

بومی سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی

محمود حکمت‌نیا*

چکیده

فرایند عالمانه اخذ و تحلیل یک نهاد حقوقی از نظام حقوقی معین (عاریه دهنده) و درج آن در نظام حقوقی دیگر (گیرنده نهاد) را بومی سازی حقوقی می‌خوانیم. در این مقاله با مفروض انگاشتن اصل بهره‌برداری از نهادهای حقوقی دیگر نظامهای حقوقی، تلاش می‌کنیم روش بومی سازی را به خصوص با توجه به نظام حقوقی اسلام بررسی و تحلیل نماییم. در این جریان سه مرحله مهم مورد بررسی قرار می‌گیرد: اخذ نهاد، تحلیل نهاد و درج نهاد اخذ شده در نظام حقوق اسلامی.

واژگان کلیدی: بومی سازی، نهادهای حقوقی، نظام حقوق اسلامی.

مقدمه

نظام حقوقی مجموعه‌ای است از اصطلاحات، قواعد، گروه‌بندیها و ساختار، روش ویژه بیان قوانین و منابع، و روش تفسیر که در مجموع ناشی از طرز فکری در باره نظام اجتماعی است. هر نظام حقوقی در بستری از نیازها، مبانی فکری، زمینه‌های علمی و فرهنگی و در

* استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

حوزه معین جغرافیایی شکل گرفته و در طول تاریخ دچار تحول و تکامل شده است (ر.ک: شیروی، ۱۳۸۴: ۱۱۶ - ۱۱۷). هر چند نظامهای حقوقی از یکدیگر متمایزند* و در جنبه‌های مختلف با هم تفاوت دارند، اما وجود تفاوتها مانع تعامل و تأثیر و تأثر آنها بر یکدیگر نیست و در عمل نظامهای حقوقی با یکدیگر تعامل دارند. این مطلب در باره نظام حقوقی اسلام نیز صادق است. نظام حقوقی اسلام که بخش مهمی از فقه را تشکیل می‌دهد، بر مبنای اراده تشریحی خداوند استوار است و قواعد آن ریشه در قرآن و سنت و برخی منابع دیگر دارد. وجود رابطه میان مسلمانان و دیگر ملل، و برخورد با نهادهای حقوقی مختلف، فقه‌شناسان و حقوقدانان را با سؤالات و مسائل گوناگونی روبه‌رو کرده است؛ سؤالاتی که پاسخ به آنها موجب افزایش آگاهیهای عمومی فقه‌شناسان و حقوقدانان، درک بهتر فقه اسلامی، اصلاح قوانین و وضع قوانین جدید و مؤثر در حل و فصل دعاوی می‌گردد (پیشین: ۳۸ - ۵۵). سؤال عمده این است که با توجه به تفاوت بنیادین در مبنای مشروعیت قواعد حقوقی در نظام حقوقی اسلام با دیگر نظامهای حقوقی، آیا می‌توان از نهادهای حقوقی سایر نظامها بهره برد و در صورتی که بتوان از نهادهای دیگر نظامهای حقوقی بهره برد، شیوه اخذ و پذیرش آنها چگونه است. به عبارت دیگر، چگونه می‌توان یک نهاد حقوقی را از یک نظام حقوقی اخذ کرد و آن را بومی ساخت و در مجموعه نظام حقوقی اسلام آورد؟

جریان اخذ و تحلیل نهاد و درج آن در نظام حقوقی دیگر را بومی‌سازی نهاد حقوقی نام می‌نهمیم. در این نوشتار با مفروض انگاشتن اصل بهره‌برداری از نهادهای حقوقی بیگانه در حقوق اسلام، به سؤال دوم و در واقع به شیوه بومی‌سازی نهاد حقوقی می‌پردازیم.

با توجه به فرایند بومی‌سازی سه مرحله را باید بررسی کرد: مرحله اخذ نهاد حقوقی، مرحله تحلیل و مرحله درج در نظام حقوقی. قبل از ورود به بحث تذکر دو نکته مفید است:

۱. «بومی‌سازی» نهادهای حقوقی با «نهادسازی» در نظام حقوقی متفاوت است. در بومی‌سازی با اخذ یک نهاد از نظام حقوقی و تحلیل آن و درج نهاد در نظام حقوقی دیگر مواجه هستیم. ولی در نهادسازی بر اساس ساختار و نهادهای یک نظام حقوقی، نهادی جدید را تأسیس می‌کنیم که چه بسا در اهداف با نهادهای نظامهای دیگر مشابه باشد، اما پایه‌های

* برای تقسیم بندی نظامها دیدگاههای مختلف وجود دارد. ر.ک: داوید، ۱۳۸۰: ۲۹.

شکل‌گیری آن در نظام حقوقی موجود است. مثلاً بانکداری اسلامی را به هر دو طریق می‌توان تحلیل کرد. گاه نظام بانکداری را از دیگر نظامها گرفته و آن را با قوانین فقهی سازگار می‌کنیم، و در صورت دوم، با توجه به اهداف بانک، از طریق مطالعه قواعد، عقود و نهادهای فقهی، نظام بانکی مستقلی تأسیس می‌کنیم که چه بسا همان اهداف بانکداری مرسوم را دنبال می‌کند.

۲. بومی‌سازی با این پیش‌فرض مطرح می‌شود که تعدد و تفاوت نظامهای حقوقی را بپذیریم، اما اگر کشورها در حوزه حقوقی به دنبال یافتن قواعد متحد الشكل برآیند، خود به خود پس از متحد الشكل شدن قوانین و نهادها، جریان بومی‌سازی متوقف خواهد شد. البته چه بسا برای یافتن قواعد متحد الشكل لازم باشد که ابتدا نظامهای حقوقی مطالعه گردد و با عنایت به نظامهای متفاوت قواعد متحد الشكل مقرر گردد، ولی نتیجه امر وحدت قوانین و نهادها خواهد بود که در این صورت تفاوت و تعدد نظامهای حقوقی منتفی خواهد شد. علاوه بر این، بر فرض پذیرش تفاوت نظامهای حقوقی، پیش‌فرض دیگر این است که نظامها نمی‌خواهند به طور مستقل و بدون توجه به دستاوردهای یکدیگر به حل مشکلات بپردازند، زیرا نه زدودن تفاوتها میسر است و نه بستن نظام حقوقی و استفاده نکردن از سایر نظامها امکان دارد. بنا بر این تنها راه موجود و معقول، گشودن راه تعامل و بررسی شیوه‌های تأثیر و تأثر است. بنا بر این لازم است جریان بومی‌سازی به صورت دقیق و علمی مورد توجه و پژوهش قرار گیرد. در ادامه طی سه بند فرایند بومی‌سازی را پی می‌گیریم: ۱. اخذ نهاد حقوقی ۲. تحلیل نهاد ۳. درج نهاد.

۱. اخذ نهاد حقوقی

هر نهاد در نظام حقوقی جایگاه ویژه‌ای دارد که هنگام اخذ نهاد باید به آن جایگاه توجه کرد. در ادامه به اموری اشاره می‌کنیم که در شناخت جایگاه نهاد مهم است.

۱ - ۱. جایگاه نهاد در ساختار حقوقی

نظامهای حقوقی ساختار واحد ندارند، هر چند ممکن است اصطلاحات آنها در باره موضوعی واحد باشد. اما این وحدت نباید موجب شود تا مفاد اصطلاح و نهاد را در نظامها یکسان بدانیم و در نتیجه در مرحله بومی‌سازی دچار انحراف گردیم (Padfield, ۱۹۹۸: ۹۸). مثلاً در حقوق قراردادهای «کامن لا» قراردادها به ساده (Simple) و تشریفاتی (by deed) تقسیم

می‌شوند. این تقسیم مبتنی بر پذیرش نظریه عوض (Consideration) در حقوق کامن لا است (Ibid)، حال آن که نظریه عوض در نظام‌های حقوقی دیگر از جمله فقه اسلامی وجود ندارد. بنا بر این ساختار قراردادهای حقوقی انگلستان را نمی‌توان با صرف نظر از نظریه عوض شناسایی کرد. نظیر چنین امری در باره جایگاه هیأت منصفه در حقوق انگلستان وجود دارد. هیأت منصفه در آیین دادرسی در غالب پرونده‌های جزایی نقش مهمی دارد و تشخیص مجرم بودن را به عهده دارد (Garner, ۱۳۷۹: ۳۵۴). به عبارت دیگر، شاید بتوان دادرسی کیفری را به دو بخش تشخیص موضوع و شناخت حکم و صدور حکم تقسیم کرد. هیأت منصفه به صورت انحصاری موضوع را تشخیص می‌دهد و دادرس با شناخت حکم اقدام به صدور حکم می‌نماید؛ حال آن که این وضعیت در ساختار قضایی و مباحث نظام حقوقی اسلام وجود ندارد. دادرس در حقوق اسلامی علاوه بر شناخت حکم و تشخیص مصداق، وظیفه تطبیق و تنفیذ را به عهده دارد.

شبهه این امر در نهادهایی چون شبه قرارداد، جرم مدنی، شبه جرم مدنی، وقایع حقوقی، اعمال حقوقی، تابعیت و اقامتگاه نیز وجود دارد. با توجه به نکته فوق هنگام اخذ یک نهاد باید آن را در ساختار حقوقی نظام نگاه کرد و نمی‌توان آن را به صورت منفرد و بریده از سایر بخشها در نظر گرفت.

۱ - ۲. نهاد و مبنا

مبنای حقوق به پرسش «چرایی» مشروعیت قواعد و نهادهای حقوقی پاسخ می‌دهد. هر چند نظامهای حقوقی به صورت منطقی کاملاً مستخرج از مبانی نظری نیستند، ولی مبانی نظری بر ایجاد و توسعه و تکامل و تغییرات در نظامهای حقوقی تأثیر فراوان دارند (خوئینی، ۱۳۸۱: ۲۷). از این رو هنگام اخذ یک نهاد یا مجموعه‌ای از مقررات نمی‌توان به مبنای مشروعیت آنها بی توجه بود. مثلاً حقوق اخلاقی مالکیت فکری از قبیل «حق تمامیت اثر»، «حق نام و عنوان»، «حق افشای اثر» و «حق عدول»، ریشه عمیق در نظریه شخصیت کانت و هگل دارد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۴: ۴۳ - ۶۳). این حقوق در نظام حقوقی رومی - ژرمنی جایگاه ویژه دارد و حتی برخی حقوق اقتصادی مالکیت فکری را به تبع آنها می‌دانند؛ حال آنکه این حقوق به صورت فوق در نظامی حقوقی چون کامن لا جایگاهی ندارد. در این نظام حقوقی برخی از حقوق فوق را از عناوین اخلاقی - جزایی چون «ممنوعیت توهین»، «ممنوعیت

تعرض به حق خلوت» و مانند آن استخراج می‌کنند (همان). بنا بر این برای نظام حقوقی اخذ کننده نهاد بسیار مهم است که مبنای قواعد و نهادهای حقوقی را در دیگر نظامها بداند و هنگام اخذ نهاد به این امر بی‌توجه نباشد. مثلاً وقتی نظام حقوقی اسلام با نهاد مالکیت فکری روبه‌رو می‌شود و در صدد است در باره حقوق اخلاقی اظهار نظر کند، شناخت مبنا در تحلیل و اظهار نظر بسیار موثر خواهد بود.

۱ - ۳. نهاد و غایت

۶۵

فقه حقوق

بومی سازی نهادهای حقوقی با رویکرد اسلامی

رسیدن به اهداف معین، غایت و کارکرد نهادهای حقوقی است. گرچه تأثیر نهاد در دستیابی به اهداف جای انکار ندارد، ولی سخن بر سر نهادهایی است که به منظور اهدافی طراحی شده است. در هر نظام حقوقی، خردمندان، حقوقدانان و سایر افراد با استفاده از ظرفیتهای نظام حقوقی برای رسیدن به اهدافی به طراحی پاره‌ای از نهادهای حقوقی دست می‌زنند و حتی بر اساس برخی مکاتب چون مکتب «اصالت منفعت»، یگانه معیار داوری در باره مشروعیت نهاد حقوقی دستیابی به «منفعت» است.

مثلاً شرکتهای سهامی در پاره‌ای نظامهای حقوقی برای بهره‌مندی از سرمایه افراد و سود دهی به همراه محدودیت در مسئولیت و کاهش خطرات ناشی از سرمایه گذاری طراحی شده است (ر.ک: اسکینی، ۱۳۷۷: ۴ - ۵). نمونه دیگر اسناد تجاری چون برات است. این نهاد برای سرعت بخشی به تجارت، ایجاد مسئولیت تضامنی صادر کننده و ظهرنویسان در برابر دارنده برات طراحی شده است. همچنین نظریه «شخصیت حقوقی» متضمن بسیاری از اهداف منفعت گرایانه است و برای توسعه اعتماد در زندگی تجاری به کار می‌رود. نمونه دیگر این نهادها، «اجاره به شرط تملیک» است که به عنوان یک شیوه انتقال اموال به همراه ایجاد وثیقه معتبر برای وام دهنده به کار می‌رود. هنگام اخذ این نهادها نمی‌توان به غایت آنها بی‌توجه بود.

۱ - ۴. شناخت تطورات هر نهاد

بسیاری از نهادهای حقوقی در طول تاریخ دچار تحولاتی شده‌اند که در شناخت وضعیت فعلی آن در نظام حقوقی عاریه دهنده نهاد مؤثر است، به طوری که بدون فهم این تحولات چه بسا نتوان ظرفیتهای نهادهای حقوقی را به خوبی شناخت. مثلاً در حقوق مالکیت فکری دو دوره متمایز وجود دارد: دوره «امتیاز انگاری» مالکیت فکری و دوره «حق انگاری» مالکیت

فکری. تحول از دوره «امتیاز انگاری» به دوره «حق انگاری» به قدری اهمیت دارد که برخی از آن به انقلاب در مالکیت فکری تعبیر می‌کنند (Davies, ۲۰۰۲: ۱۰)، زیرا صاحب امتیاز و حق از فرمانروا به پدید آورنده تغییر نموده است. این تحول به خوبی در شناخت نظام مالکیت فکری و در ساختار نظام حقوقی اثر دارد.

نمونه دیگر این تطور را می‌توان در حوزه مسئولیت مدنی مشاهده کرد. برخی از نظریه‌های مسئولیت مدنی چون نظریه تقصیر، مسئولیت مدنی را بر پایه مبانی اخلاقی و پذیرش اراده آزاد و بر اساس فردگرایی طراحی کرده است. این نظریه ریشه مسئولیت را در «تقصیر وارد کننده زیان» می‌داند. اما در یک تحول برخی از نظریه‌ها به جای توجه به عامل زیان و تقصیر نگاه خود را به «فعل زیانبار» معطوف داشته و بر اساس فعل زیانبار به طراحی نظام مسئولیت مدنی پرداخته و در برابر دو دیدگاه فوق، نظریه دیگر با عنوان «تضمین حق» تمام توجه خود را به زیان دیده معطوف کرده و مسئولیت پرداخت زیان را به خاطر نقض حق امنیت زیان دیده پنداشته است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۷۰ - ۲۰۴). همه این نظریه‌ها اگر چه در لزوم پرداخت خسارت وحدت نظر دارند، اما در حوزه مسئولیت و شرایط و چگونگی اثبات بسیار تفاوت دیدگاه دارند. البته اگر چه این تفاوتها بیشتر ناظر به تفاوت در مبانی است، اما از آنجا که شرایط و اوضاع و احوال سیاسی و اجتماعی در شکل‌گیری آنها مؤثر بوده است، این تفاوتها را در تطورات نهادها ذکر کردیم.

۲. شناخت نهاد

پس از اخذ نهاد از یک نظام حقوقی معین باید به دنبال شناخت و تحلیل و فهم آن بود. البته این شناخت در مسیر بومی‌سازی خواهد بود. در مرحله شناخت و تحلیل یک نهاد امور زیر اساسی است.

۲ - ۱. روش‌شناسی تحلیل

یکی از مهم‌ترین بخشهای تحلیل و فهم نهادهای حقوقی داشتن روش‌شناسی تحلیل است. روش تحلیل بسته به ماهیت موضوع و هدف شناخت ممکن است هستی‌شناسانه (Ontological) زبان‌شناسانه (Linguistic)، تحلیل مفهوم (Conceptual) و یا «هنجاری» (Normative) باشد.

تحلیل هستی‌شناسانه، وجود یک نهاد را مورد تحلیل قرار داده و بر پاسخ به این سؤال تأکید می‌کند که آیا نهادی وجود دارد و بر فرض وجود، نحوه وجودی آن چگونه است. تحلیل زبان شناسانه بر فهم عرفی از نهادها و اصطلاحات حقوقی متمرکز است. در این تحلیل مفاهیم حقوقی شناخته شده و اصطلاحی از اصطلاحات وابسته و مرتبط تشخیص داده می‌شود و بدین وسیله جایگاه اصطلاح در مجموعه نظام حقوقی شناخته می‌شود. در شیوه تحلیل مفهوم، هر نهاد حقوقی از درون تحلیل شده و ماهیت آن شناخته می‌شود. در تحلیل هنجاری، ارزشهای قواعد هنجاری حقوقی بررسی می‌شود. اکنون باید هنگام تحلیل نهاد حقوقی به شیوه تحلیل توجه کرد و بر اساس روش معینی به شناخت نهاد پرداخت.

۲ - ۲. تحلیل موضوعی و حکمی

هر نهاد حقوقی مشتمل بر موضوع و احکامی است، هر چند به لحاظ حقوقی این مسئله قابل بررسی است که آیا نهاد حقوقی منتزع از یک دسته احکام است، یا موضوع برخی احکام. مثلاً وقتی مالکیت ادبی و هنری را بررسی می‌کنیم ممکن است دو گونه راه برای تحلیل در نظر بگیریم: یکی اینکه بگوییم مالکیت فکری از دو دسته حقوق اقتصادی و حقوق معنوی و اخلاقی تشکیل شده است. در اینجا به جای اینکه اصطلاح مالکیت را بررسی نماییم، به همان دو دسته حقوق می‌پردازیم و با تحلیل مجموعه آنها به فهم مالکیت فکری نائل می‌شویم. راه دیگر این است که بگوییم مالکیت فکری جدای از احکام حقوقی دارای موضوع و عنوانی است که با شناخت آن موضوع، راه شناخت احکام را می‌توان هموار کرد. شبیه این مطلب در باره ملکیت وجود دارد. با این توضیح که ممکن است بگوییم «ملک» خود اعتبار مستقلی ندارد و آنچه اعتبار شده است مجموعه‌ای از احکام است که از این مجموعه عنوان ملک انتزاع می‌شود و یا بگوییم خود ملکیت دارای اعتبار و جعل مستقل است و جدای از احکام آن اعتبار شده است.

۲ - ۳. تحلیل نهادهای بسیط و مرکب

نهادهای حقوقی را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: نهادهای بسیط و نهادهای مرکب که خود از چند نهاد دیگر به وجود آمده است. ما برای شناخت نهادهای مرکب می‌توانیم آنها را به امور بسیط تجزیه نماییم و با شناخت قواعد و احکام مترتب بر موضوعات آنها را با هم

ترکیب کنیم و به این طریق به شناخت نهاد مرکب دست یابیم. مثلاً در کارتهای اعتباری که بانکها برای مشتریان خود صادر می‌کنند، می‌توان برای شناخت احکام حقوقی آنها، آنها را به چند نهاد حقوقی چون وکالت و جعاله و عقد بیع تجزیه کرد و روابط میان صادر کننده کارت اعتباری و دارنده و طرف قرارداد را با دارنده تحلیل کرد. به عبارت دیگر، در تحلیل و فهم نهادهای مرکب می‌توان از روش تجزیه و ترکیب استفاده کرد. یعنی نهاد مرکب را به اجزای بسیط تجزیه کرد و با شناخت اجزای بسیط و ترکیب آنها با یکدیگر به فهم نهاد مرکب دست یافت.

۲ - ۴. جدا سازی نهادهای ماهوی و اجرایی

پاره‌ای از قواعد حقوقی دارای ماهیت اجرایی هستند و برای اجرای حقوق تأسیس می‌گردند. در اجرای حقوق، دقت، سرعت و عدالت جایگاه ویژه دارد و بر اساس این امور است که می‌توان نهادهای اجرایی طراحی کرد. دادگاهها، و نهادهای مرتبط چون کانون وکلا، هیأت منصفه، دادستانی، پلیس قضایی و نهادهایی از این قبیل، همه برای تأمین عدالت همراه با دقت و سرعت است.

این نهادها اگر چه اجرایی هستند و با توجه به فواید و نقش آنها در دستیابی به اهداف طراحی می‌گردند، اما ماهیتی متحول و متطور دارند و می‌توانند با توجه به نیازها و ضرورتها تغییر و تکامل یابند. البته در تأسیس آنها توجه به ساختار حقوق لازم است. در برابر این نهادهای اجرایی، نهادهایی هستند که متضمن حقوق و تکالیف اشخاص اند و در حقیقت موجد حق و تکلیف هستند. نهادهای اجرایی بیشتر با توجه به اهداف خود تحلیل می‌شوند و همان گونه که گفتیم ماهیتی متحول دارند. در برابر، نهادهای ماهوی ریشه در مبانی و ساختار حقوقی و فرهنگ یک جامعه دارند و کمتر در معرض تحول و تغییر هستند. به همین خاطر نظامهای حقوقی، آسان‌تر می‌توانند از نهادهای اجرایی دیگر نظامهای حقوقی بهره‌برند.

۲ - ۵. نهادهای ثابت و متغیر

از جمله مباحث مهم در نظامهای حقوقی شناخت ثابتها و متغیرهاست. این موضوع به صورت کلی‌تر در فلسفه حقوق مطرح است. یکی از سؤالات اصلی در فلسفه حقوق این است که آیا قواعد کلی حاکم بر روابط اجتماعی که دارای ضمانت اجراست، ثابت هستند یا در ذات خود متغیر می‌باشند. مکاتب حقوقی به این سؤال پاسخهای گوناگون داده‌اند. برخی از مکاتب

بر این باورند که بیشتر قواعد حقوقی ثابت هستند. اینان در حقیقت روابط اجتماعی را دارای ماهیت ثابت می‌شمارند و حقوق حاکم بر آنها را نیز ثابت می‌دانند. در برابر، برخی از مکاتب چون «مکتب تاریخی حقوق»، روابط اجتماعی میان انسانها را در ذات خود متغیر می‌شمارند و بنا بر این قواعد حاکم بر آنها را نیز متغیر می‌دانند. در برابر دو نظریه فوق، برخی صاحب‌نظران با تفکیک میان قواعد حاکم بر روابط انسان با انسان و روابط انسان با طبیعت، قواعد حاکم بر روابط انسان با انسان را ثابت می‌پندارند و قواعد حاکم بر روابط انسان و طبیعت را با توجه به تحول در شیوه‌های سلطه‌ی بشر بر طبیعت متغیر می‌دانند و بنا بر این قواعد حاکم بر حوزه انسان و طبیعت را متغیر معرفی می‌کنند (صدر، ۱۳۷۵: ۶۸۶ و ر.ک: حکمت‌نیا، ۱۳۸۱: ۱۲۰ - ۱۰۷؛ میرمعزی، ۱۳۸۰: ۱۰ - ۹۵).

همه این دیدگاهها دارای پایه‌های فکری چندی است که باید در جای خود بررسی شود. البته مکاتبی که به قواعد ثابت حقوقی باور دارند، منکر وجود پاره‌ای از نهادهای اجرایی متغیر نیستند. به هر ترتیب هنگام تحلیل نهاد حقوقی باید به معیارهای ثبات و تغیر در مکاتب فکری توجه کرد. مثلاً در حوزه مسئولیت مدنی، برخی نظریه تقصیر را نظریه‌ای ثابت می‌پندارند و مبنای پرداخت زیان توسط وارد کننده زیان به زیان دیده را تقصیر عامل زیان قلمداد می‌کنند. اینان در برابر مسائل پیچیده نوپدید به جای دست کشیدن از نظریه به بازسازی و تعدیل آن می‌پردازند و همچنان ریشه اصلی مسئولیت را تقصیر عامل زیان می‌دانند. در برابر این نظر، پیروان مکتب تاریخی نظریه تقصیر را مناسب دوره‌ای خاص از روابط اجتماعی می‌دانند که افراد بشر تقریباً در یک سطح بوده‌اند، ولی با توسعه صنعت و پیدایش طبقه کارفرما و همچنین صاحبان ماشین، نظریه تقصیر کارآمدی خود را از دست داده و باید نظریه دیگری که دارای کارآمدی بهتری است جایگزین کرد. به نظر اینان به جای توجه به عنصر تقصیر باید خطر فعل را معیار مسئولیت قرار داد (کاتوزیان: پیشین).

به تعبیر دیگر، عنصر اصلی مشروعیت در قواعد نهادهای حقوقی کارآمدی آنهاست. بنا بر این نهادهایی که کارآمدی لازم را نداشته باشند، بر سر وجود آنها در نظام حقوقی نمی‌توان اصرار ورزید. بر همین اساس بسیاری از قواعد حاکم بر حوزه مسئولیت مدنی، قواعد حاکم بر روابط کارگر و کارفرما، قواعد حاکم بر دارندگان وسایل نقلیه موتوری... باید بازننگری و بازسازی شود.

۲- ۶. تحلیل نهاد بر اساس لوازم آن

یکی از خصیصه‌های نظامهای حقوقی به هم پیوستگی نهادها و قواعد آن است. از جمله عواملی که موجب این پیوستگی می‌شود تلازم میان نهادهاست. با این توضیح که هر نهادی دارای لوازمی است که بدون توجه به آن لوازم شناخت نهاد دشوار می‌شود. مثلاً وقتی در نظام حقوقی اسلامی به «مهریه» به عنوان نهادی در حقوق خانواده توجه می‌شود که بر اساس آن فرد هنگام ازدواج باید یک شیء دارای ارزش اقتصادی به زن دهد، باید دیگر نهادهای وابسته چون ارث، نفقه... از یک سو و روابط زن و شوهر در خانواده از سوی دیگر مورد توجه همزمان قرار گیرد.

همین امر در سایر اجزای نظام حقوقی نیز وجود دارد. مثلاً وقتی آزادی بیان در یک نظام حقوقی پذیرفته شود و مباحث آزادی مطبوعات و آزادی دین نیز مطرح گردد، باید آن را در نهادهای کنترل و سانسور مورد توجه قرار داد. همچنین لازم است میزان تأثیر آزادی را بر حوزه دادرسی و شیوه دادرسی مورد توجه قرار داد.

علاوه بر این، پذیرش آزادی بیان در حوزه حقوق جزا و جرم انگاری نیز دارای تأثیر است. بدین ترتیب نهادی که در ابتدای امر ساده به نظر می‌رسید، در شبکه‌ای پیچیده از روابط با سایر نهادها و مقررات قرار می‌گیرد. وجود چنین روابط زیادی است که قانون‌گذاران را بر آن می‌دارد که هنگام تصویب قانون و تأسیس نهادی به درستی تأثیر آن را بر سایر اجزا و بخشهای حقوقی ملاحظه کنند تا نظام حقوقی دچار تشتت و پراکندگی نگردد.

بی‌توجهی به لوازم نهاد، جریان بومی‌سازی را به شدت مشکل می‌کند. به همین خاطر چه بسا پذیرش نهادی در یک نظامی به خوبی عمل می‌کند، ولی هنگام اخذ و تحلیل و بومی‌سازی آن در نظام حقوقی دیگر با دشواریهای زیادی مواجه می‌شود. نمونه این امر را می‌توان در اخذ بسیاری از نهادهای مبتنی بر لیبرالیسم دانست که در نظام حقوقی کشورهای اسلامی مندرج گردیده‌اند.

۳. درج نهاد در نظام حقوق اسلامی

سومین مرحله بومی‌سازی، درج نهاد اخذ شده در نظام حقوقی اسلام است. درج نهاد در حقوق اسلامی سؤالات مهمی را پاسخ می‌دهد؛ یکی اینکه آیا نهاد اخذ شده از نظام حقوقی

بیگانه با لحاظ مبانی حقوقی اسلام مشروع است و بر فرض مشروعیت، چگونه می‌توان آن را در ساختار حقوق اسلامی درج کرد و در فرض درج، جایگاه آن در نظام حقوق اسلامی کجاست. در ادامه شیوه‌های مختلف درج مورد بحث قرار می‌گیرد.

۳ - ۱. درج مصداقی

قضایای حقوقی دارای حکم و موضوع هستند. هر موضوع یک مفهوم کلی است که قابل تطبیق بر امور خارجی است. به امر خارجی که عنوان کلی بر آن تطبیق داده می‌شود «مصداق» گویند. ساده‌ترین راه برای بومی‌سازی این است که یک نهاد حقوقی جدید را مصداق عنوان موجود قلمداد کنیم. با این روش خود به خود احکام مترتب بر موضوع، روی این نهاد هم جریان می‌یابد و جایگاه نهاد در ساختار حقوق اسلامی روشن می‌شود.

مثلاً یکی از راههای توجیه مشروعیت مالکیت فکری در فقه اسلامی این است که بگوییم امروزه در نزد عقلا پدیده‌های فکری امور دارای ارزش اقتصادی‌اند و در نتیجه مفهوم مال بر آنها صدق می‌کند و علاوه بر این رابطه میان پدید آورنده و پدیده فکری را می‌توان بر اساس «مالکیت» توجیه کرد.

با این توجیه پدیده فکری مصداقی از مال قرار می‌گیرد و رابطه آن با پدید آورنده «مالکیت» است که حق جامع و مانع و همیشگی برای مالک پدید می‌آورد. پس از این توجیه، نظام حقوقی مالکیت فکری بر اساس احکام مال و ملکیت طراحی می‌گردد. این شیوه ساده‌ترین راه برای تحلیل جایگاه نهاد محسوب می‌شود. اما تقسیم در باره اینکه یک نهاد واقعاً مصداق یک موضوع است، کاری بسیار پیچیده است و نمی‌توان به آسانی به این نتیجه دست یافت.

۳ - ۲. اخذ موضوع و جابجایی در جایگاه

چه بسا نهاد حقوقی از نظام دیگری اخذ شود، ولی هنگام بومی‌سازی جایگاه آن جابجا شود. مثلاً «حق کسب و پیشه» و «سرقفلی» به عنوان موضوعی مستقل در حقوق تجارت مطرح است. برخی از فقیهان ضمن شناسایی موضوع تلاش کرده‌اند آن را در نهادهای دیگری چون قرارداد اجاره یا قرض و ترکیبی از این دو توجیه نمایند (ر.ک: کشاورز، ۱۳۷۴: ۸۵-۱۱۱). همچنین قرارداد «اجاره به شرط تملیک» به عنوان یک عقد مستقل مطرح است، ولی در این قرارداد با اجاره به همراه شرط ضمن عقد توجیه شده است (ر.ک: خاوری، ۱۳۷۱: ۲۸۷-۳۳۵).

۳ - ۳. تجزیه نهاد

یکی دیگر از راههای مکان‌یابی نهاد در نظام حقوقی این است که یک نهاد حقوقی را تجزیه کنیم و برای هر جزء نهادی معرفی کنیم. مثلاً یکی از نهادهای مهم حقوقی که در جهت تأمین عدالت در حوزه جرائم سیاسی طراحی شده، نهاد هیأت منصفه است. هیأت منصفه به عنوان نمایندگان افکار عمومی در تشخیص موضوع و مجرم بودن متهم نقش مهمی دارد. حال اگر بخواهیم این نهاد را در نظام دادرسی اسلامی درج کنیم، می‌توان با تحلیل عمل صدور حکم قضایی سه مرحله را از هم تفکیک کرد؛ با این بیان که در هر حکم قضایی ابتدا موضوع تشخیص داده می‌شود. پس از آن حکم کلی بر آن موضوع تطبیق داده می‌شود و در پایان قاضی اقدام به انشای حکم می‌کند و در واقع موضوع را مصداق حکم شرعی می‌داند. این تطبیق برای اصحاب دعوا حجت است و باید از نظر وی تبعیت کنند. حال ممکن است در این جریان سه مرحله‌ای، نهادی را برای تشخیص موضوع طراحی کنیم و این تشخیص را به عهده هیأت منصفه قرار دهیم. اکنون وظیفه قاضی در جرائم سیاسی و مطبوعاتی منحصر به دو مرحله دیگر یعنی تطبیق حکم بر موضوع و انشای حکم خواهد بود (ر.ک: حکمت نیا، ۱۳۸۲: ۳۸۰ - ۳۸۹).

همین شیوه را برخی از اندیشمندان در توجیه نهادهای نظارتی و مجالس قانون‌گذاری به کار برده‌اند. با این توضیح که هر حاکمی بر اساس آموزه‌های اسلامی باید دارای صفت عدالت باشد و صفت عدالت به عنوان قوه‌ای درونی، حاکم و دستگاه دولتی را از اعمال خلاف قانون و تعدی به حقوق مردم بر حذر می‌دارد. حال اگر نتوان در فرد حاکم چنین قوه‌ای یافت و توان جایگزین کردن فرد دیگر هم میسر نباشد، نهاد نظارتی می‌تواند کارکرد قوه درونی عدالت را داشته باشد و به همین ترتیب مجلس قانون‌گذاری نیز می‌تواند کارکرد بخش دیگر از صلاحیت حاکم را در برگیرد. به عبارت دیگر، در این روش نهاد برای صفات و کارکردهای حاکم طراحی شده است (ر.ک: نائینی، ۱۳۷۸: ۳۷ - ۷۴).

۳ - ۴. اخذ نهاد هماهنگ کننده

چه بسا احکام یک نهاد را بتوان در جاهای گوناگون نظام حقوقی یافت، ولی عنوان واحدی که بتواند این احکام مختلف را یکجا و هماهنگ نشان دهد وجود نداشته باشد. برخی

از نهادهای مأخوذ می‌تواند عمل هماهنگ کردن مقررات پراکنده را انجام دهد. مثلاً عنوان «اداره مال غیر»، ناظر به مسئولیت شخصی است که مال دیگری را در غیاب مالک یا ناتوانی او اداره کرده است. همچنین در این عنوان مسئولیت مالک در مورد پرداخت هزینه‌های اداره نیز بررسی می‌شود. به طور خلاصه اداره مال غیر، حقوق و وظایف اداره کننده و مالک غایب یا ناتوان را بررسی می‌کند. در حقوق اسلامی می‌توان حقوق و وظایف آنها را بر اساس قاعده احسان، احترام اموال، و مقررات امور حسبی توجیه کرد، ولی عنوان واحدی که بتواند این مقررات را هماهنگ کند وجود ندارد. نهاد «اداره مال غیر» به خوبی می‌تواند این کار انجام دهد (ر.ک: مصطفوی، ۱۳۸۴: ۶۲ - ۸۹).

علاوه بر این، می‌توان یک نظریه پرورش یافته در یک نظام حقوقی را نیز به عنوان عامل هماهنگ کننده مجموعه مقررات در نظر گرفت. مثلاً نظریه تقصیر و مسئولیت بر مبنای تقصیر می‌تواند بسیاری از موارد مسئولیت مدنی موجود در فقه را توجیه کند و آنها را در قالب یک نظریه منسجم به نمایش گذارد. البته وجود چنین نهادی در نظام پذیرنده نهاد صرفاً نقش هماهنگ کننده و شاید به تعبیر بهتر نقش تعلیمی دارد و بر اساس آن نمی‌توان دست به استنباط حکم زد مگر اینکه با ادله‌ای بتوان مشروعیت نظریه را از مبانی و منابع حقوق اسلامی به دست آورد.

۳ - ۵. بررسی مشروعیت و جایگاه نهاد به لحاظ مبنا

همان طور که پیش از این اشاره کردیم، بسیاری از نهادهای حقوقی با مبانی نظری ارتباط وثیق دارند. حال می‌توان با اظهار نظر در باره مبانی آنها، پیرامون مشروعیت آنها اظهار نظر کرد. مثلاً مشروعیت مالکیت فکری بر مبانی‌ای چون مبنای کار، مبنای شخصیت، و یا اصالت منفعت استوار است. اکنون اگر بخواهیم در باره مشروعیت آن در نظام حقوقی اسلام نظر دهیم، می‌توانیم مبنای مشروعیت آن را بررسی کنیم و از این طریق در باره مشروعیت آن سخن بگوییم. شبیه این مطلب در بسیاری از نهادهای حقوقی جریان دارد. البته از آنجا که در حقوق اسلامی، مقررات و قواعد حقوقی صراحتاً بیان شده است، به کار بردن این شیوه در نظام حقوقی اسلام معمول نبوده است، و به همین خاطر استفاده از آن نیاز به تأمل و بررسی دقیق دارد. گفتنی است با طراحی این شیوه حتی می‌توان در استنباط احکام در موضوعات نوپدید نیز بهره برد. لیکن تمام سخن بر سر طراحی این شیوه و اثبات حجیت آن است؛ یعنی اینکه

بتوان از طریق مبانی به اراده تشریحی شارع دست یافت و حکم استنباط شده را به وی مستند دانست. با این تحلیل که اگر قانون‌گذار چنین مبانی و نگرشی داشته باشد، باید علی‌القاعده در بایدها و نبایدهای حقوقی در موضوع خاص چنین نظر معینی را بپذیرد؛ به خصوص اینکه بر اساس آموزه‌های اسلامی، شارع حکیم و خالق و عالم است و به خوبی نگرش خود را در باره انسان و جهان خلقت بیان نموده است. چه بسا بتوان از مجموعه گزاره‌ها راجع به انسان و جهان به احکام حقوقی دست یافت و یا اصول راهنمای خوبی را برای قانون‌گذاری کشف کرد.

۳ - ۶. پذیرش نهاد به عنوان موضوعی جدید

چه بسا نهاد پذیرفته شده در ساختار حقوق اسلامی موضوعی جدید قلمداد گردد و صرفاً مصداقی از عناوین موجود فقهی نباشد. اگر چه اخذ چنین موضوعی دارای اشکال نیست، ولی آنچه اهمیت دارد بررسی مشروعیت این گونه نهادها در حقوق اسلامی است. بررسی مشروعیت چنین نهادی نیاز به تأمل در ماهیت نهاد دارد. در اینجا باید به این سؤال پاسخ داد که آیا نهاد مفروض، نهادی اجرایی است یا ماهوی. اگر نهاد اخذ شده اجرایی باشد، آن را باید به لحاظ کارآمدی بررسی کرد و در صورتی که نهاد در حقوق اسلامی دارای کارآمدی لازم باشد، با موازین شرعی مخالف نخواهد بود و قابلیت اجرا خواهد داشت. زیرا بنای شارع تأسیس نهادهای اجرایی نبوده است و از رویه وی نیز به دست می‌آید که وضع و رفع نهادهای اجرایی را به دست خردمندان قرار داده است. نکته اصلی مطلب هم این است که نهادهای اجرایی به لحاظ مقتضیات زمان و مکان و با توجه به امکانات و اهداف متحول خواهند شد. بنا بر این وضع نهاد ثابت توسط شارع با حکمت وی منافات خواهد داشت. با این فرض، اگر بخواهیم نهاد اجرایی را در ساختار حقوق اسلامی تحلیل کنیم، باید آن را به لحاظ کارآمدی بررسی کنیم.

دسته دوم نهادها، نهادهای ماهوی هستند که به نوعی به احکام تکلیفی و وضعی مربوط می‌شوند و ناظر بر روابط اجتماعی مردم هستند. از آنجا که فرض بر این است که وضع و رفع حکم در اختیار انحصاری شارع است باید به نحوی به رضایت وی دست یافت. لذا آنچه اهمیت دارد، شیوه کشف رضایت شارع در موضوعات جدید است. به تبع این امر لازم است

حوزهٔ تشریح، حوزهٔ احکام ثابت و احکام متغیر و ضوابط حاکم بر آنها بررسی گردد و با شناخت موضوع، به بررسی رضایت وی پرداخته شود. این امر خود نیاز به بررسی مستقلی دارد که باید روش‌شناسی کشف رضایت شارع در موضوعات جدید به دقت بررسی شود و علاوه بر این هماهنگی نهاد با ساختار حقوق اسلامی اثبات گردد.

در اینجا توجه به قواعد بنیادین شرعی، مقاصد شریعت، ضوابط شریعت، حدود اختیارات حاکم و فرمانروا، تحصیل رضایت شارع از مبانی انسان‌شناسی، جایگاه عرف و سیرهٔ عقلا، دیدگاه شارع در مورد هر یک از اینها و حوزهٔ فهم عقل و مانند اینها باید به صورت مستقل مورد بحث قرار گیرد.

۷۵

فقه حقوق

نتیجه‌گیری

آنچه در این نوشتار مورد بحث قرار گرفت، بر این پیش‌فرض استوار بود که نظام حقوقی اسلامی با وجود تفاوت با دیگر نظامهای حقوقی باید با آنها تعامل داشته باشد. موضوع مهم بررسی علمی این تعامل است.

شیوهٔ مطالعهٔ تطبیقی و بررسی علمی جایجایی نهادها در نظامهای حقوقی می‌تواند بر این تعامل مدیریت علمی کند و شیوهٔ اخذ نهاد و تحلیل و درج آن را بررسی نماید. البته باید گفت موارد مطرح در این مقاله به صورت استقرایی به دست آمده و چه بسا بتوان با مطالعهٔ بیشتر و عمیق‌تر، بر موارد و غنای علمی و تعمیق هر یک افزود.

منابع

۱. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت*، شرکتهای تجاری، جلد دوم، تهران، سمت، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
۲. حکمت نیا، محمود، *آرای عمومی*، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۳. حکمت نیا، محمود، «تبیین نظریه "منطقه الفراغ"»، *مجله اقتصاد اسلامی*، سال دوم، شماره ۸، ۱۳۸۱.
۴. حکمت نیا، محمود، «مروری بر حقوق اخلاقی مالکیت فکری و مبانی اعتبار آن»، *مجله فقه و حقوق*، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۴.
۵. خاوری، محمود رضا، *حقوق بانکی*، تهران، موسسه بانکداری ایران، چاپ سوم، ۱۳۷۵.
۶. خوئینی، غفور، *درآمدی بر حقوق تطبیقی*، تهران، موسسه فرهنگی انتشاراتی زهد، چاپ سوم، ۱۳۸۱.
۷. داوید، رنه و کامی، ژوفره اسپینوزی، *درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، تهران، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۸۰.
۸. داوید، رنه، *نظامهای بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه سید حسین صفایی و دیگران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ سوم، ۱۳۷۵.
۹. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تطبیقی*، تهران، سمت، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۱۰. صدر، سید محمد باقر، *اقتصادنا*، مکتب الاعلام الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۳۷۵.
۱۱. مصطفوی، سید مصطفی، «*احسان؛ منبع مسئولیت*»، *مجله فقه و حقوق*، سال دوم، شماره ششم، ۱۳۸۴.
۱۲. میر معزی، سید حسین، «ثبات شریعت و مدیریت دگرگونی‌های اجتماعی - اقتصادی»، *مجله اقتصاد اسلامی*، سال دوم، شماره ۸، ۱۳۸۱.

۱۳. نائینی، محمد حسین، *تنبیه الامة و تنزیه الملة*، با توضیحات سید محمود طالقانی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۷۸.

۱۴. کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد*، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.

۱۵. کشاورز، بهمن، *سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت*، مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی واحد شهید بهشتی، ۱۳۷۴.

۱۶. A. Garner, Bryan, *Blacks law Dictionary*, تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۹.

۱۷. Padfield, colin, David Barker, *law made simple*, چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۸۲.

۱۸. Davies, Gillian, *Copyright and the public Interest*, Sweet Maxwell, London, ۲۰۰۲.

