

درآمدی بر نظریه حقوقی اسلام

محمود حکمت نیا

استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ایران، قم.

dr.hekmatnia@yahoo.com

مهدی معلی

پژوهشگر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ایران، قم.

mahdimoola@yahoo.com

سید محمد حسین کاظمینی

پژوهشگر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ایران، قم.

smh_kazemeini135@yahoo.com

چکیده

نظریه حقوقی اسلام مجموعه گزاره‌ها و آموزه‌های نظام‌مند است که می‌تواند قواعد حاکم بر روابط اجتماعی انسان را که دارای ضمانت اجرا بوده تحلیل نماید. این نظریه براساس بنیان‌های نظری هستی‌شناختی و انسان‌شناختی، مبنای الزام قواعد حقوقی را اراده حکیمانه شارع دانسته است و این اراده براساس منابع شناخته‌شده و روش‌شناسی تقنینی و تفسیری متناسب با مبنا و منبع و هماهنگ با ابعاد وجودی انسان و غایت‌مندی آخرت‌گرایانه وی در قالب اصول، قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی متناسب با نیازهای متفاوت فردی و اجتماعی قابل استخراج و فهم است. براساس این نظریه اگرچه اراده شارع در بازه زمانی مشخص و در جامعه‌ای با ساختار سنتی ابراز گریده است، اما با ظرفیت‌های وسیع خویش توان تنظیم روابط متنوع اجتماعی در دوره‌های مختلف و جوامع گوناگون را دارد. این نظریه به لحاظ معرفتی مرزهای خویش را با نظریه‌های انسان‌محور و حتی دین‌محور مشخص نموده است. با وجود ترسیم مرزها و بیان سلبی نسبت به نظریه‌های رقیب به لحاظ

* این مقاله در چهارچوب طرح پژوهشی مربوط به پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی است.

اثباتی دسته وسیعی از مکاتب و نظریه‌های خرد را در خود جای داده است. نظریه حقوقی اسلام می‌تواند ابعاد مختلف نظام حقوقی منسجمی را در برابر نظام‌های حقوقی دیگر ترسیم کند.

کلیدواژگان: نظریه حقوقی اسلام، نظام حقوقی، مبنای حقوق، منابع حقوق، روش‌شناسی حقوق

مقدمه

حقوق در یکی از معانی خود، قواعدی است که بر اعمال اشخاص حقیقی و حقوقی از این جهت که در اجتماع هستند حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین شده است. (کاتوزیان: ۱۷) اگرچه دانش حقوق در تلاش است موضوعات قواعد، قواعد و چگونگی اجرا و ضمانت اجرای آن را بررسی کند، اما این امر بدون نگاه به نظام حقوقی میسر نیست. نظام حقوقی مجموعه اصول، قواعد و نهادها و سازمان‌های حقوقی هماهنگ و مرتبط است که مبتنی بر مبنای ویژه براساس روش معین از منابع خاصی استخراج و تفسیر شده و بر پایه مبنای ویژه‌ای استوار گردیده و در بستر تاریخی و فرهنگی خاصی شکل گرفته و اهداف تعریف شده‌ای چون نظم و عدالت را دنبال می‌کند. این مجموعه به گونه‌ای است که برای وضعیت‌های مختلف راه حل ارائه داده و قابلیت انطباق با اوضاع و احوال گوناگون را دارد. مهم‌ترین عنصر هر نظام هماهنگی میان اجزای آن است که چنین هماهنگی مبتنی بر مجموعه گزاره‌های مرتبط بوده که از آن به نظریه حقوقی تعبیر می‌کنیم.

از جمله نظام‌های حقوقی معاصر که روزه روز توجه به آن بیشتر شده و تلاش برای تحقق آن به‌طور فزاینده رو به افزایش است، نظام حقوقی اسلام است. این نظام در ساختار نظری و فلسفی‌ای شکل گرفته است که مبتنی بر توحیدمحوری، آخرت‌باوری، غایت‌مندی جهان هستی، فرجام داشتن انسان، مقام خلیفه‌اللهی انسان و دارای کرامت و مسئول بودن وی است. در چنین ساختاری نظریه حقوقی اسلام قابل ترسیم و برای شناخت ساختار نظام حقوقی اسلام ضرورت دارد. نکته مهم اینکه نظریه حقوقی اسلام علاوه بر آنکه باید قابلیت ترسیم و توجیه نظام حقوقی اسلام را داشته باشد، باید به لحاظ نظریه قادر باشد مرزهای خود را با سایر نظریه‌های حقوقی روشن کند و ساختار نظام حقوقی اسلام را با دیگر نظام‌های حقوقی که در پارادایم انسان‌محوری شکل گرفته است و مبتنی بر نظریه‌های حقوقی^(۱) مختلفی است، تعیین نماید.

نوشتار حاضر تلاش می‌کند در ساختار و چهارچوب معرفتی اسلامی با تبیین بنیادهای نظری

و با نگاهی به اصول و ویژگی‌های حاکم بر آن به عناصر کاربردی نظریه حقوقی اسلام اشاره نماید. ابعاد مختلف این نظریه در دانش‌های مختلفی چون کلام، اصول فقه، و فقه مورد توجه اندیشمندان بوده و یا به صورت پیش فرض‌هایی می‌باشد که نظام حقوقی اسلام براساس آن شکل گرفته است.

الف. بنیان‌های نظری

همان‌طور که گفته شد، نظریه حقوقی اسلام بر پایه بنیان‌های نظری است که در ادامه به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود. این بنیان‌ها گزاره‌هایی حقوقی هستند که در ساختار و پیش فرض‌های معرفتی شکل می‌گیرند.

اول: مبنا

مبنا به معنای بنیان، اساس، ابتدا، اول و پایه به کار می‌رود. (دهخدا، ۱۳۷۳) هنگامی که این واژه به چیزی اضافه می‌گردد، منظور اساس و پایه آن امر است. مهم‌ترین گزاره نظریه حقوقی گزاره‌ای است که به چرایی الزام‌آور بودن قواعد حقوقی می‌پردازد. به چنین گزاره‌ای مبنای نظریه و نظام حقوقی گفته می‌شود. نظریه‌های انسان‌محور با رویکرد عقل خودبنیاد بنا به پیش فرض‌های خویش گاه به پشتوانه‌های اخلاقی پرداخته و یا اراده فردی و اجتماعی را به عنوان مبنا انگاشته‌اند. در برابر این نظریه‌ها نظریه حقوقی اسلام با توجه به چهارچوب نظری اراده تشریعی، خداوند را به عنوان مبنا پذیرفته است. این نظریه بر همین اساس ساختار یافته است. این امر در همه مکاتب و گرایش‌های فقهی و کلامی مورد وفاق است. اما اینکه انسان چگونه اراده شارع را فهمیده و از سوی دیگر رابطه مفاد اراده شارع با مصالح و مفاسد متعلق افعال چیست، مورد اختلاف بوده و رویکردهای متفاوتی درباره آن وجود دارد.

۱. رابطه فهم انسان از اراده شارع

با این فرض که مبنای مشروعیت قواعد حقوقی اراده شارع است، باید دید رابطه فهم انسان از اراده شارع چگونه است و این اراده با فهم چه نسبتی دارد. در این راستا می‌توان به سه دیدگاه مصوبه، مخطئه و نظریه مصلحت سلوکی اشاره کرد. این دیدگاه‌های سه گانه با اذعان به وجود متون به دست آمده از شارع نسبت به ماهیت حکم استنباط شده در نسبت سنجی با مفاد ادله اختلاف نظر دارند. سخن آنان مربوط به صورتی است که مفاد استنباطی با مدلول دلیل هماهنگ و یکسان نباشد و چه بسا شخص استنباط کننده نیز در دوره دیگر به این تفاوت پی برده باشد. دیدگاه تصویب در

رادیكال‌ترین صورت خود حكمی را كه توسط فهمنده با رعایت اصول و قواعد به دست آمده است، حكم واقعی و مستند به شارع می‌داند. نتیجه چنین سخنی تغییر در اراده خواهد بود. در مقابل، دیدگاه تخطئه است كه شخص خطاكار در فهم را معذور می‌داند، اما به هیچ وجه حاصل فهم او را نشانگر اراده شارع نمی‌پندارد. دیدگاه مصلحت سلوكی كه برخی آن را تصویب از منظر امامیه نامیده‌اند، برای رعایت منطق استنباط نیز سهمی از واقعیت در نظر می‌گیرد كه این سهم جبران‌کننده مصلحت فوت شده واقعی است.

۲. رابطه مفاد اراده شارع با مصالح و مفاسد متعلق افعال

با این فرض كه مبنای مشروعیت قواعد اراده تشریعی باشد، این سخن مطرح می‌شود كه آیا باید‌ها و نباید‌های تشریعی صرف‌نظر از اراده شارع خود دارای مصلحت است. همان‌طور كه روشن است، این امر دارای دو بُعد است: یکی اینکه متعلق احكام دارای مصالح و مفاسد ذاتی باشد و بر فرض چنین مطلبی شارع در تشریع خویش با لحاظ آن مصالح و مفاسد به وضع حكم پرداخته و بر فرض وجود چنین امری، به لحاظ نظام‌پردازی شخص قادر به فهم مصلحت و مفسده از یک سو و چگونگی ارتباط آن با احكام تشریعی از سوی دیگر باشد. درباره مسئله تبعیت یا عدم تبعیت احكام از مصالح و مفاسد واقعی، در مجموع سه اندیشه انكار^(۲)، تبعیت مطلق^(۳) و تبعیت نسبی (شیرازی، بی‌تا: ج ۱) وجود دارد.

دوم: منبع

دومین گزاره پایه در هر نظریه حقوقی پاسخ به این پرسش است كه قواعد حقوقی از كجا تحصیل می‌شود. محل یافتن قواعد حقوقی به منبع قواعد یا منبع نظام حقوقی تعبیر می‌شود. تعیین منبع بستگی تام به مبنای نظام حقوقی دارد. همان‌گونه كه بیان شد، نظریه حقوقی اسلام در صدد دستیابی به اراده شارع است، اما اینکه چگونه می‌توان به اراده شارع دست یافت، میان مكاتب فقهی دیدگاه‌های گوناگون وجود دارد. ریشه این اختلاف این است كه در ساختار نظریه حقوقی اسلام، اراده شارع مجزای از فهم انسان از خود و زندگی اجتماعی است. بنابراین پیش از آنكه موضوع فهم انسان مطرح شود، تعیین منبع نیز به اراده شارع برمی‌گردد. با این بیان كه شارع گزاره‌های تشریعی خود را كجا بیان نموده است، برخی بر این باورند كه شارع گزاره‌های تشریعی خود را تنها در قالب نصوص بیان کرده است و برخی دیگر، درك عقل را نیز معتبر دانسته‌اند؛ با این بیان كه عقل توانایی فهم باید‌ها و نباید‌ها را داشته؛ همچنین شارع نیز چنین درکی را در استناد به خود پذیرفته است.

علاوه بر این درباره سایر منابع به عنوان جایگاه کشف اراده شارع گفتگو است.^(۴)

سوم: روش شناسی

در اصطلاح روش شناسی، تحقیق به نظریه و تحلیلی اطلاق می شود که به بررسی چگونگی انجام پژوهش می پردازد. همچنین روش شناسی متضمن این است که چگونه ساختار کلی یک نظریه در حوزه خاص از دانش اعمال می شود (کاز، ۱۹۶۷ م: ۳۳۹) و این اعمال، تحلیل روش شناسانه قلمداد می شود. (هاردینگ، ۱۹۸۷ م: ۳) در یک نگاه کلی روش شناسی، نظریه پشتیبان تحقیق است.

در نظریه حقوقی اسلام مباحث روش شناسی، که بیشتر آن ها در اصول فقه منعکس شده است، شامل سه بحث مهم منطق تقنین که به بررسی فعل شارع و مباحثی چون تبعیت احکام از مصالح و مفاسد در متعلق آن ها و چگونگی دستیابی به اراده شارع می پردازد، منطق تفسیر و منطق اجرا که به تطبیق قواعد بر موضوعات خارجی می پردازد، خواهد بود.

همان گونه که بیان شد، اساس و مبنای اولی و اصلی نظریه حقوقی اسلام بر اراده حکیمانه شارع استوار است. لذا در مباحث روش شناسی بیشتر به چگونگی دستیابی به این اراده پرداخته می شود. در این باره نظرات متفاوتی بیان شده که مبتنی بر آن ها روش های مختلفی نیز ارائه شده است. با این توضیح روش های رسیدن و فهم اراده شارع را در موارد ذیل می توان خلاصه نمود.

۱. نص گرایی

نص گرایی از جمله رویکردهایی است که به کشف اراده شارع منجر می شود. در این گرایش با کنار گذاشتن عقل به عنوان یکی از ادله به تفسیر مضیق از نصوص می پردازد. اصحاب حدیث در میان اهل سنت و اخباریون در میان شیعه از عمده طرفداران گرایش بیانی محسوب می شوند. (۵) نتیجه مهم این گرایش از یک سو توسعه در حجیت روایات و از سوی دیگر اخذ به ظواهر خواهد بود. هر چند تمسک به نص از مطمئن ترین روش ها برای دستیابی به اراده شارع است، اما با مشکلات چندی روبه رو است. از جمله مهم ترین این امور مشکل سندی نصوص است. از سوی دیگر شناخت مفاد حکم از نصوص، چالش دیگری است که فقیهان با آن روبه رو بوده اند. فقیه برای شناخت حکم از نصوص باید به امور ذیل توجه کافی داشته باشد: شناخت مفاد حکم و میزان الزام به آن، تشخیص جنبه حقوقی و اخلاقی حکم، شناخت حکم وضعی یا تکلیفی، الغای خصوصیت از امور غیر مؤثر در حکم، مفهوم گیری از قضایای شرعی.

۲. مقصدگرایی

مقصدگرایی یا نظریه مقاصد شریعت به دیدگاه‌هایی اطلاق می‌شود که تلاش می‌کند از مقصد شریعت به احکام شرعی دست یابد. وجود گزاره‌های مبین مقاصد در متون دینی و غایت‌مندی شریعت و کمبود ادله بیان‌کننده اراده تشریعی شارع برخی را به این مسیر رهنمون کرده است تا شیوه دستیابی به باید‌ها و نبایدهای شرعی را از طریق مقاصد طراحی کنند.

صاحبان نظریه مقاصد شریعت، درباره تعریف مقصد شریعت، عبارت‌های گوناگونی به کار برده‌اند. فاسی مقاصد را به غایت احکام و اسراری که شارع هنگام وضع احکام آن‌ها را مقرر داشته است تعریف می‌کند. (الفاسی، بی‌تا: ۳) ریسونی می‌گوید: مقاصد شریعت غایاتی است که شریعت آن‌ها را برای دستیابی به مصلحت بندگان وضع کرده است. (الریسونی، بی‌تا: ۷) سعد الیوبی نیز مقاصد را معانی و حکمت‌هایی می‌داند که شارع به صورت عام یا خاص برای تحقق مصالح بندگان رعایت کرده و در نظر گرفته است. (سعد الیوبی، بی‌تا: ۳۷) خادمی نیز در تعریف آن گفته است: مقاصد، معانی ملحوظ در احکام شرعی و مترتب بر آنهاست. (الخادمی، بی‌تا: ۱۷) مقاصد شریعت و تحریک شخص به آن مستلزم انجام افعالی است. اکنون آیا می‌توان از مطلوبیت مقاصد، به احکام و عناوینی دست یافت که شخص را به مقصد می‌رساند؟ البته در اینجا سخن از افعالی نیست که خود شارع میان آن‌ها و مقاصد پیوند برقرار کرده است، بلکه سخن در جایی است که شارع مقصد را بیان کرده است و خردمندان راه دستیابی به مقصد را در انجام یا ترک فعلی می‌دانند.

طه جابر علوانی در کتاب مقاصد الشریعه در تبیین فقه مقاصدی و روش آن معتقد است روش مقاصدی بر این فلسفه استوار است که تمام آنچه در شریعت آمده است، دارای حکمتی با معنای عقلایی است؛ چه آن حکمت آشکار باشد و چه پنهان که با تفکر زیاد در نص یا سفر در بلاد و دقت در رویدادها آشکار شود. وی فقه مقاصدی را نوعی بازگشت دادن متشابهات به محکمت و فروع به اصول می‌داند. او بر این باور است که این فقه در حد علت‌یابی و اژه‌ای و قیاس جزئی توقف نمی‌کند، بلکه از روش استقرایی عمومی آغاز می‌شود و در تلاش پیوند بین احکام جزئی و ساختار آن‌ها در قانون عام است که بسیاری از ادله به ارزش و اعتبار آن در شریعت رهنمون می‌گردد. (علوانی، ۱۳۸۸: ۱۸۵)

۳. عقل‌گرایی

استفاده از عقل برای دریافت اراده شارع از جمله موضوعات مورد گفتگو میان فقیهان است. برخی

چون اخباریان دست رد بر این امر زده و منکر استفاده از درك عقل در فهم احکام شرعی گردیدند. در مقابل نیز اصولیون بر نقش عقل در فهم احکام شرعی تأکید می‌ورزند.

نکته دیگر که باید بدان توجه نمود آن است که، آیا گزاره‌های شرعی دارای دلیل عقلی نیز هست یا اساساً عقل چنین دریافتی ندارد؟ بر فرض دریافت، آیا می‌توان به موردی دست یافت که نص لفظی نباشد و بتوان به دریافت عقل استناد کرد؟

عقل‌گرایان دو موضوع را از هم جدا می‌کنند. نخست مستقلات عقلی که عقل در چهارچوب درك خود به اراده شارع پی برد و دوم غیر مستقلات عقلی که در آن عقل با استفاده از گزاره‌های شرعی اراده شارع را توسعه می‌دهد.

۴. رأی‌گرایی

رأی‌گرایی گرایشی بوده است که از صدر اسلام در میان پاره‌ای از مسلمانان رواج پیدا کرد. در متون فقه از این گروه به اصحاب رأی، اهل رأی، قیاس، اصحاب رأی و استحسان نام می‌برند. رویکرد این گروه به شریعت رویکردی بود که از فقدان روش رنج می‌برد.

علاوه بر گرایش‌های فوق که سابقه طولانی در فقه دارد، برخی گرایش‌های جدید نیز در میان اهل سنت مطرح گردیده است که می‌توان آن‌ها را به سه دسته گرایش: تاریخی، سودانگاری و لیبرالی تقسیم کرد.

۵. روش تاریخی متن محور

یکی از رویکردهای دیگر روش‌شناسی، نگاه تاریخی به خطابات شرعی است. برخی این روش‌شناسی را با عنوان منهج قرائت سیاقی یاد کرده‌اند. (ابوزید، ۲۰۰۰ م: ۲۰۲) براساس مبانی این روش، شارع خطابات خود را در فضای فرهنگی و تاریخی که متشکل از فرهنگ جاهلی و متأثر از ادیان دیگر بوده، ابلاغ نموده است. در نتیجه برای فهم چنین خطابهایی باید میان خطابه‌های متضمن مقاصد اصلی شرع و خطابه‌های جدلی و وصفی که ناظر به فرهنگ عمومی مردم بوده است، تفاوت قائل شد. برای مثال گفته شده است که با توجه به این مطلب فرهنگ عرب جاهلی مبتنی بر تفوق عرب بر عجم و تفوق مرد بر زن بوده است. خطابات شرعی مربوط به زنان نیز گاه ناظر به این تفاوت و یا وصف چنین وضعیتی بوده است. (همان: ۲۰۶) لکن از مجموعه متون بیان‌کننده مقاصد اصلی شرع تساوی میان زن و مرد فهمیده می‌شود؛ و در نتیجه، باید احکام متناسب با تساوی را استنباط کرد. این دیدگاه با مبانی حقوقی در نظام حقوقی اسلام سازگار نیست.

با توجه به اینکه قانون‌گذار خود به تبیین شریعت پرداخته است، هیچ‌گاه دلیلی بر موقت بودن یا زمانی بودن ارائه نداده است؛ بلکه از سویی دیگر بر دوام شریعت نیز تصریح کرده است. به خوبی روشن است که شریعت با عقاید آداب و رسوم و قانون جاهلیت مبارزه کرده است و خود را مقید به قیودی نکرده است. عامل اصلی که چنین محققانی به این دیدگاه توجه کرده‌اند، اخذ این پیش‌فرض بوده است که ساختار لیبرالیستی حقوق مطابق با زمان است و هرچه با این ساختار مطابقت نکند، محکوم به نسخ است.

۶. سودانگاری

برخی علمای معاصر سنتی در نفی منابع اصول فقه سنتی مانند قیاس و استحسان و به‌طور عمده با استناد به مصلحت، روشی را مطرح کرده‌اند که گاه از آن تحت عنوان سودانگاری دینی یاد می‌شود. اولین بار محمدرشید رضا با هدف یافتن راهی میان فقهای سنتی و سکولارهای طرفدار جایگزینی کامل قانون دینی با قوانین وارداتی با طرح دو مقدمه اصلی به تبیین مفصل اندیشه سودانگاری دینی پرداخت:

نخست آنکه، با توجه به اصالت اباحه، خداوند مسلمین را مسئول امور دنیوی خویش قرار داده است. و دوم، بر خلاف عبادات، در امور دنیوی خداوند صرفاً اصول عام و کلی حاکم را بیان کرده است. (رشیدرضا، ۱۹۵۶: ۲۸-۲۴) در برخورد با مسائل این حوزه می‌توان مصالح دنیوی را تا آنجا که با اصول دینی در تعارض واقع نشود، در نظر گرفت. (همان: ۷۱-۷۰) بر این اساس، احکام تمامی مسائل مربوط به عبادات و اعتقادات باید با استناد به نصوص معتبر تعیین شود. اما تعیین احکام مسائل سیاسی، قضایی و مدنی غیرمنصوص به اختیار و صلاح‌دید انسان واگذار شده‌اند و قواعد آن براساس ملاحظات مربوط به نیازهای انسان، مصلحت و ضرورت تعیین می‌گردد. البته دو اصل ضرورت و مصلحت همواره بر هر دو دسته احکام فوق ترجیح داده می‌شود. (همان: ۷۶ و الترابی، ۱۹۸۰: ۲۷)

برخی دیگر نیز به منطقه‌ای خالی از حکم شرعی اشاره کرده‌اند و در موارد منصوص نیز ضرورت‌های اجتماعی را بر آن‌ها مقدم می‌شمارند. (خلاف، ۱۹۹۳: ۱۲۵-۱۲۴) دسته دیگری از نظریه‌پردازان سودانگار معتقدند محدوده فاقد حکم شرعی وجود ندارد و تمامی قواعد مورد نیاز در این حوزه به اصولی چون نظم، عدالت و رفاه استناد می‌یابند که از اهداف شرع هستند. همچنین عقل و وحی مکمل یکدیگرند و عقل انسان می‌تواند حکمت‌های احکام مانند عدالت و رفاه را بفهمد و از آن حکم شرعی نیازهای متغیر خود را کشف کند. به علاوه، بسیاری از احکام شرعی

با نظر به اهداف مذکور وضع شده‌اند و خود موضوعیت ندارند؛ لذا به مقتضای رفاه جامعه قابل اصلاحند. (الفاسی، بی‌تا: ۶۴-۶۳) برخی نیز با اشاره به اینکه برخی احکام شرعی مانند سهم زن در ارث، چندهمسری و ربا مبین و صریح هستند و در مقابل مقتضیات جوامع جدید قرار دارند، تبیینی از نظریه سودانگاری را مطلوب دانسته‌اند که به استناد آن بتوان این احکام را حذف کرد. (وائل بن حلاق، ۱۳۸۶: ۳۱۷) ^(۶)

۷. لیبرالیسم دینی

رویکرد لیبرالیستی به فهم متون مبتنی بر تلقی وحی هم به مثابه متن (text) و هم به مثابه زمینه (context) است. در دیدگاه ایشان متون و حیانی را نمی‌توان براساس تفسیر لفظی تحلیل نمود و مسائل جامعه جدید را حل و فصل کرد. بلکه باید متون و حیانی را مبتنی بر روح و مقاصد کلی آن تحلیل کرد. (همان: ۳۲۷)

در نظر این رویکرد، دین یک امری فراانسانی است و به منزله ایده ناب در قرآن و سنت پیامبر تجلی یافته است. اما تفسیر آن امری انسانی و خطاپذیر است. در لیبرالیسم دینی قرآن و روایات نبوی به مثابه یک کل ملاحظه شده که بستر آن جامعه عربی جاهلی بوده که اسلام در آنجا ظهور کرده است. در نتیجه باید نهادهای اجتماعی، اقتصادی و قبیله‌ای جامعه مکه به طور کامل فهمیده شود. (همان: ۳۴۰)

بنا بر این نظریه در چهارچوب لیبرالیسم دینی فرآیند استنباط و استخراج اصول کلی باید از دو حرکت نظری تشکیل شود: حرکت از خاص به عام (استخراج اصول کلی از مسائل خاص) و حرکت از عام به خاص. این روش‌شناسی با عنوان نظریه دو حرکتی شناخته شده است. در حرکت دوم اصول کلی که از متون و حیانی استنباط شده‌اند، بر شرایط فعلی جامعه مسلمین اعمال می‌شوند. (همان: ۳۴۳) ^(۷)

۸. روش‌شناسی اجرا

بر فرض اینکه حکم شرعی و موضوع آن به درستی شناسایی شود، اینک این سخن مطرح می‌شود که این موضوع چگونه بر مصادیق خارجی تطبیق داده می‌شود. نکته مهم این است که شارع خود در این ناحیه روشی را ابداع نکرده است، بنابراین روش خاصی را نمی‌توان به قانون‌گذار مستند کرد. با توجه به رویه وی باید گفت در اینجا همان شیوه خردمندان مورد پذیرش قرار گرفته است. مطلب مهمی که در اجرای احکام موضوع بحث و بررسی قرار گرفته است، حالت تراحم

است. در این حالت شخص با دو تکلیف روبه‌رو می‌شود که توان اجرای هر دوی آن‌ها را ندارد، از این رو باید یکی را انجام دهد. اکنون سخن این است که معیار گزینش در باب تراحم چیست؟ فقیهان با توجه به ماهیت و چگونگی تکلیف، تلاش نموده‌اند ضوابطی را برای ترجیح یک حکم بر دیگری در مقام تراحم بیابند.

چهارم: اصول و ویژگی‌ها

در مرحله تحلیل و تبیین، نظریه حقوقی اسلام باید به گونه‌ای انجام گیرد که آن را از دیگر نظریه‌های دینی که در شرایط پیشین بیان شده متمایز ساخته و در جهان معاصر به لحاظ تطبیقی مرزهای آن با نظریه‌های حقوقی روشن گردد.

در یک نگاه کلی، می‌توان نظریه حقوقی اسلام را دارای اصول و ویژگی‌هایی به لحاظ مقارنه با شرایع پیشین و یا هم‌عصر تشریع قلمداد کرد و یا اینکه به لحاظ مطالعه تطبیقی با نظریه‌های حقوقی معاصر دانست.

۱. مقارنه با شرایع پیشین

پژوهش درباره مطالعه تطبیقی نظریه حقوقی اسلام با شرایع پیشین به خصوص با استفاده از متون دینی صورت گرفته است. برای مثال، برخی نویسندگان در بررسی ویژگی نظام حقوق اسلام در مقایسه با شرایع پیشین به ده امر اشاره می‌کنند که عبارتند از:

- آسان‌گیری و رحمت؛
- برداشتن آن دسته از احکام دست و پا گیر که در شرایع پیشین وجود داشت؛
- حلال شمردن همه چیزهای پاک؛
- حرام شمردن همه چیزهای ناپاک؛
- اختصاص مرجعیت تشریع به خداوند؛
- مرجعیت تبیین‌گری قرآن برای بشر به عقیده اهل سنت منحصر در سنت پیامبر است و به عقیده امامیه منحصر در سنت معصومان (علیهم‌السلام) است؛
- اصالت عدم تکلیف در تمام سطوح معتبر است. مگر اینکه دلیل موثقی برای اثبات تکلیف پیدا شود؛
- تا دلیل معتبری نیابیم، تکلیف گردن‌گیر انسان نیست و در مورد وی اصل برائت ذمه جاری می‌شود. (علونی، ۱۳۸۸: ۱۴۵)

۲. مقارنه با دیگر نظریه‌ها

باید توجه داشت که آنچه گفته شد، در مقایسه اسلام با شرایع سابق بوده است. نظریه حقوق اسلام در مقایسه با نظریه‌های حقوقی رایج و رویکرد مکاتب فکری دارای ویژگی‌هایی است که آن را برجسته یا از دیگر نظریه‌های حقوقی متمایز می‌کند. در ادامه به این ویژگی‌ها اشاره می‌شود:

۲-۱. ماهیت کشفی داشتن

نظریه حقوقی اسلام در برخی از سطوح خود ماهیت کاملاً کشفی دارد. یعنی اینکه قواعدی توسط شارع وضع گردیده است و استنباط کننده، این قواعد را از منابع معتبر کشف می‌کند. این سخن بر مبنای اندیشه کسانی که «نظریه تخطئه» را پذیرفته‌اند مورد قبول است. براساس نظریه تخطئه، احکام واقعی به عنوان شریعت وضع گردیده و به صورت فرا زمانی و فرا مکان دارای اعتبار است، مجتهد این قواعد را کشف می‌کند. حال در عملیات کشف خود ممکن است به واقع دست یابد یا اینکه خطا نموده و به واقع دست نیابد. همان طور که پیداست، این دیدگاه به لحاظ مبنا اراده‌گراست، یعنی اینکه مبنای مشروعیت قواعد را اراده شارع می‌داند و تمام تلاش خود را به کشف اراده وی معطوف می‌دارد. منطق فهم این نظریه، منطق خاصی خواهد بود و ساختار نظریه فقهی شکل گرفته و چگونگی اجرا و پی بردن به خطا صورت ویژه‌ای خواهد داشت. در مقابل این نظر «دیدگاه مصوبه» مطرح است که محوریت را به فهمنده می‌دهد؛ در رادیکال‌ترین صورت تصویب این سخن پذیرفته شده است که مجتهد با مراجعه به ادله و با استفاده از منطق پژوهش به حکمی دست می‌یابد که این حکم واقعی خواهد بود و نسبت به مکلفان لازم الاجرا است. لازمه این دیدگاه پذیرش نوعی نسبی‌گرایی در شریعت است، با این توضیح که مبنای مشروعیت احکام، اراده شارع بوده و برای ابراز اراده شارع نیز منابعی وجود دارد و اینها تنها راه‌هایی هستند که راهنمای فهمنده برای دستیابی به حکم قرار می‌گیرند. به طوری که با رعایت ساختار روشمند استنباط، حکم به دست آمده، حکم واقعی تلقی خواهد شد.^(۸)

آنچه که گفته شد، راجع به احکام تشریعی است که از طرف قانون‌گذار وضع گردیده است. همان طور که می‌دانیم بخش مهم دیگری از مقررات اسلام، احکام حکومتی است که بنا بر مصالح و در راستای نظم اجتماعی توسط حاکم صادر می‌گردد و تا وقتی که چنین مصلحتی وجود داشته باشد، این احکام باقی است. این بخش از احکام نظام حقوقی اسلام جنبه تأسیسی دارند و ماهیت آن‌ها کشفی نیست.

۲-۲. حکیمانه بودن

حکمت در لغت به معنای فهم معانی (شیخ طوسی، ج ۱: ۵۵۳) و نوعی علم و حکیم به معنای عالم به متقن در امور آمده است. (الجواهری، ۱۴۰۷ ق، ج ۵: ۱۹۰۱) برخی آن را معرفت به بهترین اشیا با بهترین علوم دانسته‌اند. (ابن اثیر، ۱۳۸۰ ق، ج ۱: ۴۰۲) به همین جهت لغت‌شناسان آن را از «لعب» جدا ساخته‌اند؛ زیرا لعب، عمل کودکانه‌ای است که به قصد لذت انجام می‌گیرد و عالمانه و حکیمانه نیست. (ابوهلال العسکری، ۱۳۵۳: ۳۵۰) در برخی کتب لغت حکمت، ضد «سفه» نیز آمده است. (همان، ۱۹۸ و ۲۷۸) سفه به معنای کاهش شناخت وضعیت امور و ضعف رأی است و کسی که دارای ضعف رأی باشد صفت حلم ندارد. (همان، ۱۹۹) از این‌رو برخی از لغت‌شناسان حکمت را به سه صفت عدل، علم و حلم برگردانده‌اند. (الفراهیدی، ۱۴۰۹ ق، ج ۳: ۶۶) از همین‌رو برای جداسازی فساد از قبیح، (ابوهلال العسکری، ۱۳۵۳: ۴۰۵) غضب درست و غضب نادرست، (همان، ۳۸۶) از عنصر حکمت استفاده شده است.

این کلمه بیشتر در معلومات عقلی و حق صادق استعمال می‌شود و معنایش در این موارد آن است که در آن‌ها بطلان و کذب معنا ندارد. بنابراین حکمت عبارت است از قضایای درستی که مطابق با واقع باشد، یعنی به نحوی مشتمل بر سعادت بشر باشد و اگر مشتمل بر حقایق عالم طبیعی است، از قبیل معارفی است که با سعادت انسان سر و کار دارد؛ مانند عقاید فطری که اساس تشریع امور دینی است. (طباطبایی، ۱۳۹۵ ق: ج ۲، ص ۳۹۵) به طور خلاصه می‌توان گفت حکمت معرفت علمی است به اندازه‌ای که نافع باشد. (همان: ج ۱۶، ص ۲۱۵)

یکی از ویژگی‌های مهم نظریه حقوقی اسلام حکیمانه بودن آن است. به این معنا که خداوند حکیم قواعد حقوقی را به صورت منسجم و مرتبط با هم و با لحاظ ماهیت وجودی انسان تشریع کرده است.

این سخن که قواعد حقوقی با هم مرتبط بوده و میان آن‌ها تعارض در اهداف و اصول برقرار نیست، امری پذیرفته شده به لحاظ فلسفی، کلامی، اصولی و فقهی است. به لحاظ فلسفی خداوند، وجود مطلق و دارای کلیه صفات کمال است. از جمله صفات کمال، حکمت است. این امر در آیات متعدد قرآن کریم مطرح گردیده است. در این آیات خداوند از خود با صفاتی مانند عزیز حکیم، حکیم علیم، علیم حکیم یاد می‌کند. آیاتی که مبین صفت حکمت است و گاه ناظر به تکوین و سنت‌های تکوینی است. مانند صورت‌پردازی انسان در رحم (يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ)، (آل عمران: ۶) سنت الهی عذاب و غفران، (مائده: ۱۱۸) خلقت آسمان‌ها و زمین، (انعام: ۷۳) سنت ارسال رسل به زبان قوم (ابراهیم: ۴) و سنت خلقت انسان و رستخیز مجدد او. (لقمان: ۹)

برخی دیگر از آیات قرآن مبین حکمت در قواعد تشریعی است. برای مثال، هنگامی که خداوند از اصلاح وضع یتیمان، (بقره: ۲۲۰) روابط فقهی - اخلاقی پس از طلاق میان زن و مرد، (بقره: ۲۲۸) وصیت نسبت به وضعیت همسران پس از مرگ، (بقره: ۲۴۰) اجرای حد سرقت، (مائده: ۳۸) شیوه تقسیم خمس، (توبه: ۶۰) امر به معروف و نهی از منکر، (توبه: ۷۱) چگونگی ورود کودکان به محل اختصاصی پدر و مادر، (نور: ۵۸) چگونگی ورود جوانان به خانه، (نور: ۵۹) احکام ارث، (نساء: ۱۱) نکاح موقت و حرمت زنا (نساء: ۲۴) و وجوب پرداخت دیه قتل غیر عمد (نساء: ۹۲) سخن می‌گوید، به صفت حکمت خویش اشاره دارد.

۲-۳. عقلایی بودن

از خصوصیات دیگر نظریه حقوقی اسلام خردمندانه بودن مفاد آن است. خردمند بودن مفاد نظریه حقوقی اسلام را از جهات مختلف می‌توان مورد توجه قرار داد. این جهات عبارتند از:

۲-۳-۱. خردمند بودن قانون‌گذار

براساس مبانی کلامی قانون‌گذار در نظریه حقوقی اسلام خردمند و حکیم است، که در بخش پیشین به آن اشاره کردیم. این امر هنگامی که با توجه به مبانی انسان‌شناختی مورد توجه قرار گیرد، بسیار با اهمیت جلوه می‌کند. تکامل انسان و رسیدن وی به کمال مطلوب براساس مبانی از طریق ایمان و عمل صالح است. قانون‌گذار هنگامی می‌تواند یک نظریه خردمندانه را طراحی کند که متناسب با این روند تکاملی انسان از طریق ایمان و عمل صالح باشد.

۲-۳-۲. خردمندانه بودن محتوای قوانین

براساس این شاخص محتوای قوانین اسلام نیز خردمندانه بوده و به لحاظ مبنا و هدف در راستای رستگاری انسان است. نتیجه سخن این است که قانون‌گذار سیره خردمندان را در اموری که وحدت نظر شارع با خردمندان میسر باشد، بپذیرد و از این رویکی از منابع پی بردن به اراده قانون‌گذار، سیره عقلاست، که باید در جای خود مورد بررسی قرار گیرد.

خردمندانه بودن قواعد حقوقی و فقهی مبتنی بر نظریه حقوقی اسلام را باید با توجه به مبانی انسان‌شناختی خاص این نظریه مورد مطالعه قرار داد. در غیر این صورت، ممکن است در فهم این نظریه دچار اشتباه گردیم.^(۹)

۳-۲-۳. خردمندانه بودن روش

قانون‌گذار در بیان قوانین خود بیشتر از روش خطابی استفاده کرده و از شیوه خردمندان پیروی می‌کند. بنابراین، منطق حاکم بر روش فهم خطابات شرعی بیشتر مبتنی بر قواعد عقلایی است. قواعدی چون اصالت ظهور، تقدیم عام بر خاص، حجیت مفاهیم و بسیاری از امور دیگر که در حوزه روش به کار می‌روند، ناشی از این بُعد نظریه حقوقی و فقهی اسلام است.

۴-۳-۲. خردمندانه بودن شیوه ارسال پیام

تفاوت زمانی ارسال پیام توسط شارع و بیان احکام از طرف او موجب پیدایش این پرسش شده است که چگونه می‌توان با توجه به این بُعد زمانی به اراده وی پی برد. در اینجا نیز سیره و روش خردمندان مورد پذیرش قرار گرفته است و بحث حجیت خبر واحد با شرایطی پذیرفته شده است. از همین رو برخی از محققان بر این باورند که تنها دلیل حجیت خبر واحد بنای خردمندان است که از طرف شارع مردود شمرده نشده است. (حسینی بهسودی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۹۵) علاوه بر این اصالت، عدم نقل معنا به لحاظ مفاد نیز مورد قبول قرار گرفته است.

۴-۲. هماهنگی با آخرت‌گرایی

از جمله ویژگی‌های نظریه حقوقی اسلام هماهنگی آن با آخرت‌گرایی انسان است. حقوق اگر چه در زمینه برقراری نظم همراه با عدالت تلاش می‌کند، اما در عین حال با مصالح اخروی انسان به شدت پیوند خورده است. این امر مهم در حوزه مفاد قواعد حقوقی، در شیوه دادرسی و کسانی که می‌خواهند ضمانت اجرای قواعد حقوقی را به اجرا گذارند به چشم می‌خورد.

مفاد قواعد حقوقی به شدت با شیوه تکامل و یا سقوط انسان در هم تنیده است. برای نمونه خداوند پس از برشمردن احکام قتل عمد و قصاص به این قاعده کلی اشاره می‌فرماید که هر کس پس از این تعدی کند، عذاب الیمی خواهد دید.^(۱۰) شبیه این امر در یکی از مادی‌ترین قواعد حقوقی یعنی ارث آمده است. خداوند در سوره نسا با احتساب میزان سهم ارث افراد به ضمانت اجرای اخروی به صورت اجر و ثواب و عذاب اشاره می‌کند.^(۱۱) همچنین به همین صورت برای حفاظت از اخلاق عمومی و سلامت اخلاقی برای کسانی که به اشاعه فحشا در میان مردم علاقه دارند، وعده عذاب دردناک دنیوی و اخروی داده شده است.^(۱۲)

آیین دادرسی نیز اهمیت زیادی دارد. به گونه‌ای که تخلف از آن به حضرت داود گوشزد شده است، به نحوی که تعدی از آن موجب عذاب می‌گردد.^(۱۳)

نمونه این ارتباط در جرایم زیادی چون زنا، لواط و مانند اینها مشاهده می‌شود.

۵-۲. ارتباط با عرف

اگرچه نظریه حقوقی اسلام يك نظریه الهی است، اما این نظریه در بستر تاریخی و اجتماعی شکل گرفته و رشد یافته است. ارسال رسولان برای اقوام مختلف و به زبان خود آنان، قرینه‌ای بر این ویژگی محسوب می‌شود.^(۱۴) ارسال رسل به زبان قوم خود به این معناست که خداوند هر یک از رسولان خویش را به زبان همان مردمی می‌فرستد که مأمور به ارشاد ایشان شده‌اند؛ حال چه اینکه خودش از اهل همان محل و از نژاد همان مردم باشد، و یا آنکه مانند لوط از اهالی سرزمین دیگر باشد، ولی با زبان قومش با ایشان سخن می‌گوید، همچنان‌که قرآن کریم از يك طرف او را در میان قوم لوط غریب خوانده و فرموده: *إِنِّي مُهَاجِرٌ إِلَى رَبِّي* (عنکبوت: ۲۶) و از طرفی دیگر همان مردم بیگانه را قوم لوط خوانده و مکرر فرموده: *وَقَوْمٌ لُوطٍ*. (هود: ۱۱ و ۷۰ و ۷۴ و ۸۹)

چنین امری در نظام تشریعی و حقوقی نیز مطرح است. از این رو جایگاه فقه در نظام حقوقی دارای اهمیت ویژه‌ای است. این امر در تحلیل احکام امضایی مورد توجه قرار گرفته است. زیرا در احکام امضایی، شارع نهاد یا قاعده حقوقی موجود را پذیرفته و آن را امضا نموده است. نکته بسیار با اهمیت در اینجا این است که آیا با تغییر عرف حکم امضایی نیز تغییر می‌کند یا اینکه عرف در ایجاد قاعده حقوقی نقش داشته، ولی در بقای آن نقشی ندارد. برخی همچون ابو یوسف قاضی بغداد و قرافی مالکی بر این باورند که با تغییر عرف، حکم نیز تغییر می‌کند. (صبحی محمضانی، بی تا: ۲۰۲) اما با يك تحلیل دقیق باید گفت که استفاده شارع از عرف به معنای بهره‌گیری از نهاد موجود در عرف بوده، به این شیوه که شارع، نهاد مشابهی را در نظام حقوقی اسلام پذیرفته است، نه اینکه حکم را دایر مدار عرف قرار داده باشد. (حکمت‌نیا و همکاران، ۱۳۸۶، ج ۱: ۲۵۲) بلکه آنچه در نظام حقوقی اسلام پذیرفته شده این است که حکم دایر مدار موضوع آن است به نحوی که با تحقق و فعلیت موضوع حکم محقق می‌شود. در نتیجه اگر با تغییر عرف موضوع زایل شود، در این صورت نه به خاطر تغییر عرف بلکه به خاطر فقدان موضوع، حکم فعلیت نمی‌یابد.

با نگاه به ساختار نظریه حقوقی اسلام می‌توان گفت که عرف در فهم الفاظ، تفسیر قواعد و تطبیق مفهوم بر مصداق دارای نقش مهمی است که باید در جای خود مورد بررسی قرار گیرد.

۶-۲. در نظر داشتن تکامل انسان

یکی دیگر از ویژگی‌های نظریه حقوقی اسلام این است که با کمال فرد و جامعه پیوند خورده است

و تنها يك امر مرتبط با نظم محسوب نمی‌شود. از همین‌رو علاوه بر عفو که از طرف حاکم صورت می‌گیرد، در نظریه حقوقی اسلام با نهاد توبه برخورد می‌کنیم که شخص با استغفار و توبه از انجام گناهی که نموده است، نادم گردیده و زمینه‌های کمال خود را فراهم می‌کند. از همین‌رو برخی از فقیهان رساله مستقل و مفصلی درباره توبه نگاشته‌اند. (بجنوردی، بی‌تا، ج ۷: ۳۲۳) گناه موجب سقوط انسان از مراتب کمالی و توبه موجب کمال انسان می‌گردد.

۷-۲. فرا مکانی و زمانی بودن

مکاتب حقوقی براساس مبانی نظریه خود درباره ثبات و یا نسبی بودن قواعد حقوقی اتفاق نظر ندارند. برخی از مکاتب حقوقی چون حقوق طبیعی با توجه به شخصیت انسان و درک عقلی از قواعد مقررات بنیادین حقوقی را ثابت می‌داند، هر چند ممکن است در حوزه مصادیق با قوانین متغیری برخورد نماید. در مقابل این مکتب، مکتب تاریخی حقوق قواعد حقوقی را در ذات خود متغیر و متحول می‌پندارد. مکتب مارکسیسم نیز با توجه به منطق فهم و زیرساخت‌های فکری خود برای قواعد حقوقی اصالتی قائل نیست و آن را تابع عوامل زیربنایی دیگری می‌داند. در این میان نظریه حقوقی اسلام برای بسیاری از قواعد و مقررات خود ادعای ثبات فرا زمانی و فرا مکانی دارد و به همین لحاظ نظریه حقوقی را سامان‌دهی می‌نماید. این امر از جهاتی قابل بررسی است:

۱-۷-۲. ادله (به لحاظ) کلامی

از جمله مهم‌ترین استدلال‌های نظریه فقهی و حقوقی اسلام توجه به صفات حکمت و علم شارع است، به این معنا که قانون‌گذار با توجه به شناخت روابط انسانی و با توجه به اینکه حضرت محمد (صلی‌الله‌علیه‌وآله) خاتم پیامبران است، به این نکته پی برده می‌شود که مقررات و قوانین وحی شده به ایشان دائمی بوده و تغییر نخواهد کرد. البته این استدلال ممکن است با این مشکل مواجه شود که کسی ادعا کند آنچه در شریعت ثابت است، قواعد بسیار کلی شریعت و اصول هستی‌شناسانه و قواعد ناظر به مقاصد است که هرگز تغییر نخواهد کرد. اما قواعد اعتباری در موضوعات جزئی‌تر قابلیت دوام ندارد و در نتیجه باید گفت که قواعد متحول خواهد بود.

این اشکال با این توضیح قابل پاسخ است که در نظر دانشمندان حقوق اسلامی، اعتبار احکام و مشروعیت آن يك سخن است و فعلیت یافتن آن سخن دیگر؛ وقتی می‌گوییم قوانین در نظام فقهی و حقوقی اسلام ثابت است، یعنی مفاد قوانین نسخ نشده است و کسی حق نسخ یا بدعت در

قوانین را ندارد. اما اینکه آیا مفاد يك قاعده خاص در زمان و مکانی دیگر فعلیت می‌یابد، بستگی به شرایط و تحقق موضوع آن دارد. از این‌رو شناخت دقیق موضوعات احکام بحث بسیار مهمی شمرده می‌شود و در همین جاست که ممکن است کسی با تحلیل موضوع به این نتیجه برسد که اگر چه به ظاهر عنوان موضوع وجود دارد، ولی واقعیت موضوع تغییر یافته است و نتیجه امر این خواهد بود که حکم فعلیت نمی‌یابد.

۲-۷-۲. ادله نقلی

در برخی از ادله درون دینی به روشنی از ثبات قوانین شریعت سخن گفته شده است. در برخی از روایات می‌خوانیم: «حَلَالٌ مُحَمَّدٌ حَلَالٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ». (کلینی، ۱۴۱۱، ج ۱، حدیث ۱۹). منظور از حلال و حرام در این روایت، همان احکام الهی است. (بجنوردی، بی‌تا، ج ۲: ۵۹) همان‌طور که از عنوان کتاب الکافی استنباط می‌گردد، این دسته از روایات در برابر بدعت‌ها و رأی‌گرایی وارد شده است. یعنی اینکه به جز شارع کسی حق وضع و یا نسخ قوانین الهی را ندارد؛ ^(۱۵) این سخن با تغییر موضوع که قبلاً از آن سخن گفتیم، متفاوت است. از همین‌رو شخصیت بزرگ اصولی چون آخوند خراسانی به خوبی میان وضع حکم و فعلیت آن تفاوت قائل می‌شود و بر این باور است که چه بسا حکمی در شریعت وضع گردیده باشد و تا ظهور امام زمان (عجل‌الله‌فرجه) هیچ‌گاه ظرف فعلیت آن نیز تحقق نیابد. (آخوند خراسانی، ۱۴۱۷: ۹۸) وی هنگامی که با این پرسش روبه‌رو می‌گردد که چه فایده‌ای بر این‌گونه احکام مترتب است، در پاسخ می‌گوید که در آن دوران به وضع قانون نیازی نیست و تنها حکم فعلیت یافته و به اجرا درمی‌آید. (همان)

گذشته از سخن فوق، برخی از اصولیان بر این باورند که این دسته روایات نشان دهنده کلیت شریعت بوده و نظر به تَكَ تَكَ احکام ندارد. به دیگر سخن معنای روایت این است که دین محمد (صلی‌الله‌علیه‌وآله) دین خاتم است و پس از آن دینی نخواهد آمد. از این‌رو برای احراز ادامه احکام به استصحاب استناد کرده‌اند. (روحانی، ۱۳۷۲ ریال، ج ۷: ۳۳۸)

۲-۷-۳. دلیل تحلیلی

همان‌طور که گفته شد، قواعد فقهی و حقوقی، قواعد تنظیم‌کننده رفتارهای انسان هستند. با نگاه اجمالی به روابط انسان در می‌یابیم که رابطه انسان با خداوند که در قالب نهادهای عبادی طراحی گردیده است، قابل تغییر نیست. هدف از رفتارهای عبادی تقرب انسان به خداست که این امر

بستگی به هیچ زمان و مکانی ندارد و قواعد آن توسط خداوند که مقرب الیه است اعلان می‌گردد. به تعبیر دیگر خداوند خود شیوه تقرب بندگان را به سوی خود اعلان می‌دارد و اینکه بنده خود در این حوزه اعلام نظر نموده و شیوه تعیین کند معقول نیست. دسته دوم قواعد مربوط به روابط اجتماعی انسان است، که در اینجا نیز براساس حکیمانه بودن قواعد و بر فرض ثابت بودن موضوع، تغییری در حکم حاصل نخواهد شد. با توجه به همین نکته پی می‌بریم که سخن اصلی بر سر شناخت موضوعات احکام است و اینکه آیا موضوعی با شرایط ویژه فعلیت می‌یابد یا نه؟ برخی از اندیشمندان پاره‌ای از موضوعات را در ذات خود متغیر می‌دانند و در نتیجه حکم ثابتی برای آن در نظر نمی‌گیرند. از جمله کسانی که چنین نظریه‌ای را پذیرفته است، شهید سید محمد باقر صدر است. وی با مطرح کردن نظریه منطقه الفراغ بر این باور است که در شریعت حوزه‌ای وجود دارد که حکم شرعی آن ثابت نیست و وضع قواعد به عهده ولی امر گذاشته شده است. (صدر، ۱۴۰۲: ۳۸۰ و ۶۹۰) این حوزه ناظر به رابطه انسان با طبیعت است. ذات قواعد در این حوزه متغیر است و حاکم بنا به صلاحدید و اوضاع و اقتضانات زمانه احکام را بیان می‌کند. (۱۶)

ب. متغیرهای کاربردی اول: موضوع و موضوع‌شناسی ۱. تحلیل موضوع

احکام شرعی را هنگامی که در قالب قضایای شرعی تحلیل نماییم، به دو عنصر اساسی برخورد می‌کنیم: یکی حکم و دیگری چیزی است که حکم بر آن بار می‌شود. این امر وقتی در مقابل محمول به کار برده می‌شود، به عنوان موضوع یا متعلق حکم تلقی می‌گردد. به دیگر سخن در اینجا موضوع در مقابل حکم به کار رفته است و بیشتر جنبه سلبی دارد. در برخی نوشته‌های فقهی بر همین مبنا قضایا تحلیل شده است. یعنی هر آنچه که غیر حکم است، در قالب موضوع مورد بررسی قرار گرفته است. برای مثال، مرحوم نائینی در تحلیل مجعولات شرعی بر این باور است که مجعولات شرعی مانند قضایای خارجی نیست؛ در نتیجه موضوعات احکام عناوین کلی است که به لحاظ مصادیق خارجی مقدارالوجود برای ترتب حکم در نظر گرفته می‌شود. (الکاظمی، ۱۴۰۹: ج ۱، ص ۲۷۸) از همین رو سید محمدباقر صدر در تعریف موضوع می‌نویسد:

«موضوع حکم يك اصطلاح اصولی است و عبارت است از مجموعه اشیاى كه فعلیت حکم مجعول بر آن توقف دارد. برای مثال هنگامی که گفته می‌شود حج بر شخص مستطیع واجب است، موضوع، مکلف مستطیع است، زیرا فعلیت وجوب حج بر وجود چنین شخصی توقف دارد. و یا در

این قضیه شرعی که بر مکلف غیرمسافر و غیرمريض هنگام حلول ماه رمضان روزه واجب است. در این قضیه موضوع، مکلف غیرمسافر و غیرمريضی است که ماه رمضان را درك کرده است.» (صدر، ۱۴۰۶: ج ۱، ص ۱۰۷)

علاوه بر این، گاه بخش موضوعی یک قضیه شرعی به لحاظ دیگر مورد تحلیل قرار می گیرد. در اینجا به لحاظ ابعاد مختلف ممکن است اصطلاحاتی مقرر گردد. برای مثال مرحوم نایینی در کنار موضوع حکم از متعلق حکم نیز نام می برد. این جداسازی که به گفته برخی از ابتکارات ایشان است (الحکیم، ۱۳۷۲: ج ۱، ص ۴۲۸) به این معنی است که در ارتباط با قانون گذار و مخاطبان قانون آنچه را که شارع فعل یا ترک آن را طلب می کند، متعلق حکم نامیده می شود. برای مثال وقتی شارع می گوید نماز بخوانید، خواندن نماز متعلق حکم است. منظور وی از موضوع امر مفروض الوجود در متعلق است. مثلاً در فعل نماز، شارع با شخص بالغ و عاقلی است که از وی نماز طلب شده است، موضوع حکم است. (الکاظمی، ۱۴۰۹: ج ۱، ص ۱۴۵) در همین راستا برخی از محققان تلاش نموده اند با ارائه مثال های متعدد به تفکیک موضوع و متعلق موضوع پردازند. مثلاً میان گزاره های دو جزئی مانند: نماز واجب است، یا وفای به عقد لازم است، تفکیک قائل شده اند. در گزاره اول نماز موضوع و واجب حکم قلمداد گردیده است و در گزاره دوم وفا متعلق و عقد، موضوع محسوب گردیده است. (علیدوست، ۱۳۸۴: ۳۷۵)

تفکیک حکم، موضوع و متعلق در مباحثی چون چگونگی تصویر عموم ازمانی و مراجعه به دلیل عام (الواعظ الحسینی، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۲۳۱) یا امکان اخذ قصد امثال در موضوع حکم یا متعلق حکم مورد بررسی قرار گرفته است. (الحکیم، ۱۳۷۲: ج ۱، ص ۴۲۸؛ الکاظمی، ۱۴۰۹: ج ۱، ص ۱۴۵)

برای بررسی و یافتن موضوع حکم شرعی، لازم است خطاب شرعی را تحلیل نموده، عناوین به کار رفته در دلیل را بررسی و سرانجام به موضوع حکم شرعی دست پیدا کرد. پس از دست یافتن به موضوع حکم شرعی شناخت مفهوم آن از يك سو و شناخت مصادیق آن از سوی دیگر دارای اهمیت است. برای مثال، برخی اصولیان بر این باورند که عناوین مأخوذ در خطابات شرعی گاهی از قبیل جهات تعلیلی و گاه از قبیل جهات تقییدی است. اگر عنوان به کار رفته در خطاب دارای جهت تعلیلی باشد این عنوان موضوع حکم شرعی نیست، بلکه عنوان مشیر به موضوع حکم شرعی می باشد. (عراقی، ۱۴۰۵: ج ۱، ص ۴۲۰) باید توجه نمود، وضع الفاظ برای صحیح یا اعم نیز در شناخت موضوع دارای اثر است. (الحکیم، ۱۳۷۲: ج ۱، ص ۲۶۰)

۲. رابطه موضوع و حکم

یکی دیگر از موضوعات بحث، رابطه موضوع و حکم است که این امر را گاه از باب نسبت علت و معلول و یا از باب توقف و ترتب در نظر می‌گیرند. (الکاظمی، ۱۴۰۹: ۱۴۵)

۳. تحلیل قضایای حقیقی و خارجی

تحلیل قضایای حقیقی و قضایای خارجی از دیگر مباحث موضوع‌شناسی است. برای مثال، گفته شده است که قضایای حقیقی را می‌توان به موضوع حکم و علت تشريع (بنا بر پذیرش تبعیت احکام از مصالح و مفاسد) تقسیم کرد. حال آنکه عناوین به کار رفته در قضایای خارجی همه از قبیل علت تشريع است. (همان، ج ۳: ۹) برای مثال، هنگامی که شخصی به زید اجازه خوردن طعام یا داخل شدن در منزل را بدهد، با آگاهی به اینکه زید دوست اوست، زید می‌تواند داخل خانه شود و غذای او را بخورد؛ اگرچه در واقع دوست او نباشد، بلکه دشمن او باشد، زیرا اذن به شخص زید تعلق گرفته است و علم به صداقت تأثیری در حکم ندارد. اما اگر قضیه را به صورت قضیه حقیقی انشا نماید و بگوید هرکس دوست من است داخل خانه شود، و یا به زید بگوید اگر دوست من هستی داخل شو؛ در این صورت زیدی که دشمن است نمی‌تواند داخل خانه شود. (همان، ج ۱: ۲۷۸)

۴. رابطه موضوع با علم مخاطب

یکی دیگر از امور مهم مربوط به موضوع‌شناسی رابطه موضوع با علم مخاطب است. این امر را اصولیان در بحث قطع طریقی و موضوعی مورد بحث قرار داده‌اند. (حکیم، ۱۴۱۴، ج ۳: ۴۵۴) با این بیان که گاه قطع مخاطب به وجود موضوع در ترتب حکم تأثیر دارد که از آن به قطع موضوعی یاد می‌کنند و گاه قطع شخصی و روانی مخاطب در این امر تأثیری ندارد که از آن به قطع طریقی یاد می‌شود. تشخیص جایگاه علم و قطع مخاطب در موضوع حکم برای شناخت جایگاه اصول و امارات برای فعلیت یافتن حکم نقش به‌سزایی دارد. (خویی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱۵)

۵. موضوع و احکام عقلی

برخی قضایای شرعی ریشه در قضایای عقلی و ملازمه میان حکم عقلی و شرعی دارند؛ از این رو شناخت موضوع قضیه عقلی و چگونگی انعکاس آن در قضیه شرعی نیز يك بحث موضوع‌شناسی است. این بحث را فقیهان در استصحاب مورد بررسی قرار می‌دهند. در اینجا تمام سخن بر سر

این دو پرسش است: هنگامی که عقل به حسن شئی یا به قبح چیزی حکم می‌کند، آیا همه ابعاد موضوع در نزد او روشن است و یا اینکه برخی از احکام عقل ممکن است نسبت به موضوعی با لحاظ متیقن بودن موضوع باشد؟ و پرسش دوم اینکه حکم شرعی مستکشف از دلیل عقلی، به این گونه است که شارع در کلیه قیود موضوع از عقل تبعیت می‌کند و یا ممکن است تصرفی در آن داشته باشد؟ (همان، ۳۵۲)

۶. رابطه موضوع و کارکرد

توجه به کارکرد موضوع نیز از جمله مباحثی است که به صورت پراکنده در مباحث فقهی و اصولی مورد توجه قرار گرفته است. مانند بحث شطرنج که توسط امام مطرح شده است. اصل سخن این است که عنوانی در دلیل به کار رفته است که در ظاهر این عنوان مصداق دارد، ولی این مصداق کارکرد خود را از دست داده است. برای مثال شطرنج در دلیل به کار رفته است اما کارکرد قمار ندارد؛ آیا باید به ظاهر اکتفا کرد یا به کارکرد توجه نمود؟

دوم: حکم‌شناسی

بایدها و نبایدها و دیگر گزاره‌های فقهی و حقوقی در قالب احکام شرعی بیان می‌گردند. از این رو، شناخت و تحلیل حکم، از قبیل ماهیت، ارکان، اقسام، رابطه احکام با یکدیگر، ملازمات و معاندات احکام و بیان دیدگاه‌ها در هر مورد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. بی‌جهت نیست که محقق نائینی، مبادی احکامی را هم‌شان مبادی تصویری و تصدیقی دانسته و در تعریف آن می‌نویسد، مراد از مبادی احکام، اموری است که شناخت احکام متوقف بر آن‌هاست؛ از قبیل تکلیفی و وضعی بودن احکام احوال و عوارض احکام مانند متضاد بودن آن و اینکه احکام وضعیه آیا در مرحله اعتبار دارای اصالت بوده و یا از تکلیف گرفته شده و مانند اینها. (کاظمی، ۱۴۰۹: ۳۰۱) با توجه به سخن فوق می‌توان بخشی از مباحث مربوط به احکام را مربوط به شناخت خود حکم و بخش دیگر را به شناخت عوارض و احوالات حکم دانست. بنابراین بخش نخست مطالعه پیشینی حکم و بخش اخیر مطالعات پسینی حکم به حساب می‌آید.

فقیهان و اصولیان با توجه به ابعاد مختلف حکم به مواردی چون احکام استقلالی، احکام ظاهری، احکام ثانوی، احکام واقعی، احکام الزامی، احکام امضایی، احکام ترخیصی، احکام حکومتی، احکام حقیقی، احکام امتحانی، احکام طریقی، احکام عقلی، احکام عقلایی، احکام قضایی، احکام غیری و نفسی، احکام فعلی، احکام انشایی، احکام مولوی و ارشادی، احکام

معلق و منجز، احکام ثابت و متغیر و احکام وضعی پرداخته‌اند.^(۱۷) آنان همچنین مراحل حکم شرعی را مورد بررسی قرار داده و با این پیش فرض که شارع در شیوه وضع قواعد فقهی و حقوقی روش مختص به خود نداشته و از همان روش معمول و عقلایی استفاده نموده است، و مراحل مختلف، ماهیت مراحل و خود مراحل از قبیل مرحله درک مصلحت و مفسده، (حکیم، ۱۳۷۲، ج ۳: ۸۱) مرحله اراده (حکمت‌نیا و همکاران، ۱۳۸۶، ج ۱: ۲۷۷) و مرحله اعتبار و ابراز^(۱۸) را تحلیل نموده‌اند. همچنین ماهیت قضایایی که براساس آن احکام انشا شده‌اند، مورد بررسی قرار گرفته و نظریه‌هایی چون نظریه حقیقی بودن قضایا و یا نظریه خطابات قانونی، موضوع تحلیل آنان واقع شده است.

رابطه احکام با یکدیگر نیز در مباحثی چون دلالت نهی بر فساد، اجتماع امر و نهی، واجب بودن مقدمه واجب مورد گفتگو است. رابطه احکام با وجود مصلحت و عدم آن در تبعیت احکام از مصالح و مفاسد بحث می‌شود. محقق حلی احکام را به حسن و قبیح تقسیم می‌کند و در این تقسیم به تعلق ذم اشاره می‌کند. (حلی، ۱۳۶۱: ۴۸)

درباره رابطه حکم و عنوان به کار رفته در دلیل سه گونه رابطه قابل تصور است. حکم به صورت حدوثی و بقایی دایرمدار موضوع است؛ مانند این دستور: از عادل عالم تقلید نمایید. گاهی عنوان به موضوع واقعی اشاره دارد، بدون اینکه در حکم دخالتی داشته باشد؛ مانند این عبارت: دینت را از شخصی که اینجا نشسته است (زراره) اخذ کن. در اینجا قطعاً می‌دانیم که نشستن شخص ارتباطی با موضوع ندارد. احکامی که به صورت حدوثی و نه بقایی دایرمدار عنوان است. مانند آیه: «الْأَسَارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا»؛ (مائده: ۳۸) در این آیه حدوث سرقت موجب ترتب حد می‌شود. (همان، ۲۵۷)

سوم. گستره شریعت ۱. شمول مکانی شریعت

شمول مکانی شریعت نیز در مواردی دارای اهمیت است. این موضوع به لحاظ اجرایی نیز دارای اهمیت است. بدون شک هر فرد مسلمان در هر مکانی که باشد، موظف به انجام تکالیف خویش می‌باشد. در این میان، برخی از تکالیف مانند اجرای حدود، فعل حاکم محسوب می‌گردد. حاکم چه بسا به لحاظ سرزمینی دارای محدودیت در اعمال قدرت سیاسی باشد؛ اما از آنجا که افراد ممکن است در سرزمین جا به جا شوند، مسلمانان مقیم سرزمین کفر به سرزمین حکومت اسلامی منتقل شده و امکان اجرای حکم فراهم آید. در اینجا اگر کسی در سرزمین کفر، گناه موجب حدی

را مرتکب شود، آیا حاکم اسلامی باید بر او اجرای حد کند.

با وجود این، برخی از جرایم حتی اگر در بلاد شرک نیز واقع شود شخص مجازات می‌شود. برای نمونه می‌توان به جرم محاربه مثال زد. شیخ طوسی محارب را به طور مطلق مستوجب مجازات می‌داند. (طوسی، ۱۴۱۲: ۷۲)

۲. شمول زمانی شریعت

احکام هر نظام حقوقی در اعتبار خود به صورت مطلق وضع می‌گردد و کمتر مقید به زمان می‌شود. نظام حقوقی اسلام هرچند در بدو تأسیس خود و هنگام تغییر نظام جاهلی چه بسا برخی از احکام را به صورت تدریجی بیان نموده است، ولی با خاتمه یافتن عصر تشریع دوره نسخ احکام سپری شده است. علاوه بر این نصوصی نیز وجود دارد که حکایت از دوام احکام می‌کند؛^(۱۹) با وجود این، ممکن است با این ادعا که موضوعات احکام دچار تغییر شده است، دعوای عدم فعلیت حکم به خاطر فقدان موضوع گردیم.

گذشته از این، برخی محققان با مطرح کردن نظریه منطقه فراغ در ساختار نظام حقوقی اسلام منطقه‌ای را به تصویر می‌کشند که در آن منطقه ذات موضوع متغیر بوده و وضع حکم ثابت غیر قابل تغییر در آن برای قانون‌گذار میسر نیست. برای اینکه جامعه اسلامی در این گونه موضوعات با خلأ قانونی روبه‌رو نشود، شارع اختیار وضع قانون مناسب در چهارچوب خاصی را در اختیار حاکم دارای صلاحیت اسلامی قرار داده است.^(۲۰)

این سخن با آنچه درباره احکام ثانویه گفته می‌شود، متفاوت است. زیرا احکام ثانوی در برابر احکام اولی، احکام ثابتی است که بر عناوین ثانوی مانند ضرر، حرج و... مترتب می‌شود. این احکام ثابت هستند و موضوعات آن‌ها زمانی نیست. چه بسا این موضوعات در زمان تشریع نیز اتفاق افتد. حال آنکه در نظریه منطقه فراغ سخن از موضوعات زمانی است که موضوع دچار تحول شده است.

همچنین در میان برخی از نویسندگان اهل سنت این سخن که شریعت به لحاظ اصول کلی در صدر اسلام تکمیل گردیده است، اما احکام فرعی متناسب با ظرف زمانی بوده است، در صدد بازنگری کلی شریعت برآمده‌اند. ادعایی که ادله نقلی و سیره - به خصوص سیره امامان معصوم (علیهم‌السلام) - آن را تأیید نمی‌کند.

۳. شمول افرادی شریعت

احکام نظام فقهی و حقوقی اسلام بر رفتار مسلمانان حاکم است. علاوه بر این، احکام این نظام بنا بر نظر مشهور، شامل کفار نیز می‌شود. برای مثال، علامه حلی هنگام بررسی وجوب زکات، می‌نویسد: مشهور نزد فقیهان شیعه این است که زکات بر کفار نیز واجب است، هر چند ادای آن بعد از اسلام آوردن آنان، صحیح است. وی در ادامه سخن به صورت يك قاعده کلی می‌گوید کفار در نزد ما مخاطب به فروع هستند، همان‌گونه که آنان مخاطب به اصول هستند. (علامه حلی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۵۱)

از همین‌رو، با همان تحلیلی که ذکر شد، برخی شرط صحت را از شرط وجوب جدا نموده‌اند. برای مثال، محقق کرکی در شرایط نماز جمعه مسلمان بودن را شرط صحت دانسته و نه شرط وجوب. (محقق کرکی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۴۱۶) در برابر چنین سخنی، برخی فقیهان اهل سنت و پاره‌ای از اخباریان و برخی اصولیان متأخر، (۲۱) کافر را مکلف به فروع ندانسته^(۲۲) و برخی دیگر وی را مکلف به نهی و نه امر می‌دانند. (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۳۶۲) چنین امری درباره ملکیت اموری چون خمر یا خوک که در شریعت اسلامی فاقد مالیت است و در نزد کفار دارای مالیت، در مباحثی چون مهریه زوجه و یا ضمان نسبت به اتلاف آن موضوع سخن قرار گرفته است. همچنین رابطه قاعده تکلیف کفار به فروع دین و قاعده الزام نیز مورد گفتگو است. (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۳۱: ۱۰)

به لحاظ درون دینی، باید گفت بسیاری خطابات امری و نواهی به صورت مطلق آمده است و شامل مسلمانان و کفار می‌گردد. (۲۳) از همین‌رو، فقیهان در مورد قضای عبادات کافری که مسلمان شده است بحث نموده و برای عدم وجود قضا به ادله‌ای از قبیل «ان الاسلام یجب ما قبله» استناد می‌کنند. (محقق اردبیلی، ۱۴۱۷، ج ۵: ۲۵۳)

همچنین شیخ انصاری برای زدودن این شبهه که چگونه کفار با اینکه جاهل و غافلند مخاطب به فروع هستند، به تحلیل موضوع پرداخته و تلاش نموده است با مثال‌های عرفی قبیح نبودن چنین امری را به اثبات رساند. (شیخ انصاری، ۱۴۱۴، ج ۲: ۵۷۰) برخی محل کلام در تکلیف کفار به فروع را احکام اختصاصی اسلام می‌دانند. اما مستقلات عقلی که در حکم آن همه شرایع وحدت نظر دارند، مانند حرمت قتل، قبح ظلم، خوردن ظالمانه اموال دیگری و مانند آن میان همه افراد مشترک دانسته و از موضوع سخن خارج می‌دانند. (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵: ۱۱۲)

۴. شمول شریعت نسبت به احکام عدمی

شریعت اسلامی عبارت است از مجموعه قواعد و مقررات شرعی که خداوند برای مردم فرض کرده

است. این بیان اطلاق دارد و شامل احکام عدمی هم می‌شود. (حیدری، بی‌تا: ۲۹۷) بنابراین، در جایگاه احکام عدمی در شریعت مشکل چندانی وجود ندارد، اما در ماهیت آن اختلاف مهمی وجود دارد.^(۲۴) در اینجا باید بین دو صورت تفکیک قائل شد: گاهی حکم شارع روی عدم تکلیف می‌رود، مانند اباحه یا حلیت که در حقیقت عدم حکم نیست بلکه حکم به عدم است؛ و صورت دیگر، عدم جعل حکم است. البته عدم جعل حکم در جایی مطرح می‌شود که قابلیت وضع حکم وجود داشته باشد.

به نظر می‌رسد انشایی بودن احکام عدمی اشکال عقلی ندارد، لکن بررسی ماهیت حکم عدمی با گستره فقه از یک سو و روش وضع احکام در حوزه حقوق اسلامی از سوی دیگر، مرتبط است. بر این اساس، ابتدا باید احراز شود مسئله در حوزه شریعت اسلامی قرار دارد و سپس عمل شارع را در جعل و بیان احکام بررسی نمود. این دو محور از مسائل فلسفه فقه است.

قواعد حقوق اسلامی در بستر عرف موجود در زمان شارع وضع شده‌اند و لذا گاه شارع با اتکا بر امر موجود در عرف، وضع مستقلی نداشته است. بنابراین می‌توان گفت عدم جعل حکم در جایی که به شارع مربوط می‌شود، خود، حکم مجعول شرعی است. بله، اگر بنای شارع در عدم حکم اتکا به عرف و عدم بیان باشد، می‌توان در جایی که مفاد دلیل، عدم حکم است، آن را به معنای اخبار دانست. البته اخبار به حکم موجود شرعی که آن را از رویه شارع به دست آورده‌ایم.

۵. شمول بیانی شریعت

بسیاری احکام شرعی در قالب خطابات به مسلمانان در صدر اسلام بیان گردیده است؛ درباره چنین خطابات مسائلی وجود دارد. یکی اینکه برخی بیانات مانند «یا ایُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا» و «یا ایُّهَا النَّاسُ» به صورت حضوری مسلمانان را مورد خطاب قرار داده است.^(۲۵) اکنون پرسش این است که آیا چنین خطابات شامل مسلمانان غیر صدر اسلام و یا آنان که در چنین محیطی غایب بوده‌اند می‌گردد یا نه. مسئله دیگر اینکه برخی از خطاب‌ها به ظاهر شامل مردان می‌گردد. اکنون پرسش این است که آیا چنین احکامی شامل زنان نیز می‌گردد. مسئله دیگر اینکه آیا خطابات منابع خاصی چون قرآن برای چه کسی قابل فهم و حجت است. این سه مسئله از جمله مسائل مربوط به فلسفه نظام حقوقی اسلام محسوب می‌شود و اصولیان درباره آن به تفصیل سخن گفته‌اند. درباره پرسش اول، سخنان گوناگونی گفته شده است. صاحب قوانین از جمله محققانی است که با مطرح کردن این مسئله می‌نویسد معروف در مذهب اصحاب این است که آنچه برای خطابات شفاهی از قبیل: «یا ایُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا» و «یا ایُّهَا النَّاسُ» است، شامل افراد متأخر از زمان خطاب نبوده و در ادامه

ادعا می‌کند که برخی بر آن ادعای اجماع نموده‌اند. او نیز با پذیرش این سخن، ادعا می‌کند که خطاب معدوم به لحاظ شرعی و عقلی قبیح است. همچنین وی بر این باور است که چنین الفاظی برای اشخاص حاضر وضع گردیده است و بدون قرینه و با فرض امکان نمی‌توان آن‌ها را بر مجاز حمل نمود. (میرزای قمی، بی‌تا: ۲۳۰) در برابر این دیدگاه اصولیان متأخر با تحلیل خطابات، پاسخ‌های گوناگونی داده‌اند. از جمله برخی محققان با تحلیل قضایا به خارجی و حقیقی، شمول قضایای حقیقی را نسبت به غایبان و معدومان بدون اشکال دانسته‌اند. (کاظمی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۵۵۱) همچنین برخی مانند امام خمینی (رحمة الله علیه) با مطرح کردن نظریه خطاب‌های قانونی اساس چنین اشکالی را منتفی دانسته‌اند. ایشان در شرح خطابات قانونی می‌نویسد:

«سخن گاهی در امرهای شخصی است، مانند فرمان خداوند به ابراهیم خلیل، و گاه در امرهای کلی و قانونی. در صورت نخست چون غرض از امر، پدید آوردن انگیزه در مخاطب است، باید گیرنده پیام دارای شرایط لازم چون علم و قدرت و... باشد وگرنه امر به او امکان ندارد. ولی در امرهای قانونی و کلی چنین نیست، زیرا هدف نهایی آن نیست که همه کسان برانگیخته شوند و به تکلیف روی آورند، بلکه هدف قانون‌گذاری است. طبیعی است گروهی به این خطاب گردن نهند و گروهی سرپیچی کنند. در هر صورت این گونه امر و خطاب لغو نخواهد بود، زیرا در این گونه فرمان‌های قانونی به تعداد همه مکلفان، تکلیفی نیست، بلکه يك تکلیف و قانون برای همگان است.» (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۲۷۰)

از همین رو ایشان خطاب معدومان را دارای اشکال نمی‌داند. (همان، ج ۲: ۴۱) علاوه بر این، برخی دیگر با استناد به دیگر آیات قرآن به این نتیجه رسیده‌اند که خطابات قرآن خطاب‌های انشایی است و شامل همه افراد حاضر و غایب و موجود و معدوم می‌گردد. (مؤمن قمی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۵۲۶)

مسئله دیگر اینکه خطابات در مواردی به مردان شده است، آیا احکام این خطابات نیز به مردان اختصاص دارد. و دیگر اینکه آیا خطابات قرآنی برای همگان قابل فهم و حجت است یا برای معصومان حجت است. اخباریان در اینجا بر این باورند که چنین خطابات فقط برای معصومان حجت است.

چهارم: رابطه تکوین و تشریع و نظام حقوقی اسلام

یکی دیگر از خصوصیات نظام فقهی و حقوقی اسلام، رابطه تکوین و تشریع است؛ این موضوع در مباحث فلسفه حقوق مورد توجه است.

این بحث را در سطوحی می‌توان مورد بررسی قرار داد که در ادامه به آن اشاره می‌شود:

- آیا می‌توان از امور تکوینی به قواعد حقوقی دست یافت؟
- آیا می‌توان از امور تکوینی به اراده تشریعی خداوند دست یافت؟
- آیا در نظام حقوقی اسلام، در جعل احکام به صورت تشریعی به وضعیت تکوینی توجه شده است؟

۱. استخراج احکام حقوقی از امور تکوینی

استخراج احکام حقوقی از امور تکوینی در مکاتب خردگرایانه مطرح است. این امر به خصوص در حوزه حقوق زن مطرح می‌باشد و در دو سطح بررسی می‌شود: یکی اینکه آیا نظام‌های حقوقی موجود بر پایه ماهیت تکوینی انسان شکل گرفته است؛ دیگر اینکه آیا می‌توان برای استخراج قواعد حقوقی در یک نظام مطلوب، از این روش بهره برد؟

درباره پرسش اول نمی‌توان به آسانی پاسخ مثبت داد؛ زیرا در طول تاریخ نظام‌های حقوقی مختلف شکل گرفته است و در هر نظام برای زن قواعدی مقرر شده است؛ ولی نمی‌توان این قواعد را تنها بر مبنای انسان‌شناختی به صورت تکوینی توجیه نمود. از جمله اموری که برخی فمینیست‌ها به آن توجه کرده‌اند این است که قواعد حقوقی نظام‌های حقوقی، در یک بستر فرهنگی و تاریخی شکل گرفته و در ترسیم قواعد حقوقی، امور بسیاری نقش داشته است؛ اما در این باره که چه اموری در شکل‌گیری حقوق زن دخالت داشته است و اینکه آیا توجه بیشتر به منشأهای سلطه‌گری مرد و نظام مردسالاری بوده و یا ریشه در امور اقتصادی و سلطه‌جویی اقتصادی مرد بوده است، وحدت نظر وجود ندارد؛ اما این نکته که نظام‌های حقوقی فقط بر پایه ماهیت تکوینی انسان شکل گرفته است، اشکال چندانی ندارد.

پرسش دوم اینکه آیا باید قواعد حقوق را بر پایه تکوین استوار کرد؟ پاسخ به این پرسش ممکن است در آغاز، مثبت باشد؛ اما اینکه در اینجا باید به کدام صفت و ویژگی تکوینی توجه نمود و چگونه می‌توان از هست‌ها به باید‌ها رسید، چندان روشن و مشخص نیست. صرف توجه به این نکته که در حوزه باید‌ها به هست‌ها توجه شود، کفایت نمی‌کند. افزون بر این، استخراج قواعد حقوقی از امور تکوینی چندان میسر نیست.^(۲۶)

۲. استنباط اراده تشریعی خداوند از امور تکوینی

همان‌طور که می‌دانیم، در نظام حقوقی اسلام، قواعد شرعی در قالب احکام تکلیفی بیان گردیده

است و فقیهان نیاز چندانی به این بحث احساس نکرده که قواعد تکلیفی را از امور تکوینی استخراج کنند. از این رو شاید نتوان به فتوایی برخورد کرد که مبنای آن امور هستی‌شناسانه باشد و از امور تکوینی استنباط شده باشد.

۳. توجه شارع به امور تکوینی در جعل احکام

نظام حقوقی اسلام بر پایه اراده حکیمانه شارع شکل گرفته است؛ بنابراین برای یافتن احکام، باید به گزاره‌های مبین اراده تشریعی توجه کرد. اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا شارع در وضع قواعد خود به امور تکوینی توجه کرده است؟ در این امر نیز اختلاف نظر وجود ندارد؛ زیرا حکمت شارع اقتضا می‌کند وی در وضع قواعد به وضعیت تکوینی انسان‌ها توجه کند و با توجه به این امور، احکام را مقرر نماید؛ نمونه‌های این ارتباط در قواعد اعتباری در روایات بیان شده است که مباحث تفصیلی آن در مبنای انسان‌شناختی مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

پنجم: زبان نظریه حقوقی اسلام

این رابطه تکوین و تشریع در نظام حقوقی اسلام منجر به ایجاد دو نوع زبان خاص حقوقی نیز می‌گردد. روشن است هر رشته و گرایش علمی مبتنی بر نظریه، مکتب و نظام علمی حاکم بر آن دارای ادبیات علمی خاص خود می‌باشد. زبان نظام حقوقی اسلام زبان ویژه‌ای است که در آن قواعد حاکم بر رفتار با نگاه به منبع مشروعیت آن‌ها مقرر گردیده است. این قواعد ریشه در اراده شارع داشته و اگر چه برای تنظیم روابط انسان‌هاست، با این حال رابطه انسان با خداوند به خوبی در آن‌ها ملحوظ شده و قواعد رنگ الهی به خود گرفته است. به دیگر سخن، در همه قواعد ارتباط با خدا خودنمایی می‌کند و قواعد دارای کارکرد دوگانه است. این قواعد از یک سو روابط انسان‌ها با یکدیگر را تنظیم می‌کند و از سوی دیگر ناظر به حرکت صعودی انسان‌ها به سوی خداوند است. از همین رو زبان قواعد، زبان رابطه و پیوند با خداوند است، لذا زبان نظام حقوقی اسلام زبان تکلیف است. وجود این زبان در نظام حقوقی اسلام نقطه قوت آن است، زیرا در این نظام رابطه انسان با خدا به صورت ممزوج در روابط اجتماعی لحاظ شده است و در واقع در آن‌ها ماهیت انسان به خوبی ملاحظه گردیده است. این هماهنگی و تناسب نظام حقوقی در دو ساحت برقرار شده است:

نخست، نظام معرفتی و دوم، با دیگر نظام‌های سیاسی، فرهنگی، اخلاقی و ... یک نظام حقوقی در صورتی پایدار و کارآمد بود که بتواند این تناسب و هماهنگی را با این ساحت‌ها

ایجاد کرده و منفک از آن‌ها شکل نگیرد. بنابراین گزاره‌های حقوقی در نظام حقوقی اسلام دو وجهی می‌گردند که متناسب با آن نیازمند دو زبان و ادبیات خاص نیز می‌باشند. به عنوان مثال تناسب و ارتباط نظام حقوقی با ساحت معرفتی رابطه‌ای طولی ایجاد کرده که دارای ویژگی‌هایی مانند: اتصال و ارتباط با شارع و تناسب و ارتباط با کمال انسانی است.

باید توجه نمود که این زبان طولی و عرضی علاوه بر دارا بودن هماهنگی و تناسب درونی، یک هماهنگی، تناسب و ارتباط بیرونی نیز با یکدیگر برقرار می‌کنند. وجود احکام و قواعد تأسیسی و امضایی خود دلیل بر این دو سنخ ارتباط و تناسب است.

ششم: جایگاه شخصیت فهمنده

از جمله مباحث مهمی که می‌توان در حوزه فهم مطرح کرد، جایگاه فهمنده در ساختار نظام فقهی است. این بحث دارای ابعادی است. یکی اینکه بسیاری از ادله فقهی که دارای منشأ و حیانی است، با ساختارهای خطابی به پیامبر (صلی الله علیه و آله) وحی گردیده است؛ حال آنکه شریعت جاودانه و جهان‌شمول پیامبر مکلفانی دارد که در صحنه خطاب حضور نداشته و یا حتی وجود نداشته‌اند. اصولیان این بحث را به خوبی پیگیری کرده و با استدلال‌های گوناگون گاه در صدد پاسخ برآمده و تلاش نموده‌اند خطابات شرعی را چون خطابات قانونی بدانند. اگرچه این گزاره‌ها دارای صورت خطاب است و خطاب نیازمند مخاطب و رودرروی است. یا اینکه با پذیرش اشکال میان صورت و مفاد و قواعد حاکم بر هر یک از آن دو تفاوت گذاشته‌اند؛ به گونه‌ای که خطاب را مستلزم رودرروی دانسته و حال آنکه مفاد را براساس اصل اشتراك در تکلیف عمومی قلمداد نموده‌اند.

علاوه بر این سخن پیرامون آموزه‌های و حیانی مندرج در قرآن نیز این سخن مطرح شده است که آیا فهم بیانات قرآنی به اشخاص خاص اختصاص دارد یا اینکه فهم دیگران نیز از قرآن دارای اعتبار کافی برای عمل است. این سخن توسط اخباری‌ها مطرح گردید. اخباری‌ها بر این باورند که خطابات قرآنی فقط توسط معصومان (علیهم السلام) قابل فهم است و از این رو فهم قرآن از طریق آنان برای دیگران حجیت می‌یابد.^(۲۷) بر این استدلال نقد وارد شده است مبنی بر اینکه خطابات تکلیفی قرآن با زبان عرفی بیان گردیده است و بیان تدریجی احکام نیز مستلزم تأمل و دقت است که اندیشمندان می‌توانند داشته باشند و از سوی دیگر قرآن در شناخت اعتبار روایات مرجع قرار داده شده است که لازمه آن این است که توان شناخت برای افراد مهیاست. روایات نیز تنها از تفسیر به رأی نهی می‌کند؛ حال آنکه عمل به ظواهر قرآن که در دانش فقه مطرح می‌شود، تفسیر به رأی محسوب نمی‌شود.^(۲۸)

هفتم: نسبت شریعت با عرف و شرایع پیشین

شریعت اسلامی در محیط عرفی به وجود آمده است. روش قانون‌گذار نیز این بوده است که با تصحیح قواعد عرفی از زمینه اجتماعی بهره‌برد. پیرامون رابطه شریعت با عرف مباحث گوناگونی قابل بررسی است، اینکه شارع در قانون‌گذاری خویش به چه میزان از عرف استفاده کرده است؟ ماهیت احکام امضایی چگونه است؟ آیا شارع عرف را به عنوان یکی از منابع حقوق و فقه پذیرفته است؟ و دیگر اینکه شارع تا چه میزان احکام خود را تابع عرف قرار داده است؛ به گونه‌ای که اگر عرف تغییر، نماید حکم شرعی نیز تغییر می‌کند؟

شریعت اسلام به شرایع پیشین خود در یک رابطه خطی قرار دارد و لازم است نسبت خود را با آن‌ها معین نماید. در اینکه برخی از احکام شرایع پیشین توسط شریعت اسلام نسخ گردیده است جای پرسش نیست؛ اما اینکه اگر حکمی از شرایع پیشین به صراحت نسخ نگردیده باشد، موضوع استصحاب شریعت پیشین مطرح می‌شود که مورد گفتگوی اندیشمندان است. (کاظمی، ۱۴۰۹، ج ۴: ۴۸۱)

نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت روشن می‌شود که گزاره‌های حقوقی اسلام یک مجموعه پراکنده نیست، بلکه این مجموعه در قالب یک نظام و مبتنی بر نظریه دارای بنیان‌های نظری و عناصر کاربردی قابل فهم و توجیه است. دستیابی به این نظریه با این بنیان‌ها و عناصر می‌تواند مرزهای نظام حقوقی اسلام را از سایر نظام‌ها و نظریه حقوقی جدا ساخته و با تحلیل و تبیین دقیق‌تر آن، رابطه دانش‌های انسانی را با دانش حقوق و فقه اسلامی برقرار سازد. همچنین نظریه حقوقی اسلام می‌تواند ساختار مکاتب و خرده نظریه‌های درون حقوقی و تحولات تاریخی را به ترسیم کشد. علاوه بر این، رابطه گزاره‌های فقهی با یکدیگر از یک سو و رابطه آن‌ها با دیگر آموزه‌ها و گزاره‌های دینی از سوی دیگر در ساختار چنین نظریه‌ای قابل فهم خواهد بود.

پی‌نوشت

۱. نظریه، حکم یا بیانی است که هدفش روشن کردن چگونگی و چرایی واقعیات و ارتباط میان آنهاست (ر.ک: عضدانلو، ۱۳۸۴، ص ۶۲۵). به بیان دیگر مجموعه‌ای به هم پیوسته و نظام‌یافته از گفتارها را که بیانگر بخشی از واقعیت باشد، نظریه می‌نامند (ر.ک: رفیع‌پور، ۱۳۷۴، ص ۹۳). نظریه‌های علمی گزاره‌های کلی‌اند و همچون همه نمودارهای زبان شناختی آن‌ها نیز دستگاه‌هایی از علامت‌ها یا نمادها هستند. کارل پوپر نظریه‌ها را به دام‌هایی تشبیه می‌کند که اندیشمندان جهت

صید جهان و عقلانی کردن آن و مستولی شدن بر آن گسترانیده‌اند. (ر.ک: پوپر، ۱۳۷۲، ص ۶۳) وجه مشترک این تعاریف و دیگر تعاریف ارائه شده این است که نظریه یک فعالیت ذهنی است که چیستی، چرایی و چگونگی رخداد حوادث را تبیین می‌کند. بنابراین می‌توان گفت نظریه مدعا یا حکمی است که به موضوع و محتوای اندیشه بار می‌شود. نکته قابل توجه این است که همین فعالیت ذهنی که منجر به رسیدن به حکم یا مدعایی درباره یک موضوع و مسئله می‌شود، براساس همان مفروضات اولیه و مبانی بنیادین صورت می‌پذیرد. امروزه بسیاری از مطالعات درباره خانواده در قالب نظریه‌ها مطرح است. اندیشمندان در صددند چیستی و چرایی و چگونگی خانواده را براساس گزاره‌های مرتبط با هم بیان نموده و به فهم خانواده بپردازند. به خوبی روشن است هر یک از نظریه‌ها هنگام مواجه با خانواده با رویکرد به اجزای نظریه خویش ممکن است مسائلی را مطرح کنند و برای آن راه حل پیشنهاد دهند. برای مثال در تفکر اسلامی که روابط آزاد جنسی پذیرفته نمی‌شود، وجود و شیوع روابط جنسی خارج از حریم خانواده یک مسئله اجتماعی است که مبتنی بر آن باید به لحاظ جامعه‌شناختی آن را بررسی کرد، سیاست جنایی خاصی طراحی نمود، مباحث جرم‌شناختی آن را پی‌گیری کرد، وضعیت نهاد نکاح و روابط سببی و نسبی درون خانواده و برون خانواده را مورد بحث قرار داد؛ حال آنکه برای نظریه‌هایی که اساساً وجود روابط جنسی خارج از خانواده را امری مشروع می‌داند، چنین مسائلی جای طرح و گفتگو ندارد.

۲. رازی، فخرالدین، مفاتیح الغیب (تفسیر کبیر)، بیروت، دارالفکر، سوم، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۱ و ۲۲. و قوشجی، علاءالدین، الشرح الجدید، (شرح تجرید)، مبحث صفات الهیه و نیز ارموی، محمد بن حسین، الحاصل فی المحصول، بی‌تا، ج ۲.

۳. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، القواعد و الفوائد، تحقیق سید عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه المفید، ج ۱ و ۲ و علم الهدی، سید مرتضی، الذریعة الی اصول الشریعة، تصحیح و تعلیق ابوالقاسم گرگی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶ ش، ج ۱.

۴. علاوه بر این دو منبع، منابع دیگری که می‌توان از آن‌ها اراده شاع را تحصیل کرد، مورد گفتگو هستند. مانند عقل، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله، فتح ذرایع و سد ذرایع، عرف، شرع من قبلنا، مذهب صحابی.

۵. ر.ک: شهرستانی، الملل والنحل. ص ۲۰۶؛ پاکت‌چی، اصحاب حدیث، ج ۹، ص ۱۱۴؛ مدرسی، تصویری نواز روابط خانواده در قرآن، ص ۳۷؛ ابن ابی‌الحدید، شرح نهج البلاغه، ص ۱۲۴، ج ۶، ص ۴۰۴، ج ۷، ص ۱۱؛ الجزایری، نور البراهین، ج ۱، ص ۹۸۰؛ قیصری، اخباریان، ج ۷، ص ۱۶۲.

۶. از جمله اشکالات نظریه سودانگاری که مورد اشاره مخالفان آن قرار گرفته است، استناد به مصلحت و ضرورت در استنباط احکام بدون یک روش‌شناسی حاکم بر مقدمات، نتایج و استدلال‌های منطقی متناسب با مفاهیم مذکور به ذهن‌گرایی (Subjectivism) و نسبی‌انگاری ختم است. این مخالفان در عین حال برای ارائه راه حل مسائل مورد ابتلای جامعه مدرن به روشی تمسک کرده اند که لیبرالیزم دینی نام گرفته است.

۷. نظریه مشابه این نظریه مبتنی بر رابطه دیالکتیکی میان حقیقت و استقامت دین است، رابطه ثابت‌ها و متغیرها را مشخص می‌کند. در این نظریه دستورهای الهی دارای یک حد پایین و یک حد بالاست. حد پایین بیانگر حداقل و حد بالا بیانگر حداکثر مورد اقتضای شرع در یک مسئله خاص است. در این نظریه شش نوع حد از هم تفکیک شده است. (ر.ک: محمد شحرور، الکتاب و القرآن / ۴۷۰-۴۵۳)

۸. ر.ک: الوحید البهبهانی، الرسائل الفقیه، ص ۳۲؛ الوحید البهبهانی، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، ص ۷۵۵؛ الفیض القاسانی، الاصول الاصلیه، ص ۱۴۱؛ محمد علی الکاظمی، فوائد الاصول، ج ۱، ص ۳۵۲.

۹. یکی از مواردی که فقیهان به این امر توجه نموده‌اند، هنگام بررسی و تحلیل قاعده «لا ضرر» است. آنان با این ضابطه که شارع اعلان نموده است که در اسلام ضرر و ضرار وجود ندارد و این امر با توجه به صفات شارع نیز مورد تأیید عقل است. برای نمونه رک: سید علی سیستانی، قاعده لا ضرر و لا ضرار، ص ۲۲۲ و ۲۲۳.

۱۰. یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ (بقره: ۱۷۸) ای افرادی که ایمان آورده‌اید! حکم قصاص در مورد کشتگان بر شما نوشته شده است؛ آزاد در برابر آزاد، و برده در برابر برده، و زن در برابر زن. پس اگر کسی از سوی برادر (دینی) خود، چیزی به او بخشیده شود، (و حکم قصاص او، تبدیل به خونبها گردد)، باید از راه پسندیده پیروی کند؛ (و صاحب خون، حال پرداخت کننده دیه را در نظر بگیرد؛) و او [=قاتل] نیز، به نیکی دیه را (به ولی مقتول) بپردازد؛ (و در آن، مسامحه نکند). این تخفیف و رحمتی است از ناحیه پروردگار شما و کسی که بعد از آن، تجاوز کند، عذاب دردناکی خواهد داشت.

۱۱. تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يَدْخُلْهُ جَنَّتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَ ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ (نساء: ۱۳) اینها مرزهای الهی است؛ و هرکس خدا و پیامبرش را اطاعت کند،

(و قوانین او را محترم بشمرد)، خداوند وی را در باغ‌هایی از بهشت وارد می‌کند که همواره آب از زیر درختانش جاری است؛ جاودانه در آن می‌مانند؛ و این، پیروزی بزرگی است. وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ (سوره نساء: ۱۴) و آن کس که نافرمانی خدا و پیامبرش را کند و از مرزهای او تجاوز نماید، او را در آتشی وارد می‌کند که جاودانه در آن خواهد ماند؛ و برای او مجازات خوارکننده‌ای است.

۱۲. إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ (نور: ۱۹) کسانی که دوست دارند زشتی‌ها در میان مردم با ایمان شیوع یابد، عذاب دردناکی برای آنان در دنیا و آخرت است؛ و خداوند می‌داند و شما نمی‌دانید.

۱۳. يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ (ص: ۲۶) ای داود، ما تو را خلیفه (و نماینده خود) در زمین قرار دادیم؛ پس در میان مردم به حق داوری کن، و از هوای نفس پیروی مکن که تو را از راه خدا منحرف می‌سازد؛ کسانی که از راه خدا گمراه شوند، عذاب شدیدی به خاطر فراموش کردن روز حساب دارند و یا به عنوان يك قاعده کلی خداوند می‌فرماید: وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَكُبَّتْ وَجُوهُهُمْ فِي النَّارِ هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ (نمل: ۹۰) و آن‌ها که اعمال بدی انجام دهند، به صورت در آتش افکنده می‌شوند؛ آیا جزایی جز آنچه عمل می‌کردید، خواهید داشت؟

۱۴. وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ فَيُضِلَّ اللَّهُ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِيَ مَنْ يَشَاءُ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ. (ابراهیم: ۴) ما هیچ پیامبری را جز به زبان قومش نفرستادیم، تا (حقایق را) برای آن‌ها آشکار سازد؛ سپس خدا هرکس را بخواهد (و مستحق بداند) گمراه، و هرکس را بخواهد (و شایسته بداند) هدایت می‌کند؛ و او توانا و حکیم است.

۱۵. رك: شيخ انصاری، فراید الاصول، ج ۴، ۹۹ و محمدعلی کاظمی، فواید الاصول، ج ۴، ص ۷۳۹.

۱۶. البته باید میان جاودانگی احکام با سنت‌گرایی و صورت‌گرایی در حقوق تفاوت گذاشت. بنا بر دیدگاه برخی از نویسندگان، «تفکر سنتی صورت‌گرا» گرایشی است که می‌خواهد به آنچه در گذشته معمول بوده است، اصالت دهد و به جای آنکه چهارچوب کنش‌های حقوقی معنادار را وسیله‌ای برای ایجاد مقاصد افراد در نظر گیرد، این چهارچوب را هدف انگاشته و به هیچ‌وجه کنار نگذارد و دگرگونی در این صورت‌ها را نپذیرد. این امر با جاودانگی شریعت تفاوت دارد. جاودانگی شریعت به معنای عدم نسخ در قواعد است. یعنی اینکه قواعد حقوقی که توسط شارع وضع گردیده

تا هنگامی که دلیل بر نسخ وجود نداشته باشد، به عنوان قاعده به قوت خود باقی خواهد بود. (رک: عبدالرضا علی زاده، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، ص ۷) سنت‌گرایی و صورت‌گرایی در شناخت موضوع به صورت‌ها اکتفا می‌کنند و بر این باورند که در تحلیل موضوع تنها شناخت صورت کافی است و تطبیق بر مصداق هم چندان کار دشواری نیست. حال آنکه برای تحلیل دقیق‌تر باید ابعاد موضوع و کارکردهای آن با منطق درست شناخته شود تا بتوان موضوع قضایای حقیقی را دقیق‌تر شناخت و آن را به طور دقیق و روشن بر مصداق تطبیق داد.

۱۷. ر.ک: جمعی از محققین، فرهنگ‌نامه اصول فقه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، صص ۱۱۷-۱۰۱

۱۸. پاره‌ای اصولیان میان مرحله اعتبار و ابراز تفاوت قائل شده‌اند. آنان از مرحله اعتبار به مرحله انشائعبیر کرده و آن را مرتبه‌ای دانسته‌اند که قاعده و قانونی جعل می‌شود، بدون اینکه تنفیذ یا اعلان شود. در مقابل برخی این دو مرحله را یکسان و مرحله ابراز را همان مرحله جعل و اعتبار دانسته‌اند. (ر.ک: المیرزا محمدعلی التوحیدی، مصباح الفقاهه (تقریر اب‌حاث خویی)، ج ۲، ص ۵۳ و ۸۱. نقل از محمود حکمت‌نیا و همکاران، فلسفه حقوق خانواده، ج ۱، ص ۲۷۸)

۱۹. نظریه «منطقه فراغ» که توسط سید محمد باقر صدر مطرح شده است.
۲۰. روایاتی که دلالت بر دوام احکام می‌کند، مانند: «حَلَالٌ مُحَمَّدٌ حَلَالٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»

۲۱. برای مثال، خداوند می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (بقره: ۲۱) «وَأَنْ اعْبُدُونِي هَذَا صِرَاطٌ مُسْتَقِيمٌ» (یس: ۶۱) «قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ يُوحَى إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَهُكُمُ إِلَهٌ وَاحِدٌ فَاسْتَقِيمُوا إِلَيْهِ وَاسْتَغْفِرُوهُ وَوَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ . الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ» (فصلت: ۷ و ۶) همچنین در برخی آیات سخن از مواخذه کفار در قیامت نسبت به انجام ندادن واجبات می‌شود. از این دسته آیات نیز فهمیده می‌شود که آنان به فروع دین مکلف بوده‌اند. مانند آیه ۴۲ و ۴۳ سوره مدثر که می‌فرماید: «مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ . قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ».

۲۲. در مورد کافر اصلی و نه مرتد. السید ابولقاسم الخویی، کتاب الصوم، ج ۲، ص ۱۵۴؛ کتاب الحج، ج ۱، ص ۲۶۳ و ۲۶۹؛ کتاب الزکاة، ج ۱، ص ۱۲۶.

۲۳. اخباریانی مانند صاحب حدائق، استرآبادی و کاشانی چنین دیدگاهی را پذیرفته‌اند. ر.ک: شیخ انصاری، کتاب الطهارة ج ۲ ص ۵۶۷؛ همچنین ر.ک: المحقق النراقی، مستندالشیعه، ج ۲، ص ۲۸۲.

۲۴. برخی احکام عدمی را اخباری می‌دانند و نه حکم مجعول شرعی (شیخ انصاری، رسائل فقهیه، ص ۱۱۹؛ سید موسی نجفی خوانساری، منیة الطالب (تقریر اباحت نائینی)، ج ۳، ص ۴۱۸) در مقابل برخی احکام عدمی در اموری چون عدم ضمان را به احکام وجودی مانند برائت ذمه ارجاع داده و جعل شارع دانسته‌اند. درست مانند اباحه در امور تکلیفی که از امور وجودی است. (ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ص ۸۰) برخی به صراحت، عدم جعل حکم در موضع قابل جعل را در برخی موارد به منزله جعل عدم دانسته‌اند. (سید علی هاشمی شاهرودی، دراسات فی علم الاصول (تقریر اباحت آیت الله ابوالقاسم خویی)، ج ۳، ص ۵۲۸)

۲۵. برخی اصولیان برای تنقیح محل نزاع میان سه دسته از خطابات تفاوت قائل شده‌اند. دسته اول موضوع حکم را به خوبی روشن نموده است؛ مانند هنگامی که گفته شود شخص حاضر چنین تکلیفی دارد؛ در اینجا اختلافی پیش نمی‌آید. صورت دوم، جایی است که خطاب تنها شامل مخاطب شده است و قانون‌گذار فقط با او سخن می‌گوید. مانند جایی که قانون‌گذار افراد حاضر در مجلس خویش را مخاطب قرار دهد؛ در اینجا نیز تردیدی نیست که فقط احکام شامل حاضرین می‌شود. صورت سوم جایی است که قانون‌گذار عنوان کلی را همراه با اداتی چون ندا می‌آورد؛ در اینجا عنوان عام است. و از طرف دیگر ندا اختصاص به اشخاص حاضر دارد. در چنین مواردی پرسش عمومیت مطرح می‌گردد. (آقا ضیاء العراقی، نهایة الافکار، ج ۱، ص ۵۳۳)

۲۶. برای مطالعه این موضوع ر. ک به: طه عبدالرحمن؛ العمل الدینی و تجدید العقل.

۲۷. بحرانی، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۱، ص ۲۷؛ وحید بهبهانی، الرسائل الفقهیه، ص ۱۰؛ قیصری، اخباریان. ج ۷، ص ۱۶۲. استدلال اخباری‌ها را می‌توان در دو سطح مورد توجه قرار داد: یکی اینکه خطابات قرآنی زبان خاص بوده و مشتمل بر رموز است و از طرف دیگر معانی قرآن، معانی شامخ و والاس است که انسان‌های متعارف قدرت فهم آن را ندارند و از طرف دیگر احکام فقهی و حقوقی به صورت تدریجی و در بستری خاص ارائه گردیده است، به طوری که دستیابی به قواعد برای افراد کار دشوار است. همچنین در برخی از روایات نیز تفسیر به رأی ممنوع گردیده است. خلاصه سخن اینکه خطابات قرآنی یا دارای ظهوری نیست و بر فرض داشتن ظهور این ظهور برای عوام مردم حجت نیست. (رک: محمد سرور حسینی بسهودی، مصباح الاصول.

ج ۲، ص ۱۲۴؛ محمدرضا گلپایگانی، افاضة العواید تعلیق علی درالنفواید، ج ۲، ص ۵۹)

۲۸. رک: محمد سرور حسینی بسهودی، مصباح الاصول. ج ۲، ص ۱۲۴؛ محمدرضا گلپایگانی، افاضة العواید تعلیق علی درالنفواید، ج ۲، ص ۵۹.

کتابنامه الف) فارسی

۱. پاکتچی، احمد، ۱۳۶۷، اصحاب حدیث، از مجموعه دائرة المعارف بزرگ اسلامی، تهران، مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی
۲. پوپر، کارل، ۱۳۷۲، منطق اکتشافات علمی، ترجمه احمد آرام، تهران، انتشارات سروش
۳. حکمت‌نیا، محمود و همکاران، ۱۳۸۶، فلسفه حقوق خانواده، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان
۴. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۳، لغت‌نامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
۵. رفیع‌پور، فرامرز، ۱۳۷۴، کندوکاوها و پنداشت‌ها، تهران، شرکت سهامی انتشار
۶. عضدالملو، حمید، ۱۳۸۴، آشنایی با مفاهیم اساسی جامعه‌شناسی، تهران، نشر نی
۷. علیدوست، ابوالقاسم، ۱۳۸۴، فقه و عرف، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه
۸. علی‌زاده، عبدالرضا، ۱۳۸۷، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق؛ چ، ۱، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت
۹. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، کلیات حقوق (نظریه عمومی)، تهران، دادگستر
۱۰. گروه اصطلاح‌نامه اصول فقه، ۱۳۷۸، اصطلاح‌نامه اصول فقه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
۱۱. مدرسی، سیدمحمدتقی، ۱۳۷۹، تصویری نواز روابط خانواده در قرآن، فصلنامه شورای فرهنگ اجتماعی زنان، ش ۹
۱۲. وائل بن حلاق، ۱۳۸۶، تاریخ تئوری‌های حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی

ب. عربی

۱. اردبیلی (محقق)، احمد، ۱۴۱۷ ق، مجمع الفائدة و البرهان، قم، انتشارات اسلامی
۲. ارموی، محمد بن حسین، (بی‌تا)، الحاصل فی المحصول
۳. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۹ ق، فوائد الاصول، قم، مجمع الفکر اسلامی
۴. بحرانی، یوسف، ۱۳۶۷، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۵. الترابی، حسن، ۱۹۸۰، تجلید اصول الفقه الاسلامی، بیروت، دار الجیل
۶. سبحانی تبریزی، جعفر، ۱۳۸۳، تهذیب الاصول: تقریر ابحاث الامام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمة الله علیه)
۷. جزایری، نعمت الله، ۱۴۱۷ ق، نور البراهین، قم، نشر اسلامی
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۰۷ ق، الصحاح تاج، تحقیق احمد عطار، بیروت: دار العلم للملایین

۹. ابن اثیر، مبارک بن محمد، ۱۳۸۰ ق، *النهاية في غريب الحديث*، تصحيح على بن حسن حلبى اثرى، رياض، دار ابن الجوزى
۱۰. بهبهانى، وحيد، ۱۴۱۷ ق، *حاشيه مجمع الفائدة و البرهان*، قم: مؤسسه علامه وحيد بهبهانى
۱۱. حسيني بهسودى، محمد سرور، ۱۴۱۰ ق، *مصباح الاصول (تقريرات بحث آيت الله ابوالقاسم خويى)*، قم، مكتبة الداورى
۱۲. حكيم، سيد محمد سعيد، ۱۴۱۴ ق، *المحكم في اصول الفقه*، بى جا: مؤسسه المنار
۱۳. حلى (محقق)، جعفر بن حسن، ۱۳۶۱، *معارج الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت
۱۴. خراسانى (آخوند)، ۱۴۱۷، *محمد كاظم، كفاية الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت
۱۵. خلاف، عبد الوهاب، ۱۹۹۳، *مصادر التشريع الاسلامى فيما لانص فيه*، كويت، دار القلم
۱۶. خويى، سيد ابوالقاسم، ۱۳۷۷، *اجود التقريرات*، قم، مصطفى
۱۷. رازى، فخر الدين، ۱۴۱۵ ق، *مفاتيح الغيب (تفسير كبير)*، بيروت، دار الفكر
۱۸. انصارى، مرتضى، ۱۴۱۴ ق، *رسائل فقهية*، قم، كنگره شيخ انصارى
۱۹. رشيد رضا، محمد، ۱۹۵۶ م، *يسر الاسلام و اصول التشريع العام: فى نهى الله و رسوله عن كثرة السؤال*، قاهره، مطبعة نهشته مصر
۲۰. روحانى، محمد، ۱۳۷۲، *منتقى الاصول*؛ گردآورى عبد الصاحب الحكيم، قم، امير
۲۱. سيستانى، سيد على، ۱۳۸۹، *قاعده لاضرر و لاضرار*، ترجمه اكبر نايبزاده، تهران، خرسندى
۲۲. هاشمى شاهرودى، سيد على، *دراسات فى علم الاصول (تقرير ابحاث آيت الله ابوالقاسم خويى)*
۲۳. صدر، سيد محمد باقر، ۱۴۰۲ ق، *اقتصادنا*، دار التعارف للمطبوعات، چاپ شانزدهم، بيروت
۲۴. طباطبايى، سيد محمد حسين، ۱۳۹۵ ق، *تفسير الميزان*، نشر اسماعيليان، طبعه الثانیه
۲۵. شهرستانى، ابوالفتح محمد، ۱۳۶۸ ق، *الملل و النحل*، تصحيح احمد فهمى محمد، بيروت، دارالسرور
۲۶. شيرازى، صدرالدين محمد، (بى تا)، *الاسفار الاربعه*، قم، مكتبة المصطفوى
۲۷. صبحى محمضانى، (بى تا)، *فلسفه قانون گذارى در اسلام*، ترجمه اسماعيل گلستانى، تهران، انتشارات آثار اندیشه
۲۸. صدر، سيد محمد باقر، ۱۴۰۶ ق، *دروس فى علم الاصول*، بيروت: دار الكتاب اللبنانى
۲۹. طوسى، محمد بن حسن، ۱۴۱۲ ق، *النهاية*، قم، مؤسسه النشر الاسلامى
۳۰. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين محمد، ۱۳۸۰، *روض الجنان*، قم، بوستان كتاب
۳۱. عاملى، محمد بن مكى (شهيد اول)، (بى تا)، *القواعد و الفوائد*، تحقيق سيد عبدالهادى حكيم، قم، مكتبة المفيد

۳۲. عراقی، آقاضیاء، ۱۴۰۵ق، *نهاية الافكار*، قم، نشر اسلامی
۳۳. عسکری، ابوہلال، ۱۳۵۳، *الفروق اللغویہ*، قم، بصیرتی
۳۴. حلی، ۱۴۱۷ق، *مختلف شیعة فی احکام شریعة*، قم، انتشارات مؤسسه نشر اسلامی
۳۵. علم الهدی، سید مرتضی، ۱۳۴۶، *الذریعة الی اصول الشریعة*، تصحیح و تعلیق ابوالقاسم گرچی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
۳۶. علوانی، طه جابر، ۱۳۸۸، *مقصدہای شریعت*، ترجمه ابوالقاسم حسینی، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
۳۷. فاسی، علال، *مقاصد الشریعة الاسلامیة و مکارمہا*
۳۸. فراہیدی، عبدالرحمن خلیل، ۱۴۰۹ق، *کتاب العین*، تحقیق مهدی مخزومی و سامرائی، مصر، ہجرة
۳۹. الفیض القاسانی، محمد محسن، ۱۳۴۹، *الاصول الاصلیة*، تهران، میرجلال الدین
۴۰. قوشچی، علاءالدین علی بن محمد، ۱۳۰۷ق، *الشرح الجدید*، (شرح تجرید)، دارالطباعة احمد کتابفروش
۴۱. کاظمی، محمدعلی، ۱۴۰۹ق، *فوائد الاصول* (تقریر ابحات النایینی)، قم، نشر اسلامی
۴۲. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۱۱ق، *الکافی*، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات
۴۳. کرکی (محقق)، نورالدین ابوالحسن، ۱۳۸۷، *جامع المقاصد*، قم، مؤسسه آل البيت
۴۴. گلپایگانی، محمدرضا، ۱۴۱۰ق، *افاضة العوائد تعلیق علی درر الفوائد حائری یزدی*، قم، دار القرآن الکریم
۴۵. مؤمن قمی، محمد، ۱۳۷۳، *تسدید الاصول*، قم، نشر اسلامی
۴۶. شحرور، محمد، ۱۹۹۰م، *الکتاب و القرآن قرائة معاصرة (عربی)*، دمشق، الاهالی
۴۷. معتزلی، ابن ابی الحدید، ۱۴۰۴ق، *شرح نهج البلاغه*، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۷۹، *قواعد الفقہیة*، قم، مدرسه امام علی
۴۹. موسوی بجنوردی، سید محمدحسن، ۱۳۸۹، *القواعد الفقہیة*، قم، اسماعیلیان
۵۰. میرزای قمی، (بی تا)، *قوانین الاصول*، چاپ سنگی، بی جا
۵۱. التوحیدی، المیرزا محمدعلی، ۱۴۱۲ق، *مصباح الفقاهة (تقریر ابحات خوی)* تبریزی، بیروت، دارالهادی
۵۲. نجفی خوانساری، موسی، ۱۴۱۸ق، *منية الطالب (تقریر بحث النائینی)*، قم، نشر اسلامی
۵۳. نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۸، *جواهرالکلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیة
۵۴. نراقی (محقق)، احمد، ۱۴۱۵ق، *مستند الشیعة*، مشهد، آل البيت
۵۵. ابوزید، نصر حامد، ۲۰۰۰م، *الخطاب و التاویل*، بیروت، المركز الثقافی العربی
۵۶. وحیدبهبهانی، محمدباقر، ۱۴۱۷ق، *الرسائل الفقہیة*، قم، مؤسسه علامه وحید بهبهانی

ج) منابع لاتین

1. Caws, Peter. "Scientific Method," in The Encyclopedia of Philosophy, ed. Paul Edwards (New York: Macmillan, 1967).
2. Harding, Sandra. Is There a Feminist Method?, in Sandra Harding(ed.), Feminism and Methodology: Social Science Issues, US: Indiana University Press, 1987

