





دانشکده حقوق و علوم سیاسی

رساله دکتری در رشته حقوق خصوصی

فرایند تولید قاعده حقوقی در منطقه الفراغ

استاد راهنما

دکتر شعبان حق پرست

اساتید مشاور

دکتر کورش کاویانی و آیت الله احمد مبلغی

اساتید داور

دکتر محمود حکمت نیا، دکتر ایرج بابایی، دکتر رضا ولویون

پژوهشگر

حامد کهوند

تابستان ۱۳۹۶

چکیده:

فرایند تولید قاعده حقوقی یکی از مسائل اصلی مطالعات فلسفی حقوق است که مکاتب حقوقی پاسخ‌های متفاوتی در دو بخش اعتبار قاعده حقوقی و همچنین مرجعیت یا مشروعیت آن ارائه داده‌اند. در اثبات گرایب حقوقی به عنوان یکی از مکاتب اصلی فلسفه حقوق، اعتبار و مشروعیت قاعده حقوقی در نظریه‌هایی همچون قانون به مثابه فرمان حکم جان آستین، قاعده حقوقی به مثابه اتحاد قاعده اساسی و قواعد عادی هانس کلسن و قاعده حقوقی به مثابه اتحاد قواعد اولی و ثانوی هربرت هارت تبیین می‌شود؛ در مقابل رویکرد سنتی مکتب حقوق طبیعی منشأ اعتبار قواعد حقوقی را در مقتضیات عقل عملی جستجو می‌نماید و فرایند تولید قاعده حقوقی را در ارتباط با قواعد و هنجارهای برتر جستجو می‌کند؛ البته رویکرد مدرن حقوق طبیعی برخلاف رویکرد سنتی دغدغه محتوای اخلاقی قاعده حقوقی را ندارد و دخالت قواعد برتر در وضع قاعده حقوقی را بیش از هر چیز شکلی و فرایندی تبیین می‌کند؛ این تحقیق با انگیزه پاسخ به چگونگی فرایند تولید قاعده حقوقی در منطقه الفراغ شرعی در نظام حقوق اسلامی انجام گرفته است. منطقه الفراغ شرعی دارای دو ویژگی اساسی است؛ اولاً فارغ از وجود قاعده حقوقی منصوص می‌باشد و ثانیاً قانونگذاری تواند مبتنی بر روش عقلایی و در هماهنگی با نظام حقوقی به وضع قاعده حقوقی مبادرت نماید؛ اعتبار قواعد حقوقی منطقه الفراغ اگر چه متأثر از قواعد اثباتی است با این وجود در ارتباط با قواعد و هنجارهای برتر متخذ از نظام حقوق اسلامی است؛ در نظریه اسلامی حقوق قواعد و هنجارهای برتر تضمین‌کننده مصلحت عمومی می‌باشند و البته به منافع مادی تقلیل نمی‌یابد بلکه مصالح شرعی اعم از مصلحت احکام الزامی، اهداف شریعت و مصالح اخلاقی را نیز شامل می‌شوند. این رویکرد از جهتی اعتبار قاعده حقوقی را صرفاً به تعامل نظامی از قواعد محدود نمی‌داند بلکه نظام حقوقی را برخوردار از اهدافی فراحقوقی می‌داند که در اعتبار قواعد حقوقی نقش ایفا می‌کنند؛ و از سوی دیگر این اهداف و مصالح فراحقوقی را هم در فرایند و هم در تعیین محتوای قاعده حقوقی تأثیرگذار می‌داند. این الگوی را می‌توان «غایت‌گرایی نظام مند در فرایند تولید قواعد حقوقی» نامید.

کلیدواژه‌ها: قاعده حقوقی، منطقه الفراغ، اعتبار، مشروعیت، مصالح شرعی، مصالح اخلاقی.

فهرست مطالب

۱۲	۱. کلیات و مفهوم شناسی
۱۲	۱-۱. مقدمه
۱۴	۲-۱. بیان مسأله و هدف پژوهش
۱۷	۳-۱. پرسش های پژوهش
۱۷	۴-۱. فرضیات پژوهش
۱۸	۵-۱. اهمیت و ضرورت پژوهش
۱۹	۶-۱. روش پژوهش
۱۹	۷-۱. پیشینه پژوهش
۲۶	۸-۱. مفاهیم کلیدی پژوهش
۲۶	۱-۸-۱- قاعده حقوقی
۲۷	۱-۸-۱-۱. مبنای قاعده حقوقی
۲۹	۲-۸-۱-۱. هدف قواعد حقوقی
۳۰	۲-۸-۱. نظام حقوقی
۳۱	۳-۸-۱. منطقه الفراغ
۳۲	۱-۳-۸-۱. محدوده منطقه الفراغ
۳۳	۲-۳-۸-۱. منطقه الفراغ و موضوعات آن
۳۴	۴-۸-۱. اباحه
۳۶	۵-۸-۱. عقل عملی
۳۷	۶-۸-۱. مصلحت
۳۹	۷-۸-۱. حکم ولایی
۴۰	۱-۷-۸-۱. حکم ولایی در نسبت با احکام اولی و ثانوی

- ۱-۸-۷-۲. ملاک صدور احکام ولایی ۴۱
۲. چارچوب نظری ۴۴
- ۱-۲. تولید قاعده حقوقی در نظام قواعد اثباتی ۴۶
- ۱-۲-۱. قاعده حقوقی به مثابه اتحاد قاعده اساسی و قاعده عادی ۴۷
- ۲-۱-۲. قاعده حقوقی به مثابه اتحاد قاعده اولی و ثانوی ۴۹
- ۲-۱-۳. قاعده حقوقی و رویکردهای متأخر حقوق ۵۱
- ۲-۱-۳-۱. رویکرد تاریخی حقوق ۵۲
- ۲-۱-۳-۲. واقع گرایی حقوقی ۵۳
- ۲-۱-۳-۳. مطالعات انتقادی حقوقی ۵۳
- ۲-۲. تولید قاعده حقوقی در نظامی از قواعد برتر و قواعد اثباتی ۵۵
- ۲-۲-۱. قاعده حقوقی در انطباق با محتوای قواعد برتر ۵۶
- ۲-۲-۲. قاعده حقوقی در انطباق با قواعد برتر فرایندی ۶۰
- ۲-۳. تولید قاعده حقوقی مبتنی بر منطق اعتبار ۶۳
- ۲-۳-۱. منطق تعینی اعتبار قاعده حقوقی ۶۳
- ۲-۳-۲. منطق تعیینی اعتبار قاعده حقوقی ۶۷
۳. روش شناسی وضع قاعده حقوقی در منطقه الفراغ ۷۰
- ۳-۱. منطقه الفراغ ۷۱
- ۳-۱-۱. منطقه الفراغ یا منطقه العفو ۷۱
- ۳-۱-۲. مباحثات و ضابطه‌ی اباحه ۷۲
- ۳-۱-۳. قرائت‌های مختلف از منطقه الفراغ ۷۴
- ۳-۱-۳-۱. رویکرد حداقلی به منطقه الفراغ ۷۴
- ۳-۱-۳-۲. رویکرد حداکثری به منطقه الفراغ ۷۶
- ۳-۱-۳-۳. رویکرد اعتدالی به منطقه الفراغ ۷۷

- ۲-۳. فرایند تولید قاعده حقوقی..... ۸۰
- ۱-۲-۳. منطق اعتبار قواعد حقوقی..... ۸۰
- ۱-۱-۲-۳. ماهیت شناسی قاعده حقوقی..... ۸۱
- ۱-۱-۱-۲-۳. قواعد حقوقی؛ قضایایی اخباری..... ۸۳
- ۲-۱-۱-۲-۳. قواعد حقوقی؛ قضایایی اعتباری..... ۸۴
- ۳-۱-۱-۲-۳. قواعد حقوقی؛ قضایایی اعتباری - حقیقی..... ۸۵
- ۲-۱-۲-۳. عقلانیت عملی و منطق ادراکات اعتباری..... ۸۶
- ۱-۲-۱-۲-۳. حسن و قبح اعتباری..... ۹۰
- ۲-۲-۱-۲-۳. «علت غایی» در ایجاد قواعد حقوقی..... ۹۳
- ۲-۲-۳. قواعد حقوقی منطقه الفراغ و مصالح حقیقی..... ۹۷
- ۳-۳. «دین» و قاعده حقوقی منطقه الفراغ..... ۹۹
- ۱-۳-۳. مصالح شرعی و قواعد حقوقی منطقه الفراغ..... ۱۰۳
- ۲-۳-۳. اهداف دین و قواعد حقوقی منطقه الفراغ..... ۱۰۶
- ۴-۳. «اخلاق» و قاعده حقوقی منطقه الفراغ..... ۱۱۰
- ۱-۴-۳. نسبت‌شناسی حقوق و اخلاق..... ۱۱۱
- ۱-۱-۴-۳. نظریه تفکیک..... ۱۱۴
- ۲-۱-۴-۳. نظریه وحدت..... ۱۱۷
- ۲-۴-۳. اخلاق به مثابه غایت قاعده حقوقی..... ۱۲۲
- ۳-۴-۳. اخلاق به مثابه محتوای قاعده حقوقی..... ۱۲۴
- ۵-۳. نقشه راه اجرای الگوی پیشنهادی..... ۱۲۷
- ۱-۵-۳. رویکرد نظام مند به حقوق..... ۱۳۰
- ۲-۵-۳. نظریه پردازی حقوقی..... ۱۳۳
- ۳-۵-۳. وضع قواعد حقوقی در چهارچوب نظریه حقوقی..... ۱۳۵

- ۳-۵-۳-۱. مسأله شناسی حقوقی ۱۳۵
- ۳-۵-۳-۲. تولید قواعد حقوقی در چهارچوب نظریه حقوقی ۱۳۶
- ۳-۵-۳-۳. تصویب قواعد حقوقی در نظام قانونگذاری ۱۳۷
۴. مشروعیت قواعد حقوقی منطقه الفراغ ۱۴۱
- ۴-۱. مبنای مشروعیت قواعد حقوقی منطقه الفراغ ۱۴۲
- ۴-۱-۱. منطقه الفراغ و اختیارات حاکم اسلامی ۱۴۵
- ۴-۱-۲. مبنا و گستره حکم ولایی ۱۴۶
- ۴-۱-۳. حکم ولایی؛ مبنای مشروعیت قواعد حقوقی منطقه الفراغ ۱۵۰
- ۴-۲. آثار مشروعیت یابی قواعد حقوقی از حکم حکومتی ۱۵۵
- ۴-۲-۱. لزوم شرعی تبعیت از قوانین ۱۵۶
- ۴-۲-۲. پذیرش «مصلحت» به عنوان ضابطه قانونگذاری ۱۵۷
۵. ارزیابی قواعد حقوقی مبتنی بر الگوی پیشنهادی ۱۶۰
- ۵-۱. وضع قاعده حقوقی و مصلحت حکم شرعی ۱۶۲
- ۵-۱-۱. اصل چهارم قانون اساسی؛ زیربنای نظام قواعد حقوقی ۱۶۳
- ۵-۱-۲. ارزیابی قوانین موضوعه ۱۶۵
- ۵-۱-۲-۱. مجله الاحکام العدلیه ۱۶۶
- ۵-۱-۲-۲. قانون مدنی ۱۶۷
- ۵-۱-۲-۳. قانون انطباق ۱۶۸
- ۵-۱-۲-۴. قانون کار و قانون ارزی شهری ۱۶۹
- ۵-۱-۲-۵. لایحه تعزیرات ۱۷۲
- ۵-۲. وضع قاعده حقوقی و اهداف دین ۱۷۳
- ۵-۲-۱. سیاستهای کلی نظام و وضع قاعده حقوقی ۱۷۴
- ۵-۲-۱-۱. ایجاد، حفظ و تحکیم خانواده ۱۷۵

- ۱۷۷..... ۵-۲-۲. ارزیابی قوانین موضوعه
- ۱۷۷..... ۵-۲-۲-۱. قانون حمایت خانواده
- ۱۸۲..... ۵-۳. وضع قاعده حقوقی و مصالح اخلاقی
- ۱۸۴..... ۵-۳-۱. قانونگذاری اخلاقی
- ۱۸۷..... ۵-۳-۲. ارزیابی قوانین موضوعه
- ۱۸۸..... ۵-۳-۲-۱. حقوق قراردادها
- ۱۸۹..... ۵-۳-۲-۱-۱. تعهدات طبیعی
- ۱۹۰..... ۵-۳-۲-۱-۲. شروط غیرمنصفانه قراردادی
- ۱۹۲..... ۵-۳-۲-۲. حقوق مسئولیت مدنی
- ۱۹۴..... ۵-۳-۲-۱. بیمه اجباری مسئولیت مدنی
- ۱۹۷..... ۵-۳-۲-۲-۲. مسئولیت مدنی مجموعه‌های درمانی
- ۱۹۸..... ۵-۳-۲-۳. مسئولیت مدنی دولت
- ۱۹۸..... ۵-۳-۲-۳. حقوق مالکیت فکری
- ۲۰۰..... ۵-۳-۲-۳-۱. ثبت نوآوری‌های بیوتکنولوژیک
- ۲۰۱..... ۵-۳-۲-۳-۲. ثبت علائم تجاری و طرح‌های صنعتی
- ۲۰۲..... ۵-۳-۲-۴. حقوق خانواده
- ۲۰۳..... ۵-۳-۲-۴-۱. تلقیح مصنوعی
- ۲۰۴..... ۵-۳-۲-۴-۲. محرمانگی در اهدای گامت و جنین
- ۲۰۵..... ۵-۳-۲-۴-۳. تغییر جنسیت
- ۲۰۷..... ۶. نتایج و پیشنهادات
- ۲۰۸..... ۶-۱
- ۲۰۹..... ۶-۲
- ۲۱۰..... ۶-۳

۲۱۰.....	۴-۶
۲۱۰.....	۵-۶
۲۱۱.....	۶-۶
۲۱۱.....	۷-۶
۲۱۲.....	۸-۶
۲۱۲.....	۹-۶
۲۱۲.....	۱۰-۶
۲۱۳.....	۱۱-۶
۲۱۴.....	۱۲-۶
۲۱۴.....	۱۳-۶
۲۱۵.....	۱۴-۶
۲۱۵.....	۱۵-۶
۲۱۶.....	۱۶-۶
۲۱۷.....	۱۷-۶
۲۱۷.....	۱۸-۶
۲۱۸.....	۱۹-۶
۲۱۸.....	۲۰-۶
۲۱۸.....	۲۱-۶
۲۱۹.....	۲۲-۶
۲۲۰.....	۲۳-۶
۲۲۱.....	۲۴-۶
۲۲۳.....	منابع

فصل اول

کلیات و مفهوم شناسی

۱. کلیات و مفهوم شناسی

۱-۱. مقدمه

یکی از نیازمندیهای اساسی دانش حقوق در ایران بهره‌گیری از مطالعات فلسفی و پرداختن به مباحث بنیادین نظام حقوقی است به گونه‌ای که شاید بتوان بخشی از مشکلات نظام حقوقی موجود را به خلأ این سنخ از مطالعات نسبت داد. به نظر می‌رسد نظام حقوقی فعال و مبتکر بایستی هم از لحاظ تولید نظریات علمی و هم از منظر تولید نهادها و قواعد حقوقی مناسب پیشرو باشد که در غیر این صورت یا به دامن بهره‌گیری غیر منضبط از سایر نظام‌های حقوقی فعال می‌لغزد و یا در مطالعات تاریخی متوقف شده و در هر دو صورت از کارآمدی و پاسخگویی به نیازهای جامعه‌ی خویش باز خواهد ماند. بدون تردید نظام حقوقی مطلوب قادر به مدیریت تحولات گسترده اجتماعی در چارچوب مبانی اندیشه‌ای، منابع معرفتی، نظریه‌های علمی و سایر اقتضانات بومی و جامعه‌شناختی می‌باشد و تنها در این صورت است که می‌توان چنین مجموعه‌ای را نظام حقوقی مستقلی دانست. بنابراین باید پذیرفت نظم حقوقی در ایران معاصر به دلایل متعدد که از جمله‌ی آنها فقدان مطالعات فلسفی حقوق است با چالش‌های جدی مواجه می‌باشد. این امر بر این فرض استوار است که تولید دانش حقوق و همچنین نهادهای بومی حقوقی متأثر از مباحث فلسفی حقوق بوده و توسط آن‌ها جهت‌دهی می‌شوند؛ به عبارت دیگر چیستی و چرایی نهادها و قواعد حقوقی با پاسخ‌هایی مواجه است که برخی از آنها را باید در مباحث عمیق نظری و فلسفی یافت و یک نظام حقوقی نمی‌تواند از چنین پاسخ‌هایی طفره رود؛ این مسأله نسبت به نظام حقوق اسلامی در ایران معاصر که محصول تعامل و تعاطی نظام فقهی و نظام حقوقی جدید می‌باشد از اهمیت بیشتری برخوردار است به نحوی که نیاز به نظریه‌پردازی و غنای دکترین حقوقی مبتنی بر مبانی پذیرفته شده نظام حقوق اسلامی را پررنگ‌تر می‌سازد. البته تلاش‌های گسترده و قابل توجهی خصوصاً از دوران مشروطه و در مواجهه با اندیشه‌های مدرن حقوقی و قانون‌گذاری از سوی اندیشمندان اسلامی با عناوین مختلفی مانند ثبات و جاودانی شریعت، احکام ثابت و متغیر، نسبت فقه و حقوق، تقنین فقه، نظام‌سازی و نظریه حقوق اسلامی و... انجام شده است که می‌تواند پشتوانه و پیشینه تحقیق حاضر قرار بگیرد. علمای عصر مشروطه و از جمله‌ی ایشان آیت الله میرزا

محمدحسین نائینی را می توان از نظریه پردازان این حوزه در ایران دانست که در مواجهه با ورود قانونگذاری مدرن به تبیین چگونگی قانونگذاری بشری در ضمن اعتقاد به توحید تشریحی پرداخته اند. ایشان در کتاب «تنبیه الامه و تنزیه المله» دیدگاه خود را در خصوص قانون و قانونگذاری بشری با طرح دوگانه‌ی احکام شرعی ثابت و متغیر چنین مطرح می نمایند:

احکام اسلامی به احکام شرعی ثابت و متغیر قابل تفکیک است که در ثابتات حکم شارع جاری است و تعبد به منصوص شرعی الی قیام الساعه و وظیفه است. اما متغیرات تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امصار است و منوط است به تشخیص مرجحات از سوی نائبان امام، بنابراین اولاً نمایندگان تنها در حیطه‌ی احکام متغیر محل مشورت هستند ثانیاً در عصر غیبت مبنای مشروعیت و الزام آور بودن ترجیحات و مصوبات نواب عام و یا مأذونین از جانب ایشان به مقتضای نیابت ثابتة قطعیة از معصوم می باشد.^۱ بدین ترتیب تنها نمایندگان می توانند در احکام متغیره وضع حکم نمایند زیرا شارع این امور را موکول به مشورت و ترجیح من له الولاية النظر نموده و حکم منصوص ندارد و نمایندگان نیز مأذونین از ولی عام هستند و نه آنکه تقنین آنها دلخواهی و اقتراحانه باشد.^۲

امام خمینی (ره)، علامه محمدحسین طباطبایی، استاد شهید مرتضی مطهری از دیگر صاحب نظرانی هستند که سعی در ارائه نظر و تبیین این مهم داشته اند. آیت الله شهید محمدباقر صدر نیز از جمله‌ی متفکرانی است که از اندیشه‌های بدیع در حوزه‌های مختلف علوم اسلامی برخوردار بوده‌اند و اهتمام ویژه‌ای به کارآمدی شریعت اسلامی در اقتضائات زمانه داشته اند. نظریه‌ی «منطقه الفراغ» یکی از نوآوری‌های ایشان می باشد که اگر چه ابتدائاً در حوزه اقتصاد اسلامی بیان شده است اما به عنوان نظریه‌ای در حیطه‌ی فلسفه حقوق اسلامی قابل بررسی می باشد. ایشان با اعتقاد به جامعیت شریعت اسلام و کارآمدی شریعت اسلامی در جوامع امروزی به تبیین الگویی متشکل

۱. محمدحسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، ص ۱۳۵.

۲. همان، ص ۱۳۶.

از احکام شرعی ثابت و احکام ولایی به عنوان قوانین اداره جامعه اسلامی پرداخته اند. ایشان با پذیرش ضمنی الگوی دولت مدرن، مبنای مشروعیت قوانین بشری را در اختیارات حاکم اسلامی جستجو می نمایند^۳ و رعایت مصلحت و عدم تعارض با احکام شرع را به عنوان ضابطه‌ی شناسایی قوانین پیشنهاد می دهد.^۴ ایشان در تبیین فرایند ایجاد قوانین در منطقه الفراغ از ارائه دو ضابطه فراتر نرفته اند؛ اولاً مشروعیت قواعد وابسته به تنفیذ ولی امر و حاکم اسلامی است و همچنین ضابطه‌ی وضع حکم ولایی را «مصلحت» معرفی کرده اند. ما در این تحقیق تلاش داریم با بهره‌گیری از نتایج نظریه‌ی شهید صدر فرایند تولید قاعده حقوقی را با رویکردی عقلی و فلسفی تحلیل نماییم تا ابعاد پنهان نظریه منطقه الفراغ نیز گشوده شود و تمایز فرایند تولید قاعده حقوقی مبتنی بر این نظریه با سایر مکاتب حقوقی مانند اثبات‌گرایی حقوقی و حقوق طبیعی نشان داده شود. همچنین به تبیین ماهیت و ابعاد مصلحت عمومی و ارتباط آن با مصالح شرعی و مصالح اخلاقی خواهیم پرداخت که در نهایت «الگوی غایت‌گرایی نظام مند در تولید قواعد حقوقی» در نظام حقوقی ایران که می تواند به مثابه نظریه قانونگذاری در منطقه الفراغ نیز مطرح شود، پیشنهاد می شود. قانونگذار با عنایت به مصالح شرعی اعم از مصلحت موجود در احکام شرعی و مصالح ناظر به مقاصد شریعت و همچنین مصالح اخلاقی می‌تواند با رویکرد نظام مند به تولید قواعد حقوقی مبادرت نموده و نظام حقوقی را در مواجهه با سایر نظامات حقوقی از موضع انفعال خارج کند.

۲-۱. بیان مسأله و هدف پژوهش

حقوق پدیده‌ای هنجاری است که به دنبال سامان دادن و تعادل بخشیدن به رفتارهای اجتماعی است. سوال از چگونگی اعتبار قواعد و هنجارهای حقوقی همواره در طول تاریخ ذهن اندیشمندان اجتماعی را به خود معطوف داشته است به گونه‌ای که مکاتب حقوقی مبتنی بر تلقی خود از چیستی قاعده حقوقی به نحوه‌ی اعتبار آن پاسخ متفاوتی می دهند. به لحاظ تاریخی پوشیده نیست که قبل از مشروطه و ورود جریان مدرن قانون گذاری در ایران

۳. محمدباقر صدر، الاسلام یقود الحیات، ص ۱۱۵.

۴. همان: ص ۱۹.

فقه امامیه عهده دار پاسخگویی به مسائل و نیازهای حقوقی جامعه بوده است. مواجهه‌ی جامعه‌ی ایرانی با آثار تحولات اندیشه‌ی ای و نهادی در مغرب زمین و همچنین نهضت مشروطه بستر مناسبی را برای بحث از چیستی و چگونگی نظام قانون گذاری اسلامی فراهم کرد. اندیشمندان اسلامی با این مسأله مواجه بودند که اگر چه نیاز به نهاد قانونگذاری برای اداره جامعه بر کسی پوشیده نیست، نسبت قوانین موضوعه بشری با قواعد شریعت اسلام و احکام الهی چیست؟ از سویی اعتقاد به توحید تشریحی و خاتمیت دین اسلام مطرح بود و از سویی تجربه چند صدساله جامعه اسلامی در بهره‌گیری از فقه پشتوانه‌ی ای بود که مواجهه متفکران اسلامی با اندیشه‌های مدرن قانونگذاری را از انفعال خارج می‌کرد و در طراحی و ارائه نظریه قانون گذاری اسلامی ترغیب می‌نمود. تحقق انقلاب اسلامی و استقرار حکومت اسلامی در ایران و مواجهه‌ی مستقیم فقها با مسأله اداره حکومت موجب شد که موضوعات کلی که پس از مشروطه به عنوان تئوری مطرح بود اینک به عنوان مسائل دقیق و جزئی مطرح شود و نظم حقوقی جدیدی در ایران اسلامی ایجاد و پی‌گیری گردد. اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت انطباق قوانین با موازین اسلامی را می‌پذیرد و در اصول متعدد نیز به نقش فقه و اجتهاد مستمر فقها در نظام حقوقی ایران می‌پردازد. با این همه به نظر می‌رسد اگرچه در این دوره به نهادسازی و تدوین قوانین اسلامی اهتمام قابل توجهی شده است اما دکتترین حقوقی نسبت به ایفای نقش موثر خود غفلت نموده و جای خالی نظریه پردازی حقوقی مبتنی بر نظم نوین حقوقی ایران به شدت احساس می‌شود. یکی از نتایج این امر را می‌توان در آشفتگی روشی تدوین قوانین و مقررات مشاهده کرد به گونه‌ای که در مواردی با قوانینی مواجه هستیم که به صورت کامل از نظام های حقوقی دیگر اقتباس شده اند و نسبت آن‌ها با مبانی، اهداف، روش‌ها و نظریه های حقوق اسلامی روشن نیست. این مشکل که نمایانگر فقدان رویکرد نظام مند به اخذ و وضع قواعد حقوقی در نظام حقوقی ایرن می‌باشد بخشی از مسأله تحقیق حاضر است از این جهت که فرایند علمی تولید قاعده حقوقی چگونه باید باشد که اولاً ملاحظات نظری و ارزشی حقوق اسلامی در آن مورد توجه قرار داشته باشد و ثانیاً به وصف کارآمدی و پاسخگویی نظام حقوقی منجر شود و در نتیجه از آشفتگی قوانین و مقررات در نظام حقوقی جلوگیری نماید. تأثیرپذیری از اثبات گرایی حقوقی و شکل گرایی فقهی حقوقی در نظام حقوقی ایران نیز

موجب شده است که فرایند وضع قواعد حقوقی خصوصاً در منطقه الفراغ شرعی بیش از هر چیز نیازمند رویکردی غایت‌گرا و معطوف به مصالح حقیقی باشد؛ بنابراین عدم اتخاذ رویکرد نظام‌مند و همچنین فقدان رویکرد غایت‌گرا در فرایند وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ مسأله اصلی تحقیق حاضر را شامل می‌شود که تلاش می‌شود با بهره‌گیری از مطالعات تطبیقی فلسفه حقوقی و همچنین با بهره‌گیری از نظریه منطقه الفراغ و نظریه ادراکات اعتباری پاسخ مناسبی برای این مشکل ارائه شود؛ ارزیابی بخشی از نظام قواعد حقوقی ایران مبتنی بر الگوی پیشنهادی نیز بخشی از اهداف تحقیق را شامل می‌شود.

۳-۱ پرسش های پژوهش

سوال اصلی:

فرایند تولید قاعده حقوقی در منطقه الفراغ چیست؟

سوالات فرعی:

۱. منطقه الفراغ چیست؟ پیش فرض های آن کدامند؟
۲. برفرض شناسایی منطقه الفراغ، فرایند علمی تولید قواعد حقوقی در آن چگونه است؟
۳. با فرض تحصیل مفاد قواعد حقوقی، مشروعیت آن در نظام حقوقی چگونه حاصل می گردد؟

۴-۱ فرضیات پژوهش

أ. فرضیه اصلی

قواعد حقوق اسلامی به دو دسته قابل تقسیم اند؛ دسته‌ی نخست قواعدی هستند که مستند به نصوص الزام آور شرعی می‌باشند و دسته‌ی دیگر قواعد حقوقی اند که در منطقه الفراغ شرعی جای می‌گیرند. فرایند تولید قاعده حقوقی در منطقه الفراغ با دو رویکرد تبیین می‌شود:

۱. فرایندی که در واقع اتفاق می‌افتاد تا یک قاعده حقوقی اعتبار می‌گردد؛ در این رویکرد قاعده حقوقی مبتنی بر منطق اعتبار هنجارهای اجتماعی ایجاد می‌شود و اعتبار می‌یابد.
۲. فرایند اثباتی که قواعد حقوقی در آن مشروعیت می‌یابند؛ در این رویکرد قواعد حقوقی که مبتنی بر منطق اعتبار در منطقه الفراغ ایجاد شده‌اند به صورت مستقیم یا غیر مستقیم مبتنی بر اختیارات حاکم اسلامی وضع شده و مشروعیت می‌یابند.

ب. فرضیه های فرعی

۱. دو تلقی از منطقه الفراغ صورت گرفته است. برخی معتقدند منطقه الفراغ شامل حوزه‌ی مباحات می‌شود که خالی از حکم الزامی شرعی است، در حالیکه برخی معتقدند منطقه الفراغ را حوزه ای خالی از مطلق حکم دانسته

اند که به نظریه منطقه العفو در اهل سنت شناخته می‌شود. امامیه مبتنی بر اصل جامعیت شریعت تلقی نخست را مورد تأیید قرار داده اگر چه قرائت های مختلفی از آن شده است.

۲. قاعده حقوقی مبتنی بر غایات و مصالح عمومی اعتبار می‌یابد که این غایات صرفاً به منافع مادی تقلیل نمی‌یابند؛ بنابراین در وضع قاعده حقوقی باید علاوه بر توجه به منافع مادی، مصالح حقیقی افراد نیز مورد توجه قرار گیرد که این امر در انطباق قواعد حقوقی با مصالح شرعی و مصالح اخلاقی قابل تبیین می‌باشد.

۳. قواعد حقوقی منطقه الفراغ مبتنی بر اختیارات حاکم اسلامی به صورت مستقیم یا غیر مستقیم مشروعیت می‌یابند.

۱-۵. اهمیت و ضرورت پژوهش

پرسش از چیستی قاعده حقوقی و روش تولید آن یکی از سوالات محوری در فلسفه‌ی حقوق می‌باشد که مکاتب حقوقی مختلف را می‌توان بر اساس تبیینی که از این موضوع ارائه می‌دهند دسته بندی نمود. در عصر حاضر با غلبه‌ی تفکر اثبات گرایی حقوقی تبیین این مکتب از قاعده حقوقی و فرایند تولید آن مورد توجه صاحب نظران و محققان حقوق قرار دارد. همچنین مکتب حقوق طبیعی که از سابقه و قدمت قابل توجهی برخوردار است در این خصوص از نظریه ای قابل اعتنا برخوردار است. شریعت یا نظام حقوق اسلامی به عنوان یکی از نظام‌های بزرگ حقوقی نیز تبیین ویژه ای از قاعده حقوقی و فرایند تولید آن ارائه می‌دهد که البته مستلزم آن است علاوه بر تحلیل فقهی - حقوقی این قواعد، به مسائل فلسفه‌ی حقوقی آن نیز پرداخته شود. همچنین یکی از مسائل اساسی نظام حقوقی ایران در قرن اخیر چگونگی تعامل دو نظام حقوقی مبتنی بر شریعت و حقوق مدرن در این عصر بوده است که هنوز نیز بحث در این موضوع به کفایت انجام نشده است. به نظر می‌رسد عدم توجه قانونگذار به این مهم و بهره گیری از تئوری های تکامل یافته در این حوزه یکی از دلایل آشفتگی قانونگذاری و تدوین قواعد حقوقی در نظام حقوقی ایران است. بی تردید انتظار شکل گیری نظم حقوقی نوین در جمهوری اسلامی، نیازمند توجه بیشتر به مسأله‌ی تحقیق حاضر به طور خاص و مباحث فلسفه‌ی حقوق اسلامی به طور عام می‌باشد. بدون

تردید غفلت از ورود به مباحث بنیادین نظام حقوق اسلامی و عدم تئوری پردازی در دانش حقوق، مواجهه‌ی منفعلانه با سایر نظام‌های حقوقی را در حوزه‌های مختلف نظری، نهادسازی و حتی وام‌گیری غیر منضبط قواعد حقوقی را موجب خواهد شد.

۱-۶. روش پژوهش

این تحقیق از سنخ تحقیقات بنیادی خواهد بود و از روش تحلیل توصیفی و تحلیلی بهره می‌گیرد. البته گردآوری مطالب اعم از روشهای کتابخانه‌ای و مصاحبه‌نخبگانی از اساتید فقه و حقوق است.

۱-۷. پیشینه پژوهش

اگر چه عنوان تحقیق از پیشینه‌ی مستقیم و عنوان مشابهی برخوردار نیست با این وجود بحث از اجزای نظام حقوقی در ایران در نسبت نظام فقهی و نظام مدرن حقوق غربی دارای پیشینه‌ی قابل توجهی می‌باشد. شاید بتوان رساله «یک کلمه» از یوسف خان مستشارالدوله در سال ۱۲۴۷ شمسی را از اولین تلاش‌ها در تبیین مبنای نظری تبدیل شرع به نظام حقوق عرفی دانست.^۵ همچنین در عصر مشروطه تألیفات قابل توجهی در دفاع از مشروطه و در تقابل با استبداد داخلی و وادادگی در برابر نظامات مدرن توسط فقهای امامیه نگاشته شده است که شاید بتوان مهمترین آنها را اثر برجسته‌ی «تنبیه الامه و تنزیه المله» از میرزای نائینی قلمداد کرد. اهمیت این کتاب از این جهت است که ایشان برای اثبات مشروع بودن مشروطیت و دفاع از آن در برابر استبدادپیشگان، درباره مسایل اساسی نظیر حکومت، قانون، نظام استبدادی، مبانی آزادی، مساوات، عدالت و... بر مبنای استدلال‌های فقهی و اصولی به بحث و بررسی پرداخته است. این بحث در آرا و اندیشه‌های فقهای امامیه بعد از مشروطه نیز استمرار می‌یابد به طوری که مواجهه‌ی عمیق نظری با تلاش گسترده در جهت نهادینه کردن اندیشه‌ها و نهادهای حقوقی مدرن را در پی داشت. امام خمینی با طرح نظریه‌ی فقهی تبدیل موضوع و به تبع تغییر حکم در سایه‌ی

۵. طباطبائی، تأملی درباره ایران: نظریه حکومت قانون در ایران، ص ۱۴

روابط پیچیده اجتماعی به تبیین نقش فقه در مدیریت روابط اجتماعی در عصر حاضر می پردازد.^۶ ایشان همچنین با طرح نظریه ولایت مطلقه‌ی فقیه حکومت را شعبه‌ای از ولایت مطلقه‌ی رسول اکرم صلی الله علیه و آله معرفی می کنند که خود از احکام اولیه اسلام بوده و مقدم بر تمام احکام فرعیه می باشد. به عبارت دیگر مبتنی بر این نظر چنانچه مصالح حکومت اسلامی اقتضا داشته باشد حاکم اسلامی می تواند علاوه بر وضع قوانین در حیطه‌ی احکام متغیر و غیر منصوبات، در حوزه احکام اولیه نیز دخالت نموده و در مواردی به صورت موقت اعمال نظر نماید.^۷ اما دیدگاهی که به عنوان یکی از مبانی نظری تحقیق حاضر بشمار می آید نظریه «منطقه الفراغ» شهید آیت الله محمدباقر صدر می باشد که در کتاب «اقتصادنا» طرح شده است. مبتنی بر این نظریه اولاً حیطه‌ای خالی از حکم الزامی شرعی وجود دارد، ثانیاً این خلاء ناشی از اهمال و قصور شارع و قانون گذار نمی باشد، بلکه این امر بیانگر جاودانی و پاسخگویی شریعت اسلامی نسبت به مقتضیات زمان‌ها و مکان‌های مختلف قلمداد می شود و ثالثاً قوانین در این منطقه‌ی خالی از حکم الزامی شرعی مبتنی بر اختیارات ولی امر و بر اساس مصالح و مقتضیات زمان و همچنین در راستای اهداف و مقاصد شریعت وضع می گردد.^۸ ایشان در رساله «لمحه فقهیه تمهیدیه عن مشروع دستور الجمهوریه الاسلامیه فی ایران» نیز به تبیین این نظریه منطقه الفراغ در قانون گذاری اسلامی پرداخته اند. علامه طباطبایی (ره) نیز قوانین و مقررات اسلامی را به دو بخش مقررات ثابت و متغیر تقسیم می نماید و مقررات ثابت را مبتنی بر ابعاد و نیازهای ثابت انسان توجیه می کند و قوانین متغیر را ناظر به بعد متغیر انسان و مقتضیات متغیر زمان و مکان تحلیل می کند. به تعبیر ایشان قوانین متغیر با پیشرفت تدریجی تمدن‌ها و تغییر و تبدل های اجتماعی تغییر می کند و تابعی از مصالح اجتماعی و احکام ثابت دین می باشند؛ ایشان مبنای مشروعیت قوانین متغیر را در ولایت عامه حاکم اسلامی جستجو می نماید.^۹ علامه طباطبایی از منظر فلسفی هم به فرایند ایجاد قضایای اعتباری و ادراکات عملی ورود نموده اند. ایشان در کتاب فلسفه و روش رئالیسم به تبیین نظریه

۶. روح الله موسوی خمینی، صحیفه‌ی نور، ج ۲۱ ص ۹۸.

۷. همان، ج ۲۰ ص ۱۷۰.

۸. محمدباقر صدر، اقتصادنا، ص ۷۲۱-۷۲۶.

۹. محمدحسین طباطبایی، میزان، ج ۴ ص ۱۲۰-۱۲۱.

ادراکات اعتباری به شکلی بی سابقه‌ای در جهان اسلام همت گمارده اند^{۱۰} و در مقاله ششم به تبیین «منطق تولید اعتباریات عملی»^{۱۱} پرداخته است. این نظریه نیز به عنوان ضلع دیگری از مبانی نظری تحقیق حاضر مورد بهره برداری قرار خواهد گرفت. البته برای شناخت کامل نظریه ادراکات اعتباری باید مباحث مرتبط با این نظریه را در سایر آثار ایشان و از جمله رسائل سبعة و همچنین تفسیر وزین المیزان پی گرفت. این بحث در آثار شاگردان علامه مانند شهید مطهری در (در پاورقی‌های مقاله ششم کتاب اصول فلسفه)، آیت الله مصباح یزدی در (فلسفه اخلاق) و آیت الله جعفر سبحانی در (حسن و قبح عقلی یا پایه های اخلاق جاودان) همچنین افرادی مانند عبدالکریم سروش در کتاب دانش و ارزش؛ پژوهشی در ارتباط علم و اخلاق)، مهدی حائری یزدی در (کاوش‌های عقل عملی)، صادق لاریجانی در (استدلال در اعتباریات) محسن جوادی در (کتاب مسأله باید و هست) مورد بحث قرار گرفته است.

در مقام عمل نیز قانونگذاری مبتنی بر شریعت اسلام با قانون اساسی مشروطه در ایران آغاز می شود و نمونه قابل توجه تقنین فقهی را می توان در قانون مدنی ایران در دوران پهلوی اول مشاهده کرد؛ در این دوران نمونه کاملی از التقاط در قانونگذاری قابل مشاهده است به گونه ای که برخی از مجموعه قوانین مادر مانند قانون تجارت و قانون مسئولیت مدنی و ... به صورت ترجمه ای وارد نظام حقوقی ایران می شوند؛ در عصر جمهوری اسلامی با مبنا قرار گرفتن شریعت اسلام در اداره جامعه و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قانونگذاری اسلامی در ایران به رسمیت شناخته شد و ظرفیت های فراوانی در قانون اساسی برای این منظور مورد توجه قرار گرفت؛ اصل چهارم قانون اساسی نمونه اعلی در نظام قانونگذاری ایران می باشد که لزوم مطابقت سایر قوانین را با احکام شرعی و موازین اسلامی مورد تأکید قرار داده است؛ همچنین در قانون اساسی جمهوری اسلامی ضمن شناسایی مجلس شورای اسلامی ایجاد شورای نگهبان قانون اساسی نیز تصریح شده است که از وظایف آن نظارت بر مصوبات

۱۰. عبدالکریم سروش، یادنامه استاد شهید مرتضی مطهری، ۱۳۶۰، ۳۹۷.

۱۱. دانش‌های فقه، حقوق، اخلاق و سیاست در زمره اعتباریات عملی دسته‌بندی می‌شوند.