

## منطق اعتبار قاعده حقوقی در منطقه الفراغ

شعبان حق پرست<sup>۱</sup> - کوروش کاویانی<sup>۲</sup> - حامد کهوند<sup>۳</sup>

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۶/۱۱)

### چکیده

سؤال از منطق اعتبار قاعده حقوقی یکی از پرسش‌های اصیل مکاتب حقوقی است که با پاسخ‌های گوناگونی مواجه شده است. هدف این مقاله تبیین فرایند تولید قاعده حقوقی در منطقه الفراغ است؛ چستی و چرایی منطقه الفراغ شرعی و چگونگی وضع قاعده حقوقی در آن، مسئله اصلی این مقاله است؛ در این تحقیق از روش‌شناسی توصیفی و تحلیلی بهره گرفته شده است و نظریه منطقه الفراغ شهید صد و نظریه ادراکات اعتباری علامه طباطبائی به مثابه مبانی نظری پذیرفته شده است؛ منطقه الفراغ حوزه‌ای در شریعت اسلامی است که فرایند تولید قواعد حقوقی در آن دارای محملی عقلانی است و قواعد حقوقی آن بر اساس «مصلحت» وضع می‌شوند. قواعد حقوقی اگرچه دارای ماهیتی اعتباری می‌باشند باین‌وجود اعتباری محض نبوده بلکه دارای ماهیتی اعتباری - حقیقی‌اند که مبتنی بر «علت غایی» می‌توان رابطه این قواعد را با واقعیات تبیین کرد. مبتنی بر این رویکرد ملاک حسن و قبح قواعد حقوقی تناسب یا عدم تناسب با مصالح است که معیار شناسایی قواعد حقوقی ثابت و قواعد حقوقی متغیر در منطقه الفراغ نیز خواهد بود. مصالح شرعی اعم از مصلحت احکام الزامی و اهداف دین و همچنین مصالح اخلاقی از جمله اموری هستند که باید در فرایند وضع قاعده حقوقی در منطقه الفراغ مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد.

**واژگان کلیدی:** شریعت اسلامی، منطقه الفراغ، مصلحت، قاعده حقوقی، اعتبار حقوقی.

Dr.shhaghparast@yahoo.com

k.kavaini@hotmail.com

Kahvand110@chmail.ir

۱. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول).

۲. دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی.

## ۱. مقدمه

نظام‌های حقوقی عموماً متأثر از نظریاتی پیشینی هستند که شناخت واقعیت حقوقی را از منظرهای مختلف فلسفی، ارزشی و تجربی جهت‌دهی می‌کنند و ایجاد نهادها و قواعد حقوقی را توجیه می‌نمایند. برخی از این نظریات جهت‌گیری‌های کلان نظام حقوقی را مشخص می‌کنند و به‌نوعی منعکس‌کننده نظام ارزشی حاکم بر قواعد حقوقی نیز می‌باشند و از سویی هسته‌ی مرکزی نهادهای حقوقی را شکل می‌دهند. برای مثال «نظریه حقوقی ناب» شناخت حقوق را فارغ از هر عنصر خارجی تحلیل می‌کند؛ صاحب این نظریه معتقد است محققان حقوق گرفتار رشته‌های علمی بیگانه مانند الهیات، اخلاق، جامعه‌شناسی و ... شده‌اند و به‌صراحت اظهار می‌دارد که حقوق را باید از فلسفه‌ی عدالت و همچنین از جامعه‌شناسی یا شناخت واقعیت اجتماعی تفکیک کرد.<sup>۱</sup> این نظریه از یکسو در مقابل نظریه‌ی سنتی حقوق طبیعی قرار داشت و از طرفی نیز اگرچه در دامن مکتب پوزیتیویستی حقوق بالیده بود و آن را به‌مثابه نظریه پوزیتیویستی حقوق می‌نامیدند باین‌وجود حتی به «عدالت» که ارزشی مطلق در حقوق پوزیتیویستی است، پایبند نمی‌ماند؛ مبتنی بر این نظریه حقوق صرفاً به قواعد موضوعه محدود می‌شود و از این طریق هرگونه توجیه نظام حقوقی بر مبنای واقعیات فرا تجربی و همچنین نظام ارزشی عالی‌تر نفی می‌گردد.<sup>۲</sup> از این منظر نظام قواعد حقوقی ترکیبی از قواعد اساسی و عادی تلقی می‌شود به‌گونه‌ای که «قاعده اساسی» معیار اعتبار قواعد حقوقی عادی می‌باشد و تمامی قواعدی که بتوان اعتبار آنها را تا یک قانون اساسی ریشه‌یابی کرد، نظامی از قواعد را تشکیل می‌دهند.<sup>۳</sup> «قاعده اساسی» اگرچه از سنخ قواعد موضوعه نیست باین‌وجود به‌صورت ناخودآگاه توسط حقوق‌دانان مفروض انگاشته می‌شود و به عبارتی فرض نهایی پوزیتیویسم حقوقی وجود قاعده‌ای است که قانون‌گذار نخست را به رسمیت می‌شناسد.<sup>۴</sup> «قاعده اساسی» در رأس زنجیره اعتبار قواعد قرار دارد و قاعده‌ای است که خلق قاعده می‌کند و تنها قاعده‌ای است که وجود آن منوط به وجود یک قاعده خلق قاعده دیگر نیست.<sup>۵</sup> در این نظام فرایند ایجاد قاعده حقوقی را باید در ارتباط درونی قواعد جستجو کرد. قاعده اساسی واقعه‌ی معینی را به‌عنوان واقعه‌ی ابتدایی در

۱. Hanse, kelsen, what is justice, p. 266-287.

۲. هانس کلسن، اسماعیل نعمت‌اللهی، نظریه حقوقی ناب، ص ۷۸-۱۳.

۳. Hanse, Kelsen, General Theory of Law, p.111.

۴. Ibid, p.116 & 406.

۵. ژوزف رز، علی اکبر سیاپوش، مفهوم نظام حقوقی؛ درآمدی بر نظریه نظام حقوقی، ص ۱۳۳.

خلق قواعد حقوقی گوناگون تعریف می‌کند و این واقعه نقطه‌ی آغاز فرایند تولید قاعده حقوقی می‌باشد.<sup>۱</sup> نظریه حقوقی هربرت هارت نمونه‌ای دیگر از این نظریات است که متأثر از فلسفه‌ی تحلیلی، شناخت قاعده حقوقی را به تحلیل مفاهیم حقوقی تقلیل می‌دهد و با این تفکر که مبنای قاعده حقوقی را واقعیاتی تلقی نماییم که ما را ملزم به انجام امور معینی می‌کند و یا دلیل موجه برای انجام آنها باشد به شدت مقابله می‌کند.<sup>۲</sup> در مقابل این نظریات که در چارچوب مکتب اثبات‌گرایی حقوق مطرح می‌شوند نظریات دیگری مانند نظریه حقوق طبیعی وجود دارد که نظام قواعد حقوقی را فراتر از قواعد اثباتی و در ارتباط با واقعیات تکوینی یا قواعد برتر توجیه می‌نمایند. به نظر می‌رسد شناسایی نظام‌های حقوقی از این منظر تمایزات و مشابهت‌های عمیق آن‌ها را در اختیار قرار می‌دهد و ثمره این شناخت عمیق و دقیق، بهره‌گیری نظام‌مند از سایر نظام‌های حقوقی و نهادسازی حقوقی و تولید قواعد مبتنی بر نظام و نظریه‌های حقوقی بومی خواهد بود.<sup>۳</sup> مسئله تحقیق حاضر پرسش از فرایند تولید قاعده حقوقی در نظام حقوق اسلامی مبتنی بر نظریه منطقه الفراغ است. نظریه منطقه الفراغ از دو حیث مورد توجه است؛ از جهت نخست آنکه این نظریه حوزه‌ی مباحات را به‌عنوان قلمرو تولید قاعده حقوقی در بستری عقلانی و بشری شناسایی می‌نماید و دیگر آنکه وضع قاعده حقوقی را مبتنی بر مصلحت و بر اساس اختیارات حاکم اسلامی تبیین می‌کند. سؤال اساسی آن است که آیا در چنین شرایطی وضع قاعده حقوقی صرفاً از اراده حاکم ناشی می‌شود یا اراده حاکم در وضع قواعد حقوقی باید مقید به مصالح حقیقی افراد و جامعه باشد؟ آیا تولید قاعده حقوقی در منطقه الفراغ مانند دیدگاهی که مکتب حقوقی پوزیتیویسم دولتی ارائه می‌دهد با شناخت محتوای مصلحت بر اساس سود انگاری تجربی انجام می‌گیرد<sup>۴</sup> یا علاوه بر آن باید مصالح حقیقی افراد و جامعه نیز در این فرایند مورد توجه قرار گیرد؟ این تحقیق تلاش دارد مبتنی بر نظریه ادراکات اعتباری علامه طباطبائی و با رویکردی عقلانی فرایند تولید قاعده حقوقی را توجیه نماید به گونه‌ای که از سوی اعتباری محض بودن قواعد حقوقی را نفی نموده و از سوی دیگر دیدگاهی که اعتباری بودن قواعد حقوقی را انکار می‌کند را به چالش می‌کشانند. این نظریه قواعد حقوقی را اعتباری تلقی کرده و البته وضع قاعده حقوقی را مبتنی بر احتیاجات و مصالح واقعی انسان تبیین می‌کند؛ نظام قواعد حقوقی در منطقه

۱. Kelsen, General Theory of Law, p.114.

۲. H. L. A. Hart. The Concept of Law, pp.54

۳. Joseph Raz, The concept of legal system, p.142

۴. John Austin, The Province of Jurisprudence Determined, p.14 and p.28.

الفراغ مبتنی بر این نظریه شامل قواعد حقوقی ثابت و متغیر است؛ قواعد حقوقی ثابت مبتنی بر استعدادها و مصالح حقیقی انسان‌ها اعتبار می‌یابند و قواعد حقوقی متغیر مبتنی بر احتیاجات و مصالح متغیر وضع می‌شوند.

## ۲. منطقه الفراغ

منطقه الفراغ اصطلاحی در فقه اسلامی است که ناظر به محدوده مباحات به معنای عام می‌باشد. شهید ثانی مباح را حکمی می‌داند که از دو طرف رجحان خالی باشد؛ یعنی نه راجح است و نه مرجوح؛<sup>۱</sup> شهید صدر اباحه را به معنای باز بودن میدان در پیش روی مکلف می‌داند تا آنچه می‌خواهد اختیار کند؛ بنابراین مکلف می‌تواند آزادانه انجام دادن یا ترک کردن را انتخاب می‌کند.<sup>۲</sup> اباحه در معنای عام و مطلق جواز نیز استعمال می‌شود که شامل مستحبات، مکروهات و مباحات بالمعنی الاخص می‌باشد؛ این معنا از اباحه گاهی به تریخص در مقابل وجوب و حرمت نیز گفته می‌شود زیرا جملگی در وصف الزامی نبودن مشترکند.<sup>۳</sup> فراغ تشریحی به معنای عدم وجود حکم شرعی نیست بلکه حکم شرعی اباحه در این منطقه جاری است؛ به عبارت دیگر لازمه منطقه الفراغ بحث از فراغ از حکم الزامی و حوزه مباحات است.

### ۲-۱. مباحات و ضابطه اباحه

برای شناسایی مباحات یا مصادیق حکم شرعی اباحه دو مرحله قابل تصور است. در مرحله نخست شناسایی موضوعاتی که شارع حکم به اباحه آنها یا حکم به استحباب یا کراهت آنها کرده است و نص شرعی ناظر به مصادیق اباحه وجود دارد. در مرحله بعد و در موارد غیر منصوص بر اساس اصل اباحه عمل می‌شود؛ بنابراین در مواردی که تردید وجود داشته باشد نسبت به آنکه آیا شارع حکم الزام‌آوری صادر کرده یا خیر به مقتضای اصل اباحه عمل می‌شود؛ رأی مشهور فقهای امامیه آن است که حکم عقل و شرع هر دو بر اصالت اباحه قائم است<sup>۴</sup> بنابراین هر فعالیت و عملی که نص تشریحی بر حرمت یا وجوب آن دلالت نکند مشمول معنای عام اباحه

۱. شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۳، ص ۲۲۰.

۲. محمد باقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱، ص ۶۹.

۳. همان: ۱۴۷.

۴. شیخ مرتضی انصاری، فرائد الاصول، محشی، ص ۱۹۹.

می‌باشد. باین وجود اگر ضابطه اباحه را عدم وجود نص تشریحی بدانیم ممکن است این اشکال مطرح شود که بسیاری از موضوعات جدید که نصی در باب آنها وارد نشده است مشمول حکم اباحه خواهند شد و باید حکم حرمت یا وجوب را اساساً نسبت به آنها منتفی بدانیم. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت اولاً عدم وصول نص با همه دلالت‌های آن مقصود است؛ بنابراین اگر یک نص به دلالت مطابقی یک مسئله جدید را پوشش نمی‌دهد، باید سایر دلالت‌های مرتبط با نص نیز منتفی باشد. ثانیاً دلالت‌های غیرمستقیم مانند مناطات احکام اعم از قیاس اولویت و تنقیح مناط نیز منتفی باشند و اگر شمولی داشته باشند به معنای ورود نص تلقی می‌شود؛ زیرا مناطات نهایتاً از نصوص استخراج می‌شوند اگرچه ممکن است از یک نص هم مناطی استخراج نگردد. به عبارت دیگر ممکن است شمول لفظی وجود نداشته باشد اما شمول مناطی وجود داشته باشد که این فرض هم در حوزه اباحات قرار نمی‌گیرد. ثالثاً دلایل منتهی به نص که نص نیستند ولی از نص گرفته شده‌اند مانند سیره عقلا و مرتکرات متشرعه، نیز شمولی نسبت به موضوع جدید نداشته باشند؛ زیرا حجیت سیره عقلا نیز به تنفیذ شارع برمی‌گردد. ممکن است گفته شود مرتکرات متشرعه ناظر به موضوع زمان شارع بوده و موضوعات جدید خارج از قدر متیقن است و نمی‌توان به آن استناد کرد؛ باین وجود برخی از سیره‌ها و مرتکرات عقلایی ممکن است به نص منتهی گردند؛ بنابراین اگر این سه قسم دلالت‌های مستقیم، غیرمستقیم و ادله منتهی به سنت وجود نداشته باشد می‌توان قاعده اباحه را جاری کرد. برای مثال موضوع مالکیت فکری را ممکن است مشمول نصوص بدانیم، در غیر این صورت ممکن است بگوییم از طریق تنقیح مناط شارع نسبت به آن اعلام نظر کرده است و در مرحله سوم آن را از طریق مرتکز عقلا توضیح دهیم. مرتکز عقلا می‌گوید هر چه را که دارایی تلقی می‌شود شارع آن را تقریر کرده است؛ این موارد به معنای وجود سنت است و نه امر مباح. اگر هیچ‌یک از این دلالت‌ها نبود و ما ندانستیم چنین مالکیتی معتبر است یا خیر این موضوع در حوزه مباحات جای می‌گیرد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. رویکردهای سه‌گانه به منطقه الفراغ

علی‌رغم پذیرش منطقه الفراغ شرعی نسبت به قلمرو و محدوده‌ی آن قرائت‌های مختلفی وجود دارد و می‌توان به رویکردهای حداقلی، حداکثری و اعتدالی از آنها یاد کرد. رویکرد

۱. آیت الله احمد مبلغی، مصاحبه حضوری، ۹۴.۱۰.۲۰

حداقلی ملازم با تصویری است که برخی با عنوان جامعیت شریعت از آن یاد می‌کنند؛ مبتنی بر این رویکرد جامعیت شریعت اقتضا دارد که همه‌ی افعال مکلفان در ذیل یکی از احکام خمسسه تکلیفیه قرار گیرد و معتقد است احکام همه‌ی امور از منابع قرآن و سنت قابل تحصیل می‌باشد؛ بنابراین دیدگاه غالب احکام متخذ از نصوص شرعی در غیر عبادات از احکام مولوی و ثابت تلقی می‌شوند و احکام موضوعاتی که از قابلیت ثبات برخوردار نیستند و از مقتضیات زمان و مکان متأثرند را نیز باید در منابع و نصوص شرعی جستجو کرد. مبتنی بر این اندیشه منبع قانون یا قاعده حقوقی همان منابع احکام شرعی است و روش تحصیل قاعده حقوقی نیز همان روش استنباط از منابع حکم شرعی خواهد بود. قائلان به این اندیشه باید به سؤال از تمایز حکم ولایی و حکم شرعی پاسخ داده و تفاوت آن دو را از حیث ثبات و تغییر مشخص نمایند؛ زیرا مفروض آن است که احکام شریعت از ثبات برخوردارند و آنچه که به عنوان احکام متغیر شناخته می‌شوند احکام ولایی هستند؛ همچنین در نظر گرفتن مصالح عمومی در صدور احکام ولایی یا وضع قانون و عدم لحاظ آن در استنباط حکم شرعی نیازمند توضیح است. به عبارت دیگر مصلحت عمومی معیار و ضابطه‌ی صدور حکم ولایی یا وضع قاعده حقوقی است حال آنکه فقیه در استنباط فقهی به دنبال کشف حکم شرعی بوده و توجه به مصلحت را در استنباط حکم دخالت نمی‌دهد.<sup>۲</sup> معتقدان به رویکرد حداکثری به منطقه الفراغ با محدود ساختن حوزه‌ی شریعت به احکام عبادی و اخلاق فردی معتقدند شارع نسبت به سایر حوزه‌های اجتماعی و به اصطلاح مباحث سیاسات و معاملات حکم الزامی نداشته و این عقلا هستند که در این زمینه بناهای تأسیسی ایجاد می‌کنند و حداکثر دخالت شرع در این امور امضای این تأسیسات عقلایی است.<sup>۳</sup> برخی از این طیف پا را فراتر می‌نهند و حتی گزاره‌های ارزشی و اصول کلی مورد نظر شریعت را در غیر مسائل فردی انکار می‌کنند و احکام شرعی را به گزاره‌هایی تاریخی تنزل می‌دهند؛ به عبارتی استفاده از نصوص دربردارنده احکام و مقاصد شریعت را به زمان صدور آنها محدود می‌کنند.<sup>۴</sup> البته برخی از صاحبان این اندیشه ضمن اعتقاد به امضایی بودن احکام اجتماعی شریعت شمول گزاره‌های ارزشی و چارچوب‌های کلان شریعت مانند عدالت، آزادی، رحمت و... را نسبت به حوزه‌ی

۱. ابوالحسن مرندی، دلایل براهین الفرقان، به نقل از رسائل مشروطیت، ص ۱۹۸ و ۱۹۹.

۲. حسنعلی علی اکبریان، معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر در روایات، ج ۱ ص ۶۲.

۳. مهدی حائری، آفاق فلسفه، ص ۱۲۶ و ۱۲۷.

۴. ابوالقاسم علیدوست، فقه و عرف، ص ۳۲۸.

اجتماعیات می‌پذیرند. مبتنی بر این باور نیز بسیاری از نصوص شرعی ناظر به مسائل سیاسی، اقتصادی و اجتماعی عصر حاضر نیست و دلالت آنها بر احکام شرعی منتفی است؛ بنابراین همه‌ی این امور در منطقه الفراغ جای می‌گیرند.<sup>۱</sup> رویکرد اعتدالی به منطقه الفراغ از سویی با رویکرد نخست که حکم هر واقعه‌ای را در منابع منصوص منحصر می‌داند مخالفت می‌کند و از سوی دیگر تفکری که شریعت را منحصر در حوزه‌های فردی دانسته و حداکثر بیان اصول ارزشی و کلی را از شریعت انتظار دارند را باطل می‌داند. بر این اساس در نظام حقوقی اسلامی منطقه‌ای فارغ از جعل و تشریح خاص وجود دارد که حاکم اسلامی با توجه به عناصری که شریعت مقرر کرده است می‌تواند به قانون‌گذاری یا وضع قاعده حقوقی بپردازد.<sup>۲</sup> بنابراین احکام ثابت شرعی منبعث از نصوص به‌عنوان بخشی از قواعد حقوقی و همچنین احکام متغیر مبتنی بر مصلحت و چارچوب‌های کلان شریعت در مالانص فیه به‌عنوان بخشی دیگر از قواعد حقوقی از نتایج این رویکرد به منطقه الفراغ می‌باشد.<sup>۳</sup>

## ۲-۳. نظریه منطقه الفراغ در تشریح اسلامی

«منطقه الفراغ» عنوان نظریه‌ای است که شهید محمدباقر صدر در تبیین تشریح اسلامی در مواجهه با واقعیت‌های متغیر اجتماعی مطرح کرده است؛ مبتنی بر این نظریه جعل منطقه‌ی فراغ تشریحی از سوی شارع نه تنها به دلیل اهمال یا نقص در شریعت نیست بلکه به منزله توجه شارع به نیازهای متغیر جوامع و پاسخگویی نسبت به اقتضائات زمانی و مکانی مختلف آنها است. به‌عبارت‌دیگر شناسایی منطقه الفراغ نشان‌دهنده انعطاف‌پذیری معقولانه باهدف پاسخگویی به مسائل متغیر و جدید در پرتو مبانی، اهداف و اصول پذیرفته‌شده نظام حقوق اسلامی است.<sup>۴</sup> اساس نظریه منطقه الفراغ بر این امر بنا شده است که تشریح اسلامی فرازمانی و فرانگانی است و صلاحیت به‌کارگیری در زمان‌های مختلف را دارد و البته مکانیزم طراحی‌شده در نظریه منطقه الفراغ تحقق‌بخش این هدف می‌باشد؛ بنابراین از آنجا که شارع نسبت به موضوعات متغیری که

۱. عبدالکریم سروش، فقه در ترازو، ص ۱۴-۲۱

۲. ابوالقاسم علی‌دوست، همان، ص ۳۳۷.

۳. محمدباقر صدر، همان، ص ۶۸۹؛ میرزای نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، ص ۱۰۱.

۴. محمدباقر صدر، اقتصادنا، ۶۸۶ و ۶۸۹.

در محدوده مباحث بالمعنی الاعم قرار می‌گیرند بی‌توجه نیست، راه‌حلی ارائه داده است که آن‌هم اختیار دادن به حاکم اسلامی در وضع حکم مبتنی بر مصلحت عمومی است.<sup>۱</sup> بر این اساس در مواردی که شریعت حکم الزام‌آوری مبتنی بر وجوب یا حرمت ندارد، قوه مقننه به نمایندگی از حاکم اسلامی می‌تواند مبتنی بر مصالح عمومی مردم به وضع قاعده حقوقی مبادرت نماید.<sup>۲</sup>

این نظریه به‌عنوان نظریه قانون‌گذاری اسلامی قابل توجه می‌باشد به‌گونه‌ای که وضع قاعده حقوقی را در شرایط فقدان نص الزام‌آور شرعی در پرتو اهداف عام و مصالح عمومی توجیه می‌نماید. نظریه‌ی منطقه الفراغ سه نتیجه اساسی در اختیار قرار می‌دهد: اولاً مبتنی بر این نظریه حوزه‌ی مباحث به‌عنوان محدوده قانون‌گذاری و وضع قاعده حقوقی مورد پذیرش قرار می‌گیرد ثانیاً تولید قاعده حقوقی و ایجاد الزام قانونی در حوزه‌ی مباحث مبتنی بر «مصلحت عمومی» و اختیارات حاکم اسلامی جایز شمرده می‌شود که به‌صورت مستقیم و غیرمستقیم امکان‌پذیر می‌باشد<sup>۳</sup> و ثالثاً بستر بهره‌گیری از اهداف، رویکردهای کلان و مصالح شریعت در فرایند تولید قاعده حقوقی مورد تأکید قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup> این نظریه نه‌تنها در تعیین حوزه‌ی مباحث به‌عنوان قلمرو تولید قاعده حقوقی و همچنین جواز تقنین بر اساس مصالح نقش‌آفرین است بلکه در فرایند تولید قاعده حقوقی نیز صاحب‌نظر می‌باشد. البته این اثرگذاری از سنخ فتوا به‌حکم فقهی نیست بلکه ناظر به تولید نظریه‌های پیشینی (فلسفی و علمی) و نظریه‌های پسینی (فقهی - حقوقی) در حوزه‌های مختلف مرتبط با تولید قاعده حقوقی است. با اثبات منطقه الفراغ و پذیرش قانون‌گذاری بشری در نظام حقوق اسلامی در ضمن اعتقاد به اصل توحید شرعی، اینک با این سؤال مواجهیم که تولید قاعده حقوقی در منطقه الفراغ از چه منطقی تبعیت می‌کند؟ نظریه منطقه الفراغ به‌صورت اجمالی به فرایند وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ مبتنی بر «مصلحت» و اختیارات حاکم اسلامی اشاره می‌نماید؛ این نظریه از جهتی با نظریه‌های حقوقی پوزیتیویستی شباهت دارد که مبنا و منشأ قواعد حقوقی را در اراده حاکم معرفی می‌کنند مانند نظریه‌ی حقوقی جان آستین

۱. همان: ۶۸۹

۲. محمدباقر صدر، لمحہ فقهیہ تمہیدیہ عن مشروع دستور الجمهوریہ الاسلامیہ فی ایران ۱۴۲۶ق، ص ۱۷-۱۸

۳. محمدباقر صدر، لمحہ فقهیہ تمہیدیہ عن مشروع دستور الجمهوریہ الاسلامیہ فی ایران، ص ۱۷-۱۸.

۴. همان، اقتصادنا، ص ۳۷۹-۳۸۲ و ۶۸۴-۶۸۹؛



که قانون را فرمان حاکم می‌داند که از ضمانت اجرا برخوردار باشد؛<sup>۱</sup> و از سویی به نظریه‌های حقوق طبیعی قابل تناظر است که قواعد و نظام ارزشی برتری را در شکل‌گیری قواعد موضوعه نقش‌آفرین می‌دانند. در ادامه با تبیین منطق تولید قاعده حقوقی مبتنی بر نظریه ادراکات اعتباری فرایند تکوینی ایجاد قواعد حقوقی تبیین خواهد شد؛ همچنین چگونگی ارتباط قواعد حقوقی با حقایق و ادراکات نظری توضیح داده خواهد شد و در نهایت انواع «مصلحت» که غایت وضع قواعد حقوقی را شکل می‌دهد تبیین می‌شود.

### ۳. فرایند تولید قاعده حقوقی در منطقه الفراغ

فرایند تولید قاعده حقوقی ممکن است بر اساس روش‌های مختلف تجربی، عقلی و فراعقلی تبیین شود و با این شرط که لایه‌ها و سطوح مختلف معرفت مورد پذیرش قرار گیرد، می‌توان از روشی تلفیقی نیز در توجیه فرایند تولید قاعده حقوقی بهره جست. به عبارت دیگر بهره‌گیری از ظرفیت مطالعات تجربی با همراهی و ابتدای بر مصالح عقلایی که در تمسک به عقل و نقل حاصل می‌شود می‌تواند نظام جامعی در شناسایی قواعد حقوقی در اختیار قرار دهد. در این مجال که نظریه منطقه الفراغ بستری عقلانی در وضع قواعد حقوقی را در اختیار قرار می‌دهد می‌کشیم فرایند تولید قاعده حقوقی را مبتنی بر نظریه ادراکات اعتباری تبیین نماییم به گونه‌ای که بتوان ادعا کرد نظام حقوقی نه صرفاً محدود به قواعدی عقلانی و لایتغیر است چنانچه از دیدگاه مکتب حقوق طبیعی برداشت می‌شود و نه از قواعدی صرفاً تجربی و بی‌ارتباط با مصالح حقیقی تشکیل می‌شود چنانچه در مکاتب حقوقی تجربه‌گرا ادعا می‌شود. مبتنی بر این نظریه می‌توان گفت قواعد حقوقی منطقه الفراغ قواعدی اعتباری هستند که مبتنی بر نیازها و مصالح عمومی وضع می‌شوند؛ البته از آنجا که مصالح و نیازهای انسان شامل امور ثابت و متغیر می‌باشند لاجرم قواعد حقوقی نیز برخی تابع نیازها و مصالح ثابت خواهند بود که دارای عمومیت می‌باشند و برخی تابع نیازها و مصالح متغیر می‌باشند که به اختلاف زمان و مکان و سایر متغیرات اجتماعی تغییرپذیرند. اعتقاد به وجود مصالح حقیقی در وضع قواعد حقوقی جای پای ورود عقل نظری در شناخت مصالح حقیقی را بازمی‌نماید و عقلانیت عملی را به اعتبار قواعد

۱. John Austin, The Province of Jurisprudence Determined, p.28

حقوقی و اخلاقی مبتنی بر غایات فرامادی و تجربی سوق می‌دهد. در ادامه به تبیین نظریه منطقه الفراغ در شریعت اسلام می‌پردازیم و بستر تولید قواعد عقلانی حقوقی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۳-۱. منطق اعتبار قاعده حقوقی

عقل‌گریزی و تجربه‌گرایی تفکر غالب فلسفی معاصر است که در مکاتب حقوقی به تقلیل رویکرد عقلانی به حقوق منجر شده به طوری که علاوه بر انکار شناخت عقلانی از واقعیت و ارزش، اعتبار قواعد حقوقی را منحصر در اراده افراد جامعه یا دولت نموده است. با این وجود تبیین عقلانی از فرایند تولید قاعده حقوقی دارای پیشینه‌ای قابل توجه است.<sup>۱</sup> «سیسرو» برخی قواعد حقوقی را عقلانی، فرازمانی و فرانگانی می‌دانست و آنها را به عنوان معیار قوانین موضوعه معرفی می‌کرد؛ وی معتقد بود قواعد موضوعه اگر با قواعد عقلانی در تعارض باشند فاقد اعتبارند. او طبیعت انسانی را منبع این قواعد می‌دانست و به همین دلیل آنان را قواعد عقلانی و اخلاقی تلقی می‌کرد که وضع یا رفع آنها خارج از اختیارات حاکم و قوه قانون‌گذاری می‌باشد. «آکوئیناس» به تبیین نظامی از قواعد حقوقی می‌پردازد که شامل قانون ابدی ((Eternal law، قانون الهی (Divine law)، قانون طبیعی (Natural law) و بشری (Human law) است و معتقد است قواعد موضوعه بشری از قواعد طبیعی قابل استخراج می‌باشد؛ وی عادلانه بودن قوانین موضوعه را مشروط به انطباق با قوانین طبیعی معرفی می‌کند.<sup>۲</sup> «گرسوس» به نظام حقوقی معقول و جهان‌شمول قائل است و قاعده وفای به عهد را قاعده برتر حقوق طبیعی تلقی کرده است. وی تمسک به این قاعده را شرط لازم الاجرا بودن قراردادهای و تمامی قواعد موضوعه دیگر دانسته است. «هابز» نیز مهم‌ترین حق طبیعی را حق صیانت نفس دانسته و فهرستی از قواعد حقوقی ارائه می‌دهد که از حق صیانت نفس سرچشمه می‌گیرند و فقط در جامعه مدنی قابل تحقق‌اند. این قوانین پس از تأسیس دولت در جامعه مدنی به قواعد موضوعه تبدیل می‌شوند و ضمانت اجرایی پیدا می‌کنند.<sup>۳</sup> «جان فینیس» نیز از فیلسوفان معاصر حقوق طبیعی است که به نظریه‌ی سنتی حقوق طبیعی وفادار است. وی به طراحی نظامی هر می از قواعد مبادرت می‌کند

۱. Philip, soper. Legal Theory and The Problem of The definition, pp. 1173-75.

۲. Aquinas, ۱۹۴۷, Summa Theologica, Q. ۹۱, art. ۲, p1333-1353.

۳. ناصر قربان‌نیا، قرائت‌های گوناگون از حقوق طبیعی، فقه و حقوق، تابستان ۱۳۸۳، شماره ۱، ص ۴۰-۵۰.

که بنیان آن را خیرهای اساسی<sup>۱</sup> شکل می‌دهد و در میانه هرم اصول و قواعدی جای می‌گیرند که «الزامات اساسی معقول بودنِ عملی» نامیده می‌شوند؛ در رأس هرم نیز قواعد وضعی که ریشه در خیرهای اساسی و مستظهر به الزامات عقلانیت عملی هستند قرار می‌گیرند. او معتقد است عقلانیت عملی وابسته به آن است که فعل انسان باهدف تحصیل یکی از خیرهای اساسی محقق شود زیرا این خیرهای اساسی همگی جلوه‌هایی از سعادت بشر<sup>۲</sup> و جنبه‌های متنوع شخصیت انسان هستند.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر خیر اساسی هدف و غایت فعل عاقلانه است. برای مثال سیراب شدن و رفع عطش هدفی است که با نوشیدن آب محقق می‌شود، بنابراین نوشیدن آب فعلی عاقلانه است که باید تحقق یابد. از نظر جان فینیس خیرهای ذاتی عبارتند از حیات (life)، معرفت (knowledge)، بازی (play)، تجربه‌زیبایی‌شناختی (experience aesthetics)، دوستی و اجتماعی بودن (sociability and friendship)، عقلانیت عملی (practical reasonableness) و دین (religion).<sup>۴</sup> مبتنی بر این نظریه هر خیری را که تحلیل و ارزیابی کنیم، نهایتاً به یکی از این هفت خیر اساسی خواهیم رسید. مبنای فینیس برای رسیدن به خیر اساسی این است که برای پاسخ به سؤال از علت انجام عمل به این صورت که «چرا چنین رفتاری را انجام باید انجام داد؟» نهایتاً به یک خیر اساسی منتهی می‌شود. با این نظریه فینیس مدعی است که می‌تواند شرایط و اصول عقلانیت عملی درست و نیز رفتارهای شایسته بین انسان‌ها را بازشناسی کند. البته نکته‌ای که در اندیشه جان فینیس بسیار قابل تأمل است بدیهی انگاشتن ارزش‌های اساسی است و اینکه فینیس هیچ رابطه‌ای بین این ارزش‌ها و واقعیت‌ها اعم از طبیعت و یا ذات طبیعی انسان قائل نمی‌شود؛ به عبارت دیگر احکام عقل عملی را نمی‌توان از احکام عقل نظری استنتاج کرد، اگرچه می‌توان برخی ارزش‌های بنیادین را بدیهی تلقی کرد و سایر ارزش‌ها و احکام عقل عملی را از آن‌ها استنتاج نمود.<sup>۵</sup> این موضع نشان‌دهنده فاصله گرفتن برداشت‌های مدرن حقوق طبیعی از تلقی سنتی از حقوق طبیعی می‌باشد و بی‌تردید باید ریشه آن را

۱ . Basic Goods.

۲ . Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. p. 85.

۳ . Ibid. *Fundamentals of Ethics*, p. 125

۴ . Ibid. *Natural Law and Natural Rights*. pp. 59-99.

۵ . Ibid, pp. 33-47, 66.

در اندیشه‌ی فلسفی غرب مدرن جستجو کرد.<sup>۱</sup> در حکمت اسلامی با اعتقاد به رئالیسم معرفتی به واقع‌نمایی عقل اذعان شده و عقلانیت را وجه امتیاز نفس انسانی از نفس حیوانی تلقی کرده‌اند.<sup>۲</sup> تفکیک عقل به نظری و عملی با عنایت به تعامل آن دو نیز دارای سابقه‌ای دیرپایی است به گونه‌ای که عقل عملی متولی شناخت «باید»ها و گزاره‌های انشایی است در حالی که عقل نظری به شناخت «هست»ها و گزاره‌های اخباری می‌پردازد. پذیرش ماهیت انشایی قواعد حقوقی بیان‌گر آن است که فرایند تولید قواعد حقوقی مبتنی بر منطق تولید ادراکات اعتباری و بر اساس عقلانیت عملی قابل تبیین است. بر این اساس قواعد حقوقی برخلاف علوم نظری که برهانی هستند جدلی می‌باشند و قیاسی که در اعتباریات عملی و از جمله قواعد حقوقی جریان می‌یابد از مشهورات و مسلمات تشکیل می‌شود<sup>۳</sup> به عبارت دیگر در تولید اعتباریات و از جمله قضایای حقوقی ابتدا هدف و غرضی در نظر گرفته می‌شود و برای تحصیل آن اعتباری در ذهن انسان ایجاد می‌شود و البته هر اعتباری که در راستای غرض و غایت موردنظر نباشد لغو و بیهوده خواهد بود و جعل آن نزد عقلا قبیح و منافی با حکمت می‌باشد. قواعد یا هنجارهای حقوقی مانند سایر اعتباریات عملی مبتنی بر نیاز و خواست انسان‌ها ایجاد می‌شوند؛ تفاوت قواعد حقوقی با سایر هنجارهای عملی در آن است که علاوه بر اعتبار فردی باید به نوعی اعتبار جامعه نیز بر آن استوار گردد؛ به عبارت دیگر قواعد حقوقی بنای عقلای جامعه می‌باشد که برای حفظ نظام اجتماعی خویش آنها را اعتبار می‌کنند. البته تشخیص نیازها و شناخت منابع قواعد حقوقی یعنی طبیعت و توسط عقل (نظری) انجام می‌گیرد و در اعتبار حقوقی ناظر به تأمین نیازها و مصالح در بنای عقلا (عقل عملی) ظهور می‌یابد.

بنای عقلا به معنای میل و گرایش عمومی همه‌ی عقلا به یک روش معین است بدون اینکه شرع نقشی در تکوین این سیره ایفا نماید.<sup>۴</sup> بنای عقلا رفتار معینی از عقلا در برابر یک پدیده می‌باشد که این نوع رفتار صرف نظر از اختلاف مکانی و زمانی آنها و همچنین تعددشان در دین و ملت یکسان می‌باشد.<sup>۵</sup> البته بنای عقلا به نوعی از رفتار و روش عقلا اطلاق می‌شود که از ثبات و

۱. Brian Bix, natural law: The Modern Tradition. Pp, 61-63.

۲. ابن سینا، الشفاء، النفس، ص ۳۷ و ۱۸۴ و ملاصدرا، شواهد الربوبیه، ص ۱۱۹-۲۰۲.

۳. محمدحسین طباطبائی، نه‌یة الحکمه، ص ۲۲۹.

۴. محمدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۴ ص ۱۶۸.

۵. محمدتقی حکیم، الأصول العامة للفقہ المقارن، ص ۱۹۹.

استواری برخوردار باشد؛ همچنین باید توجه داشت که ضرورت ندارد عقلا این رفتار را در عالم خارج از ذهن هم از خود بروز دهند، بلکه سیره عقلا اعم از رفتار خارجی و مرتکبات عقلیه است.<sup>۱</sup> با این توصیف به نظر می‌رسد بنای عقلا مبتنی بر منطق اعتباریات عقل عملی شکل می‌گیرد و از این حیث تبیین فرایند تولید قاعده حقوقی مبتنی بر آن تفاوتی با منطق اعتباریات عقل عملی نخواهد داشت. بدین جهت برخی مانند علامه طباطبائی در مباحث اصولی قائل به حجیت ذاتی بنای عقلا شده‌اند؛ ایشان معتقدند بناهای عقلانیه مبتنی بر فطرت انسانی و از ضروریات نظام اجتماعی هستند که هر عاقلی بما هو عاقل آن را قبول دارد.<sup>۲</sup>

### ۳-۱-۱. حسن و قبح/اعتباری

اگر فرایند تولید قاعده حقوقی را مبتنی بر منطق اعتباریات عقل عملی بدانیم باید به لوازم آن یعنی اعتباری دانستن حسن و قبح در قواعد حقوقی نیز ملتزم باشیم. مبتنی بر نظریه ادراکات اعتباری افعال انسان فی نفسه و بدون ارتباط با غایات فعل متصف به «حسن» و «قبح» نمی‌شود بلکه حسن و قبح اعتباری است که انسان برای افعال در تناسب یا تلائم با غایات آن‌ها اعتبار می‌کند؛ به عبارت دیگر حسن و قبح در دایره عقل عملی ناظر به حسن و قبح در انجام افعال اختیاری است که بر این اساس حسن و قبح دو وصف اعتباری‌اند که در هر فعل انفرادی و اجتماعی انسان‌ها اعتبار می‌یابند.<sup>۳</sup> برای «حسن» و «قبح» ملاک‌ها و معانی متعددی ذکر می‌شود؛ گاه ممکن است «حسن» و «قبح» به اعتبار کمال و نقص امور برای نفس انسان باشد برای مثال می‌گوئیم «آموختن دانش خوب است» و در مقابل می‌گوئیم «ترک آموختن دانش بد است» زیرا دانش‌آموزی از کمالات نفس و نادانی از نقایص آن است. البته در این معنا حسن و قبح هم بر افعال اختیاری انسان و هم بر غیر افعال انسان مانند اوصاف اطلاق می‌شود؛ «حسن» و «قبح» می‌تواند به اعتبار سازگاری و ناسازگاری با طبع انسان باشد، در این صورت هم افعال اختیاری و غیر اختیاری متصف به حسن و قبح می‌گردند؛ بنابراین اموری که با نفس تناسب و سازگاری دارند خوب و اموری که غیرمتناسب و ناسازگارند قبیح به شمار می‌آیند. در مواردی حسن و قبح به معنای مدح و ذم می‌باشد که در این صورت تنها افعال اختیاری متصف به این صفت می‌شود، به این معنا که حسن آن فعلی است که عقلاء فاعل آن

۱. محمود هاشمی، بحوث فی علم الاصول، ج ۴ ص ۲۳۳.

۲. محمدحسین طباطبائی، حاشیه الکفایه، ج ۲ ص ۲۰۶.

۳. همان، ج ۱ ص ۱۱۲ و ۱۱۳؛ اصول فلسفه و روش رئالیسم، ج ۲ ص ۱۷۱ و ۱۷۲.

را مدح کند و مستحق پاداش و ثواب بدانند و فعل قبیح آن است که عقلاء آن را شایسته ترک دانسته و اگر کسی مرتکب آن کار شد مذمت نموده و مستحق عقاب بدانند.<sup>۱</sup> معنای چهارمی نیز برای حسن و قبح ذکر شده است که عبارت از موافقت یا مخالفت با غرض و مصلحت است. در این معنا «حسن» آن چیزی است که موافق با غرض و مصلحت باشد و قبیح چیزی است که در آن مفسده باشد یعنی مخالف با غرض و مصلحت می‌باشد. البته با این توضیح که مصالح و مفاسد در مواردی جنبه فردی و شخصی دارد و گاهی نیز جنبه اجتماعی و عمومی به خود می‌گیرند. بر این اساس می‌توان گفت حقیقت «حسن» عبارت است از سازگاری اجزای هر شیء با هم و سازگاری همه اجزای آن با غرض و غایتی که برای آن است؛ برای مثال حسن عدالت به معنای سازگاری با غرضی است که از اجتماع مدنی مورد نظر است به گونه‌ای که هر صاحب حقی در جامعه به حق خود برسد. زشتی و ناپسندی نیز به معنای عدم تناسب و سازگاری با مصلحت یا غایت فعل اعتبار می‌شود برای مثال ظلم از آن جهت که فعلی از افعال است زشت نیست، بلکه بدان جهت که حقی را معدوم و باطل می‌کند زشت است و زنا بدان جهت که عمل خارجی است زشت نیست بلکه زشتی‌اش بدین جهت است که مخالف نهی شرعی و یا مخالف مصلحت اجتماعی است.<sup>۲</sup>

حال سؤال مهمی که با آن مواجه هستیم این است که آیا مبتنی بر نظریه ادراکات اعتباری و پذیرش حسن و قبح اعتباری قواعد حقوقی جملگی نسبی و متغیر خواهند شد؟ پاسخ به این سؤال در پذیرش ملاک حسن و قبح نهفته است. به عبارت دیگر اگر ملاک حسن و قبح را در تلائم و تنافر با مقتضیات طبع آدمی منحصر بدانیم هم حسن و قبح نسبی خواهند بود و هم قواعد حقوقی متغیر و نسبی شده و نمی‌توان به قواعد حقوقی جان شمول و ثابت قائل شد؛ اما اگر ملاک حسن و قبح را در موافقت یا مغایرت با غرض، کمال و سعادت انسان بدانیم آنگاه به اقتضای اغراض ثابت و متغیر، حسن و قبح و به تبع قواعد حقوقی نیز برخی ثابت و برخی متغیر خواهند بود؛ بنابراین برخی از قواعد حقوقی صرف نظر از امر و نهی قانون‌گذار دارای مصالح و مفاسد حقیقی هستند و قانون‌گذار باید با ملاحظه آن به وضع قاعده حقوقی مبادرت کند. در نتیجه می‌توان گفت قواعد حقوقی قضایی اعتباری‌اند و مانند امور حقیقی از وجود خارجی برخوردار نیستند؛ اما همان‌طور که اشاره شد اعتبارات عملی و از جمله

۱. محمد رضا مظفر، اصول فقه، ج ۱، صص ۱۵۹-۱۶۱؛ محمد تقی حکیم، الاصول العامه للفقهاء المقارن، ص ۲۶۹.

۲. محمد حسین طباطبائی، ترجمه المیزان، ج ۱۶، ص ۳۷۳.

قواعد حقوقی مبتنی بر مصالحی اعتبار می‌شوند که سنخ آن‌ها از حیث اعتباری یا حقیقی بودن در ماهیت قضایای حقوقی نقش آفرین است. اگر مصالح صرفاً اموری اعتباری باشند قضایای حقوقی نیز اعتباری محض خواهند بود و اگر مصالح ناظر به نیازها و مصالح حقیقی انسان باشند قواعد حقوقی مبتنی بر حقایق خواهند بود. در نهایت با این مبنا قاعده حقوقی عبارت خواهد بود از الزامی که مبتنی بر مصالح عمومی و اهداف عقلایی وضع می‌شود و ملاک حسن و قبح در وضع این قواعد تابعی از سازگاری یا ناسازگاری با مصالح و ضروریات اجتماعی می‌باشد.<sup>۱</sup>

### ۳-۱-۲. «علت غایی» در ایجاد قواعد حقوقی

علت غایی امری است که فعل به خاطر آن تحقق می‌یابد و از آنجاکه هر عمل ارادی دارای هدفی است اعتبار قواعد حقوقی نیز از این قاعده مستثنی نیست؛ این معنا در نظریه «ادراکات اعتباری» نیز منعکس است زیرا مبتنی بر این نظریه تنها ضابطه توجیه قضایای اعتباری تناسب آنها با غایات و احتیاجات انسان می‌باشد.<sup>۲</sup> حال چنانچه غایات انسان فراتر از تحقق نیازهای طبیعی او باشد قضایای اعتباری و به تبع قواعد حقوقی مبتنی بر این غایات نیز در میدان اعتباریات انسان واقع خواهند شد. بهره‌گیری از «علت غایی» در تبیین قواعد حقوقی کاملاً وابسته به نوع هستی‌شناسی و انسان‌شناسی مکاتب فلسفی و حقوقی است به گونه‌ای که مشاهده می‌شود بسیاری از نظریات غایت‌گرا در اخلاق و حقوق گاه محدود به غایات و مصالح مادی انسان به تجویز اخلاقی یا حقوقی مبادرت می‌نمایند؛ بنابراین همان‌طور که در جهان‌بینی اسلامی هستی و نظام خلقت علاوه بر بعد مادی از مراتب عالی و فرا مادی برخوردار است و همچنین انسان علاوه بر بعد مادی دارای بعد روحانی می‌باشد، غایات و مصالح انسان در ایجاد نظام حقوقی و اخلاقی نیز فراتر از خواش‌ها و تمنیات نفسانی خواهد بود؛ در این رویکرد از سویی با عنایت به طبیعت و ذات انسان و از سوی دیگر با توجه به غایت و کمال او نسبت به وضع قواعد حقوقی مبادرت می‌شود. بر این اساس موجودات و از جمله انسان دارای استعدادها و اهداف معینی هستند و راهی برای تحصیل آن اهداف و تأمین استعدادها نیز در نظام حکیمانه خلقت معین شده است.<sup>۳</sup> این دیدگاه کاملاً مکتب تاریخی

۱. همان، ج ۵ ص ۹-۱۳ و ج ۱ ص ۳۶۸-۳۸۰.

۲. همان، اصول فلسفه و روش رئالیسم، ج ۲ ص ۱۷۱ و ۱۷۲.

۳. همان، ترجمه المیزان، ج ۳، ص ۴۷۱.

حقوق را به چالش می‌کشد و نظم خودجوش اجتماعی را که به نفعی اختیار انسان در تولید قواعد حقوقی معتقد است را مردود می‌داند. بر این اساس انسان‌ها مبتنی بر اراده و اختیار و بر اساس استعدادها و اهداف حقیقی خود می‌توانند موجد نظامات ارزشی و از جمله نظام حقوقی باشند.<sup>۱</sup>

بنابر اصل غایت هر استعداد طبیعی و فطری موجد یک حق طبیعی است و نظام تکوین مرجع صلاحیت‌دار شناسایی حقوق واقعی انسان‌ها است.<sup>۲</sup> برای مثال حفظ و رشد عقل از حقوق غایی انسان است بنابراین شراب‌خواری، شراب‌سازی و خرید و فروش شراب، خلاف حقوق غایی اوست و ممنوعیت آن صرفاً یک امر توافقی و سلیقه‌ای نیست، بلکه این حرمت در ناهماهنگی و تضاد آن با هدف غایی واقعی وجود انسان ریشه دارد. از این منظر مواهب طبیعی برای انسان و کمال او آفریده شده و میان انسان و سایر مواهب عالم «علاقه و رابطه غایی» وجود دارد؛ البته از رابطه غایی بین انسان و مواهب طبیعی، «مسئولیت و تکلیف» نیز زاییده می‌شود و بنا بر اصل تلازم حق و تکلیف ملازم یکدیگرند. با بهره‌گیری از اصل غایت می‌توان نظام حقوقی مبتنی بر عقلانیت را توجیه کرد و مبانی عقلانی حقوق اسلامی را بنا نهاد.<sup>۳</sup> همچنین با عنایت به «علت غایی» می‌توان ادعا کرد که نسبت قواعد حقوقی با گزاره‌های حقیقی قابل تبیین است. علی‌رغم آنکه برخی تلاش کرده‌اند ارتباط بین مصالح حقیقی و قواعد حقوقی و را بر اساس قیاس منطقی و برهانی تبیین کنند، مبتنی بر نظریه ادراکات اعتباری منطق ادراک قواعد اعتباری و عملی متمایز از منطق ادراک گزاره‌های حقیقی و قیاس برهانی است و از آنجا بر اساس این نظریه اعتبار قواعد حقوقی صرفاً در موافقت یا عدم موافقت با غایات و مصالح است می‌توان برای تبیین این رابطه به «علت غایی» متوسل شد.

در یک نگاه عمیق و بر اساس پذیرش اصل «غایت» می‌توان گفت بازگشت گزاره‌های تجویزی به گزاره‌های توصیفی است زیرا تمامی گزاره‌های دستوری را می‌توان در قالب یک گزاره خبری شرطی بیان کرد که اصطلاحاً به آن تحویل گزاره‌های ارزشی به گزاره‌های روشی می‌گویند. مثلاً وقتی می‌گوییم «باید این دارو را بخوری» در واقع گفته‌ایم: «اگر می‌خواهی به سلامت دست پیدا کنی

۱. ن. آ. پولاتراس، نجادعلی الماسی، واقعیت و حقوق، ص ۱۳۷-۱۴۳.

۲. مرتضی مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، ص ۱۶۲.

۳. همان، مجموعه آثار، ج ۲۰، ۵۲ و ج ۲۱ ص ۷۲.



راهش این است که این دارو را مصرف کنی»<sup>۱</sup>. مبتنی بر این نظریه نظام قواعد حقوقی منطقه الفراغ شامل قواعد حقوقی ثابت و متغیر است؛ قواعد حقوقی ثابت مبتنی بر استعدادها و مصالح حقیقی انسان‌ها اعتبار می‌یابند و قواعد حقوقی متغیر که مبتنی بر احتیاجات و مصالح متغیر وضع می‌شوند؛ بنابراین در فرایند تولید قاعده حقوقی اولاً قواعد حقوقی ثابت مورد شناسایی قرار می‌گیرند ثانیاً قواعد حقوقی متغیر در هماهنگی و تناسب با قواعد حقوقی ثابت اعتبار می‌یابند. نهایتاً آن دسته از قواعدی که در تضاد و ناهماهنگی با غایت و کمال واقعی انسان باشند نباید به‌عنوان قاعده حقوقی مشروعیت یابند.

#### ۴. قواعد حقوقی منطقه الفراغ و مصالح حقیقی

مقصود از مصالح و مفساد حقیقی آن است که این امور جدای از عالم ذهن، حقیقت و واقعیت دارند و در عالم خارج می‌توان آثار آنها را مشاهده کرد. بر این اساس اگر قواعد حقوقی مطابق با مصالح واقعی باشد می‌توان گفت این قواعد بر اساس مصلحت حقیقی وضع شده‌اند و اگر با مصالح حقیقی مخالفت داشته و موافق مفساد واقعی و حقیقی باشد، دارای مفسده بوده و موجب ضرر و خسران خواهند بود. هر قاعده حقوقی برای رسیدن به هدفی در تأمین مصالح یا رفع احتیاجات انسان وضع می‌شود؛ حال سؤال آن است که آیا اهداف واقعی و مصالح حقیقی برای انسان وجود دارد که قواعد حقوقی برای تأمین این مصالح وضع شوند یا اهداف و مصالح صرفاً اموری قراردادی و اعتباری محض هستند؟

مبتنی بر اصل غایت نظام عالم غایتمند بوده و عبث و بیهوده خلق نشده است؛ همچنین انسان موجودی هدفمند است و دارای هدفی واقعی و مصالحی حقیقی است. با این مقدمه برخی از قواعد حقوقی برای وصول به هدف واقعی و مصالح حقیقی انسان وضع می‌شوند و دارای مصلحت حقیقی می‌باشند. آن قسم از قضایای حقوقی که مبتنی بر مصالح و مفساد حقیقی می‌باشند ثابت و عمومیت دارند؛ همچنین اگر مصالح اجتماعی متغیر و تبدیل‌پذیر باشند قواعد حقوقی نیز متغیر و تبدیل‌پذیر خواهند بود.<sup>۲</sup> البته می‌توان گفت قواعد حقوقی ثابت و کلی لازمه‌ی نوع انسان است و اعتباریات

۱. حسین سوزنجی، معنا، امکان و راهکارهای تحقق علم دینی، ص ۲۰۱.

۲. محمدحسین طباطبائی، همان، ج ۸ ص ۵۳-۵۴.

متغیر که متناسب با شرایط مکانی و زمانی و پیشرفت علم و ... قابل تغییر و تبدیل می‌باشند؛ بنابراین قوانین کلی و ثابت مانند اصل اختصاص یا لزوم تأسیس حکومت مبتنی بر احتیاجات تکوینی و عمومی انسان‌ها قابل تبیین می‌باشند همانطور که قواعد حقوقی متغیر مبتنی بر نیازهای متغیر اقلیمی، زمانی و ... توجیه می‌شوند.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر از آنجا که انسان از وحدت نوعی و همچنین از مصالح حقیقی برخوردار است بنابراین لوازم آن از جمله احکام و قوانین ناظر به آن نیز از ضرورت، دوام و کلیت برخوردار است و محدود به زمان و مکان خاص نمی‌باشد.<sup>۳</sup> اگر قواعد حقوقی را فاقد مصالح حقیقی و تکوینی بدانیم در حقیقت به نفی هر گونه رابطه‌ای بین تشریح و تکوین حکم نموده‌ایم و قواعد حقوقی را صرفاً زائیده اعتبار انسان‌ها دانسته‌ایم که هدف آن‌ها رفع احتیاجات انسان در روابط اجتماعی است. مبتنی بر این دیدگاه وضع قواعد حقوقی فارغ از ملاک و ضابطه‌ای جهان‌شمول و صرفاً تابعی از نیازهای متغیر انسان‌ها در جوامع مختلف خواهد بود. در مقابل اگر قواعد حقوقی را تابعی از مصالح حقیقی بپنداریم رابطه‌ی بین تشریح و تکوین را تصدیق کرده‌ایم؛ در این صورت قواعد حقوقی را نمی‌توان صرفاً تابعی از احتیاجات متغیر انسان و یا قرارداد اجتماعی تلقی کرد بلکه برخی از قواعد حقوقی مبتنی بر مصالح واقعی می‌باشند. در این صورت تشخیص اهداف و مصالح واقعی جای پای «عقل نظری» را در فرایند تولید اعتباریات و قواعد حقوقی می‌گشاید زیرا شناخت مصالح و مفاسد فرایندی نظری و عقلانی است.

#### ۴-۱. «حقوق مدرن» و مصلحت وضع قاعده حقوقی

حقوق مدرن «مصلحت» را بر مبنای اصالت انسان به سود مادی تقلیل می‌دهد و آن را معیار حق و باطل قرار می‌دهد.<sup>۴</sup> کمترین نتایج این رویکرد در نظام حقوقی مدرن را می‌توان در عمل‌گرایی افراطی، دور شدن از مبانی عقلانی و توقف در نیازهای مادی انسان مشاهده کرد.<sup>۵</sup> تفکر فلسفی معاصر و به تبع آن برخی مکاتب حقوقی جایگاه و توان عقل را در «شناخت» انکار کرده و عقل را صرفاً وسیله‌ای در خدمت به تمنیات مادی انسان معرفی می‌کنند؛ از این منظر مصالح حقیقی انسان

۱. همان، اصول فلسفه و روش رئالیسم، ص ۱۱۳؛ مرتضی مطهری، اسلام و مقتضیات زمان، ج ۲ ص ۴۰۲.

۲. همان، بررسی‌های اسلامی، ج ۱ ص ۱۸۰.

۳. همان، ترجمه میزان، ج ۵ ص ۱۰.

۴. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱ ص ۱۷۰.

۵. محمد راسخ، حق و مصلحت، ص ۲۶۷.

نیز انکار می‌شود و «عقلانیت» ابزاری در خدمت نیازهای طبیعی و شهوات نفسانی قرار می‌گیرد. انسان از دیدگاه بزرگان اندیشه فلسفی غرب و حقوق مدرن مانند هابز، هیوم و بنتام به این مفهوم که هدف‌ها و مقاصد خود را به حکم عقل شناسایی می‌کند، برخوردار از عقل و عاقل نیست. در این رویکرد آنچه به انسان انگیزه حرکت به سوی اهداف را می‌بخشد شهوات، خواهش‌ها، نفرت‌ها و تمنیات نفسانی است. این طرز تلقی از انسان و عملکرد او «عقل» را فقط به خدمتکار یا به گفته هیوم «برده» شهوات و خواهش‌ها تبدیل می‌سازد. از این منظر عقل صرفاً ابزار و وسیله‌ای است که اساساً محاسبه‌گر است و این توانایی را ندارد که مشخص کند هدفی بیش از هدف دیگر عقلانی است. به عبارت دیگر هر هدف یا شیء صرفاً به این دلیل که خواستی است خوب است. کار عقل این می‌شود که چگونگی ارضای خواهش‌ها، سازش دادن آنها با یکدیگر و با خواهش برای همان چیز از سوی دیگران را معین کند.<sup>۱</sup> بنابراین اگر مصلحت صرفاً به عنوان منفعت و سود مادی در جامعه‌ای مورد توجه باشد، هنجارهای اجتماعی و حقوقی نیز در جهت تحقق این میزان مصلحت مادی اعتبار خواهند شد؛ نکته‌ای که در این مجال باید تذکر داد ضرورت وضع قواعد حقوقی مبتنی بر مصالح حقیقی انسان در تحقق سعادت انسان و جوامع انسانی است. به عبارت دیگر شرط اینکه جامعه‌ی انسانی به سعادت خود دست یابد آن است که قوانین اجتماعی برخاسته از فهم نظام تکوین مصالح حقیقی انسان باشد و سعادت حقیقی و نیازهای واقعی انسان در وضع قواعد حقوقی مورد توجه قرار گرفته باشد. همچنین بقای نوع انسان در این دنیا نیز نیازمند بهره‌گیری نظام حقوقی از چنین قواعدی است که مبتنی بر انسانیت انسان بوده و نیازهای برتر او را که نشأت گرفته از حقیقت ملکوتی و فطرت الهی انسان است را تأمین نماید.<sup>۲</sup> بر این اساس است که قواعد حقوقی منطقه الفراغ علی‌رغم آنکه از اراده حاکم اسلامی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم مشروعیت می‌یابند بایستی مبتنی بر مصالح عمومی وضع شوند؛ به عبارت دیگر اولاً حاکم اسلامی نمی‌تواند بدون رعایت مصالح به وضع قاعده حقوقی مبادرت کند، ثانیاً «مصلحت عمومی» صرفاً محدود به سود و زیان مادی نیست بلکه مصالح حقیقی انسان‌ها که تأمین‌کننده سعادت ایشان می‌باشد باید به عنوان اهداف وضع قواعد حقوقی در منطقه الفراغ مورد نظر باشد.

۱. آنتونی آربلاستر، عباس مخبر، لیبرالیسم غرب، ص ۵۱ و ۵۰

۲. مهرزاد ابدالی، فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، ص ۱۳۷

۳. محمدحسین طباطبایی، ترجمه المیزان، ج ۱۷ ص ۲۸۶.

#### ۴-۲. «دین» و مصلحت وضع قاعده حقوقی

قواعد حقوقی انتظام بخش حیات اجتماعی انسان‌اند و تحقق جامعه‌ای صالح مصلحت اصلی وضع قواعد حقوقی می‌باشد؛ اجتماع صالح انسانی نیز با بهره‌مندی از قوانین و قواعد حقوقی بستری ضروری برای تأمین احتیاجات و رفع نواقص انسان ایجاد می‌کند به گونه‌ای که لوازم تحقق سعادت آدمی را فراهم می‌سازد. در این میان پوشیده نیست طرز تفکر و اعتقادات انسان‌ها پیرامون مسائل اساسی وجود شناختی و انسان‌شناختی به سبک زندگی متفاوت در جوامع مختلف منجر می‌شود و قواعد حقوقی نیز از این امر مستثنی نمی‌باشند؛ بنابراین قواعد حقوقی تابعی از اندیشه‌های بنیادینی هستند که مصالح و مفاسد امور را تبیین می‌کنند.

«دین» و تعالیم وحیانی اگرچه برخی قواعد ثابت رفتاری را در اختیار انسان قرار می‌دهد باین‌وجود در منطق دین «گرایش» و بینش «انسان‌ها با اهتمام بیشتری مورد خطاب قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر دین الهی و به صورت ویژه دین اسلام به دنبال سامان یافتن انسانی است که نه تنها عمل و رفتار او مطابق با مصالح واقعی اوست بلکه بیش و پیش از آن طالب انسانی است که برخوردار از اندیشه‌ای مطابق با واقعیات هستی و گرایشی متمایل به آن باشد. جامعه‌ای که مبتنی بر تعالیم دینی شکل می‌گیرد قواعدی را برای انتظام اجتماعی برمی‌گزیند که علاوه بر تأمین حوائج دنیوی به مصالح اخروی انسان نیز اهتمام دارد؛ بر این اساس از آنجا که اعتبار قواعد حقوقی بر اساس مصالح و اغراض ایجاد آن می‌باشد اولویت مصالح به اولویت قواعد حقوقی نیز سرایت خواهد کرد به گونه‌ای که قواعد حقوقی ناظر به مصالح مادی انسان باید با رعایت قواعد حقوقی تأمین‌کننده مصالح برتر او وضع و اعتبار یابند. البته در این میان «عقل» یگانه معیار تمیز خیر و شر یا نافع و مضر است؛ «عقل» می‌تواند حوائج و مصالح واقعی انسان را از مصالح غیرواقعی او تمیز دهد.

با این توصیف به حکم عقل باید قواعدی بر اجتماع حاکم باشد که اولاً مطابق با فطرت و طبیعت انسان باشد به گونه‌ای که از احتیاجات و اقتضات خلقت انسان منشأ گرفته باشد و ثانیاً التزام به این قواعد علاوه بر انتظام اجتماع به تحصیل سعادت انسان منجر شود.<sup>۱</sup> بنابراین اگر «مصلحت» فراتر از تعریف حداقلی آن که در حقوق مدرن ذکر شد مورد توجه باشد، در این

صورت قواعد و هنجارهای اجتماعی و حقوقی در جهت تحقق اهداف دنیوی و اخروی انسان اعتبار خواهند یافت؛ چنانچه نظام حقوق اسلامی این ادعا را محقق می‌سازد.

نظام قواعد حقوق اسلامی متشکل از قواعدی است که برخی متخذ از احکام شرعی الزامی‌اند که مبتنی بر اعتقاد امامیه این احکام تابع مصالح و مفسدات حقیقی‌اند؛ برخی دیگر از قواعد حقوقی که در منطقه الفراغ شرعی و مبتنی بر اختیارات حاکم اسلامی وضع می‌شوند نیز بایستی با توجه به مصالح عمومی که فراتر از مصالح مادی می‌باشد اعتبار یابند. نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد آن است که دین و تعالیم و حیانی اسلام در شناسایی مصالح و غایات انسان و جوامع انسانی از پتانسیل‌های فراوانی برخوردار است؛ به عبارت دیگر علاوه بر احکام شرعی که بخش حداقلی از دین اسلام را تشکیل می‌دهد نظام هستی‌شناختی، انسان‌شناختی و ارزش‌شناختی اسلامی غایات و مصالح حقیقی انسان را معرفی می‌کند که باید به‌عنوان مصالح و غایات وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ مورد توجه قانون‌گذار و حاکم اسلامی قرار گیرد؛ در این صورت عنصر «مصلحت» در وضع قواعد حقوقی مستلزم تحفظ بر مصالح شرعی ناظر به احکام الزامی، اهداف دین و مصالح اخلاقی نیز خواهد بود.<sup>۱</sup>

#### ۴-۲-۱. قاعده حقوقی منطقه الفراغ و مصلحت حکم شرعی الزامی

مصلحت شرعی ناظر به اموری است که از نصوص شرعی یا حکم قطعی عقلی استنباط می‌شود؛ مصالح شرعی در احکام شرعی عینیت می‌یابند و اجرای هر حکم شرعی تحقق مصلحتی از مصالح شرعی را در پی دارد. از آنجا که احکام شرعی تکلیفی دربردارنده مصالح واقعی‌اند<sup>۲</sup> سؤال آن است که وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ چه نسبتی با احکام شرعی باید داشته باشند؟ مبتنی بر نظریه منطقه الفراغ وظیفه قانون‌گذار اسلامی لزوم تحفظ بر مصالح شرعی است که در احکام شرعی منعکس شده است و حاکم اسلامی در وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ باید به این امر ملتزم باشد؛ به عبارت صریح‌تر احکام ثابت شرعی به‌عنوان قانون اساسی حاکم بر قواعد حقوقی منطقه الفراغ عمل می‌نمایند: «احکام ثابت شریعت که از نظر فقهی کاملاً مسلم هستند تا آنجا که به زندگی اجتماعی ارتباط پیدا می‌کنند، بخش ثابت حقوق اساسی را تشکیل می‌دهند؛ چه در قانون اساسی به آنها

۱. عبدالحسین خسروپناه، گفتمان مصلحت در پرتو شریعت و حکومت، ص ۶

۲. محمدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، الحلقة الثانية، مجمع الفکر الاسلامی، ص ۲۵

تصریح شده باشد و چه نشده باشد.<sup>۱</sup> حاکم اسلامی ناگزیر به رعایت سایر احکام شرعی در وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ است و این اختیار وجود ندارد که برای مثال قانونی وضع نماید که در مخالفت با حکم شرعی ربا یا حکم لزوم انفاق زوج نسبت به زوجه باشد؛ بنابراین محدوده اختیارات حاکم اسلامی منحصر به وضع قاعده حقوقی در حیطه احکام غیر الزامی می‌باشد؛<sup>۲</sup> می‌توان گفت اصل اولی در وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ تحفظ بر احکام شرعی است و قواعد حقوقی منطقه الفراغ نباید در مغایرت با این احکام وضع شوند؛ البته دیدگاه عدم مغایرت با حکم شرعی در وضع قاعده حقوقی به معنای نادیده گرفتن هماهنگی با اهداف و مقاصد کلی شریعت یا مصالح اخلاقی نیست. به عبارت دیگر وضع قاعده حقوقی در منطقه الفراغ ضمن عدم مغایرت با احکام الزامی شرعی در انطباق با اهداف شریعت و مصالح اخلاقی و اجتماعی وضع می‌گردد؛ بنابراین قانون‌گذار اولاً نباید از قوانین و احکام ثابت شرعی تخطی کند؛ ثانیاً چنانچه به دلایلی تخطی از احکام شرعی صورت می‌پذیرد مانند وضع قواعد الزامی در حوزه مباحات، این تخطی باید مبتنی بر مصلحت باشد که بخشی از آن در مصالح شرعی ناظر به اهداف دین یا مقاصد شریعت تبلور یافته است و بخش دیگری نیز در مصالح اخلاقی جامعه قرار می‌گیرد؛

#### ۴-۲-۲. قاعده حقوقی منطقه الفراغ و اهداف دین

یکی از اختصاصات نظام حقوق اسلامی لزوم هماهنگی قواعد حقوقی موضوعه با مقاصد شریعت و موازین اسلامی است؛ قواعد حقوقی اسلامی صرفاً متکی به احکام شرعی الزام‌آور وضع نمی‌شوند بلکه بخشی از این قواعد مبتنی بر مقاصد شریعت و اهداف دین اعتبار می‌یابند؛ اهداف دین و مقاصد شریعت منبعی بی‌پایان برای تأمین آنچه که قانون‌گذاری و قضاوت اسلامی بدان نیازمند است می‌باشد و البته مقاصد شریعت منبعی خارج از شریعت اسلام نیست.<sup>۳</sup> اهداف دین ناظر به اغراض کلی دین مانند تعلیم و تربیت، حیات طیبه، اقامه عدل و قسط، فلاح و رستگاری و... است و مقاصد شریعت ناظر به مجموعه‌ای مشخص از قوانین و احکام شرعی می‌باشد که مستقل از سایر قوانین قابل بررسی است؛<sup>۴</sup> به عبارتی مقاصد شریعت همان غایت

۱. محمدباقر صدر، لمحۀ فقهیۀ تمهیدیۀ عن مشروع دستور الجمهوریۀ اسلامیۀ،

۲. همان، اقتصادنا، ص ۶۸۹.

۳. علال الفاسی، بی تا، ۵.

۴. ابوالقاسم علیدوست، فقه و مقاصد شریعت، فقه اهل البیت، بهار ۱۳۸۴، شماره ۴۱.

شریعت که شارع در هر یک از احکام خود وضع کرده است را تبیین می‌نمایند.<sup>۱</sup> اگرچه مقاصد احکام در منابع فقهی امامیه و روایات رسیده از ائمه اهل‌البیت مورد توجه می‌باشد با این وجود فقهای اهل سنت به دلایل متعددی در حوزه مقاصد شریعت و بهره‌گیری از آن در فرایند استنباط احکام و قوانین پیش‌قدم می‌باشند. تقسیم مقاصد شریعت به ضروریات، حاجیات و تحسینات و همچنین تقسیم ضروریات به حفظ دین، حفظ جان، حفظ عقل، حفظ نسل، حفظ مال از نمونه‌هایی است که ابتدا در فقه اهل سنت مطرح شده است.<sup>۲</sup> مصالح مرسله نیز که بیشتر در فقه اهل سنت مورد استعمال قرار گرفته ناظر به مصالحی است که فاقد نص معین شرعی است اما با چارچوب کلان شریعت هماهنگی دارند.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر مصلحت مرسله برخوردار از نص قانونی در تصریح به رعایت آن نیست با این وجود با مقاصد عمومی شارع موافقت دارد.<sup>۴</sup> بنابراین قانون‌گذار اسلامی نه تنها باید در وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ نسبت به مصلحت احکام شرعی الزامی توجه نماید بلکه باید مقاصد شریعت و اهداف دین را نیز در وضع قواعد حقوقی مورد توجه قرار دهد؛ یکی از دلایلی که اهداف دین و مقاصد شریعت به عنوان ضابطه وضع قاعده حقوقی مورد تأکید می‌باشد آن است که تعیین اهداف دین و مقاصد شریعت چنانچه مبنایی برای مشروعیت قانون‌گذاری واقع نشوند، امری بیهوده و لغو می‌نماید؛ به عبارت دیگر شارع مقدس اهداف دین را به گونه‌ای تعیین کرده است که در شرایط مختلف و متغیر زمانی و مکانی امکان تحقق دارد و نتیجه این امر داخل بودن اهداف دین و مقاصد شریعت در مصالحی است که وضع قاعده حقوقی مبتنی بر آن‌ها صورت می‌گیرد.<sup>۵</sup>

#### ۴-۲-۳. قاعده حقوقی منطقه الفراغ و مصالح اخلاقی

تفکیک حقوق و اخلاق را می‌توان جوهره مکتب اثبات‌گرایی حقوقی دانست<sup>۶</sup> با این استدلال که میان حقوق و اخلاق رابطه ضروری برقرار نیست همچنان که میان امور حقیقی و امور ارزشی

۱. وهبه الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ۱۰۱۷.

۲. محمد بن محمد الغزالی الطوسی، المستصفی من علم الأصول، ج ۱، ص ۴۱۶ و ۴۱۷.

۳. محمد احمد بورکاب، المصالح المرسله و اثرها فی مرونه الفقه الاسلامی، صص ۶۴.

۴. محمد جعفر لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، صص ۶۵۵.

۵. سیف‌الله صرامی، فقه و قانون، مرکز تحقیقات اسلامی مجلس، ۱۳۹۲، صص ۶۱۸.

۶. Horward davies and david Holdcroft, Jurisprudence text and commentary, 1991, p.3

رابطه منطقی قابل تصور نیست؛ اندیشه جدایی حقوق و اخلاق همچنین بر این تلقی استوار است که قواعد حقوقی صرفاً خواهان برآورد نیازهای بیرونی اشخاص است و حال آنکه اخلاق وابسته به ضمیر و وجدان درونی انسان می‌باشد؛ به عبارت دیگر هنجارهای اخلاقی نه تضمینی برای به اجرا درآوردن قواعد حقوقی هستند و نه مانعی برای اجرای آنها به حساب می‌آیند.<sup>۱</sup> اثبات گرایان حقوقی این دیدگاه که اعتبار حقوقی یک قاعده ضرورتاً به اوصاف اخلاقی ماهوی آن بستگی دارد را به چالش کشیدند؛ به عبارت دیگر در این مکتب ویژگی حقوقی یک هنجار مستقل از تطابق آن با یک هنجار اخلاقی است و یک هنجار به دلیل اینکه منطبق با یک هنجار اخلاقی است حقوقی به شمار نمی‌آید و همچنین اگر هنجار حقوقی مغایر هنجار اخلاقی باشد ماهیت حقوقی خود را از دست نمی‌دهد.<sup>۲</sup> در مقابل عقلانی بودن و اعتقاد به انطباق قواعد حقوقی با هنجارهای برتر اخلاقی را می‌توان جوهره مکتب حقوق طبیعی قلمداد کرد به گونه‌ای که برخی حقوق طبیعی را اصطلاحی برای اشاره به نقطه تلاقی بین حقوق و اخلاق دانسته‌اند.<sup>۳</sup> علی‌رغم تنوع نظریات مکاتب حقوقی در موضوع نسبت اخلاق با حقوق، حقوق اسلامی به‌عنوان نظام حقوقی ارزش‌گرا شناخته می‌شود و مبتنی بر نظریه منطقه الفراغ وضع قواعد حقوقی در راستای مصالح اخلاقی اجتماعی قابل توجیه می‌باشد؛ البته این اندیشه که اخلاق منشأ اعتبار قاعده حقوقی است نه از این منظر مورد پذیرش است که قاعده اخلاقی حکایت‌کننده از واقعیاتی است که این واقعیات رابطه‌ای منطقی و ضروری با قواعد حقوقی ایجاد می‌کنند بلکه از این جهت است که قاعده اخلاقی غایات و مصالحی را در روابط اجتماعی افراد تبیین می‌کند به گونه‌ای که غایت و مصلحت وضع قاعده حقوقی می‌تواند واقع شود. مصلحت اخلاقی به‌عنوان معیار وضع قاعده حقوقی از دو منظر می‌تواند مورد تأمل قرار گیرد؛ در نگاه نخست قانون‌گذار مستقیماً با عنایت و توجه به مصلحتی اخلاقی مانند وجوب وفای به عهد مبادرت به وضع قاعده حقوقی می‌کند؛ در رویکرد دوم اگرچه مصلحت اخلاقی در ابتدا مورد نظر قانون‌گذار نمی‌باشد با این وجود وضع قواعد حقوقی به گونه‌ای انجام می‌پذیرد که به صورت غیرمستقیم مصالح اخلاقی جامعه مورد حمایت قرار می‌گیرد یا عواملی که در فساد اخلاقی جامعه

۱. Bodenhimer, Edgar, Jurisprudence: The philosophy and method of law, Cambridge, Harvard University, p. 291.

۲. میشل تروپه، فلسفه حقوق، تهران: نشر آگه، ۱۳۸۶ ص ۹۹.

۳. وکس ریموند، پیشین، ص ۸.





نقش آفرین هستند به صورت غیر مستقیم با وضع قواعد حقوقی مناسب در حاشیه قرار می گیرند.

### نتیجه گیری

مبتنی بر نظریه منطقه الفراغ قواعد حقوقی در فقدان حکم شرعی الزامی مبتنی بر روش عقلانی وضع می شوند و البته در مقام تنفیذ توسط حاکم اسلامی مشروعیت می یابند. منطقه الفراغ حوزه گسترده ای را شامل می شود به گونه ای که شامل همه اموری است که دلایل فقهی ممنوعیت یا التزام خاصی را در آن ارائه نکرده است و می توان با تکیه بر عقلانیت یا تجارب موثق بشری به وضع قواعد حقوقی مبادرت کرد.<sup>۱</sup> قواعد حقوقی منطقه الفراغ اگرچه از اراده حاکم اسلامی که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم اعمال می شود، مشروعیت می یابند با این وجود در نسبت با «مصالح عمومی» اعتبار می یابند؛ بنابراین قواعد حقوقی منطقه الفراغ اعتباری صرف نمی باشند بلکه اعتباری مبتنی بر مصالح عمومی و غایات واقعی خواهند بود؛ البته ماهیت اعتباری قواعد حقوقی بیان گر آن است که فرایند تولید قواعد حقوقی مبتنی بر منطق تولید ادراکات اعتباری و بر اساس عقلانیت عملی قابل تبیین است. بر این اساس قواعد حقوقی برخلاف علوم نظری که برهانی هستند جدلی می باشند و قیاسی که در شناسایی قواعد حقوقی جریان می یابد از مشهورات و مسلمات تشکیل می شود؛ با این توصیف قواعد حقوقی منبعث از نیازهای اجتماعی اند و تشخیص نیاز توسط عقل و بنای عقلا صورت می گیرد. بر اساس منطق اعتبار قضایای عملی اولاً قواعد حقوقی منطقه الفراغ اعتباری اند ثانیاً مصالح قواعد حقوقی محدود به سود و زیان مادی صرف نیست و مصالح نوعی و حقیقی انسان ها که به ایجاد جامعه ای صالح و شایسته منجر می شود را نیز شامل می شود؛ ثالثاً مبتنی بر «علت غایی» می توان نسبت اعتبار حقوقی و مصالح حقیقی را تبیین کرد. دین اسلام با ارائه نظام معرفتی و ارزشی منحصر به فرد در تبیین مصالح و غایات انسان، نظام حقوقی ویژه ای را طراحی نموده است. بر این اساس وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ مبتنی بر غایات و مصالحی می تواند باشد که علاوه بر تأمین منافع مادی افراد به مصالح نوعی و حقیقی ایشان نیز توجه ویژه دارد؛ قواعد حقوقی منطقه الفراغ از سویی نباید مغایر احکام شرعی الزامی باشد زیرا این احکام تابع مصالح و مفاسد واقعی اند و از سویی دیگر باید تأمین کننده اهداف دین و مصالح اخلاقی جامعه باشد. نظریه منطقه الفراغ دغدغه کارآمدی نظام حقوق اسلامی را دارد و با طراحی

۱. عبد الله جوادی آملی، نسبت دین و دنیا، ص ۱۱۹

مکانیسمی هم به بهره‌گیری از ظرفیت‌های عقلانی در تولید قواعد حقوقی منجر می‌شود و هم از سوی دیگر مصالح حقیقی افراد را مورد توجه قرار می‌دهد؛ بنابراین نمی‌پذیرد که اختیارات حاکم اسلامی در وضع قواعد حقوقی خارج از احکام الزامی شرعی باشد و بعلاوه عدالت اجتماعی مبتنی بر دیدگاه اسلامی را علت غایی وضع قواعد حقوقی منطقه الفراغ معرفی می‌کند؛ بنابراین نظریه با نظامی از قواعد حقوقی مواجهیم که برخی چون مبتنی بر مصالح نوعی و حقیقی انسان‌ها هستند قواعدی ثابت و عمومی می‌باشند و برخی از آنجا که مبتنی بر نیازها و مصالح متغیر وضع می‌شوند، قواعد حقوقی متغیر می‌باشند. قواعد حقوقی متغیر در هماهنگی با قواعد حقوقی ثابت اعتبار خواهند یافت و در صورت عدم هماهنگی و تضاد با قواعد حقوقی ثابت نباید به عنوان قاعده حقوقی مشروعیت پیدا کنند؛



## منابع

## فارسی

- ابدالی، مهرداد. درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی، تهران، مجلد، ۱۳۹۳.
- ابن سینا، الشفاء، قم، مکتبه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
- آریلاستر، آنتونی. مخبر، عباس. لیبرالیسم غرب، تهران، مرکز، ۱۳۹۱.
- تروپه، میشل. فلسفه حقوق، تهران، نشر آگه، ۱۳۸۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- \_\_\_\_\_ نسبت دین و دنیا؛ بررسی و نقد نظریه سکولاریسم، قم، اسراء، ۱۳۹۱.
- حائری، مهدی. آفاق فلسفه، تهران، انتشارات فروزان، ۱۳۷۹.
- \_\_\_\_\_ کاوش‌های عقل عملی، تهران، موسسه پژوهشی حکمت و فلسفه ایران، ۱۳۸۴.
- حکیم، محمدتقی. الأصول العامه للفقہ المقارن، بیروت، مؤسسه آل‌النبی، ۱۹۷۹.
- خسروپناه، عبدالحسین، گفتمان مصلحت در پرتو شریعت و حکومت، تهران، دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۸۰.
- راسخ، محمد. حق و مصلحت، تهران، انتشارات طرحی نو، ۱۳۸۷.
- رز، ژوزف. سیاپوش، علی‌اکبر. مفهوم نظام حقوقی؛ درآمدی بر نظریه نظام حقوقی، تهران، نشر دانش، ۱۳۹۴.
- ریموند، وکس. فلسفه حقوق مختصر و مفید، ترجمه دکتر باقر انصاری و مسلم آقایی، تهران، جنگل، ۱۳۸۲.
- سروش، عبدالکریم. دانش و ارزش، تهران، یاران، ۱۳۶۱.
- \_\_\_\_\_ فقه در ترازو، مجله کیان، شماره ۱۳۷۸، ۴۶.
- سوزنجی، حسین. معنا، امکان و راهکارهای تحقق علم دینی، تهران، پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۹.
- صرامی، سیف‌الله. فقه و قانون، مرکز تحقیقات اسلامی مجلس، ۱۳۹۲.
- طباطبائی، محمدحسین. اصول فلسفه و روش رئالیسم، تهران، صدرا، ۱۳۹۲.
- \_\_\_\_\_ بررسی‌های اسلامی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷.
- \_\_\_\_\_ حاشیه الکفایه، قم، بنیاد علمی فکری علامه طباطبائی، بی‌تا.
- \_\_\_\_\_ نهایه الحکمه، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰.

- ترجمه المیزان، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴.
- علی اکبریان، حسنعلی. معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر در روایات: معیارهای ثابت، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.
- علیدوست، ابوالقاسم. فقه و عرف، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
- \_\_\_\_\_ فقه و مقاصد شریعت، فقه اهل البیت، بهار ۱۳۸۴، شماره ۴۱.
- قربان نیا، ناصر. قرائت‌های گوناگون از حقوق طبیعی، فقه و حقوق، شماره ۱، تابستان ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، امیر ناصر. فلسفه حقوق، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- کلسن، هانس. نعمت‌الهی، اسماعیل. نظریه حقوقی ناب، قم، پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.
- مردی، ابوالحسن. دلایل براهین الفرقان، به نقل از رسائل مشروطیت، تهران، کویر، ۱۳۷۴.
- مطهری، مرتضی. اسلام و مقتضیات زمان، تهران، صدرا، ۱۳۸۰.
- \_\_\_\_\_ مجموعه آثار، تهران، صدرا، ۱۳۷۷.
- \_\_\_\_\_ نظام حقوق زن در اسلام، صدرا، ۱۳۸۴.
- مظفر، محمدرضا. اصول فقه، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰.
- مکارم شیرازی، ناصر. بحوث فقهیه هامه، قم مدرسه الامام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۲ ق،
- ملاصدرا، الشواهد الربوبیه فی المناهج السلوکیه، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۰.
- ن. آر. پولانراس، نجادعلی الماسی، واقعیت و حقوق، دانشگاه ملی، بی تا.
- نائینی، محمدحسین. تنبیه الامه و تنزیه المله، تصحیح و تقدیم: سیدجواد ورعی، قم: بوستان کتاب قم، ۱۳۸۸.
- هارت، هربرت. راسخ، محمد. مفهوم قانون، نشرنی، ۱۳۹۰.
- هاشمی شاهرودی، محمود. بحوث فی علم الاصول، قم. مرکز غدیر، ۱۴۱۷،
- عربی
- الزحلی، وهبه. الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت، دارالفکر، ۱۱۱۸ ق.
- بورکاب، محمد احمد. المصالح المرسله و اثرها فی مرونة الفقه الاسلامی، بیروت، دار البحوث، ۱۹۹۴ م.
- صدر، محمدباقر. اقتصادنا، خراسان، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷.
- \_\_\_\_\_ دروس فی علم الاصول، بیروت، دارالکتب، ۱۹۸۷.

- \_\_\_\_\_ لمحہ فقہیہ تمہیدیہ عن مشروع دستور الجمهوریہ الاسلامیہ فی ایران، ۱۴۲۶.
- غزالی، محمد بن محمد. المستصفی من علم الاصول، به کوشش محمد سلیمان اشقر، تهران، نشر احسان، ۱۳۸۲.

### لاتین

- Aquinas, Thomas, (۱۹۴۷) Summa Theologica, New York: Benziger Bros.
- Austin, John, (1832) the Province of Jurisprudence Determined, London: John Murray.
- Bix, Brian H, (2004) natural law: The Modern Tradition, Oxford,
- Bodenheimer, Edgar, (1811) Jurisprudence: The philosophy and method of law, Cambridge, Harvard University
- Finnis, John, (۲۰۱۱) Natural Law and Natural Rights. Oxford.
- ..... (1983) Fundamentals of Ethics, Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (2012) the Concept of Law, Oxford.
- Horward davies and david Holdcroft, (1881) Jurisprudence: text and commentary, Butterworths Law.
- Kelsen, Hans, (1946) General Theory of Law and State, Cambridge.
- ..... (2002) Pure Theory of Law, University of California.
- ..... (1983) what is justice? , University of California.
- Philip, soper. (1983) Legal Theory and The Problem of The definition, University of Chicago Law Review .
- Raz, Joseph, (1980) the concept of legal system, An Introduction to the Theory of a Legal System, Oxford,