

دکتر عبدالرضا علیزاده*

زمینه‌های پذیرش رویکردی جامعه‌شناختی در حقوق اسلامی

چکیده:

پرسش اصلی این مقاله، آن است که آیا می‌توان در کنار حقوق‌شناسی الهیاتی و فلسفی، برای حقوق‌شناسی اجتماعی-حقوقی (جامعه‌شناختی) جایگاهی جدی و مشخص ترسیم کرد؟ با مطرح شدن بحث‌های جامعه‌شناختی در ایران، این پرسش به طور جدی قابل بررسی است که تا چه اندازه می‌توان ارادهٔ مردمان (جامعه) را در ایجاد و تحول قواعد و نهادهای حقوقی موثر دانست. پاسخ به این پرسش می‌تواند در آیندهٔ تحولات ایران بسیار موثر افتد و نیز بسیاری از رخدادهای پیشین را تبیین کند. البته اگر این پاسخ بخواهد سیر علمی و تحقیقی خود را طی کند، هرگز نمی‌تواند به صورت یک تجویز اجمالی و مبهم باشد، بلکه باید قدم به قدم با کاویدن عناصر نظری و مبانی به پیش رفت، تا سرانجام بتوان به پاسخی قابل فهم، روشن و قابل اجرا برای حقوق ایران دست یافت. این جستار، اندکی از این مسیر ناهموار، اجباری و غیر قابل بازگشت را طی کرده است و به دنبال یافتن پاسخ این پرسش که آیا می‌توان در حقوق ایران و بویژه حقوق اسلامی، دارای نوعی رویکرد اجتماعی (جامعه‌شناختی) به حقوق بود، در قلمرو علم کلام، علم اصول و فلسفه و علم فقه سیری کرده است و بر اساس نوعی معرفت‌شناسی حقوقی، پذیرش نوعی نظریهٔ اجتماعی-حقوقی یا حقوق‌شناسی جامعه‌شناختی (رویکردی جامعه‌شناختی به حقوق) را ممکن می‌داند، رویکردی که به طور کلی، ارتباط و همبستگی حقوق و جامعه، رابطهٔ دگرگونی اجتماعی و دگرگونی حقوقی، و نقش عوامل فراحقوقی و نیز ابزار بودن حقوق را برای دست یافتن به نظم و عدالت اجتماعی و حفظ و استقرار آن، به رسمیت می‌شناسد، هر چند قلمرویی از ارزش‌های مطلق که می‌تواند راهنمای نظام حقوقی جامعه باشد، نیز پذیرفته می‌شود.

واژگان کلیدی:

حقوق‌شناسی، حقوق‌شناسی جامعه‌شناختی، جامعه‌شناسی حقوق، رویکرد جامعه‌شناختی به حقوق، رویکرد اجتماعی-حقوقی، معرفت‌شناسی حقوقی، حقوق اسلامی.

*- استادیار حقوق پردیس قم دانشگاه تهران

بدین وسیله، مراتب حق‌شناسی خود را از استادان ارجمند جناب دکتر عزت‌الله عراقی و جناب دکتر نجاد علی‌الماسی به پاس همهٔ راهنمایی‌های ارزندهٔ آنان در این کار و همهٔ چیزهایی که از آنان آموختم، ابراز می‌دارم.

۱- آغاز نامه

تا پیش از دوران جدید اندیشه، برتری کامل با اندیشه‌های فلسفی بود^(۱) که در باب چیستی و چگونگی عالم و آدم بیندیشند و معما را توضیح دهند و حل کنند. با پیدایش اندیشه‌های اجتماعی (فلسفه اجتماعی، دیدگاه‌های مردم شناسانه و نظریه‌های جامعه شناختی) و روانشناختی به سیطره بلامنازع فلسفه و فیلسوفان پایان داده شد. بنابراین، می‌توان پذیرفت که در دوران‌هایی و در سرزمین‌هایی، حقوق‌شناسی، الهیاتی و فلسفی بود. چیستی حقوق، تکالیف آدمیان، تنظیم روابط، اثبات حقوق و اجرای ضمانت اجرا با اسناد و مدارک دینی توجیه می‌شد و در دوران‌ها و سرزمین‌هایی به واسطه عقل آدمی، از اواخر قرن نوزدهم و در پی انقلاب‌های صنعتی و علمی در اروپا، نگرش نوینی به تحلیل و بررسی روابط اجتماعی به وجود آمد، نگرشی که چون نظام‌های اجتماعی را نشأت یافته از زندگی اجتماعی می‌دانست، قوانین پیدایش و تحول این نظام‌های اجتماعی و از جمله نظام حقوقی را - روابط، قواعد و نهادها - در همان متن زندگی اجتماعی جستجو می‌کرد. بیش از یکصد سال بحث و مناقشه بر سر این موضوعات، اکنون دیگر نظریه‌های اجتماعی - حقوقی را به یک پختگی نسبی رسانده است.

در حقوق ایران، دیدگاه‌های گوناگونی وجود داشته است. ریشه‌های تاریخی اندیشه‌های حقوقی این سامان، علی‌الاصول منشأ احکام و قواعد حقوقی را در اراده الهی جستجو می‌کرد و مردمان را فقط اجراکننده آن احکام تمام‌عیار و جاویدان می‌دانست. با انتقال بحث‌های حقوقی و جامعه‌شناسی غربی به ایران، این بحث قابل طرح شده است که تا چه اندازه می‌توان اراده مردمان (جامعه) را در ایجاد و تحول قواعد و نهادهای حقوقی مؤثر و معتبر دانست. این پرسش، پرسشی بسیار مهم است که در آینده تحولات ایران می‌تواند بسیار مؤثر باشد. پاسخ گفتن به این پرسش اگر بخواهد یک سیر علمی و تحقیقاتی را طی کند، هرگز نمی‌تواند به صورت یک تجویز اجمالی و مبهم باشد، بلکه باید قدم به قدم با کاویدن عناصر نظری این مسأله به پاسخی قابل فهم، روشن و قابل اجرا برای حقوق ایران دست یافت.

در این مقاله، یکی از عناصر نظری نظریه‌ای که باید صورت‌بندی شود، این است که به لحاظ

۱- البته ما همانند اوگوست کنت نمی‌اندیشیم که اندیشه‌های دینی، فلسفی و علمی به نوبت در طول تاریخ، حکمرانی کرده‌اند و دست آخر نوبت به «علم» رسیده است، اما کسی که به تاریخ اندیشه‌ها مراجعه کند به یقین خواهد پذیرفت که در هر دوره‌ای، برتری با یکی از دیدگاه‌ها و گرایش‌ها بوده است. کتمان نمی‌توان کرد که پس از قرون وسطای غرب، نوبت به نوعی خردگرایی و خردمحوری رسید و آنگاه علم آمد و نشان داد که تصویر و تفسیر عقلی محض، کارساز نیست و باید به مطالعه واقعیت‌های زندگی نیز پرداخت.

مبانی حقوق ایران (علم کلام، علم اصول، علم فقه) آیا علی‌الاصول پذیرش رویکردی اجتماعی - حقوقی امکان‌پذیر است؟ اگر پاسخ مثبت باشد، چه نوع رویکردی قابل پذیرش است؟ پیشاپیش می‌گوییم که به نظر می‌رسد، امکان پذیرش رویکردی اجتماعی - حقوقی در حقوق ایران حتی با در نظر گرفتن مبانی حقوق اسلامی که در کتب معتبر موجود است، قابل اثبات است. نوع رویکردی که می‌توان با توجه به مبانی مسلم حقوقی، مذهبی، اخلاقی و فلسفی پذیرفت و براساس آن به تحقیقات اجتماعی و نظریه‌پردازی اجتماعی - حقوقی دست زد و امیدوارانه می‌گوییم که شرحی نوین و تحریری جدیدی برای بخش‌های گوناگون حقوق ایران تنظیم و تدوین کرد، نوعی رویکرد پوزیتیویستی هنجارین^(۱) است که ما آن را رویکرد واقع‌گرایانه اجتماعی - حقوقی در حقوق ایران^(۲) می‌نامیم و بنا داریم آن را صورت بندی، تدوین و از آن دفاع کنیم و وجود چنین دیدگاهی را برای رهایی و پویایی حقوق ایران گریزناپذیر می‌دانیم. در این جا، با توجه به فشردگی بحث برآنیم که تا حد امکان و به اجمال تمام، بررسی‌هایی را در حقوق اسلامی انجام داده و نشان دهیم که پذیرش رویکرد اجتماعی ممکن است. برای این کار نخست ناگزیریم به توضیحی درباره چستی رویکرد اجتماعی به حقوق پرداخته و با نشان دادن وجوه گوناگونی در خود این رویکردها، آشکار شود که پذیرفتن این رویکرد لزوماً به معنای این نیست که از یک سو، یکسره اراده الهی را در حقوق و زندگی حقوقی و اجتماعی انکار کنیم چنانچه برخی گمان می‌کنند - یا اینکه به نسبی‌گرایی افراطی قواعد و نهادهای حقوقی معتقد شویم، یا آنکه برای قانون‌گذاری مردم و حق مالکیت آنان بر سرنوشت خویش، هیچ مرزی نشناسیم، آشکار شود که فقط در افراطی‌ترین شکل پوزیتیویسم حقوقی و اجتماعی، چنین لوازم و پیامدهایی اجتناب‌ناپذیر است و در یک جمله، چنین نیست که پذیرش رویکرد اجتماعی به حقوق، با نفی همه اعتقادهای حقوقی این سرزمین همراه باشد، اما بدیهی است که باید برخی از عقاید ناصواب را کنار گذاشت و از پافشاری بر آنچه بنیان استواری ندارد، پرهیز کرد.

1- normative - positivist approach.

2- Socio-legal realistic approach in Iranian law.

۲- رویکرد اجتماعی به حقوق^(۱) چیست؟

بیش از یک قرن است که^(۲) مجموعه‌ای از اندیشه‌ها که بخشی از آنها را باید در فلسفه اجتماعی و بخشی دیگر را در حقوق‌شناسی اجتماعی و بخش سوم را در جامعه‌شناسی حقوق جای داد، مطرح شده‌اند و علی‌رغم گوناگونی در روش، هدف و موضوع اصلی مطالعه خود، به پیدایش و دگرگونی قواعد و نهادهای حاکم بر زندگی اجتماعی - حقوقی آدیان توجه کرده‌اند. کانون توجه همه این اندیشه‌ها چگونگی تأثیرگذاری و تأثیرپذیری قواعد و نهادهای حقوقی (یا به تعبیری دقیق‌تر، نظام حقوقی) و شرایط اجتماعی موجود از یکدیگر بوده است و هنوز هم جامعه‌شناسان حقوق‌کما بیش در سودای نظریه‌پردازی و توضیح این ساز و کار بسیار با اهمیت در جوامع انسانی‌اند.^(۳)

شرح این اندیشه‌های گوناگون به هفتاد من کاغذ نیازمند است، اما در اینجا فقط در چارچوب اهداف این مقاله تلاش می‌کنم که مضمون‌های اساسی موجود در این نظریه‌ها و مکتب‌ها و نیز جهت‌گیری‌های اصلی، که ویژگی‌های یک رویکرد اجتماعی به حقوق است، هر چند به اجمال آشکار شود.

مقصود از رویکرد اجتماعی به حقوق، آن‌گرایشی است که به طور کلی میان حقوق و جامعه نوعی رابطه معنادار واقعی در نظر می‌گیرد. این‌گرایش ممکن است از سوی یک فیلسوف اجتماعی یا یک جامعه‌شناس پوزیتیویست یا تضادگرا و یا جامعه‌شناس تفهیمی مطرح شود. بنابراین، مقصود از رویکرد اجتماعی، نظریه‌ای خاص در جامعه‌شناسی نیست، هر چند که اکثر نظریه‌های اجتماعی - حقوقی مشتمل بر رویکردی اجتماعی - حقوقی‌اند. در مقابل این مجموعه از مکتب‌ها و نظریه‌های اجتماعی یا جامعه‌شناختی که دارای رویکردی اجتماعی - حقوقی بوده‌اند، دیدگاه‌های خاص فلسفی یا مذهبی و گاه ایدئولوژیک وجود دارند که حقوق را یک امر موجود و مفروض در ساحتی دیگر غیر از زندگی اجتماعی در نظر گرفته‌اند. آن ساحت جداگانه می‌تواند علم الهی، جهان‌جاویدان مطلق‌ها و ارزش‌های اخلاقی، قلمرو عقل یا اراده حاکم (فرمانروا) باشد، مانند داروهای پزشکی که جایی دیگر تولید می‌شود و مردمان فقط باید

1- social/sociological approach to law.

۲- البته اگر از اندیشه‌های اجتماعی فیلسوفان و دانشمندان پیشین (مثلاً در یونان باستان و دوران شکوفایی تمدن اسلامی) در گذریم.

۳- برای نمونه به تلاش‌های پیروان جدید مکتب تضاد، کارکردگرایی ساختی و نیز مطالعات حقوقی انتقادی

آنها را به خوبی مصرف کنند.

از پیش قراولان نظریه‌های اجتماعی - حقوقی (یعنی منتسکیو، بکاریا، اسپنسر، سرهنری مین و گراهام سامنر) تا جامعه‌شناسان کلاسیک (یعنی مارکس، وبر و دورکیم) و پیروان آنان و متفکران جنبش جامعه‌شناختی در حقوق و نیز نظریه‌های جدید جامعه‌شناسی حقوق (یعنی کارکردگرایی ساختی و مکتب تضاد و مطالعات حقوقی انتقادی)^(۱) همگی بر مضمون‌هایی اساسی تأکید کرده‌اند، هر چند میزان تأکید این نظریه‌ها و مکتب‌ها بر این ویژگی‌ها متفاوت بوده است. می‌توان گفت که چند مضمون اصلی محتوای رویکرد اجتماعی به حقوق را شکل می‌دهد، اما درجه پذیرش این مضمون‌ها یا جهت‌گیری‌های نظری که پس از آنها بیان خواهد شد، به یک پایه نیست. (ر.ک: تروینبو ۱۹۹۶، ص ۴۳۹-۴۴۱)

یکی از مضمون‌های اساسی موجود در همه نظریه‌های اجتماعی - حقوقی، وجود ارتباط و همبستگی میان حقوق و جامعه است. این نظریه پردازان، با تأکید بر رابطه پدیدارهای حقوقی و بخش‌های دیگر جامعه (یا به تعبیری، کنش و ساخت اجتماعی)، بنا داشتند که به بینشی گسترده‌تر از توسعه و تحول اجتماعی دست یابند. (برای نمونه ر.ک: واگو ۱۹۸۱، ص ۴۲-۴۵؛ کاتوزیان ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۸۲-۹۲؛ بومر ۱۳۸۰، ص ۵۱۵-۵۷۰؛ مین ۱۹۷۰؛ کاترل ۱۹۸۴، ص ۱۹-۲۱؛ مارکس و انگلس ۱۳۵۹، ص ۲؛ مارکس ۱۳۷۹، ص ۳۳؛ وبر ۱۳۷۴، ص ۳۹؛ فروند ۱۹۸۰، ص ۲۱۷-۲۳۳؛ دورکیم ۱۳۶۹، ص ۴۲۵-۴۲۶؛ هومز ۱۸۸۱، ص ۱-۲؛ پاترسون ۱۹۶۸، ص ۳۹۵-۳۹۶؛ لولین ۱۹۳۱؛ مالدینوفسکی ۱۹۶۴؛ رینزر ۱۹۹۲، ص ۱۰۲-۱۰۵)

یکی دیگر از مضمون‌های اساسی در نظریه‌های اجتماعی - حقوقی آن است که بسیاری از نظریه پردازان در صدد بررسی چگونگی ارتباط میان تحولات حقوقی و دگرگونی‌های اجتماعی بوده‌اند. البته این مضمون نیز خود مرکب از سه مضمون فرعی دیگر است:

۱- همه نظریه پردازان اجتماعی - حقوقی در صدد تبیین دگرگونی‌های اجتماعی - حقوقی بر آمدند و بیشتر آنها (مانند مین، پاند و سامنر) معتقدند که تحولات حقوقی معمولاً تحت تأثیر دگرگونی‌های اجتماعی به وجود می‌آید، هر چند برخی از آنان نیز به تأثیر دگرگونی‌های حقوقی بر دگرگونی‌های اجتماعی نیز توجه کرده‌اند؛

۲- در حالی که برخی از نظریه پردازان به طور کلی، دگرگونی اجتماعی - حقوقی را مثبت

می‌دانند، بسیاری از آنان با این عقیده به مخالفت برخاسته‌اند. برای نمونه سزار بکاریا، هربرت اسپنسر، هنری مین و امیل دورکیم معمولاً اصلاحات اجتماعی - حقوقی را در جهت برابری، انصاف و عدالت و انسان دوستی دانسته‌اند و به همین جهت، از تعبیرهایی مانند «تحول»^(۱) و «پیشرفت»^(۲) استفاده کرده‌اند. اما ماکس وبر دگرگونی‌های اجتماعی - حقوقی را از جهاتی مثبت و مؤثر می‌داند و از جهاتی دیگر، منفی و ضد انسانی قلمداد می‌کند؛

۳- این پرسش نیز مطرح است که آیا فرایند دگرگونی حقوق و جامعه، فرایندی آرام و عادی است یا اینکه ناآرام و غیرعادی. برای نمونه، اسپنسر، دورکیم و پارسونز دگرگونی‌های اجتماعی - حقوقی را بخشی از کارکردهای طبیعی زندگی اجتماعی دانسته و برآنند که این دگرگونی‌ها معمولاً به شیوه‌ای آهسته و منظم رخ می‌نماید. اما کسانی چون ویلیام گراهام سامنر و کارل مارکس و برخی از نظریه‌پردازان مکتب تضاد بر این باورند که حقوق و جامعه در برابر دگرگونی مقاومت می‌کنند؛ در نتیجه، تغییرات اجتماعی - حقوقی اغلب با توسل به اصلاحات اجباری^(۳) یا انقلاب‌های سیاسی و اجتماعی همراه است. (ر.ک: تروینو ۱۹۹۶، ص ۴۳۹ - ۴۴۰)

نظریه‌پردازان گوناگون در بررسی‌های خود درباره حقوق، برای عوامل فراحقوقی^(۴) نقش ویژه‌ای قائل شده‌اند. هربرت اسپنسر، اولیور وندل هومز، راسکو پاند، واقع‌گرایان حقوقی، کارل مارکس، نظریه‌پردازان مکتب تضاد و نیز اصحاب مطالعات حقوقی انتقادی همگی، رابطه حقوق، سیاست و اقتصاد را کانون بررسی‌های خود قرار دادند. برای نمونه ماکس وبر (۱۹۷۸) در تحلیل خود از صورت‌بندی و اجرای حقوق، به بررسی سیاست، اقتصاد و مذهب پرداخت. امیل دورکیم، گاسفیلد^(۵) و داستر^(۶) به تحقیق درباره این موضوع پرداختند که چگونه سیاست، مذهب و اخلاق بر قانون‌گذاری تأثیری جدی و تعیین‌کننده دارد. برداشت متفکران اجتماعی در دوران مدرن از حقوق این است که حقوق (قواعد و نهادها) چیزی فرادینیوی نیست. آنان حقوق را پدیداری اجتماعی و تجربی دانسته‌اند که ایجاد و تحول آن در گرو عوامل اجتماعی دیگر است. بیشتر نظریه‌پردازان اجتماعی - حقوقی، حقوق را وسیله‌ای عملی و اجرایی می‌دانند که در جهت هدایت، مدیریت، اداره و نظم بخشیدن به کنش‌های متقابل اجتماعی، ساخت اجتماعی یا هر دو به کار می‌آید. برای نمونه، سامنر و پاند حقوق را نهاد نظارت و کنترل اجتماعی

1- evolution (تکامل)

3- coercive reforms.

5- Joseph Gusfield.

2- progress.

4- extra-legal factors

6- Troy Duster.

دانسته‌اند؛ یعنی نهادی است که به تنظیم رفتار آدمیان در جامعه می‌پردازد. دورکیم و مالدینوفسکی خاطر نشان کردند که حقوق روابط متقابل افراد را با درگیر کردن آنان در تعهدات متقابل و الزام آور تنظیم می‌کند. کارل رنر معتقد بود که هنجارهای حقوقی به طرز عقلانی، کار، قدرت و کالا را تنظیم می‌کند و بنابراین، فرایندهای تولید، توزیع و مصرف را هماهنگ و منظم می‌سازد. همچنین تالکوت پارسونز اظهار داشته است که نظام حقوقی عبارت است از ساز و کاری تعمیم یافته از نظارت اجتماعی که مبادلات موجود میان خرده نظام‌های گوناگون را منطبق، منظم و آسان می‌کند. به سخن کوتاه، نظریه پردازان اجتماعی - حقوقی، حقوق را عامل تنظیم نیروهای اجتماعی قلمداد کرده‌اند. (ر.ک: تروینیو ۱۹۹۶، ص ۴۳۰)

آخرین و پنجمین مضمون و ویژگی رویکرد اجتماعی - حقوقی این است که چون بیشتر نظریه پردازان تلاش کرده‌اند که نقش حقوق را در جامعه سرمایه داری لیبرال توضیح دهند، بسیاری از آنان بر حقوق خصوصی و به ویژه حقوق قرار دادها و مالکیت اموال متمرکز شده‌اند. برای نمونه، سرهنری مین بر آن است که به همان ترتیب که جامعه پیشرفت می‌کند، حقوق و تکالیف نیز بر اساس قراردادهای خصوصی با تحولات اجتماعی سازگار می‌شوند. همچنین کارل مارکس و ماکس وبر به بررسی نتایج و پیامدهای استثماری «اصل آزادی قراردادی» پرداختند. امیل دورکیم به بررسی تحول تاریخی قراردادهای پرداخت و کارکرد عمده قرارداد را تشویق و هدایت روابط و همکاری مردمان می‌دانست. (تروینیو ۱۹۹۶، ص ۴۳۰)

به اختصار تمام اشاره می‌کنیم که در نظر گرفتن این پنج مضمون با یکدیگر، چهار اثر مهم در نگرش و روش کار مطالعات حقوقی ایجاد می‌کند: نخست آنکه این امکان به وجود می‌آید که بتوان حقوق را در چشم‌اندازی گسترده در نظر گرفت. یعنی می‌توان در چارچوب جامعه بزرگ، به بررسی تأثیر حقوق در سطحی کلان از کنش متقابل و ساخت اجتماعی پرداخت؛ دوم آنکه حقوق یک پدیدار اجتماعی پویا دانسته می‌شود، با ویژگی‌هایی چون تحول، دگرگونی پذیری و تأثیرگذاری و نفوذ؛ سوم آنکه حقوق از یک سو بر مجموعه‌ای متنوع از نیروهای اجتماعی تأثیر می‌گذارد (متغیر مستقل) و از سوی دیگر، از آن عوامل تأثیر می‌پذیرد (متغیر وابسته)؛ چهارم آنکه این بصیرت ایجاد می‌شود که از یک سو حقوق را از دیدگاهی مثبت و مطلوب در نظر بگیریم و از سوی دیگر، با نگاهی انتقادی به جنبه‌های منفی حقوق در جامعه، نظر بیفکنیم.

برخی از جامعه‌شناسان و حقوق‌دانان بدون توجه به رابطه مقوله‌های هستی‌شناسی، معرفت‌شناسی و روش‌شناسی حقوقی به مطالعه پرداخته و دیدگاه‌های خود را مطرح کرده‌اند.

باید دانست که این مقوله‌ها به لحاظ منطقی و ذهنی با هم مرتبطند، هر چند که فیلسوفان بر سر نوع این رابطه به ویژه نوع ترتب منطقی میان هستی‌شناسی و معرفت‌شناسی اختلاف نظر دارند، اما به طور کلی وجود تناسب و ارتباط میان آنها یقینی است و برگزیدن هر نظریه‌ای در قلمرو هستی‌شناسی حقوقی، دارای آثاری در قلمروهای معرفت‌شناسی و روش‌شناسی حقوقی خواهد بود. چنانچه می‌دانیم تغییر نگرش هستی‌شناسانه در عصر روشنگری غرب، تأثیری شگرف بر معرفت‌شناسی حقوقی و نیز روش‌شناسی حقوقی آن سامان داشت. جهت‌گیری‌های معرفت‌شناختی، هستی‌شناختی و روش‌شناختی موجود در نظریه‌های گوناگون اجتماعی - حقوقی را فقط می‌توان در چارچوب پیوستارهای دو قطبی نشان داد.

نخستین و مهم‌ترین جهت‌گیری، گرایش به پوزیتیویسم^(۱) از یکسو و هنجارگرایی^(۲) از سوی دیگر است. پوزیتیویسم خام و نخستین، دارای مفهومی محدود بود و یک جهت‌گیری فلسفی و معرفت‌شناسانه بود که بر تحقیق علمی، تجربی و عینی پدیدارهای موجود پافشاری می‌کرد. این گرایش هرگونه پیش‌فرض فراطجربی را رد کرده، معتقد بود که فقط باید امور قابل مشاهده، قابل اثبات، قابل تجربه، قابل اندازه‌گیری، سودمند، عینی و موجود را بررسی کرد. (ر.ک: ملکیان، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۱۸۹-۱۹۰) برخی از نویسندگان در برابر پوزیتیویسم، از گرایش «هنجارگرایی» سخن به میان آورده‌اند.

هنجارگرایی گرایشی است که موضوعات اخلاقی و ارزشی را تحت هدایت امور اخلاقی و ارزشی می‌داند. به همین دلیل است که راسکو پاند عقیده داشت که حقوق باید از منافع اجتماعی یا مدعاهای هنجارین که مردم خواهان آنند، حمایت کند. (پاند ۱۹۴۵؛ صانمی ۱۳۵۵، ص ۴۸-۵۸) پیروان جدید ماکس وبر مانند مارتین اسپنسر، آلن هاید و تام تایلر، رویکردی هنجارین را برگزیدند. (ترونیو ۱۹۹۶، ص ۴۴۲) باید تذکر داد که در اینجا مفهومی گسترده از پوزیتیویسم مقصود است و به‌طور کلی، همه دیدگاه‌هایی را که بر مطالعه علمی فارغ از ارزش و بیطرفانه تأکید می‌کنند، شامل می‌شود. شاخص‌ترین نمونه این نوع نگرش، امیل دورکیم است. ماکس وبر نیز تاحدی به این معنا پوزیتیویست بود (یعنی عینیت‌گرا بود). همچنین اعضای جنبش جامعه‌شناختی در حقوق و نیز واقع‌گرایان حقوقی از جمله کارل لولین که می‌گفت پرسش هنجارین از اینکه «چه باید باشد» را به کناری نهند تا بتوانند حقوق‌شناسی پوزیتیویستی را با

«آنچه که هست» سروسامان دهند، را می‌توان پوزیتیویست قلمداد کرد. (ر.ک: تروینبر ۱۹۹۶، ص ۲۴۲)

در پایان این بخش باید خاطر نشان کرد که هر یک از نظریه‌های اجتماعی - حقوقی دارای درجه‌ای از هر یک از این جهت‌گیری‌های هشت‌گانه پیش گفته‌اند. البته جامعه‌شناسان حقوقی امروزی باید از هر یک از این جنبه‌ها به عنوان یک چشم‌انداز نظری مهم بهره ببرند و دیدگاهی تلفیقی و دقیق را طراحی کنند. هدف ما در اینجا این است که نشان دهیم حقوق‌دانان براساس هنجارهای مورد قبول در نظام حقوقی خود و نیز فرهنگ و تمدن و ارزش‌های ملی و بین‌المللی می‌توانند به رویکرد اجتماعی - حقوقی گرایش یافته و آن را صورت‌بندی کنند. حتی ممکن است این رویکرد اجتماعی - حقوقی در زیر رشته‌های مختلف حقوقی مثلاً حقوق اساسی یا حقوق بازرگانی یا حقوق کیفری یا آیین دادرسی کیفری متفاوت باشد.

بنابراین، به‌عنوان نتیجه‌گیری از ارائه تصویری همه‌جانبه و فراگیر از «رویکرد اجتماعی به حقوق» باید گفت که یک رویکرد اجتماعی - حقوقی، دست کم آن سه اصل بنیادین اجتماعی - حقوقی را باید بپذیرد (یعنی اصل همبستگی حقوق و جامعه، اصل هماهنگی و تناسب میان دگرگونی‌های اجتماعی و حقوقی و اصل توجه به نقش عوامل فرا حقوقی) و در برخی از پیوستارهای دو قطبی (جهت‌گیرهای چهارگانه) پیش گفته - نه همه آنها - جایگاهی را به خود اختصاص دهد.^(۱)

اکنون به سراغ مجموعه‌ای از مبانی حقوق اسلامی می‌رویم تا به امکان‌سنجی پذیرش

۱- برای نمونه واقع‌گرایی حقوقی که در حقوق آمریکا شکل گرفت، دارای نوعی رویکرد اجتماعی - حقوقی بود. برای معرفی یکی از نمونه‌های عینی رویکردی اجتماعی - حقوقی، به باورهای بنیادی واقع‌گرایی حقوقی (legal realism) اشاره می‌کنیم: [ر.ک: لولین ۱۹۳۱، صص ۱۲۲۲-۱۲۶۴]

- ۱- حقوق سیال و دگرگونی‌پذیر است و دستگاه قضایی آفریننده حقوق است؛
- ۲- حقوق غایت‌فی‌نفسه نیست، بلکه وسیله‌ای برای خدمت به جامعه و برآوردن نیازها و دست یافتن به اهداف جامعه است؛
- ۳- لزوم بررسی مکرر قواعد حقوقی و تعیین تناسب و ارتباط آن‌ها با نیازهای اجتماعی؛
- ۴- مسأله «است» و «باید»؛
- ۵- عدم اعتماد به قواعد و مفاهیم حقوقی سنتی؛
- ۶- حس دادرسان از موقعیت، تعیین‌کننده آرای قضایی است؛
- ۷- عقیده به ارزشمندی مجموعه‌ای از پرونده‌ها و موقعیت‌های حقوقی؛
- ۸- پافشاری بر ارزیابی هر بخشی از حقوق بر حسب آثار و نتایج واقعی آن؛
- ۹- پافشاری بر وسیله‌ای وقفه و پراگماتیستی به مسائل حقوقی.

رویکردی اجتماعی - حقوقی در حقوق اسلامی برداریم. آنچه در بادی نظر درک می شود این است که در یک سیستم حقوقی مذهبی چون قانون گذار اصلی خداوند و احکام شرع است، بنابراین جایی برای احکام عرفی و نقش عوامل فراحقوقی باقی نمی ماند. این باور، باوری کاملاً خام است، به همان خامی که پوزیتیویست ها در آغاز گمان می کردند که جامعه شناسی و حقوق، فقط باید به آنچه هست پردازد و از ارزش ها و هنجارهای غیر تجربی و آزمون ناپذیر شانه خالی کند. برآیند نشان دهیم که می توان بنیاد حقوق و اخلاق را تابع اراده الهی دانست و در عین حال، برای اراده آدمیان و عوامل فراحقوقی (سیاست، اقتصاد و فرهنگ) نیز سهمی قائل بود، البته سهمی قابل توجه و جدی، نه تأثیری فرعی و بی ارزش. اکنون بسیاری از جامعه شناسان و نیز جامعه شناسان حقوقی (ر.ک: تروینو ۱۹۹۶، ص ۴۴۳-۴۴۴) معتقدند که دیگر چنین نیست که یک نظریه پرداز خودش را ملزم بداند که یا باید یک پوزیتیویست تمام عیار باشد و یا یک هنجارگرای آتشین و جزم اندیش. (همچنین ر.ک: نونت ۱۹۷۶)

۳- بررسی مساله در قلمرو حقوق اسلامی

اکنون به بررسی معرفت های اسلامی که با حقوق ارتباط دارند (علم کلام، فلسفه، علم اصول، علم فقه) می پردازیم، معرفت هایی که هم به لحاظ تاریخی و هم از نظر ارزشی و اعتقادی و هم از دیدگاه حقوق موضوعه، ریشه های واقعی و معتبر میراثی است که اکنون در دستان ماست. در انداختن هر طرح نوینی، به شناخت آنچه بوده و ضرورت های وجودی آنها نیازمند است، در غیر این صورت، تفکر حقوقی ابداعی یا عاریتی چونان جامعه ای ناسازگار و ناشایست خواهد نمود. باید این واقعیت را پذیرفت که اگر تاکنون رویکردی اجتماعی - حقوقی در این سامان رشد نکرده است و واقع گرایی حقوقی نتوانست در جای آرمان گرایی نامعقول و نامطلوب بنشیند، در اعتقادهای کلامی، اندیشه های فلسفی (معرفت شناسی و انسان شناسی و جهان شناسی فلسفی) و برداشت های موجود از حقوق اسلامی ریشه دارد. البته میراث خود را کم نمی گیریم و گرانمایی آن را می دانیم، اما برای بهبود بخشیدن به آن و رفع دشواریهای موجود، ناگزیریم که عناصر ناسره آن را نیز بشناسیم.

۳-۱- در قلمرو مباحث عقلی (فلسفی و کلامی)

در اینجا برای روشن شدن مبانی باورهای عقلی که به شکلی با حقوق مرتبط است، نخست

به پاره‌ای از مباحث کلامی می‌پردازیم و آنگاه به بحث فلسفی در خصوص «معرفت‌شناسی حقوقی» اشاره خواهیم کرد. البته بسیاری از باورهای کلامی و فلسفی در قلمرو انسان‌شناسی و حقوق‌شناسی، در آن «معرفت‌شناسی فلسفی معرفت‌های حقوقی» ریشه دارد.

۳-۱-۱- روابط و مناسبات اجتماعی آدمیان

پرسشی مطرح است و آن این است که روابط و مناسبات اجتماعی آدمیان بر همکاری و نظم مبتنی است یا بر ستیز و کشمکش؟ علامه حلی در کتاب باب حادی عشر می‌نویسد: «پیامبر آن انسانی است که از سوی خداوند بدون وساطت بشر، خبر و آگاهی می‌دهد» و فاضل مقداد در شرح این سخن می‌گوید که به اعتقاد ما نبوت واجب است چون مقصود اصلی از آفرینش بشر بر مصلحتی استوار است و آن این است که باید آدمیان را از آنچه که برای آنان زیان‌بار است، بازداشت و به آنچه مصالح آنان در آن نهفته است، واداشت. این صلاح و حکمت یا به زندگی دنیوی انسان‌ها مربوط می‌شود یا به زندگی واپسین آنان ارتباط می‌یابد. (علامه حلی، با شرح فاضل مقداد، ۱۳۶۸، ص ۸۶)

فاضل مقداد در بیان ویژگی‌های زندگی اجتماعی می‌گوید که حفظ نوع بشر در گرو زندگی اجتماعی است و این زندگی اجتماعی هم مشتمل بر همکاری و تامین نیازمندی‌هاست و هم تنازع و کشمکش در آن راه دارد، زیرا هر یک از افراد بنا دارد منافع را به خود اختصاص دهد و دیگران را محروم کند و بسا می‌شود که کار آدمیان به کشمکش و نزاع می‌انجامد. بنابراین، حکمت و مصلحت اقتضا می‌کند که قانون دادگرانه‌ای بر روابط آنان حکمفرما باشد و قانون‌گذاری شرعی برای آن است که «عدالت» تحقق یابد. از طرفی، اگر این قانون به خود آنان واگذار شود، همان دشواری پیشین رخ می‌نماید و کشمکش نیز پایان نمی‌یابد، زیرا هر کدام از آنان دارای نظر و فکر مخصوص به خود بوده و حاضر نیستند از دیدگاه یکدیگر پیروی کنند.^(۱) در نتیجه باید «قانون‌گذاری» وجود داشته باشد که با آیات و بینات الهی متمایز و مشخص شود و راستین بودنش نیز باید از جانب خداوند با آیات و معجزاتی اثبات شود، تا بتواند مستقیماً از

۱- نکته شایان توجه این است که در آستانه قرن بیست و یکم، بازگشت نظری و بیشتر عملی بشر به حقوق فطری، به همین ضرورت باز می‌گردد که اگر چند قانون (قاعده) برتر وجود نداشته باشد، هیچ‌گاه افراد نمی‌توانند یکدیگر را به نظر و رأی خود اجبار کنند و نسبی‌گرایی نامحدود و مطلق، هیچ فرجامی جز بی‌هنجاری و هرج و مرج نخواهد داشت و چون آدمیان، علی‌رغم مبانی نظری، عقلی و فلسفی خود، در عمل می‌خواهند بمانند و زندگی اجتماعی خود را تباہ نکنند، لزوم پذیرش «قواعد برتر» را گریزناپذیر می‌دانند.

سوی آفریدگار به افراد فرمانبر وعده پاداش دهد و عصیانگران را از مجازات دنیوی و عذاب اخروی بترساند، تا آنان به پیروی از فرامین مقرر شده، بگرایند. (علامه حلی (شرح فاضل مقداد) ۱۳۶۸، ص ۸۶ - ۸۷)

۳-۱-۲- توصیف اعمال آدمی به نیک و بد

عموم فیلسوفان و متکلمان اسلامی، طبیعت آدمی را ثابت می‌دانستند، یا دست کم بخشی از طبیعت آدمی را که در رابطه او با خداوند و دیگر آدمیان مؤثر است، دگرگونی‌پذیر نمی‌دانستند.

در علم کلام نیز این باور وجود داشته است که طبیعت آدمی ثابت است و نیازهای ثابتی نیز در کار است. از سوی دیگر، خداوند که عالم به همه چیز است این نیازهای ثابت را که با طبیعت آدمی متناسب است، به خوبی می‌داند و مقرراتی را - اوامر و نواهی - برای تامین آن نیازها مقرر داشته است. عملی که مخالف مصلحت آدمی است، عملی ناشایست است و دلیلی ندارد که با وجود آن طبیعت و نیازهای ثابت آدمی، این اعمال تغییر عنوان - از بد به خوب یا از خوب به بد - دهند. متکلمان معتزلی بر آن بودند که خوبی و بدی اعمال به خاطر مصالح و مفاسدی است که در خود آن اعمال نهفته است. خداوند که به انسان‌ها لطف دارد، در هر حادثه‌ای حکمی معین می‌دارد و هیچ موردی نیست که از حکم واقعی و معین الهی خالی باشد، هر چند ممکن است که ما از آن حکم الهی بی‌خبر باشیم. در مقابل، اشعریان بر این باورند که بر چسب زدن اعمال به خوبی و بدی، به قانون‌گذاری و اراده الهی وابسته است. متکلمان معتزلی و امامیه، با این اعتقاد که این‌گونه باورها با اعتقاد به علم مطلق الهی ناسازگار است، باورداشتند که خداوند بیهوده به چیزی امر و از چیزی نهی نمی‌کند و آن امر و این نهی به مصلحت و مفاسده‌ای که در خود اعمال نهفته، وابسته است. (مظفر ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۱۶، همچنین ر.ک: صفایی ۱۳۶۸، ص ۹ - ۱۰)

با وجود این، در دیدگاه‌های برخی از متکلمان و عالمان اصول چیزی وجود دارد که موقعیتی (و شاید اجتماعی) بودن برخی از اعمال آدمی را نشان می‌دهد. (برای نمونه ر.ک: صفایی ۱۳۶۸، ص ۱۷؛ مظفر ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۱۷) برخی از اعمال مانند زدن و کشتن دارای بر چسب زشتی یا زیبایی به‌طور مطلق نیستند و نسبت به اوضاع و احوال مختلف ممکن است، حکم متناسب با آن موقعیت به خود بگیرند. برخی دیگر معتقدند که اعمال بر سه دسته‌اند: دسته‌ای ذاتاً خوب و نیکو و دسته‌ای دیگر ذاتاً بد و زشت و دسته سوم نه دارای وصف خوبی و نه واجد بدی‌اند.

(مظفر ۱۳۴۸، ج ۲، ص ۲۱۶) بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که طبق برخی از دیدگاه‌های کلامی و اصولی، دسته‌ای از اعمال دارای برچسب شناور یا متغیر بوده و زشتی یا نیکویی آنها به شرایط، اوضاع و احوال، زمان و مکان و نیازهای فردی و اجتماعی وابسته است و داور آن نه عقل محض، که حکم خردمندان هر عصری (بنای عقلا) است.

۳-۱-۳- تکلیف آدمی

در باب تکلیف آدمی، در علم کلام مقرر است که خداوند بندگان را با دلایل و براهین به وظایف خود آشنا می‌کند (قبیح عقاب بلا بیان). از طرفی، خداوند آدمیان را به کارهایی بیش از قدرت و توانایی آنان، تکلیف نمی‌کند (لا یكلف الله نفساً الا ووسعها) و آنان نیز در فراگیری دستورهای دینی نباید کوتاهی کنند. لطف خداوند از کمال مطلق الهی است و عین ذات اوست و هیچ‌گاه لطف و رحمت الهی قطع نمی‌شود و از سر همین لطف است که احکام و شریعتی را که بر صلاح و سعادت بندگان لازم است، به آنان می‌رساند. (مظفر ۱۳۸۱، ص ۷۴-۷۵) بنابراین، افزون بر تکالیف عقلی، تکالیف شرعی نیز در کار است، زیرا وفاق و پیروی آدمیان از یکدیگر، بدون وجود یک قانون عالی که از یک مقام برتر سرچشمه یافته، حاصل نمی‌آید و کشمکش‌ها پایان نمی‌یابد. آخرین نکته در باب تکالیف‌های شرعی این است که این تکالیف نیز به یک پایه اهمیت ندارد و طبقه‌بندی خاصی براساس مذهب و فقه هر فرقه‌ای وجود دارد. نشان مهمی از وجود این طبقه‌بندی یکی اندیشه «ضروری دین» است که انکار این احکام، انکار اصل مذهب قلمداد شده است. (ر.ک: فیاض لاهیجی ۱۳۷۲، ص ۳۹۹) در مقابل، بسیاری از اندیشمندان اسلامی اکنون معتقدند که پاره‌ای از احکام ثابت نیستند و همراه با تحولات جامعه، دگرگون می‌شوند.^(۱)

۴-۱-۳- علل تغییر احکام و شرایع

شیخ طوسی در توجیه اینکه چرا باید شریعت جدیدی بیاید و آن شرایع سابق منسوخ شوند، به نیازهای جدید و شرایط نوین زندگی بشر توجه می‌کند و می‌نویسد: «زیرا در فرمان‌هایی که آدم (ع) آورد، جفت شدن برادر و خواهر روا بود و در فرمان‌هایی که ابراهیم (ع) آورده بود، پس انداختن ختنه کردن تا زمان بزرگی روا بود و در فرمان‌هایی که اسرئیل آورده بود،

۱- برای نمونه به بحث‌های «ثابت و متغیر» و «مقتضیات زمان و مکان» در اندیشه‌های شیعی و بحث «عرف»

«نقح مقاصدی» در اندیشه‌های سایر فرق اسلامی می‌توان اشاره کرد.

جفت گرفتن دو خواهر با هم، روا بود. و همه اینها با فرمان‌هایی که موسی - بر او درود باد - آورده بود، ناهمسان بودند». (شیخ طوسی ۱۳۵۸، ص ۷۱۱)

متکلمان در برابر خرده‌گیران که می‌گفتند این قبیل کارها بالاخره یا خوبند یا بد یا باید گفت که هم خوبند و هم بد، پاسخ می‌دادند که چنین نیست و این اختلاف داوری در خصوص کارهای مشابه به دلیل اختلاف شرایط موجود است که به تغییر زمان و مکان و موقعیت پیرامونی این کارها وابسته‌اند. در هر صورت، متکلمان اسلامی به آسانی این نکته را پذیرفته‌اند که با تغییر شرایط زمان و مکان و نیازهای فردی و اجتماعی، شریعت جدیدی با احکام متفاوت بر مردمان عرضه شود، اما در خصوص این پرسش که احکام اسلامی چه سرنوشتی خواهد داشت، با بیان این استدلال که اسلام احکام جاودانی به ارمغان آورده است، تمامی احکام شرعی را دگرگونی‌ناپذیر قلمداد کرده‌اند. (ر.ک: همان، ص ۷۰۷ - ۷۱۵)

اگر آدمی جوهر استدلال‌های متکلمان را بپذیرد، دست کم به این نتیجه می‌رسد که امکان ندارد که تمام احکام ثابت و دگرگونی‌ناپذیر باشند. به هر صورت، این موضوع یکی از زمینه‌هایی است که در کلام اسلامی به مسأله دگرگونی احکام براساس دگرگونی اوضاع زندگی اجتماعی توجه کرده‌اند.

۳-۱-۵- ماهیت ضمانت اجراهای حقوقی

شیخ می‌گوید که خداوند می‌داند که عده‌ای از بندگان فرامین و دستورات او را مراعات می‌کنند و دسته‌ای دیگر با عیب‌جویی، حریم بندگان دیگر را می‌شکنند و اگر خداوند به طور جبری و فیزیکی جلوی تجاوزها و تعدی‌ها را می‌گرفت، ثواب و عقاب و عبادات بی معنا می‌شدند. شیخ صدوق می‌نویسد: «به همین جهت خداوند به گونه‌ای از اولیای خود دفاع می‌کند که سبب بطلان عبادات و ثوابات نگردد و راه آن، اقامه حدود، مثل قطع ید سارق و دار زدن جانی و [قتل] و حبس و تحصیل حقوق است، چنانچه گفته‌اند، جلوگیری سلطان، بیشتر از جلوگیری قرآن است و مثل آن نیز در سخن خدای تعالی آمده است: «یهودیان در دل، از شما بیشتر می‌ترسند تا خدا». (شیخ صدوق، ۱۳۸۰، ص ۱۲ - ۱۳)

متکلمان با این سخنان خود نشان داده‌اند که هدف از جعل قواعد حقوقی و ایجاد حکومت آن است که جلوی تجاوز به حقوق دیگران گرفته شود. بنابراین، می‌توان گفت که بازدارنده بودن مقررات و قواعد حقوقی از اصول و ارکان این قواعد است. آیا بازدارندگی یک صفت ثابت است.

آیا به راحتی می‌توان گفت که مثلاً برای جلوگیری از نقض پیمان خاصی یا کاهش نرخ یک جرم، ضمانت اجرا یا مجازات خاصی، پیوسته در همه مکان‌ها، زمان‌ها، جوامع و فرهنگ‌ها اثربخش است. وقتی شما با انسان‌هایی سروکار دارید که وضعیت روانی و اجتماعی آنان به زمان و مکان پرورش آنان وابسته است، ضمانت‌اجراهایی که بتوانند جلوی آنان را بگیرد و آنان را به وفاداری و مهربانی تشویق کند و از دشمنی بازدارد، نمی‌تواند ضمانت‌اجراهایی ثابت باشد و دست‌کم، تمام آنها نمی‌تواند ثابت باشد. برای مثال، اگر شما برای سرقت، مجازات قطع ید را مقرر کنید و علم بدان پایه رشد کند که سارق بتواند بی‌درنگ با یک عمل جراحی دستی نو و بهتر از پیش دارا شود، در این صورت باید به این مجازات دست‌کم، ممنوعیت مجرم از انجام عمل پیوند را بیفزایید یا اساساً فکر دیگری بکنید و ضمانت اجرا را عوض کنید.

۳-۱-۶- اجتهاد (فهم تخصصی احکام شرع)

اجتهاد از نظر علم کلام و علم اصول شیعی عبارت است از کوشش علمی و فکری در جهت فهم احکام شرعی فرعی با مراجعه به ادله (منابع) حقوق اسلامی که عبارت‌اند از: کتاب، سنت، اجماع و عقل. متفکران اسلامی بر این باورند که احکام شرعی ثابت و دگرگونی ناپذیرند و مجتهدان باید به علوم گوناگون مسلط باشند. (مظفر ۱۳۸۱، ص ۲۳۶ - ۲۳۷)

در اینجا توجه به چند نکته بایسته است: نخست اینکه متفکران اسلامی عموماً گمان می‌کردند که طبیعت آدمی ثابت است و این طبیعت ثابت نیازهای خاص، معین و ماندگاری را می‌طلبد؛ از طرفی خداوند، عالم علی‌الطلاق است و می‌تواند تمامی این نیازها را با پیش‌بینی و مقرر داشتن احکامی تأمین کند؛ بنابراین، احکام شرعی که برای رفع آن نیازها طراحی شده‌اند، احکامی ثابت، الهی، فرادنیوی و جهانی‌اند. در نتیجه، وظیفه صاحب نظر علوم دینی آن است که تا می‌تواند از طریق منابع معتبر اسلامی این احکام الهی که داروی همه بیماری‌های آدمی است، به دست آورد. افزون بر این همه آنچه در طی قرن‌های گذشته بر فقه و اجتهاد اسلامی سایه گستر شده، نگرش فردگرایانه بوده است. (ر.ک: صدر، ۱۳۵۹، ص ۸) اکنون با توجه به این گرایش فردگرایانه در اجتهاد چگونه می‌توان انتظار داشت که ذهن فقیهان و نیز حقوق‌دانان سنتی ایران به رابطه و همبستگی موجود میان روابط اجتماعی و قواعد حقوقی توجه یابد. در واقع، آنان فقط در سودای یک حقوق فطری الهی که جهانی و سرمدی است، سعی بلیغ و کوشش عمرانه می‌کردند؛ هر چند در این میان، بودند فقیهان نامداری که به عناصر فراحقوقی و به تعبیری فرا

فردی نیز توجه داشتند.

۳-۱-۷- اجتهاد شیعی و متن محوری

شیعه بر خلاف اهل سنت معتقد بوده است که عالمان واجد شرایط می‌توانند با مراجعه به قرآن (کتاب) و سنت (حدیث) و بر مبنای استنباط شخصی خود، احکامی را به‌طور مستقیم استخراج کرده و اعلام کنند و به هیچ‌وجه لازم نیست که این استنباط بر استنباط‌های عالمان سابق مبتنی باشد. به همین دلیل، شیعه ارائه نظریه فقهی مستقل را «اجتهاد» می‌خواند و به همین معنا مشهور شده است که از نظر شیعه باب اجتهاد گشوده (مفتوح) است. البته همین جریان اجتهادی با دو مانع جدی در تاریخ رو به رو شد: یکی تقلیدهای ناخواسته - مانند جریان فقهی پس از شیخ طوسی - و دیگری متن‌گرایی اخباریان. پرسش بنیادین این بود که آیا صاحب نظران و حقوق دانان اسلامی در چارچوب کتاب و حدیثی باقی بمانند و فقط به استظهار و تفسیر متن دست بزنند یا اینکه می‌توان به یک عقل مداری و روشمند نیز گرایش یافت؟

اخباریان را عقیده بر این بود که احکام شرعی باید فقط بر اخبار مبتنی باشد و نباید با توسل به قیاس و شیوه‌های دیگر عقلی یا عقلایی به استخراج احکام جدید دست زد. (محمدی، ۱۳۷۸، ص ۱۴) برخی نویسندگان احتمال داده‌اند که این فرقه، صورتی شیعی از مذهب حنبلی باشد و چه بسا جلوه ظاهری آن، معلول الحاق اجباری هواداران مذهب به دستگاه دولتی شیعی امامی باشد. (وات ۱۳۷۰، ص ۱۸۳) البته اکنون بر روش اجتهاد شیعی، شیوه اصولی حکمفرماست و در این شیوه برای استدلال عقلی سهم ویژه‌ای در نظر گرفته‌اند، اما در عمل، همان دغدغه‌های اخبارگری و متن محوری در بینش و روش اجتهادی وجود دارد و ترس از خروج از قلمرو شریعت باعث شده است که به سیره و بنای عقلا و عرف، در عمل اهمیتی داده نشود.

۳-۱-۸- تفکیک میان زمان حضور و زمان غیبت

در برخی از فروع فقهی - مانند نماز جمعه، نماز عید، خمس، جهاد ابتدایی و تشکیل حکومت اسلامی - هستند فقیهانی که حکم یک مساله را در زمان غیبت مثلاً عدم وجوب و در زمان حضور امام معصوم وجوب می‌دانند. آنچه من می‌خواهم در اینجا مطرح کنم، این است که آیا استنباط احکام حقوقی در زمان غیبت ویژگی‌های خاصی ندارد؟ آیا اجرای احکام شرع در زمان غیبت متفاوت نیست؟ آیا فقیهان می‌توانند به آسانی بگویند که ما در چارچوب محدود و

مضیق استنباط و تفسیر روشمند و منطقی خود می‌مانیم و به جامعه‌ای که هزار نیاز متغیر دارد، می‌گوییم که تو از حرکت باز بایست و نیازهای خود را فراموش کن، یا اینکه فقیهان نیز باید توجه کنند که گذشت زمان و عدم دسترسی به امام معصوم، خود مقوله‌ای بسیار جدی است. برای نمونه، در توقیع مشهور امام عصر (عج) آمده است که شیعیان تا زمان حضور به پرداخت خمس ملزم نیستند. هر چند فقیهان در جمع با سایر متون، به وجوب خمس در زمان غیبت رای داده‌اند، اما در صورت پذیرش این متن و اعتبار آن، تفکیک میان حضور و غیبت در آن آشکار است.

بررسی‌های روشمند فقیهانه فقط در صورتی به تفکیک میان زمان غیبت و حضور توجه می‌کند که در یک فرع خاص فقهی در متن اخبار و روایات معتبر به این تفکیک اشاره شده باشد، والا این بحث که زمان غیبت و عدم دسترسی به امام معصوم چه آثاری از لحاظ روش استنباط احکام و اجرای قواعد حقوقی دارد، به طور مستقل بررسی نشده و آثار و پیامدهای آن در روش‌ها و قواعد منعکس نشده است.

۳-۱-۹- مساله جایگاه عقل

شیخ مفید در کتاب *اصول الفقه* خود تصویری از عقل به عنوان راه فهم برهان‌های قرآن و سنت به دست می‌دهد (ر.ک: کنز الفوائد ابوالفتح محمد بن علی الکرجکی، مشهد، چاپ سنگی، ۱۳۲۳، ص ۱۸۶ - ۱۸۷ (به نقل از: مکدرموت ۱۳۷۲، ص ۳۷۶ - ۳۷۷)) و برای عقل نقشی ابزاری در نظر می‌گیرد. اما آیا فقط نقش عقل به همین اندازه محدود می‌شود و در زمان غیبت و عدم دسترسی به امام معصوم و مطرح شدن مسائل جدید و بی سابقه، چه باید کرد؟ شیخ مفید در خمس رسائل در نامه دوم می‌گوید که در زمان غیبت، مردم باید به عالمان مراجعه کنند و عالمان باید از طریق راهنمایی‌های امامان پیشین مساله را حل کنند و اگر در کتاب و سنت، حکمی منطبق با آن مساله نیافتند، باید به داوری «عقل» مراجعه کرد، زیرا اگر خدا می‌خواست در آن مورد حکم خاصی را از طریق وحی و متون دینی به افراد منتقل کند، حتماً بیان می‌کرد و اگر چنین کرده بود، راه رسیدن به آن دشوار نبود. شیخ مفید در این اثر خود، در مسائل حقوقی نوین نیز که حکم آن در کتاب و سنت یافت نشود، عقل را مرجع می‌داند. (مکدرموت، ۱۳۷۲، صص ۳۹۰-۳۹۲) هر چند هیچ‌گاه عقل در حقوق امامیه به چنین جایگاهی نرسید و با همه پافشاری‌هایی که مکتب اصولی در قرن‌های اخیر بر اهمیت نقش عقل کرده است، باز هم برای عقل نقش استقلالی در نظر گرفته نشد و فقط به همان عقل ابزاری (شارح و مفسر منابع لفظی) بسنده کرده‌اند.

شیخ طوسی در کتاب تمهیدالاصول در خصوص جایگاه عقل به طور مفصل بحث می‌کند. به نظر او آنچه از نظر عقل ناپسند است به دو قسم منقسم می‌شود: دسته‌ای از کارها به‌عنوان کارهایی که عنوان خوبی و بدی برای آنها دگرگونی‌پذیر نیست (یعنی ذاتاً از آن رو که ستم هستند زشت و ناپسند هستند) و دسته‌ای دیگر متغیر بوده و از عنوان خوبی به بدی و بالعکس تغییر عنوان می‌دهند. (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۵۸، صص ۶۸۷-۶۸۹) پرسش مهم این است که چه چیز باعث تغییر عنوان کارها و رفتارها می‌شود؟ آشکار است که اوضاع و احوال حاکم بر رفتار و موقعیت زمانی و مکانی و آثار و پیامدهای عمل است که دست کم در این نوع از رفتارها باعث تغییر عنوان آن‌ها از خوبی به بدی یا بالعکس می‌شود. در مباحث بعد، به ویژه بحث معرفت‌شناسی حقوقی و نیز دلیل عقلایی به این نکته توجه خواهد شد که آیا درک این تغییر عنوان به معیار عقل محض ممکن است یا اینکه درک عقلایی و شعور جمعی و متعارف آدمیان در این قلمرو کارساز و معتبر است.

۳-۱-۱۰- معرفت‌شناسی حقوقی (ادراک‌های اعتباری)

بی‌گمان دیدگاه‌های فلسفی و کلامی در نظریه منابع حقوق و سلسله مراتب موجود میان منابع و روش استنباط احکام از منابع فقه و حقوق می‌تواند بسیار مؤثر باشد و این نکته تا حدودی از همین مباحث پیش گفته آشکار می‌شود، اما نقش و اهمیت معرفت‌شناسی در هستی‌شناسی قواعد حقوق و نیز روش مطالعه آنها شایان توجه و انکارناپذیر است.

معرفت‌شناسی فلسفی در قلمرو فلسفه اسلامی و در قلمرو مکتب‌های مشهور فلسفی، معرفت‌آدمیان به اشیا را از حیث موضوع و سوژه معرفت به یکسان می‌نگریست و بر آن بود که ذهن آدمی در پی کشف حقایقی است که وجود دارد، اما هر یک از مکتب‌های فلسفی (مشایی، اشراقی، عرفانی، کلامی، صدرایی) بر شیوه یا شیوه‌های خاصی از کسب معرفت تاکید داشتند. به هر صورت ماهیت معرفت و شناخت را با توجه به موضوع معرفت آدمی، تقسیم‌بندی می‌کردند، اما این طبقه‌بندی‌ها یا تقسیم‌بندی‌ها در تصویری که از ماهیت و چیستی معرفت در نظر می‌گرفتند، تأثیری نداشت. تقریباً همگی بر آن بودند که آدمی در فرایند شناخت، در پی کشف حقایق موجود در عالم است، حقایقی که وجود دارد و آدمی باید از آن پرده بردارد. (معلمی، ۱۳۷۷؛ علیزاده و دیگران ۱۳۸۳، صص ۳۷۹-۴۵۷)

با اشارات برخی عالمان علم اصول (شیخ محمد حسین اصفهانی)، علامه سید محمد حسین طباطبایی در قلمرو فلسفه اسلامی به عنوان نخستین مدون معرفت‌شناسی اسلامی،

نظریه‌ای را در خصوص معرفت‌شناسی حقوقی و اخلاقی، صورت‌بندی کرد که هر چند در تفکرات فلسفی غرب بی سابقه نبود و نگاه تازه‌ای محسوب نمی‌شد، اما در قلمرو فلسفه اسلامی، دیدگاهی نو است که آثار مهمی را در هستی‌شناسی قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی به بار می‌آورد و می‌تواند بر نگرش و روش مجتهدان و حقوق دانان این سرزمین تأثیری بنیادین بگذارد.

علامه طباطبایی به عنوان میراث دار فلسفه‌ها و تفکرات پیشین این سرزمین و بیش از همه حکمت صدرایی، معرفت‌شناسی را سامان داد و آن را نظام‌مند کرد. در اینجا به طور فشرده به معرفت‌شناسی و به ویژه «معرفت‌شناسی اجتماعی» او اشاره کرده و آثار آن را در معرفت‌شناسی حقوقی متذکر می‌شویم. او معتقد است که در جهان، سه دسته امور شایان توجه‌اند: حقایق (موجودات واقعی)، اعتباریات و وهمیات؛ فلسفه نیز کارش این است که با بحث‌های برهانی این سه دسته را از هم تفکیک کند. شاید یکی از بزرگترین ارمغان‌های معرفت‌شناسی علامه طباطبایی تفکیک میان امور حقیقی و اعتباری باشد، که خودش آن را راه و روش جدیدی دانسته (طباطبایی، ۱۳۶۲، ص ۳۶۷)، اما می‌دانیم که بودند عالمانی که پیش‌تر به این نکته اشاره کرده‌اند. (ر.ک: مطهری ۱۳۷۱، ج ۶، ص ۵۷ - ۵۹)

علامه طباطبایی وجود واقعیت عینی را مفروض می‌انگارد و علم را به حصولی و حضوری و نیز علم حصولی را به حقیقی و اعتباری تقسیم می‌کند و معنای چهارمی که برای «اعتباری» بیان می‌دارد، عبارت است از تصور یا تصدیقی که در خارج از ظرف عمل وجودی ندارد. و در واقع، نوعی استعاره گرفتن مفاهیم نفس‌الامری حقیقی برای امور مختلف به منظور دست یافتن به هدف‌های زندگی اجتماعی است. مانند مفاهیم ریاست و مرئوسیت. او در کتاب رسائل السبعه می‌نویسد: «آزمایش‌های متوالی نشان می‌دهد که محیط انسان، در افکار وی سهیم است و اختلاف معلومات و افکار، با اختلاف منطقه و محیط زندگی حتی در یک فرد انسانی به حسب دو زمان و به موجب اختلاف شرایط، روشن و غیر قابل انکار است و هم چنین ما می‌توانیم با تربیت‌های گوناگون، در انسان افکار گوناگون ایجاد کنیم؛ پس «حقایق علمی» مخلوق و تابع خود ما یعنی زندگی انسانی و اجتماعی و نیازهای اساسی است و یک ثبوت غیر قابل تغییری ندارد. (طباطبایی ۱۳۶۲، ص ۳۶۶)

علامه طباطبایی در پاسخ پرسش پیش گفته می‌نویسد، «وصف مزبور (تغییر) مخصوص به یک سلسله ویژه‌ای از معلومات و ادراکات است که مطابق خارجی آنها اجزای اجتماعی است که

خود ما به وجود می‌آوریم و ناچار با تغییراتی که خود ما در اجزا و شرایط اجتماع ایجاد می‌دهیم، ادراکات و ویژه آنها (نیز) تغییر می‌پذیرند. اما یک سلسله ادراکاتی که مطابق آنها، خارج از ظرف اجتماع است و با فرض وجود و عدم انسان مجتمعی یا هر جانور زنده اجتماعی، به وصف تحقق و وجود موصوفند، یعنی بود و نبود حیوان مدرک در واقعیت آنها مؤثر نیست، آنها با اختلاف محیط زندگی و تربیت و تلقین اختلاف پیدا نمی‌کنند. (طباطبایی ۱۳۶۲، ص ۳۶۷)

در این جا به اجمال به معرفت‌شناسی اجتماعی علامه طباطبایی اشاره می‌کنیم. علامه طباطبایی پس از بررسی معانی و همیه، تخیلی و استعاری، نتیجه می‌گیرد که در واقعیت عینی، چیزی مطابق با این معانی و همی وجود ندارد، پس ظرف مطابقت این معانی، «قوه توهم» آدمیان است؛ حدود این مصادیق جدید، فقط تا جایی است که احساسات و انگیزه‌های آدمی موجود باشد؛ هر یک از این معانی و همی بر حقیقتی استوار است، هر چند که این معانی و همی واقعی نیستند، آثار واقعی دارند؛ این ادراک‌ها و معانی اعتباری، چون زاینده احساسات و انگیزه‌های آدمی اند، دیگر با ادراک‌های حقیقی ارتباط تولیدی ندارد، این امکان وجود دارد که دسته‌ای از ادراک‌های و همی را مبنا قرار دهیم و از آنها دسته‌ای از معانی و همی (اعتباری) دیگر را بسازیم. (طباطبایی ۱۳۶۲، ص ۳۹۱ - ۳۹۸)

بنابراین، انسان با به کار انداختن نیروی فکر خود، یک سلسله مفاهیم و افکار اعتباری ایجاد می‌کند. معیار کلی در اعتباری بودن یک مفهوم یا فکر، این است که به وجهی، متعلق قوای فعال آدمی واقع شده باشد و نسبت «باید» را در آن بتوان فرض کرد. پس اگر گفته شود: «سیب، میوه درختی است»، این ادراکی حقیقی خواهد بود؛ اما اگر بگویند «این سیب را باید خورد» یا «این جامه از آن من است»، در این صورت با ادراک‌های اعتباری رو به رو شده‌ایم. علامه طباطبایی آن دسته از مفاهیم کلی را که پیش از این، مفاهیم اعتباری فلسفی نامیده بود، مورد توجه قرار می‌دهد و بر آن است که اعتباریات مقابل ماهیات را «اعتباریات بالمعنی الاعم» بنامد و اعتباریاتی را که در اینجا به عنوان مفاهیم مرتبط با قوای فعال آدمی مطرح کرده، به نام «اعتباریات بالمعنی الاخص» یا «اعتباریات عملی» بخواند. (طباطبایی ۱۳۶۲، ص ۴۲۸)

علامه طباطبایی معتقد است که دسته‌ای از این ادراک‌های اعتباری، عمومی و ثابت است (مانند اعتبار متابعت از علم و اعتبار اجتماع) و آدمی ناگزیر است که این ادراک‌های اعتباری را بسازد. او این ادراک‌ها را «ادراک‌های اعتباری پیش از اجتماع» نامید. از سوی دیگر، دسته‌ای از ادراک‌های اعتباری، اختصاصی و متغیرند و با تغییر سبک‌های اجتماعی زندگی بشری، دگرگون

می‌شوند. علامه این ادراک‌ها را «ادراک‌های اعتباری پس از اجتماع» نامید. (طباطبایی ۱۳۶۲، ص ۴۲۸-۴۲۹) این مفاهیم اعتباری و افکار مصنوعی (صناعی) که چون دریایی بیکران پیرامون آدمی را فراگرفته و به تمام افکار او نفوذ کرده، یک سازمان ریاست و مرئوسیت (فرمان‌روایی و فرمان‌برداری) بیش نیست و نیروی سازنده اصلی آن، اصل استخدام (به کار گرفتن) است. تکامل (تحول) جامعه، اندیشه‌های نوینی را ایجاب می‌کند که بر حسب همان فطرت نخستین و ساز و کار فراهم آمده، طراحی و ساخته می‌شود. (طباطبایی ۱۳۶۲، ص ۴۵۰)

علامه طباطبایی خود تلاش می‌کند از تعدادی از این ادراک‌های اعتباری یا اندیشه‌های پنداری سخن بگوید و چگونگی به کارگیری این اندیشه‌ها در زندگانی را نشان دهد و ریشه‌ها را در زبان و ادبیات و به خدمت گرفتن معانی و تشبیه‌های غیرحقیقی پی گرفته است. علامه پس از بررسی اعتباریات پنج‌گانه پیش از اجتماع که ثابت به نظر می‌رسند، به بررسی اعتباریات پس از اجتماع می‌پردازد و با این سخن آغاز می‌کند: «مفاهیم اعتباری که انسان اجتماعی امروزه از قالب ذهن خود در آورده به اندازه‌ای زیاد است که شاید تمیز و طبقه‌بندی و شمردن آنها بالاتر از توانایی فکر بوده باشد، اگرچه همه آنها ساخته فکر و اندیشه می‌باشند. با این همه پیوسته انسان به حسب پیشرفت اجتماع و تکامل فکر خود مفاهیم تازه‌ای ساخته و هر روز یک یا چند نمونه تازه به عرض نمایش می‌گذارد. (مطهری، مجموعه آثار، ج ۶ (متن علامه)، ۱۳۷۱، ص ۴۴۴) علامه می‌گوید هرچه به جوامع گذشته باز گردیم می‌توانیم اشکال اولیه و ساده‌تر این اندیشه‌های اعتباری را در جوامع اولیه مشاهده کنیم؛ در واقع با مشاهده ریشه‌های اصلی یا شاخه‌های اصلی که شاخه‌های فرعی از آنها انشعاب یافته‌اند، به آنها نزدیک شویم و آنها را مشاهده کنیم. جالب توجه است که مردم شناسان و جامعه شناسانی مانند مالینوفسکی و دورکیم نیز برای مطالعه جامعه شناسانه، سازمان و روابط اجتماعی جوامع ساده و بدوی را مناسب‌تر یافتند. بنابراین، مواردی را که علامه طباطبایی مطرح می‌کند، به هیچ وجه حصری و انحصاری نیست و چنانکه خودش تصریح می‌کند. (طباطبایی، ۱۳۶۲، ص ۴۴۴-۴۴۵) فقط اشاره به ادراک‌های اعتباری‌ای است که به گمان او ریشه سایر اعتباریات پس از اجتماع محسوب می‌شوند. نخست از «اصل ملک» سخن می‌گوید، سپس از کلام و سخن و مفاهیم ریاست و مرئوسیت و لوازم آنها و مفاهیم مربوط به امر و نهی و نیز پاداش و مجازات سخن به میان می‌آورد. (طباطبایی، ۱۳۶۲، ص ۴۴۵-۴۵۱) علامه طباطبایی در پایان به بررسی چگونگی پیدایش ادراک اعتباری و پیدایش کثرت (فراوانی) در آنها و نیز چگونگی ارتباط این علوم و ادراک‌های اعتباری با آثار واقعی و

حقیقی بحث می‌کند. (طباطبایی ۱۳۶۲، ص ۴۵۲ - ۴۵۵)

شایان ذکر است که علامه طباطبایی، فقط به تدوین نظریه معرفت در فلسفه اسلامی پرداخت، او با مطرح کردن «نظریه ادراک‌های اعتباری» در واقع، معرفت‌شناسی اسلامی را گامی به جلو برده و در آن تحولی اساسی به وجود آورده و نوعی معرفت‌شناسی اجتماعی را نیز سامان داده است: از سویی، در بخش ملاک صدق،^(۱) با مطرح کردن گونه‌ای از معرفت‌های بشری که ساخته ذهن آدمی است و برای برآوردن نیازهای زندگی فردی و اجتماعی ساخته و پرداخته می‌شود، دیگر در این نوع از معرفت‌ها، نظریه تطابق^(۲) به شکل سنتی آن کنار گذاشته می‌شود و باید به نوعی پراگماتیسم گرایش یافت (دوگانگی در سنخ‌شناسی معرفت و دوگانگی در معیار صدق)؛ از سوی دیگر، عوامل اجتماعی را به عنوان عوامل به وجود آورنده یا زمینه ساز اندیشه‌های آدمی - دست کم در بخشی از آنها - اعلام می‌کند. در این بخش از معرفت‌ها، نه فقط شکل معرفت که محتوای آن نیز تحت تاثیر شرایط وجودی و اجتماعی است (تعیین اجتماعی معرفت‌های^(۳) اعتباری). ادراک‌های اعتباری، فقط تاثیرپذیر نیستند و بر واقعیت عینی و اجتماعی تاثیر می‌گذارند؛ سرانجام نکته‌ای که در جامعه‌شناسی حقوقی بسیار حائز اهمیت است این است که نوعی نسبی‌گرایی معرفت‌شناختی نیز دست کم در بخشی از اندیشه‌های بشری راه می‌یابد، زیرا وقتی بپذیریم که اندیشه‌های اعتباری، متناسب با انگیزه‌ها و نیازهای اجتماعی آدمی شکل می‌گیرد و با زمان و مکان حیات او تناسب و سازگاری دارد و کفایت و تناسب هر ادراک اعتباری را باید براساس شرایط اجتماعی و زمان و مکان پیدایش و تحول آن بررسی کرد، نتیجه چیزی جز نسبی‌گرایی معرفت‌شناسانه و نیز نسبی‌گرایی فرهنگی نخواهد بود.

با توجه به نمونه‌هایی که خود علامه طباطبایی از ادراک‌های اعتباری پس از اجتماع ارائه کرده است، آشکار است که مهم‌ترین بخش‌های ادراک‌های اعتباری در اقتصاد، زبان، هنر، حقوق و سایر روابط اجتماعی مشاهده می‌شود و بنابراین، از طریق پویایی و دگرگونی‌پذیری و نیز تناسب و همبستگی قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی، نیازهای اجتماعی و اقتصادی تامین می‌شود.

۳-۲- در قلمرو اصول فقه

حقوق اسلامی به طور کلی، یک حقوق متن محور است، یعنی کانون توجه آن و منبع اصلی

1- Criterion of Truth.

2- Corespondense Theory.

3- Social determination of Knowledge.

قواعد حقوقی متون مقدس اسلامی بوده است و همین امر بر مباحث و فنون فراهم آمده در علم اصول فقه تاثیر گذاشته است. علم اصول فقه از دو بخش علمی و فنی تشکیل می‌شود. در بخش علمی آن، نظریه منابع حقوق اسلامی (ادله استنباط احکام یا مباحث حجت) به بررسی چیزهایی می‌پردازد که می‌تواند دلیل احکام شرعی باشد؛ یعنی بتواند منبع حقوق اسلامی باشد. در بخش دیگر، به فوننی پرداخته‌اند که به کمک آنها می‌توان احکام و قواعد را از آن منابع استخراج کرد و چون آن منابع به طور عمده «متن» بودند، فنون نیز بیشتر فنون لفظی است و فقط برای مواقعی که متنی در دست نباشد یا متن ابهام داشته باشد یا متن‌ها متعارض باشند، فوننی غیر لفظی (اصول عملی) طراحی شد و به عنوان راه حل‌های اضطراری و کارهایی از سرناچاری تلقی شدند. با توجه به نگرش‌های کلامی مسلط، منابعی چون عرف، بنای عقلا (شیوه خردمندان) و احکام عقلی با تاخر و بسیار کم رنگ مورد توجه قرار گرفت. در نتیجه، از عرف فقط برای احراز موضوعات، از بنای عقلا بیشتر برای اثبات فنون لفظی تفسیر نصوص و از احکام عقلی برای اثبات درستی و استقلال مستقلات و غیرمستقلات عقلی بهره برده‌اند. بنابراین، این منابع که در حقوق ملت‌های جهان باعث پویایی و تناسب حقوق بوده‌اند، در حقوق اسلامی بی‌پروبال به پرواز در آمدند و در پویایی این حقوق کاری از پیش نبردند. حتی مکتب اصولی که به گمان خود با اثبات نقش عقل، گره‌ای را می‌گشاید، اکنون دیگر دریافته است که کاری در این جهت نکرده است و برعکس، حاصل تلاش‌های آنان تراکم و پیچیده شدن علم حقوق اسلامی شده است و بیش از پیش، از «متعارف» فاصله گرفته و بیشتر «معقول» (منطقی - فلسفی) شده است.

۳-۲-۱- احکام عقلی در علم اصول

در اینجا بحث بر سر این نیست که می‌توان عقل را به عنوان ابزاری برای فهم کتاب و سنت به کار برد یا نه، چراکه این امر را حتی اخباریان نیز در فهم احادیث قبول دارند. به تعبیر حقوقی، مقصود این است که آیا می‌توان به احکام عقلی به‌عنوان احکام حقوق اسلامی نگریست؟ برخی از نویسندگان برآنند که تا پایان قرن پنجم هجری، فقیهان شیعه عقل را به عنوان دلیل مستقل احکام شرعی در کنار کتاب و سنت قرار ندادند و فقط برای آن نقش ابزاری قائل بودند. به‌طور کلی متکلمان و فقیهان برای پرکردن خلا فقدان نص به چیزی به نام «عقل» توجه کردند و به تقسیمی میان احکام مستقل عقلی و احکام غیرمستقل عقلی دست یافتند. (برای نمونه ر.ک: فاضل

در علم اصول فقه برای گریز از بدنامی عقل و خرده‌گیری اهل حدیث و اهل ظاهر، از آن استدلال کلی که می‌گوید «وقتی شریعت خاتم آمد، هر آنچه از حدود و محدودیت‌ها که می‌خواست بیان کرده است و بنابراین، در مواردی که چیزی بیان نشده است، آدمی با خرد خویش حق قاعده‌گذاری دارد» فاصله گرفته و به عقل فقط اجازه داده‌اند که به استکشاف قطعی حکم شارع بپردازد. از همین رو، در قلمرو عقل نیز به وجود نیرویی عرشی قائل شده‌اند که مجرد است (نه عقل شخصی آدمیان)، زیرا عالمان شیعه عقل استحسانی و قیاسی و ظن افراد را در خطر انحراف و کج‌اندیشی دانسته و یا برای پرده‌پوشی در برابر اهل حدیث و اهل ظاهر، برای عقل جایگاهی قدسی ساختند. (ر.ک: مظفر ۱۳۶۸، الجزائلی، ص ۱۲۵؛ علی دوست ۱۳۸۱، ص ۱۸۸-۱۹۵) بحث‌هایی در خصوص امکان استناد به احکام عقلی وجود دارد و موافقان و مخالفان دلیلی دارند. (ر.ک: مظفر ۱۳۸۶، الجزائلی؛ علی دوست ۱۳۸۱؛ مطهری ۱۳۷۷، ج ۱) اما سخن در اینجا این است که بر فرض که عقل را به عنوان منبع حقوق اسلامی بپذیریم، احکام مستقل عقلی توسط اکثر مردمان جهان پذیرفته شده و کمتر کسی به ضد آنها سوق یافته است. نکته مهم‌تر این است که لحاظ معرفت‌شناسی حقوقی چون معرفت‌های حقوقی بیشتر جنبه عقلایی دارند، نه عقلی محض، احکام عقل را در آن راه نیست و این است راز عدم پویایی حقوق اسلامی، علی‌رغم پذیرش عقل به عنوان منبع حقوق اسلامی. اما آدمی نوعی نخبه‌گرایی مستتر را در اینجا می‌یابد، چون در جوامع گذشته، حکمت در برابر شریعت مطرح بود، طرح نقش عقل راهی بود برای اینکه حکیمان (که دانایان آن جوامع محسوب می‌شدند) براساس آنچه «متعارف و معقول» است، حکم کنند و این حکم متعارف آنان، مخالف حکم شرع دانسته نشود. اما آنچه برای پویایی حقوق لازم است، احکام عقلایی و خردمندانه است، نه احکام نیرویی مجرد و قدسی به نام عقل.

۳-۲-۲- بنای عقلا (شیوه خردمندان)

سیره یا شیوه خردمندان ممکن است بدون قید خاصی باشد که خردمندان هر عصری و هر جایی را شامل می‌شود و ممکن است که به افراد خاصی یا مردمان زمان خاصی اختصاص یابد. اصطلاحاتی مانند عرف، عرف متشرعه، عرف فقیهان، بنای عقلا، سیره متشرعه بر همین اساس شکل گرفته‌اند: (ر.ک: مظفر، ۱۳۸۶، الجزائلی) پرسش‌های مهم این است که نخست آیا بنای عقلا (شیوه خردمندان) به طور کلی معتبر است یا نه؟ و دیگر آنکه آیا سیره اهل شرع (متشرعه)

معتبر است یا نه؟ عالمان اصول در پاسخ به این پرسش اخیر چندان سخت‌گیری نکرده‌اند و البته بیشتر شیوه‌ای را که به زمان معصومان نزدیک باشد، می‌پذیرند. اما در خصوص پرسش نخست، به طور کلی برخی عقیده دارند که باید هر شیوه یا سیره‌ای را جداگانه بررسی و اعتبار آن را ارزیابی کرد. (برای نمونه ر.ک: مظفر ۱۳۸۶، الجزائالت، صص ۱۷۱-۱۷۲)

در مقابل، برخی معتقدند که صرفاً با سکوت شارع (در مورد سیره‌ها و شیوه‌هایی که در گذشته وجود داشته) یا حتی (به نظر برخی) با علم به اینکه خردمندان در آینده چنین بنایی خواهند داشت، معتبر است؛ در این صورت، هیچ لزومی ندارد که بنای عقلایی به دلیل عقلی ارتباط یابد و هیچ لزومی ندارد که هر شیوه یا راهی را جداگانه بررسی کرد و امضای اختصاصی شرع را در آن مورد به دست آورد. همچنین، در این خصوص برخی معتقدند که اگر بنای عقلا در موردی، منشا عقلی داشته باشد و خردمندان از آن جهت که خردمندند، آن را پذیرفته باشند، اعتبار خواهد داشت و در غیر این صورت (منشا عقلی نداشته باشد) به امضای شارع نیازمند است. (ر.ک: علی‌دوست ۱۳۸۱، صص ۲۱۷-۲۲۱)

پیش از این گذشت که چگونه ممکن است که از یک سو، یک دین را دین خاتم بدانیم و معتقد باشیم تمام نیازهای بشر را پاسخ داده است و از سوی دیگر معتقد باشیم که آن دین، شیوه خردمندان هر عصری را در جهت برآوردن نیازهای زندگانی و امور حقوقی تایید نکرده است. مهم‌ترین پرسش این است که شریعت در برابر شیوه‌ها و سیره‌هایی که خردمندان هر عصری یا هر سرزمینی در انجام امور اقتصادی، اجتماعی و حقوقی خود پیشه کرده‌اند، چه موضعی دارد؟ اگر نپذیریم که در صورت عدم مخالفت آشکار و روشن آن سیره با اصول و احکام مقرر در شریعت، باید آنها را معتبر بدانیم، ناچار باید شکل‌گیری هر گونه بنای عقلانی جدید و بی سابقه را نپذیریم و یا با سخت‌گیری فراوان سرنوشت آنها را به دست عده‌ای از عالمان بدهیم که به صورت فنی و با اعمال سلیقه شخصی و اجتهاد و فهم خود بگویند که این عمل خردمندان، معتبر است یا نه. بی تردید، از لحاظ شرعی شیوه‌های مخالف با کتاب و سنت قطعی قابل قبول نیست، اما فواتر رفتن از این، دست و پای عرف را می‌بندد و هرگونه تحول اقتصادی و اجتماعی و حقوقی جدید را مستلزم نوعی نادینی‌گرایی (عرفی شدن) می‌کند.

باید پذیرفت که این بحث در اصول فقه هنوز بسیار خام است و باید ارتباط آن با مبانی کلامی به دقت بررسی شود، همچنین با مفهومی از امضا و تاسیس در حوزه معاملات سنجیده شود. در قلمرو مفاهیم کلامی باید مساله تحول زمانه و شرایط زندگی و مساله خاتمیت بررسی

شود. همچنین به استدلال‌های متکلمان در برابر ادیان دیگر توجه شود که چگونه آنان گذشت زمان را موجب لزوم شریعت و قواعد جدید می‌دانند و در مورد دین اسلام استثنا قائل می‌شوند و خاتمیت دین اسلام را مطرح می‌کنند. بنابراین، دین خاتم باید واجد چیزی و عنصری باشد که گذشت زمانه آن را کهنه نکند و همچنان بتواند متناسب با نیازهای جدید، احکام و قواعد جدید داشته باشد. آیا این امر با آن تفسیر در امضای نهادهای عرفی سازگار است که می‌گوید فقط نهادهایی که در زمان شارع وجود داشته است و به طریقی امضای شارع را نسبت به آن کشف کنیم، پذیرفته است؟ بنابراین، ناگزیر و با توجه به این مبنای کلامی امامیه در بحث امامت که اکنون در زمان غیبت کبرای امام زمان (عج) بسر می‌بریم، چاره‌ای باقی نمی‌ماند که سیره عقلا و بنای خردمندان مادام که با اصول و مبانی و احکام آشکار و قطعی شریعت ناسازگار نباشد، درست باشد؛ یعنی خردمندان می‌توانند همان طور که نهادهای اقتصادی و حقوقی را به وجود آورده‌اند، آنها را متناسب با تحولات زمان و مکان دگرگون سازند. (برای نمونه در مورد عقود جدید ر.ک: مغنیه ۱۴۰۴، ج ۳، صص ۱۸-۱۹) در این صورت، هیچ لزومی ندارد که عالمان موشکافانه به دنبال هر نهاد نو ساخته‌ای در لابلای متون شرعی و تاریخ شریعت یا متشرعه جستجو کنند و اگر بیابند آن را پذیرفته و اگر نیابند بگویند این مخالف با شرع است، چرا که چنین شریعتی که باب علم در آن بسته است و دسترسی به امام زمان فعلاً ناممکن است و افزون بر این نهادهای جدید را نیز نمی‌پذیرد و قانون‌گذاری جدید را بر نمی‌تابد، دیگر نمی‌تواند خواهان ابدیت همه قواعد خود باشد.

۳-۲-۳- عرف

عرف و به تعبیری «عرف و عادت» در قلمرو حقوق همیشه دارای جایگاه ممتازی بوده است و اکنون نیز در نظام‌های حقوقی گوناگون - حتی نظام‌های غیر عرفی و مبتنی بر قانون نوشته - عرف‌های عام و خاص در شمار مهم‌ترین منابع حقوق بوده و قانون‌گذاران و دادرسان در فعالیت‌های تقنینی و قضایی، آن را مورد توجه قرار می‌دهند. در حقوق اسلامی نیز از عرف بحث شده است و در مباحثی چون اجماع، عرف اهل مدینه و نیز عرف از این مسأله مهم سخن گفته‌اند. فقیهان اهل سنت از آغاز، عرف را جز منابع حقوق اسلام قلمداد کردند، اما در اصول فقه شیعه، بحث عرف جایگاه مستقلی را به خود اختصاص نداد، مگر همان اندازه که در خصوص رد اجماع اهل سنت و نیز رد سیره عقلایی سخن گفته‌اند.

در اینجا بنا نداریم به بررسی مسأله عرف پردازیم؛ اینکه تعریف عرف چیست و چه تفاوتی

با سیره عقلا و عادت دارد؟ اقسام عرف، دلیل اعتبار عرف و جایگاه آن در استنباط احکام؛ چگونه عرف به اثبات می‌رسد و راه حل تعارض عرف با سایر منابع چیست؟ (ر.ک: محمدی ۱۳۷۸، ص ۲۵۱ - ۲۶۱؛ ولایی ۱۳۷۴، ص ۲۴۳ - ۲۴۸؛ کاتوزیان ۱۳۷۷، ج ۱، ۱۷۷ - ۱۸۸؛ کاتوزیان ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۴۷۱ - ۵۴۳). بیش از هر چیز برآنیم تا نشان دهیم که پذیرش عرف به عنوان یکی از منابع حقوق، زمینه‌ای مهم برای پذیرش نوعی نظریه اجتماعی - حقوقی می‌تواند باشد.

نخستین بحث مهم که همه از آن سخن می‌گویند، اما به جوانب متفاوت آن کمتر توجه می‌شود، مساله امضا و تاسیس در جانب موضوعات و احکام است. روشن است که به ویژه در قلمرو معاملات بسیاری از موازین و احکام عرفی توسط شریعت اسلامی پذیرفته و امضا شد و در مقابل، برخی موضوعات و احکام اختراعی نیز وجود دارد که شریعت آنها را به وجود آورد و تاسیس کرد. تقریرهای گوناگونی می‌توان از مساله امضا به عمل آورد. محدودترین و مضیق‌ترین تفسیر آن است که بگوییم شریعت اسلامی فقط در همان زمان و از باب ضرورت‌های اجتماعی و زیستی، دسته‌ای از موضوعات و احکام عرفی را تایید و امضا کرد و به مسلمانان فهماند که فقط می‌توانند تا آخرالزمان از همین ساز و کارهای حقوقی برای انجام امور زندگانی خود بهره ببرند. همین تقریر محدود و ناپخته از سوی اکثر محققان پذیرفته شد. حسن بزرگ این تفسیر از امضا آن است که راه اعتبار سیره عقلا را می‌بندد و همه چیز یا بیشتر چیزها را در قلمرو حقوق اسلامی توفیقی و شرعی می‌کند. (برای ملاحظه دلیل این دیدگاه ر.ک: محمدی ۱۳۷۸، ص ۲۵۶ - ۲۵۷)

اما اگر به تحلیل اجتماعی و تاریخی و اقتصادی جوامع توجه کنیم و از سوی دیگر به لحاظ کلامی و مساله جاودانگی اسلام و نیز شیوه برخورد اسلام با فرهنگ‌های معاصر نظر کنیم، خواهیم توانست به تفسیر دیگری از امضای موضوعات و احکام عرفی دست یابیم، که هم جاودانگی اسلام را بهتر توجیه کند و هم برخورد اسلام را با فرهنگ‌های معاصر خود، بهتر توضیح دهد و نیز عرف را در جایگاهی قرار دهد که نیازمندی‌های اقتصادی، اجتماعی و حقوقی زمان و مکانی را که جامعه در آن واقع شده، تامین کند. در این تفسیر، با واقع‌بینی می‌گوییم که اسلام با بیان‌هایی مانند «احل الله البیع» قواعد و نهادهای حقوقی و اجتماعی را به طور کلی تایید کرده است و در واقع، به این ترتیب همه نظام‌های عقلایی و عرفی را که لازمه زندگی اجتماعی است، امضا و تایید کرده است. بنابراین، این نوعی امضای شیوه‌های عرفی در استمرار زمان و برای همیشه است و هیچ لزومی ندارد که یک شیوه عرفی یا عقلایی به زمان معصومان (ع) منتهی شود، تا بتوان تایید خاص آن را در آن مورد، کشف کرد. به سخن دیگر، شریعت

شیوه‌های عقلایی و عرفی را به طور کلی تایید کرده است. به تعبیری که برخی از متکلمان شیعی بیان کرده‌اند و پیش از این به آن اشاره کردیم، اسلام آمد تا همه چیز را بیان کند و بیان کرد؛ هر چیز را که بیان نکرد، مجاز دانسته است و هیچ لزومی ندارد که همه اشکال فعالیت‌های اقتصادی، اجتماعی و حقوقی را به تفصیل نام ببرد و آنها را تایید یا رد کند یا اینکه از سوی دیگر به مردم بگوید که در رکود کامل به سر ببرید و با ساز و کارهای باستانی روزگار بگذرانید.

البته آنچه تاکنون از عرف در قلمرو منابع فقه امامیه حاصل آمده است، اعتبار عرف در تفسیر موضوعات احکام و بیان اراده طرفین معامله بوده است. فقیهان امامیه عرف را برای اثبات حکم تکلیفی معتبر نمی‌دانند، مگر اینکه ثابت شود که آن عرف در زمان معصوم (ع) هم وجود داشت و نهی نیز نشده، که در این صورت، خود نوعی تقریر خواهد بود و یکی از شاخه‌های سنت محسوب خواهد شد. (ر.ک: محمدی ۱۳۷۸، ص ۲۵۹) آشکار است که در این مساله مشکل کلامی وجود داشته است و به همین دلیل فقط به صورت محدود در تفسیر اراده طرفین قرارداد و تفسیر عرفی موضوعات احکام، عرف را مرجع و منبع مناسبی یافته‌اند.

عالمان اهل سنت به ویژه حنفی‌ها، عرف را حجت دانسته و آن را از بهترین وسایلی به شمار آورده‌اند که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ کرد و نیازهای روز افزون و دگرگونی‌پذیر جامعه را به طرز انعطاف‌پذیر تامین کرد. (ر.ک: ابن‌نجم، الشباه و النظائر، قاعده نهم؛ ابن‌عابدین، رساله نشرالعرف، جز دوم، ص ۱۱۴ به بعد؛ مصطفی الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ۱، ص ۳۶ - ۴۱؛ ج ۲، ش ۴۷ - ۵۵ (به نقل از: محمدی ۱۳۷۸، ص ۲۵۸)).

از میان فقیهان امامیه، فاضل مقداد در کتاب *نضد القواعد الفقهیه* با عنوان این مطلب که «بجوز تغییر الاحکام بتغییر العادات» می‌گوید که چیزهایی مانند پول رایج، موازین و مقیاس‌های اندازه‌گیری، نفقه زوج و خویشاوندان، تابع عرف و عادت زمان خود بوده و با تغییر این عرف و عادت این امکان وجود دارد که به عادت دیگری تبدیل شود. البته فاضل مقداد به سهولت از این مساله در می‌گذرد و این پرسش مهم را بی پاسخ می‌گذارد که آیا فقط همین مواردی است که ذکر شده یا اینکه قلمرو گسترده‌تری دارد؟

جایگاه بحث او در کتابش، مقتضی گستردگی قلمرو است، زیرا او می‌گوید اکثر احکام فقهی بر پنج قاعده اساسی استوار است، از جمله به قاعده لاضرر و نفی حرج نیز اشاره می‌کند و سپس می‌گوید که احکام با تغییر عادات می‌تواند تغییر کنند. آیا فقط مساله مقیاس‌های اندازه‌گیری مهم است یا خود نهادهای حقوقی می‌تواند براساس تغییر عرف و عادت تغییر کند؟ (ر.ک: فاضل

به هر حال، این مساله بسیار حائز اهمیت است و به نظر می‌رسد که به طور کامل به آن توجه نشده است. در هر صورت، اگر در حقوق اسلامی عرف به عنوان یک منبع پذیرفته شود، خود زمینه‌ای برای پذیرش نظریه‌ای اجتماعی - حقوقی در قلمرو حقوق خواهد بود و هر چه بر قلمرو آن افزوده شود، هم حقوق، اجتماعی‌تر می‌شود و هم در حقوق‌شناسی و جامعه‌شناسی حقوق می‌توان دارای دیدگاهی اجتماعی - حقوقی بود و به نوعی ارتباط میان حقوق و جامعه‌ای که در آن واقع شده، قائل شد.

۳-۳- در قلمرو فقه اسلامی و مبانی آن

در این قسمت با مجموعه‌ای از دیدگاه‌ها و بحث‌های فقهی و فراقه‌ی روبه‌رو می‌شویم که پذیرش آنها مقتضی نوعی رویکرد اجتماعی - حقوقی است. برای رعایت اختصار فقط به مهم‌ترین این دیدگاه‌ها می‌پردازیم و در پایان از دیدگاه‌های باقی مانده، فقط با اشاره می‌گذریم:

۳-۳-۱- فردگرایی یا جمع‌گرایی فقیهان

چه فقیهان شیعه و چه فقیهان اهل سنت بر جنبه اجتماعی احکام حقوق اسلامی توجه نکرده بودند و در تقسیم‌بندی‌هایی که ارائه کرده‌اند، تصویر فرد مسلمان مکلفی را در ذهن می‌آوردند که بنا دارد بر طبق احکام شریعت اسلامی رفتار کند. (برای نمونه ر.ک: فاضل مفداد ۱۴۰۳، ص ۷) حتی فقیهانی که از طریق اغراض وارد شده‌اند و برای شریعت پنج مقصد (غرض) اصلی در نظر گرفته‌اند، از جنبه اجتماعی و جمعی حیات آدمی غفلت کرده‌اند. فقط شاید بتوان گفت که در مباحث مربوط به مصالح مرسله گفته‌اند که باید آن مصلحت عمومی باشد (یعنی شخصی نباشد). (ر.ک: غزالی، المستصفی من علم الاصول، مبحث استصلاح)

برخی از فقیهان معاصر به این نکته توجه یافته و برآنند که در حالی که هدف اصلی فعالیت اجتهادی این است که فرد مسلمان بتواند در جریان زندگی، رفتار خود را با اسلام سازگار کند و این سازگاری باید در دو عرصه (رفتار و کارهای فردی و روابط و مناسبات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی) انجام شود. اجتهاد باید این هر دو هدف را در نظر داشته باشد. اما تحقق تاریخی فقه تشیع چنین نبود و بیشتر همان هدف نخست (حیات فردی) را دنبال کرده است. در ذهن مجتهدان

چهره فرد - و البته بیشتر مرد^(۱) - مسلمانی تجسم می‌یافته است، که می‌خواهد روش و رفتار خود را با آیین اسلام منطبق کند، نه اینکه تصویری از جامعه مسلمان نیز نقش بندد، که بنا دارد، نهادها و سازمان‌های خود را براساس احکام اسلام سامان دهد. این موضع‌گیری ذهنی فقیهان، آثاری عینی در فقه (مبانی، روش و احکام فرعی آن) به بار آورده است. اینکه فقیهان خو کرده‌اند که به حل دشواری‌های زندگی فردی بپردازند، بر نظریه‌های آنان نیز تاثیر گذاشته است و نظریه‌های فردگرایانه را رقم زده است. (برای ملاحظه نمونه‌های آن ر.ک: صدر ۱۳۵۹، صص ۱۲-۱۳) آیا قوانین دین خاتم فقط برای تنظیم روابط خصوصی و فردی است؟ آشکار است که غفلت از نیمی از هدف در تاریخ فقه، آسیب‌هایی را در قلمرو روش (اعم از روش استنباط احکام و روش تفسیر متون)^(۲) و نیز نظریه‌های فقهی به بار آورده است و باید برای ساختن آینده به گذشته بازگشت و یکایک این آثار نامیمون را شناخت و تا حد امکان بازسازی و ترمیم کرد. (ر.ک: صدر، ۱۳۵۹، صص ۵-۱۱)

در هر حال توجه به واقعیت اجتماعی و مصالح و منافع اجتماعی آدمیان، درک نظریه پرداز حقوقی را از منابع حقوق دگرگون می‌کند و نیز در تفسیر منابع نیز تاثیر می‌گذارد و همچنین این امر را بایسته می‌نماید که حقوق دانان اسلامی به‌طور تجربی به مطالعه واقعیت‌های اجتماعی - حقوقی جامعه خود بپردازند، تا بتوانند درکی درست و عمیق از چیزهایی که احکام آنها را بیان می‌کنند، داشته باشند، هر چند در این تلاش، حقوقدانان نباید دل در گرو واقعیت‌ها و ضرورت‌ها بدهند و از آرمان‌های اخلاقی و ارزش‌های متعالی و عدالت غفلت کنند.

۳-۲- توجه به دو مرحله موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی در فرایند اجتهاد

البته فقیهان اسلامی به شناخت موضوعات احکام نیز اهتمام داشته‌اند،^(۳) اما می‌دانیم که به لحاظ روش‌شناسی و منطقی، شناخت موضوعی که حقوقدان بنا دارد، حکم آن را بیان کند، بر

۱- افزودن این قید داخل دو خط فاصله از نویسنده این مقاله است.

۲- برای نمونه به بحث‌های شیخ محمدجواد مغنیه در کتاب فقه الامام الصادق [۱۴۰۴] و نیز سیدمحمد باقر صدر [۱۳۵۹، صص ۲۵-۳۶] مراجعه کنید: خلاصه اینکه آنان معتقدند که باید نصوص و روایات اسلامی را براساس متن اجتماعی زمان آنها درک کرد. دخالت دادن متن اجتماعی که متن لفظی نصوص را احاطه کرده، نکته‌ای است که هم در جامعه‌شناسی حقوق و هم از نظر جامعه‌شناسی معرفت‌های حقوقی حائز اهمیت است.

۳- شاید این رفتار علامه حلی در مقام بررسی فقهی «آب جاه» که فرمان داد که جاه منزل او را برکنند، حامل این اشاره باشد که مجتهد باید موضوع فقهی و حقوقی را فارغ از اغراض شخص خود و به‌طور عینی و آن چنان که هست در یابد و از هر چیزی که شناخت او را دچار کژی و نادرستی کند، بپرهیزد.

بیان حکم آن مقدم است. با وجود این، متأسفانه در اصطلاح رایج، فقیه (نظریه پرداز حقوق اسلامی) به کسی اطلاق می‌شود که به طور کامل و استادانه منابع احکام اسلامی را بشناسد و بتواند، احکام موجود در آنها را درک و استخراج کند. اما این فقط نیمی از کار است، بخش دیگر کار، که تاکنون اغلب از آن غفلت کرده‌اند، دو بررسی عینی و واقعی در قلمرو موضوع‌شناسی است: یکی بررسی موضوعات تاریخی که در زمان صدور این احکام (گزاره‌های حقوقی شریعت) وجود داشت و دیگری موضوعات کنونی که در جامعه امروزی وجود دارند. بدون این مطالعات تاریخی و عینی (اجتماعی) هیچ کسی نمی‌تواند ادعا کند که من به عنوان یک صاحب‌نظر دریافته‌ام که حکم فلان عمل اباحه یا حرمت است، زیرا در این صورت فقط باید به قیاس‌های نامطمئن دست بزند و دعا کند که آن موضوع تغییر نکرده باشد. آشکار است که احکام به «نام‌ها» تعلق نگرفته‌اند، بلکه اعمال و نتایج آنها را در نظر دارند.

افزون بر این، به وجود آمدن موضوعات جدید و بی سابقه و گسترده‌تر شدن این موضوعات حقوقی، کار موضوع‌شناسی را دشوارتر از پیش کرده است. امروزه پذیرش تجزی در اجتهاد، نه فقط به خاطر گسترش ابواب فقهی، که بیشتر به علت گسترش موضوعات حقوقی و فقهی است. آنان که در عرصه حقوق امروزی مطالعه و تحقیق می‌کنند، می‌دانند که فقط بررسی انواع بیمه‌هایی که امروزه مرسوم شده است و نیز انواع اسناد تجاری و بانکی به چه اندازه دقت و وقت نیازمند است. در غیر این صورت، باید به زدن شاخ و بال موضوعات جدید و فرو کاهش آنها به قواعد و نهادهای کهن بسنده کرد و این در افتادن در دام قیاس بدنام است. بسیاری همین راه آسان را رفته و دشواری را از خود برداشته و هزاران گره بر کار فرو بسته دیگران افزوده‌اند.

۳-۳-۳- تحول عرفی (اجتماعی) موضوعات احکام

اگر براساس مبانی کلامی، تاریخی، جامعه‌شناختی و اقتصادی بپذیریم که فی‌الجمله موضوعات احکام دگرگون می‌شوند: گاه موضوعی از بین می‌رود (برده داری) و گاه موضوع نوینی ایجاد می‌شود (بیمه) و گاه موضوعی تغییر ماهیت و آثار می‌دهد (روابط کار). مثال‌های بارز تحول عرفی موضوعات احکام «روابط کار» و «شطرنج» است که در فضای حقوقی کشور مطرح شده است. اینکه در این موارد خاص، ادعای دگرگونی این موضوعات درست است یا نه، بحثی است که باید دنبال شود، اما مساله این است که به لحاظ روش، فقیه و حقوق دان باید مترصد دگرگونی‌های اجتماعی، حقوقی و اقتصادی باشد. شیخ انصاری در مکاسب محرمه

خود، توجه ژرف‌نگرانه‌ای از خود نشان می‌دهد و می‌گوید که اگر برای خون، منفعت حلالی در نظر گرفته شود، مثلاً برای رنگ‌آمیزی به کار رود، در این صورت، دیدگاه قوی‌تر از نظر من، دیدگاهی است که خرید و فروش آن را مجاز می‌داند. (شیخ انصاری ۱۴۱۰، ص ۱۱) می‌دانیم که امروزه با تزریق خون به بیماران، جان آنان را نجات می‌دهند.

آشکار است که با تغییر سبک زندگی و پیشرفت علم و فن، اهداف و آثار بهره‌برداری از اشیا و نهادهای حقوقی دگرگون می‌شود. برای بررسی چگونگی تحول و میزان تحولات، باید لزوم مطالعات اجتماعی - حقوقی و استفاده از این مطالعات را در نظریه‌پردازی حقوقی پذیرفت.

۳-۳-۴- «منفعت محلله مقصوده» از نظر شیخ مرتضی انصاری

شیخ انصاری در کتاب پرآوازه خود مکاسب، به طور کلی با توجه به بررسی روایات و نصوص معتقد است که همه انواع معاملات که به شکلی برای زندگی مردم ضروری باشد و اساس گذران امور آنان را شکل می‌دهد و از سوی شریعت نیز در آن مورد منع و نهی نرسیده باشد، همگی حلال و مجاز است و معاملات ممنوع، معاملاتی اند که در آنها فساد وجود داشته باشد. بنابراین، همه انواع معاملات، تجارت‌ها، فنون و صنایع که مردمان به آنها نیاز دارند و برای زندگانی آنان لازم و ضروری است، مجاز و مشروع است. (شیخ انصاری ۱۴۱۰، ص ۷-۱۱)

ضابطه‌ای که شیخ انصاری صورت بندی می‌کند و به لحاظ روش استنباط بسیار مهم است، این است که اگر کاری یا معامله‌ای یا فنی یا صنعتی یا چیزی دیگر، که در مناسبات و دادوستدهای مردم وجود دارد، برای زندگی اجتماعی، اقتصادی و معاش مردم ضروری باشد و در واقع، نیازهای اساسی و واقعی مردم را تامین کند و به بیان دیگر، خردمندان آن را برای رفع نیازهای اجتماعی و اقتصادی آن جامعه‌گریز ناپذیر و ضروری بدانند و از سوی شریعت نیز با آن مخالفت نشده باشد، آن کار یا فعالیت یا فن یا صنعت صحیح و مجاز است. به تعبیر شیخ انصاری، ضابطه این است که باید خردمندان آن را لازم بدانند (مقصوده) و شریعت آن را ممنوع نکرده باشد (محلله). اگر کسی این دیدگاه را بپذیرد، کمتر عمل یا معامله یا مهارت و فنی را ذاتاً ممنوع اعلام می‌کند، چنانکه شیخ انصاری در برخی موارد تصریح می‌کند که حرمت یا جواز، دائر مدار فساد و صلاح است و می‌گوید اگر مصلحت حلال عقلایی برای مالی که اکنون هیچ منافع معقولی ندارد، به وجود آید، می‌تواند موجب حلیت و جواز دادوستد آن مال شود. (ر.ک:

۳-۳-۵- احکام ثابت و احکام متغیر در فقه اسلامی

در اینجا پرسشی وجود دارد که کسی نمی‌تواند آن را کنار بگذارد و باید به آن پاسخ داد و آن این است که: با توجه به اینکه جوامع بشری از جهات گوناگون (اجتماعی، اقتصادی و سیاسی) دگرگون می‌شوند و باید نیازهای جدید آنها تامین شود و از سوی دیگر، دیگر شریعت نوینی نخواهد آمد، چگونه قواعد محدود و ثابت اسلامی می‌تواند به همه این نیازها پاسخ دهد؟ پاسخ سنتی و ساده به این پرسش این است که همه احکام اسلام ثابت است و با تفسیر مناسب همین احکام، پاسخ مسائل جدید داده می‌شود. در مقابل، پاسخ علمی که مبتنی بر جامعه‌شناسی، فلسفه و تاریخ حقوق باشد و به روش‌شناسی نیز توجه کند، لزوم تغییر قواعد را گریزناپذیر می‌داند. برخی به دیدگاهی میانه سوق یافته و پاره‌ای از احکام را ثابت و پاره‌ای دیگر را متغیر قلمداد کرده‌اند. (ر.ک: مطهری ۱۳۷۷، ص ۱۱ - ۱۸)

از لحاظ فنی برای پاسخ دادن به این پرسش، باید در خصوص انسان و نیازهای فردی او، و نیز جامعه انسانی و نیازهای اجتماعی، مسائل مربوط به معرفت‌شناسی حقوقی و معنای فلسفی و کلامی و درون دینی خاتمیت، جاودانگی و جامعیت اسلام و نیز قلمرو دین و معنای برخی از نصوص شرعی^(۱) دارای درکی محققانه و جامع بود، تا بتوان پاسخی در خور به این مساله مهم و دشوار داد.

پاسخ‌های مطرح شده متعدد و متنوع است: از کسانی که یکسره دین و همه قواعد آن را ثابت می‌دانند، تا آنان که بساط دین را برچیده می‌بینند. روشنفکران دینی نیز تلاش می‌کنند که در این میان هم دین را بر کرسی نگه دارند و هم نیازهای جدید را به طرز برآوردند. (برای نمونه ر.ک: مطهری ۱۳۷۷، ص ۱۱ به بعد؛ مجتهد شبستری ۱۳۷۷، ص ۷۶ - ۸۴؛ سروش ۱۳۷۳، ص ۱۶۳ - ۳۱۴؛ هادوی تهرانی ۱۳۷۸، ص ۲۲ - ۳۲) داورها در خصوص این نظریه‌ها گوناگون است و اغلب، داورهایی غیر علمی و آغشته به سیاست ارائه شده است. اما بی‌غرضانه می‌توان گفت که همه روشنفکران دینی در تلاشند تا هم دین را از برچسب کهنگی برهانند و هم دشواری‌های آدمیان را بنگرند و برای حل آنها کاری نکنند. نظریه‌هایی مانند «مقتضیات زمان و مکان» یا «قبض و بسط ثوریک شریعت»^(۲) برای پاسخ به همین پرسش بنیادی طراحی شده و در صدد آن بوده‌اند که بخش

۱- مانند این تعبیر که روایت کرده‌اند: «حلال محمد (ص) تا روز قیامت حلال است و حرام او نیز تا روز قیامت حرام است» و برخی آیات قرآن مانند: «تبیانا لکل شیء» و «لا رطب و لا یابس الا فی کتاب مبین».

۲- البته این نظریه فراتر از این، می‌خواهد رابطه معرفت‌های دینی را با سایر معرفت‌های بشری نشان دهد.

ثابت و متغیر احکام شریعت اسلامی را متمایز کنند، اما زمان می‌خواهد که با بررسی‌های علمی به دیدگاه‌هایی پخته و کارآمد دست یابند. هرکس که احکام و قواعد حقوق اسلامی را هر چند فقط در بخش معاملات، دگرگونی‌پذیر بداند، معیار این دگرگونی را در نیازهای جدید اجتماعی و اقتصادی و تحولات زندگی بشر جستجو می‌کند و این خود مستلزم انجام مطالعات اجتماعی - حقوقی خواهد بود.

۳-۳-۶- نظریه «مقتضیات زمان و مکان»

در این دیدگاه برای نشان دادن اینکه بخشی از احکام حقوق اسلامی ثابت و بخشی دیگر متغیرند، اعتقاد براین است که براساس مقتضیات زمان و مکان، پاره‌ای از احکام تغییر می‌کنند، اما مقصود از مقتضیات زمان، پستند و سلیقه و ذوق مردمان زمان نیست. در واقع بخشی از نیازهای آدمی متغیر است و وسایل برآوردن آن نیازها نیز دگرگون می‌شوند. در این قلمرو، عقل آدمی به کار می‌آید و وسایل و ابزارهای کارآمدتر را به وجود می‌آورد.^(۱) (مطهری ۱۳۷۷، صص ۱۸۴-۱۹۵) این دیدگاه همه بخش‌های احکامی حقوق اسلامی را متغیر نمی‌داند و ارزش‌های ثابتی را ترسیم می‌کند که هیچ‌گاه به ضد خود تبدیل نمی‌شوند. (ر.ک: مطهری، ۱۳۷۷، صص ۲۰۴-۲۱۳ و صص ۲۱۸-۲۲۷) بر این اساس، مجتهدان نباید فقط به ظواهر بپردازند بلکه باید به مغز و باطن احکام اسلامی دست یابند و تکلیف احکام متغیر را نیز معلوم کنند. برای نمونه آیا می‌توان جواز شرط‌بندی را فقط به سبق و رمایه (سوار کاری و تیراندازی با کمان) منحصر دانست و امروزه که اتومبیل‌رانی و موتور سواری و نیز تیراندازی با اسلحه گرم، همان مهارت‌ها را در آدمی تقویت می‌کند، شرط‌بندی را در آنها قمار اعلام کرد؟ در این نظریه هر نیاز متغیر به یک نیاز ثابت وابسته است که صاحب‌نظران باید این ارتباط را کشف کنند. البته مقصود، انجام قیاس نیست، بلکه تلاش برای رسیدن به ملاک‌های احکام و تعمیم آنها مراد است. (ر.ک: مطهری، ۱۳۷۷، صص ۲۳۲-۲۴۲)

باید دانست که این نظریه و یا هر نظریه دیگری در این زمینه، با بحث اخلاق و قواعد اخلاقی ارتباط می‌یابد. در خصوص ثبات یا تغییر قواعد اخلاقی نیز دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. (برای مطالعه ر.ک: طباطبایی، ج ۱، ص ۵۶۳، ص ۱۰؛ ج ۶، ص ۲۵۶ - ۲۵۷؛ کاتوزیان ۱۳۷۷، ج ۱، صص

۵۵۲-۵۶۱) متفکران اسلامی به هیچ‌وجه نمی‌توانند به دلیل مبانی کلامی و اخلاقی خود، نسبت‌گرایی اخلاقی افسارگسیخته و تمام‌عیار را بپذیرند. به هر حال، پذیرش نظریه‌هایی از این دست، چه در بخش اخلاق از ثبات اصول اخلاقی و دگرگونی مصادیق آن سخن بگوییم (طباطبایی، ۱۳۶۰، ج ۵، ص ۱۰) و چه از نوعی «اخلاق والای اجتماعی» سخن به میان آوریم (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۶۰) و چه پای مقتضیات زمان و مکان را به میان بکشیم، در همه این موارد برای «دگرگونی‌های اجتماعی - حقوقی» سهمی جدی و مهم قائل شده‌ایم و باید در روش تحقیق تجدید نظر کرده و ابزارهای چنین مطالعه‌ای را نیز فراهم کرد.

۳-۷- نظریه «فقه مقاصدی»

از نظر عالمان امامیه، اگر غرض یا مقصدی را بتوان از متون و ادله قطعی به دست آورد، در این صورت نه به عنوان قیاس فقهی (تمثیل منطقی) که به عنوان قیاس منطقی، آن حکم عام و کلی را می‌توان در صورت بندی قواعد دیگر سرمشق کار خود قرارداد و از آن بهره برد. در نوشته‌های کلامی و اصولی در خصوص اغراض و مقاصد شریعت، سخنانی کلی گفته شده است، اما برخی از حقوقدانان اسلامی، نظریه‌ای را در این مورد مطرح کرده‌اند که به «فقه مقاصدی» شهرت یافته است. (شاطبی ۱۴۱۶/۱۹۹۶، جزء دوم، ص ۳۲۱ به بعد) در این نظریه، تمام مقاصد احکام به دو گروه، بخش‌پذیر دانسته شده‌اند: دسته‌ای از مقاصد به قصد شارع باز می‌گردد و دسته‌ای دیگر به قصد مکلف. قصد شارع را نیز می‌توان از جهت وضع شریعت، وضع شریعت برای فهماندن، وضع شریعت برای تکلیف به مقتضای آن، و قصد شارع در ورود مکلف تحت احکام شریعت مورد توجه قرار داد. آنگاه قصد شارع در فهماندن را که با قصد مکلفان مرتبط است، در طی چند مساله بررسی کرده‌اند. (شاطبی ۱۴۱۶، جز دوم، صص ۳۲۱-۳۳۳)

این دیدگاه معتقد است که تکالیف شریعت به حفظ مقاصد (مصالح) خلق باز می‌گردد و آنها نیز سه دسته‌اند: مقاصد ضروری^(۱)، مقاصد حاجتی^(۲) و مقاصد تحسینی^(۳). مقاصد ضروری پنج تا است: حفظ دین، حفظ نفس، حفظ نسل، حفظ مال و حفظ عقل. همه احکام و قواعد برای

۱- عبارت است از چیزی که تحقق مصالح دین و دنیا در گرو آن است و فقدان آن موجب اختلال در حیات دنیوی و اخروی آدمیان است.

۲- عبارت است از چیزی که دشواری‌ها و مصائب زندگی مردم را می‌زداید و آسانی به بار می‌آورد.

۳- عبارت است از چیزی که موجب تکمیل مقاصد پیشین است که در عادات‌های نیکو و مکارم اخلاقی متجلی

حفظ این پنج امر ضروری طراحی شده‌اند. طبقه‌بندی سه‌گانه نیز در خدمت دو دسته دیگر است و سلسله مراتبی میان آنها برقرار است. این امور نشان دهنده، مقاصد شارع از وضع شریعت است. در نظریه «فقه مقاصدی» تلاش می‌شود که باقی مقاصد نیز تعریف شود. (برای مطالعه تفصیلی این نظریه ر.ک: شاطبی ۱۴۱۶، جزء دوم؛ و برای مطالعه شرح اجمالی این نظریه ر.ک: ریسونی ۱۳۷۶، صص ۱۷۱-۱۹۷)

آنچه در این بررسی اهمیت دارد این است که این نظریه بسیار تلاش می‌کند که معیارهایی را برای فهم مقصودهای شارع به دست دهد. (ر.ک: همان، ۱۹۷) فقه مقاصدی امروزه از سوی حقوقدانان اسلامی مورد توجه قرار گرفته و در حقوق امامیه نیز برخی به شیوه‌ای دیگر به آن توجه کرده‌اند و مناقشه برانگیزترین بحث آن این است که این مقاصد را چگونه می‌توان درک کرد. این نظریه نیز راهی و پلی است برای ایجاد نوعی رویکرد اجتماعی - حقوقی، زیرا وقتی فقیه به مقاصد قطعی دست می‌یابد و آنها را در بیان قواعد جدید، سرمشق کار خود قرار می‌دهد و میان آن مقاصد نیز سلسله مراتب معناداری برقرار می‌کند، برای تعمیم و انطباق آن مقاصد، باید به رویکردی اجتماعی - حقوقی روی آورد و منطق خشک و استدلال عقلی محض نمی‌تواند این فرایند فکری و علمی را اجرا کند.

در پایان این بررسی باید افزود که دیدگاه‌ها و نظریه‌های دیگری نیز وجود دارد که برای رعایت اختصار از بیان آنها صرف نظر کرده‌ایم. از جمله «تفسیر اجتماعی نصوص» که پیش‌تر به آن اشاره کردیم. همچنین تفکیک میان احکام عبادی و غیر عبادی (معاملات) که در قلمرو احکام غیر عبادی آسان‌تر می‌توان از دگرگونی پذیری احکام سخن گفت. (ر.ک: محمدی ۱۳۷۸، صص ۵۰ - ۵۱؛ مغنیه ۱۴۰۴، جز سوم، صص ۱۳ - ۱۴؛ گرجی ۱۳۶۵، صص ۲۸ به بعد) افزون بر این، نظریه «منطقه الفراغ» نیز که سید محمد باقر صدر در کتاب اقتصادنا آن را صورت‌بندی کرده است و نشان داده است که رابطه انسان با طبیعت متغیر است و باید قانون‌گذاری در قلمرو متغیر به دولت اسلامی واگذار شود و آشکار است که در صورت پذیرش این دیدگاه، پذیرش رویکردی اجتماعی - حقوقی امکان‌پذیر، بلکه گریزناپذیر خواهد بود. (برای مطالعه این دیدگاه ر.ک: صدر، ۱۹۹۱، صص ۶۸۰-۶۸۳) همچنین دیدگاه یا نظریه دیگری وجود دارد که براساس پذیرش مقدماتی، به این نتیجه می‌رسد که حکومت اختیارات خاصی در تصرف در احکام اسلامی دارد. این دیدگاه با نظریه ولایت فقیه جامع‌الشرایط نیز پیوند دارد. البته ممکن است این‌شان را برای فقیه یا حکومت اسلامی در نظر گرفت. این نظریه امروزه مبنای قانون اساسی و نظام سیاسی کشور

است. بنابراین، از نظر حقوق موضوعه این مهم‌ترین دیدگاهی است که باعث عرفی شدن حقوق و ایجاد رویکردی اجتماعی - حقوقی در حقوق اسلامی می‌شود. (ر.ک: جوادی آملی ۱۳۷۶ و نیز ۱۳۷۹ (فصل پنجم))

آخرین دیدگاه، قاعده عقلی «ضرورت حفظ نظام اجتماعی» است که فقیهان امامیه به آن توجه داشته و در استدلال‌های خود به آن توسل جسته‌اند. (برای مطالعه شرحی اجمالی از این قاعده ر.ک: دیلمی ۱۳۸۲، ص ۱۳۲-۱۳۶) حفظ نظام زندگی آدمیان نیز از اموری است که عقل به لزوم آن حکم می‌کند. اما اینکه مقصود حفظ نظام زندگی فردی است یا اجتماعی، هنوز قابل بحث است. به هر صورت، این دیدگاه نیز معیاری را برای به رسمیت شناختن قواعد جدید اعلام می‌کند و پلی میان دلیل عقلی محض و دلیل عقلایی می‌زند.

حقوقدانان و فقیهان اسلامی با توجه به مبانی و نظریه‌ها و دیدگاه‌هایی که مطرح شده، اگر حتی برخی و گاه یکی از آنها را بپذیرند، دیگر نمی‌توانند فقط به تفسیر لفظی و فهم لغوی خویش از متون اکتفا کنند، بلکه باید نظری به زمین و زمان خویش داشته باشند و بنگرند که مردمان زمان با این قواعد چه می‌کنند. دیگر یک فقیه به راحتی نمی‌تواند فتوا دهد که: «عدم النفع» قابل مطالبه نیست؛ «مرور زمان» نامشروع است؛ «خسارت تاخیر تادیه» ریاست؛ «خسارت مازاد بر دیه» قابل مطالبه نیست؛ بانک هیچ هویت خاص و جدیدی ندارد؛ قرارداد اجاره در هر صورت قراردادی دو جانبه است و دولت در هیچ صورتی نمی‌تواند در آن دخالت کند؛ دفینه را هر کس هر کجا که یافت می‌تواند تملک کند؛ و ...

اوراق قرضه و سایر اسناد تجاری و نیز انواع مسائل جدید مانند خاتمه دادن به زندگی، انسانی که فقط زجر می‌کشد، پیوند اعضا، تلقیح مصنوعی؛ مرگ مغزی و نیز عکس‌العمل شدید جوامع جدید در خصوص مجازات‌هایی که بسیار خشن و وحشیانه تلقی می‌شوند، همگی مسائلی هستند که فقیهان باید در بررسی آنها، نخست به‌طور کامل چگونگی و ضرورت آن کار را بشناسند (موضوع‌شناسی) و آنگاه با بررسی ادله، حکم آن را بیان کنند. در نتیجه در حقوق اسلامی پذیرش رویکردی اجتماعی - حقوقی با تعریفی که از آن ارائه شد، امکان‌پذیر، بلکه گریزناپذیر می‌نماید.

۴- نتیجه‌گیری: پذیرش رویکردی جامعه‌شناختی در حقوق اسلامی

از مجموع بررسی‌های انجام شده، می‌توان به اموری دست یافت:

۱- نخست آنکه در تفکر عقلی و کلامی، زمینه‌های فراوانی وجود دارد که نوعی تحول اجتماعی احکام را تحمل کند. در واقع، با تفسیر واقع بینانه از مفهوم جامعیت و ابدیت احکام اسلامی و نیز مساله امامت و زمان غیبت و مفهوم و قلمرو اجتهاد و نیز جایگاه و نقش عقل و مهم‌تر از همه تفسیر معرفت‌شناسانه از معرفت‌های حقوقی، همگی بستری عقلانی و فلسفی (در قلمرو فلسفه علم فقه) ایجاد می‌کند که نوعی نظریه اجتماعی - حقوقی در حقوق اسلامی متولد شود.

۲- از سوی دیگر، در پژوهش‌های اصولی در خصوص چند عنصر مهم که عبارتند از دلیل عقلی، دلیل عقلایی (سیره عقلا / بنای خردمندان) و نیز عرف باید به دقت بحث شود. بدون پیش‌داوری، فقط به عنوان یک نتیجه‌گیری روش شناختی می‌توان گفت که اثبات نقش برای هر یک از آنها به ویژه دلیل عقلایی و عرف، زمینه‌ای جدی برای نظریه اجتماعی - حقوقی در حقوق اسلامی ایجاد می‌کند.

۳- در قلمرو فقه و فلسفه علم فقه نیز به دیدگاه‌های گوناگونی اشاره کردیم که توسط متفکران مختلف ارائه شده است و برخی از آنها هم پوشی و شباهت و تداخل دارند، ولی هر کدام از آنها زمینه‌ای برای تحقق نوعی نظریه اجتماعی - حقوقی در حقوق اسلامی است. اگر کسی مجموعه این گرایش‌ها را رد کند، می‌تواند فارغ از جامعه و نیازها و تحولات اجتماعی، حقوق و قواعد آن را به عنوان یک تافته جدا بافته قلمداد کند که سرمشقی است، برای چگونه زیستن که از زیستن و نوع زیستن بشر و ضرورت‌های آن منشأ نمی‌یابد، بلکه از جایی دیگر (به نام عرش، به نام عقل، به نام دولت، یا هر چیزی دیگر) صادر می‌شود. در غیر این صورت پذیرش هر یک از این نظریه‌های واقع بینانه که در صدد ایجاد سازگاری و تناسب میان حقوق اسلامی و جامعه است، زمینه‌ای جدی برای اجتماعی شدن حقوق اسلامی است.

۴- از مجموع بحث‌های انجام شده، آشکار می‌شود که دسته‌ای از ارزش‌های برتر در شریعت اسلامی وجود دارد که باید حفظ و نگهداری شود، اما در کنار آن، زندگی بشری و لوازم آن به رسمیت شناخته می‌شود: جامعه حق نهادسازی و قاعده سازی دارد؛ در واقع، قواعدی را که جامعه خود می‌سازد و می‌آفریند، حق دارد آن را تحول و تغییر دهد و دگرگون کند و با نیازهای جدید خود سازگار سازد. فقط آنچه مهم است، بررسی این نکته است که روابط، الگوها، قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی جدید، اصول و هنجارهای برتر را که البته چندان متعدد و پیچیده نیستند، زیر پا نگذارند. این دیدگاه با آنچه در جامعه‌شناسی حقوقی، دیدگاه

پوزیتیویستی هنجارین نامیده می‌شود، شباهت دارد.

نتیجه نهایی این بررسی‌ها آن است که پذیرش نوعی نظریه اجتماعی - حقوقی یا جامعه‌شناختی که به طور کلی ارتباط و همبستگی حقوق و جامعه، رابطه دگرگونی اجتماعی و دگرگونی حقوقی و نقش عوامل فراحقوقی و نیز ابزار بودن حقوق^(۱) در جهت نظم اجتماعی را به رسمیت بشناسد، امری ممکن می‌نماید. در مقابل، دیدگاهی که حقوق را تافته‌ای جدا بافته می‌داند، که همه قواعد آن در جایی دیگر و برای همیشه طراحی شده است و جامعه فقط باید آن را بشناسد و به اجرا بگذارد و حقوق‌دانان نیز، در واقع، کاشفان سرزمین قواعد حقوقی به شمار آیند، تفسیری غیر قابل قبول است، (ر.ک: ساپو ۱۹۹۹، ص ۳۲) که نه تحولات و نیازهای تاریخی و جهانی و نه تحلیل و بررسی‌های علمی و جامعه‌شناختی آن را تایید می‌کند و نه با مبانی حقوقی این سرزمین سازگار است. با این همه، برخی می‌توانند به همه ملاحظات گفته شده و واقعیت‌های بیرونی پشت کنند و پشت خود را بر تفسیرهای غیر واقع بینانه از شریعت و متون شرع و استدلال‌های عقلی و تحلیل واقعیت‌ها، استوار کنند و باز هم از هنجارگرایی مطلق سخن بگویند، یا کسانی دیگر، با چشمانی خیره به تحولات علمی و اقتصادی بنگرند و به زمینه‌های فرهنگی و تاریخی جامعه خویش ننگرند و به نوعی پوزیتیویسم خالص، ناب و رها از هرگونه هنجارهای ارزشی گرایش یابند.^(۲)

کتابنامه:

الف - فارسی

- ۱- الشاطبی، ابراهیم بن موسی، (۱۴۱۶ هـ / ۱۹۹۶ م)؛ الموافقات فی الاصول الشریعه، الجزء الثاني؛ دارالمعرفه، بیروت، لبنان.
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی؛ (۱۴۱۰) کتاب المکاسب، الجزء الاول؛ مؤسسه النعمان، لبنان، بیروت.
- ۳- بومر، فرانکلین لوفان؛ (۱۳۸۰) جریان‌های بزرگ در تاریخ اندیشه غربی، ترجمه حسین بشیریه، مرکز بازشناسی اسلام و ایران.
- ۴- جوادی آملی، عبدالله؛ (۱۳۷۶) ولایت در قرآن؛ مرکز نشر فرهنگی رجاء، چاپ پنجم، تهران.

۱- البته افراط در ابزار دانستن حقوق خود می‌تواند دامی باشد که تهدیدهایی را برای حقوق به وجود آورد و آن را از آرمان‌های برتر و ارزش‌های متعالی جامعه دور کند و به مرز غیرانسانی شدن بکشاند [ر.ک: ساپو ۱۹۹۹، ص ۳۲].

۲- که البته برخی از جامعه‌شناسان حقوق این کار را به لحاظ علمی نادرست و ناممکن می‌دانند. [ر.ک: نونت

- ۵- دورکیم، امیل؛ (۱۲۵۸) درباره تقسیم کار اجتماعی، ترجمه باقر پرهام، کتابسرای بابل، بابل.
- ۶- دیلمی، احمد؛ (۱۳۸۲) = تاریخ انجام تحقیق بررسی فقهی - حقوقی مرور زمان؛ در دست چاپ.
- ۷- ریسونی، احمد؛ (۱۳۷۶) اهداف دین از دیدگاه شاطبی، ترجمه سید حسن اسلامی و سید محمد علی ابهری؛ دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- ۸- سروش، عبدالکریم؛ (۱۳۷۳) قبض و بسط تئوریک شریعت؛ مؤسسه فرهنگی صراط، تهران.
- ۹- شیخ صدوق، محمد بن علی حسین ابن بابویه قمی؛ (۱۳۸۰) کمال الدین و تمام النعمه، ترجمه منصور پهلوان، ج ۱؛ سازمان چاپ و نشر دارالحدیث.
- ۱۰- شیخ طوسی، محمد حسن؛ (۱۳۵۸) تمهید الاصول در علم کلام اسلامی، ترجمه عبدالمحسن مشکوه الدینی؛ انجمن اسلامی حکمت و فلسفه ایران، تهران.
- ۱۱- صانعی، پرویز؛ (۱۳۵۵) حقوق و اجتماع؛ انتشارات دانشگاه ملی ایران؛ چاپ دوم.
- ۱۲- صدر، سید محمد باقر؛ (۱۹۹۱) اقتصادنا، دارالعارف للمطبوعات، بیروت، لبنان.
- ۱۳- صدر، سید محمد باقر؛ (۱۳۵۹) همراه با تحول اجتهاد، ترجمه اکبر ثبوت؛ انتشارات روزبه.
- ۱۴- صفایی، سید احمد؛ (۱۳۶۸) علم کلام، ج ۲؛ انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۵- طباطبایی، سید محمد حسین؛ (۱۲۸۱ - ۱۳۶۰) المیزان فی تفسیر القرآن؛ مؤسسه النشر الاسلامی؛ قم.
- ۱۶- طباطبایی، سید محمد حسین؛ (۱۳۶۲) رسائل سبعة، بنیاد علمی و فکری علامه محمد حسین طباطبایی، نمایشگاه و نشر کتاب، قم.
- ۱۷- علامه حلی؛ حسن بن یوسف؛ (۱۳۶۸) باب حادی عشر؛ با شرح فاضل مقداد و ترجمه عبدالرحیم عقیقی بخشایشی؛ دفتر نشر نوید؛ قم.
- ۱۸- علی آبادی، عبدالحسین؛ (۱۳۴۷) حقوق جنایی، جلد اول؛ چاپخانه بانک ملی ایران.
- ۱۹- علی دوست، ابوالقاسم؛ (۱۳۸۱) فقه و عقل؛ مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر؛ تهران.
- ۲۰- علیزاده، عبدالرضا، حسین اژدری زاده و مجید کافی؛ (۱۳۸۳) جامعه‌شناسی معرفت، جستاری در تبیین رابطه «ساخت و کنش اجتماعی» و معرفت بشری؛ انتشارات پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
- ۲۱- غزالی، ابو حامد محمد؛ (بی تا) المستصنی من علم الاصول، الجزا اول و الثانی؛ دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، لبنان.
- ۲۲- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله السیوری الحلی؛ (۱۴۰۳) نضد القواعد الفقهیه؛ مکتبه آیه الله العظمی المرعشی.
- ۲۳- فیاض لاهیجی، ملا عبدالرزاق؛ (۱۳۷۲) گوهر مراد؛ سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر؛ (۱۳۷۷) فلسفه حقوق، ج اول و دوم؛ شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- ۲۵- گرجی، ابوالقاسم؛ (۱۳۶۵) مقالات حقوقی، ج اول؛ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- ۲۶- مارکس، کارل، فردریش انگلس و گئورگی پلخانف؛ (۱۳۷۹) لودویک فوئر باخ و ایدئولوژی آلمانی،

- ترجمه پویز بابایی؛ نشر چشم، ۱۳۷۹.
- ۲۷- مارکس، کارل و فردریش انگلس؛ (۱۳۵۹) مانیفست حزب کمونیسم؛ ترجمه محمدپورهرمزان، انتشارات حزب توده، تهران.
- ۲۸- مجتهد شبستری، محمد؛ (۱۳۷۷) «فلسفه فقه»؛ چاپ شده در: واحد فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، گفت و گوهای فلسفه فقه، ۱۳۷۷.
- ۲۹- محمدی، ابوالحسن؛ (۱۳۷۸) مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه؛ انتشارات دانشگاه تهران، چاپ یازدهم.
- ۳۰- مطهری، مرتضی؛ (۱۳۷۷) اسلام و مقتضیات زمان، جلد اول؛ صدا، قم.
- ۳۱- مطهری، مرتضی؛ (۱۳۷۱) مجموعه آثار ۶ (جلد دوم از بخش فلسفه) اصول فلسفه و روش رئالیسم؛ انتشارات صدا.
- ۳۲- مظفر، محمدرضا؛ (۱۳۸۶) اصول الفقه، ج ۱، ۲؛ انتشارات چاپخانه علمیه، قم.
- ۳۳- مظفر، محمدرضا؛ (۱۳۸۱) عقاید الامامیه (متن و ترجمه)، ترجمه علیرضا مسجد جامعی؛ سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۳۴- معلمی، حسن؛ (۱۳۷۷) معرفت‌شناسی در فلسفه اسلامی (رساله کارشناسی ارشد)؛ مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، قم.
- ۳۵- مغنیه، محمد جواد؛ (۱۴۰۴ هـ) فقه الامام جعفرالصادق، الجزء الاول الى الجزء السادس؛ دارالجواد، بیروت، الطبعة الخامسة.
- ۳۶- مکدموت، مارتین؛ (۱۳۷۲) اندیشه‌های کلامی شیخ مفید، ترجمه احمد آرام؛ انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳۷- ملکیان، مصطفی؛ (۱۳۷۷)، تاریخ فلسفه غرب، ج ۱، پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
- ۳۸- ملکیان، مصطفی؛ (۱۳۷۷) «فلسفه فقه»؛ چاپ شده در: واحد فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، گفت و گوهای فلسفه فقه، ۱۳۷۷.
- ۳۹- وات، منتگمری؛ (۱۳۷۰) فلسفه و کلام اسلامی، ترجمه ابوالفضل عزتی؛ شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- ۴۰- وبر، ماکس؛ (۱۳۷۴) اقتصاد و جامعه، ترجمه عباس منوچهری، مهرداد ترابی نژاد و مصطفی عمادزاده؛ انتشارات مولی، تهران.
- ۴۱- ولایی، عیسی؛ (۱۳۷۸) کار در منابع اسلامی؛ موسسه کار و تامین اجتماعی، تهران.
- ۴۲- هادوی، مهدی؛ (۱۳۷۷) مبانی کلامی اجتهاد؛ موسسه فرهنگی خانه خرد.

ب - لاتین

- 1 - Nonet, Philippe, (1979), "For Jurisprudencial Sociology"; in: *Law and Society Review*, vol. 10, No. 4.

- 2 - Supiot, Alain, (1999), "The transformation of work and the future of labour law in Europe: A multidisciplinary perspective"; in: *International Labour Review*, Vol. 138, No. 1.
- 3 - Cotterell, Roger, (1984), *The Sociology of Law, An Introduction*; Butterworths.
- 4 - Frund, Julien, (1980), *Sociologie de Max Weber*, paris, Universitaires de France.
- 5 - Holmes, Oliver Wendell, (1881), 1963, *The Common Law*, Cambridge, MAL Harvard University Press.
- 6 - Liewellyn, Karl N. (1931), "Some Realism about Realism" in: Trevino, A Javier; *The Sociology of Law*, St. Martins Press, New York.
- 7 - Maine, Sir Henry, (1981), 1970, *Ancient Law: Its connection with the Early History of Society and its relation to Modern Ideas*. Gloucester, MA: Peter Smith.
- 8 - Malinowski, Bronislaw, (1964), *Crime and Custom in Savage Society*; Totowa, NJ: Littlefield, Adams.
- 9 - Patterson, Edwin W; (1986) "Roscoe Pound"; in: *International Encyclopedia of Social Science*, Vol. 12; The Macmillan Company and the Free Press, New York.
- 10 - Ritzer, George: (1992), *Contemporary Sociological Theory*, Mc Graw Hill, Nc, Third edition.
- 11 - Trevino, A. Javier, (1996), *The Sociology of Law, classical and contemporary Perspectives*; St. Martins Press, New York.
- 12 - Vago, Steven; (1981), (2000), *Law and Society: Six Edition*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice - Hall, Inc.
- 13 - Weber, Max; (1978), *Economy and Society*: Edited by Guenther Roth and Claus Wittich; University of California Press, vol 2.
- 14 - Pound, Roscoe, (1945) "Sociology of Law", In : *Twentieth Century Sociology*: George Gurvitch (ed.); The Philosophical Library, New York.