

# وائل بن حلاق تاریخ تئوری های حقوقی اسلامی

ترجمه محمد اسحاق



نشر نبوی

سرشناسه: حلاق، وائل. Hallaq, Wael B. ● عنوان و پدیدآور: تاریخ تنوری‌های حقوقی اسلامی مقدمه‌ای بر اصول فقه سنّی/ وائل بن حلاق؛ ترجمه محمد راسخ. ● مشخصات نشر: تهران، نشر نی، ۱۳۸۶. ● نویسنده: چاپ ششم، ۱۴۰۳. ● مشخصات ظاهری: ۴۴۰ ص. ● شابک: 978-964-312-952-1 ● وضعیت فهرست‌نویسی: فیبا ● یادداشت: عنوان اصلی: A history of Islamic legal theories. An Introduction to Sunnī Uṣūl AlFīqh ● یادداشت: وازه‌نامه. یادداشت: کتابنامه: ص. ۳۶۷-۴۰۶؛ همچنین به صورت زیرنویس. ● موضوع: فقه اهل سنت - تفسیر و استنباط. ● شناسه افزوده: راسخ، محمد، ۱۳۴۲ - . مترجم. ● رده‌بندی کنگره: ۱۳۸۶ ت ۲ خ ۱۵۷/ BP ● رده‌بندی دیویی: ۲۹۷/۳۱۱ ● شماره کتابخانه ملی: ۱۰۶۷۵۴۴

قیمت: ۴۲۰۰۰۰ تومان

www.ketab.ir



تاریخ تنوری‌های حقوقی اسلامی

مقدمه‌ای بر اصول فقه سنّی

وائل ابن حلاق

مترجم: محمد راسخ

چاپ ششم: تهران، ۱۴۰۳، ۱۵۰ نسخه

چاپ و صحافی: پردیس دانش

شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۳۱۲-۹۵۲-۱

نشانی: تهران، خیابان دکتر فاطمی، خیابان رهی معیری، تقاطع خیابان فکوری، شماره ۲۰

کد پستی: ۱۴۱۳۷۱۷۳۷۱، تلفن دفتر نشر: ۸۸۰۲۱۲۱۴، تلفن واحد فروش: ۸۸۰۰۴۶۵۸-۹، نمابر: ۸۹۷۸۲۴۴۴

nashreeny ● email: info@nashreeny.com ● www.nashreeny.com

© تمامی حقوق این اثر برای نشرنی محفوظ است. هرگونه استفاده تجاری از این اثر یا تکثیر آن، کلاً و جزئاً، به هر صورت (چاپ، فتوکپی، صوت، تصویر و انتشار الکترونیکی) بدون اجازه مکتوب ناشر ممنوع است.

## فهرست مطالب

۹	.....	مقدمه مترجم
۲۷	.....	دیباجه
۳۱	.....	یکم. دوره شکل‌گیری
۳۱	.....	مقدمه
۳۴	.....	قرآن به منزله سندی حقوقی
۳۹	.....	فقه در قرن اول هجری (حدود ۶۲۰-۷۲۰ میلادی)
۵۰	.....	فقه در قرن دوم هجری (حدود ۷۲۰-۸۱۵ میلادی)
۵۷	.....	آغاز نظریه پردازی فقهی
۶۹	.....	ظهور اصول فقه
۷۷	.....	دوم. بسط تئوری حقوقی: قسمت اول
۷۷	.....	مقدمه
۷۹	.....	معرفت‌شناسی
۸۲	.....	احکام پنج‌گانه شرعی
۸۵	.....	زبان شرع
۱۰۵	.....	روایات نبوی: معرفت‌شناسی، نقل، حجیت
۱۱۷	.....	نسخ
۱۲۵	.....	اجماع
۱۳۳	.....	سوم. بسط تئوری حقوقی: قسمت دوم
۱۳۳	.....	اشارات مقدماتی

۱۳۴	قیاس
۱۶۶	استحسان
۱۷۱	مصالح مرسله
۱۷۵	قوانین توحیدی پیش از نزول قرآن
۱۷۸	اجتهاد و مجتهدین
۱۸۴	تقلید
۱۸۷	مفتی
۱۹۱	چهارم. متون حقوقی، جهان و تاریخ
۱۹۱	مقدمه: ثابت‌های نظری
۱۹۳	متغیرهای اصول فقه
۲۲۶	تئوری حقوقی (اصول فقه) و احکام ماهوی شرع
۲۳۹	پنجم. واقعیت اجتماعی و واکنش تئوری
۲۳۹	مقدمه
۲۴۲	بازسازی معرفت‌شناسی
۲۴۶	مقاصد الشریعه
۲۵۴	احکام پنج‌گانه شرعی
۲۶۲	عناصر تشکیل‌دهنده مقاصد شرع
۲۷۱	دله شرعی و زبان شرع
۲۸۰	قرآن و سنت
۲۸۵	اجتهاد، مجتهدین و مفتیان
۲۹۲	نتیجه
۲۹۵	ششم. بحران مدرنیته: به سوی یک تئوری حقوقی جدید؟
۲۹۵	پیش زمینه
۳۰۵	سودانگاری دینی
۳۲۶	لیبرالیسم دینی
۳۵۵	سخن آخر
۳۵۷	هفتم. خاتمه
۳۶۷	منابع
۴۰۷	واژه‌نامه
۴۳۱	نمایه

## مقدمه مترجم

به دو پرسش «چرا قهوری حقوقی؟» و «چرا تاریخ تنوری حقوقی؟» در پیشگفتار تاریخ مختصر تنوری حقوقی در غرب<sup>۱</sup> پاسخ گفته‌ایم. از این رو، در این جا به پرسش سوم می‌پردازیم که خود از دو بخش تشکیل می‌شود: «چرا تاریخ تنوری حقوقی اسلامی؟» به طور کلی و «چرا تاریخ تنوری حقوقی در میان اهل سنت؟» - یعنی موضوع بحث این کتاب - به طور خاص. ابتدا به جزئیات از پرسش سوم می‌پردازیم.

نخست، اندکی پس از ورود اسلام به ایران - حدوداً در چهارصد سال پیش - عقاید و آموزه‌های اسلامی منبع اصلی فکر سیاسی و حقوقی در این مرز و بوم شدند. به رغم وجود حکومت‌های متقارن و دست‌به‌دست شدن قدرت در فواصل زمانی نسبتاً کوتاه تاریخی و حتی با وجود هجوم و تجاوز خارجی (مانند دست‌اندازی سبعانه مغول‌ها به خاک ایران) پیوسته الهیات، عرفان و در نهایت فقه اسلامی بر پهنه قدرت سیاسی و روابط فردی و اجتماعی در کشور، سایه افکنده است.<sup>۲</sup> عقاید و آموزه‌های اسلامی تا روی کار آمدن سلسله صفویه - حدود پانصد

---

۱. کلی، جان (۱۳۸۲)، پیشگفتار و ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو. همچنین برای بحث بیشتر از تاریخی بودن حقوق و ارائه دو استدلال در این راستا، ر.ک. به: راسخ، محمد (۱۳۸۲)، «درآمد»، در آغاز قانونگذاری، به کوشش حسین بادامچی، تهران: طرح نو.

۲. برای نمونه، ر.ک. به: زرین‌کوب، عبدالحسین (۱۳۸۰)، روزگار ان: تاریخ ایران از آغاز تا سقوط سلطنت پهلوی، چاپ سوم، تهران: انتشارات سخن، فصل‌های ۱۳ - ۲۰.

سال پیش - عمدتاً از سرچشمه مذاهب اهل تسنن سیراب می‌شدند. از زمان حکومت صفوی به این سو به دلیل شیعه‌بودن حاکمان و اکثریت یافتن پیروان مذهب شیعه در میان ایرانیان، باورها و آموزه‌های شیعی در حوزه‌های سیاسی و اجتماعی برتری یافتند.<sup>۱</sup> این باورها و آموزه‌ها در شکل‌های مختلف و با تفسیرهای گوناگون تا دوران جدید، یعنی حدود صد و پنجاه سال پیش (دوران متأخر حکومت قاجار) - حداکثر تا انقلاب مشروطه (حدود صد سال پیش) - تقریباً به‌طور انحصاری زیربنای فکر و نظام سیاسی کشور را تشکیل می‌دادند و همچنین ماده و محتوای احکام و مقررات نظام سنتی حقوقی سرزمین را فراهم می‌آوردند.<sup>۲</sup>

دوم، مدتی پیش از شکل‌گیری انقلاب مشروطه رفته‌رفته عناصری جدید راه خود را به قلمرو فرهنگ و نهادهای سیاسی و عمومی ایران باز کردند. این عناصر از کشورهای غربی ریشه می‌گرفتند و در واکنش به ظلم و عقب‌ماندگی فراگیر در کشور، مورد عنایت و تمسک قرار گرفته بودند. جمعی از سیاست‌مداران، برخی از علمای دینی و بیشتر متوالفکرها در تلاش به نظام استبدادی و با شعارهای عدالت و ترقی به طرح و طرفداری از مفاهیم جدید و نهادهایی برآمدند که عمدتاً از درون تحولات دوران مدرن غربی و انقلابات سیاسی و اجتماعی در آن وادی، سر برآورده بودند.<sup>۳</sup> برای نمونه، می‌توان به مفاهیمی چون شهروندی، حقوق و تکالیف مصوب و مورد حمایت دولت، آزادی و برابری در مقابل قانون؛ اصولی چون حق تعیین سرنوشت جمعی برای تک‌تک اعضای ملت، قانونگذاری توسط مجلس منتخب

۱. برای نمونه، ر.ک.، به: زرین‌کوب، منبع پیشین، فصل‌های ۲۳ - ۲۱.

۲. در این‌جا به بحث از رابطه دو سویه میان فکر اسلامی و فکر ایرانی به مثابه تجلی مجموعه‌ای از باورها و آموزه‌های ایران قبل از اسلام، وارد نمی‌شویم. اگرچه فکر غالب تا دوران انقلاب مشروطه فکر سنتی اسلامی ذکر می‌شود، ولی به‌درستی می‌توان گفت فکر مزبور در تعامل با فرهنگ و فکر ایرانی به نحوی آن‌ها را بازتولید کرده است. شاید این ایراد مطرح شود که بازتولید فرهنگ ایران در قالب فکر و فرهنگ اسلامی در حقیقت لازم می‌آورد که فکر و فرهنگ غالب و رایج در ایران را تا قبل از ورود عنصر سوم از غرب، تحت عنوان دقیق‌تر فرهنگ «ایرانی اسلامی» بدانیم. با این همه، دقیقاً به دلیل بازتولید پیش‌گفته و ارائه میراث باستانی ایران در قالب‌های جدید دینی، ترجیح می‌دهیم فکر و آموزه‌های متداول را در دوره فوق‌الذکر «اسلامی» بنامیم.

۳. برای شرحی مختصر از دوره متأخر قاجار، انقلاب مشروطه و کشمکش با غرب، ر.ک. به: زرین‌کوب، منبع پیشین، فصل ۲۵.

مردم؛ و نهادهایی چون مجلس قانونگذار و عدلیه، اشاره کرد. اگرچه سعی می‌شد، و برخی مشتاقانه می‌خواستند، تمامی مفاهیم، اصول و نهادهای مذکور را از کشورهای مبدأ غربی مانند فرانسه و بلژیک وارد کنند و در حقیقت نیز شکل، ساختار و بخشی از محتوای قوانین را از آن کشورها اقتباس کردند، ولی آنچه در عمل اتفاق افتاد با آن خواست و تلاش متفاوت بود.

از یک سو، اگرچه زمینه پذیرش برخی از عناصر یادشده در میان بخشی از نخبگان و تا حدی در فرهنگ عمومی جامعه فراهم شده بود، ولی واردکردن یکباره آن‌ها، پذیرفتنی نبود. به‌طور کلی، این فرهنگ نسبت به افکار و ایده‌های ریشه‌گرفته از سرزمین‌های غیر اسلامی چندان خوش‌بین نبود.<sup>۱</sup> افزون بر این، ساختار سنتی سیاسی و حقوقی کشور که برای مدت‌های مدید بر پایه ملغمه‌ای از سنت‌های ایرانی و آموزه‌های کلاسیک اسلامی استوار شده بود، تاب تحمل و قدرت هضم عناصر وارداتی جدید را نداشت. از دیگر سو، از همان روزهای نخست رویارویی با مظاهر فرهنگ غربی بسیاری از دانش‌آموختگان و اندیشمندان مسلمان بر این باور بودند که آنچه در غرب اتفاق افتاده بر مبنای اصولی استوار است که می‌توان تمام آن‌ها را در دین اسلام یافت. به همین دلیل، پارچه‌های رنگین با تدوین رساله یا کتاب تلاش کردند این باور را با تکیه بر منابع و آموزه‌های دینی اثبات کنند. با این وصف، با وجود آشنایی ایرانیان با نظام و فرهنگ غربی و اقدام آنان در جهت جذب این نظام و فرهنگ در سازمان سیاسی و حقوقی کشور که به انقلاب مشروطه ۱۲۸۵ هجری شمسی منتهی شد و اسناد مهمی چون قانون اساسی مشروطه و متمم آن و سازمان‌های جدیدی چون مجلس شورا و عدلیه را از خود برجای گذاشت، فکر و فرهنگ اسلامی همچنان در این

۱. ملکم‌خان در مقاله‌ای که اواخر قرن نوزدهم میلادی در فرهنگستان سلطنتی علوم در لندن ارائه کرد، بر بدبینی شدید مسلمین نسبت به اندیشه و ابزار وارداتی از ممالک مسیحی و همچنین گرایش آنان به اسناد دادن هرگونه دستور جدید نظری و عملی به منابع و اصول اسلامی، تأکید می‌کند. ر.ک. به: Malcom Khan, P. (1891), "Persian Civilisatoin", *Contemporary Review* (59), 238-244, esp. as at pp. 241 & 243.

۲. برای نمونه، ر.ک. به: مستشارالدوله تبریزی، میرزا یوسف (۱۳۸۲)، یک کلمه و یک نامه، به کوشش سید محمد صادق فیض، تهران: انتشارات صباح؛ و نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۸)، تنبیه‌الامه و تنزیه‌المله، مقدمه و ضمیمه محمود طالقانی، تهران: شرکت سهامی انتشارات.

تحولات نقشی پررنگ داشت.<sup>۱</sup> به دیگر سخن، محتوای قوانین و مقررات جدید همچنان از سرچشمه منابع اسلامی، به‌ویژه فقه شیعه، سیراب می‌شد. این مسئله مورد توجه خاص طراحان متمم قانون اساسی مشروطه قرار داشت و ضمن تصریح به آن، روش تضمین عدم مغایرت قوانین مصوب مجلس شورای ملی را با قواعد اسلامی نیز مشخص کردند. اصل دوم متمم یادشده مقرر می‌داشت:

مجلس مقدس شورای ملی که بتوجه و تأیید حضرت امام عصر عجل الله فرجه الشریف و بذل مرحمت اعلی حضرت شاهنشاه اسلام خلد الله سلطانه و مراقبت حجج اسلامیه کثرالله امثالهم و عامه ملت ایران تأسیس شده است باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام صلی الله علیه و آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامیه برعهده علمای اعلام امامان الهی و وجودهم بوده و هست. لهذا رسماً مقرر است در هر عصر از اعصار معین از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشد، باین طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسامی بیست نفر از علماء که دارای صفات مذکوره باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند. پنج نفر از آن‌ها را یا بیشتر به مقتضای عصر اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده بسمت عضویت بشناسند تا موادیکه در مجلسین عنوان میشود به دقت مذاکره و غور رسی نموده هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیأت علما در این باب مطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت عصر عجل الله فرجه تغییرپذیر نخواهد بود.<sup>۲</sup>

۱. برای گزارشی تحلیلی از مناظرات فکری و اجتماعی در طول انقلاب مشروطه و تلاش برای بازتولید مفاهیم جدید سیاسی و حقوقی در قالب‌های سنتی و دینی، ر. ک. به: آجودانی، ماشاءالله (۱۳۸۳)، مشروطه ایرانی، چاپ سوم، تهران: نشر اختران.

۲. ر. ک. به: دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، لغت‌نامه دهخدا، جلد ۱۰، زیر نظر محمد معین و سید جعفر شهیدی، چاپ اول از دوره جدید، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ص ۱۵۳۴۴، مدخل قانون اساسی.

وفق این اصل، هیئت پنج نفره مجتهدین و فقهای متدین و مطلع به مقتضیات زمان، درون مجلس شورای اسلامی شکل می‌گرفت و پیش از تصویب قانون نسبت به مخالفت با قواعد اسلامی نظر می‌داد. گفتنی است اصل فوق در عمل و در تمام ادوار مجلس متحقق نشد و دیری نپایید که به یک اصل متروک مبدل شد. با این حال، نمی‌توان انکار کرد که قانونگذاری پس از مشروطه - طی عمر دو سلسله قاجار و پهلوی - در نهایت و به‌ناچار محدود به مرزهای غیر رسمی دینی بود که از طریق افکار عمومی و نظام مرجعیت دینی در کشور تعریف و حمایت می‌شد.

سوم، با پیروزی انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ هجری شمسی در ایران، حضور اسلام به‌منزله مبنا و منبع رسمی قوانین و مقررات و به عنوان مهم‌ترین عنصر مؤلفه نظام سیاسی کشور، بسیار پررنگ‌تر شد. در جای جای قانون اساسی جمهوری اسلامی به این حضور رسمیت قانونی بخشیده شد و به دنبال آن تلاش‌های فراوانی به‌منظور ایجاد اصلاحات لازم برای تنظیم و محتوایی صورت گرفت. گذشته از نظریه دینی حاکم بر ساختار سیاسی کشور، تنظیم کارهای اجرایی کردن آن نظریه، قانون اساسی مذکور بسیار جدی‌تر از متمم قانون اساسی مشروطه بر اسلامی بودن نظام حقوقی سرزمین تأکید می‌کند و در این راستا ساز و کارهایی را در خود جای داده است. از نظر محتوایی، قانون اساسی فعلی<sup>۱</sup> بر اسلامی بودن نظام حقوقی در دو سطح تأکید می‌کند.<sup>۲</sup> سطح اول به «منطق تقنین» مربوط می‌شود. از آن‌جا که قانونگذاری از یک ماهیت سیاست‌بنیاد برخوردار است، منطق تقنین یک منطق فراحقوقی یا منطق بیرونی می‌شود. به این معنا که قانونگذار عمدتاً در پی تأسیس یا اصلاح ساختار و اجزای نظام حقوقی کشور است که خود مبتنی بر باورهای بنیادین کلامی، فلسفی و اخلاقی است؛ در نتیجه، اساساً قانونگذاری یک کار حقوقی صرف نیست. در حقیقت، منطق تقنین ایجاب می‌کند که قانونگذار قوانین را بر مجموعه‌ای

۱. گفتنی است قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یک دهه پس از تصویب، در سال ۱۳۶۸ هجری شمسی مورد تجدید نظر قرار گرفت. با این حال، اصلاح مزبور تغییر چندانی در اصول مورد بحث در متن حاضر به وجود نیاورد.

۲. قانون اساسی مشروطه در لزوم عدم مغایرت محتوایی، به سطح نخست از دو سطح فوق‌الذکر اکتفا کرده بود.

از مبانی موجه عقلانی بنیاد نهد. در این ارتباط، اصل چهارم مقرر می‌دارد که «کلیه قوانین و مقررات ... باید بر اساس موازین اسلامی باشد» و اضافه می‌کند که «این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است». از این رو، عناصر مؤلفه نظام حقوقی کشور در هر تراز - حتی اصول قانون اساسی - بایستی با محک موازین اسلام سنجیده شوند.<sup>۱</sup> در همین اصل از قانون اساسی تشخیص مسئله بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده شده است. شورای نگهبان نهادی بیرون از مجلس شورا و مستقل است که بر اساس اصول ۹۱ و ۱۱۰ قانون اساسی تشکیل می‌شود و پس از تصمیم رسمی مجلس به بررسی مصوبات آن می‌پردازد. مهم‌تر این‌که، بنا بر اصل ۹۳، مجلس شورای اسلامی بدون وجود این شورا اساساً «اعتبار قانونی ندارد مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان». مطابق اصل ۹۶ «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان ... است».

سطح دوم به «منطق قضا» برمی‌گردد. قضاوت علی‌الاصول عبارت است از اعمال قوانین و مقررات یا رویه‌های از پیش موجود در قضایایی که به دادگاه ارجاع شده‌اند. این کار از ماهیتی کاملاً حقوقی برخوردار است. این دلیل در سطح دوم با یک منطق حقوقی یا منطق درونی مواجهیم.<sup>۲</sup> منطق قضا به‌طور عمده به اجرا و

- 
۱. شایان ذکر است به دلیل استفاده از اصطلاحات گوناگون و مبهم، قانونگذار قانون اساسی دقیقاً روشن نساخته است که نقش شورای نگهبان تشخیص «عدم مغایرت» مصوبات مجلس شورای اسلامی با اسلام است یا «انطباق» با آن. همچنین به‌خوبی معلوم نیست منظور از «اسلام» کدام یک از مفاهیم رایج در معارف و فقه اسلامی (شیعی) - مانند احکام اولی، ثانوی، ثابت، متغیر و ... - است. در این خصوص، برای نمونه، ر.ک. به: کدیور، محسن (۱۳۸۲)، «شرع شورای نگهبان در مقابل قانون اساسی»، مجله آفتاب، شماره ۲۹. همچنین برای مطالعه تطبیقی، ر.ک. به: لمباردی، کلارک ب. (۱۳۸۱)، «اسلام و حقوق اساسی در مصر»، برگردان حسن رضایی، مجله راهبرد، شماره ۲۴.
  ۲. منبع زیر تفکیک بالا را به مناسبت بحث از موضوعات گوناگون حقوق عمومی به‌رسمیت شناخته است (اگرچه با واژگانی متفاوت - برای نمونه، با استفاده از دوتایی‌هایی چون امر سیاسی/امر حقوقی، عرف/قانون و سیاستگذاری/قضا - و همچنین موضع فلسفه حقوقی متفاوت یعنی دفاع از رویکرد حقوق طبیعی در مقابل رویکرد اثبات‌گرا):

تفسیر مقررات از پیش موجود مربوط می‌شود. به دیگر سخن، دادرسان در مقام قضا، بنا بر اصل، مبنای قانون را زیر سؤال نمی‌برند و به دنبال اجرا و اعمال قانون هستند. این اجرا البته خود بایستی مبتنی بر همان مبانی و اصول زیرین قانون باشد و به روشی منصفانه صورت تحقق پذیرد ولی در هر صورت به معنای وضع قانون نیست بلکه به نوعی کشف و تفسیر آن است. در این ارتباط نیز اصل ۱۶۷ قانون اساسی صریحاً حکم می‌کند که «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد». پیداست عدم مغایرت یا مطابقت این قوانین با موازین اسلامی پیشاپیش توسط شورای نگهبان تعیین شده است. با این حال، چنانچه قاضی حکم دعوا را در قوانین نیابد، بخش مؤخر اصل یادشده مقرر می‌دارد که بایستی «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». به این در صورت فقدان قاعده صریح در مجموعه قوانین و مقررات کشور، منطقی قضا - منعی منحصر به فرد استخراج قاعده را منابع یا فتاوی معتبر اسلامی - منعی که در اصل ۱۷۷ قانون اساسی اعلام می‌دارد که «محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی ... تغییر ناپذیر است». این حکم بر هر دو سطح پیش‌گفته صادق است.

با این وصف، می‌توان نتیجه گرفت که اسلام پس از ورود به ایران عنصر ثابت فکر و فرهنگ کشور در زندگی فردی و اجتماعی اکثریت ایرانیان بوده است. به همین دلیل، در دوران قدیم برای مدت‌های مدید مقررات حاکم بر سرزمین عیناً همان احکام دینی بودند. در دوران مدرن نیز به‌رغم ورود عناصر جدید به نظام حقوقی و بروز تغییرات ساختاری در ساز و کار وضع و اجرای قوانین، اسلام منبع غالب قانونگذاری و دادرسی در کشور بوده است. برای نمونه، قانون مدنی که یکی از مهم‌ترین مصوبات مجلس مشروطه بود، در کمیسیونی متشکل از فقها و حقوقدانان بر مبنای فقه امامیه نگاشته شد. بر این نکته باید افزود که تنگی یا فراخی دایره

احکام و میزان انطباق آن‌ها با شرایط اجتماعی در دوران قدیم، از یک‌سو، و نوع رابطه اسلام با مصوبات قانونگذار دولتی و آرای دادگاه‌های عرفی در دوران مدرن از دیگر سو، همیشه به تئوری‌های فقهی رایج در میان علما و سیاستمداران مسلمان بستگی داشته است. این تئوری‌ها به دو حوزه مباحث کلامی و روش‌های استنباط احکام تعلق دارند. به هر حال، تولید احکام و دستورات مذهبی توسط علما و مجتهدین با تکیه بر تئوری‌های فقهی صورت می‌گرفته است؛ هرچند این احکام و دستورات به نوبه خود در طول زمان و در نتیجه تعامل با جامعه، جای خود را در نظام سیاسی و حقوقی کشور باز کرده‌اند. در نتیجه، گستره احکام دینی، کهنگی یا به‌روز بودن آن‌ها و دست‌آخر نوع رابطه دین با نظام‌های مذکور همواره (در هر دو دوران قدیم و جدید) به تئوری‌های حقوقی اسلامی بستگی داشته است.

بنابراین، به نظر می‌رسد تاکنون پاسخ پرسش کلی «چرا تاریخ تئوری حقوقی اسلامی؟» آشکار شده باشد. از یک‌سو، فهم دقیق حضور دین در نظام حقوقی کشور و سیر تحولات آن، در قالب‌های فقهی و مدرن، در فهم تئوری‌های پشتیبان حقوق دینی (فقه)، البته در بستری تاریخی، مهم است. از دیگر سو، هرگونه جرح و تعدیل و تحول بنیادین و کارآمد در نظام حقوقی گوناگون، جمله به این فهم نظری وابسته است. احکام و مقررات دینی به‌سان میوه‌هایی هستند که از ریشه‌های کلامی و اصولی روئیده‌اند. مطالعه و بررسی صحیح و بصیرت‌زای این میوه‌ها منطقاً بایستی ما را به این ریشه‌ها برساند. در این صورت می‌توان امیدوار بود که زمینه تئوری‌پردازی‌های جدید و به تبع آن ظهور نظریه‌های عصری مقبول و موجه، فراهم آید؛ نظریه‌هایی که به‌نوبه خود بستر رشد احکام و مقررات تازه و کارآمد واقع خواهند شد. بنابراین، سه گام فهم، نقد و تولید در عرصه‌های گوناگون نظام حقوقی ایران بدون ژرف‌کاوی در مبانی نظری مورد اشاره، میسر نخواهد بود.

اکنون، ضروری است برای پرسش دوم، یعنی سؤال خاص «چرا تئوری حقوقی در میان اهل سنت؟»، پاسخی به‌دست دهیم. ادعا این است که مطالعه و بررسی نظریه‌پردازی در فقه عامه (فقه اهل تسنن) به اهداف مذکور در پاراگراف پیشین، کمک می‌کند. چهار دلیل برای این ادعا می‌توان ارائه کرد. دلیل نخست صرفاً عطف توجه به یک واقعیت تاریخی است. توضیح این‌که، به دلیل حضور فقه عامه در

ایران، به‌ویژه با توجه به نقش آن در نظام سیاسی و حقوقی کشور تا روی کار آمدن سلسله صفویه، این فقه و نظریه‌های مرتبط با آن، جزئی از تاریخ حقوق و نظریه‌های حقوقی این مرز و بوم هستند. گستره و عمق حضور یادشده مهم نیست، بلکه اصل توجه به این واقعیت حائز اهمیت است. بر این پایه، هرگونه مطالعه نظری در زمینه‌های پیش‌گفته، آن هم در بستری تاریخی، بدون توجه و عنایت به سیر تحول تئوری‌های حقوقی اهل سنت، ناقص و از این‌رو نامفهوم خواهد بود.

دوم، فقه اسلامی و سپس اصول فقه از نظر تاریخی ابتدا در میان اهل تسنن شکل گرفت و تحول یافت. در این جا فقه به معنای «علم قوانین اسلامی» و اصول فقه به معنای «علم روش‌های استنباط احکام دینی از منابع شرعی» است که توسط متخصصان مربوط (فقه‌ها و اصولیون) ارائه می‌شود.<sup>۱</sup> همان‌طور که در دیباچه و فصل یک کتاب حاضر آمده است مورخان فقه و اصول در خصوص زمان دقیق شکل‌گیری اولین نظریه‌های فقهی اختلاف نظر ندارند، ولی این مسئله در تقدم تاریخی شکل‌گیری علوم مزبور در میان اهل تسنن تأیید ندارد، چه تقریباً تمامی روایت‌های تاریخی مؤید این تقدم است.<sup>۲</sup> شواهد تاریخی عمده‌ای حاکی از این است که صورت‌بندی فقه شیعه (تأکید می‌کنیم فقه در معنای خاص کلمه یعنی علم قوانین اسلامی) به طور نظام‌مند و کامل توسط شیخ طوسی عالم قرن پنجم هجری انجام شد که بعدها توسط صاحب شرایع و علامه حلی توسعه یافت.<sup>۳</sup> در مقایسه، علوم فقهی بسیار زودتر - طی قرون دوم و سوم هجری - در میان اهل تسنن شکل گرفت و

۱. برای نمونه، ر.ک. به: گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۹)، تاریخ فقه و فقه‌ها، ویرایش دوم، تهران: سمت، ۱۱۷ و ۳۲۵ - ۳۲۶.

۲. مرحوم آیت‌الله بروجردی، شافعی را پایه‌گذار علم اصول می‌دانسته‌اند، ر.ک. به: پاسخ‌های آیت‌الله حسینعلی منتظری در احمدی، رضا (۱۳۸۵)، «نگاه فقیهان امروز»، روزنامه شرق، ۲۹ فروردین، ضمیمه.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۷)، ترمینولوژی حقوق، چاپ نهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۵۵. مقایسه کنید با: مدرسی طباطبایی، حسین (۱۳۶۸)، مقدمه‌ای بر فقه شیعه: کلیات و کتابشناسی، ترجمه محمد آصف فکرت، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی، فصل چهارم؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۹۶ - ۲۲۴؛ و گرجی، تاریخ فقه و فقه‌ها، ۱۴ - ۱۵، ۱۱۷ و ۳۲۹.

تحول یافت. شیعیان نظام سیاسی را که به دست سنی‌ها اداره می‌شد، مشروع نمی‌دانستند و از آن دور بودند. به علاوه، در مبانی، منابع و روش‌های استنباط احکام (و به تبع در احکام ماهوی) با متکلمین، اصولیون و فقهای اهل سنت اختلاف نظر داشتند. به‌طور کلی، به نظر پاره‌ای از مورخان، در سه قرن اول پس از هجرت دغدغه نظری شیعیان در قلمرو مباحث حقوقی، عمدتاً حول محور تئوری امامت و جمع‌آوری احادیث می‌گشت. شیعیان ابتدا به جمع‌آوری احادیث و روایات نبی و اهل بیت مشغول بودند و سپس به فکر تدوین علوم فقهی و اعمال اصول عقلی بر مواد روایی افتادند:

... دانشمندان خاصه [شیعه] را از زمان پیغمبر (ص) تا زمان وقوع غیبت کبری برای اجتهاد شخصی و استناد به مباحث «اصول فقه» ضرورت و احتیاجی پیدا نیامده، از این رو به گفتگو و بحث در پیرامون آن مباحث و مسائل نیازی نبود. در نتیجه، شاید توجهی به آن‌ها نشده چه از عصر پیغمبر (ص) تا زمان غیبت کبری دانشمندان و پیروان این مذهب به ائمه خود دسترسی داشته و می‌توانستند به طور مستقیم یا به واسطه یکی از مردم مورد اطمینان (عادل و ثقه) احکام را از ایشان تعلیم گیرند و تکالیف خود را تشخیص دهند. و با این نظر می‌توان گفت این دوره برای پیروان مذهب تشیع نظیر دوره پیغمبر (ص) و صحابه بوده است برای عموم اهل اسلام. در این دوره دانشمندان شیعه از حضور ائمه خود استفاده می‌کرده و احادیث صادر از آنان را فراهم می‌آورده‌اند و از مجموع فراهم‌آورده‌های خود کتابی تألیف می‌نموده‌اند که آن کتاب به نام «اصل» خوانده می‌شد.<sup>۱</sup>

در دوره جمع‌آوری، پاره‌ای از آنان روش‌های عقل‌گرا را به وام‌گیری از اصول و مبانی ظنی یا انحرافی متعلق به اهل سنت متهم می‌کردند. اندک اندک از اواخر قرن سوم هجری به این سو علوم فقه و اصول در میان شیعیان رواج یافت.<sup>۲</sup> گسترش مباحث فقهی و اصولی در میان علمای شیعه به صورتی فنی و نظام‌یافته، به‌ویژه در

۱. شهابی، محمود (۱۳۳۹)، تقریرات اصول، چاپ ششم، تهران: بی‌نا، ص لو.

۲. برای نمونه، ر. ک. به: شهابی، منبع پیشین، ص ما.

پاسخ به فعالیت‌ها و تولیدات نظری اهل تسنن در این زمینه صورت گرفت.<sup>۱</sup> در این میان می‌توان به روش شافعی در مباحث اصولی اشاره کرد که بعدها در قرن چهارم بر فعالیت‌های علمی عالمان شیعه تأثیر گذاشت. در حقیقت، شیخ الطایفه طوسی را در ایجاد توازن میان سنت و عقل، شافعی اهل تشیع دانسته‌اند.<sup>۲</sup> گفتنی است، مرحوم آیت‌الله سید محمدحسین بروجردی، مرجع تقلید شیعیان و مدرس حوزه علمیه قم، پا را فراتر نهاده و در جلسات درسی خود تأکید می‌نموده است که «در زمان امامان فقه حاکم در آن زمان فقه اهل سنت بود و خلفا نیز مروج و طرفدار آن بودند»، از این جهت روایات امامان معمولاً نظر به فقه حاکم و رایج دارد و «مثل حواشی بر متن است». به این معنا که «اگر کسی بخواهد عمق فقه شیعه و مقاصد امامان را از روایات درک کند باید به فضایی که روایات شیعه توسط ائمه اطهار صادر شده است کاملاً آشنا باشد تا بتواند عمق روایات آنان را درک کند.»<sup>۳</sup> به دیگر سخن:

ایشان به یک مبنا معتقد هستند و آن این‌که فقه و حدیث ما [شیعیان] و سایر موارد هم تا حدودی حاشیه بر فقه اهل سنت و حاشیه بر حدیث اهل سنت است. این مطلب را متأسفانه بسیاری از مفسران درک نمی‌کنند. تصور می‌کنند منظور از حاشیه طفیلی است. یعنی اصلاً ندارد. در حالی که قطعاً نظر ایشان این چنین نیست. برای توضیح مطلب دو مثال می‌زنم. یک مثال این‌که الان کتاب *عروة الوثقی* سید یزدی وجود دارد. این کتاب یکی از کتاب‌هایی است که مراجع بر آن حاشیه می‌زنند. قطعاً براساس فتاوی موجود در این کتاب کسی نمی‌تواند تقلید کند. بلکه هر کس که می‌خواهد از این کتاب استفاده کند باید از حاشیه مرجع خودش که بر آن کتاب زده شده است استفاده کند. پس در واقع از متن تقلید نمی‌شود. از حاشیه مرجع است

1. See, for instance, Stewart, D.J. (1998), *Islamic Legal Orthodoxy: Twelver Shiite Responses to the Sunni Legal System*, Salt Lake City: the University of Utah Press.

۲. برای نمونه، ر.ک. به: گرجی، تاریخ فقه و فقها، ۱۸۲؛ و

Moussavi, A.K. (1996), *Religious Authority in Shi'ite Islam*, Kuala Lumpur: Internatoinal Institute of Islamic Thought and Civilization, ch. 3, esp. as at p. 76.

۳. ر.ک. به: پاسخ‌های آیت‌الله منتظری در احمدی، «نگاه فقیهان امروز».

که تقلید می‌شود. اصالت با آن حاشیه است و لکن برای فهمیدن حاشیه راهی نیست الا این‌که حاشیه در متن قرار بگیرد و به آن شکل خواننده شود. مرحوم بروجردی منظورش این است که من اگر فضایی را که امام دارد نشناسم و در مورد موضوعی که امام در آن فضا سخن می‌گوید چیزی ندانم، قطعاً به آن مفهوم و مراد امام نمی‌توانم برسیم. [اما مثال دوم:] این عین مطلبی است که خود ائمه گفتند: «انا لا نعد احدکم فقیهاً حتی يعرف معاریض کلامنا» ما هیچ کدام از شما را فقیه حساب نمی‌کنیم تا این‌که اشارات و کنایات کلام ما را بفهمید. نه صرفاً ظاهر را ترجمه کنیم بلکه به مرادات دست پیدا کنیم. این‌که چه چیزی را مورد اشاره و تأکید قرار می‌دهیم. این‌که راوی‌ای که سؤال می‌کند در چه فضایی است. این فضا در غالب موارد در فضای سنی است ما باید آن فضا را ترسیم کنیم و متوجه باشیم که این در این مسئله به چه چیزی اشاره می‌کند. ... تا معلوم شود که سؤال‌کننده چه فضایی را در نظر دارد و چه چیزی را مد نظر دارد؟ و مراد امام در آن فضا چه چیزی است. مثلاً کسی که عرف مدینه را در آن زمان‌ها نداند بسیاری از روایت‌هایی که راویان مدینه از پیامبر یا امام روایت می‌کنند را شاید متوجه نشود. این‌که امام به چه نکته‌ای در این اشاره می‌کند، به چه ظرفی اشاره می‌کند این نکته‌ای بسیار مهم است. یا حتی مذهب راوی، مثلاً راوی‌ای را من بشناسم که حنفی است و سپس براساس مسائلی که در مذهب حنفی مطرح است بیاید و سؤال کند، پس بهتر می‌توانم جواب امام را درک بکنم و این نکته‌ای است که مرحوم آقای بروجردی بر آن تأکید داشته است ... با آن مبنایی که ایشان در فهم حدیث داشتند که همان مسئله حاشیه و متن است، براساس آن ایشان به فکر افتادند که ما یک جامع حدیثی جدید بنویسیم که در این جامع حدیثی برخی از مشکلات فنی جوامع حدیث قبلی خودمان نباشد مثلاً حدود ۱۰ یا ۱۵ اشکال به کتاب وسایل الشیعه شیخ حر عاملی دارد این‌ها را مطرح می‌کنند و می‌گویند که ما بیاییم و این اشکالات را برطرف کنیم به علاوه این‌که روایات سنی را به این روایات بیفزاییم تا وقتی فقیه در موضوعی می‌خواهد تحقیق کند هم روایت شیعه و هم روایات اهل

سنت را در آن موضوع ببیند و با دیدن کل این مجموعه به آن مقصود و مفهوم مورد نظر ائمه برسد و این جامع روایی را ایشان در نظر داشتند...<sup>۱</sup>

بنابراین، تردیدی نیست که مطالعه تحلیلی و دقیق نظریه‌های فقهی شیعه مستلزم توجه به سیر تحول و تکامل تئوری‌های حقوقی سنی است.

سوم، همان‌گونه که اشاره شد، قدرت سیاسی در جامعه مسلمان پس از وفات پیامبر اسلام (ص) به جز دوره‌هایی نسبتاً کوتاه (یعنی دوران حکومت علی ابن ابی طالب (ع) امام اول شیعیان، دوره حکومت امام حسن مجتبی (ع) امام دوم شیعیان و دوران حکومت آل بویه در قرن چهارم هجری) پیوسته در دست اهل تسنن قرار داشت. از این‌رو، فقه عامه با نظام سیاسی و حیات جمعی مسلمان رابطه‌ای تنگاتنگ یافت. اقتضانات ناشی از حکمرانی و تمشیت امور بسیار گسترده و البته پیچیده اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، اثری شگرف بر نظام فکری حقوقی سنی‌ها باقی گذاشت. علاوه بر این، دوره کوتاه سرزمین‌های زیادی به دست مسلمان فتح شد و جوامع تحت حکومت مسلمان بسیار متنوع شد. رابطه دو سویه میان فکر و عمل حقوقی از یک‌سو، و فرهنگ‌های بسیار متنوع و واقعیات سیاسی اجتماعی و اقتضانات خاص هر یک از جوامع مزبور از دیگر سو موجب شکل‌گیری مکاتب فقهی رقیب شد. این مکاتب در دامان دیدگاه‌ها و باورهای فلسفی/کلامی - مانند عقل‌گرایی اعتزالی و اراده (الهی) محوری اشعری - پرورش یافتند و در سطوح مختلف تمشیت حیات اجتماعی - مانند استنباط و اعلان احکام، اجرای آن‌ها و قضاوت میان مسلمان - نقشی فعال ایفا می‌کردند.<sup>۲</sup> منصب‌های مفتی و قاضی که نقشی مشابه دو قوه قانونگذاری و دادگستری در عصر جدید داشتند، خیلی سریع پا به عرصه حیات جمعی مسلمان گذاردند. مجموعه نظام‌مندی از احکام شرعی،

۱. توضیحات حجت‌الاسلام ستایش در مجتهدی، احسان (۱۳۸۵)، «نوآوری‌های فقهی آیت‌الله بروجردی: نگاه تاریخی به گزاره‌های دینی در گفت‌وگو با حجت‌الاسلام ستایش»، روزنامه شرق، ۲۹ فروردین، ضمیمه.

۲. همچنین، ر.ک. به: با کنجی، احمد و جلالی مقدم، مسعود (۱۳۸۴)، «سیر اندیشه‌های کلامی در تاریخ اسلام»، اسلام: پژوهشی تاریخی و فرهنگی، زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی، تهران: سازمان چاپ و انتشار وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی، ۳۰۴ - ۳۴۲ - ۳۴۳.

منابع این احکام، روش‌های استنباط آن‌ها از منابع و مبانی دور و نزدیک نظری این عناصر سه‌گانه، به تدریج شکل گرفتند. شکل‌گیری این عناصر البته در یک ارتباط همگرا و در واکنش به مقتضیات ناشی از واقعیات حیات جمعی مسلمین بود. شاید بتوان گفت اصولی مانند استصلاح و استحسان از درون چنین رابطه‌ای سر برآوردند.<sup>۱</sup> آن‌چه تاکنون بیان شد از یک‌سو، مؤید نکته قبلی در خصوص تقدم تاریخی شکل‌گیری نظام‌مند علوم فقهی در میان اهل سنت است، و از دیگر سو (و مهم‌تر)، نشان می‌دهند که علوم مزبور در تعامل با واقعیات و اقتضائات عینی ناشی از حیات سازوار (ارگانیک) سیاسی و اجتماعی جوامع مسلمین شکل گرفتند. به دیگر سخن، احکام شرعی به‌هیچ‌وجه قواعدی نبودند که برای حل پاره‌ای از مشکلات فرضی یا به‌منظور تمشیت مجموعه‌ای از اعمال و روابط محتمل به دست آمده باشند.<sup>۲</sup> در مقایسه، وضع در بین شیعیان این گونه نبود. پیداست که مناصب حکومتی و تمشیت عام امور اجتماعی عمدتاً در دست ایشان نبود و از این‌رو منطقاً انتظار نمی‌رود که نظام، اصول و نهادهایی متناسب با آن مناصب و تمشیت در علوم حقوقی شیعه شکل بگیرد. در این ارتباط، گفته می‌شود تا قرن چهارم منصب قاضی در میان آنان وجود نداشت و از این‌رو رشد فقه شیعه با عملکرد واقعی قضات گره نخورده بود.<sup>۳</sup> به این ترتیب مسائل جدی و برآمده از واقعیات که عامل محرک فقه عامه بود، برای علوم فقهی شیعیان نیز مسئله می‌آفرید و از این‌رو در مسائل مختلف بر روند تحول نظری آن علوم نزد علمای شیعه، تأثیرگذار بود.<sup>۴</sup> در نتیجه، مطالعه تئوری‌های حقوقی اسلامی سنی می‌تواند در درک و فهم تئوری‌های شیعی بسیار مفید واقع شود.

چهارم، در دوران مدرن جوامع سنی (به‌ویژه ترکیه و مصر) به دلایلی از جمله نزدیکی جغرافیایی با جهان غرب و همچنین در اثر دست‌اندازی کشورهای اروپایی،

۱. در این ارتباط، شکل‌گیری «مجمع تشخیص مصلحت نظام» در مدتی کمتر از ده سال پس از تشکیل جمهوری اسلامی ایران و ورود عنصر «مصلحت» در نظام قانونگذاری کشور، جالب توجه است.  
 ۲. در این مورد، برای نمونه، ر.ک. به: شهابی، محمود (۱۳۷۵)، ادوار فقه، جلد ۳، چاپ پنجم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۷۰-۶۹-۳۰۰-۳۰۱.

3. See Moussavi, *op. cit.*, ch. 2, esp. as at p. 64.

۴. برای نمونه، ر.ک. به: جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۲۲۴ به بعد.

زودتر از جامعه و حکومت شیعی ایران با فرهنگ و تمدن غربی رو به رو شدند. در نتیجه، مصلحین و احیاگران دینی در جهان اهل تسنن طی دو قرن نوزدهم و بیستم بسیار زودتر از مصلحین و احیاگران شیعه در ایران با دنیای غرب، پدیده استعمار و مدرنیته و پیامدهای آن در حکومت، جامعه، دین و فرهنگ خود مواجه شدند. به طور خاص، اقدامات آتاتورک و اصلاحات پاشایی در ترکیه بر اثر ورود مفاهیم و نهادهای غربی خیلی زودتر از تحولات مشروطه‌خواهی و نوسازی سیاسی و فکری در ایران اتفاق افتاد و متفکران متعددی در دنیای سنی در موافقت و مخالفت با مفاهیم و پدیده‌های جدید دست به نظریه‌پردازی زدند.<sup>۱</sup> بر این پایه، جنبش نواندیشی دینی در میان علمای اهل تسنن - به‌طور خاص در حوزه فقه و تئوری فقهی و اساساً مسئله حقوق و نظام حقوقی مدرن - که در فصل پایانی کتاب حاضر مورد بحث قرار گرفته است، برای نواندیشان دینی شیعی به‌ویژه در ایران بسیار عبرت‌آموز و بصیرت‌زا است. به‌ویژه، متفکران و اصلاح‌طلبان دینی شیعه در ایران دست‌کم از صد و پنجاه سال پیش سو با مسائل جدیدی در تمامی عرصه‌های زندگی خود مواجه شده‌اند. یکی از این مسائل به حقوق مدرن، ارتباط آن با حقوق دینی و بازخوانی نظری فقه و اصول در پرتو اقتصاد نظری و عملی عصر جدید مربوط می‌شود. از این رو، تئوری‌های مدرن حقوقی سنی می‌تواند از منظر فواید ناشی از مطالعات تطبیقی برای آنان سودمند باشد.<sup>۲</sup>

به‌طور کلی، همان‌طور که در سطور پیشین گفته شد، فهم، نقد و تولید حقوقی در نظام حقوقی ایران محتاج توجه به ریشه‌های نظری و تئوری‌های حاکم بر فکر و سازمان حقوقی در کشور است. این فکر و نظام از سرچشمه‌های گوناگونی سیراب شده است که به‌طور عمده می‌توان به اندیشه‌های ایرانی، اسلامی و غربی اشاره کرد.

۱. برای نمونه، ر.ک. به: عبدالرزاق، علی (۱۳۸۰)، اسلام و مبانی قدرت، ترجمه امیر رضایی، تهران: قصیده سرا؛ و عنایت، حمید (۱۳۵۶)، سیری در اندیشه سیاسی عرب، تهران: انتشارات جیبی، به ویژه فصل مقدمه.

۲. به عنوان یک مطالعه تطبیقی ر.ک. به کتاب زیر که تحت عنوان اندیشه سیاسی در اسلام معاصر توسط بهاء‌الدین خرماشاهی ترجمه و از سوی انتشارات خوارزمی منتشر شده است:

Enayat, H. (1982), *Modern Islamic Political Thought: The Response of the Shi'i and Sunni Muslims to the Twentieth Century*, London: Macmillan.

حقوق اسلامی و نظریه‌های پشتیبان آن در این بین از اهمیتی بسیار بالا برخوردارند و در این مقدمه توضیح داده شد که چگونه تئوری‌های حقوقی سنی به ویژه واجد اهمیت تاریخی و نظری هستند. در نتیجه، لازم است نظریه‌پردازی در حقوق ایران با عطف توجه به تئوری‌های حقوقی اسلامی، به‌طور کلی، و تئوری‌های حقوقی سنی، به‌طور خاص، صورت پذیرد.

کتاب حاضر را وائل ابن حلاق استاد سوری‌الاصول دانشگاه مک‌گیل در کانادا به رشته تحریر درآورده است. حلاق صاحب تالیفاتی زیاد در حوزه مطالعات حقوقی اسلامی است (برای فهرستی از آثار وی، ر.ک. به: بخش منابع). وی با تسلط بر زبان و فرهنگ عربی و زبان‌های گوناگون اروپایی مجموعه‌ای بسیار ارزشمند از تئوری‌های حقوقی اسلامی (سنی) را از قرن اول هجری تاکنون به تصویر کشیده است. تلاش وی این بوده است که پویش (دینامیزم) رشد تئوری‌های مزبور را در تعامل با اندیشه و واقعیت‌های معاصر آن‌ها، تا آن‌جا که ممکن است، شرح و تفصیل دهد. از این رو، کتاب تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی واجد غنای تحلیلی بسیار بالایی است و می‌تواند در راستای مطالعات مشابه در حقوق ایران بسیار سودمند واقع شود. افزون بر این، مطالب کتاب با استفاده از منابع بسیار گسترده نوشته شده‌اند. آثار مورد استفاده حلاق در بخش منابع، به منابع دست اول و همچنین سنتی و مدرن طبقه‌بندی شده‌اند. همچنین، حلاق تقریباً تمامی نوشته‌های مهم را که از منظر درون‌دینی و برون‌دینی به مسئله مورد بحث در این کتاب توجه داشته‌اند، به کار گرفته است. منابع مزبور نقطه شروعی خوب را برای پژوهش‌های جدید فراهم می‌آورند.

با این همه، به نظر می‌رسد چهارچوب نظری حاکم بر کتاب حاضر واجد نوعی بی‌دقتی فلسفی-تحلیلی است. حلاق در این کتاب «تئوری حقوقی» را معادل «اصول فقه» گرفته است. وی اما تعریفی از تئوری حقوقی ارائه نکرده است تا بتوان مباحث کتاب را با محک این تعریف سنجید و به قضاوت درباره‌ی درستی یا نادرستی معادله‌ی مزبور نشست. در یک تعریف کلی، تئوری حقوقی<sup>۱</sup> عبارت است از نظریه‌پردازی (فلسفی یا غیرفلسفی) درباره‌ی حقوق و نظام حقوقی. در حقیقت، این نظریه‌پردازی به سطح یا منطق فراحقوقی تعلق دارد و به مبانی، فروض، کلیت و

مسائل غامض معرفت و نظام حقوقی مربوط می‌شود. در مقابل، در سطح حقوقی، مجموعه‌ای از اصول و روش‌ها برای تفسیر و استنباط قواعد حقوقی<sup>۱</sup> وجود دارند که امروزه «فن استنباط»<sup>۲</sup> یا منطق حقوقی نامیده می‌شوند، نه تئوری حقوقی. این تقسیم‌بندی در علوم اسلامی معاصر نیز وجود دارد.<sup>۳</sup> در حقیقت، سؤالات بنیادینی که در مورد شرع و احکام شرعی مطرح می‌شوند - مانند اصل این باور که می‌توان قانون دینی داشت، ارتباط این قانون با عقل و وحی و ... - در حوزه مباحث کلامی جای می‌گیرند. اما پس از آن که سؤالات اصلی و مبانی یک نظام حقوقی دینی پاسخ یافتند، دسته‌ای از مباحث و اصول وجود دارند که منابع احکام شرعی را تعیین و روش‌های استنباط احکام از آن منابع را معرفی می‌کنند. این مباحث و اصول در علم اصول فقه جای می‌گیرند. بنابراین، سه مفهوم اصلی در نظام شرع عبارت‌اند از: احکام مستنبطه (فقه)، روش‌های استنباط (اصول) و مبانی استنباط (کلام). درست است که علم اصول ابتدا در اسلام علم کلام رشد یافت و در حقیقت جزئی از آن بود، ولی اصول فقه رفته‌رفته به عنوان یک علم مستقل تبدیل شد. مسائل آن مرزبندی نسبتاً روشنی با مسائل کلامی پیدا کردند و رساله‌هایی مستقل در این باب به نگارش در آمد.<sup>۴</sup> بنابراین، به لحاظ تحلیلی نمی‌توان تئوری حقوقی (مبانی استنباط) را با اصول فقه (روش‌های استنباط) یکی دانست. دست‌کم انتظار داشت حلاق به این نکته توجه می‌کرد و بیشتر بر بخش‌های همپوشان کلام و اصول که به فروض، مبانی و لوازم یک نظام حقوقی دینی مربوط می‌شود، متمرکز می‌شد. طرفه آن‌که، به ویژه در فصل ششم، در قضاوت میان نظریه‌های اصولی بر جنبه‌های کلامی آن‌ها تکیه می‌کند. به هر حال، با این‌که وی در پاره‌ای از مواضع، به ویژه در خاتمه کتاب، با زیبایی استعارای اصول فقه را به قالیچه‌ای تشبیه می‌کند که تارهای آن فقه و پودهای آن کلام است و این نشان می‌دهد که با تقسیم‌بندی پیش‌گفته آشناست، ولی تشبیه

1. legal rules

2. legal reasoning

۳. برای نمونه، تفکیک‌های دقیقی که مرحوم آیت‌الله بروجردی میان مباحث کلامی، اصولی و فقهی قائل شده‌اند، خواندنی است. ر.ک. به: مجتهدی، «نوآوری‌های فقهی آیه‌الله بروجردی: نگاه تاریخی به گزاره‌های دینی در گفت‌وگو با حجة الاسلام سنایش».

۴. ر.ک. به: جعفری لنگرودی، «تئیمولوژی حقوق»، ۵۴ - ۵۵.

تار و پود صرفاً برای بیان پویش تحول اصول فقه، مطرح شده است نه برای تفکیک تحلیلی میان منطق فراحقوقی و منطق حقوقی. در حقیقت، وی با تمرکز بر نتیجه نهایی اصول فقه، یعنی احکام مستنبطه از منابع فقهی به وسیله روش‌های استنباط، توجه خود را به کلام و مبانی حقوق دینی از دست می‌دهد و در دام منطق درونی حقوق یا روش‌های استنباط و اجتهاد گرفتار می‌ماند.

در آخر، بر خود لازم می‌دانم از محبت و بذل توجه همکار بزرگوام حجت‌الاسلام رحیم نوبهار و کمک‌های خالصانه خانم‌ها و آقایان شاهین اسماعیل پور، علی تهامی، مژگان خورشیدی، سید ناصر سلطانی، مهسا شعبانی، سمیه عالی، احسان عبداله‌زاده، آزاده عبداله‌زاده، هما محمودزاده و عبدالله یوسف‌زادگان که در ویرایش، مقابله، تصحیح و آماده‌سازی این ترجمه قبول زحمت فرمودند، صمیمانه سپاسگزاری کنم. خدای‌شان توفیق روز افزون عنایت کند.

محمد راسخ

بهار ۱۳۸۵

## دیباچه

شاید برای معرفی این کتاب راهی بهتر از توضیح نام آن نباشد. انتخاب صورت جمع کلمه «تئوری» در عنوان کتاب بسته از روی عمد بوده است. بدین معنا که حوزه مورد مطالعه به هیچ وجه به مجموعه ای که در این کتاب از آراء و نظریات که بریده از فرایندهای گوناگون تاریخی اند، قابل تقلیل نیست. بنابراین، یکی از اهداف اصلی کتاب این است که نشان دهد اصول فقه - یعنی بنیاد نظری و فلسفی حقوق اسلامی - همانند چتری بوده است که تئوری های گوناگون به طور همزمان در این اعرصار زیر آن گرد آمده اند. دسته بندی مطالب کتاب نشانگر توجه فوق به منظور پرده برداری از اساسی ترین وجوه این گوناگونی هاست. در فصل یکم، به بحث شکل گیری اصول فقه می پردازم، از ابتدایی ترین شکل آن تا پایان قرن سوم هجری، زمانی که اصول فقه به عنوان یک متدولوژی حقوقی کامل به منصه ظهور درآمد. از سه قرن مورد بررسی در فصل یکم، تحلیل قرن دوم به فهم رایج از این حوزه که نخستین بار جوزف شاخت مطرح کرد، بسیار نزدیک است. در مورد قرون اول و سوم هجری، تفسیری کاملاً متفاوت ارائه خواهم داد. در خصوص قرن اول نه به آن دیدگاه سنتی اعتقاد دارم که آغاز حقوق اسلامی را به عنوان یک نظام کم و بیش بالغ در طول زندگی یا بلافاصله پس از وفات پیامبر اسلام می داند، و نه به دیدگاه نسبتاً متأخر قائلم که شروع ابتدایی نظام حقوقی مذکور را به آخر قرن اول هجری (حدود ۷۱۵ میلادی) برمی گرداند. بر پایه تحقیقاتی که انجام داده ام، موضعی میان دو دیدگاه فوق اتخاذ کرده ام. در خصوص

قرن سوم علیه نظر غالب استدلال خواهم کرد که معتقد است اصول فقه<sup>۱</sup>، آن‌گونه که بعدها شناخته شد، محصول قرن دوم بوده و معمار آن ابن ادریس شافعی است.

فصل‌های دوم و سوم (تا آن‌جا که ممکن بوده است) گزارشی اجمالی از موضوعات اصلی اصول فقه است، به شکلی که تا پایان قرن پنجم تکامل یافتند. این گزارش دو هدف را دنبال می‌کند: یکی ارائه تصویری از نظریه‌های گوناگون همزمان و دیگری آماده کردن زمینه برای بحث از گوناگونی‌های موجود طی اعصار که موضوع فصل چهارم است. در فصل چهارم به بررسی عناصر عمده دنیای عمل حقوقی و اجتماعی و همچنین گرایش‌های فکری که موجب بروز آموزه‌های گوناگون و غنی در اصول فقه شدند، می‌پردازم. در فصل پنجم مفصلاً از ارتباط خاص میان واقعیات اجتماعی دینی و تولید مباحث نظری اصول فقه بحث خواهم کرد. در این فصل آثار فقیه<sup>۲</sup> اندلسی، ابواسحاق شاطبی را به عنوان مطالعه‌ای موردی به میان خواهم آورد. هدف از تحلیل نظرات شاطبی این است که نشان دهم عقیده رایج در مورد ماهیت و هدف نظریه‌ها نادرست است.

دلیل سوم انتخاب شاطبی به عنوان موضوع فصل پنجم این است که تئوری‌های وی و طوفی (که در فصل چهارم از آن بحث می‌کنم) منبع الهام اصلاح‌گرایان مدرن بوده است. پی‌بردن به این‌که اصلاح‌گرایان مزبور و همچنین علمای معاصر، انگیزه و در نتیجه محتوای نظریه شاطبی را بد فهمیده‌اند، نه تنها به فهم ما از ساختار اصلاح حقوقی مدرن بلکه به درک ما از این‌که چگونه تاریخ در خدمت زمان حاضر تحریف شده است (البته نه از روی عمد) کمک می‌کند. فصل آخر دیدی کلی را از تفکر جدید درباره بنیادهای نظری و روش‌شناسی حقوق اسلامی به نمایش می‌گذارد. تعداد منابع در این زمینه سرگیجه‌آور است و بنا به ضرورت مجبور بوده‌ام در انتخاب متفکران مورد بحث، بسیار گزینشی برخورد کنم. این فصل به دنبال ارائه خلاصه‌ای هر چند ناقص از مشکلات روش‌شناسانه‌ای است که اصلاح‌گرایان مدرن با آن مواجه بوده‌اند و نیز برخی از راه‌حلهایی که به منظور صورت‌بندی مجدد تئوری حقوقی (اصول فقه) پیشنهاد کرده‌اند.

1. Legal theory

2. doctrine

3. jurist

عنوان فرعی کتاب نیز حائز اهمیت است. افزون بر این، کتاب را به عنوان یک «مقدمه» نوشته‌ام تا طیف وسیعی از خوانندگان را در حوزه مطالعات اسلامی و هم حوزه‌های دیگر به خود جلب کند. هرچند از تطبیق با دیگر نظام‌های حقوقی پرهیز کرده‌ام (چرا که معتقدم تطبیق در یک کار مقدماتی مانع از برداشتی دقیق از اسلام و حقوق اسلامی است)، امیدوارم علمای حقوق تطبیقی مطالب مفیدی در این اثر بیابند. دانشجویان علوم دینی و مطالعات تطبیقی ادیان نیز از این کتاب بهره خواهند برد. به هر حال، این اثر اساساً برای محققان حوزه مطالعات اسلامی به رشته تحریر درآمده است. متأسفانه تاکنون یک متن [انگلیسی] که حاوی گزارشی روان، روشن و نسبتاً کامل از تئوری‌های حقوقی اسلامی باشد در دسترس دانشجویان علاقه‌مند به حقوق اسلامی و همچنین عموم اسلام‌شناسان وجود نداشته است. این کتاب در پی پر کردن این خلأ است.<sup>۱</sup>

به‌خوبی پیداست که همان‌کتاب به سنت فکری اهل تسنن منحصر شده است. تئوری‌های حقوقی شیعی و مانند آن‌ها در تکامل تاریخی و در نتیجه ساختاری متفاوت دارند. بی‌تردید بحث از آن‌ها نیازمند فرصت و جایی دیگر و همانند سنت فکری اهل سنت خود ملزم به بررسی مستقل است. این ترتیب، دلیلی برای توجیه عدم ارائه تئوری‌هایی غیر از تئوری‌های حقوقی اهل سنت وجود ندارد.

در بررسی آثار نظری، همان‌طور که انتظار می‌رود، به هدف اعلامی و ادعایی در آن آثار توجه کامل داشته‌ام. هدف، ارائه روشی بوده است که فقهای صالح را به «کشف» قانون الهی قادر سازد. واضح است که مطابق این رویکرد، وظیفه اصلی فقیه چیره‌دست در به‌کارگیری اصول فقه در مواجهه با منابع اولیه<sup>۱</sup> شرع<sup>۲</sup> بیان می‌شود؛ مواجهه‌ای که به دنبال کشف احکام<sup>۳</sup> مربوط به موارد مستحدثه<sup>۴</sup> است. با این حال، علمای علم اصول یا اصولیون<sup>۵</sup> نقش دیگری را نیز، که به‌ندرت و به‌نحو مبهم بیان شده است، ایفا کرده‌اند. این نقش به‌موجه‌سازی و بازتولید مربوط است: (۱) احکام شرعی که برای مدت زیادی مستقر بوده‌اند و از احترام تاریخی برخوردارند، و

1. primary sources

2. law

3. rulings

4. unprecedented

5. legal theorists

(۲) فرایندهای استدلال که مولد و پشتیبان آن احکام بوده‌اند. به دیگر سخن، این نقش در پی دفاع استدلالی از «مذهب»، مکتب فقهی و آموزه‌های معتبر<sup>۱</sup> و رایج آن بوده است. به لحاظ نظری و علی‌الاصول، اصول فقه در دو حوزه وضع و توجیه احکام به‌طور یکسان عمل می‌کند. درست به دلیل عدم وجود تفاوت در این سطح از نظریه‌پردازی انتزاعی بوده است که توجه زیادی به نقش دوم اصول فقه معطوف نداشته‌ام، هرچند چنین نقشی در جای خود حوزه‌ای غنی و پربار برای تحقیق است.

ماهیت مقدماتی این اثر مستلزم استفاده‌ای حداقلی از واژه‌های فنی عربی است که در تمامی فصول سعی کرده‌ام آن را رعایت کنم. با این حال صحیح ندیدم واژه‌های مزبور را کاملاً حذف کنم چرا که از یک سو، مبین مفاهیم کلیدی برای دانشجویان در اصول فقه است، و از دیگر سو، کار را برای علاقه‌مندان در پیگیری مباحث در متون اصلی به زبان عربی، آسان‌تر می‌کند. همچنین پانوشته‌ها نیز در یک سطح حداقلی نگاه داشته شده‌اند تا آن‌ها که ممکن بوده است آن‌ها را در آخر پاراگراف‌ها آورده‌ام تا از وقفه در مطالعه جلوگیری شود. برای درهم‌ریختن متن با ارجاعات گوناگون به منابعی که در نوشتن کتاب بدان‌ها مراجعه شده است، منابع مربوط را در انتها فهرست و آن‌هایی را که برای مطالعه بیشتر، مهم‌اند مشخص کرده‌ام. (در ادامه فصل «منابع»).

اگرچه این کتاب بیانگر نوعی دیدگاه تجدیدنظرطلبانه است، ولی تردیدی نیست که وام‌دار آثار علمی پیشین و فعلی در این حوزه است. در برخی موارد از نوشته‌های قبلی خود استفاده کرده‌ام که در جای خود با ارجاع مشخص شده است. پاره‌ای از صاحب‌نظران مرا از نظرات خود بهره‌مند ساخته‌اند. دیوید پاورز<sup>۲</sup> فصل‌های یک، چهار و پنج، برنارد وایس<sup>۳</sup> فصل‌های دو و سه و جان وُل<sup>۴</sup> فصل شش را بررسی کرده‌اند. فرهنگ زیاده<sup>۵</sup> کل کتاب را بازخوانی کرده است. سپاسگزاری صمیمانه خود را به تمام این همکاران سخاوتمند اعلام می‌دارم. در پایان، همچنین باید دین دیرینه خود را به استیو میلییر<sup>۶</sup> برای ویراستاری کتاب و کمک بسیار وی در مقام کتابدار، ابراز کنم.

1. authoritative

3. Weiss

5. Farhat Ziadeh

2. Powers

4. Voll

6. Millier