

## الگوی فقهی - حقوقی نظام‌سازی اسلامی؛ آسیب‌ها و راه‌کارها

نصیراله حسنلو\*

دانش‌آموخته دکتری فلسفه حقوق، گروه فلسفه‌های مضاف، دانشکده فلسفه و اخلاق،  
دانشگاه باقرالعلوم (ع)، قم، ایران، (نویسنده مسئول).

nasirollahhasanlou@gmail.com

حسن شجاعی علی‌آبادی

دانشجوی دکتری حقوق جزا، دانشگاه عدالت، تهران، ایران.

hsh\_1359@yahoo.com

### چکیده

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

کلیدواژه‌ها: نظام‌سازی، نظام حقوقی، فقه، حقوق، فقه فردی، فقه اجتماعی.

نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر الگوی فقهی «امامت و امت» یکی از بدیع‌ترین الگوهای سیاسی جهان معاصر است؛ با وجود این، خرده‌نظام‌های منطقی در این کلان‌نظام سیاسی، از جمله «نظام حقوقی» بر پایه الگوی فقهی کارآمد و صحیح شکل نگرفته است؛ چراکه ایران پس از انقلاب مقهور جبری تاریخی و اجتماعی بود. در این انتخاب که «آیا قانون باید محور نظم‌دهنده باشد یا امکان رجوع به فقه سنتی و اصیل برای محوریت‌بخشی به آن در مدیریت اجتماعی وجود دارد؟»، راهی جز پذیرش محوریت قانون نداشت؛ زیرا در واقع جامعه ایرانی در دوره مشروطه انتخاب خود را مبنی بر قانون محور بودن و تغییر بنیادین محور نظم‌دهی انجام داده بود؛ بنابراین انقلاب در این شرایط چاره‌ای جز جمع بین «عالم فقهی» و «عالم مدرن» نداشت. عالم فقهی با محوریت مفاهیم فقهی به اداره و تمشیت امور مسلمین در سراسر جهان اسلامی مشغول است و عالم مدرن با محوریت قانون و مفاهیمی مانند نظم عمومی، اراده عمومی، شهروندی، کشور و ملیت، وضع از سوی اکثریت، پارلمان، تفکیک قوا و غیره شکل گرفته است؛ از این رو نظام حقوقی ایران مفاهیم بسیاری از حقوق مدرن به عاریت گرفت و با وضع اصولی همچون اصل چهارم قانون اساسی و تأسیس نهادهایی مانند شورای نگهبان، سعی کرد ماهیت و محتوای قوانین موضوعه را تا حد امکان فقهی کرده و بدین نحو ادامه حیات فقه را امکان‌پذیر کند، اما در حقیقت بی‌توجهی به زیست‌بوم فرهنگی مردم ایران، واکاوی نکردن نظری رابطه فقه و قانون (حقوق) در فرایند تلفیق فقه و حقوق مدرن و غفلت از عناصر اساسی نظام‌سازی اسلامی، شرایطی فراهم آورد تا ماهیت برخی از مهم‌ترین عناصر حقوق اسلامی در بستر تحولات ناشی از اقتضانات جهان مدرن استحاله شود و آثاری که امید می‌رفت در مدیریت اجتماعی جامعه اسلامی ایران محقق شود، به بار ننشیند.

بررسی آسیب‌شناسانه الگوی اجراشده در نظام حقوقی موجود که حاصل تحولات سیاسی دوره مشروطه تاکنون است و ارائه الگویی جدید برای نظام‌سازی در حوزه نظام حقوقی، مسئله پژوهش پیش‌روست که به دلیل بنیادین بودن مسئله برای تحول نظام حقوقی، رویکرد به حل مسئله نیز کلان و بنیادین است. ضرورت این پژوهش از آن روست که کارآمدی نظریه بنیادین حکومت دینی در تراز تمدنی، وابسته به ترقی همه نظام‌های اجتماعی از جمله نظام حقوقی است که به کمک هماهنگی با نظام معرفتی، فلسفی و جهان‌شناسی نظام سیاسی مستقر از یک سو و تعامل با نظام‌های حقوقی معاصر از سوی دیگر امکان‌پذیر است؛ بنابراین بررسی الگوی صحیح نظام‌سازی اسلامی در حوزه حقوق، متناسب با وضعیت کنونی انسان و جهان ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است تا از این رهگذر حکومت دینی مبتنی بر فقه بتواند به کمک قانون به عنوان مهم‌ترین ابزار حکمرانی، در

گستره ملی و فراملی به مدیریت اجتماعی بپردازد. این تحقیق از لحاظ روش، توصیفی - تحلیلی است و یافته‌های آن در چارچوب نظری مکتب حقوقی اسلام در قرائت شیعی و متناسب با وضعیت استقرار حکومت فقیه عادل طرح‌ریزی و تحلیل و ارزیابی شده است.

## مفاهیم نظام‌سازی

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

## نظام حقوقی

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

## فقه فردی

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

## فقه اجتماعی

فقه اجتماعی رویکردی است به همه ابواب فقه با لحاظ استقرار حکومت دینی و الهی که علاوه بر توجه به افعال شخصی افراد جامعه، به افعال اجتماعی به‌عنوان هویتی مستقل نیز توجه دارد.

فقه اجتماعی برخلاف فقه فردی در فهم پدیده‌ها و موضوعات، استنباط احکام و امتثال آن‌ها از ساخت‌وارگی به هم پیوسته و منطق کلان‌نگر برخوردار است (اراکی، ۱۳۹۱، صص ۲۴-۱۸).

### الگوی فقهی - حقوقی نظام حقوقی ایران

پیش از نخستین مواجهه ایرانیان در عصر مشروطه با نظام حقوقی غرب، فقه اسلامی با وجود فراز و فرودهای فراوان خود، با مفاهیمی از قبیل مجتهد، حاکم، قضا، شهادت، حدود، دیات، مکلف، خراج، احکام الهی، ولایت، مکاسب، احکام خمسسه و ده‌ها و صدها مفهوم خرد و کلان دیگر در قرون متمادی در ساختار تنظیم روابط حقوقی جوامع اسلامی حضور قوی و چشم‌گیر داشته و حیات اجتماعی مسلمانان را به نحو معقولی با قواعد و قوانین شریعت مدیریت کرده است، اما با تحولات علمی، اقتصادی و تکنولوژیک جامعه بشری و پیدایش نیازهای جدید و سایه‌گستری دنیای مدرن بر جهان سنت، فقه و حقوق برای نخستین بار در دوره مشروطه به نقطه تلاقی و تصادم رسیدند. پیش‌قراولان جنبش مشروطه که در صدد تحول نظام حقوقی و قضایی در ایران بودند، فقهای این عصر را به رویارویی با «عناصر کلان» نظام حقوقی غرب دعوت کردند. در این رویارویی نابرابر، فقهای شیعه به دلیل آشنایی نداشتن با روابط، مناسبات و نهادهای سیاسی - اجتماعی برخاسته از مدرنیته و انس با مبانی، روش‌ها و پیش‌فرض‌های پذیرفته‌شده در دستگاه قضا و اجتهاد که متناسب با فقه فردی بود، آن عناصر کلان را پذیرفتند. نتیجه این هم‌آوردی، تسلیم در برابر نظام حقوقی مدرن، تثبیت عناصر کلان آن از قبیل «مبانی»، «اهداف»، «منابع»، «منطق حقوقی»، «نظام مفاهیم و تقسیمات»، «ساختار و تشکیلات» و «سیستم آموزشی» با بنیان‌های تفکر فلسفی غرب و تلفیق فقه با محوریت مفاهیم قدسی و قانون با محوریت مفاهیم ناسوتی و انسانی بود.

به‌منظور درک صحیح الگوی فقهی - حقوقی نظام حقوقی ایران توجه به ماهیت نظام حقوقی و چگونگی ارتباط عناصر آن ضروری است. نظام حقوقی مجموعه‌ای از اصول، قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی هماهنگ و مربوط به هم است که در یک بستر تاریخی و فرهنگی، مبتنی بر مبانی ویژه‌ای، با روشی معین از منابع خاصی استخراج و تفسیر شده است و اهداف تعریف‌شده‌ای مانند برقراری نظم، امنیت، عدالت و... را دنبال می‌کند (حکمت‌نیا، معلی و کاظمینی، ۱۳۹۸، ص ۸). ویژگی عام نظام حقوقی به‌مثابه یک نظام اجتماعی، آن است که از مجموعه‌ای عناصر خرد و کلان درهم تنیده و دارای تأثیر و تأثر در یکدیگر تشکیل شده است که از طرز فکری درباره نظام اجتماعی خاصی ناشی می‌شود و در بستری از نیازها، مبانی فکری، زمینه‌های علمی و فرهنگی

و در حوزه معین جغرافیایی شکل می‌گیرد. در وضعیت طبیعی و منطقی، عناصر شکلی و ماهوی سازنده نظام حقوقی در طبقات طولی به هم پیوسته جای می‌گیرند. عناصر فوقانی در این سلسله، از وحدت و سعه برخوردارند؛ به گونه‌ای که به عنوان مؤثرترین اجزای نظام حقوقی بر عناصر مادون خود سایه افکنده و در مفهوم و ماهیت آن‌ها تأثیر می‌گذارند. این عناصر در حقیقت همان عناصر کلان نظام حقوقی است که در سطور پیشین به آن‌ها اشاره شد. در این سامانه منسجم، به هر میزان که از عناصر کلان و وحدت‌آفرین نظام حقوقی فاصله گرفته شود، از سعه عناصر کاسته و بر کثرت آن‌ها افزوده می‌شود و به همین میزان، اثربخشی آن‌ها بر کارکرد کل نظام نیز کاهش می‌یابد.

فرایند منطقی «تحول و توسعه نظام حقوقی»، از تحول عناصر کلان آغاز و با تأثیرپذیری و تحول عناصر خرد به پایان می‌رسد. بی‌توجهی به این نکته روش شناختی در فرایند شکل‌گیری، توسعه و تحول نظام‌های اجتماعی به‌ویژه نظام حقوقی در اوایل انقلاب ایران موجب شد هیچ‌گاه نظام حقوق اسلامی به‌طور منسجم و کارآمد در جمهوری اسلامی شکل نگیرد. همچنین با وجود پیدایش تحول در نظام سیاسی، تحول نظام حقوقی امکان‌پذیر نشود؛ زیرا چاره‌اندیشی فقها و حقوق‌دانان پس از انقلاب برای ایجاد تحول و اسلامی‌کردن نظام حقوقی، محدود به ایجاد تغییر و تحول در سطح عناصر خرد و میانه نظام حقوقی بود و نه در سطح کلان آن. اساساً الگوی مذکور یعنی نوسازی عناصر خرد و میانه بدون ایجاد تحول در عناصر کلان، نه تنها اثربخشی جدیدی در کل ساختار ایجاد نمی‌کند و به ناکارآمدی نظام منتهی می‌شود، بلکه به تدریج، عناصر خرد و میانی تحت تأثیر قدرت عناصر کلان، استحاله می‌شوند و اثربخشی انفرادی خود را نیز از دست می‌دهند. در ادامه به یکی از نمونه‌های عینی این مسئله اشاره می‌شود.

قصاص در فقه اسلامی از احکام قطعی اسلام است. همچنین انکار آن، انکار ضروری دین به شمار می‌آید و موجب ارتداد فرد می‌شود. «قصاص به معنای تلافی و استیفای عینی جنایتی که در قتل عمدی، قطع عضو و جرح عمدی بر مجنی علیه وارد شده است، می‌باشد؛ به شکلی که اثر به‌جای مانده از جنایت، عیناً روی جانی اجرا شده و به دست آید» (ایمانی و اردبیلی، ۱۳۸۲، ص ۳۷۱). قرآن کریم با تعبیر «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (بقره: ۱۷۹) قصاص را «مایه حیات و تقوا» می‌داند. حق قصاص به تعبیر قرآن کریم «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا» (اسرا: ۳۳) در قتل از آن اولیای دم است و در قطع و جرح، به خود فرد تعلق دارد؛ بنابراین قصاص از نگاه قرآن کریم، به دلیل آنکه حق مردم است، ماهیت خصوصی دارد و نه ماهیت عمومی تا حق حکومت و دولت باشد، اما قانون قصاص که طی یک لایحه وارد ساختار نظام

حقوقی جمهوری اسلامی شد، به دلیل آنکه موضوعش رفتارهایی مانند قتل و جرح است و قتل و جرح در نظام حقوقی موجود، ذیل حقوق جزا قرار می‌گیرد، بخشی از حقوق جزا به‌شمار می‌آید که حقوق جزا به دلیل قرارگرفتن در ذیل حقوق عمومی، به طبع جنبه عمومی پیدا می‌کند؛ بنابراین قصاص با وجود آنکه از سوی خداوند متعال با ماهیت خصوصی جعل شده، به دلیل قرارگرفتن در تقسیماتی که خاستگاهش نظام حقوقی عرفی است، ماهیت عمومی بر آن تحمیل می‌شود. نتیجه آنکه قصاص به‌عنوان یک پدیده قرآنی و فقهی، با قرارگرفتن ذیل تقسیمات عرفی در حقوق موضوعه، با استحاله معنا، تغییر جهت و تحریف مصداق مواجه می‌شود و آثاری که خداوند متعال برای قصاص برشمرده است، در مقام عمل و عینیت اجتماعی تحقق پیدا نمی‌کند؛ در واقع آنچه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی در حال اجراست، پوسته‌ای شبیه قصاص قرآنی و فقهی است که از ماهیت اسلامی خود فاصله گرفته و حتی از آن تهی شده است؛ چراکه وقتی قصاص ذیل یک تقسیم‌بندی غیراسلامی قرار می‌گیرد، در واقع مبنا، غایت و جهت غیرتوحیدی موجود در تقسیم‌بندی، به قصاص نیز سرایت می‌کند.

### آسیب‌ها

الگوی فقهی-حقوقی نظام‌سازی مذکور به دلایل متعددی از قبیل نوپدیدبودن نظام‌های اجتماعی در کشورهای اسلامی، آشنایی نداشتن اندیشمندان اسلامی با روابط، مناسبات و نهادهای سیاسی-اجتماعی برخاسته از مدرنیته و انس با مبانی، روش‌ها و پیش‌فرض‌های پذیرفته‌شده در دستگاه فقهات و اجتهاد شیعه، با آسیب‌های قابل‌توجهی مواجه است که بدون شناسایی و تحلیل راه‌کارهای آن نمی‌توان به ایجاد تحول در نظام حقوقی اندیشید.

### دوگانه‌پنداری فقه و حقوق

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

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

نکته مهم اینکه در این رویکردها به تفاوت فقه با نظام حقوقی اسلام و قانون با نظام حقوقی مدرن توجه نشده است. خطای راهبردی کسانی که رویکرد این‌همانی را برگزیده‌اند، آن است که آن‌ها ناظر به نظام حقوقی اسلام و نظام حقوقی مدرن سخن گفته‌اند. همچنین سخن کسانی که به دوگانگی حکم کرده‌اند، ناظر به فقه و قانون (حقوق) بوده است. رویکرد صحیح چنان‌که در ادامه خواهد آمد، آن است که فقه و قانون (حقوق) باهم دوگانگی ندارند، بلکه دوگانگی درحقیقت میان نظام حقوقی اسلام و سایر نظام‌های حقوقی است؛ رویکردی که امروزه هم با گذشت بیش از یک قرن از ورود حقوق عرفی به ایران، کمتر مدنظر حقوق‌دانان قرار گرفته است. در جهان، نظام‌های حقوقی مختلفی وجود دارند که براساس ساختار حقوق یا اهمیتی که برای منابع شناخته‌شده حقوق قائلند یا ملاحظات بنیادین فلسفی که نسبت به حقوق به‌عنوان عامل برقراری نظم دارند، در گروه‌های مختلفی تقسیم می‌شوند (داوید و ژوفه اسپینوزی، ۱۳۹۵، ص ۲۹).

نظام حقوقی کامن‌لو، رومی-ژرمنی، اسلام، سوسیالیستی و... مهم‌ترین نظام‌های حقوقی هستند که از اصطلاحات، قواعد، گروه‌بندی‌ها، ساختار، روش بیان و تفسیر و ویژه‌ای از قوانین برخوردارند. هریک از این نظام‌های حقوقی ناشی از طرز فکری درباره نظام اجتماعی هستند که در بستری از نیازها، مبانی فکری، زمینه‌های علمی و فرهنگی و در حوزه معین جغرافیایی شکل گرفته و در طول تاریخ دچار تحول و تکامل شده‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۸۴، ص ۶۲). بر این اساس نظام حقوقی اسلام در مبنا، منبع، ساختار، روش حل مسئله، تفسیر و تقنین با نظام‌های حقوقی دیگر متفاوت است. نظام حقوقی اسلام که بخش قابل‌توجهی از فقه را تشکیل می‌دهد، بر مبنای اراده

تشریحی خداوند استوار است و قواعد آن ریشه در قرآن و سنت و برخی منابع دیگر دارد و برخلاف نظام‌های حقوقی غیردینی تنها به دنبال برقراری نظم و امنیت، تحقق عدالت و توسعه جامعه و مدنیت نیست، بلکه به نیک‌بختی انسان در همه وجوه زندگی اعم از دنیوی و اخروی می‌اندیشد، اما فقه و قانون (حقوق) ماهیت یکسانی دارند؛ زیرا حقوق در ساختار معارف اسلامی، بخشی (بخش معاملات و نه عبادات) از فقه است. درحقیقت دانش فقه و دانش حقوق تنها در «اعتبار عقلا» دو امر مستقل از یکدیگرند که هرکدام براساس غرض خاصی تدوین شده‌اند؛ یکی متکفل بیان احکام شریعت اسلام شده است و دیگری متکفل تنظیم قواعد حاکم بر جامعه. از این لحاظ، تفاوت در منبع، روش و حیطة موضوعات و... می‌تواند موجب تمایز این دو دانش شود، اما «تحلیل عقلائی» نشان می‌دهد باید فقه و حقوق را یک مقوله واحد دانست (شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۱، ص ۲۶)؛ چراکه اولاً این دو دانش موضوع واحد، منابع مشترک و هدف هم‌سانی دارند و قاعده فقهی همه شاخصه‌های قاعده حقوقی را بدون استثناء داراست؛ هم کلی و عمومی است و هم الزام‌آور، هم تنظیم‌کننده روابط اجتماعی انسان‌هاست و هم برخوردار از ضمانت اجرایی دولتی. این دیدگاه در آینده بیشتر توضیح داده خواهند شد.

درمقابل بسیاری از اندیشوران فقهی و حقوقی معتقد به دوگانگی فقه و حقوق هستند؛ دیدگاهی با پیشینه تاریخی نه‌چندان طولانی که درحقیقت به ایده ترکیب فقه و قانون در نظام حقوقی ایران منجر شده است؛ البته خود اینان رویکرد یکسانی در مسئله ندارند؛ برخی معتقدند هرکدام از فقه و حقوق مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف هستند که هیچ نقطه اشتراکی با یکدیگر ندارند. همچنین در بنیادی‌ترین مفاهیم، احکام، ساختارهای نظری و عملی، آیین دادرسی و غیره کاملاً با یکدیگر متفاوت و متعارض هستند. هسته مرکزی فقه، تشریح و فتواست و رفتار مبتنی بر فتوا، بر مدار هستی‌شناسی الهی و اطاعت از اراده تشریحی خداوند می‌چرخد؛ درحالی‌که هسته مرکزی حقوق، قانون است که از یک سو امری مدرن است و با نوعی خودبنیادی عقلائی هم‌زیستی دارد و از سوی دیگر، اصل قانونی بودن رفتار حقوقی، بر مدار ماهیت اومانیسیم و غایت‌بودن انسان می‌چرخد؛ بنا بر این دیدگاه، هیچ‌گاه جمع واقعی میان فقه و حقوق در یک نظام حقوقی واحد به سامان نمی‌رسد و نمی‌توان قانون را در عالم فقهی و دینی موجه کرد (بیگدلی، بی‌تا، صص ۶۸-۶۲).

برخی دیگر که دیدگاه منعطف‌تری درباره دوگانگی فقه و حقوق دارند، تحت تأثیر جو ژورنالیستی و غیرعلمی موجود در ایران و نه مبتنی بر معیارهای علمی، اصرار بر جدایی فقه و حقوق دارند. این گروه نیز مانند دسته نخست معتقدند فقه و حقوق ماهیت مستقل دارند و هرکدام راه خودشان را طی می‌کنند؛ با این تفاوت که از نظر ایشان این استقلال مانع هم‌بستگی و تعامل



آن دو نیست، بلکه به جای سخن گفتن از اتحاد، ادغام، یا تغایر و تخالف آن‌ها باید بر نزدیک کردن فقه و حقوق متمرکز شد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، صص ۱۹۹-۱۹۸)، اما چنان‌که گفته شد، دیدگاه دوگانه‌پنداری فقه و قانون (حقوق) که مهم‌ترین آسیب‌شناختی الگوی فقهی-حقوقی نظام حقوقی ایران است، صحیح نیست و درحقیقت این دوگانگی، میان نظام‌های حقوقی است.

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

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

گرچه اساس جمهوری اسلامی ایران بر مبانی اصیل کلامی و فقهی شیعه از جمله اصل ولایت فقیه بنا شده است، این مبانی در همه ابعاد نظام‌های مختلف اجتماعی، از جمله نظام حقوقی امتداد نیافته و استلزامات آن‌ها در حوزه‌های مختلف به درستی محاسبه نشده است. برای مثال، مبنای الزام قاعده حقوقی در نظام حقوقی اسلام، اراده تشریحی خداوند حکیم است که عینت بخشی به آن در حکومت‌های مدرن امروزی از طریق تأمین عناصر سازنده شکلی و ماهوی قانون امکان‌پذیر است. مراد از عنصر شکلی «فرایندی» است که طی آن، حاکم یا نهادهای منصوب از جانب ایشان اراده شارع حکیم را به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در قالب گزاره‌های هنجاری بازتاب می‌دهند. این فرایند ممکن است در قالب اجتهاد شخصی ولی فقیه یا گروهی (شورا) باشد. مراد از عنصر ماهوی محتوایی است که بیانگر اراده حکیمانه شارع برای اداره جامعه اسلامی است. عنصر محوری در شکل‌گیری چنین مفادی، امکان «استناد» آن محتوا به شریعت اسلامی است که در ادبیات فقه شیعه با واژه «حجیت» از آن تعبیر می‌شود. بررسی منابع اسلامی حکایت از این دارد که عنصر ماهوی در برابر عنصر شکلی از اهمیت بیشتری برخوردار است و می‌توان ادعا کرد همین امر سبب شده است مکتب حقوقی اسلام به مکتب حقوق طبیعی نزدیک‌تر شود (جاوید، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۵۰)، اما در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مبنای الزام قواعد حقوقی با مبنای الزام قواعد در مکتب حقوق پوزیتیویستی قرابت بیشتری دارد؛ زیرا سازوکار اعتبار بخشی به قواعد با صورت‌گرایی

نهادینه شده در فرمالیست حقوقی تطابق بیشتری دارد تا آنکه مفاد و محتوای قواعد نقش مهم‌تری را ایفا کنند. ارائه طرح و لایحه از سوی افراد و نهادهایی که از اساس با مفاد و محتوای اراده شارع حکیم‌آشنایی کاملی ندارد و اکتفا به بررسی فقهای نگهبان در پایان فرایند قانون‌گذاری آن هم با رویکرد مغایرت‌نداشتن برای تأمین عنصر ماهوی قانون، مهم‌ترین دلیل نقش ضعیف عنصر سازنده ماهوی قانون در سیستم قانون‌گذاری نظام مزبور است؛ تا آنجا که گاهی شریعت، عدالت، اخلاق و انصاف قربانی عنصر شکلی می‌شوند.

### غلبه رویکرد فردی بر رویکرد اجتماعی

غلبه نگرش فردمحور به مسائل فقهی - حقوقی در فهم پدیده‌ها و موضوعات، استنباط احکام و امتثال آن‌ها و همچنین حل معضلات فرد مسلمان به جای بهره‌گیری از منطق کل‌نگر و حل معضلات جامعه اسلامی، یکی از مهم‌ترین آسیب‌های الگوی فقهی - حقوقی نظام حقوقی ایران است که با منطق نظام‌سازی مغایرت دارد. یکی از تبعات مهم سیطره این منطق بر اندیشه فقهی فقیهان و حقوق‌دانان سنتی، سوق‌نیافتن ذهن آن‌ها به رابطه و هم‌بستگی میان روابط اجتماعی و قواعد حقوقی و به تبع آن اهتمام‌نداشتن به دیالکتیک بین فقه و واقعیت‌های اجتماعی در نظام‌سازی اسلامی است (علی‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۲۳۶).

### راهکارها

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

همان‌طور که در بخش آسیب‌ها گذشت، یکی از راهبردهای معرفتی مهم در ساخت نظام حقوقی، در پیش گرفتن رویکرد صحیح درباره رابطه فقه و حقوق است. فقه و حقوق در تحلیل عقلانی از یک مقوله واحدند. مهم‌ترین مدرک برای این ادعا، برخورداری قاعده فقهی از همه شاخصه‌های قاعده حقوقی است که پیش‌تر به آن اشاره شد. دوگانه‌پنداری ماهیت فقه و حقوق در ذهنیت حقوق‌دانان و فقهای سنتی، ریشه در اهمالی تاریخی از سوی فقها در صد سال اخیر دارد. در حقیقت فقه در این دوره برخلاف حقوق، در میدان حل مسائل جدید حضور نیافته و همین امر موجب بروز تفاوت در دایره موضوعات فقه و حقوق شده است (شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۱، ص ۲۱)؛ چراکه بسیاری از موضوعات مطرح در حقوق از قبیل بانک، معاملات کلان که در برخی موارد مورد معامله مال معنوی و فکری است، تجارت الکترونیک، حقوق مربوط به حمایت از مصرف‌کننده، بیمه، شرکت، جرم سیاسی، قواعد مربوط به امور بین‌الملل و... در فقه جایگاهی نداشته و برای فقها در گذشته تاریخی مسئله نبوده است.

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

۱. تغییر نگرش به تحولات فقه و حقوق: نظام حقوقی به مثابه یک نهاد اجتماعی با کلیت جامعه به طور عام و نهاد سیاست و فرهنگ به طور خاص رابطه تنگاتنگی دارد؛ بنابراین نظام حقوقی همگام با تحولات جامعه و تحولات نهادهای سیاسی و فرهنگی آن باید متحول شود؛ از این رو باید برای نظام حقوقی حق ایجاد قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی نوین قائل بود. فقه نیز به عنوان دانشی که متکفل تبیین وظایف مکلفان محسوب می‌شود، تابع مبتلابه بودن آن است. به طور عادی نیز تا وقتی جامعه با موضوعی درگیر نباشد و آن موضوع مسئله اعضای آن جامعه نشود، ضرورتی برای بررسی آن در فقه احساس نمی‌شود؛ زیرا اساساً فقه دانشی انتزاعی نیست، بلکه رسالت آن تمشیت امور فردی و اجتماعی است. همچنین تا پدیده‌ای در مقام عمل مورد نیاز نباشد، مورد فقه‌ورزی قرار نمی‌گیرد؛ بنابراین ارضای حس سنت‌گرایی نباید مانع مواجهه صحیح علمی با پدیده‌های نوین فقهی - حقوقی شود.

۲. موضوع‌شناسی صحیح مسائل فقهی - حقوقی: تحلیل نکردن صحیح موضوع می‌تواند به تصور دوگانگی فقه و حقوق منجر شود. برخی موضوعات ممکن است در بدو امر حقوقی و غیرمرتبط به فقه تلقی شوند، اما شناخت دقیق ماهیت موضوع می‌تواند مسئله را در قلمرو فقه قرار دهد که این حقیقت حکایت از وحدت ماهیت فقه و حقوق دارد که به آن اشاره شد؛ برای مثال یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق در حوزه اقتصادی «درآمدهای نامشروع» است که در کتاب مکاسب با عنوان مکاسب محرمة بحث می‌شود؛ بنابراین گفت‌وگو درباره مکاسب محرمة گفت‌وگو درباره اولین بحث حقوقی در زمینه اقتصادی یعنی درآمدهای نامشروع است. تفاوت تنها در عنوان است. محور سخن شیخ انصاری در کتاب مکاسب این است که آیا شغل حرام، درآمدش هم حرام و نامشروع است یا ممکن است شغلی حرام، ولی درآمدش مشروع باشد؟ (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، صص ۸-۷). اگر به این سؤال پاسخ داده شود، بخش عمده‌ای از اقتصاد مشروع و نامشروع از یکدیگر

جدا می‌شود. امروزه اگر در دانش حقوق از فساد اقتصادی بحث می‌شود، یک پایه آن رفتارهایی است که درآمد ناشی از آن‌ها نامشروع است. فقهای قدیم در ساختار اجتماعی سنتی خود همه مشاغل شبهه‌ناک را از جهت درآمد مشروع یا نامشروع بررسی کرده‌اند، اما پس از ورود به دنیای صنعتی این بحث را درباره مشاغل جدید صنعتی ادامه نداده‌اند. اگر امروزه دانش حقوق این وظیفه را انجام داده است، این به معنای دوگانگی ماهیت حقوق با فقه نیست. همچنین «ارث» یکی دیگر از مباحث مهم فقهی است که در حقوق تحت عناوین جدیدی مانند «توزیع ثروت» می‌توان درباره آن گفت‌وگو کرد؛ زیرا اگر ارث را در حوزه عدالت به بحث بگذاریم، ناظر به «عدالت توزیعی» خواهد بود و نه «عدالت معاوضی». در حوزه عدالت اگر به چگونگی توزیع اموال بپردازیم، وارد بحث عدالت توزیعی شده‌ایم، اما اگر درباره نسبت افراد به اموال توزیع شده بحث کنیم، عدالت معاوضی مورد بحث خواهد بود. فقها ارث را بیشتر بر مبنای عدالت معاوضی که ناظر به «فلسفه قانون‌گذاری» است، بحث کرده‌اند؛ بنابراین سنخ مبحث ارث نیز کاملاً حقوقی است.

### در پیش گرفتن رویکرد اجتماعی به فقه

به‌طور کلی نظام اجتماعی برآیند پدیده‌های خرد و کلان درهم‌تنیده و برخوردار از نسبتی هماهنگ است (پارسانیا، ۱۳۹۲، ص ۵۵) که عملکرد یکپارچه‌ای از آن‌ها بروز می‌کند؛ به‌گونه‌ای که هر نوع تغییر در عناصر، عملکرد عناصر دیگر و کل نظام را تحت تأثیر قرار می‌دهد. نظام اجتماعی در این معنا پدیده‌ای مدرن است و سابقه‌ای طولانی در جوامع بشری ندارد. در چنین نظامی، اجزا چنان در هم تنیده‌اند که نقش‌آفرینی جزء، مغلوب نقش‌آفرینی کل و هیئت جمعی است و مدیریت و اداره نظام اجتماعی متکی به روابط اجزاست؛ روابطی که نقش اجزاء و در پی آن نقش کل را تحت تأثیر قرار می‌دهند. در ادامه به چگونگی نقش‌آفرینی روابط در نظام اجتماعی و تأثیر آن در فرایند استنباط فقهی خواهیم پرداخت که به شکل‌گیری رویکرد نظام در فقه‌ورزی منتهی می‌شود، اما پیش از آن لازم است به تبیین رویکرد خرد و کلان در فقه‌ورزی بپردازیم:

### رویکرد خرد

مراد از رویکرد خرد در فقه‌ورزی، رویکردی است که موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی در آن فردمحور است و فقیه چهره فرد مسلمانی را تجسم می‌کند که می‌خواهد روش و رفتار خود را با نظریه اسلامی هماهنگ کند (علی‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۲۶۰). بررسی کتب فقهی نشان می‌دهد،

مبانی، روش‌ها و پیش‌فرض‌های پذیرفته‌شده در دستگاه فقا‌هت و اجتهاد شیعه متناسب با فقه فردی شکل گرفته است (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۰). این رویکرد به‌دلیل بی‌توجهی به جامعهٔ مسلمان به‌عنوان مکلف کلان، در زمینهٔ استخراج احکام فقهی نهادهای سیاسی و اجتماعی با چالش جدی مواجه است. بحث‌ها و گفت‌وگوهای فراوان در زمینهٔ مالیات، قانون کار، خسارت تأخیر تأدیه، دادگاه تجدیدنظر و... میان فقها و قانون‌گذاران در ابتدای انقلاب اسلامی ایران حکایت از ناکارآمدی «فقه موجود» در عرصه‌های اجتماعی دارد.

### رویکرد کلان

منظور از رویکرد کلان در فقه‌ورزی، رویکردی است که موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی در آن جمع‌محور است و فقیه با توجه به جامعهٔ مسلمان به‌عنوان مکلف کلان به‌دنبال استخراج حکم افعال اجتماعی و حکم نهادهای سیاسی و اجتماعی است. این نگاه به‌دلیل توجه به واقعیت اجتماعی و مصالح و منافع اجتماعی بر روش‌شناسی فقه اسلامی، آثار گوناگونی ایجاد می‌کند که درک عمیق از منابع فقهی و تفسیر درست آن‌ها، از جملهٔ این آثار است. سید محمدباقر صدر یکی از فقیهان برجستهٔ معاصر، توجه ویژه‌ای به رویکرد کلان در فرایند اجتهاد دارد. او معتقد است هدف اصلی از حرکت اجتهادی، ایجاد توانایی برای مسلمان است تا بتواند خود را با نظریهٔ اسلام در جریان زندگی سازگار کند و این سازگاری، جز با به‌کارگیری دو هدف میسر نمی‌شود: یکی انطباق با نظریهٔ اسلام در صحنهٔ زندگی فردی و دیگری انطباق با نظریهٔ اسلام در صحنهٔ زندگی اجتماعی (صدر، ۱۳۵۹، صص ۷-۵).

### رویکرد نظام

مراد از رویکرد کلان در فقه‌ورزی، رویکردی است که فقیه نه‌تنها در موضوع‌شناسی به ابعاد اجتماعی موضوع توجه دارد که موجب ارتقای موضوع از سطح خرد به سطح کلان می‌شود، بلکه روابط عرضی مسئلهٔ مورد نظر با سایر عناصر نظام اجتماعی را هم در نظر می‌گیرد تا با درک درست و عینی واقعیت، حکم مسئله را بیان کند. با وجود اینکه رویکرد خرد و کلان تفاوت آشکاری با هم دارند، در این ویژگی که هر دو به‌صورت «تجزیه‌ای» به حل مسئله می‌پردازند، مشترک هستند، اما رویکرد نظام از شیوهٔ «ترکیبی» در حل مسئله بهره می‌گیرد. برای درک بهتر این تفاوت از مسئله‌ای صرفی-نحوی بهره می‌گیریم؛ برای مثال جملهٔ «قام زید فی اللیل» در علم صرف به‌صورت تجزیه‌ای بررسی می‌شود، اما در علم نحو به‌صورت ترکیبی. رویکرد صرفی حل مسئله

در این جمله تجزیه‌ای است؛ یعنی بدون آنکه به ارتباط میان «زید» و «قیام» توجه شود، ساختمان کلمات این جمله بررسی می‌شود، اما رویکرد نحوی حل مسئله در این عبارت، ترکیبی است؛ یعنی بدون توجه به ساختمان کلمات، حیثیت ارتباطی آن‌ها مدنظر قرار می‌گیرد و از این رو حیثیت ارتباطی معنای جدیدی غیر از معنای کلمات موجود به دست می‌آید. «زید» و «قیام» هرکدام به تنهایی ماهیت صرفی دارند و احکام صرفی بر آن‌ها مترتب می‌شود، اما زمانی که زید در ارتباط با قیام در نظر گرفته می‌شود، معنای جدیدی به وجود می‌آید که پیش از آن نبود و همچنین احکام جدیدی بر ساختار ارتباطی کلمات مترتب می‌شود.

به صورت عینی می‌توان سه رویکرد فوق را بر مسئله «عقیم‌سازی» تطبیق داد. براساس رویکرد فردگرایانه ممکن است فقهی به دلیل عدم جواز اضرار بر نفس بر حرمت عقیم‌سازی (نوری همدانی، ۱۳۸۲، ص ۴۷) و فقهی دیگر به دلیل قصور ادله جواز اضرار بر نفس در این مورد، بر جواز عقیم‌سازی فتوا دهد؛ البته اگر موقتی باشد و مستلزم قطع عضو یا ارتکاب فعل حرام از قبیل لمس و نگاه حرام نباشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ ق، ص ۲۴۱). حکم جواز یا حرمت عقیم‌سازی در رویکرد مذکور، مبتنی بر مصلحت فردی است و فقیه با اتکا به منابع فقهی به دنبال کشف اراده شارع برای اداره حیات فردی مکلف است. براساس رویکرد کلان ممکن است فقهی معتقد به حرمت اولیه عقیم‌سازی، به دلیل تراحم اضرار بر نفس و ضررهای اجتماعی یا تقدیم اهم (مصلحت اجتماعی) بر مهم (مصلحت فردی) بر مبنای حکم ثانوی بر جواز عقیم‌سازی فتوا دهد؛ چنان‌که در برهه‌ای از تاریخ انقلاب، مسئله جواز عقیم‌سازی در پی تشخیص کارشناسان مربوط مبنی بر لزوم «کنترل جمعیت» مورد توجه فقه‌ها بوده است. فقه‌ها در این دوره براساس رویکرد خرد و کلان که توضیح آن گذشت، بر جواز فقهی عقیم‌سازی فتوا داده‌اند، اما پس از گذشت بیش از دو دهه از مسئله مزبور رویکرد اتخاذشده در فقه‌ورزی با رویکرد فردی و حتی اجتماعی بدون در نظر گرفتن روابط میان نظام‌های اجتماعی کارآمدی لازم را ندارد. در مثال مورد بحث، تجویز عقیم‌سازی به‌ویژه در گستره وسیع نه فقط با مصالح و مفاسد نظام خانواده، بلکه با مصالح و مفاسد نظام فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و نظامی ارتباطی تنگاتنگ دارد؛ چنان‌که امروزه عقیم‌سازی و تحدید نسل، ابزاری است استعماری در دست استکبار جهانی برای سیطره بر کشورهای اسلامی؛ بنابراین فقیه در موضوع شناسی و حکم‌شناسی موظف به محاسبه لوازم فرهنگی، اقتصادی و سیاسی تجویز عقیم‌سازی در گستره وسیع است؛ زیرا ارتباط وثیق نظام‌های اجتماعی در برخی موارد موجب ایجاد تغییر در ماهیت اولیه افعال می‌شود و فقیه بدون توجه به آن‌ها نمی‌تواند حکم مناسب و کارآمد را کشف و حیات جامعه دینی را مدیریت کند.

## توجه به مبدائیت عینیت اجتماعی و انسانی در نظام‌سازی

نظام‌سازی در حوزه حقوق، از مسیر تحول در فقه می‌گذرد. برای دست‌یابی بر تحول در فقه دست‌کم می‌توان سه راه را شناسایی کرد. مسیر اول، ساحت علوم اسلامی با محوریت فقه، مسیر دوم، ساحت علوم انسانی و اجتماعی و مسیر سوم، ساحت عینیت نظام‌های اجتماعی است. در ادامه به‌طور اختصار این سه مسیر توضیح داده شده‌اند.

### مسیر علوم اسلامی با محوریت فقه

برخی برای ایجاد تحول در فقه معتقدند باید در پایگاه فقه موجود ایستاد و با ارتقا و تکمیل آن به بازسازی یا طراحی یک فقه جدید دست یافت تا بتوان به نیازهای جمهوری اسلامی پاسخ داد و امکان اقامه دین در جامعه را محقق کرد. در این رویکرد، ارتقای فقه در کنار تماس با مسائل اجتماعی برای پاسخ‌دهی، به‌عنوان راه‌حل ایجاد تحول در فقه و نظام‌سازی مبتنی بر آن پیشنهاد می‌شود، اما باید دانست پایگاه فقه (حتی در شکل تحول‌یافته خود) به دلیل ارتباط عمیق با منبع دین در تأمین حجیت، اعتبار و استناد مورد نیاز برای انتساب احکام به اسلام موفق است، اما فاصله فراوانی از مسائل عینی انسانی و اجتماعی دارد؛ به همین دلیل پایگاه فقه، در تأمین کارآمدی مورد نیاز برای مدیریت حکومت و جامعه، کم‌توان یا ناتوان است.

### مسیر علوم انسانی و اجتماعی

عده‌ای دیگر معتقدند تا فقیه، مسائل علوم انسانی و اجتماعی را شناسایی نکند، امکان پاسخ‌گویی به مسائل انسانی و اجتماعی را به دست نخواهد آورد؛ بنابراین علاوه بر استفاده از فقه یا ارتقای آن، باید به مطالعه علوم انسانی و اجتماعی پرداخت و پس از شناخت این علوم که پیچیدگی فراوانی دارند و بساطت مسائل موجود در فقه کنونی را ندارند، به دنبال دستیابی به احکام آن در منابع بود، اما باید دانست علوم انسانی و اجتماعی برخلاف فقه، فاصله چندانی با مسائل عینی انسانی و اجتماعی ندارند، اما فاصله آن‌ها از منبع دین، زیاد است؛ به همین دلیل علوم انسانی و اجتماعی در تأمین کارآمدی مورد نیاز برای مدیریت حکومت و جامعه موفق‌اند، اما در تأمین حجیت، اعتبار و استناد مورد نیاز برای انتساب به اسلام ناتوان یا کم‌توان هستند.

فقهایی که با اکتفا به فقه موجود یا با ارتقای فقه به فقه حکومتی و فقه نظام درصدد پاسخ‌گویی به مسائل عینی حکومت و جامعه هستند، در تأمین حجیت موفق‌اند، اما قدرت امتداد آن به مدیریت واقعی و اسلامی مسائل حکومت و جامعه را ندارند. در مقابل، کسانی که درصددند با شناخت

علوم انسانی و اجتماعی موجود، به سمت پایگاه اسلامی و فقهی حرکت کنند و به تأمین حجیت بپردازند، قدرت امتداد تا پایگاه اعتبار و حجیت را نمی‌یابند و با روکشی از اسلام، به بازتولید و بازگویی علوم انسانی و اجتماعی موجود در غرب که ذاتاً مسموم هستند، می‌پردازند. در نهایت نیز به ایجاد نظام فقهی کارآمد موفق نمی‌شوند؛ بنابراین شکاف بزرگ موجود بین پایگاه علوم اسلامی و فقه و بین پایگاه علوم انسانی و اجتماعی غرب، موجب شده است انتخاب هر یک به عنوان نقطه عزیمت برای دستیابی به فقه کارآمد را در میان از دست دادن یکی از عناصر محوری «حجیت» یا «کارآمدی» قرار دهد. نتیجه در پیش گرفتن هر کدام از دو روش، تحقق نیافتن تحول در ساحت فقه و عدم امکان ساخت نظام حقوقی کارآمد است.

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

### شناخت عینیت انسانی و اجتماعی

با وجود اینکه نظام حقوقی با معرفت‌های بنیادین ثابت و تغییرناپذیر در ارتباط است که ایدئولوژی حاکم بر جامعه را شکل می‌دهند، باید با عوامل مؤثر بر تحولات روابط اجتماعی نیز در ارتباط باشد؛ چراکه قواعد و نهادهای حقوقی برای تنظیم روابط حقوقی است؛ از این رو هرگاه عناصر سیاسی، فرهنگی، مذهبی، اقتصادی و... دگرگون شد، ناگزیر قواعد و نهادهای حقوقی نیز باید دگرگون شوند و متناسب با تحولات عینی جامعه انسانی پیش بروند؛ بنابراین اگر عینیت انسانی و اجتماعی در مسیر دستیابی به فقه کارآمد مبدائیت پیدا کند، فاصله‌ای که علوم انسانی و اجتماعی میان فقه و عینیت انسانی و اجتماعی به وجود آورده‌اند، از بین می‌رود. همچنین فقه در ساماندهی خود تارسیدن به قدرت پاسخ‌گویی به مسائل عینی انسانی و اجتماعی، با سرعت عمل خواهد کرد و در نتیجه تأمین عنصر حجیت و تأمین عنصر کارآمدی ممکن خواهد شد؛ بر این اساس به جای خود فقه و خود علوم انسانی و اجتماعی، باید عینیت انسانی و اجتماعی را مبدأ دستیابی به فقه کارآمد و سپس ایجاد نظام حقوقی قرار داد. در این راستا باید به شناخت دقیق عینیت انسانی و اجتماعی پرداخت و همه ویژگی‌هایی را که در این دوران برای عینیت انسانی و اجتماعی به وجود



آمده است احصا کرد. پس از این اقدام باید دید ضروری است فقه چه ویژگی‌هایی به خود بگیرد تا بتواند به این نوع مسائل با این ویژگی‌ها پاسخ دهد؛ به نحوی که از خصوصیت ذاتی فقه، یعنی حجیت و استناد به خداوند متعال فاصله نگیرد.

با پیمودن این مسیر به دلیل آنکه عینیت انسانی و اجتماعی مبدائیت می‌یابد، تأمین کارآمدی مورد نیاز ممکن خواهد شد و در واقع فقه با نظارت بر این مسائل، تکون خواهد یافت. همچنین به دلیل اینکه فقیه با تصویری شفاف از نیاز واقعی جامعه به استنباط احکام می‌پردازد، حجیت آن را نیز تأمین می‌کند. مهم‌ترین ویژگی عینیت انسانی و اجتماعی در این دوران، نظام‌مند بودن آن است؛ بر این اساس باید گفت فقه کارآمد نظام‌ساز، فقهی نیست که تنها نگاه کلان داشته یا منظومه‌وار باشد و بتواند نظام گزاره‌های دین را استخراج کند، بلکه به مسائل عینی انسانی و اجتماعی در قالب یک نظام برخوردار از کثرت، پیچیدگی و درهم‌تنیدگی توجه می‌کند؛ بالطبع چنین فقهی باید قدرت لحاظ ارتباطات پدیده‌های عینی را داشته باشد.

### نتیجه‌گیری

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

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

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

## کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. اراکی، محسن. ۱۳۹۱. فقه نظام سیاسی اسلام. چاپ اول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۳. اعرافی، علیرضا؛ بخشی، علی. ۱۳۹۵. درآمدی بر اجتهاد تمدن‌ساز. چاپ اول. قم: مؤسسه اشراق و عرفان.
۴. انصاری، مرتضی. ۱۴۱۵ ق. کتاب المکاسب. جلد ۱. چاپ اول. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. ایمانی، عباس؛ اردبیلی، محمدعلی. ۱۳۸۲. فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری. تهران: آریان.
۶. آقابخشی، علی؛ افشاری‌راد، مینو. ۱۳۷۹. فرهنگ علوم سیاسی. چاپ دوم. تهران: چاپار.
۷. بیگدلی، عطاالله. بی تا. قانون‌شناسی درآمدی بر وضعیت حقوق در ایران. تهران: مؤسسه اشراق.
۸. پارسائیا، حمید. ۱۳۹۲. جهان‌های اجتماعی. چاپ دوم. تهران: کتاب فردا.
۹. جاوید، محمدجواد. ۱۳۹۲. نقد مبانی فلسفی حقوق بشر. جلد دوم. چاپ اول. تهران: مخاطب.
۱۰. حکمت‌نیا، محمود. ۱۳۸۴. «بومی‌سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی». حقوق اسلامی. شماره ۷. صص ۶۱-۷۸.
۱۱. حکمت‌نیا، محمود؛ معلی، مهدی؛ کاظمینی، محمدحسین. ۱۳۹۸. «درآمدی بر نظریه حقوقی اسلام». تحقیقات بنیادین علوم اسلامی. شماره ۱. (پیاپی ۱۴). صص ۴۵-۷.
۱۲. حیدری خراسانی، محمدجواد؛ نوذری فردوسی؛ محمد؛ خلف‌خانی، علی. ۱۳۹۲. «تفاوت‌های فقه فردی و فقه حکومتی، از منظر شناخت موضوع، مکلف و تکلیف». پژوهش‌نامه فقهی. سال اول. شماره ۲. صص ۱۲۴-۱۰۹.
۱۳. داوید رنه؛ ژوفره اسپینوزی، کامی. ۱۳۹۵. درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر. ترجمه سید حسین صفایی. چاپ یازدهم. تهران: نشر میزان.
۱۴. شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح. ۱۳۹۱. «رابطه فقه و حقوق». گفتمان حقوقی. شماره ۲۱ و ۲۲. صص ۲۸-۹.
۱۵. شفیع‌ی سروسستانی، ابراهیم. ۱۳۸۵. قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی، آسیب‌ها و بایسته‌ها. چاپ اول. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۶. صدر، سید محمدباقر. ۱۳۵۹. همراه با تحول اجتهاد. ترجمه اکبر ثبوت؛ سید جمال موسوی؛ سید جعفر حجت. قم: انتشارات روزبه.

۱۷. علی‌زاده، عبدالرضا. ۱۳۹۴. مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق. چاپ سوم. تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۸. غروی نائینی، محمدحسین. ۱۳۸۸. تنبیه الامه و تنزیه المله. تصحیح و تقدیم: سید جواد ورعی. قم: بوستان کتاب.
۱۹. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۸۳. «رابطه فقه و حقوق». نامه مفید. شماره ۴۳. صص ۲۰۰-۱۸۷.
۲۰. مددپور، محمد. ۱۳۸۷. سیر تفکر معاصر. چاپ دوم. تهران: سوره مهر.
۲۱. مستشارالدوله، یوسف بن کاظم. ۱۳۸۵. یک کلمه. تهران: بال.
۲۲. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۲۸ ق. احکام بانوان. چاپ یازدهم. قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
۲۳. نصری، عبدالله. ۱۳۸۶. رویارویی با تجدد. جلد ۱. چاپ اول. تهران: نشر علم.
۲۴. نوری همدانی، حسین. ۱۳۸۲. «کنترل جمعیت». فقه اهل بیت. شماره ۳۳. صص ۵۱-۲۴.
۲۵. نوری، فضل‌الله. ۱۳۷۳. «تذکره الغافل و ارشاد الجاه». ایران‌نامه. شماره ۴۳. صص ۵۳۶-۵۳۲.