

## سازگاری حقوق اسلامی با کدیفیکاسیون: امکان یا امتناع؟<sup>۱</sup>

مهدی مرادی برلیان<sup>۲</sup>

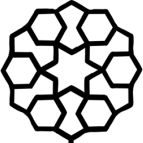
تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۷/۲۱ تاریخ تایید ۱۴۰۰/۱۰/۰۹

### چکیده

دیدگاهی که امکان زیست حقوق اسلامی در بستر مدرنیته و دولت مدرن را غیرممکن قلمداد می‌کند، از جمله دلایل بنیادین این ادعا را تمایز و ناسازگاری معرفت‌شناختی حقوق اسلامی با روش کدیفیکاسیون (تدوین قوانین)، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های نظام حقوقی مدرن بیان داشته است. در این رویکرد، کدهای قانونی تکنولوژی دولت مدرن برای انحصار قاعده‌گذاری، ایجاد اقتدار و یکپارچگی و همگن‌سازی جامعه به‌شمار می‌روند. در مقابل بر اساس این برداشت، تاریخ شکل‌گیری حقوق اسلامی و ویژگی‌های آن در دوران پیش‌مدرن نمایانگر خصلت غیرانحصاری، نامعطوف به اقتدار سیاسی، تکثرگرایانه و البته فردگرایانه و هرمنوتیکی آن است که از اساس با فن کدیفیکاسیون هم‌خوانی ندارد. در هر صورت، به نظر می‌رسد که دست‌کم به دو دلیل عمده، چنین روایتی اشتباه است و با ادعای امکان سازگاری کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی می‌توان در برابر آن خطر کرد: نخست، رویکرد قائل به ناسازگاری کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی، تاریخ حقوق اسلامی در دوران پیش‌مدرن را نادرست و بدون توجه به تحولاتی که در آن گرایش به‌گونه‌ای از گردآوری قواعد و احکام اسلامی در مجموعه‌های

۱. با حمایت کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی.

۲. استادیار گروه حقوق، دانشگاه مازندران، مازندران، بابلسر، ایران



مدون وجود داشته، روایت کرده است؛ دوم، دیدگاه فوق مبتنی بر درک نادرست از کد و کدیفیکاسیون و نقش آن در دولت مدرن است و بیشتر به عنوان یک امر ایدئولوژیک تلقی می‌شود. بدین ترتیب، در این پژوهش، با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، ضمن تبیین دیدگاه قائل به ناسازگاری حقوق اسلامی با کدیفیکاسیون، به شرح و بسط نقدهای پیش‌گفته در راستای ترسیم افقی سازگار میان کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی، پرداخته خواهد شد.

واژگان کلیدی: دولت مدرن - نظام حقوقی مدرن - کدهای قانونی - حقوق اسلامی -

اجتهاد - تقلید

### مقدمه

از دیدگاه امتناع همزیستی حقوق اسلامی با حقوق مدرن، پیدایش دولت ملی مدرن، مقدمه نابودی شریعت بوده و از حدود یک سده پیش، حقوق اسلامی جایگاه برتر پیش مدرن خود را از دست داده است. نیروی محرکه دگرذیسی شریعت در دولت مدرن، تمرکزگرایی، کدیفیکاسیون، دیوان‌سالاری و یکپارچه‌سازی بوده است. آنچه از حقوق اسلامی باقی مانده پوسته‌ای بیش نیست و تمامی حوزه‌های قانونی با اقتدار رقیب اروپایی، یعنی نظام حقوقی مدرن، جایگزین شده‌اند. آن میزان از احکام شرعی که در قالب کدهای قانونی حفظ شده بودند نیز آشکارا مورد دستکاری قرار گرفته و ارتباط فیزیکی خود را با جامعه سنتی از دست دادند. این فرآیند استعماری نمایانگر تخریب زیربنایی نظام حقوقی اسلام است. یکی از اجزای برجسته این مفهوم به صورت مطلق و ساده‌سازی شده به این شکل ارائه شده است: حقوق اسلامی متمایز از «کدیفیکاسیون» است؛ «کدیفیکاسیون» یک تکنولوژی بیگانه و استعماری حقوقی است که ویژه دولت مدرن است؛ بر این اساس و در نتیجه، حقوق اسلامی با دولت مدرن ناسازگار است. از این منظر، «کدیفیکاسیون» به صورت کلی از سه طریق از حقوق اسلامی جدا می‌شود: نخست، یکپارچه‌سازی قانون به شکل رسمی و تدوین شده؛ دوم، متمرکز ساختن قانون‌گذاری در دولت و سوم، محدود کردن محتوای امر حقوقی اسلامی در نظام‌های موضوعه (مبتنی بر کد قانون) امروزی. این سه ویژگی ایجاد

قانون در دولت مدرن، برخی از متفکران (Hallaq, 2018, p. 163) را بر آن داشته که کوشش‌های دولت مدرن در اسلامی‌سازی به‌عنوان چیزی که به‌صورت بنیادین با جوهره و روح حقوق اسلامی مغایرت دارد، مورد انتقاد قرار دهند. در این مقاله، چنین استدلالی با در نظر گرفتن چند گزاره مشخص، نقد خواهد شد:

(۱) این دیدگاه به رابطه میان دولت مدرن و حقوق اسلامی، نشانه‌های موجود در شریعت / حقوق اسلامی پیش‌مدرن را که حاکی از گرایش به‌گونه‌ای از «کدیفیکاسیون» است - با در نظر داشتن تفاوت‌های اساسی آن با «کدیفیکاسیون» مدرن - نادیده می‌گیرد؛ (۲) ادعای فوق بر اساس خوانشی «ایدئولوژیک» از «کدیفیکاسیون» و نسبت آن با دولت مدرن پی‌ریزی شده است؛ چنین پیش‌فرضی افزون بر آنکه از «کدیفیکاسیون» به‌عنوان وسیله‌ای برای ارائه یک تصویر متراکم و تمرکزگرا از دولت مدرن بهره می‌برد، نمی‌تواند خود را از درک نادرست کارکردهای «کد» و «کدیفیکاسیون» در دولت رها سازد؛ (۳) افزون بر دو مورد فوق، خوانش نأمیدانه از وضعیت حقوق اسلامی در دولت مدرن، به این واقعیت که مسلمانان حقوق اسلامی را هم‌چون نهادی یکپارچه می‌دانند که اجزای سازنده آن را هم قواعد وضع‌شده از سوی دستگاه حاکم و هم حقوق فقها (احکام و قواعد شرعی برگرفته از منابع اسلامی توسط فقها) تشکیل می‌دهند، توجه کافی نداشته است. با ارائه نقدهای فوق، مقاله پیش‌رو بر آن است تا با اثبات ادعای سازگاری کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی، گامی هرچند کوچک در راستای امکان‌همزیستی حقوق اسلامی و حقوق مدرن بردارد.

براین اساس و بر مبنای روش توصیفی - تحلیلی در مقاله حاضر ابتدا به‌صورت فشرده درنگی در مفهوم کدیفیکاسیون صورت خواهد گرفت (شماره ۱) سپس نشانه‌های به‌کارگیری روش‌های مشابه با کدیفیکاسیون در حقوق اسلامی در دوران پیش‌مدرن ردیابی می‌گردد (شماره ۲) پس از این، خوانش مورد استفاده قائلین به ناسازگاری حقوق اسلامی با حقوق مدرن از کدیفیکاسیون مورد ارزیابی نقادانه قرار خواهد گرفت (شماره ۳) و در نهایت، ادعای سازگاری کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی از منظر جامعه‌شناختی جوامع مسلمان به اختصار تبیین می‌شود.

## ۱. گذری کوتاه در مفهوم کدیفیکاسیون

«کدیفیکاسیون» یک مفهوم پیچیده است<sup>۱</sup> که از اشاره به کل یک نظام حقوقی همچون سنت حقوقی رومی-ژرمنی تا تکنیک ایجاد قانون/کدهای قانونی را دربر می‌گیرد.<sup>۲</sup> بسیار ساده‌انگارانه است که فرض کنیم نظام حقوقی «رومی-ژرمنی» مبتنی بر قوانین موضوعه (Watson, 1981: p. 2) و نظام حقوقی «کامن‌لا» بر مبنای رویه قضایی استوار است؛ چراکه در نظام رومی-ژرمنی، تصمیمات قضایی نیز نقش برجسته‌ای دارند و از سوی دیگر، نظام حقوقی کامن‌لا به صورت فزاینده‌ای تحت حاکمیت قوانین قرار دارد (Merryman. and Pérez-Perdomo, 2007: p. 27). از این منظر، تمایز میان دو نظام حقوقی پیش‌گفته امری نسبی می‌نماید، چراکه قانون و رویه قضایی در هر دو نظام جایگاه ویژه‌ای دارند. «نظام حقوقی کامن‌لا و نظام حقوقی رومی-ژرمنی دوگانه‌ای نیستند که وجود یکی، دیگری را نفی کند؛ برخی نظام‌های حقوقی، ویژگی‌های هر دو نظام حقوقی کامن‌لا و رومی-ژرمنی را دارند. افزون بر این، هیچ‌گونه طبقه‌بندی در میان سنت‌های حقوقی نمی‌تواند به صورت رضایت‌بخشی همه مشخصه‌های یک نظام حقوقی (کامن‌لا یا رومی‌ژرمنی) را در برابر نظام حقوقی دیگر قرار دهد». (Ibrahim, 2015: p. 32) ارزیابی و درنهایت انتخاب هریک از این دو نظام حقوقی بستگی معناداری با برخی پیش‌فرض‌های ایدئولوژیک در باب تاریخ، رضایت عمومی، تعهد، اقتدار و قلمرو دولت دارد؛<sup>۳</sup> بر همین اساس، باید دانست که «کدیفیکاسیون» مدرن

۱. مدعای برخی آن است که «غیرممکن می‌نماید که بتوان مفهومی واحد و یکپارچه برای کدیفیکاسیون یافت. در میان انبوه تعاریف، نمی‌توان دو تعریف همسان با یکدیگر را بازشناخت. مفهوم

کدیفیکاسیون ناروشن و واجد تکثر معنایی است.» (Weiss, 2000: p. 541)

۲. بایسته یادآوری است که از دیدگاه شماری، «کدیفیکاسیون» می‌تواند در سه سطح گفتمانی مدنظر واقع گردد: فن قانون‌گذاری؛ انگاره حقوقی و فلسفه حقوق. این سه گفتمان البته با یکدیگر مرتبط نیز هستند. کدیفیکاسیون از این نظر، در دوران مدرن دارای اهداف متفاوت است و می‌تواند پیامدهای ناهمسانی نیز برای حقوق و جامعه به دنبال داشته باشد. (Canale, 2009: p. 136)

۳. هم‌چون صنعتی شدن آمریکا در سده نوزدهم میلادی و نقشی که قانون‌گذاری دولتی برای حمایت از

حقوق یک فرآیند واحد و یکپارچه نبوده و نیست. این پدیده حقوقی در کشورهای مختلف دارای پیش‌زمینه‌های نظری متفاوتی بوده و الگوهای مختلفی از جامعه مدنی را صورت‌بندی کرده است (Canale, 2009, p. 182).

با وجود این، در تحقیقات مربوط به تحلیل تاریخی «کدیفیکاسیون» گرایش نیرومندی به کاهش این پدیده به دو ویژگی برجسته وجود دارد؛ نخست، نیروی الزام‌آوری کدهای قانونی مطلق و انحصاری قلمداد شده است؛ بدین معنا که در محدوده تحت پوشش کدهای قانونی، هر قاعده‌ای خارج از مجموعه این کدها را نمی‌توان به‌عنوان بخشی از نظام حقوقی در نظر گرفت؛ این ویژگی بر برداشتی محدود از «کد» و «کدیفیکاسیون» بنا نهاده شده است؛ برداشت محدود از «کدیفیکاسیون» آن را یک کد نوشته قانونی می‌داند که حکومت بر مبنای اقتدار قانون‌گذاری خود، ضمانت‌اجرای انحصاری بدان بخشیده است؛ دوم، «کدیفیکاسیون» یکپارچگی حقوقی را موجب می‌شود؛ این ویژگی دارای دو سویه است: از یک سو، یگانگی حقوقی سرزمینی که لازمه یکسانی کدها در سراسر سرزمین دولت است، از طریق «کدیفیکاسیون» حاصل می‌شود و از سوی دیگر، کدهای قانونی، یگانگی حقوقی اجتماعی را که مستلزم به‌کارگیری قواعد به‌صورت یکسان نسبت به همه شهروندان است، به ارمغان می‌آورند؛ با این حال، باید توجه داشت همان‌گونه که تاریخ «کدیفیکاسیون» در اروپا نشان داده است یک «کدیفیکاسیون» انحصاری به‌صورت گریزناپذیری منجر به یکپارچگی حقوقی نمی‌شود؛ قواعد محلی همان‌طور که در امپراتوری پروس و یا پادشاهی اتریش مشاهده می‌شد، می‌توانند چه در چارچوب کد واحد و چه به‌صورت متمایز هم‌چنان باقی بمانند (Van den berg, 2006, p. 6). افزون بر این موارد، اصول حقوقی به‌مثابه بخشی از نظام حقوقی بیشتر در نظام حقوقی کامن‌لا و تا میزانی

رفاه عمومی در پی این واقعه برعهده گرفت؛ رک.:

Novak. W. 1996. The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America, Durham: The University of North Carolina Press.

در نظام حقوقی رومی ژرمنی انحصار کدهای قانونی و محدود شدن امر حقوقی به قواعد مصوب دولت را با محدودیت مواجه ساخته‌اند. در هر صورت، صرف نظر از همه مناقشات پیرامون کدیفیکاسیون<sup>۱</sup> آنچه در این نوشتار از این اصطلاح مدنظر قرار گرفته، تدوین هنجارها و قواعد لازم‌الاجرا در چارچوب متن یا متون مشخص است که می‌توان آن را فن قانون‌گذاری دانست؛ در قسمت‌های بعدی این مقاله و در نقد دیدگاه‌های قائل به ناسازگاری کدیفیکاسیون با حقوق اسلامی مفهوم کدیفیکاسیون و برداشت خاص از آن (شماره ۳ این نوشتار) بیشتر مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

## ۲. حقوق اسلامی، اجتهاد و تقلید: دوران پیش‌مدرن و چیرگی نظام کدیفیکاسیون

در گفتمان‌های مربوط به شریعت پیش‌مدرن همانندسازی میان حقوق اسلامی و نظام حقوقی کامن‌لاکم و بیش استدلال رایجی به نظر می‌رسد. چنین ادعایی بر آن است که حقوق اسلامی در دوران تکوین (سه یا چهار سده اول پس از هجرت)، کارکرد خلق قوانین را پیش از آن‌که مکاتب/مذاهب حقوقی تأسیس کردند، به قضات واگذار کرده بود. از همین طریق هم بسیاری از رویه‌های عرفی وارد حقوق اسلامی شدند. در چنین سازگانی، در راستای تکثرگرایی حقوقی، قضات در پرونده‌های همسان، در بسیاری مواقع تصمیمات ناهمسانی اتخاذ می‌کردند (Coulson, 1959: p. 20). براین اساس، استدلال شده است که حقوق اسلامی بیشتر یک آموزه و روش شناختی به‌شمار می‌آمد تا مجموعه‌ای از قواعد ماهوی و بنابراین هرگونه تدوین حقوق اسلامی یک تحریف قلمداد می‌شود (Schacht, 1960: p. 108). در پارادایم «اجتهاد»، حقوق اسلامی که در آن قضات و مفتیان در به‌کارگیری هرمنوتیک و قیاس از طریق بسیج ترکیبی از سابقه قضایی، نصوص دینی و رفاه اجتماعی به‌مثابه بخشی از استدلال حقوقی خود دارای آزادی عمل

۱. در نظام حقوقی ایران نیز این دست مناقشات به‌ویژه در تمییز میان تدوین و تنقیح قوانین هم از باب مفهوم‌شناسی و هم تقدم و تأخر میان آنان مشاهده می‌شود (آقایی طوق، ۱۳۹۵: ص. ۱۰۶).

بیشتری هستند، شبیه نظام حقوقی کامن لا است. به دلیل انعطاف هرمنوتیک حقوقی برگرفته شده از جانب فقهای دوران تکوین و ابهام و تضادهای موجود در نصوص دینی، فعالیت قضات و مفتیان می‌توانست به نتایج بسیار متفاوتی بیانجامد (Ibrahim, 2015: p. 32). بدین ترتیب، امکان تفاسیر بیکرانی که از طریق تعامل میان یک هرمنوتیک منعطف و متون دینی ارائه می‌شد، به حقوق اسلامی در پارادایم اجتهاد، انعطاف‌پذیری از گونه موجود در نظام حقوقی کامن لا اعطا کرده بود.

در برابر دیدگاه پیش‌گفته که برویژگی «اجتهاد» در حقوق اسلامی پایه‌گذاری شده است، با در نظر گرفتن نهاد «تقلید» هم‌چون تحولی قابل‌توجه در تاریخ شریعت و حقوق اسلامی، به ادعای مشابهت میان «کدیفیکاسیون» و «حقوق اسلامی» می‌توان خطر کرد. در واقع، برخاستگی هژمونی «تقلید حقوقی»<sup>۱</sup> و به حاشیه رانده شدن آزادی تفسیری، نمایانگر تغییر نقطه اتکا از نظام حقوقی کامن لا به یک معرفت‌شناختی مبتنی بر کدیفیکاسیون است؛ معرفتی که بر پایه‌های اصول مربوط به تمرکزگرایی استوار شده است. در سیستم جدید، قضات دیگر خالق قوانین نبودند و مفتیان نیز نقشی شبیه به آن‌چه حقوق دانان رومی در ارائه مشورت به دادگاه‌ها داشتند، ایفا می‌کردند. همچنین، پیدایش تقلید شبیه به «منتخب / گلچین»<sup>۲</sup> امپراتوری روم شرقی که نوعی رونویسی از نسخه‌های پیشین متون به شمار می‌آمد، پنداشته شده است (Glenn, 2000: pp. 165). این تغییر جهت با دو هدف عمده صورت گرفته است: دست‌یافتن به ثبات حقوقی و عادی‌سازی و متداول کردن قانون در فضای گسترده سرزمینی که هر دو ضروری تمرکزگرایی امپراتوری بودند (Ibrahim, 2015: p. 32). در تاریخ حقوق اسلامی، نخستین کوشش‌ها برای تمرکززایی و کدیفیکاسیون در ابتدای دوران «عباسیان» آغاز شد، یعنی هنگامی که وزیر دربار عباسیان، «ابن مقفع» به منصور خلیفه عباسی از وجود قواعد حقوقی

1. Legal Conformism

2. Florilegium

گونگون و متضاد در شهرهای مختلف شکوه کرد (Amir Arjomand, 1994: pp.32-33). ابن مقفع بر این باور بود که حتی در یک منطقه یا شهر نیز این تکثر مشاهده می‌شود. وی برای دستیابی به امنیت حقوقی که به نظرش از مسیر سازگاری قوانین و احکام حقوقی در سراسر گستره سلطنت عباسیان محقق می‌شد، پیشنهاد جمع‌آوری همه نظریه‌ها و آموزه‌های حقوقی در یک مجموعه واحد را ارائه کرد تا خلیفه با برگزیدن نظریه یا قاعده حقوقی درست در هر قضیه، کد قانونی دائمی را ایجاد نماید؛ از دیدگاه ابن مقفع قضات نیز ملزم به پیروی از چنین مجموعه یکپارچه‌ای بودند (ابن المقفع، ۱۹۸۹ م: صص ۳۱۸-۳۲۰). با این حال، چنین ابتکاری به صورت کامل با مخالفت فقها روبرو شد (البیهقی، ۱۴۲۴ ق: صص ۳۵۶-۳۵۷) و هرگز صورت تحقق به خود نگرفت.<sup>۱</sup> کوشش برای افزایش اقتدار خلیفه در مسائل حقوقی در زمان «مأمون» خلیفه دیگر عباسی و با واقعه تفتیش عقاید یا «محنه» به صورت دیگری ادامه یافت (ناظریان فرد، ۱۳۸۸: ص ۷۵). «محنه» در راستای حمایت و به کرسی نشاندن دیدگاه معتزله مبنی بر خلق شده بودن قرآن در برابر قدیم بودن آن صورت پذیرفت (ذکاوئی قراگزلو، ۱۳۷۲: ص ۵۴). این تلاش نیز گرچه در حدود بیست سال ادامه داشت، اما سرانجام با شکست مواجه شد؛ شکستی که پیامد آن گونه‌ای تقسیم کار میان حکمرانان و فقها بود. اقتدار قضایی (دستگاه قضا) در گستره اختیارات خلیفه قرار گرفت، حال آن‌که تعیین قواعد قابل اعمال در قضایای گوناگون از صلاحیت‌های مذاهب فقهی بود و به این ترتیب گونه‌ای توازن قدرت میان دو طرف درگیر فراهم آمد (Feldman, 2012: pp. 27-55). آن چه باید در آن دقت ورزید آن است که پیروزی فقها بر خلیفه درباره مسائل حقوقی، کارکرد کدیفیکاسیون را از حکمرانان به فقها منتقل ساخت؛

برخی بر این باور هستند که «تقنین»، «قانون» و «کدیفیکاسیون» ویژگی سنتی امپراتوری پارس بوده<sup>۱</sup> و ابن مقفع نیز به همین دلیل با آن آشنا بوده است: (امین، ۱۹۹۷ م: صص ۲۱۵-۲۲۳) شماری دیگر اما، با این دیدگاه مخالفت ورزیده و راهکار تجمیع قواعد در یک مجموعه واحد را حاصل دقت نظر ابن مقفع در دولت و دین مسلمانان و رابطه میان آنان، به ویژه لزوم کنترل دین از سوی

(Goitein, 2010: pp.163-164): دولت در نظریه دانسته‌اند



به‌گونه‌ای که فقها به شکل فزاینده‌ای از نیازهای اجتماعی زمانه خود برای امنیت حقوقی و همچنین این واقعیت که پیش‌بینی‌ناپذیری قواعد حقوقی می‌توانست اعتماد توده مردم را به نظام حقوقی‌ای که آن‌ها پشتیبانش بودند بکاهد، آگاهی یافتند. «غزالی» در اواخر سده یازدهم در بغداد این موضع عمومی را اعلام داشت که گرچه نظرات حقوقی مجتهد باید با تفاسیر جدید وی سازگاری داشته باشد، اما چنین موضعی قضات را دربر نمی‌گیرد؛ چراکه اگر تصمیمات قضات با تغییر دیدگاه‌هایشان دچار تحول شوند، چنین امری منجر به آشفتگی در قواعد حقوقی و از بین رفتن اعتماد مردم به نظام حقوقی می‌شود (الغزالی، بی‌تا: ص ۱۲۳).

به نظر می‌رسد پیش‌بینی این دست محدودیت‌ها بر توانایی قضات در تفسیر نصوص و احکام شرعی، آغازگر فرآیند تغییر جهت از یک معرفت‌شناختی مشابه حقوق کامن‌لا به نظامی همسان کدیفیکاسیون باشد. البته چنین ادعایی بدان معنا نیست که حقوق اسلامی در دوران تقلید یک کد یا مجموعه نوشته‌ای روشن و معین از احکام را در اختیار داشته است. آنچه از بیان دگردیسی پیش‌گفته مدنظر است نه ادعای تعیین‌پذیری کامل، بلکه تغییر سمت معرفت‌شناختی‌ای است که از طریق آن تأکید قابل‌ملاحظه‌ای بر تعین حقوقی صورت گرفته است. جاده‌ای که به سوی «تعیین‌پذیری / شناخت‌پذیری حقوقی»<sup>۱</sup> حرکت می‌کرد، از پیدایش مکاتب / مذاهب حقوقی آغاز گشت (Ibrahim, 2015: p. 37) و سپس از میان تغییر جهت در تمرکز نظری بر فرآیند پایای خلق آموزه‌های نوین از طریق اجتهاد به تمرکز بر «تشریح (قالب‌بندی رسمی) بر مبنای تقلید»<sup>۲</sup> عبور نمود (El Shamsy, 2013: p. 4). مفهوم قالب‌بندی رسمی در سده هفتم هجری قمری و هنگامی که فقهای مذاهب اربعه با مرزهای روشن روش‌شناختی و ماهوی حقوقی به شناسایی موقعیت رسمی هر مذهب درباره موضوعات گوناگون حقوقی، چه از طریق «ترجیح»<sup>۳</sup> و چه «پراکنده‌گزینی عمل‌گرا»<sup>۴</sup> از میان متون غیرقطعی و متکثر هر

1. Legal Determinacy
2. Canonization Through Legal Conformism
3. Preponderance
4. Pragmatic Eclecticism

مذهب پرداختند، تبلور بیشتری به خود گرفت (Ibrahim, 2015: p.37). دگرذیسی تدریجی به سوی معرفت‌شناختی مبتنی بر «کدیفیکاسیون» به صورت قابل توجهی از طریق ظهور «مختصرات حقوقی»<sup>۱</sup> در عمل به وقوع پیوست. فعالیت فقهایی که به نگارش مختصرات حقوقی سرگرم بودند، تعیین ناپذیری در چارچوب هریک از مکاتب را کاهش داد.<sup>۲</sup> هدف از نگارش این مختصرات جمع‌آوری قواعد حقوقی صریح و روشن درون هریک از مکاتب یا مذاهب بود. به نظر می‌رسد که بتوان ادعا کرد که کتاب «الأم» شافعی برساننده مدلی پارادایماتیک برای مختصراتی بوده که توسط شاگردان وی به رشته تحریر درآمده است. البته با عنایت به تعادل کارکردی در دوران عباسی میان فقها و حکمرانان، هیچ‌یک از مختصرات تولید شده از سوی فرمانروایان به مثابه قانون سراسری سرزمین حکمرانی برگزیده و اعلام نشدند. هرچند مقامات سیاسی و حقوقی هر دو قضات را ملزم به پیروی از دیدگاه‌های حقوقی مسلط در مذاهب خویش می‌دانستند؛ این محدودیت‌های وارد بر قضات می‌تواند در گفتمان‌های حقوقی سده سیزده میلادی که به موجب آن مفروض بود که قضات باید از رویه مذهب مربوطه به موجب نهاد تقلید پیروی کنند، مشاهده گردد (Jackson, 1997: pp.78-79). این دست «اداری سازی»<sup>۳</sup> کارکرد قضات آن‌ها را از شکل ایده‌آل قضاتی که خالق قانون (احکام شرعی) بودند به یک دیوان‌سالار کاهش داد که یگانه وظیفه‌شان اعمال قانون بود؛ فقهای مؤلف در این سازگان با نگارش مختصرات حقوقی، همانند قانون‌گذارانی خارج از دادگاه عمل می‌کردند که متون حقوقی واحدی را با تعیین‌پذیری فزاینده بر ساخته بودند. مختصرات درون مذهبی/مکتبی در سده هشتم هجری قمری در گونه‌ای تطبیقی از نوشتار

اصطلاح «پراکنده‌گزینی عمل‌گرا» اشاره به نهاد «تلفیق» و یا «تخیر» دارد که به معنای گزینش آرای قضایی در میان یک مکتب یا میان مکاتب گونه‌گون است.

### 1. Legal Compendia

۲ برای پیگیری بحثی بصیرت‌افزا در باب «مختصرات» به مثابه نشانه‌ای از دیرپایی «تقلید» و ایده‌آل ذاتی آن یعنی پیش‌بینی‌پذیری حقوقی، رک.:

Fadel, M. 1996. "The Social Logic of Taqlid and the Rise of the Mukhtasar", *Islamic Law and Society*, Volume 3, Number 2, pp.193-233.

### 3. Bureaucratization

حقوقی که به عنوان «اختلاف»<sup>۱</sup> شناخته می‌شد،<sup>۲</sup> انعکاس یافت. از برجسته‌ترین نمونه‌های این دست نوشتارها می‌توان به کتاب الدمشقی اشاره کرد؛ مؤلف هدف خود از نگارش چنین کتابی را تلخیص آرای مذاهب چهارگانه در مسائل فقهی عنوان کرده است. (الدمشقی، بی‌تا: ص ۱۲) این دست نوشتارها که جهت ارتقای پراکنده‌گزینی عمل‌گرایانه در چهارچوب معرفت‌شناختی «کدیفیکاسیون» مورد طراحی واقع شده بود، به مثابه دفترچه راهنمایی برای مقامات سیاسی و حقوقی به شمار به‌شمار می‌رفت و آن‌ها را در حوزه‌های گوناگون تخصصی با آرای مذاهب مختلف آشنا می‌کرد. نقطه اوج این فرآیند در دوران «مملوک» و به‌ویژه در مصر و شام رخ نمود. کاستن از تعیین‌ناپذیری و نامعلومی وسیله‌ای بود که مقامات حقوقی به موجب آن می‌توانستند با کمترین مداخله تفسیری عدالت را به بخشی از قضات واگذار کنند و بنابراین قانون را در گستره وسیعی از سرزمین تنظیم کرده و امنیت حقوقی را تضمین نمایند. بی‌شک این ایده‌آلی بود که همواره به صورت کامل تحقق نیافت؛ در هرروی حقوق اسلامی روزبه‌روز تعیین بیشتری پیدا می‌کرد و از آثار ابهام قواعد حقوقی که از گذشته باقی مانده بود توسط فقها در دوران مملوک و عثمانی به تدریج کاسته می‌شد (Ibrahim, 2015: p. 38).

مطالب پیشین نشان داد که چگونه دگردیسی از «اجتهاد» به «تقلید» که با شکل‌گیری مکاتب/مذاهب حقوقی به صورت جدی آغاز شد، به مثابه فرآیندی انباشتی حقوق اسلامی را از مدل مبتنی بر صلاحیت قضایی-مدلی که تا اندازه‌ای به نظام حقوقی کامن‌لا شباهت داشت- به معرفت‌شناختی مبتنی بر «کدیفیکاسیون» سوق داد. این فرآیند شامل کوشش‌های کسانی چون ابن‌مقفع برای ایجاد کد شرعی واحد در سراسر سرزمین خلافت تا گونه‌ای کدیفیکاسیون فقه‌محور با خلق آثاری چون مختصرات و اختلاف می‌شد؛ نباید از نظر دور داشت که شاید بتوان کوشش‌های برخی علمای برجسته اسلام و از آن میان بهاء‌الدین

1 Juristic Disagreement

۲ برای واکاوی مفهومی «اختلاف» در حقوق اسلامی، ر.ک.:

Nachi, M. 2012. "Thinking about Ikhtilaf: The Political Construction of Difference in the Islamic Context", History of the Present, Volume 2, Number 1, pp.53-54.

محمدحسین عاملی (شیخ بهایی) را در کتاب ارزشمند «جامع عباسی» که بنا به درخواست شاه عباس اول و در راستای یکپارچه‌سازی و ساده‌کردن احکام و مسائل فقهی مورد نیاز مردم نگاشته شده است، در راستای گونه‌ای کدیفیکاسیون در حقوق اسلامی ارزیابی کرد. البته بی‌شک بلوغ نهاد تقلید منجر به آفرینش «کد» در مفهوم مدرن آن نشد، ولی با این وجود، نقطه تأکید را از صلاحیت قضایی برداشت و بر هدف ثبات و قطعیت حقوقی در سطحی قابل توجه قرار داد. بر این اساس، تاریخ حقوق اسلامی واجد این هشدار جدی است که دوگانه‌سازی‌های ساده‌انگارانه و ادعاهای مطلق‌گرایانه مبنی بر سرشت کثرت‌گرای حقوق اسلامی و ناسازگاری آن با هرگونه تمرکزگرایی حقوقی و بنابراین همانندسازی این نظام حقوقی با نظام حقوقی کامن‌لا و به‌عنوان سازگانی از اساس بیگانه با «کدیفیکاسیون»، مبتنی بر نوعی برداشت نادرست از شریعت و حقوق اسلامی است که ادعای مدرن تعارض شریعت و قانون را به صورت ناقص صورت‌بندی می‌کند؛ این تاریخ نشان می‌دهد که چالش مدرنیته، تحول بنیادین ناشی از آن و به‌طور مشخص کدیفیکاسیون یکی دیگر از تحولات تاریخی است که شریعت در طول زیست‌پُر فرازونشیب خود از سرگذارنده است. بصیرت نهفته در این ادعا را که نباید فهم یک دوره تاریخی از شریعت و حقوق اسلامی را بر فهمی دیگر برتری بخشید، نمی‌توان نادیده گرفت؛ همانند ترجیح اجتهاد بر تقلید، حقوق فقها بر حقوق موضوعه و به‌طورکلی از پیش برترانگاری شریعت و حقوق اسلامی پیش مدرن نسبت به تاریخ مدرن شریعت.

### ۳. نقدی بر روایت ایدئولوژیک از کدیفیکاسیون

همان‌گونه که پیش از این بیان شد، روایت حزن‌انگیز شماری از اندیشه‌ورزان حقوق اسلامی در دوران مدرن از به حاشیه رانده شدن شریعت و حقوق اسلامی، یکی از پایه‌های خود را بر تعارض میان حقوق اسلامی با کدیفیکاسیون استوار کرده است. چنین ادعایی، افزون بر غفلت از نشانه‌های مبتنی بر وجود گونه‌ای کدیفیکاسیون در تاریخ پیش مدرن حقوق اسلامی، از «کد»، «کدیفیکاسیون» و به‌طورکلی «قانون»

برداشتی ایدئولوژیک و نه فنی/حقوقی ارائه می‌کند. این طرز نگاه مربوط به «تاریخ‌نگاری مسلط از کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی به جای آن‌که درباره حقوق اسلامی یا فرآیند قانون‌گذاری باشد، بیشتر در راستای انتقاد از دولت و به تعبیر دقیق‌تر دولت اقتدارگرا صورت‌بندی شده است» (Emon, 2016: p. 280). چنین گرایش تاریخ‌نگارانه‌ای از حقوق اسلامی پسااستعماری با این احتجاج که این نظام حقوقی نماینده توده مردم، سعادت و رفاه آن‌ها بوده است، دولت را ناتوان از این نمایندگی یا نامتمایل به آن می‌انگارد. بر این مبنا، از این منظر دولت و کدیفیکاسیون به‌عنوان پدیده‌هایی بیگانه از حقوق اسلامی تجسم شده‌اند. هنگامی که متخصصان حقوق اسلامی کدیفیکاسیون را به‌عنوان گونه‌ای فن حکمرانی موردنظر قرار می‌دهند، به‌صورت ضمنی دولت مدرن و ایدئولوژی‌هایی که برای تقویت یا تضعیف آن به‌کاررفته‌اند، برای نمونه، کدیفیکاسیون در راستای تضمین کارآیی اداری دولت مدرن، را هدف می‌گیرند (Anderson, 1971: p. 13). در واقع اصلاحات و مدرنیزه کردن بر این مبنا استوار بود که شریعت نابسنده است و لذا در تعارض با دولت قرار دارد که کارآیی آن بر اساس کارکرد انحصاری‌اش در قانون‌گذاری تعریف می‌گردد؛ به‌گونه‌ای که «دولت ملی امروز به یگانه منبع قانون‌گذاری بدل شده است» (Anderson, 1971: p. 18). اما انحصار قانون‌گذاری دولت می‌تواند در شرایط ایدئولوژیکی متفاوت قرار گیرد؛ از یک سو، شکل دولت مهیاکننده کارآیی عقلانی است و از سمتی دیگر، ممکن است کمتر از یک تقدیر تمامیت‌گرا نباشد که تکثر حقوق اسلامی را به یک امر حقوقی واحد فروکاسته است (Abou El Fadl, 2001, p.38).

وائل حلاق همچون یکی از برجسته‌ترین راویان داستان پیش‌گفته، در بیان و شرح کدیفیکاسیون و ادعای تعارض آن با حقوق اسلامی بر نوشتارهایی در زمینه کدیفیکاسیون تکیه زده که بوی برداشتی سیاسی و ایدئولوژیک از آن‌ها به مشام می‌رسد (Hallaq, 2009: pp.367-368). نوشتارهای مطمح‌نظر حلاق که در چارچوب نظام حقوقی آمریکا نگاشته شده‌اند، گرچه کدیفیکاسیون را همچون ابزار

یا تکنیک صرف می‌پندارند، ولی چنین پنداشتی نباید منجر به این اشتباه شود که کدیفیکاسیون به مثابه تکنیک حقوقی در بردارنده (قرار گرفته) در یک سیاست بزرگ‌تر درباره ریشه‌های کامن‌لایی نظام حقوقی آمریکا و فرهنگ حقوقی آن نیست؛<sup>۱</sup> چنین نکته‌ای باید در بحث از حقوق اسلامی و مقایسه آن با کدیفیکاسیون مدنظر قرار گیرد. در هر صورت، حلاق در واکاوی کدیفیکاسیون، به‌زعم خویش توصیف غیرسیاسی آنان از این پدیده را به مثابه فن/تکنیک برگزیده است؛ این از آن روی است که اگر کدیفیکاسیون به مثابه فن مربوط کارکرد قانون‌گذاری در نظر گرفته شود، بی‌شک می‌تواند در جهان حقوق کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی به اشتراک گذارده شود؛ اما مشکل در این جاست که او بر بیان فنی/تکنیکال آن‌ها در مورد کدیفیکاسیون جهت ایجاد یک ادعای ایدئولوژیکی درباره کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی بدون درک ایدئولوژی‌ای که به صورت ضمنی در کدیفیکاسیون نهفته، تکیه کرده است. برای مثال، هنگامی که حلاق کدیفیکاسیون در محیط حقوق اسلامی را صورت‌بندی می‌کند، می‌نویسد: «کدیفیکاسیون تمامیت‌خواه است؛ چراکه کدها باید الزامات مربوط به تمامیت و انحصاری بودن را ایفا کنند... آن‌ها باید به صورت جامع گستره‌ای را که مدعی تنظیم آن هستند فراگیرند...» (Hallaq, 2009: pp.367). باید اشاره کرد که حلاق نظام حقوقی کامن‌لا را از این تصویری که از کدیفیکاسیون می‌سازد، مستثنا می‌کند و چنین استثنایی را روشن و بدیهی می‌پندارد. البته وی بر آن است که بیشتر کشورهای اسلامی چنین نظامی را بزرگ‌زیده‌اند؛ اما با این حال حلاق توضیح نداده است که چرا استثنا کردن

۱ در ایالات متحده آمریکا ظهور دولت اداری، پژوهاک درگیری‌های ایدئولوژیک میان طرفداران بازار آزاد و آنانی است که دولت را همچون پناهی در برابر سویه‌های منفی انقلاب صنعتی می‌دانستند. بر این اساس، وضع مقررات گوناگون برای تنظیم بازار، برتری قوه قضائیه در صورت کامن‌لایی خود و در نتیجه جنبه غیراثبات‌گرایی آن و مفهوم فردی قانون را به چالش کشید و کدیفیکاسیون در برابر روح نظام حقوقی کامن‌لا قرار گرفت؛ ر.ک.:

Vermeule, A. 2016. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

نظام کامن‌لا آشکار و بدیهی است؛ درواقع، به نظر می‌رسد متمایز انگاری حقوق کامن‌لا نمی‌تواند بدین روشنی ادعا شود و همان‌طور که برخی استدلال کرده‌اند، «ادعای تفاوت آشکار میان نظام رومی‌ژرمنی و نظام کامن‌لا بسیار ساده‌انگارانه بوده و بیان نادرستی از رموز فنی دو سنت در خدمت اهداف ایدئولوژیکی است که این ادعاها در راستای آن‌ها مطرح می‌شود» (Merryman and Pérez-Perdomo, 2007: p. 27). درواقع با خوانش ادعای حلاق در پرتو تاریخ کدیفیکاسیون روشن می‌شود که «تمایز ساده میان نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی چیز کمتری از آن چه او ممکن است درباره عملکرد هر نظام حقوقی بیان کند، ارائه می‌دهد. به جای آن، ادعای تمایز نشانه‌ای از ایدئولوژی او با تاریخ ویژه خودش است: ایدئولوژی کدیفیکاسیون به مثابه معیاری برای دولت» (Emon, 2016: p. 287). حلاق با به‌نقد کشیدن کدیفیکاسیون، درواقع دولت مدرن را به باد انتقاد می‌گیرد و این امر فروکاستن کدیفیکاسیون به یک ایدئولوژی در خدمت دولت است که هرگونه واشکافی از این پدیده را با انحراف روبرو می‌کند. به‌صورت مشخص، تاریخ کدیفیکاسیون در مطالعات حقوق اسلامی دولت یا رفتاری شبیه به رفتارهای دولت را دنبال می‌کند؛ اصلاحات امپراتوری عثمانی در سده نوزدهم، استعمار اروپایی و درنهایت ظهور دولت مدرن از این دست هستند. باوجوداین، کدیفیکاسیون تاریخی طولانی‌تر، پیچیده‌تر و مناقشه‌انگیزتر از این‌ها دارد. برای درک برجستگی سیاسی کدیفیکاسیون در مطالعات حقوق اسلامی نیاز به واکاوی متفاوت تاریخی است - تاریخ بحث‌های مربوط به کدیفیکاسیون که به‌نوبه خود پیش‌فرض‌های پنهان در حقوق/قانون را که محرک رویکردهای متفاوت به چیستی حقوق اسلامی، شخص یا اشخاصی که محتوای آن را اعلام می‌کنند و مکان بیان آن است، آشکار می‌گرداند.

برشمردن ویژگی‌های اجتناب‌ناپذیر کدیفیکاسیون باوجود برداشت‌ها و مفاهیم مختلفی که می‌توان از آن ارائه کرد، نشان خواهد داد که چگونه اندیشه‌ورزان حقوق اسلامی در ایجاد تمایز میان شریعت و حقوق اسلامی و کدیفیکاسیون از

این ویژگی‌ها بهره برده‌اند؛ نظام‌های مبتنی بر کدیفیکاسیون را می‌توان واجد چند ویژگی (Weiss, 2000: pp.456-468) برجسته پنداشت:

(۱) اقتدار: کدیفیکاسیون فراهم‌کننده یک برداشت رسمی از قانون است؛ به‌گونه‌ای که قانون به وسیله نهاد حکومتی که حسب وظیفه چنین اقتداری را به دست آورده است، وضع می‌شود. قانون، قانون اثباتی است. اندیشمندان اسلامی نیز به ایده اقتدار برای توضیح کدیفیکاسیون استناد می‌کنند (Hallaq, 2009: p.368)، اما در انجام این کار نگرانی خود را در خصوص اقتدار اجرایی دولت نیز نشان می‌دهند.

(۲) تمامیت: کدها به معنای کامل بودن و انسجام هستند؛ آن‌ها هر منبع هنجاری دیگری را در بر گرفته و تمامی گستره‌ای را که مستلزم تنظیم از سوی قانون است، پوشش می‌دهند.

(۳) انحصاری بودن: کدیفیکاسیون طراحی شده است تا دیگر منابع حقوق را مستثنا سازد؛ جایی که گوناگونی منابع حقوقی می‌تواند منجر به سردرگمی شود، کدیفیکاسیون در شیوه‌ای یگانه و یکپارچه ساز، کلیه شاخه‌های حقوق را پوشش می‌دهد. برابر دیدگاه اندیشمندان حقوق اسلامی، «کدها به مثابه کتاب واحد قانون خود را ارائه می‌دهند» (Vikør, 2005: p.227). کدیفیکاسیون نتیجه یک «تفکیک کامل از ادبیات مذهبی-حقوقی است که در نهایت منجر به اختلال کامل روش شناختی شریعت (اصول فقه) و بدنه احکام آن که در هریک از مکاتب جمع شده است» (Layish, 2004: p. 96) می‌گردد.

(۴) فقدان خلأ یا شکاف: کدیفیکاسیون صلاحیت قضات را محدود و بنابراین قوانین کدگذاری شده را به مثابه تنها منبع نظام حقوقی ارائه می‌کند؛

1. Authority
2. Completeness
3. Exclusiveness
4. The Absence of Gaps



وظیفه قضات به کاربرد مکانیکی قانون کاهش می‌یابد. از دید اندیشمندان حقوق اسلامی، ویژگی اصلی کدیفیکاسیون «نه تنها ایجاد یکپارچگی در میان کدهای قانونی، بلکه ایجاد آن در اجرای این کدهاست» (Hallaq, 2009: p.368). تنها در زمان خلأ است که قاضی توسط قانون‌گذار به استفاده از شریعت کدگذاری نشده رهنمون می‌شود.

(۵) نظام‌مندی: کدیفیکاسیون به معنای نمایش منطق داخلی و طراحی نظام‌مند یک سیستم حقوقی است. از دیدگاه محققان اسلامی، کدها باید نظام‌مند و روشن باشند و به صورت عقلانی و منطقی سامان یابند. مهم‌ترین ویژگی کد، تولید نظم، وضوح، اختصار و اقتدار است.

(۶) سادگی: این ویژگی لازمه وجود قوانین ساده است که باید توسط هر شخصی قابل فهم باشد؛ هرچند این ویژگی، به نظر ویژگی مطلوبی است، اما سابقه تاریخی حاکی از آن است که سادگی، ضرورتاً ویژگی تعیین‌کننده کدیفیکاسیون نیست (Weiss, 2000: p.469). اندیشه‌ورزان حقوق اسلامی این شناسه را در بحث از کدیفیکاسیون مدنظر قرار داده‌اند (Hallaq, 2009: pp. 367-368).

(۷) اصلاح: ویژگی اصلاح هم در ارتباط با شکل و هم درباره محتوا به کار گرفته می‌شود. در خصوص شکل، کدیفیکاسیون همه قوانین را یکپارچه می‌سازد و دست‌کم به صورت ایده‌آل، از نقش‌آفرینی دیگر منابع قانون جلوگیری به عمل می‌آورد. از نظر ماهوی، اصلاح این فرصت را برای قانون‌گذاران و قانون‌نویسان فراهم می‌کند تا آموزه‌های حقوقی را برای بهتر شدن و پیشرفت، اصلاح کنند. در مطالعات اسلامی نیز، کدیفیکاسیون اغلب در چارچوب اصطلاحات اصلاح و مدرنیزاسیون شکل گرفته است.

1. Systemic

2. Simplicity

3. Reform

(۸) یکپارچگی حقوقی ملی: کدیفیکاسیون نه تنها دربارهٔ ایجاد یگانگی حقوقی است، بلکه همچنین مربوط به اتحاد ملی در یک گسترهٔ به لحاظ سیاسی از هم‌گسیخته است. البته این ویژگی ذاتی کدیفیکاسیون به مثابه یک فن حقوقی نیست، ولی از دیدگاه تاریخی چنین کارکردی با بسیاری از کوشش‌های مربوط به کدیفیکاسیون همراه بوده است. برای شماری از محققان، مهم است که کدیفیکاسیون از پروژهٔ دولت ملی رها شود؛ به باور ایشان، کدیفیکاسیون «ضرورتاً پشتیبان یک ایدهٔ سیاسی نیست و همچنین تنها به ایدهٔ یک دولت ملی اختصاص ندارد (Weiss, 2000: p. 467). این در حالی است که برای پژوهشگران حقوق اسلامی که در چارچوب تحلیل پسااستعماری قلم‌فرسایی می‌کنند، کدیفیکاسیون مستقیماً مربوط به پروژهٔ ایجاد دولت ملی است (Emon, 2016: p. 292). «کدیفیکاسیون منجر به ملی‌سازی شریعت شده است... گوناگونی شریعت که در قوانین موضوعه جای گرفته است باید به صورت محدود در چارچوب قوانین موضوعهٔ ملی-سرزمینی تفسیر شوند» (Layish, 2004: p. 96).

(۹) تحمیل استعماری: آخرین ویژگی کدیفیکاسیون که البته توسط حقوق‌دانان اسلامی طرح شده، تحمیل استعماری در این معناست که اصلاحات در واقع از بالا به مردم تحمیل شده است نه آن‌که خودجوش باشند (Anderson, 1971: p. 3).

بر اساس گزاره‌های پیشین، مطالب مربوط به حقوق اسلامی، کدیفیکاسیون را وابسته به دولت، حاکم و نیروی الزام‌آور یک قوهٔ اجرایی می‌پندارند که دست‌آخر نظم حقوقی اسلامی را تخریب کرده است. در کانون روایت تراژیک از مطالعات حقوقی اسلامی، تعهدی بنیادین به یک معرفت‌شناختی و هستی‌شناختی قانون وجود دارد که الزامات مهمی برای ارتباط میان قانون، دولت و سوژهٔ حقوقی به همراه دارد. در این سازگان اندیشگانی، کدیفیکاسیون مدرن بیشتر به عنوان

1. National Legal Unification

2. Colonial Imposition

نوعی فن آوری غیرقابل مناقشه اروپایی در باب حقوق، قانون و حکمرانی انگاشته می شود که با استفاده از خشونت دیوان سالارانه بر مردم تحمیل شده است آن هم به قیمت یک سنت اسلامی که احتمالاً به لحاظ ساختاری ریشه در سوژه های کنونی استعماری دارد و به لحاظ فرهنگی نماینده آنان است؛ با این حال، کدیفیکاسیون در اروپا و آمریکا<sup>۱</sup> تاریخ متعارض و چالش زای خود را داشته که از قضا در بحث های

۱. بخشی از این تاریخ ناهموار و پُرچالش را می توان در چشم اندازی تطبیقی و در اروپای سده های ۱۹ و ۲۰، ایالات متحده آمریکا و خاورمیانه سراغ کرد. در آلمان «تیبوت» موافق اجرای کدیفیکاسیون الهام گرفته از فرانسه در آلمان بود؛ چراکه این کار را عاملی برای ایجاد هویت مشترک آلمانی می دانست. اما «ساوینی» مخالف این ایده بود؛ زیرا اعتقاد داشت که حقوق و قانون باید منعکس کننده آگاهی مشترک و عمومی یک مردم باشد و چنین چیزی از طریق تحمیل از بالا حاصل نمی شود. وی، قانون را در یک چارچوب تاریخی فهم می کرد. پدیده ای فرگشتی که دائماً در معرض تغییر است. به باور وی، اصلاح قانون باید تدریجی باشد و با احترام به ارتباط میان قانون و آگاهی مردم صورت پذیرد. در برابر ما، «تیبوت» کدیفیکاسیون را به مثابه برانگیزاننده دموکراسی نمایندگی در برساختن سرشت دولت ملی آلمانی می دانست. اما «ساوینی» بر این دیدگاه بود که قانون پژواک فرهنگ یک مردم است. از نظر او کدیفیکاسیون، ارائه گر تحمیل مصنوعی و دلبخواهانه یک نظام حقوقی خاص بود که بی تردید دچار کمبودهای دموکراتیک می شود. رک:

Beiser, F. 2012. *German Historicist Tradition*, Oxford: Oxford University Press.

Reimann, M. 1989. "The Historical School against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code", *The American Journal of Comparative Law*, Volume 37, Number 1

در ایالات متحده آمریکا نیز مناقشه در مورد کدیفیکاسیون میان «کارتز» و «فیلد» برقرار بوده است. فیلد به عنوان طرفدار کدیفیکاسیون بر آن بود که این امر منجر به محدود شدن آشفتگی و هرج و مرج در نظام حقوقی کامن لا می شود. از دیدگاه وی، حقوق دانان کامن لایی یک ایده خیال انگیز از کدیفیکاسیون ساخته اند؛ یعنی یک مرد پوشالی برای مشارکت در سرسپردگی آنان به حقوق کامن لا؛ تصویر آن ها کدیفیکاسیون را به مثابه انباشته ای از مصوبات که می خواهد بر همراهی از امور انسانی، در حال و آینده حکومت کند، می انگارد. به نظر می رسد تصور حقوق دانان کامن لا از کدیفیکاسیون به صورت ظریفی به تصویرسازی حقوق دانان مسلمان از کدیفیکاسیون به مثابه امری در تعارض با حقوق اسلامی، راه می برد. رک.:

Field, D. D. 1980. *Speeches, Arguments and Miscellaneous Papers of David Dudley Field*,

Edited by: Titus Munson Coan, New York.

موجود در بیشتر جهان اسلام و در مورد آن منعکس شده است. ایدئولوژی نهفته در پس تصویرسازی کسانی چون حلاق از اشکال مختلف قانون به سوی دولت جهت می‌گیرد؛ البته، قانون نقش مهمی در دولت مدرن ایفا می‌کند، اما گفتن این امر به معنای آن نیست که قانون می‌تواند و باید با دولت ادغام شود. به عبارت دیگر، ایدئولوژی کدیفیکاسیون که آن را به مثابه تکنیک دولت کاهش می‌دهد، منجر به برداشتی گسترده و بیش‌ازحد معین از دولت و کدیفیکاسیون می‌شود. در انتقادهای افرادی همچون حلاق از کدیفیکاسیون برای شناسایی دولت به مثابه هدف ایدئولوژیک، این ایراد مطرح می‌شود که تأکید بر تعریف چیستی حقوق اسلامی در مطالعات مربوطه در مخالفت با کدیفیکاسیون، قانون را بیش از اندازه گسترده کرده، درحالی‌که در انضمامی کردن دولت به لحاظ تحلیلی قصور می‌ورزد (Emon, 2016: p. 292). بنابراین، تعارض میان «حقوق اسلامی» و «کدیفیکاسیون» بیشتر از آن‌که فنی و حقوقی باشد، ایدئولوژیک و سیاسی است.

#### ۴. مفهوم‌سازی حقوق اسلامی از سوی مسلمانان

در پایان این مقاله لازم است تا افزون بر موارد فوق، به صورت کوتاه ادعای مبتنی بر ناسازگاری «کدیفیکاسیون» و «حقوق اسلامی» را از منظر یک چشم‌پوشی برجسته دیگر مدنظر قرار داد. حلاق و دیگر راویان فروپاشی حقوق اسلامی در دولت مدرن،

---

در برابر، «کارت» با کدیفیکاسیون مخالف بود. همانند ساوینی، وی کدیفیکاسیون را به عنوان تحمیلی مصنوعی می‌پنداشت که بر تحول طبیعی قانون که در انطباق با پیشرفت‌های تاریخی مردم و ارزش‌هایشان است، پیشی می‌گرفت. رک:

Carter, J., 1884. The Proposed Codification of Our Common Law, New York: Evening Post Job Printing Office.

طنین تحلیل کارنر در نظریه ساوینی و تصویرسازی حقوقدانان مسلمان از کدیفیکاسیون متجلی است؛ برای کارنر کدیفیکاسیون نمایانگر اراده و منافع رژیم حاکم است. حاکم در مورد قانون تصمیم می‌گیرد و از اجرای آن منتفع می‌شود. مطابق این خوانش، کدیفیکاسیون اراده عمومی را که به صورت تدریجی و دیرپا تحول می‌یابد، به زیر می‌کشد. کدیفیکاسیون برساخته دیکتاتور باشد یا قانون‌گذار، فنی دولتی است که دست‌آخرازش‌های یک ملت را تخریب می‌کند.

در بیان آنچه حقوق اسلامی یا شریعت می‌انگارند، به مفهوم‌سازی حقوق اسلامی از سوی مسلمانان توجه نکرده و درواقع، آن را همچون شناسه‌ای در بازشناسی این نظام حقوقی وارد بازی نکرده‌اند. باید دربارهٔ این استدلال اندیشید که «از طریق قانون نیست که ما می‌توانیم تجربهٔ تاریخی مسلمانان را درک کنیم، بلکه برعکس، از مسیر واکاوی تاریخی هوشیارانه، با دقت و بی‌طرفانهٔ آن تجربه‌هاست که قادر خواهیم بود قانون (احکام شرعی) را تفسیر و روشی را که در آن نظام حقوقی مسلمانان توانسته بر رویه‌ها و مفاهیم کثرت‌گرا اثرگذار و یا در این زمینه ناموفق باشد را بررسی نماییم» (al-Azmeh, 2009: p. 14). درواقع، ادعا این است که مفهوم‌بخشی به ارتباط میان شریعت، فقه یا حقوق اسلامی از یک سو و قانون، حقوق دولتی یا کدیفیکاسیون از جهتی دیگر نمی‌تواند جز با کاوش در تجربهٔ تاریخی خود مسلمانان به صورت کافی و مناسب صورت گیرد. آنچه ضروری است تا مدنظر قرار گیرد آن است که در طول تاریخ پیش‌مدرن و مدرن حقوق اسلامی و شریعت، مسلمانان «حقوق» فقها و «حقوق» بر ساختهٔ دستگاه حکمرانی را هر دو به مثابهٔ یک نظام حقوقی واحد و یکپارچه تحت عنوان حقوق اسلامی پنداشته‌اند (Ahmed, 2009: p. 459). براساس چنین دیدگاهی است که شماری از تاریخ‌نگاران حقوق اسلامی، برای نمونه دوران پادشاهی مملوک در مصر و سوریه را دورانی دانسته‌اند که در آن نظام حقوقی اسلامی در یک چارچوب «فقه-سیاست» عمل می‌کرد (Stilt, 2011: p. 208) این دو اجزای جدایی‌ناپذیر یک سیستم حقوقی بودند (Rapoport, 2012: p. 102). چنین ادعایی دربارهٔ امپراتوری عثمانی نیز قابل ارائه است (فیرحی، ۱۳۹۵: صص. ۳۷۴-۳۷۷) به باور برخی «براساس شواهد موجود، در امپراتوری عثمانی نوعی اشتراک مساعی میان نظام حقوقی بر ساختهٔ حاکم و حقوق اسلامی مشاهده می‌شود. در این نظام، قانون به عنوان مکمل حقوق دینی در زمینه‌هایی همچون نظم عمومی، مالیات، رباخواری، مالکیت زمین و اموری از این نوع به شمار می‌آمد. همزمان قانون به عنوان بخش ضروری فرهنگ حقوقی که لازمهٔ شریعت بود، تلقی می‌شد. هر دو نظام حقوقی یکدیگر را تکمیل

می‌کردند» (Rapoport, 2012: p. 74). اگر سیاست‌ورزی و حکمرانی حاکم اسلامی مستلزم مسئولیت وضع قوانینی باشد که با اصول و مقاصد شریعت یا به تعبیری روح حقوق اسلام سازگار باشند، آن‌گاه این دست قوانین خود به مثابه تجلی شریعت به شمار می‌روند. به این ترتیب، بسیار دشوار است که بتوان قانون حاکم (کد/قانون موضوعه) را چیزی غیر از نمود خاص شریعت دانست (Ahmed, 2009: p. 471). بنابراین، این ایده که قوانین وضع شده از سوی دولت حاکم تا حدودی یک طرح حقوقی سکولار است که از طرح حقوقی غیرسکولار (حقوق اسلامی) متمایز می‌گردد، اندیشه‌ای است که با مفهوم‌سازی تاریخی قانون حاکم از سوی مسلمانان ناسازگار است.

## نتیجه‌گیری

«حقوق اسلامی مدرن»، با هر خوانشی که از حقوق اسلامی و حقوق مدرن ارائه شود، آمیخته‌ای تناقض‌آلود است. این پاسخی است که برخی از متفکران حوزه حقوق اسلامی و مدرنیته در برابری از مهم‌ترین و شاید بنیادی‌ترین مشکلات جوامع اسلامی ارائه می‌کنند. به باور آن‌ها، حقوق اسلامی که از دیرباز و برای بیش از دوازده قرن جان و جهان مسلمانان را در اختیار داشته، اینک در برابر رقیب خود در عصر جدید، واداده است و دیگر نمی‌تواند یکه‌تاز صحنه باشد. تحولات ناشی از تجدد و دولت مدرن به نابودی ساختاری نظام حقوقی شریعت و باقی‌نهادن یک لایه نازک تحریف‌شده و به تدریج محو‌شونده از حقوق اسلامی منجر شده است. از این دیدگاه یکی از دلایل چنین ادعای مطلق‌ی روش و اسلوب حقوقی دولت مدرن، یعنی کدیفیکاسیون (در مفهوم عام و به معنای وضع قانون) است؛ روشی که شامل تحت‌کنترل درآوردن هوشیارانه ابزار ویژه حکمرانی است. به باور اینان، کدیفیکاسیون یک انتخاب عامدانه برای به‌کارگیری قدرت حقوقی و سیاسی است. در واقع، کدیفیکاسیون روش خاص دولت مدرن است؛ روشی که دربردارنده بهره‌برداری آگاهانه از یک ابزار ویژه قدرت حاکمیتی است. کدهای قانونی می‌خواهند جایگزین همه عرف‌های ناسازگار و قوانین و مقررات پیشین شوند. این جایگزینی ماهیت تمامیت‌خواهانه دارد؛ چراکه همه الزامات جامعیت و انحصار را به کار می‌بندد. اصلی‌ترین شناسه سازنده کد/قانون، ظرفیت آن در برپایی یگانگی و یکسانی در جامعه است؛ از نظرایشان حقوق اسلامی خود را به مثابه دارنده اقتدار انحصاری که می‌خواهد جایگزین دیگر پهنه‌های دارای اقتدار شود، ارائه نکرده است. حقوق اسلامی، نظام‌مند نیست؛ این نظام حقوقی دارای ماهیت فردگرایانه و هرمنوتیکی است. برخلاف کدهای قانونی که دارای شفافیت بوده و از سادگی دسترسی برخوردار هستند، حقوق اسلامی تا حد زیادی مبهم و پیچیده است. چراکه گوناگونی برداشت‌ها -تکثرگرایی اجتهادی- ویژگی برساننده حقوق اسلامی است؛ این تکثرگرایی در برابر همگن‌سازی قرار می‌گیرد.

با استدلال در برابر چنین خوانشی از حقوق مدرن و حقوق اسلامی، نوشتار پیش‌رو بر آن بود تا با تبیین امکان سازگاری کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی یکی از مهم‌ترین اجزای ادعای امتناع حقوق اسلامی مدرن را هدف قرار داده و سستی آن را آشکار سازد. از منظر این نوشتار هر دو ادعای طرح شده در باب ماهیت کدیفیکاسیون و ویژگی‌های حقوق اسلامی، مطلق و ساده‌سازی شده است. برگرفتن دیدگاهی ایدئولوژیک نسبت به کدیفیکاسیون (قانون‌گذاری) و قانون و کاهش آن به فرمان و اراده حاکمیتی و نیروی الزام‌آور دولت از یک سو و تأکید بیش‌ازاندازه بر سرشت نامتمرکز و متکثر شریعت یا حقوق اسلامی از سوی دیگر، هر دو خطا هستند. چنین تقابلی به نظر بیشتر دارای سرشتی ایدئولوژیک و نه فنی و تحلیلی است. با تعدیل برداشتی که کدیفیکاسیون و قانون را ابزار دولت می‌انگارد و تأکید بیشتر بر جنبه‌های متکثر و تجزیه شده دولت و نامعین بودن نظام حقوقی کدگذاری شده (وضعی) از یک سو و همچنین خودداری از ارائه برداشتی ساده و یا حتی ایده‌آل از حقوق اسلامی که بر عدم توجه لازم به تحولات رخ داده در تاریخ طولانی حقوق اسلامی و به‌ویژه نادیده‌انگاشتن نشانه‌های یک تحول پارادایمی که در آن حقوق اسلامی به سوی نوعی تمرکز، انحصار و شفافیت حرکت کرده، مبتنی است، می‌توان راهی به سوی تعامل میان کدیفیکاسیون و حقوق اسلامی گشود.



## منابع فارسی

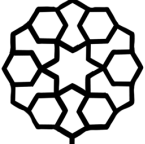
۱. آقای طوق، مسلم. ۱۳۹۶. «نگاهی مفهوم‌شناختی به تدوین قوانین و تمییز آن از تنقیح قوانین». فصلنامه مطالعات حقوق عمومی. دوره ۴۷. شماره ۱. صص ۹۷-۱۱۱
۲. ذکاوتی قراگزلو، علی‌رضا. ۱۳۷۲. «آزمون عقاید در عصر عباسی». معارف. دوره دهم. شماره ۱. صص ۶۱-۵۴.
۳. فیرحی، داود. ۱۳۹۵. تاریخ تحول دولت در اسلام. چ. پنجم. قم: دانشگاه مفید.
۴. ناظمیان فرد، علی. ۱۳۸۸. «مأمون و محنه». پژوهش‌های تاریخی، شماره ۳. صص ۶۷-۷۸
۵. ابن المقفع، عبدالله. ۱۹۸۹ م. رسالة فی الصحابة. المجلد الاول. الطبعة الاولى. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۶. امین، احمد. ۱۹۹۷ م. ضحی الاسلام. الجزء الاول. القاهرة: مكتبة الاسرة.
۷. البیهقی، ابوبکر. ۱۴۲۴ ق. السنن الكبرى. المجلد ۱۰. المحقق: محمد عبدالقادر عطا، الطبعة الثالثة. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۸. الدمشقی، عبدالرحمن. بی‌تا. رحمة الأمة فی اختلاف الأئمة، القاهرة: المكتبة التوفیقیة.
۹. الغزالی، ابوحامد. بی‌تا. المستصفی من علم الاصول. الجزء الرابع. تحقیق: حمزة بن زهیر حافظ. مدینة المنورة: الجامعة الاسلامیة.

## منابع لاتین:

1. Abou El Fadl. KH. 2001. Speaking in God's Name: Islamic Law, Authority, and Women. Oxford: Oneworld Publications.
2. Ahmed, SH. 2016. What Is Islam? The Importance of Being Islamic. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
3. al-Azmeh, A. 2009. "Pluralism in Muslim Societies". The Challenge of Pluralism: Paradigms from Muslim Contexts. Edited by: Abdou Filali-Ansary and Sikeena Karmali Ahmed. Edinburgh: Edinburgh University Press, pp.9-15.
4. Amir Arjomand, S. 1994. "Abd Allah ibn Al-Muqaffa' and the 'Abbasid revolution", Iranian Studies. Volume 27. Numbers 1-4. pp.9-36.
5. Anderson, J. N.D. 1971. "Modern Trends in Islam: Legal Reform and Modernisation in the Middle East." International and Comparative Law Quarterly. Volume 20. Number 1. pp.1-21.
6. Canale, D. 2009. "The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe". A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 9. A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900. Damiano Canale, Paolo Grossi and Hasso Hofmann. Heidelberg: Springer
7. Coulson, N. J. 1959. "Muslim Custom and Case-Law". Die Welt des Islams, New Series. Volume 6. Issue 1/2. 1959. pp.13-24.
8. El Shamsy, A. 2013. The Canonization of Islamic Law: A Social and Intellectual History. Cambridge: Cambridge University Press.

9. Emon, A. M. 2016. "Codification and Islamic Law: The Ideology Behind a Tragic Narrative". Middle East Law and Governance. Number 8. pp.275-309.
10. Feldman, N. 2012. The Fall and Rise of the Islamic State. Princeton: Princeton University Press.
11. Glenn, H. P. 2000. Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law. Oxford: Oxford University Press.
12. Goitein, S. D. 2010. Studies in Islamic History and Institutions. Leiden. Boston: BRILL.
13. Hallaq, W. 2009. Shari'a: Theory, Practice, Transformations. Cambridge: Cambridge University Press.
14. Hallaq, W. 2018. Restating Orientalism: A Critique of Modern Knowledge. New York: Columbia University Press.
15. Ibrahim A. F. 2015. Pragmatism in Islamic Law: A Social and Intellectual History. Syracuse, New York: Syracuse University Press.
16. Layish, A. 2004. "The Transformation of the Sharī'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World". Die Welt des Islams, New Series. Volume 44. Issue 1. pp.85-113.
17. Rapoport, Y. 2012. "Royal Justice and Religious Law: Siyāsah and Shari'ah under the Mamluks". Mamlūk Studies Review. Volume 16. pp.71-102.
18. Schacht, J. 1960. "Problems of Modern Islamic Legislation". Studia Islamica. Number 12. 1960. pp.99-129

19. Stilt, K. 2011. Islamic Law in Action: Authority, Discretion, and Everyday Experiences in Mamluk Egypt. New York:Oxford University Press.
20. Van den berg, P. 2006. The Politics of European Codification: History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands. Amsterdam. Netherlands: Europa Law Publishing.
21. Vikør, K. 2005. Between God and the Sultan: A History of Islamic Law. London: C. Hurst & Co. Publishers.
22. Watson, A. 1981. The Making of the Civil Law. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
23. Weiss, G. 2000. "The Enchantment of Codification in the Common-Law World". Yale J. Int'l L. Volume 25. Issue 2. pp.435-532.



## Objectivism in Law and Judicial Discernment

Ahmad Vaezi<sup>1</sup>

The philosophical discussion about objective or subjective is sometimes focused on beings and things; Sometimes it is about linguistic propositions and expressions, and in the case of beings and things, it occurs in both metaphysical objectivism and epistemological objectivism. In the case of linguistic propositions and expressions, there are three approach and applications of objectivity; Semantic, metaphysical and discourse objectivity. In the field of legal issues, too, the objectivity is arised in several ways; and not in a common sense; and everywhere, in the contrary of a particular meaning, in the face of the opposite concept. Both metaphysical objectivity and epistemological objectivity are also raised in the field of legal issues. Metaphysical objectivity in law is accepted when we consider the existence of law to be independent of the minds and beliefs of individuals. Whereas epistemological objectivity in law has two meanings; in the first sense, objectivism means the observance of impartiality and

---

1. Professor at "Philosophy Department" of Baqir al-Olum University.

ahmadvaezi01@hotmail.com