

تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۶/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۱۱

تأملی بر مفهوم و جایگاه دین، شرع و فقه در قوانین موضوعه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

۶۹

دانشنامه مطالعات
حقوق بشر اسلامی

علمی-مهاجرانی و همکاران
تأملی بر مفهوم و جایگاه دین، شرع و فقه در قوانین موضوعه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

عطاء الله بیگدلی^۱

علی مهاجرانی^{۲*}

محمد حسین اسفندیارپور^۳

۱. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.

۲. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.

چکیده

ارتباط بین دین و حقوق از جمله مباحث مطروحه در فلسفه دین و فلسفه حقوق است. فرض بر آن است که بین حقوق و شرع رابطه متقابلی وجود دارد. اندیشمندان مسلمان در تبیین این ارتباط نظرات گوناگون و بعضاً متضاد داده‌اند. مفروض آن است که عقل توانایی درک بخشی از این روابط را دارد. اما سخن در میزان و معیار ارائه شده است. از نظر طباطبایی و مطهری هم شریعت و هم حقوق هر دو از سنخ اعتبارات هستند و البته ملاک حقانیت اعتبارات را ارجاع به واقعیت مبتنی بر فطرت می‌دانند. بر این اساس راه فهم ثبات یا عدم ثبات احکام ارجاع به نیازهای ثابت یا متغیر است. عقلانیت طباطبایی و مطهری نظر مشهور در حوزه ارتباط حقوق و شرع است. عدم اعتبار ملاک اعلامی موضوع نوشتار حاضر است به طریقی که مشخص خواهد شد نظریه مطروحه هم در مرحله ثبوت و هم در مرحله اثبات و هم در عمل دچار نقصان است و با مشکلات عدیده‌ای مواجه است.

واژگان کلیدی: اعتباریات، حقوق، شرع، ثابت، متغیر.

ارتباط بین دین و حقوق یکی از مباحث بسیار دامنه‌دار در فلسفه دین است. یکی از مباحث مطروحه در فلسفه دین، بحث از رابطه دین با اخلاق، دین با حقوق و دین با علوم تجربی است. در این مقاله به بحث بر سر روابط ممکن بین حقوق و احکام شرعی پرداخته می‌شود و البته قصد بر آن است که به یکی از مسائل این حیطة پرداخته شود. به طور کلی روابط قابل تصور بین شریعت و حقوق، عبارت است از تباین، تساوی، عموم و خصوص من وجه یا مطلق، که در ادامه به توضیح و تشریح آن پرداخته خواهد شد. نخست باید به تعریفی از دین و حقوق دست یافت تا بر اساس آن بتوان به نتیجه گیری منطقی از نوع رابطه فیما بین رسید.

بر اساس نظر مشهور عقل، توانایی درک بخشی روابط حقوقی را دارد و شرع نیز خود بر همین مبنا استوار است. اما در این که چه ملاکی در خصوص شناخت این روابط وجود دارد و این ملاک تا چه حد کارگشا بوده ابهام وجود دارد.

در واقع این مسأله که آیا ملاک اعلامی در خصوص حجیت عقل در درک روابط حقوقی و میزان دخالت شرع در آن توانسته است از عهده رفع ابهامات برآید با نقدهای جدی مواجه شده است به گونه‌ای این سؤال اساسی شکل گرفته است که آیا این نظر مشهور می‌تواند در این مسأله راهگشا باشد یا نه؛ به همین دلیل به نظر می‌رسد باید تجدیدنظری در این بین رخ دهد. به هر ترتیب این نوشتار به این بحث خواهد پرداخت تا ضمن بیان ملاک اعلامی و ارزیابی آن بتوان به درکی بهتر از مسأله نائل آمد. مقاله کنونی خود در پنج مبحث به تحریر درآمده است. در مبحث اول به تعاریف و ازگان اصلی مطروحه پرداخته شده است. در مبحث دوم نگاهی به نظریات در خصوص ارتباط بین شریعت و حقوق پرداخته و در مبحث سوم با دید انتقادی به آن نگریسته شده است. در مبحث چهارم با دیدی تاریخی این ارتباط را تبیین کرده و از نظرات متکلمان اسلامی (معتزله، اشاعره و شیعی) در تبیین آن استفاده شده است و در بین این نظریات، نظر مختار ارائه شده است. در پایان به بررسی و نقد نظر مشهور پرداخته می‌شود.

۱. مبحث اول؛ تعریف مفاهیم کلیدی

منظور از دین در واقع همان است که شامل متن مقدس، روایات و سنت می‌شود. البته این بحث ناظر بر حقوق و به‌طور کلی ادیان ابراهیمی (یهود، مسیحیت و اسلام) است که در این صورت منظر از دین، متن مقدس شامل تورات برای یهود، انجیل برای مسیحیت و قرآن و روایات و سنت برای اسلام است. آنچه که در این مقاله به دنبال آن هستیم بخشی از دین است که در واقع به‌عنوان احکام دین (یا شرع به معنای خاص آن) مطرح است. احکام دین هم می‌تواند شامل امور فردی شود هم امور جمعی. ضمن اینکه این احکام مورد بحث ما به نحوه رابطه بین انسان با انسان و انسان با خدا و انسان با موجودات دیگر و در آخر انسان با خودش می‌شود.

• **شرع:** از میان سه حیطه دین یعنی عقاید و اخلاق و احکام دینی، منظور ما از شرع همان بخش احکام است و شامل اخلاق و حیطه عقاید نمی‌شود. مقصود از دین هم، دین واصل ظاهری است یعنی بیانی از خداوند که امروز در دست ماست و آن عبارت است از قرآن و سنت. (علی اکبریان، ۱۳۷۷: ۲۳ و ۲۳۴)

• **حقوق:** حقوق را می‌توان به عنوان اسم جمع به کار برد که مقصود از آن به معنای مجموعه مقرراتی که در زمان معین بر جامعه‌ای حکومت می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۲؛ جاوید، ۱۳۸۹) در واقع تکالیف وارده بر افراد جامعه است. در این معنا حقوق اولاً از سنخ بایدهاست و ثانیاً بایدهایی از سنخ هنجارهاست که باید به تائید قانون‌گذار برسد. اما حقوق را می‌تواند به معنای مفرد نیز به کار برد. در این هنگام حقوق جمع حق به معنای اختیاراتی (البته نه اختیار تکوینی) است که یک امر جعلی و اعتباری است. (مصباح یزدی، ۱۳۸۷: ۷۲؛ جاوید، ۱۳۸۹؛ راسخ، ۱۳۸۱: ۲۷۶ تا ۲۷۹) در واقع اختیاری است که فرد در انجام امور دارد. بنابراین منظور از حق، امتیاز و نصیب بالقوه‌ای است که برای شخص در نظر گرفته شده است و بر اساس آن او اجازه و اختیار ایجاد چیزی را دارد. (جاوید، ۱۳۹۱)

• **اعتباری:** به‌طور کلی می‌تواند اعتباری بودن را این‌گونه تعریف ساخت؛ در پندار خود حد چیزی را به چیز دیگر می‌دهیم. (طباطبایی، ۱۳۷۲: ۱۵۸) که در صورت پذیرش آن اولاً این قسم مفاهیم در عالم خارج مابه‌ازاء ندارند و ثانیاً موطن آن‌ها ذهن است. البته باید توجه داشت که خود اعتباری بودن یک مفهوم دارای اقسامی است. اعتبارات محضه، قصدیه و ادعاییه، سه قسم از اعتبارات است. (عراقی، ۱۴۱۷: ۸۸)

۲. مبحث دوم؛ نظریات در ارتباط بین شریعت و حقوق

در مورد ارتباط بین شریعت و حقوق اظهارنظرهای گوناگونی شده است که عبارت‌اند از:

۱-۲. **نسبت تباین:** اولین رابطه‌ای که می‌تواند در این زمینه بیان نمود این است که این دو باهم نسبت تباین دارند. در واقع مدعای این افراد این است که قواعد حقوقی دارای خصوصیتی ویژه خود هستند، هم‌چنان که قواعد فقهی و شرعی نیز خصوصیات مختص خود را دارا می‌باشند. برخی از طرفداران این نظریه قائل به عدم صلاحیت شرع برای اداره و انتظام جهان معاصر هستند. (عوده، ۱۴۰۲: ۱۸)^۱

بنابراین در بیان این نحوه از رابطه تباین می‌توان چنین عنوان نمود که چه هیچ گزاره حقوقی، شرعی و هیچ گزاره شرعی، نیز گزاره حقوقی نیست و این دو در هیچ گزاره‌ای جمع نمی‌شوند. به این معنی هیچ گزاره حقوقی، اشتراکی با هیچ گزاره دینی ندارد.

۲-۲. **عموم خصوص من وجه:** دومین نحوه رابطه دین و حقوق را می‌توان به رابطه عموم خصوص من وجه تبیین کرد. بنابراین وجه، برخی از گزاره‌های شرعی و فقهی، حقوقی‌اند و هم‌چنین برخی از گزاره‌های حقوقی، شرعی. از ره‌آورد این نظریه، رابطه بین فقه موجود - که مناسب است آن را فقه خصوصی بنامیم - و علم حقوق، با تمام شعب آن از لحاظ موضوع بحث، عموم و خصوص من وجه است، ماده اجتماع آن‌ها احکام عقود، ایقاعات، احوال شخصیه، مسائل کیفری و ... است و ماده افتراق فقه از حقوق، احکام عبادات و مسائل کیفری است و ماده افتراق حقوق از فقه شعب عدیده حقوقی است که دانشمندان روز، خاصه غربیان پدیدآورنده آن هستند. (گرگی، ۱۳۷۵)

۳-۲. **عموم خصوص مطلق:** سومین تبیین از این ارتباط را می‌تواند به شکل رابطه عموم خصوص مطلق دانست. حال این تبیین خود به دو صورت است. گاهی شخصی می‌گوید که هر گزاره شرعی حقوقی است ولی این‌گونه نیست که هر گزاره حقوقی دینی باشد و گاهی شخص می‌گوید که هر گزاره حقوقی، شرعی است ولی این‌گونه نیست که هر گزاره شرعی، حقوقی باشد. احکام موضوعه بحث در فقه، خصوص احکام خصوصی نیست، بلکه کلیه احکام عمومی نیز اعم از داخلی و خارجی شامل می‌شود در این صورت نسبت میان فقه و حقوق از لحاظ احکام و مقررات مورد بحث عموم و خصوص مطلق است. (گرگی، ۱۳۷۵)

۴-۲. **تساوی:** آخرین نحوه ارتباط را می‌تواند این‌گونه تصویر کرد که حقوق و فقه نسبت تساوی با هم دارند. هیچ‌یک بر دیگری اضافه‌ای ندارد و کاملاً بر هم مطابق هستند.

هر آنچه در فقه، مفهوماً و مصداقاً آمده است، در حقوق نیز به تمام آمده است و برعکس. هر گزاره حقوقی برابر با هر گزاره شرعی است و همین‌طور هر گزاره شرعی، هر گزاره حقوقی است. یعنی هر گزاره حقوقی، گزاره شرعی است و هر گزاره شرعی، گزاره حقوقی است.

۳. مبحث سوم؛ بررسی وجوه اربعه در خصوص شرع و حقوق

در این قسمت، در ابتدا با استدلالی کوتاه داعیه طرفداران گروه اول و دوم و چهارم را مورد نقد قرار داده و سپس به بازشناسی و تشریح نوع سوم از اقسام ارتباط بین حقوق و شریعت، که در بخش پیشین بدان اشاره شد، می‌پردازیم.

۱-۳. نظر اول نسبت تباین

در خصوص این فرض که «هیچ گزاره حقوقی، گزاره‌ای شرعی نیست»، با ارائه یک مثال می‌توان نشان داد برخی گزاره‌های درعین‌حال که حقوقی است، شرعی هم است. مثال‌ها در این زمینه بسیار است و رجوع به کتب دینی و حقوقی این امر را نشان می‌دهد. به‌عنوان مثال قانون مدنی در ماده ۳۳۸ بیان می‌دارد:

بیع عبارت است از تملک عین به عوض معلوم.

این گزاره درعین‌حال که حقوقی است، شرعی هم هست. یعنی هم شرع (نظر مشهور) آن را بیان داشته است و هم قانون‌گذار آن را به رسمیت شناخته است. اما در خصوص دیدگاه اول از نظر اول، این امر می‌تواند معقول باشد. یعنی کسی بیان دارد که هر گزاره شرعی دارای خواص ویژگی‌هایی است و هر گزاره حقوق هم دارای ویژگی‌های خود است و اگر این دو در یک گزاره تلاقی داشتند، باز هم این دو ویژگی‌های خود را حفظ می‌کنند و یکی به دیگری استحاله پیدا نمی‌کند. علت این امر هم آن است که قائل این سخن می‌تواند ادعا کند که اگر در جایی هم گزاره‌های شرعی و فقهی با گزاره‌های حقوقی یکی درآمد، این تلاقی بر هم زننده خواص ویژگی‌های هر کدام نیست. اینک:

بیع عبارت است از تملک عین به عوض معلوم؛

از جهتی حقوقی است و از جهتی هم شرعی است و درعین‌حال در یک مصداق جمع شده‌اند.

۲-۳. نظر دوم: نسبت تساوی

برای نقد این استدلال که هر گزاره حقوقی نسبت تساوی با گزاره‌های فقهی و شرعی دارند، می‌تواند برخی گزاره‌ها را نام برد که حقوقی هستند ولی شرعی نیستند و یا آن‌که گزاره‌هایی هستند که شرعی هستند ولی حقوقی نیستند. در این زمینه می‌تواند از شرع این مثال‌ها را آورد که در احکام دینی مثلاً ما با مباحثی چون احکام فردی روبه‌رو هستیم، همان‌هایی که در واقع در حقوق مطرح نمی‌شوند. هم‌چون نماز، روزه، وضو، خمس و زکات. اینجا باید اذعان نمود که حقوق دارای جوهر و ماهیتی است. این ادعا که هر گزاره حقوقی هر گزاره دینی است اگرچه در فرهنگ ما مطرح نشده است ولی در فرهنگ مسیحیت طرفدارانی داشته است.^۲

۳-۳. نظر چهارم عموم خصوص مطلق

اینکه حقوق عام و شرع خاص باشد به نظر می‌آید که قابل دفاع نیست. چراکه حقوق به امور فردی هم‌چون روزه و نماز نمی‌پردازد. اما ای بسا کسی قائل شود که شرع اعم از حقوق است و حقوق خاص از شرع است. به هر ترتیب آنچه که می‌تواند در این مقاله به عنوان مدعا پذیرفته شود هر سه از این نظریات (یعنی دیدگاه اول از نظر اول، نظر سوم و دیدگاه دوم از نظر چهارم) است.

۴. مبحث چهارم؛ بررسی سابقه تاریخی ارتباط شرع و حقوق

قائلان به حقوق دینی همیشه در پی اثبات این امر بوده‌اند که دین حداقل باید در یکی از ساحات حقوق ولو ناچیز دخالت داشته باشد. این در حالی است که سکولارها نظر دیگری دارند و قائل‌اند که حضور دین در ساحات اخلاق یا حقوق بی‌تأثیر است و حتی برخی قائل شده‌اند که دین در این زمینه خلاف اخلاق و حقوق است. البته بوده‌اند کسانی که گاهی به طرد دین پرداخته‌اند ولی لااقل دین را موجب آرامش بیشتر در جامعه دانسته‌اند.^۳ انسان سکولار کسی است که دین را هیچ‌کدام از ساحات مفروضه دخالت ندهد و دین را مورد نیاز در هیچ‌کدام از این مراتب نداند.

۱-۴. دخالت محمولی

نوع اول ارتباطی که می‌تواند دخالت دین در گزاره‌های حقوقی جای دهد، دخالت دین در معنای محمولات حقوقی است. به فرض مثلاً دزدی جرم است یعنی سرقت متعلق امر خداوند (یا شارع) قرار گرفته است. بر این اساس تمام محمولات حقوقی مطلقاً نیاز

به دین دارند. جرم یعنی آنچه متعلق اراده، نهی خداوند قرار گرفته است. این رأی همان است که به حسن و قبح الهی در برابر حسن و قبح ذاتی ارائه شده است. به نظر می‌آید که این رأی نتواند قابل دفاع باشد، ضمن آن‌که در طول تاریخ هم‌چنین افرادی معدود بوده‌اند.^۴

۲-۴. دخالت به جهت اراده باری تعالی

دومین سنخ از دخالت شرع در حقوق را می‌تواند از این سنخ دانست که آنچه سبب شده است سرقت جرم محسوب شود، نهی و اراده باری تعالی بوده است. به این صورت که اراده یا نهی خداوند علتی شده است که جرم را به سرقت نسبت داد. در عالم واقع نه سرقت نه جرم است و نه مباح و بلکه امر خداوند به شیئی او را از حالت خنثی به حالت اتصاف به جرم آورده است. در مسأله قبل گفته‌ایم معنای جرم چیست و اینجا می‌گوییم که چه امری موجب (به تعبیر بهتر علت شده) می‌شود که سرقت جرم شود.

این نظریه که ید طویلی هم در اسلام دارد و هم در غرب دارد به نظریه حسن و قبح شرعی معروف است و منتسب به اشعریون است. اشاعره معتقدند حسن و قبح ناشی از شرع هستند، پس هر آنچه شرع به آن امر کند حسن است و هر آنچه شرع از آن نهی کند، قبیح است و اگر شرع نبود، آن شیء حسن یا قبیح نبود.^۵ (حلی، ۱۳۹۹: ۳۲۷) در مقابل این گروه دو مکتب قرار داشتند که قائل به حسن و قبح ذاتی بودند. معتزله و شیعه، هر دو در برابر اشعریان قرار دارند. حسن و قبح ذاتی یعنی اینکه فارغ از حکم شارع و اراده و نهی او، خوبی به مفاهیم نسبت داده می‌شود و این‌گونه نیست که امر خداوند علت قرار گیرد. لذا از منظر یک اشعری به محض تعلق نهی خدا به امری آن امر از نظر حقوقی متصف به جرم یا دیگر مفاهیم حقوقی می‌شود. در خصوص این نظریه اشکالات عمده‌ای هم از جانب متکلمان و هم از جانب فیلسوفان اسلامی وارد شده است.^۶

۳-۴. نوع سوم در حیطة مصادیق

در مقام قبل ما از عالم ثبوت صحبت می‌کردیم، حال در این جا، سخن در عالم اثبات است. در این حیطة شخص پذیرفته است که فارغ از امر و نهی خداوند خوبی و بدی و جرمی وجود دارد. در این حیطة بحث بر این است که عامل شناخت این جرایم چیست؟ آیا انسان می‌تواند جرایم را بشناسد و یا اینکه این قدرت در وجود انسان نیست و انسان نیاز دارد که از طریقی دیگر آن را به دست آورد. ما در این حیطة به دنبال تعیین مصادیق جرایم هستیم. به دنبال تعیین و تشخیص محمولات حقوقی در موضوعات حقوقی هستیم.

این بحث در تاریخ فرهنگ اسلامی نزاعی عظیم را بین اخباریان و اصولیان به وجود آورده است. اگر از فردی اخباری پرسیده شود که آیا انسان می‌تواند فارغ از خالق و کتاب مقدس و روایات مصادیق مفاهیم حقوقی را تشخیص دهد، خواهید دید که در پاسخ می‌گوید که انسان چنین قدرتی ندارد، بلکه باید با رجوع به متون مقدس این موارد را مشخص کرد. اخباری مسلکان چنین اعتقادی دارند. آن‌ها اگرچه حسن و قبح ذاتی و حسن و قبح عقلی را می‌پذیرند ولی در این مرحله قائل‌اند که بشر توان تشخیص آن‌ها را ندارد. اگر حدیثی را دیدیم هر چه هم عقل ما داد بکشد که این درست نیست، ما باید بگوییم عقل! تو حق نداری دخالت بکنی. (مطهری، ۱۳۶۵: ۹۱)

این در حالی است که قائلان به نظریه حسن و قبح عقلی و آن‌هایی که قائل‌اند که عقل توان درک و تشخیص را دارد، خود به نحله‌های مختلفی تقسیم می‌شوند. برخی می‌گویند که عقل توان تشخیص تمام مصادیق حقوقی و اخلاقی را دارد (معتزلیان) و برخی نیز قائل‌اند که عقل در کلیات یا اصول حقوقی و اخلاقی می‌تواند نظر دهد ولی در فروع و جزئیات نمی‌تواند.

اصل سخن ما در قائلان به نظریه دوم است. مرحوم علامه طباطبایی و شهید مطهری هر دو از جمله متفکران بزرگ فرهنگ شیعی ما هستند که این ادعا را قبول داشتند که انسان توان تشخیص در عالم اثبات را دارد؛ البته در حیطه کلیات و اصول حقوقی و اخلاقی و نه در فرعیات و جزئیات. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
آیت‌الله سبحانی هم‌چون دیگر از متکلمان شیعی در این حیطه سخنانی دارد. از نظر ایشان؛

«نزاع بین طرفداران حسن و قبح عقلی و مخالفان آن دو، در واقع نزاع بین ایجاب جزئی و سلب کلی است^۷، چراکه طرفداران حسن و قبح، پذیرفته‌اند که عقل به نحو موجه جزئی قابلیت فهم خوبی فعل و قبح آن را دارد، همان‌طور که مخالفین این امر را به نحو سالبه کلیه قبول کردند.»^۸ (سبحانی، رساله‌ی فی التحسین والتقیح، بخش اول با عنوان رساله‌ی فی التحسین والتقیح العقلین، فصل چهارم)

به این ترتیب کسی که این دیدگاه را بپذیرد باید ملتزم به اموری شود، لذا ایشان در ادامه دو لازمه پذیرش این امر را بیان می‌فرمایند:

«لازمه اول: این برداشت صحیح است که عقل ناتوان از دریافت خوبی و بدی برخی افعال است، اگرچه افعال در حقیقت، از هیچ‌یک از دو صفت خارج نباشد و این نشانه ناتوانی عقل از دریافت کامل خوبی‌ها و بدی‌های عقلی است.»

لازمه دوم: ممکن است برخی افعال در حقیقت فاقد هر دو وصف باشند، یعنی افعالی نه خوب باشد و نه بد که در این حالت این دو صفت نسبت به فعل یکسان است.^۹ (سبحانی، رساله‌ی فی التحسین والتقییح، بخش اول با عنوان رساله‌ی فی التحسین والتقییح العقلین، فصل چهارم)

در ادامه ایشان به ذکر دو نکته دیگر می‌پردازند و با اشاره به اینکه این معنا از کلام طرفداران و مخالفین به دست می‌آید با ارائه دو ویژگی و نسبت دادن آن به طرفداران حسن و قبح عقلی مخالفت می‌پردازند:

«الف) توان عقل برای فهم حسن و قبح تمام افعال.

ب) هر فعلی که از فاعل مختار سر می‌زند خارج از این دو صفت نیست (یا عنوان حسن دارد یا عنوان قبیح).»^{۱۰} (سبحانی، رساله‌ی فی التحسین والتقییح، بخش اول با عنوان رساله‌ی فی التحسین والتقییح العقلین، فصل چهارم)

۵. مبحث پنجم نقد نظر مشهور

قبل از اینکه به بیان نقد نظر مشهور پرداخته شود ابتدا باید این امر روشن شود که حقوق در نظر طباطبایی و مطهری به معنای طبیعی خود است یا به معنای اعتباری است. برای پاسخ به این سؤال نخست باید این نکته بیان شود گزاره فطری به چه معناست؟ ما به چه گزاره‌ای فطری می‌گوییم؟ گاهی که از فطری سخن به میان می‌آوریم در واقع معنایی را که از آن به ذهن گذاریم یعنی نحوه خلق شدن یا خلق کردن. (جاوید، ۱۳۸۸: ۱۰۷) وقتی می‌گوییم گزاره خداوند وجود دارد فطری است یعنی این امر مطابق با وجود انسان است یعنی انسان‌ها این گزاره را همیشه درک می‌کنند. فطریات مربوط می‌شود به مسائلی که ما آن‌ها را مسائل انسانی می‌نامیم، مسائل ماورای حیوانی. (مطهری، ۱۳۷۱: ۳۴)

گاهی فطری بودن به معنای ناظر بر فطرت است. ممکن است گزاره‌ای درعین حال که ماهیت غیرفطری دارد ناظر بر فطرت باشد. وقتی می‌گوییم که احکام اعتباری است ولی ناظر بر فطرت است، این به معنای این است که ناظر بر فطرت است، اگرچه خود اعتباری باشد.

برخی نیز معتقدند احکام شرعی را چون دارای منشأ مشترکی با قوانین طبیعی اولیه انسانی هستند می‌تواند آن‌ها را نوعی قانون طبیعی نامید. (جاوید، ۱۳۸۸: ۱۰۷)

از بین این معانی آنچه که به نظر می‌آید آن است که بر اساس عقلانیت طباطبایی و مطهری شریعت و حقوق هر دو از سنخ اعتبارات است. ادراکات اعتباری فرض‌هایی

است که ذهن به منظور رفع احتیاجات حیاتی، آن‌ها را ساخته و جنبه وضعی و قراردادی و فرضی و اعتباری دارد و با واقع و نفس الامر سروکار ندارد. (طباطبایی، جلد ۲: ۱۳۹) یعنی ماهیت این قضایا اعتباری است. البته معتقدند که این قضایا مبتنی بر فطرت هستند. ضمن آنکه دو اندیشمند معتقدند که قضایا حقوقی و شرعی بر دو قسم است. برخی ناظر نیاز دائمی و به تبع همیشگی هستند و برخی نیز ناظر بر نیاز موقتی و به تبع نیز موقتی هستند. در ادامه به نقد این نظریه پرداخته می‌شود. این نقدها شامل برخی موارد می‌شود.

۵-۱. نقد اول؛ وجود ابهام در مفاهیم نسبی و به تبع آن دشواری اتخاذ موضع

با استفاده از مفاهیمی کلی هم‌چون اصول و فروع از طرفی و کلیات و جزئیات از طرفی دیگر هیچ‌کس نمی‌تواند از این نحوه از بیان، دقیقاً مشخص کند که کدام حیطه مربوط به عقل محض است و عقل می‌تواند تشخیص دهد که ثابت بماند و کدام حیطه مربوط به دین محض و فارغ از انتخاب عقل است.

اصول و فروع یا کلیات و جزئیات همگی مفاهیمی نسبی هستند، خصوصیت مفاهیم نسبی آن است که این مفاهیم را نمی‌شود به‌طور دقیق چارچوب‌بندی کرد. این به این معنی است که اموری را می‌تواند نسبت به مرحله بالاتر خود جزئی و فرع انگاشت و همان امور را نسبت به مرحله پایین خود کلی و اصل نامید.

به‌راستی این مفاهیم به‌قدری کلی است که راه‌گریز از نقد ناقدان را همیشه باز می‌گذارد. تقریباً هر امر را می‌تواند با فروع و جزئی خوانده به‌شرع نسبت داد و تقریباً هر امری را می‌تواند با اصول و فروع خواندن به عقل نسبت داد و راه را بر نقد بست.^{۱۱}

البته ممکن است کسی این ادعا را مطرح کند که منظور از درک کلیات توسط عقل در واقع آن مرحله اولی از آن امر است. برای مثال عدالت را رعایت کنید، اصلی است که کلی‌تر از آن نمی‌توان یافت. آن‌ها می‌گویند که منظور ما همین است، عقل مدرک کلیات قوانین است، یعنی فقط آن اصولی را درک می‌کند که نتوانند به اصلی دیگر رجوع کند.

بدیهی است که این امر با مشکل مواجه می‌شود؛ به‌این‌علت که این سخن در بین متفکران ما قائلی ندارد و کسانی که دم از حجیت عقل می‌زنند در واقع محدوده عقل را به این تنگی نمی‌گیرند چراکه عالمان و اندیشمندان مسلمان که به نظر مشهور واقف هستند وقتی از حجیت عقل سخن می‌گویند تشخیص آن را به امور فراوان نسبت می‌دهند و به یک یا دو اصل تکیه نمی‌کنند. پس این اشکال وارد نیست. ببینیم که بالاخره این بحث در تبیین این متفکران چگونه توجیه می‌شود. برای توضیح این اشکالات به ارائه مثال می‌پردازیم. اجاره‌ی یکی از مباحث مطروحه در حقوق است. اجاره در ذیل عنوان

کلی تر عقود بحث می‌شود. زیر مجموعه اجاره بحثی تحت عنوان اجاره اشخاص داریم. حال یک سؤال؛

عقد اجاره نسبت به اجاره اشخاص کلی یا اصل است. یعنی اجاره اشخاص فرع بر اجاره است. اما همین اجاره نسبت به مفهوم عقود فرع یا جزء است. حال آیا این اجاره را کلی و اصل بدانیم یا جزء و فرع؟

۵-۲. نقد دوم: متغیر بودن ذات حقوق و ثبات ذات احکام

از جمله دیگر اشکالات وارده آن است که حقوق بنا بر ذاتی که دارد، بنا بر عرف و آداب و رسوم مختلف، متغیر است و حتی این امر را به راحتی می‌تواند از قوانین مختلف کشورها دریافت. این در حالی است که احکام شرعی، ثابت هستند و به جز در مواردی خاص تغییر نمی‌کنند. برخی اشکال کرده‌اند:

رابطه انسان با طبیعت و رابطه انسان با انسان، به شدت در حال تغییر است و اگر قوانین بخواهد در بین مردم حاکم باشد، یا باید متغیر بوده و یا حداقل قابلیت انعطاف و تطابق با محیط و زمان داشته باشد.^{۱۲} (مطهری، ۱۳۶۵: ۲۹)

در عین اینکه همه ساحات و ابعاد وجودی دست‌خوش دگرگونی است ولی دین برای انسان یک سری احکام غیر دگرگون برای انسان وضع کرده است. چطور ممکن است؟ آیا قوانین و مقررات و هم‌چنین اصول اخلاقی و اصول تربیتی لزوماً و ضرورتاً در طول تاریخ بشریت تغییر می‌کند و باید هم تغییر بکند و بنابراین هیچ قانونی و هیچ اصل اخلاقی و اصل تربیتی ثابت و جاوید نیست؟^{۱۳} (مطهری، ۱۳۶۵: ۱۵۷)

- مستشکل بیان می‌دارد؛ آنچه که به نظر می‌آید این است که هویت و روان انسان پیوسته در حال دگرگونی است. این مثل این است که بگویند مسیر رودخانه مرتب در حال تغییر است خوب اشکالی ندارد این آب رودخانه است که حجم ثابتی دارد ... و روح انسانی چنین است جسم ظرف است نه تنها روان انسان بلکه اعتبارات او نیز پیوسته متغیر است. ولی این در حالی است که دین بنای خودش را بر ثابتات گذاشته است و از آن عدول نمی‌کند. شرع چه در حیطة اخلاق و چه در حیطة فقه و احکام ثابت‌گرا است. گرایش فقهاء به نحوی است که تمایلی به تغییر احکام ندارند و آن را در طول زمان ثابت می‌دانند. این در حالی است که ذات حقوق بر تغییر و عدم ثبات است.

پاسخ علامه و شهید

همواره باید تفاوت گذاشت بین دو نوع از احکام (چه اخلاقی و چه حقوقی) چرا که

برخی ثابت‌اند و برخی متغیر، یعنی هم احکام حقوقی و هم احکام اخلاقی ثابت و متغیر دارند؛ یک سلسله مقررات زندگی بشر جاوید است و باید جاوید بماند. (مطهری، ۱۳۶۵: ۱۵۷)

سؤال: کدام یک از احکام دین ثابت و کدام یک از این احکام متغیراند؟ چه ملاکی برای متغیر یا ثابت بودن این احکام در نظر گرفته‌اید؟

«نیازهای بشر دو گونه است: ثابت و متغیر. در سیستم قانون‌گذاری اسلام برای نیازهای ثابت، قانون ثابت وضع شده و برای نیازهای متغیر، قانون متغیر، ولی قانون متغیر، قانونی است که [اسلام] آن را به یک قانون ثابت وابسته کرده و آن قانون ثابت را به منزله روح این قانون متغیر قرار داده که خود آن قانون ثابت این قانون متغیر را تغییر می‌دهد نه ما، تا بشود نسخ، در واقع خود اسلام است که آن را عوض می‌کند.» (مطهری، ۱۳۶۵: ۵۳) حقوق اسلامی برای جنبه‌های ثابت انسان، قوانین ثابت آورده است که وفادار به قوانین طبیعی است، برای آن چیزهایی که مربوط به انسان نیست و ناظر به سبک و سیاق زیست اجتماعی او است فروع متغیری دارد که در چارچوب قوانین موضوعه هر عصر تعریف می‌گردد. (جاوید، ۱۳۸۸: ۱۲۱)

به عبارت ساده‌تری نتیجه این حرف این است که احکام ثابت ناظر به بعد ثابت انسان و احکام متغیر ناظر به بعد متغیر انسان است. یعنی ما احکامی داریم که همیشگی است و این احکام همیشگی، احکامی‌اند که برخاسته از نیازهای ثابت هستند (و به تعبیری اعتبارات ثابت‌اند) و از طرفی احکامی موقتی و ناجاوید داریم که ناظر بر نیازهای متغیر هستند.

برای وارد ساختن نقد ابتدا به یک بازخوانی می‌پردازیم؛ فطریات که در واقع ناظر به بعد ثابت انسان هستند، در ارتباط با واقعیات خود را تکامل می‌دهند و خود را می‌سازند، در واقع نوعی ارتباط است بین ابعاد ثابت انسان واقعیت. وقتی می‌گوییم که این شیء مال من است، یعنی نوعی ارتباط بین این دو برقرار کردیم و آن ارتباط ملکیت است یا مثلاً تعهد است و یا مثلاً می‌تواند احوال شخصیه باشد و یا حتی از سنخ مسائل جرمی باشد. نکته مهمی که مرحوم علامه و شهید هر دو به آن بارها توجه داشته‌اند این است که در حیطة حقوق از آن جا که این علم، علمی اعتباری است، ناظر به واقعیات این جهان است. حتی تصریح به این امر داشته که آنچه در حیطة حقوق به امر فطری نام‌گذاری کرده‌اند، خود این فطریات هم این جهانی است. ممکن است در عالمی دیگر ما مفاهیمی را چون مالکیت یا اختصاص را اصلاً نداشته باشیم.^{۱۴} این نظریه را می‌تواند از دو جنبه نقد کرد.

یکی اینکه امکان طرح گزاره مختلف و در عین حال فطری وجود دارد دوم اینکه ملاک اعلامی برای تشخیص ثابت از متغیر ملاک قابلی نیست که در ادامه خواهد آمد.

۵-۲-۱. اشکال اول؛ کلی بودن فطریات و امکان طرح گزاره‌های مختلف و در عین حال ناظر بر فطرت

امور فطری اموری کلی هستند و ناظر بودن امری بر فطرت می‌تواند صور مختلفی داشته باشد و اینکه در عین حال که متفاوت‌اند، فطری هم نامیده شود. دایره امر فطری آن قدر وسیع است که مفاهیم متفاوت و مختلفی می‌تواند در آن حیطه قرار گیرد. مسائل ریز فطریات و جزئیات آن امر فطری بسیار زیاد است؛ مثلاً شاخه‌های عقود و ملکیت را می‌تواند گزاره‌های بی‌شماری تبیین کرد. این امر اجتناب‌ناپذیر است و مثال‌های فراوانی در تمام رشته‌های حقوق وجود دارد. هیچ‌کس نمی‌تواند این امر را نادیده بگیرد که دخالت دولت در اجاره اشخاص (همان‌که اکنون حقوق کار نامیده می‌شود) دخالتی عظیم در حیطه تعهدات و آزادی اراده افراد بوده است و در عین حال که تخصیصی عظیم بر این امر فطری بوده است، بار هم عادلانه تلقی می‌شود.

۵-۲-۲. اشکال دوم؛ ملاک تشخیص تغییر و ثبات یک گزاره شرعی

این اشکال از طرح این سؤال آغاز می‌شود که از کجا می‌دانید یک نیاز ثابت بوده و از کجا درمی‌یابید که یک نیاز متغیر بوده است؟ در ملاک و معیار شما برای تمیز این دو از هم چیست؟

به نظر می‌آید که پاسخ این باشد که این امر بر بنیان فطرت و طبیعت است که با استقرا هم قابل اثبات است. به این ترتیب باید این امر را در طول تاریخ تبیین کرد. فرض کنید گزاره‌ای داشته باشیم به این عنوان که:

نیازهای متغیر در گذار روزگار، نیازهای متغیر و نیازهای لایتغیر در گذار روزگار، نیازهای متغیرند.

برای تحقیق در صدق این گزاره باید به ملاک صدق تجربی رجوع کرد. یک گزاره زمانی تجربی است و زمانی وارد حیطه تجربه می‌شود که دارای ویژگی‌های خاصی باشد. از جمله ویژگی‌هایی که برای صدق یک گزاره تجربی بیان شده است قابلیت تحقیق‌پذیری آن است. در خصوص تحقیق‌پذیری یک گزاره می‌تواند چند روش را بیان کرد.

۵-۲-۲-۱. روش اول؛ ملاک صدق گزاره تجربی، قابلیت اثبات‌پذیری^{۱۵}

از نظر اثبات‌گرایی این گزاره نمی‌تواند گزاره‌ای تجربی باشد، چراکه دارای اشکالاتی

است. این اشکال به این ترتیب است که اگر در مشاهده تجربی خود دیدیم که نیاز X انسان در دوره X متغیر بوده است، می‌تواند ادعا کرد که بله نیاز X متغیر بوده و به تبع آن قانون X هم متغیر بوده است. اما در مورد نیازهای ثابت چگونه؟

ما می‌توانیم بگوییم که تا سال ۱۳۹۱ افراد حق ارتفاق را که خود برخاسته از مالکیت است به رسمیت شناخته و در واقع این برخاسته از نیازی است؛ ولی اینکه این امر را به آینده هم تسری بدهیم و بیان داریم که همیشه این‌گونه خواهد بود، به نظر می‌آید که قابل دفاع نباشد. اما چرا؟

راسل^{۱۶} به عنوان یک پوزیتیویست سؤالی را مطرح می‌کند که آیا هر تعدادی از موارد صدق قاعده‌ای در گذشته به هر کثرت و بی‌شماری دلیل بر صدق در آینده است؟ (راسل، ۱۳۶۷: ۸۵)^{۱۷}

علت آن اشکال این است که ما داریم استقراء می‌کنیم. مسأله و معضل استقراء به نظر می‌آید که وارد باشد. از دیدن و مشاهده مثال‌های تاریخی؛ هرچند که به دو شرط خود یعنی تکرر و تنوع برسد نمی‌توان حکم و قانونی کلی را بیان داشت نمی‌توان این نتیجه‌گیری را کرد که پس در آینده هم این‌گونه خواهد بود.

۵-۲-۲. روش دوم؛ ملاک صدق گزاره تجربی، قابلیت ابطال‌پذیری^{۱۸}

از دید یک ابطال‌گرا مثلاً از دید پاپر^{۱۹} که خود مبتکر این نحله است این گزاره، تجربی نیست. از نظر پاپر یک نظریه تنها در آن هنگام باطل شده است که ما گزاره‌های شالوده‌ای متناقض با آن را قبول کنیم. (پاپر، ۱۳۷۰: ۸۹) پس از آنکه یک فرضیه پیشنهاد و آزموده شد و خمیره خود را آشکار ساخت، نباید اجازه داد که بدون وجود دلیل خوب کنار گذاشته بشود. (پاپر، ۱۳۷۰: ۵۸) بر اساس تبیین ابطال‌گرایی یک گزاره وقتی قابلیت ابطال دارد که بتواند با تجربه در گیر شود. گزاره تجربی گزاره‌ای است که بتواند با تجربه به مبارزه در افتد و بتواند رد یا تأیید شود، بنابراین نکته که در خصوص گزاره مطرحه وجود دارد این است که هرگز مثال نقض ندارد و نمی‌تواند در گیرودار گذشت زمان برای ما امری را مکشوف کند.

اما چرا؟

اگر در گذر زمان نیازی تغییر کند، قائل به این گزاره می‌تواند از خود دفاع کند که بله این نیاز متغیر است و اگر مورد دیگری رخ دهد و در شرایطی دیگر نیاز تغییر نکند، قائل به این گزاره (نیازهای لایتغیر در گذار روزگار، نیازهای ثابت و نیازهای متغیر در گذار روزگار، نیازهای متغیر است)، می‌تواند از خود دفاع نماید که بله این گزاره ثابت است.

در هر صورت هر اتفاقی که بیفتد شخص می‌تواند از ابطال گزاره خود را برهاند. نتیجه اینکه نمی‌توان این گزاره را (نیازهای متغیر در گذار روزگار، آن نیازهای ثابت و نیازهای ثابت در گذار روزگار، نیازهای متغیر است)، گزاره‌ای تجربی دانست و اگر بخواهد گزاره‌ای تجربی و مورد استفاده قرار گیرد باید صورت اصلاحی به خود گیرد^{۲۱}. ضمن آنکه باید توجه داشت که امور فطری ارتباط وثیقی با جهان خارج دارند چراکه حقوق ثابت بر خاسته از نیازهای ثابت هستند. اینکه در آینده چه اتفاقی در عالم واقع رخ خواهد داد، آیا جهان این‌گونه که هست خواهد بود یا نه، آیا حتمیت در کار است یا نه خود محل بحث است. توضیح آنکه دیوید هیوم قضایا را به دو سنخ تقسیم کرد. از نظر او یک سنخ قضایا، قضایای هستند که از تفصیل محمولشان موضوع به دست می‌آید و سنخ دیگر قضایا، قضایایی هستند که ناظر به واقع‌اند^{۲۲}، یعنی در باب عالم واقع سخن می‌گویند و تجربی‌اند^{۲۳}. به نظر دیوید هیوم قضایای دسته اول ضروری‌اند و قضایای دسته دوم امکانی‌اند. (ملکیان، ۱۳۷۷: ۶۴)

به این ترتیب دیوید هیوم می‌خواهد بیان دارد که سخن در باب قضایای دسته اول می‌تواند از طرفی هم مشمول حتمیت و ضرورت شود و از طرفی مشمول صدق و کذب ولی قضایای دسته دوم فقط می‌تواند مشمول صدق و کذب شود. یعنی او نتیجه می‌گیرد که هر چیزی در عالم واقع امکان رخ دادن دارد و او قطعیت در عالم تجربه را رد می‌کند. به این ترتیب ارتباط بین گرایش‌های فطری ما (بنا بر رأی مطهری و طباطبایی) و عالم واقع می‌تواند دچار دگرگونی شود. به همین دلیل نیز مفاهیم حقوقی نیز دچار تغییر و تحول خواهد شد.

۳-۵. نقد سوم؛ عدم التزام به نتایج در عمل

یکی از عوامل مهم مطرح شدن این بحث در واقع برای پاسخ‌گویی به نیازهای انسان بود که در گذر زمان ایجاد شد. در واقع در پاسخ به این سؤال بود که اسلام چه برنامه‌ای برای بشر در گذر تاریخ دارد، همین بشری که گوشت و پوست و استخوان دارد؟ یک حقوق‌دان سکولار می‌تواند این ادعا را داشته باشد که ذات حقوق بر مبنای تغییر است و با عوض شدن هر اوضاع و احوال به تبع آن حقوق هم تغییر می‌کند. یعنی تمام حقوق را سیال بداند و آن را در گذر زمان نا ثابت بیانگارد. اما پاسخی که مطهری و طباطبایی می‌دادند این بود که احکام اسلامی (و به تبع آن حقوق اسلامی) به دو دسته تقسیم می‌شود. دسته‌ای از این حقوق ثابت و لایتغیر است و دسته‌ای متغیر و نا ثابت است. به هر ترتیب این سخن ملزوماتی به همراه خود دارد.

فارغ از اینکه این سخن در واقع پاسخی بود به اشکال کمونیست‌ها که اسلام را متحجر می‌خواندند، اما به هر حال کسی می‌تواند این ادعا را داشته باشد که احکام اسلام همگی و بلااستثناء جاویدان است و تغییر در آن راهی ندارد و علت این امر را باری تعالی می‌داند و با گفتن این سخن خودش را نتایجی که به دنبال دارد برهاند. اما اگر کسی این ادعا را کرد که اسلام دو نوع احکام دارد که برخی ثابت و برخی متغیر است و بنا بر دگرگونی اوضاع، آن احکام نیز متغیر می‌شود و باید کنار گذاشته شوند، در این صورت باید ملتزم به سخن خود باشد. التزام به سخن یعنی اینکه نتایجی را که در پی دارد بپذیرد. این امر به این معناست که اگر کسی در مقام نظر یا علی‌الاصول امری را پذیرفت، به تبع باید در مقام عمل به آن نظر پایبند باشد.

یعنی اگر احوالات و اوضاع دگرگون شد، باید این را بپذیرد که برخی احکام نیز باید تغییر کند. اما این در حالی است که با وجود اینکه جنبه‌های دگرگونی و تغییر اوضاع و احوال در زمان ما بسیار زیاد است، اما قائلان به تفکیک میان احکام ثابت و متغیر در مقام عمل چنین امری را نشان را نداده‌اند.

بنا بر نظر طباطبایی و مطهری احکامی که متغیر هستند مشمول شریعت به معنای گفته شده می‌شود. یعنی تغییر احکام صرفاً به احکام فقهی که ناظر بر شریعت هستند بسنده نمی‌کنند و شامل احکام مطروحه در متن مقدس و سنت (به تعبیر اصولی شامل نص مقدس و احادیث) نیز می‌شود. *گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی*

در واقع ما حتی در احکام بسیار خرد و جزئی خود هم قائل به دگرگونی نیستیم. عنوان مثال از جمله مواردی که در خصوص ارث مبتلابه ماست بحث اختلاف ارث بین فرزند پسر و دختر است. به این نکته توجه داشته باشید که ممکن است کسی خود را اشعری یا اخباری بداند و بگوید هر آنچه امر خدا باشد، حقوق است و ما چیزی به نام حقوق به عنوانی مستقل نداریم و یا اگر داشته باشیم، نمی‌توانیم از آن اطلاع داشته باشیم و در حیطه تشخیص آن نقص داریم و با گفتن این حرف خود را خلاص سازد. هم‌چنین اگر کسی بگوید که احکام اسلام جاویدان است و هیچ ملاکی برای تغییر آن نیست (مگر برخی موارد نادر در شرایط استثنائی، مثلاً در شرایط اضطرار یا در مورد احکام ثانویه)، در این حالت دیگر توقعی نیست که مطابق ملاک اعلامی، احکام تغییر یابد و سخن او از این امر رها است.

ولی اگر قائل به ذات (مقصود از ذات هم می‌تواند به معنای طبیعی آن باشد و هم می‌تواند به معنای اعتباری باشد. به هر حال هم بر مبنای حقوق طبیعی و هم بر مبنای

حقوق اعتباری می‌تواند این امر را بیان داشت چراکه هر اعتباری را حقوقی نمی‌دانیم، برخی اعتبارات است که جنبه حقوقی پیدا می‌کنند و آن زمانی است که دارای ویژگی‌های اعتبار حقوقی بشود) برای حقوق شدیم و اگر حقوق را قابل شناخت توسط افراد دانستیم، در این صورت باید به ملزومات آن هم پایبند شد. اگر می‌گوییم که شارع حکیم ارث متناسب با اوضاع و احوال اقتصادی (مصلح و مفسد) وضع کرده است و بشر آن روز ارث را این بر اساس مصالحی اعتبار کرده است، خوب با دگرگونی احوالات و تغییر در اعتبارات بشر این امر باید محترم شمرده شود و تغییر در ارث رخ دهد.

یا به عنوان دیگر مثال می‌تواند دیه عاقله را نام برد. به نظر می‌آید که دیه عاقله و به رسمیت (به تعبیری بهتر معتبر) شناخته شدن آن توسط افراد، بستگی عمیقی به شرایط قبیله‌ای آن روزگار داشته است. روابط بین افراد در جوامع روستایی و قبیله‌ای آن روزگار به نحوی بوده است که این اعتبار بین آن‌ها جاری بوده و به رسمیت شناخته می‌شد. اما در زندگی شهری چنین امری برای انسان شهرنشین ناشناخته است و انسان شهری نمی‌تواند این را هضم کند که دیگری خلافی مرتکب شده و من باید تاوان آن را بپردازم (مسئولیت ناشی از فعل غیر). جامعه شهری هرگز چنین اقتضائاتی را ندارد. دیه عاقله اعتباری در بین مردم ندارد و اگر از مردم بپرسید آیا اصلاً می‌دانند که دیه عاقله یعنی چه؟ جواب منفی خواهد بود. البته باید تذکر داده شود که مسئولیت ناشی از فعل غیر در حقوق مدرن امری پذیرفته شده هم چون مسئولیت مدیر مسئول نشریه در قبال مطالبی که نویسنده دیگری در مجله چاپ کرده است ولی این مسئولیت ناشی از فعل غیر زمانی در حقوق از آن بحث می‌شود که دارای ارتباط باشد، یعنی بین انجام جرم توسط شخص الف و مسئولیت شخص ب به خاطر آن فعل انجامی ارتباطی باشد.

بنا بر نظر شهید و علامه از آنجا که اعتبارات مردم ما متغیر شده‌اند احکام ناظر بر آن نیز باید تغییر کند ولی این در حالی است که فقهای شیعی هرگز به این امر قائل نشده است و بازهم به ثبات این گزاره‌ها قائل هستند. این امر به حدی است که رنه داوید در کتاب مشهور خود یعنی نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر سرآغاز شروع تعریف از حقوق اسلام را با عنوان اساس تغییرناپذیری حقوق اسلام اعلام می‌دارد. (داوید، ۱۳۶۴: ۴۴۶)

۴-۵. نقد چهارم؛ کلیت در مفاهیم اعتباری

همان‌گونه که بیان شد از دید نظر مشهور مفاهیم حقوقی و فقهی و شرعی از سنخ مفاهیم اعتباری است. برای مثال ملکیت امری است اعتباری، ضمن آن‌که بر اساس این نظریه مفاهیمی از اعتباریات فطری‌اند و در گذر تاریخ عوض نمی‌شوند و تا زمانی که

جهان این جهان کنونی است این مفاهیم حقوقی فطری اعتبار می‌شوند. اما اکنون سخن جایی دیگر است. اگرچه مفاهیم فطری در حیطه علم حقوق و علم اخلاق کلی هستند ولی باید توجه داشت وقتی گزاره‌های کلی را به کار می‌بریم، دامنه وسیعی از مثال‌های نقض در این مورد وجود دارد.

در واقع هر مفهوم فطری از مفاهیم حقوقی طیفی وسیع از مواردی را به دنبال خود در پی دارد که برخلاف کلیت اولیه خود هستند. به عنوان مثال همین مفهوم فطری حقوقی ملکیت را که بر اساس نظر علامه خود برخاسته از اختصاص (خود اختصاص هم امری فطری است) است، در نظر بگیرید.

مالکیت عبارت از رابطه‌ای است که بین شخص و چیز مادی تصور شده و قانون آن را معتبر شناخته و به مالک حق می‌دهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از او جلوگیری کند. (امامی، ۱۳۴۰: ۴۳)

هر ملکیتی از سه عنصر تشکیل یافته است، به این معنا که سه امر در ملکیت می‌باید رعایت و هر چه که این سه امر بیشتر باشد، ملکیت افراد کامل‌تر است؛ الف) مطلق بودن حق مالکیت به این معنا که مالک می‌تواند هرگونه انتفاعی را از ملک خود ببرد آن را مطلق گویند.

ب) انحصاری بودن حق مالکیت به این معنا که برای آنکه حق مزبور انحصار به مالک دارد و تمامی افراد باید آن را محترم بشمارند یعنی به حق او تجاوز نمایند، آن را انحصاری گفته‌اند.

ج) دائمی بودن حق مالکیت به این معنا که حق مالکیت مقید به مدتی نمی‌باشد، چنان‌که اجاره دارای مدت معینی است، آن را دائمی می‌گویند. (امامی، ۱۳۴۰: ۴۳)

اگر پیش‌فرض ما این باشد که این‌ها اموری فطری است اما باید به این نکته توجه داشت که خاصیت این امور این است که می‌تواند مثال‌های فراوانی نشان داد که هر سه عنصر ملکیت یعنی مطلق بودن و منحصر بودن و دائمی بودن آن دارای مثال نقض است. هم‌چون مواد ۳۸۰ و ۳۸۸ قانون مدنی.

این امر به این معنی است که می‌تواند قائل به مفهومی حقوق فطری شد ولی درعین حال به تمام لوازم حقوقی آن پایبند نشد. می‌تواند ملکیت را فطری دانست ولی ملکیت را در تمام موارد کلی یا منحصر یا دائمی ندانست. این تعبیر به نوعی مشابه همان است که در سنت اصولی ما به عنوان یک قاعده مطرح شده است؛

ما من عام و قد خص

که به نوعی در مفاهیم فقهی و حقوقی جاری است، اگرچه این مفاهیم در واقع فطری باشند. اما ورود این اشکال جایی است که می‌تواند طیف وسیعی از گزاره‌ها را بیان داشت که در عین حال که فطری‌اند متفاوت و حتی معارض باهم باشند. برای فطرت آدمی فرقی نمی‌نماید که ارث زوجه یک‌چهارم باشد یا یک‌دوم.

ممکن است مستشکلی مدعی شود که این اگرچه این مفاهیم ممکن است دامنه وسیعی از مثال‌های نقض را در پی داشته باشد ولی باید متذکر شد که این دامنه وسیع امری عادی است و اصلاً لازمه این مفاهیم است ولی به هر ترتیب آنچه که مهم است آن است که در مثال‌های نقض نباید به گونه‌ای باشد که تخصیص اکثر پیش آید. به این معنا که دامنه مثال‌های نقض نباید از حدی فراتر رود که تخصیص اکثر پیش آید.

جواب:

به نظر می‌آید که بهترین پاسخ ارائه مثال نقض بر این سخن باشد. می‌تواند برخی امور را نشان داد که با توجه به مثال‌های نقض فراوان تخصیص اکثر پیش آمده و از برخی عناصر خود تهی و خارج شده‌اند به طوری که اصلاً موضوع دیگر بحث نمی‌شود. به عنوان نمونه می‌تواند مواد قانون کار را مثال زد که در واقع جایگزینی تام برای اجاره اشخاص بوده است به نوعی که دولت جزو لاینفک این و به عنوان طرف ثالثی در قرارداد است. به این معنی که در اجاره اشخاص در حقوق سنتی تراضی حاکم بر قرارداد است و کسی (واز جمله دولت) حق مداخله در آن را ندارد. ولی در شرایط کنونی مداخله دولت در این قرارداد به حدی زیاد است که دیگر حقوق کار تحت عناوین حقوق عمومی بحث می‌شود تا حقوق خصوصی.

نتیجه‌گیری

عقلانیت مشهور در خصوص ارتباط مفاهیم و گزاره‌های شرعی و حقوقی، دلالت بر امکان تفکیک و جداسازی بین دو سنخ مفاهیم و گزاره‌های شرعی دارد. از طرفی با مفاهیمی متغیر سروکار داریم که خود برخاسته از نیازهای متغیر است و از طرفی با مفاهیم و گزاره‌هایی برخورداریم که همیشگی و جاودانه و ناظر بر بعد ثابت انسان هستند. نه تنها این مفاهیم ناظر بر فطرت انسان هستند، بلکه بخشی از این مفاهیم قابلیت ادراک توسط عقل بشری را نیز دارد.

به نظر می‌آید نظریه مشهور جهت پاسخ به منتقدین، صرفاً از این جهت که رافع اشکالات مستشکل باشد، آن‌هم در دوره‌ای خاص، ارائه شده است، این در حالی است که به نظر می‌آید نتوان از ملاک و معیار داده‌شده، عقلانیتی سازگار به دست آورد. در واقع تبیین و تفکیکی که از این مفاهیم و گزاره‌ها شده است، نه تنها قابلیت فهم ندارد که مسائل را به صورت کلی و مبهم رها می‌کند. این انتقادات از طرفی برخورد به جنبه ثبوتی این نظریه دارد، از طرفی ناظر است بر جنبه اثباتی نظریه؛ به طوری که بر فرض آن که اصل نظریه ثبوتاً پذیرفته شود، ملاک اعلامی توان تشخیص و تفکیک دو نوع گزاره و مفاهیم ثابت و متغیر را ندارد. هم‌چنین نظریه مزبور بر فرض پذیرش مرحله ثبوتی و اثباتی، در عمل نیز کارآیی نداشته است و نتوانسته در موارد لازم خود را نشان دهد.

به هر ترتیب نظریه تفکیک اعتبارات در فقه و ارتباط آن با حقوق با مشکلاتی عظیم مواجه است و به نظر می‌رسد بیش‌تر ناظر بر اوضاع و احوال جامعه فکری و جریان‌های مطروحه بوده است. البته این سخن به معنای نفی تام نظریه تفکیک دو سنخ گزاره و مفهوم نیست. بلکه اولاً ادله نظریه تفکیک و ثانیاً ادله اثباتی نظریه تفکیک باید با اصلاح و تعدیل شود تا بتواند از انتقادات فارغ شود.

یادداشت‌ها

۱. عبدالقادر عوده ضمن نقد به این دیدگاه چنین بیان می‌دارد:
لما كان القائلون به عدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر يبنون رأيهم على قياس الشريعة بالقوانين الوضعيه، لا مساواه بين الشريعة و هذه القوانين قياسهم باطلا
۲. ر.ک: ملکيان، مصطفى، تاريخ فلسفه غرب، ج ۲، ص ۸۵
۳. از جمله آگوست کنت که ابتداء به نفی دین پرداخت ولی بعدها آن به عنوان امری که دارای تأثیر مثبت در جامعه است پذیرفت و حتی خود دست به تأسیس دینی به نام اومانيسم زد که معشوق ان زنی به کلوتیه ژولیه بود.
۴. در غرب انسلم قدیس قائل به تقدم ایمان به عقل بوده است. آنسلم قدیس (متولد ۱۰۳۳ میلادی) که از جمله نظرات مهم او تقدم ایمان بر معرفت و استدلال عقلانی است.
۵. ایشان چنین می‌فرمایند:
اما الاشاعره فانهم ذهبوا الى ان الحسن و القبح انما يستفادان من الطرع فكلما امر الشرع به فهو حسن كلما نهى عنه فهو قبيح و لولا الشرع لم يكن حسن و لا قبيح
۶. به عنوان مثال ر.ک: محمدرضا، مظفر، اصول الفقه، ج ۱ و ۲، باب مستقلات عقلیه
۷. برای فهم انواع گزاره ر.ک: المقرر فی شرح منطق المظفر، تألیف السید رائد الحیدری، ناشر ذوی القربی، باب چهارم اقسام قضیه
۸. ایشان در کتاب این چنین می‌فرمایند: إن النزاع بين القائلين بالتحسين والتقيح العقليين والمنكرين لهما، نزاع بين الإيجاب الجزئي والسلب الكلي، فالمثبتون لهما اختاروا أن للعقل قابلية درك حسن الفعل وقبحه على نحو الموجبة الجزئية، كما أن النافين ينكرون ذلك على نحو السالبة الكلية
۹. ایشان چنین فرموده‌اند: الأول: يجوز أن يكون العقل عاجزاً عن درك حسن بعض الأفعال وقبحها، وإن كان الواقع لا يخلو من أحد الوصفين، وهذا آية عجز العقل عن الإحاطة بجميع المحسّنات والمقبّحات العقلية. الثاني: يمكن أن يكون بعض الأفعال في نفس الأمر فاقداً لأحد الوصفين، أعني: لا يكون حسناً ولا قبيحاً وتكون نسبتها إلى الفعل على حدّ سواء.
۱۰. ایشان آورده‌اند که: أ. استطاعة العقل إدراك حسن جميع الأفعال وقبحها. ب. أن كل فعل صادر من الفاعل المختار لا يخلو من أحد الوصفين.
۱۱. این که گفته می‌شود تقریباً هر امری، به این خاطر است که در مواردی چون عدالت خوب است یا به عدالت عمل کن، دیگر حکمی کلی‌تر و اصلی‌تر از آن نداریم، ولی باید توجه داشت که قائلان به نظریه حسن و قبح شرعی هیچ کدام دایره تشخیص عقل در اخلاق و حقوق را این قدر محدود و تنگ نمی‌گیرند.

۱۲. شهید مطهری این سخن را از قول مهندس کتیرایی بیان می‌دارند.
۱۳. این اشکالی است که برخی از مارکیسیست‌ها وارد می‌کردند.
۱۴. بحث مبسوط آن ر.ک: طباطبایی سید محمد حسین (۱۳۷۲)، اصول فلسفه و روش رئالیسم، چاپ هفتم، انتشارات صدرا، مقاله ششم جلد ۲.

15. positivism

16. Bertrand Russell

۱۷. راسل این بحث را پیش می‌کشد که چه دلیلی بر اعتقاد به آنچه که (وحدت صوری طبیعت) و یکنواختی عمل می‌نامیم داریم.

18. negativism

19. Karl R. Poper

۲۰. همان طور که توجه کردید نمی‌تواند گزاره ای تجربی باشد ولی تجربی بودن به معنای صحت و صدق نیست، همان‌گونه که غیرتجربی بودن به معنای ناصحیح و کذب نیست. لذا ممکن است که یک گزاره در عین حالی که تجربی نیست ولی صادق باشد. (بر خلاف نظر پوزیتویست‌های منطقی که تنها راه معناداری یک گزاره را قابلیت اثبات و تنها راه صدق یک گزاره را صدق تجربی آن می‌دانند).

21. Matter of fact propositions

22. Empirical

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

فارسی

- امامی، سید حسن (۱۳۴۰)، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی، ج ۱.
- پاپر، کارل ریmond (۱۳۷۰)، *منطق اکتشاف علمی*، ترجمه احمد آرام، انتشارات سروش، چاپ اول.
- جاوید، محمدجواد و انواری، محمدعلی (تابستان ۱۳۸۹)، «مفهوم شناسی حق و تکلیف انسانی در عصر قدیم و جدید غربی»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲.
- جاوید، محمدجواد، صادقی، محمد، شفیغزاده، مصطفی (پاییز ۱۳۹۱)، «نسبت تکالیف طبیعی و تکالیف شهروندی»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵۹.
- جاوید، م حمد جواد (۱۳۸۸)، *نظریه نسبت در حقوق شهروندی*، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول.
- داوید، رنه (۱۳۶۴)، *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه حسین صفائی، محمد آشوری، عزت‌الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول.
- راسخ، محمد (۱۳۸۱)، *حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق، فلسفه ارزش*، انتشارات طرح نو، چاپ اول.
- راسل، برتراند (اردیبهشت ۱۳۶۷)، *مسائل فلسفه*، شرکت انتشارات سهامی خوارزمی، چاپ سوم.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۷۲)، *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، انتشارات صدرا، چاپ هفتم، ج ۲.

- علی اکبریان، حسن علی (تابستان ۱۳۷۷)، *درآمدی بر قلمرو دین*، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق*، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ج ۱.
- گرجی، ابوالقاسم (پاییز ۱۳۷۵)، «رابطه فقه و حقوق»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، مقاله ۳، دوره ۳۵.
- مرتضی مطهری (فروردین ۱۳۶۵)، *اسلام و نیازهای زمان*، انتشارات صدرا، ج ۱ و ۲.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۱)، *فطرت*، انتشارات صدرا، چاپ یازدهم.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۰)، *نظریه حقوقی اسلام*، موسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، ج ۱.
- ملکیان، مصطفی (۱۳۷۰)، *تاریخ فلسفه غرب*، دفتر همکاری حوزه و دانشگاه آبان، ج ۲ و ۳.
- عربی**
- حلی، جمال الدین (۱۳۹۹)، *کشف المراد فی شرح تجرید اعتقاد*، بیروت: موسسه الاعامی للمطبوعات.
- سبحانی، جعفر، *رساله فی التحسین والتقیح*، نرم افزار مجموعه آثار.
- عراقی، ضیاء الدین (۱۴۱۷)، *نهایه الافکار*، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۴.
- عوده، عبدالقادر (۱۴۰۲)، *التشريع الجنائی الاسلامی فی المذاهب الخمسه مقارنا بالقانون الوضعی*، موسسه البعثه، الطبعة الثانية.
- محمدرضا، مظفر (۱۳۷۵.ه.ش)، *اصول الفقه*، مرکز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامی، الطبعة الثالثة، ج ۱ و ۲.