاقی «باید» بیان‌گر بنیادی‌ترین عقیده اثبات‌گرایی حقوقی به مثابه کانون دولت مدرن است. قانون به عنوان اراده حاکمیتی دولت در اساس تابعی از امر سیاسی است.

فصلنامه پژوهش‌های حقوقی و فلسفی حقوق اسلام و غرب، سال پنجم - شماره اول - بهار ۱۳۹۷



1 Truth of Will
2 Will to Power



۲. شریعت اخلاق مدار: امر اخلاقی بنمایه حقوق اسلامی

در برداشت حلاق، شریعت در یک جامعه عمیقاً اخلاقی می‌زیست و به کار گرفته می‌شد؛ چراکه خود شریعت بر پیش‌انگاشت اخلاقی بودن افراد و امت متشکل از آن‌ها استوار شده بود. در واقع، شریعت بذر خود را در نظم اجتماعی که از آن برخاسته و کارکردهای اخلاقی خود را از آن استخراج کرده بود، کاشت. (Hallaq, 2009 (B):163-164) جامعه تابع حقوق اسلامی به صورت گسترده‌ای خودحکمران بود که در آن امر حقوقی و امر اخلاقی درهم تنیده شده و در راستای منافع جامعه بکار گرفته می‌شدند. (Hallaq, 2009 (C):364)) (هم‌چنین ن.ک.: شاخت، ۱۳۸۸: ۲۵۵) بر این آئین، در امت اسلامی، قواعد اخلاقی حقوقی، حاکم بود؛ باید دانست جامعه یا امت در حکمرانی اسلامی وسیله‌ای هستند برای دستیابی به هدفی والا؛ این امر متضمن آن است که امت خودش حاکمیت نداشته و این که اراده خودآیین حقوقی و سیاسی را دارا نیست، چراکه حاکم خداوند بوده و او یگانه است. در این حکمرانی، خداوند حاکمیت مطلق دارد و او برترین اهداف است و قانون خداوند، شریعت است. شریعت قانونی اخلاقی است که اراده اخلاقی خداوند را نمایندگی می‌کند. شریعت، متشکل از نظامی هرمنوتیکی، ادراکی، نظریه‌ای، عملی، آموزشی و نهادی است که حقوق اسلامی نامیده می‌شود. (Hallaq, 2013:51) شریعت طرحی سترگ جهت ایجاد امپراتوری اخلاقی حقوقی است که هدف بنیادین آن در یک کوشش بی‌پایان برای کشف اراده اخلاقی خداوند متبلور شده است.

به باور حلاق، اخلاق به دلیل این پیش‌انگاشت اساسی خود را به صورت جدایی‌ناپذیری درون زیستگاه حقوق اسلامی قرار داده است که سوژه این نظام حقوقی چه در شکل فردی خود و چه در هیئت جمعی (امت) باید یک سوژه اخلاقی باشد؛ چراکه در غیر این صورت، تمامی احکام شریعت در چارچوب روابط اجتماعی معنای خود را از دست می‌دهند و چیزی بیش از محصول خیال‌اندیشی فقها نخواهند بود. (Hallaq, 2013:114) حقوق اسلامی زایش‌گر تابعان اخلاقی است که تعاملی مسئولانه با جامعه و نهاد خانواده





دارند. آنچه برای مسلمانان از اهمیت بیش‌تری نسبت به بهره‌مادی برخوردار است، افتخار، اعتبار، تقرب به خدا و عشق و احترام به خانواده است که از طریق داشتن مسئولیت اخلاقی نسبت به جامعه تحقق می‌یابند. (Hallaq, 2013:160) بر این بنیاد، اگر شریعت و حقوق اسلامی راهنمای الهی مسلمانان محسوب می‌شوند، پس این راهنما بسیار بیشتر از آن‌که آمیخته با امر حقوقی باشد، باید امر اخلاقی را در برگیرد؛ چراکه مسلمانان نیازمند انجام آن چیزی هستند که درست است برخلاف آنچه که به‌صورت مضیق قانونی محسوب می‌گردد.

شریعت همه اعمال انسان را در طبقه‌بندی‌های گونه‌گون، از اخلاقی گرفته تا حقوقی، دسته‌بندی می‌کند بی آن‌که چنین تمایزاتی را به‌روشی آگاهانه بکار بندد. در واقع، حلاق معتقد است که در زبان عربی واژگانی برای نشان دادن تمایز مدرن میان اخلاق و حقوق وجود ندارد. (Hallaq, 2010:145) واژه اخلاقی^۱ معادل دقیقی در زبان عربی ندارد و واجد دلالت‌های عمده‌ای که این واژه در فلسفه حقوق و اخلاق مدرن دارد، نیست. گرچه برخی کلمه اخلاق را معادل واژه مدرن اخلاقی^۲ می‌دانند، اما این ادعا هم از لحاظ تاریخی و هم از جنبه فلسفی-زبان‌شناختی چندان قابل‌پذیرش نیست. مفهوم پیش‌مدرن اخلاق در بردارنده کیفیت‌های درونی همانند طبع و سجایا است که با اصول اخلاقی مدرن تفاوت دارد. (Hallaq, 2009 (A):257) باید اشاره کرد برای بیش از یک سده، گفتمان مدرن قلمرو شریعت را به‌مثابه نهادی برساخته شده از دو بخش عمده اما مجزا از یکدیگر انگاشته است: یک بخش مربوط به عبادات و دیگری مرتبط با چیزی که اصطلاحاً حقوق نامیده می‌شود. بخش اخیر با آنچه در مفهوم غربی، حقوق پنداشته می‌شود، مطابقت دارد. این قسمت که تحت عنوان معاملات شناخته می‌شود شامل حوزه‌های مربوط به روابط افراد با یکدیگر همانند حقوق خانواده و حقوق تجارت است. از سوی دیگر، عبادات به قواعدی

صداقت‌پوش
شلیق حقوق‌الام و ترب سال پنجم - شماره اول - بهار ۱۳۹۷



1 Moral
2 akhlāq
3 Moral
4 akhlāq
5 law



مربوط می‌شوند که رابطه میان افراد و خداوند را تنظیم می‌کنند. از دیدگاه حلاق هیچ‌یک از تک‌نگاری‌های مدرن پیرامون مبحث عبادات، این رویکرد را اتخاذ نکردند که این بخش، جزء جدایی‌ناپذیر حقوق (بخش معاملات) است. هیچ‌یک از آن‌ها عبادات را به-مثابه برسازنده دقیقاً امر حقوقی تلقی نکردند. این در حالی است که از نظر وی، تمایز میان عبادات و امر حقوقی، کارکردی جز چشم‌پوشی از نیروی اخلاقی حقوق و قصور در فهم پیامدهای حقوقی عبادات و پیامدهای اخلاقی مقررات دقیقاً حقوقی معاملات ندارد. حلاق بر آن است که قرار گرفتن فصول مربوط به عبادات در ابتدای کتب فقها سنتی دیرینه است که صرفاً اهمیت نمادین ندارد، بلکه کارکرد مشخصی را ایفا می‌کند؛ یعنی تقدم و اولویت منطقی و کارکردی این بخش را هویدا می‌سازد. این کارکرد که برنامه‌ریزی شده، آگاهانه و عمیقاً روان‌شناسانه است، فراهم‌کننده بنیان‌هایی برای به دست آوردن اطاعت مختار و آزادانه افراد نسبت به قواعد و مقرراتی است که باید مورد پیروی قرار گیرند. (معاملات). بدین آئین، شریعت بدون یک جامعه اخلاقی، اصلاً شریعت نیست و اخلاق ریشه‌های خود را در مقیاس بزرگ نیروی سازنده ارکان پنج‌گانه (در فقه اهل سنت) می‌یابد. اخلاق که اراده فرمان‌برداری از اقتدار حقوق را به کار می‌اندازد، از طریق همین اعمال پنج‌گانه بر ساخته می‌شود. کنار گذاشتن هر یک از آن‌ها از حقوق اسلامی در واقع سلب مبانی اخلاقی حقوق است و موجب می‌شود که امر حقوقی محرک اجبارکننده تضمین و رعایت خود را از دست بدهد. اگر معاملات پیش‌زمینه عبادات را نداشته باشند، آن‌گاه حقوقی خواهد بود که نه تنها فاقد الزام اخلاقی است بلکه غیرقابل اعمال و نامؤثر است. (Hallaq, 2013, :115-118)

از نظر حلاق، جست‌وجوی آنچه دقیقاً و به شکل مضیق حقوق است و مصون نگه داشتن آن از چشم‌انداز گسترده جهان اخلاقی نه تنها منجر به برداشت نادرست از محتوای قرآن می‌گردد، بلکه باعث از شکل درآمدن ساختار و معرفت‌شناختی شریعت در کل می‌شود. آنچه در قرآن حقوقی است به شکل برابری اخلاقی نیز هست و بالعکس. عناصر حقوقی و قانونی در چارچوب جهان‌بینی اخلاقی قرآن فرع بر یک نظم اخلاقی



هستند. کیهان‌شناسی قرآنی عمیقاً در شکل و محتوا از تاروپودی اخلاقی بر ساخته شده است. باری، به همان میزان که حقوق اسلامی برای حَلّاق اخلاقی است، غیرسیاسی نیز هست. بدین ترتیب فهم خوانش وی از حقوق اسلامی مستلزم کندوکاو پیرامون سرشت غیرسیاسی این نظام حقوقی نیز هست.



۲. حقوق اسلامی به مثابه حقوق فقها: گوهر غیرسیاسی حقوق اسلامی

در انگاره حَلّاق، حقوق اسلامی، هرگز محصول یک سازوکار دولتی نبوده است؛ به بیانی دیگر، حقوق اسلامی نه ناشی از سازوکار یک نهاد سیاسی، بلکه به مثابه حرفه‌ای خصوصی دستامده انسان‌های باتقوایی بوده است که اقدام به مطالعه، شرح و تفصیل حقوق اسلامی به عنوان فعالیت دینی نمودند. هرگز نخبگان سیاسی اسلامی نمی‌توانستند چپستی قانون اسلامی را تعیین کنند. اقتدار حقوقی نه در دستان سازمان مرکزی سیاسی، بلکه در اختیار مذاهب بوده است. غیبت گسترده نهادهای سیاسی از مفاهیم حقوقی ویژگی بنیادین سنت حقوق اسلامی تلقی می‌شده است. (Hallaq, 2005:204) از دیدگاه حَلّاق تاریخ حقوق اسلامی نمایانگر این واقعیت است که خلیفه منبع متمایز قانون نبوده است. هیچ فرمان تنظیم‌کننده نظام حقوقی که بتواند از سوی خلیفه صادر شده باشد، موردشناسایی واقع نشده بود. نه خلفا و نه وزرا یا والیان محلی آنان تلاشی برای اختصاص قلمرو امر حقوقی به خود نداشتند. (Hallaq, 2005:178) (هم‌چنین ن.ک.: شحاته، ۱۳۸۲: ۵). نقش دستگاه خلیفه محدود به انتصاب یا عزل قضات همراه با فراهم آوردن ضمانت اجرای آرای قضایی بود. مداخله خلیفه در فرآیند قانون‌گذاری اگرچه نه کاملاً، اما نزدیک به هیچ بود. (Hallaq, 2004, :22) در واقع، نقش قانون‌گذاری خلیفه گاه‌وبیگاه و در مواقع ضروری به کار گرفته می‌شد. این نقش بسیار حداقلی بود و نمی‌توانست جایگاهی را به آن‌ها اعطا کند که موردتبعیت قضات باشد؛ (Hallaq, 2005:179) بر این اساس، شریعت محصول حکمران اسلامی نیست؛ امت اسلامی به صورت اندام وار^۲ متخصصان حقوقی خود را ایجاد

صدور پیش‌نویس حقوق اسلام و عرب سال پنجم - شهاده اول - مدار ۱۳۹۷



1 Qur'anic Cosmology
2 Organic



کرده است که کارکردهای گونه‌گون حقوقی را انجام می‌دهند که در نهایت به زایش حقوق اسلامی منجر شده است. بدین ترتیب، در حقوق اسلامی نهاد مرکزی قانون‌گذاری وجود نداشت. تعیین قانون برعهده متخصصان حقوقی یعنی فقها بود. اینان بودند که وظیفه تشریح اهمیت حقوقی متون وحی شده را بر عهده داشتند (کرون، ۱۳۹۴: ۴۴) و هم اینان بودند که در نهایت، معرفت‌شناختی حقوقی را بنا نهادند که در کلیت خود بر پندارهٔ یک تفسیر فردگرایانه^۱ از قانون الهی استوار بود. در گفتمان مدرن، این نظام حقوقی، حقوق فقها^۲ نامیده می‌شود. (Layish, 2004:86) حقوق اسلامی نه فقط از این جهت که بر ساخت فقهاست، بلکه از آن روی که فقها دارای اقتداری بودند که آن را برای نزدیک به هزار سال حفظ کردند، حقوق فقها محسوب می‌شود. ماهیت این اقتدار، هرمنوتیکی^۳ و معرفت-شناختی بود. (Hallaq, 2003-2004, :245-246) حقوق اسلامی، یک طرح تفسیری، اکتشافی و هرمنوتیکی بوده است و نه مجموعه‌ای از قواعد مربوط به رفتار و کنش افراد که توسط یک اقتدار کنترل‌کننده وضع شده باشد. (Hallaq, 2009 (B): 166) ویژگی بنیادین این نظام حقوقی، گوهر فردگرایانهٔ آن و در نتیجه ایجاد گونه‌ای تکثرگرایی است. حقوق اسلامی، فاقد همسانی درونی است؛ چراکه گونه‌گونی عقاید و نظرات که می‌توان آن را تکثرگرایی اجتهادی^۴ نامید، گوهر برسانندهٔ آن است. (Hallaq, 2009 (C):76 & 368) همین تنوع است که حقوق اسلامی را از طریق کاربست احکام مختلف در برابر موقعیت‌های ناهمسان، تطبیق‌پذیر می‌سازد.

حاکم اسلامی از آغاز گاه اسلام تا اواسط سدهٔ نوزدهم میلادی مجبور به تعظیم در برابر احکام شریعت و نمایندگان آن در حکمرانی بر جامعهٔ اسلامی بود. به مثابهٔ یک نیروی اخلاقی و بدون داشتن هرگونه ابزار قهرآمیز دولتی، شریعت برای نزدیک به یک هزاره در جایگاه برتر قرار داشت. (Hallaq, 2009 (B):36) بر این بنیاد، خلیفه و سراسر سلسله-مراتب سیاسی مادون وی تابع قانون خداوند بود و هیچ استثنایی در این زمینه وجود



1 Individualistic Interpretation

2 Jurist's Law

3 hermeneutical

4 Ijtihadic Pluralism



نداشت. علت وجودی خلافت، اجرای قواعد دینی و نه ایجاد آن‌ها بود. اگر خلیفه بعضاً درگیر حل معضلات حقوقی می‌شد، وی به‌مثابه هم‌تراز فقها و نه فراتر و یا برتر از آن‌ها در این زمینه عمل می‌کرد؛ مداخلات وی هم‌چون بخشی از فعالیت‌های تفسیری فقها و مکمل آن بود. (Hallaq, 2009 (B):43). بدین ترتیب، در تاریخ شریعت پیش‌مدرن، موازنه میان مردان شمشیر و مردان قانون رعایت شده بود. نخبگان حاکم دریافت‌کننده همکاری فقها و در نتیجه مشروعیت سیاسی بودند و فقها نیز از کمک‌های مالی برخوردار شده و البته حق مطلق کاریست و اجرای قانون مطابق صلاحدید خود را در اختیار داشتند. در اینجا است که حلق ادعای چشمگیر خود را در خصوص استقلال امر حقوقی از امر سیاسی در اسلام مطرح می‌کند؛ بر این بنیاد، اقتدار حقوقی سهم فقها و علما بود و همین‌طور هم باقی ماند؛ خلفا و زبردستان آنان در ایجاد توازن میان اراده مبتنی بر قدرت خویش با نیاز به مشروعیت بسیار محتاط و دقیق بودند و چنین امری تنها می‌توانست از طریق رعایت حقوق دینی و بایسته‌های موردنظر فقها حاصل شود. درحالی‌که فقها هرگز بر سر قوانین و مقررات بر ساخته خویش مصالحه نکردند، خلفا مجبور به پذیرش مسئولیت در برابر الزامات ناشی از این قواعد بودند. بر این اساس، اگر تنها یک فرهنگ سیاسی و حقوقی پیش‌مدرن باشد که اصل حاکمیت قانون را به‌خوبی برقرار و حفظ کرده است، از نگاه حلق، آن فرهنگ اسلامی است. بر این مبنا، قانون اسلامی به‌مثابه یک آموزه ماهوی برکنار از برهم‌کنش میان امر حقوقی و امر سیاسی باقی ماند. این فعل‌وانفعال بیشتر حوزه دستگاه قضا و منابع مالی و سیاسی را در برمی‌گرفت (و نه تعیین چستی قانون). (Hallaq, 2005:184-193 & 205-). (206). این امر واقعیتی است که به اسلام ویژگی حاکمیت قانون را بخشیده است.

۴. امتناع حقوق اسلامی مدرن؛ مرثیه‌ای برای حقوق اسلامی در دولت مدرن

تحلیل حلق از دولت مدرن و نظام حقوقی آن و هم‌چنین خوانش وی از حقوق اسلامی تا پیش از دوران مدرن که دربردارنده ویژگی‌های پارادایماتیک حقوق اسلامی است، وی را به یک نتیجه مهم و درعین‌حال مطلق رسانده است: دولت و نظام حقوقی





مدرن با حقوق اسلامی در یک تعارض غیرقابل حل قرار دارند. دلایل این نتیجه‌گیری حلاق عبارت‌اند از: (Hallaq, 2005: 361-366)

نخست، هر دو نظام، بر سازنده قواعد و مقررات حقوقی هستند؛ اما تفاوت در این - جاست که حقوق اسلامی بر اساس تجربه تاریخی خود، تنها تا جایی می‌توانست با یک ابزار مداخله‌جوی حقوقی که از سوی حکام بکار گرفته می‌شد، سازگار شود که این مداخله از حد حاشیه‌ای و فرعی تجاوز نکرده و در تعیین جوهره قانون نقشی را ایفا نکند. پس حقوق اسلامی در برابر دخالت‌های دستگاه حکمرانی تاب آورده، در حالی که نظام حقوقی مدرن بر اعمال انحصار قاعده‌گذاری از خلال فرآیندهای سیاسی خود اصرار می‌ورزد؛

دوم، نظام حقوقی مدرن به صورت گسترده و عمیقاً تمرکزگراست، در حالی که حقوق اسلامی به خاطر الزامات معرفت‌شناختی خود، مرکزگریز است؛ در نظام‌های اسلامی، قانون به صورت افقی اعمال می‌شد. گذشته از انتصابات قضایی که سلسله‌مراتبی صوری داشت، اداره امر قضا به شکل گسترده‌ای محدود به حرفه حقوقی خودساختاریافته و مستقل بود. اگر سلسله‌مراتبی هم وجود داشت، درون خود حرفه حقوقی و دارای ماهیت معرفت-شناختی و نه سیاسی و اجتماعی بود؛

سوم، چه در نظریه و چه در مقام عمل، هر دو نظام مدعی اقتدار عالی حقوقی هستند؛ اما در حالی که نظام حقوقی مدرن، دولت را به مثابه کانون حاکمیت می‌شناسد و اصلاً دولت مدرن بدون حاکمیت عالی حقوقی، دولت به حساب نمی‌آید، در حقوق اسلامی این خود قانون (شریعت) است که حاکمیت دارد. در انگاره فقهی سیاسی، حکومت تابع شریعت و مادون آن است. درست است که حکام اسلامی کوششی دائمی در راستای سازمان‌دهی سیاست مطابق منافع خود داشتند، اما قواعد بازی همواره توسط شریعت تعیین می‌شد و اقتدار عالی حقوقی در اختیار آن بود؛

چهارم، شریعت نظامی با ریشه مردمی بود که از جهان اجتماعی نشئت گرفته و در چارچوب آن اعمال می‌شد. (نظام از پایین به بالا) حقوق اسلامی از خلال سازوکار غیر-سلسله‌مراتبی و عامیانه جامعه مدنی عمل می‌کرد و بنابراین آفریننده جوامع خودحکمران بود. در برابر، قانون دولت مدرن از یک ارتفاع مرکزی روبه پایین که ابتدا ریشه در قدرت





بزرگ دستگاه دولت داشته و از آن پس به افراد برساننده نظم اجتماعی گسترش یافته است، اعمال می شود؛

ششم، هدف قانون در نظام حقوقی مدرن، همگن سازی^۱ جامعه از طریق کاربرد کنترل، انضباط و تنبیه در راستای ایجاد شهروندان کارا و مؤثر است؛ اما حقوق اسلامی هرگز درگیر تولید شهروندان نیست و در نتیجه فاقد انحصار خشونت است؛ دغدغه اصلی حقوق اسلامی، متعالی و غیرجبری است و اگر حقوق اسلامی درگیر اختلافات واقعی شده، سعی کرده است تا آن‌ها را با کمترین استفاده از ابزار قهرآمیز اجتماعی در دسترس حل کند.

افزون بر این، اسلوب حقوقی دولت مدرن، کدیفیکاسیون (به معنای وضع قانون) است؛ روشی که حاوی تحت کنترل درآوردن هوشیارانه ابزار خاص حکمرانی است. کدیفیکاسیون یک انتخاب عامدانه برای کاربرد قدرت حقوقی و سیاسی است. (Hallaq, 2009 (B):165) کدهای قانونی می خواهند جایگزین همه عرف‌های ناسازگار و قوانین پیشین شوند. این جایگزینی ماهیت تمامیت خواهانه دارد؛ چراکه همه بایسته‌های جامعیت و انحصار را به کار می بندد. اصلی ترین شناسه برساننده کد قانونی، ظرفیت آن در ایجاد یگانگی^۲ در جامعه است؛ این شناسه در کنار اصول اخلاقی مبتنی بر همگن سازی در مدرنیته جهانی قرار می گیرد.^۳ مختصراً ویژگی‌های کد قانون می تواند به این شکل بیان شود: نظام مند بودن، وضوح و روشنی داشتن، منطقی و عقلایی بودن، سهولت در دسترسی

فصلنامه پژوهش حقوق تطبیقی و مردم‌نگار حقوقی - شماره اول - بهار ۱۳۹۷

1 Homogenizing

2 Uniformity

۳ باید به این نکته توجه داشت که در اروپا نیز قبل از ظهور دولت مدرن و ابزار کدنویسی آن، شاهد حاکمیت حقوق متکثر کلیسایی و عرف‌های محلی بوده‌ایم و اصولاً شأن تقنین از آن حاکم سیاسی تلقی نمی شده و پادشاه فقط نقش حفظ عرف‌ها و سنن را داشته است؛ در واقع، با نظریه پردازای افرادی مانند ژان بدن و هابز، و ظهور ایده "حاکمیت"، تقنین در انحصار حاکم قرار گرفت؛ برای بررسی بیشتر، نک: زولر، الیزابت، (۱۳۸۹ش)، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه سید مجتبی واعظی، تهران: انتشارات جاودانه، چاپ اول، صص ۶۱-۴۷.





و انتزاعیت. بیشتر این ویژگی‌ها از نظر حَلَّاق در تقابل با حقوق اسلامی قرار دارند. توضیح آن که حقوق اسلامی مبتنی بر همکاری قوانین عرفی و حکومتی است. در هیچ کجا حقوق اسلامی به صورت انحصاری اعمال نشده است و همه جا با حقوق عرفی درهم تنیده است. حقوق اسلامی خود را به مثابه دارنده اقتدار انحصاری که می‌خواهد جایگزین سایر حوزه‌های دارای اقتدار شود، ارائه نکرده است. حقوق اسلامی، نظام‌مند نیست؛ این نظام حقوقی دارای ماهیت فردگرایانه و هرمنوتیکی است. برخلاف کدهای قانونی که دارای شفافیت بوده و از سهولت دسترسی برخوردار هستند، حقوق اسلامی تا حد زیادی مبهم و پیچیده است. حقوق اسلامی فاقد یکپارچگی درونی^۲ است؛ چراکه تکثرگرایی اجتهادی ویژگی برساننده آن است. این تکثرگرایی در برابر همگن‌سازی قرار می‌گیرد. سرشت اعلامی^۳ کد قانونی و هم‌چنین یکپارچگی ذات و اثر حقوقی آن است که آشکارکننده یک اراده معطوف به قدرت بوده که از مناصب بالاتر دولت مدرن نشئت می‌گیرد. در مقابل، در حقوق اسلامی چنین اراده معطوف به قدرتی جز در سطح انتزاعی یعنی سطح متافیزیکی و الهیاتی نمی‌تواند وجود داشته باشد. (Hallaq, 2009 (C):366-369)

با توجه به دلایل پیش گفته، حَلَّاق ادعا کرده است که پیدایش دولت مدرن، طلیعه مرگ شریعت بوده و از حدود یک سده پیش حقوق اسلامی جایگاه برتر پیش‌مدرن خود را از دست داده است. نیروی پس‌پشت دگردیسی شریعت در دولت مدرن، تمرکزگرایی، کدیفیکاسیون، دیوان‌سالاری و یکپارچه‌سازی بوده است. (Hallaq, 2009 (B):168) به نظر او آن‌چه از حقوق اسلامی باقی مانده تنها پوسته‌ای بیش نیست و تمامی حوزه‌های قانونی با اقتدار رقیب اروپایی، یعنی نظام حقوقی مدرن جایگزین شده است. بر این بنیاد، برای حَلَّاق دست‌آخر حقوق اسلامی مدرن ممتنع است و کوشش‌هایی که اندیش‌ورزان مسلمان مدرن و برخی دولت‌های اسلامی در راستای احیای حقوق اسلامی در دوران مدرن

۱ لازم به ذکر است که حَلَّاق نظام‌های حقوقی کامن‌لا را از این صورت‌بندی مربوط به کدیفیکاسیون استثنا کرده است. البته وی مدعی است نظام حقوقی پیش‌گفته تقریباً از سوی هیچ‌یک از کشورهای مسلمان مورد استفاده قرار نگرفت. (Hallaq, 2009 (C):367)

2 Internal Uniformity

3 Declaratory





صورت داده‌اند، ره به جایی نبرده است. نیروی موجود در تحلیل‌های وی را نمی‌توان نادیده انگاشت. بی‌شک بخش قابل توجهی از دیدگاه‌های حلاق به راحتی قابل مناقشه نیستند. با وجود این، نوشتار حاضر کوشش خواهد کرد تا افقی را ترسیم کند که از آن بتوان به امکان حقوق اسلامی مدرن اندیشید. این مهم از طریق مناقشه در دو انگاره اساسی حلاق صورت می‌پذیرد: چالش در ادعای قرار داشتن امر سیاسی در کانون دولت مدرن و هم-چنین استقلال حقوق اسلامی از امر سیاسی.

۵. حاکمیت محدود؛ امر سیاسی تابع امر حقوقی

به نظر می‌رسد درنگ در نگره جان لاک، بینشی از بنیاد ناهمسان با آنچه هابز و اشمیت از دولت مدرن به دست داده‌اند و حلاق نیز بدان پایبند است، به ارمغان می‌آورد؛ گوهر حاکمیت نزد لاک که به طرح اندیشه حاکمیت محدود و مردمی منجر شده، به حمایت و پشتیبانی از حقوق طبیعی افراد بازمی‌گردد. (لاک، ۱۳۹۲: ۲۶۹) پس دلیل وجودی دولت، حفاظت از حقوق افراد است، بدان گونه که مشیت خداوند آن را تعیین و قانون آن را تصویب کرده است. (هلد، ۱۳۹۴: ۱۶۳) در ساختار اندیشگی لاک، قرارداد اجتماعی قراردادی حداقلی است به گونه‌ای که مردم حداقل لازم از آزادی خود را برای برپایی جامعه مدنی به حاکمان می‌سپارند؛ پیامد چنین وضعی آن است که حداکثر آزادی برای مردم باقی می‌ماند و اختیارات محدود به حاکمان داده می‌شود؛ (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۱۱۸) این اختیار خود را به مثابه حق داوری حکومت نمایان می‌سازد تا در هنگامه نقض حقوق افراد، به قضاوت میان آن‌ها بنشیند. آنچه باید در این زمینه یادآور شد آن است که چستی کنش تعیین حکومت به سان داور، نه نوعی واگذاری مطلق حاکمیت بدان، بلکه از گونه امانت‌داری و نگهداری است و بر همین بنیان به نظر می‌رسد که نمی‌توان حکومت را مالک حقیقی حاکمیت دانست. (اسکینر، ۱۳۸۱: ۱۹۲) بدین ترتیب، در نگره لاک، حکومت هم‌چون ابزار ساده‌ای است که افراد به وسیله آن از زندگی، آزادی‌ها و اموال خود نگهداری می‌کنند. وی تصویری محدود و نه مطلق از حاکمیت فراهم می‌آورد؛ دولت لاک مانند لویاتان هابز قدرت بی‌کران و بدون تعهدی نیست، نماینده ساده جامعه است که اقتدارش به وظیفه تضمین مالکیت‌های مردم محدود است و اگر آسیبی به آن‌ها





برساند، اقتدار خود را از دست می‌دهد و حق ایستادگی مردم را به جان می‌خرد. (اوزر، ۱۳۸۶: ۱۱۴)

پرهیز لاک از واگذاری حاکمیت مطلق به دولت با نسبت دادن ظرفیت اخلاقی به انسان صورت می‌گیرد. ظرفیتی که از طریق آن انسان، قانونی از طبیعت را کشف و بر پایه آن کنشگری می‌کند که اجازه آسیب رساندن و ولایت بر دیگران را نمی‌دهد. می‌توان ادعا کرد که وی انسان را عضوی از یک سازگان اخلاقی و تابع قانون اخلاقی می‌دانست و به همین ترتیب، سازوکار اقتدار برآمده از اجتماع آن‌ها را نیز اخلاقی پنداشت. بر همین شالوده، «نکته مهم در نظریه لاک»، پی بردن او به این امر است که انسان موجودی اخلاقی است و بنابراین به عقیده او دولت باید نهادی اخلاقی باشد. او این بینش را به صورت مبهم در نظریه مربوط به قرارداد اجتماعی بیان می‌دارد. (جونز، ۱۳۵۸: ۲۸۵) در این خوانش از حاکمیت، دولت از طریق برخی حدود اخلاقی و حق‌های سرشتین بشر محدود و مشروط می‌گردد. در حقیقت، مهم‌ترین دلیلی که وجود دولت را توجیه می‌کند، پشتیبانی دولت از نظام حقوق بشر است؛ یعنی نهاد دولت گویی در پهنه واقعیت این جهان نماینده آن گستره آرمانی است که به موجب تبیین لاک، قواعد اخلاقی بر آن حاکم است. (جونز، ۱۳۵۸: ۲۵۸) چنین دیدگاهی تا حدی زیادی شبیه آن چیزی است که کانت در امر مطلق بیان داشت و انسان را غایت در خویشتن دانست. اندیشه کانت نیز تا میزان زیادی می‌تواند برداشتی از حاکمیت و دولت را نمایان سازد که با نگره‌ها بزی تفاوت داشته باشد. از نظرگاه کانت، تنها آزادی به‌عنوان یک حق فطری و مبنایی برای دولت وجود دارد. آزادی به مفهوم کانتی آن تنها حق اولیه‌ای است که تا زمانی که با آزادی دیگران در چارچوب یک قانون فراگیر سازگار باشد، به انسان به دلیل انسان بودنش تعلق می‌گیرد. آن نوع آزادی که کانت در فلسفه سیاسی خود متفطن آن می‌گردد، آزادی عمل فردی است. با این وصف، کلیت آزادی سیاسی با آزادی استعلایی پیوند دارد. از آن‌جا که هر انسانی به‌واسطه عاقل بودن از آزادی استعلایی برخوردار است، آزادی انتخاب یک صفت کلی بشری است. (Rauscher, 2007) این مفهوم بنیادین از آزادی، نه تنها لازمه استقلال و برابری افراد، بلکه پیش‌نیاز ضروری تأسیس دولت و کاربست حاکمیت به روشی برحق و مشروع است. هم‌چنان که قاعده بنیادین آزادی سازگار با آزادی دیگران در چارچوب



قانونی فراگیر، پیش‌هنجار تمامی هنجارهای حقوق بشری است. بدین ترتیب، نه تنها دولت واضع قاعده آزادی نیست، بلکه هر دولتی ضرورتاً باید مطابق آن تشکیل شود. در این برداشت، رعایت حق‌ها و آزادی‌های شهروندان مبنای حقانیت دولت و شرط امکان آن است، نه آن که تضمین آن‌ها، یکی از کارکردهای دولت باشد.

باید دانست وجه تفاوت مهم دولت‌ها بزی و کانتی در تصویری است که این دو از انسان ارائه می‌دهند؛ «در بنیاد طرح هابز، آدمی طبعی خشونت‌طلب، خودخواه و تمامیت‌خواه دارد. در نتیجه چنین تصویری از انسان، نظامی سیاسی و حقوقی ناشی خواهد شد که عمده کارکرد آن کنترل انسان است؛ اما انسان از نظرگاه کانت، اولاً اخلاقی، ثانیاً طالب خیر مشترک و ثالثاً همه به صورت برابر دارای شأن و منزلت انسانی هستند که این شأن و منزلت در عقل خودبنیاد تجلی می‌یابد.» (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۳۷-۳۶) آزادی اشخاص در توانایی آنان برای عمل معطوف به آینده درون قیدوبندهای حکم مطلق به عنوان اصل برین اخلاق نهفته است؛ اما در گزارش هابزی هیچ انگاره خودبازدارندگی اخلاقی تعبیه نشده است. بدین ترتیب، به نظر می‌رسد برداشتی که کانت از دولت حاکم به پیش می‌نهد، دارای سرشتی اخلاقی است که در آن شهروندان غایت بالذات هستند نه وسیله تحقق اهداف دولت. جوهره اندیشه سیاسی کانت همانند فلسفه اخلاق او به همین غایت‌مندی انسان ختم می‌شود. هدف دولت کانتی، نه صرفاً برقراری امنیت، بلکه ایجاد جامعه اخلاقی متشکل از افراد آزاد است. دولت کانتی خود، هدف نیست، بلکه نه تنها ابزار تحقق آزادی و حق‌های بشری است، خواستار تحکیم نظامی از عدالت است که از طریق آن اصل آزادی برابر فعلیت پیدا می‌کند. پس دولت حاکمیت خود را در راستای تحقق حق ذاتی آزادی بیرونی (خودآئینی) بکار می‌گیرد. (پولادی، ۱۳۸۰: ۲۴۲ و ۲۵۳) چنین دولتی تحت عنوان دولت حقوق بشری ترسیم شده است که دولت آزادی است و هدف آن ایجاد جامعه‌ای است که افراد در آن، آن‌گونه که می‌خواهند، بزیند. اقتدار اخلاقی این دولت نشئت گرفته از اراده آزاد شهروندان است. فلسفه نوکانتی که بر بازسازی سازگان اندیشگی کانت استوار است، درباره دولت دارای دیدگاه‌هایی است که خوانش اشمیتی دولت (بخوانید روایت حلاقی) در نقطه مقابل آن‌ها قرار می‌گیرد. به صورت کوتاه، فلسفه نوکانتی بر آن است که جوهره نظریه کانت مبتنی بر وجود شرایطی است که در آن خرد





آدمی در شکل اراده محض، می‌تواند به صورت خودسالار اصول اخلاقی و یا حتی حقوقی الزام آور عام‌الشمول را استنتاج کرده و برای توجیه و توضیح کنش‌های خود بکار گیرد. بر همین شالوده، نظم سیاسی مشروع نظم است که صورتی عام و انضمامی به اصول حقوقی اتخاذ شده توسط آگاهی خودآئین، ببخشد. سویه سیاسی این فلسفه در مفهوم اخلاقی دولت قانون‌مدار به اوج خود رسید که بر پایه آن دولت تنها زمانی می‌تواند مشروع قلمداد شود که نمایانگر و واضع اصول بنیادین فراگیری باشد که از طریق آن‌ها خرد آدمی خودآئینی اخلاقی خود را حفظ می‌کند. (Seitzer & Thornhill, 2008:4) در برابر، اما نظرگاه‌های سیاسی و حقوقی اشمیت دارای ابعاد جامعه‌شناختی و برخلاف فهم نوکانتی-هاست که فرآیندهای اجتماعی را در چارچوب‌های هنجاری و عام‌الشمول تفسیر می‌کنند. از دیدگاه اشمیت، نهادهای حقوقی را نمی‌توان هم‌چون مظاهر گرایش‌های اخلاقی عام، فرآیند استنتاج بخردانه و یا صرفاً بر پایه تحلیل ناب حقوقی و یا اخلاقی، مورد بررسی قرار داد.

باری، به نظر می‌رسد خوانش نوکانتی از دولت، امر سیاسی را در حاشیه و تابع امر حقوقی و امر اخلاقی قرار می‌دهد. در این انگاره، نمی‌توان همانند آنچه حلاق به تأسی از اشمیت ادعا کرده است، دولت را فراتر از قانون و قادر مطلق دانست. برعکس، دولت مادون قانون قرار می‌گیرد و علت وجودی آن رعایت هنجارهای حقوقی مبتنی بر حمایت از حقوق و آزادی‌های اشخاص است. چنین برداشتی از دولت مدرن، می‌تواند امر حقوقی و حاکمیت قانون را به کانون دولت مدرن بازگرداند و به‌سان آنچه حلاق در خصوص حکمرانی اسلامی از حاکمیت قانون واقعی سخن رانده است، از حاکمیت قانون و نه حاکمیت دولت در مدرنیته سراغ گرفت. هرچند تمسک به این برداشت به معنای کم‌اهمیت بودن امر سیاسی در دولت مدرن نیست، بلکه نمایانگر اقتدار نهایی هنجارهای قانونی و اخلاقی بر سیاست است. بدیهی است که تنها همدلی با قرائت نوکانتی از دولت مدرن برای گشایش افق حقوق اسلامی مدرن کافی نخواهد بود، چراکه وجه دیگر این مسئله یعنی حقوق اسلامی و یا به‌طور کلی شریعت، مستلزم خوانشی است که آن را از توصیفات و



تحلیل‌های مطلق‌گرا خارج ساخته و نسبت آن را با امر سیاسی در چارچوبی واقع‌گرایانه‌تر تبیین کند.



۶. شریعت و دستگاه حکمرانی؛ دیالکتیک امر حقوقی و امر سیاسی

مشکل بنیادین روایت حلق از حقوق اسلامی برداشت کاملاً غیرسیاسی از آن است؛ در واقع، وی نهادهای سیاسی تاریخی یا نخبگان حاکم را به‌عنوان اموری بیرونی نسبت به حقوق اسلامی قلمداد می‌کند. (Fadel, 2011:115) اما باید دانست نظام حقوق اسلامی هم برسازنده حکمرانی و هم برساخته شده از آن است؛ پس حقوق اسلامی نه جدای از نظم سیاسی است و نه کاملاً قابل‌فروکاستن به امر سیاسی. (Emon, 2012: 53) رابطه متقابل سازنده میان امر حکمرانی و شریعت از نظر فقهای پیش‌مدرن (همانند ماوردی) نیز نادیده انگاشته نشده بود. آن‌ها این امر را شناسایی کرده بودند که حکمرانی نیازمند چارچوبی برای ارزیابی نتایج و پیامدهاست. این چارچوب ارزشگذارانه توسط هنجارهایی جوهری برساخته شده که جامعه سیاسی را یکپارچه می‌سازد و در چشم‌انداز امر حکمرانی آن سهیم است. زبان آن ارزش‌های گوهری از خلال زبان قانون مورد پادرمیانی قرار گرفته و به نام شریعت توجیه شده است. (Emon, 2012: 53) سیاست‌شرعی به‌مثابه ابزاری منعطف و عمل‌گرا در شریعت که در کل در جهت حکمرانی خوب در مواردی که به‌ویژه قواعد شرعی دارای کمبودهایی است، به‌کار می‌رود، نمایانگر گونه‌ای از صلاحیت اختیاری قانون‌گذاری برای دستگاه حکومت است که میان بایسته‌های حقوق اسلامی و تقاضاهای عملی حکمرانی هماهنگی برقرار می‌کند. این نهاد، به‌خوبی دیالکتیک میان امر حقوقی و امر سیاسی را نشان می‌دهد. (Kamali, 2008:225) هم‌چنین باوجود تکرار مداوم اجتناب‌پرهیزکارانه فقها و علمای حقوق اسلامی از دستگاه حکمرانی، اما بسیاری از آنان در جایگاه‌های رسمی حکومتی به ارائه خدمت عمومی پرداخته‌اند. (دست‌کم در میان اهل سنت افرادی نظیر ابویوسف و الشیبانی دارای مناصب عالی دولتی بودند). بر این آئین، با توجه به گرایش بسیاری از فقها برای پذیرش موقعیت‌های سیاسی برجسته، توصیف حلق از فعالیت فقهی به‌مثابه امری خصوصی و بدون ارتباط با دولت، مناقشه‌انگیز به نظر می‌رسد.

فصلنامه پژوهش‌های حقوقی و حقوق‌تاریخی، سال پنجم، شماره اول - بهار ۱۳۹۷





نباید فقها را از بافتار و چارچوب سیاسی که در آن می‌زیستند، منفک دانست. ممکن است فقها قانون را در چارچوب دیدگاه ایده‌آل یا هنجاری از یک نظام حاکم مورد بحث قرار داده باشند، اما این بدان معنا نیست که آنان از اثری که نهادهای حکمرانی می‌توانستند بر فهم‌پذیری آموزه‌های حقوقی و اختلافات میان آن‌ها داشته باشند، غافل بودند. پس فقها هنگام ایجاد آموزه‌های حقوقی‌شان، از وجود سازمان و تقاضاهای جامعه سیاسی آگاه بودند. شکاف ادعایی شسته‌ورفته میان فقها و نخبگان حاکم لکه‌دار و تار بوده است. قلمرو فعالیت آن‌ها ضرورتاً با یکدیگر هم‌پوشانی داشت. نه تنها فقها مناصب دولتی را تقبل کردند، بلکه به هنگامه ایجاد آموزه‌های فقهی و حقوقی‌شان، واقعیت آن مناصب حکومتی را پذیرفته و در نظر گرفتند. اگر نه ساده‌لوحانه اما بسیار ساده‌انگارانه است که ادعا شود شریعت و سیاست همیشه از هم منفک بودند یا می‌توانند باشند. (Emon, 2012:72-75) به عبارت دیگر، هر چند تفکیک حقوق فقها از اقتدار سیاسی که توسط جامعه مؤمنان مورد تبعیت قرار می‌گرفت، بر سازنده جوهر تعیین‌کننده و غیر قابل‌تغییر کل اسلام است و هر چند درست است گفته شود که در بیشتر زمان‌ها و مکان‌ها نهادها و رویه‌های شریعت مسلمانان جهان علمامحور بود و این دیدگاه را حفظ می‌کرد که قانون دارای ریشه الهی است و دولت نمی‌تواند در این باره قانون‌گذاری کند، اما چنین خصیصه‌ای با گستره گونه-گونی از نهادها و روابط دولت-جامعه دارای ارتباط بود، به طوری که اهمیت آن را دگرگون می‌ساخت. بسیاری از قواعد حقوقی، نهادها و رویه‌هایی که از دولت و جامعه ریشه می‌گرفتند، با شریعت و نهادهای آن همزیستی و تعامل داشتند. مفاهیم شریعت و واژگان آن تا آنجا توسعه یافته بودند که همه رویه‌های بالفعل در دولت و جامعه را پوشش می‌دادند. (Zubaida, 2005:79)

افزون بر این موارد، ادعای حلاق مبنی بر فقدان تمایز میان امر اخلاقی و امر حقوقی در حقوق اسلامی بر این پیش‌فرض نادرست استوار است که مشروعیت حقوق اسلامی پیش-مدرن کاملاً ماهوی بوده و تمایزی میان هنجارهای آن بر مبنای هر معیار رسمی و شکلی وجود ندارد؛ بنابراین، چنین نظام حقوقی نمی‌تواند تفکیکی داخلی میان هنجارهایی که از طریق کاربست خشونت و اجبار دولتی اجرا می‌شوند و آن دسته از قواعدی که این گونه



نیستند، ایجاد کند؛ اما این واقعیت که فقهای مسلمان علاوه بر احکام تکلیفی پنج‌گانه، دسته دیگری از احکام که اصطلاحاً احکام اثباتی و وضعی نامیده می‌شود، ایجاد کرده‌اند خود دلیلی است بر این که آن‌ها به تمایز میان قواعد اخلاقی و قواعدی که در یک نظام قضایی اعمال می‌شود، آگاه بوده‌اند؛ نکته‌ای که حلاق از آن عبور کرده است. احکام اثباتی اسلامی از احکام تکلیفی پنج‌گانه متفاوت است؛ چراکه این احکام مربوط به رفتار بشر نبوده و بر این اساس فاقد عنصر اخلاقی احکام تکلیفی هستند؛ این احکام تنها مربوط به نتایج عینی اعمال بشر در چارچوب نظام عمومی حق‌های قانونی می‌شوند. بر این اساس، به صورت کارکردی فقهای مسلمان از طریق تمایز میان قواعد مربوط به تکلیف و قواعدی که نتایج آن رفتار را تعیین می‌کنند، تفکیکی میان احکام ناظم اخلاقیات افراد و قواعدی که زندگی دنیوی آن‌ها را تنظیم می‌کند، شناسایی کرده‌اند. یکی از نمونه‌های چنین تمایزی به مسئله تعهد مادر به پرستاری از نوزاد خود در فقه حنفی بازمی‌گردد. برای حنفی‌ها، چنین قاعده‌ای به‌مثابه موضوع مراقبه دینی محسوب می‌گردد، اما به لحاظ قضایی، این قاعده قابل اجرا نیست. حنفی‌ها استدلال می‌کنند که دادگاه نمی‌تواند این قاعده را اعمال کند؛ چراکه مادر ممکن است دلیل مشروعی برای معاف کردن خود از انجام این وظیفه داشته باشد. از سوی دیگر، اگر مادر مدعی پرداخت هزینه پرستاری و مراقبت شود، دادگاه می‌تواند او را مجبور به مراقبت از نوزاد خود کند. در این شرایط ادعای او برای دریافت هزینه، اعتراف مؤثر به این امر است که او قادر به انجام تعهد بوده است و بنابراین، مانع از ادعای هم‌زمان او برای متعذر بودن انجام تکلیف می‌شود. -Fadel, 2011:118 (120) با توجه به توضیحات این واپسین بخش از نوشتار حاضر، به نظر می‌رسد حلاق به میزان اغراق آمیزی بر دیالکتیک امر حقوقی و امر اخلاقی در حقوق اسلامی اصرار ورزیده و حوزه‌های مبتنی بر تفکیک آن‌ها را نادیده انگاشته است. البته باید دقت داشت که با ذکر چنین مواردی نمی‌توان از چالش تفکیک‌ناپذیری اخلاق و حقوق در شریعت اسلامی در بسیاری حوزه‌ها به‌سادگی عبور کرد؛ در این جا هدف صرفاً نشان دادن این مسئله بود که حلاق بیش از اندازه بر این تفکیک‌ناپذیری تأکید کرده است؛ در هر روی، بحث در این خصوص با توجه به لایه‌های ژرف آن، مجال دیگری را طلب می‌کند. هم‌چنین وائل حلاق





از دیالکتیک امر حقوقی و امر سیاسی در این نظام حقوقی غافل بوده و فراتر از حد، بر جدایی میان آنها تأکید ورزیده است. باید دانست کل ساختار شریعت و حقوق اسلامی منظومه پیچیده‌ای است که نمی‌تواند بر بنیاد دوگانه‌سازی‌های ساده و مطلق و قرار دادن آنها در چارچوب تعامل و یا تمایز داوری شود. واقعیت آن است که امر حقوقی، امر اخلاقی و امر سیاسی در شبکه پیچیده‌ای از برهم‌کنش‌های متقابل به بساخت حقوق اسلامی و کاربست آن در سده‌ها یاری رسانده‌اند. باری، میزان اثرگذاری یا اثرپذیری هر یک از این حوزه‌ها از یکدیگر می‌تواند متفاوت و ناهمسان باشد؛ امری که نسبت به واقعیت روابط متقابل میان آنها، اهمیتی دست‌دوم دارد.

تذکره: اشاع حقوق اسلامی مدرن

نتیجه‌گیری

نیروی پس‌پشت استدلال‌های حلق را در راستای نشانیدن شریعت بر جایگاهی به مراتب مستحکم‌تر و حقیقی‌تر نسبت به نظام‌های حقوقی مدرن که با استفاده از ادعاهایی چون برتری حاکمیت حقوق اسلامی بر حاکمیت قانون در مفهوم غربی آن صورت پذیرفته است، به سادگی نمی‌توان به عقب راند. نظریات وی البته برای دل‌بستگان به مدرنیته و نظام حقوقی آن نیز حاوی بصیرت‌های بسیاری است به گونه‌ای که با قدرتی اعجاب‌انگیز کلیشه‌های آنان را درباره حقوق اسلامی در هم می‌شکند. تسلط مثال‌زدنی حلق بر تاریخ فقه و اصول فقه از یک سو و چیره‌دستی وی در فلسفه سیاسی و گفتمان حقوقی غرب از سمتی دیگر، بی‌شک وی را از سایر اندیشه‌ورزان حقوق اسلامی در دوران کنونی متمایز ساخته است. جوهر استدلال حلق بر پنداشت امر اخلاقی در کانون حقوق اسلامی و امر سیاسی در مرکز دولت مدرن و نظام حقوقی آن است. از منظر وی، حقوق اسلامی و حقوق مدرن دارای دو نظام معرفت‌شناختی و متافیزیکی متفاوت از یکدیگر هستند که آن‌ها را فرسنگ‌ها از هم دور ساخته است. بر این اساس و با توجه به غلبه جهانی مدرنیته و دستاوردهای حقوقی و سیاسی آن، حقوق اسلامی در دوران مدرن دچار بحران معرفت-شناختی لاینحل گردیده است به طوری که مسلمانان قادر نخواهند بود جهان اخلاقی حقوقی پیش‌مدرن خود را در دوران مدرن بار دیگر بازسازی کنند و بنابراین به ناچار باید در یک





وضعیت خسران همیشگی بزنند. پس، از نگاه حلق حق حقوق اسلامی مدرن (و البته دولت مدرن اسلامی) ممتنع است. باری، با وجود همه نیرومندی موجود در نظریات حلق، اما به نظر می‌رسد برداشت وی از دولت مدرن و حقوق اسلامی دچار گونه‌ای بدفهمی از این مفاهیم است. تمسک به برداشتی تمامیت‌خواهانه از دولت مدرن و ادعای حاکمیت بی‌چون و چرای اراده دولت، نادیده انگاشتن جنبه‌های حقوقی و اخلاقی حاکمیت و تبعیت امر سیاسی از امر حقوقی و به‌ویژه دست کم گرفتن نیروی موجود در پس ادعاهای مبتنی بر محدودیت قدرت سیاسی از طریق رعایت حق‌های اخلاقی است. از سوی دیگر، اصرار بر آمیزش امر حقوقی و امر اخلاقی در نظام حقوقی اسلام و استقلال تام آن‌ها از امر سیاسی، روایتی اسطوره‌ای، ساده‌انگارانه، ایده‌آل و مطلق از تاریخ شریعت اسلامی است. توجه بسنده به شواهد تاریخی و تجربی مبتنی بر تعامل میان حقوق اسلامی و دستگاه حکومت، بی‌تردید می‌تواند استفاده از ظرفیت‌های حقوق اسلامی را در همزیستی با حکمرانی مدرن افزایش دهد. تاریخ شریعت نشان می‌دهد که حقوق اسلامی در گرانیگاه دیالکتیک میان امر حقوقی و امر سیاسی قرار داشته است. همین وضعیت را می‌توان درون دولت‌های مدرن کنونی نیز سراغ کرد. در واقع، حقوق اسلامی می‌تواند در کنار تکثر حقوقی موجود در نظام‌های سیاسی کنونی نقش قابل توجهی در برساختن نظام حقوقی و مشروعیت آن ایفا کند. گستره اثرگذاری حقوق اسلامی گرچه می‌تواند مورد اختلاف باشد، اما در اصل این اثرگذاری نمی‌توان تردید روا داشت.

فصلنامه پژوهش حقوق اسلام و غرب - سال پنجم - شماره اول - بهار ۱۳۹۷

منابع

- اسکینر، کوئنتین، ۱۳۸۱ش، دولت در فلسفه سیاسی معاصر، دفتر یکم، دولت و جامعه، گردآوری از رابرت گودین و فیلیپ پتیت، ترجمه موسی اکرمی، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چ ۱.
- استریر، ژوزف، ۱۳۹۵ش، تاریخ دولت مدرن در قرون وسطی، ترجمه حسین بادامچی، تهران، نشر نگاه معاصر، چ ۱.





- ۳) اشمیت، کارل، ۱۳۹۳ش، مفهوم امر سیاسی، ترجمه یاشار جیرانی و رسول نمازی، تهران، انتشارات ققنوس، چ ۱.
- ۴) اوزر، آتیلا، ۱۳۸۶ش، دولت در تاریخ اندیشه غرب، ترجمه عباس باقری، تهران، نشر فرزانه، چ ۱.
- ۵) پوجی، جانفرانکو، ۱۳۷۷ش، تکوین دولت مدرن (درآمدی جامعه‌شناختی)، ترجمه بهزاد باشی، تهران، نشر آگه، چ ۱.
- ۶) پولادی، کمال، ۱۳۸۰ش، از دولت عقل تا دولت اقتدار در فلسفه سیاسی مدرن، تهران، نشر مرکز، چ ۱.
- ۷) جونز، ویلیام تامس، ۱۳۵۸ش، خداوندان اندیشه سیاسی، ترجمه علی رامین، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چ ۱، ج ۲.
- ۸) حلاق، وائل، ۱۳۹۵ش، تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، چ ۴.
- ۹) ساخت، ژوزف، ۱۳۸۸ش، مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی، ترجمه محمدعلی مرادی‌بنی و احمدرضا خواجه‌فرد، تهران، نشر دادگستر، چ ۱.
- ۱۰) زولر، الیزابت، ۱۳۸۹ش، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه سید مجتبی واعظی، تهران، انتشارات جاودانه، چ ۱.
- ۱۱) شحاته، شفیق، ۱۳۸۲ش، حقوق اسلامی در خاورمیانه، ترجمه سیدمحمد علوی، تهران، نشر سمت، چ ۱.
- ۱۲) قاری سیدفاطمی، سید محمد، ۱۳۹۰ش، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۳.



- ۱۳) کرون، پاتریشیا، ۱۳۹۴ش، تاریخ اندیشه سیاسی در اسلام، ترجمه مسعود جعفری، تهران، انتشارات سخن، چ ۲.
- ۱۴) لاک، جان، ۱۳۹۲ش، دو رساله حکومت، ترجمه فرشاد شریعت، تهران، نشر نگاه معاصر، چ ۱.
- ۱۵) لاگین، مارتین، ۱۳۸۸ش، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، چ ۱.
- ۱۶) هابز، توماس، ۱۳۸۱ش، لویاتان، ترجمه حسین بشیریه، تهران، نشر نی، چ ۲.
- ۱۷) هلد، دیوید، ۱۳۹۴ش، شکل گیری دولت مدرن، ترجمه عباس مخبر در درآمدی بر فهم جامعه مدرن، کتاب یکم: صورت بندی های مدرنیته، ویراسته استوارت هال و برم گین، ترجمه محمود متحد و دیگران، نشر آگه، چ ۲.

- 18) de Carvalho, B., (2016), "The Making of the Political Subject: Subjects and Territory in the Formation of the State", Theory and society, Volume 45.
- 19) Emon, A. M., (2012), "Shari'a and the Modern State", in Islamic Law and International Human Rights Law, edited by Anver M Emon, Mark S Ellis and Benjamin Glahn, Oxford University Press.
- 20) Fadel, M., (2011), "A Tragedy of Politics or an Apolitical Tragedy?", Journal of the American Oriental Society, 131.1.
- 21) Hallaq, W., (2003-2004), "Juristic Authority vs. State Power: The Legal Crises of Modern Islam", Journal of Law and Religion, Vol. 19, No. 2.
- 22) Hallaq, W., (2004), "Can the Shari'a be Restored? ", in Islamic Law and the Challenges of Modernity, Edited by Yvonne Yazbeck Haddad & Barbara Freyer Stowasser, Altamira Press.
- 23) Hallaq, W., (2005), The origins and evolution of Islamic law, Cambridge University Press.
- 24) Hallaq, W., (2007), "What is Shari'a?", Coulson Memorial Lecture, Available at:
https://www.academia.edu/11170698/_What_is_Sharia_



- 40) Schmitt, C., (2008) Constitutional Theory, Translated and edited by Jeffrey Seitzer, Duke University Press.
- 41) Seitzer, F., and Thornhill, C., (2008), "An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context", in: Schmitt, C., Constitutional Theory, Translated and edited by Jeffrey Seitzer, Duke University Press.
- 42) Steinberger, P. J., (2004), The Idea of the State, Cambridge University Press.
- 43) Zubaida, S., (2005), Law and Power in the Islamic World, I.B.Tauris & Co Ltd.



فصلنامه پژوهش‌های حقوق اساسی و فقه اسلامی - شماره اول - بهار ۱۳۹۷

