



حقوق فرهنگ



# حقوق فرهنگ

به اهتمام  
دکتر بهزاد رضوی فرد

پژوهشکده مطالعات راهبردی فرهنگ



مركز پژوهش‌های فرهنگ، هنر و ارتباطات  
وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی



وزارت فرهنگ، هنر و ارتباطات  
فدراسیون کنگره جهانی اسلامی

## حقوق فرهنگ

ناشر: پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات

به اهتمام: دکتر بهزاد رضوی فرد

سخنرانان: دکتر حمید بهرامی، دکتر عطاءالله بیگدلی، دکتر بهزاد پورسید، دکتر حبیب‌الله رحیمی

دکتر علیرضا عالی‌پناه

ویراستار ادبی: مریم گلبازگیر

طراح جلد: علی خورشیدپور

صفحه‌آرا: حسین آذری

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

نوبت چاپ: اول، فروردین ۱۳۹۱

قیمت: ۲۵۰۰۰ ریال

چاپخانه: عترت

همه حقوق این اثر برای پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات محفوظ است.

در صورت تخلف پیگرد قانونی دارد.

نشانی: تهران، پایین‌تر از میدان ولیعصر(عج)، خیابان دمشق، شماره ۹، پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات

صندوق پستی ۶۴۷۴ - ۱۴۱۵۵ تلفن ۸۸۹۱۹۱۷۷ دورنگار ۸۸۹۳۰۷۶ Email: Nashr@ric.ac.ir

## فهرست مطالب

۷	سخن ناشر.....
۹	مقدمه.....
۱۱	بخش اول - نقد آموزش حقوق در ایران.....
۱۳	فصل اول - نقد آموزش حقوق در ایران (۱).....
۳۱	فصل دوم - نقد آموزش حقوق در ایران (۲).....
۳۴	۱. برخی شواهد تاریخی.....
۳۶	۲. ولی فقیه، حقوق‌دان اسلامی است.....
۳۶	۳. تغییرات آموزش حقوق.....
۳۷	توجه به ویژگی‌های استاد به عنوان رکن اصلی آموزش.....
۳۷	۱. تسلط بر فقه اسلامی.....
۳۷	۲. تسلط بر زبان عربی.....
۳۸	۳. تسلط به قوانین حقوقی اروپا.....
۴۵	۴. تهذیب نفس و اخلاق‌گرایی.....
۴۶	محورهای بحث نقد آموزش حقوق.....
۴۷	ساختار حقوقی کشور، حکومت‌محور نیست.....
۴۸	منظور از مسئله‌محور بودن ساختار فقه چیست؟.....
۴۹	استفاده از منابع دست دوم و سوم.....
۵۰	علوم انسانی، ابزار تئوری‌پردازی حکومت.....
۵۴	قواعد فقهی، فقط مسئله‌محور نیست.....
۵۴	استادان دروس پایه حقوق، باید از بهترین‌ها باشند.....
۵۸	مهم‌ترین معضل و آسیب نظام آموزش حقوق کشور.....
۶۱	جمع‌بندی.....
۶۳	بخش دوم - نقش فرهنگ در شکل‌گیری حقوق خانواده.....



## سخن ناشر

پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات در راستای اهداف و وظایف خود اقدام به برگزاری نشست‌هایی با موضوع‌های مختلف در حوزه فرهنگ، هنر و ارتباطات می‌نماید تا از این رهگذر فضای گفتگو و تبادل نظر میان نخبگان فرهنگی و هنری کشور، نقد و بررسی مسائل و مشکلات مبتلابه جامعه را فراهم سازد.

گزارش پیش‌رو ماحصل نشست‌هایی است با عنوان «حقوق فرهنگ» که توسط پژوهشکده مطالعات راهبردی فرهنگ پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات برگزار شد.

ضمن احترام به نظرات، اندیشه‌ها و دیدگاه‌های نویسندگان این مجموعه مکتوب، بدیهی است که مطالب مطرح شده از سوی سخنرانان لزوماً منعکس‌کننده دیدگاه‌های پژوهشگاه نیست.





## مقدمه

گروه حقوق فرهنگ و ارتباطات در دوره کوتاه اما پربار حیات خود، به دنبال شناسایی مسائل و دغدغه‌های پژوهشی حوزه فرهنگی و ارتباطی کشور از منظر حقوقی بود. دغدغه‌هایی که ممکن است در بستر نظری یا عملی ذهن خلاق دانش‌پژوهان و اندیشمندان حوزه حقوق فرهنگی و ارتباطی یا حتی مردم را به خود مشغول کند.

این گروه برای عملیاتی کردن دغدغه‌ها و نظرات پیش‌گفته سعی در برقراری ارتباط مستمر با دانشمندان و اندیشمندان علم حقوق و ارتباطات و همچنین قضات و وکلاء داشت تا در این مسیر ضمن استفاده بهینه از تجربیات متخصصان این حوزه و بهره‌وری از زمان بتواند به‌گونه‌ای هدفمند دغدغه‌ها را پاسخ بگوید.

بنا بر همین امر، با برگزاری سه نشست علمی در حوزه فرهنگ با عنوان «نقد آموزش حقوق در ایران ۱ و ۲» و «نقش فرهنگ در شکل‌گیری حقوق خانواده» در سال ۱۳۹۰ خود را موظف دید تا ضمن بازتعریف مسائل و دغدغه‌های پیش‌گفته،

با موضوع‌یابی و دسته‌بندی مسائل، راه‌حل‌های ایده‌آل خود را برای تمامی مسائل از پیش رصدشده ارائه دهد.

این تلاش در وهله اول با هدف توجه و مآل‌اندیشی برای دغدغه‌های حاکمیت و نظام در عرصه نظام آموزش حقوق در ایران و آثار فرهنگی آن صورت گرفت (بخش اول) و در وهله دوم در راستای یافتن راه‌حل برای دغدغه‌هایی است که حقوق و زندگی شهروندان امت اسلامی را تحت تاثیر قرار می‌دهد مانند مسائل و معضلات مربوط به خانواده (بخش دوم).

امید است این تلاش که محصول اندیشه و خردورزی همکاران و استادان رشته‌های حقوق خصوصی است مقبول افتد.

بهزاد رضوی‌فرد

گروه حقوق فرهنگ و ارتباطات

بخش اول

نقد آموزش حقوق در ایران



## فصل اول

نقد آموزش حقوق در ایران (۱)



## دکتر علیرضا عالی‌پناه<sup>۱</sup>

بسیار خرسندیم که این فرصت دست داد تا نشست تخصصی نقد آموزش حقوق در ایران را در محضر اساتید بزرگوار دکتر حمید بهرامی و دکتر عطاءالله بیگدلی آغاز کنیم. از مدت‌ها پیش دغدغه‌هایی درباره آموزش حقوق در ایران داشتیم و گفتارهای پراکنده‌ای نیز مطرح شده بود. سال ۱۳۸۹ در محضر دکتر بیگدلی مباحثی را مطرح کردیم و امروز تکاپوهایی در سیستم آموزشی و فرهنگی کشور صورت گرفته تا نظام آموزش را در ایران به‌طور کلی و در علوم انسانی به‌طور خاص مورد نقد و بررسی قرار دهیم و افرادی دست‌اندرکار این امر شدند و جلسه‌هایی درباره تدوین آموزش حقوق برگزار کردند.

بر این اساس دوستان ما در گروه حقوق فرهنگ و ارتباطات بنا را بر این گذاشتند که تحقیقی انجام دهند و محورهای بحث‌برانگیز در آموزش حقوق را جمع‌آوری کنند. حاصل این تحقیقات نوشتاری شد که قرار شد براساس آن این بحث را پیش ببریم.

---

۱. رئیس وقت پژوهشکده مطالعات راهبردی فرهنگ

شاید این بحث زمینه‌ای برای تدوین بسته‌ای سیاستی درباره آموزش حقوق در ایران شود. اولین محور بحث را به بررسی سیر تحولات آموزش حقوق در ایران اختصاص دادیم و ادوار تاریخی آموزش حقوق در ایران را به پنج دوره تقسیم کردیم:

۱. دوران قبل از مشروطه؛ ۲. از مشروطه تا تشکیل عدلیه جدید؛ ۳. از تشکیل عدلیه جدید تا افتتاح دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ۴. از افتتاح دانشکده حقوق تا انقلاب اسلامی؛ ۵. از انقلاب اسلامی تاکنون.
- تقاضا می‌کنم اگر ایرادی در این تقسیم بندی می‌بینید اصلاح بفرمایید و توضیحی درباره هر دوره بدهید.

#### دکتر حمید بهرامی<sup>۱</sup>

بنده به شما و دوستان دیگر که دست‌اندرکار این جلسه هستند تبریک می‌گویم که کاری اساسی را آغاز کردید و باید بگویم هم‌زمان و شاید اندکی قبل از اینکه شما کارتان را در این زمینه آغاز کنید جلسه‌های دیگری نیز تشکیل شده و دیگران نیز مشغول فعالیت شده‌اند و باید این تلاش همه‌جانبه را به فال نیک گرفت. حداقل شاید من که عضو یکی از آن جلسه‌ها هستم بتوانم این اطلاعات را بین دو گروه منتقل و از بعضی دوباره کاری‌ها جلوگیری کنم.

بعد از فرمایش مقام معظم رهبری درباره نابسامانی علوم انسانی در کشور و از آنجایی که حقوق جزو علوم انسانی است و حتی می‌توان گفت در رأس آن قرار دارد، جلسه‌هایی تشکیل شد و مسئولیت پیگیری اهدافی که مقام معظم رهبری در نظر داشتند به شورای عالی انقلاب فرهنگی سپرده شد. در آن شورا دکتر حداد عادل مسئول شدند و گروه مربوط به حقوق هم در همان ارتباط تشکیل شد. محل

---

۱. عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید باهنر کرمان



تشکیل جلسه‌ها در فرهنگستان زبان و ادب فارسی است و یک هفته در میان تشکیل می‌شود و حدود شش ماه است که مرتب برگزار می‌شود. در این زمینه به جمع‌بندی‌هایی رسیده‌اند و می‌خواهند از اساتید و آنهایی که صاحب‌نظر و صاحب‌درد هستند نظرخواهی کنند تا به نتیجه خوبی برسند.

جمع‌بندی مقدماتی که در این زمینه صورت گرفت این بود که چهار زمینه بحث وجود دارد که باید درباره آنها تصمیم‌گیری کرد. بعد از شنیدن و جمع‌بندی در همه زمینه‌های علوم انسانی این چهار بحث پیش آمد: ۱. تصمیم‌هایی که درباره روش انتخاب دانشجو می‌گیرند؛ ۲. تصمیم‌هایی که درباره روش انتخاب استاد می‌گیرند؛ ۳. تصمیم‌هایی که در صورت نیاز درباره اصلاح فصل‌های متون درسی گرفته می‌شود؛ ۴. تصمیم‌هایی که درباره پایان‌نامه‌ها می‌گیرند. در این چهار حوزه باید اصلاحاتی صورت بگیرد و همان‌طور که عرض کردم در همه زمینه‌های علوم انسانی که ظاهراً حدود ۱۴ شاخه است.

البته این مباحث به یک جلسه ختم نمی‌شود و نیاز به جلسه‌های متعددی دارد. در این زمینه قدیمی‌ها نمی‌توانند گام‌های اصلی را بردارند، بلکه فقط می‌توانند با شما همراهی کنند. جوانان تحصیل‌کرده‌ای مثل شما که بیشتر در بستر اندیشه‌های امام صادق (ع) پرورش پیدا کرده‌اید می‌توانید ابتکار به خرج دهید. در تاریخ، آنهایی که اهل بینش و فکر بودند وقتی می‌خواستند تصمیمی مهم بگیرند مجلسی از جوان‌ها تشکیل می‌دادند و می‌گفتند چون جوان‌ها باطن پاکی دارند و انوار الهی اول به قلب آنها صادر می‌شود و بعد به دیگران می‌رسد، با آنها مشورت می‌کردند. شاعری می‌گوید:

بر کهن سال شهر تازه مخوان      که دل پینه‌بسته‌ای دارد

دل‌های پینه‌بسته آنها با روش‌های گذشته و سنت‌های قدیمی خو گرفته و عمرشان را گذرانده‌اند و به‌سختی اندیشه‌های نو در دل آنها می‌نشیند.

اما درباره تقسیم‌بندی ادوار تاریخی آموزش حقوق در ایران باید بگویم همان‌طور که همگی می‌دانید هیچ جامعه‌ای در دنیا نمی‌تواند بدون حقوق قوام پیدا کند و اساس هر جامعه‌ای حقوق است، بنابراین سابقه حقوق به دورترین زمانی که بشر، جامعه تشکیل داد برمی‌گردد. حقوق پا به پای تشکیل جامعه و قبل از آن تکوین پیدا کرده و با تکامل جامعه تکمیل شده و از آنجا که ما حتی قبل از اسلام تمدن درخشانی داشتیم قطعاً حقوق درخشانی هم داشته‌ایم، منتهی در گردش روزگار و مهاجرت اقوام مختلف از اطراف به ایران، در مراحل مختلف تاریخی، بسیاری از آثار این تمدن از بین رفته و مقداری از آن محفوظ مانده که تا به حال در فراموشی بوده و به تازگی به آن توجه کرده‌ایم. چندسال پیش کتابی درباره حقوق مدنی ساسانی دیدم که بسیار جلب توجه می‌کرد. خیلی تلاش کردم تا آن را پیدا کنم، اما متأسفانه نسخه‌های آن تمام شده بود تا اینکه در بین کتاب‌هایی که به کتابخانه دانشگاه امام صادق (ع) هدیه کرده بودند آن را پیدا کردم.

در دهه ۲۰ شمسی در دانشکده حقوق دانشگاه تهران دانشجویی زردشتی به نام شهزادی درباره قانون مدنی یا حقوق مدنی زمان ساسانیان تحقیقی انجام داد. به منبعی دسترسی پیدا کرده بود به نام *ماتیکان هزاردستان* که دربردارنده هزار ماده از مواد قانون مدنی زمان ساسانیان بود که براساس مذهب زردشت نوشته شده بود. این کتاب جزو منابع قبل از اسلام بود.

عبدالله‌بن مقفع بعد از اینکه مسلمان شد به فرهنگ و ادب اسلامی بسیار خدمت کرد و این کتاب را از زبان پهلوی به عربی ترجمه کرده و تنها نسخه‌ای که از آن باقی مانده - حداقل تا این چند ۱۰ سال اخیر - همان نسخه عربی عبدالله‌بن مقفع است، البته ظاهراً در هند نسخه‌ای به زبان پهلوی و زردشتی پیدا شد. تحقیقی که شهزادی انجام داد تحت نظر استاد تاریخ و حقوق دانشگاه

تهران مرحوم دکتر عبدالحسین علی‌آبادی بود. این کتاب در زمینه‌های مختلف حقوق مدنی از جمله معامله‌های مسئولیت مدنی، حقوق خانواده، ارث و در زمینه‌های مختلف قانون مدنی رسمی زمان ساسانی است که به زبان فارسی برگردانده شده است.

این کتاب مقدمه مفیدی درباره حقوق مدنی ساسانی دارد که نشان می‌دهد ما، قبل از اسلام قانون مدون و معتمدی داشتیم. جالب اینکه در بعضی از این مواد قانونی شباهت‌هایی با مقررات قانونی اسلام نیز وجود دارد که این امر مؤید این مسئله است که دین زردشتی از ادیان الهی بوده و طبیعی است که بین ادیان الهی شباهت‌هایی در قوانین و مقررات وجود داشته باشد؛ منتهی با اختلاف زمان‌هایی که هر کدام از ادیان برای راهنمایی مردم آمده‌اند، بنابراین باید برای قبل از اسلام فصلی باز کنیم؛ مخصوصاً که ایرانی‌ها بعد از مسلمان شدن نقش مهمی در بنیان‌گذاری تمدن اسلامی داشتند که بخشی از تأثیرات متقابل اسلام را شهید مطهری منعکس کرده است.

اینجا باید دو نکته را مطرح کنم که به بحث مربوط می‌شود: یک نکته اینکه در تحقیقاتی که مدتی پیش درباره تاریخ حقوق داشتیم به نام ۲۹ نفر غیر از سلمان از صحابه پیغمبر برخوردارم که ایرانی بودند. نکته دیگر اینکه ایرانی‌ها در تکوین فقه اسلامی بسیار نقش داشتند. می‌دانید که ادوار فقه یک دوره به زمان پیغمبر (ص) که عصر برکت و نعمت بود برمی‌گردد و دوره دیگر عصر صحابه و زمان تابعین است. ابونعیم اصفهانی که *طبقات الفقها* را نوشته می‌گوید وقتی عبادالله که - جمع عبدالله است - (منظور عبدالله بن عباس، عبدالله بن زبیر، عبدالله بن عمر و عبدالله بن عمرو عاص) از دنیا رفتند، در همه سرزمین‌های اسلامی فقه اسلام به دست ایرانی‌ها افتاد یا اکثر آنها ایرانی بودند و اساس فقها و حقوق دانان اسلامی را ایرانیان تشکیل می‌دادند، بنابراین ایرانیان نه تنها درباره

مذهب شیعه بسیار نقش داشتند، بلکه در گسترش و تبیین فقه نیز مؤثر بودند و بقیه مذاهب اسلامی نیز به دست ایرانی‌ها تکوین پیدا کرد و بزرگ‌ترین پیشوای اهل سنت، ابوحنیفه که ایرانی بود می‌گوید علم در خانواده ما به دعای حضرت علی(ع) رواج یافته، چون می‌گویند جد ابوحنیفه در عید نوروزی، البته بیشتر می‌گویند مهرگان بوده، به خدمت حضرت علی(ع) رسید و برای ایشان فالوده هدیه برد و حضرت علی(ع) در برابر این هدیه به ایشان فرمودند «مهرگان را کل یوم» یا «مهرجان را کل یوم» که به اذعان بسیاری از محققان حضرت علی(ع) و فرزندان‌شان امام حسن و حسین(ع) زبان پهلوی را می‌دانستند و در جاهای مختلفی به زبان پهلوی صحبت می‌کردند.

ایرانیان نقش زیادی در تکوین و تدوین فقه اسلام داشتند. مذهب تشیع به علت اینکه ما امامان را جانشین پیغمبر (ص) می‌دانیم و سنت را قول و فعل و تقریر معصوم می‌دانیم، یعنی فرمایش‌ها و اعمال و تقریر ائمه را مثل فرمایش‌ها و اعمال پیغمبر می‌دانیم جزو منابع فقه ماست.

در واقع ما از آن منبع زلال، فقه و از ائمه، سنت پیغمبر را گرفتیم. دعبل خزاعی می‌گوید ائمه محل وحی بودند و وحی بر این خاندان نازل شده است. برخی از روایت‌هایی که از پیامبر(ص) در بین اهل سنت وجود دارد معتمد نیست، زیرا در زمان خلیفه دوم، عمر به صراحت، جمع‌آوری سنت پیغمبر را منع کرد و کسانی که این کار را می‌کردند تنبیه می‌شدند. سنت پیغمبر تا زمان عمر بن عبدالعزیز تدوین نشد، بنابراین در سینه‌های مردم چیزهایی به نام سنت پیغمبر رواج داشت که برخی از آنها واقعاً سنت پیغمبر نبود. خیلی‌ها بازرگانان حدیث بودند، یعنی پول می‌گرفتند و طبق خواسته حکومت وقت روایت جعل می‌کردند. مثلاً در شرح حال ثمره بن جندب در تاریخ طبری و در تواریخ اهل سنت نوشته‌اند که معاویه مبلغ زیادی پول به او پیشنهاد کرده تا این روایت را

جعل کند: «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ» این آیه در قرآن آمده و مربوط به این ملجم است و آیه «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَ يُشْهِدُ اللَّهَ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَ هُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ» در شأن حضرت علی(ع) نازل شده است. او قبول نکرد و گفت این مقدار پول کم است. او ۳۰۰ هزار درهم پیشنهاد کرد و معاویه ۴۰۰ هزار درهم پذیرفت و او این روایت را جعل کرد. ما معتقدیم روایت‌هایی در اختیار داریم سند مشخص دارد و روایت‌های ضعیف از صحیح مشخص است. ابوحنیفه که من در بعضی موارد واقعاً تحسینش می‌کنم، چون حقوق‌دان ماهری بوده و اگر امروز زنده بود حقوق‌دان اول دنیا بود ایشان فقط ۱۷ روایت از روایت‌هایی که از پیغمبر رسیده بود قبول داشت و می‌گفت بقیه معتمد نیست، بنابراین به رأی توجه کرد و خودش مکتب فقهی بزرگی تأسیس کرد و آثار حقوق ایران و روم در مکتب حنفی زیاد است و در زمان اسلام و قبل از آن هنوز نهاد حقوقی وکالت در حقوق روم شناخته نشده بود، اما چون مورد نیازشان بود از دو عمل حقوقی جداگانه نتیجه وکالت را به دست آوردند؛ مثلاً اگر شما بنده را می‌خواستید وکیل کنید که چیزی را بخرم من اول این معامله را به نام خودم انجام می‌دادم، بعد به نام شما می‌کردم و این دقیقاً فتوای ابوحنیفه است؛ می‌گوید مالی که وکیل می‌خرد برای دیگری، اول آن مال از مالک به وکیل منتقل می‌شود و بعد از وکیل به موکل. از این مسائل در زمینه مسئولیت مدنی بسیار است. شما اگر ماتیکان هزاردستان را بخوانید متوجه می‌شوید که بعضی از این مسائل از حقوق ایران هم گرفته شده است. دولت غسانی و دولت هیره نقش انتقال تمدن از سرزمین ایران به عربستان را داشتند. زمانی که پیغمبر به رسالت مبعوث شدند حقوق روم در اوج اعتلای خودش بود. در آن عصر بسیاری از دانشمندان غربی و مستشرقان ادعا کردند که حقوق اسلام حقوق مستقلی نیست و این اقتباس از حقوق روم است. حتماً

می‌دانید که بعضی از احکام ما تأسیسی است و بعضی احکام امضایی و این مسئله ممکن است بهانه‌ای به دست کسانی بدهد که به صورت انتقادی به تاریخ نگاه می‌کنند. ممکن است بگویند حقوق اسلام از حقوق روم گرفته شده، چون در آن زمان بیشتر حقوق روم رواج داشت و این توهم در آن زمان بیشتر بود. به همین دلیل باید مشخص شود که احکام تأسیسی و احکام امضایی در کجاست و چه چیزی را اسلام امضا کرده است. البته چون جامعه عربستان جامعه‌ای عقب‌افتاده و منحن بوده قوانینی که در آن وجود داشته قوانینی نبوده که اسلام بتواند آن را تأیید کند، اگر هم در عربستان قانون و مقرراتی وجود داشته که آن را اسلام تأیید کرده از حقوق روم یا ایران آمده است.

بنابراین ما حقوق ایران بعد از اسلام را نمی‌توانیم از حقوق ایران قبل از اسلام به صورت صددرصد جدا کنیم. برای اینکه بدانیم کدام قوانین تأیید شده و کدام نشده، بدون دانستن حقوق روم نمی‌توانیم مطالعه عمیقی داشته باشیم و خود رومی‌ها می‌گویند حقوق یونان بر آنها تأثیر گذاشته و یونانی‌ها هم تحت تأثیر حقوق بابل و سومر بوده‌اند. البته کسی نمی‌تواند قانون حمورابی را نادیده بگیرد، حتی بعضی‌ها احتمال می‌دهند حمورابی جزو پیغمبران بوده، چون در قانونش می‌گوید که من این قانون را به فرمان خدا نوشتم و بسیاری از مقررات آن مشابه ادیان الهی و پیغمبران قبل یا بعد از اوست. مثلاً قانون اورکاجینا یا قانون آمازیس مصری که یکی از فراعنه مصر بوده بسیار متقن است. برای اولین بار نام آزادی و عدالت در قانون اورکاجینا ۲ هزار و ۳۰۰ سال قبل از میلاد در بابل به کار رفته و همه این قوانین در قوانین بعدی تأثیر داشته، اما از اسلام به بعد چون اسلام در ایران گسترش پیدا کرد و جامعه ایران جامعه‌ای اسلامی شد و چند قرنی هم که اهل سنت حضور داشتند، فقه اسلام بر این

کشور حکومت می‌کرد و حقوق‌دانان ما همان فقها بودند؛ گرچه مشخص است که حوزه‌های علمیه چگونه تدریس می‌کردند و تحول آرا و نظریه‌هایشان به چه شیوه‌ای بوده است.

### دکتر عطاءالله بیگدلی<sup>۱</sup>

سعی می‌کنم مقدمه‌ای بگویم و برعکس جناب استاد کمی عینی‌تر بحث کنم. واقعیت این است که حقوق امروز ایران چه از حیث محتوا و چه شکل، مخلوطی از دو نظام بزرگ حقوقی است که از یک سو نشان‌دهنده تاریخ و سابقه سنتی ما در ایران است و از سوی دیگر نظامی که محتوا و شکلی کامبیش مدرن و متجدد دارد و هر دو دارای سوابقی هستند به قدمت هزاران سال که در مشروطه به صورت جدی در نظام حقوقی ایران با هم برخورد کردند، یعنی این دو نظام سنتی و متجدد و مدرن در ایران برخورد کردند و غلبه با نظام متجدد و کامبیش غربی بوده است. به نظر می‌رسد اگر بخواهیم تحلیلی از نظام حقوقی ایران داشته باشیم باید این سه نظام را بررسی بکنیم؛ یعنی نظام اسلامی، نظام متجدد و نظام فقهی. این مقدمه کلی و اول است. در مقدمه دوم می‌خواهم نظام آموزشی این سه نظام را بررسی کنم به این معنا که محتوا و شکل نظام آموزشی مدرن و سنتی، چگونه بوده و بعد بررسی کنیم که در ایران چه اتفاقی افتاده است.

بعد از اینکه تمدن اسلامی شکل گرفت شیوه‌ای برای آموزش فقه در مدارس سنتی ایجاد شد، البته بنده ادعا نمی‌کنم که این نظام کاملاً اسلامی است، به هر حال ما در تمدن ایرانی و عراقی مدتی طولانی تحت تأثیر یونانیان بودیم، یعنی بعد از اینکه اسکندر به ایران حمله کرد و ایران را گرفت، چند

---

۱. پژوهشگر مرکز تحقیقات دانشگاه امام صادق(ع)

دوره سلوکیان بر ما حکومت کردند و اسکندریه‌های فراوان در سرزمین‌های اسلامی شکل گرفت و نظام آموزشی ما تحت تأثیر نظام آموزشی یونانی، زردشتی و ساسانی بود. به نظر می‌آید ایرانیان به جز دوره‌ای در زمان سلوکیان و زمان پهلوی اول و دوم همیشه، دینی فکر می‌کردند، یعنی همیشه روحانیان در مصلحت‌های سیاسی بودند.

در دوران تمدن اسلامی نظامیه‌ها و مدارس علمیه را در سراسر جهان اسلام داریم و محتوای آن فقه بوده و هیچ شکی در این مسئله نیست، زیرا عباسیان تمایل فراوانی به فقه حنفی داشتند و مسائل سیاسی هم در آن دخیل بوده است. فقه رسمی ما فقه حنفی بوده و گرایش‌های شیعی در ایران رواج داشته ولی هیچ‌گاه به دوران صفویه نرسیده، یعنی حتی سربداران، نظام فقهی و نظام آموزشی‌شان بیشتر تحت تأثیر حنفیه بوده و حکومت‌های محلی شمالی مثل طبرستان گرایش‌های شیعی داشتند اما تحت مشروعیت خلیفه عباسی بغداد ادامه حیات می‌دادند.

در دوره سیطره حنفیه و بعد از آن در دوره صفویه فقه شیعی دوباره راه‌اندازی شد و در زمان محمود افغان و زندیه دوباره حنفیه اندکی برگشت و فقه شیعه در دستور کار قرار گرفت. معمولاً شیوه تدریس در مدارس قدیمی به صورت استاد و شاگردی بوده و علم فقه را مقدس می‌دانستند، یعنی علمی را که دنیایی‌ترین علم دینی است.

کتب فقه ما معمولاً با کتاب‌های فضل علم و کتاب‌هایی از این دست آغاز و پایان می‌پذیرد. نوع تعامل اساتید و نوع آموزش معمولاً این‌گونه بوده که در کتاب‌های کلاسیک، حواشی نگاشته می‌شد. بعد از اینکه مدتی طلبه تدریس می‌کرد رساله‌های مجزا می‌نوشت و بعد از اینکه خودش استاد می‌شد و چند صباحی درس می‌داد و معمولاً یک کتاب در آخر عمرش به عنوان کتاب



خلاصه می‌نوشت. سعی بر این بوده که تعداد کتب صورت نگیرد و نظام آموزشی مبتنی بر شرح بوده، یعنی چند کتاب را اساس قرار می‌دادند و درباره آن شرح می‌دادند. بعد از زندیه به‌خصوص کریم‌خان برای اولین بار ذیل شرایع را امضا می‌کند و به عنوان قانون آن را اعمال می‌کند. بعد از آن شرایع محور قرار می‌گیرد و شروحنی بر آن نوشته می‌شود و این روند ادامه پیدا می‌کند.

نظام سنتی ما با مرجعیت و درس کاملاً همسان بود و پیش می‌رفت، اما نظام دیگر مربوط به یونان و روم است، یعنی آن مدارس اسکندرانی و یونانی شاید از اولین مدرسه کلاسیک یونان یعنی مدرسه افلاطون یا آکادمی الگو گرفته و این آکادمی تکرار شده یعنی همان سنت در قرون وسطی پیش می‌آید. از سقوط روم به دست بربرها تا حدود ۱۵۰۰ که شاهد تحولات نظام آموزشی هستیم چند نوزایی داریم. مثلاً نوزایی ساکسونی حدود سال ۹۰۰ و ۱۰۰۰ است و از جنگ‌های صلیبی به این طرف یعنی از ۱۱۰۰، ۱۰۹۰ مدارس جدی در سطح اروپا داریم که شبیه نظام آموزشی دینی ما هفت درس اصلی دارند؛ صرف و نحو لاتین و تفسیر کتاب مقدس. اولین دانشگاه‌های مدرن از حدود ۱۳۰۰ آغاز می‌شود. مثلاً آکسفورد مدرسه‌ای علمی بوده که بعد آرام آرام شروع به تغییر ماهیت می‌کند و از رنسانس به بعد نظام آموزشی غرب تبدیل به یونیورسیتیه می‌شود که نظام آموزشی‌اش با نظام قبل متفاوت است و موضوع آن دیگر فقه و کتاب مقدس نیست، بلکه ناظر به علوم سکولار است و به حقوق یونان و روم برمی‌گردد و نگاه‌های غیردینی دارد. روابط بین استاد و شاگرد بسیار رسمی است و علم، دیگر مقدس محسوب نمی‌شود و این روند در غرب ادامه پیدا می‌کند. در مشروطه هم ما شکل قانون و نظام آموزشی را آرام آرام مدرن کردیم. از مشروطه تا انقراض رسمی قاجاریه و تدوین قانون مدنی ما در آشوب تمدنی هستیم، یعنی دادگاه‌های شرع و عرف داریم و در

آموزش هم نظام سنتی زیر نظر حوزه‌ها و دانشگاه نمی‌آید و نظام حقوق ایران دو هسته‌ای می‌شود: آموزش هسته‌ای فقه در دامان حوزه‌های علمیه و نظام آموزش مدرن در دامان حقوق. این دو هسته‌ای بودن با غلبه نگاه‌های متجدد بر این ابعاد باقی می‌ماند.

بعد از اینکه نظام متجدد می‌بیند که نظام سنتی با آن ادغام نمی‌شود سعی می‌کند دو هسته تشکیل دهد: گروهی نظام حقوق مدرن درس می‌دهند، یعنی کتاب‌های فرانسوی و انگلیسی را ترجمه می‌کنند و درس می‌دهند. امیرکبیر در دارالفنون این حرکت را آغاز می‌کند و با تأسیس مدرسه حقوق و علوم سیاسی کتبی تدوین، تألیف و ترجمه می‌شود. اولین کتاب فلسفی و کتاب حقوقی مهم در قانون اساسی را محمدعلی فروغی می‌نویسد که با گذشت بیش از ۹۰ سال هنوز استفاده می‌شود. در سال ۱۳۱۳ دو نظام در داخل دانشگاه تهران شکل می‌گیرد؛ عده‌ای حقوق متجدد تدریس می‌کنند و عده‌ای فقه. یکی دو نسل که می‌گذرد تربیت‌شدگان این دو نظام تصمیم می‌گیرند با هم ادغام شوند. به این ترتیب حقوق‌دانان که کتاب می‌نویسند خواص فقهی و تطبیقی را ذیل آن شرح می‌دهند. یکی از ایرادهایی که شاید این تقسیم‌بندی داشته باشد این است که متأسفانه بعد از انقلاب اسلامی تغییر معناداری در این نظام آموزشی اتفاق نیفتاد.

گام بعدی این است که نظام سنتی و حوزوی سعی کند نظام متجددی را در درون خودش ایجاد کند، یعنی همان چیزی که در قرون وسطی و رنسانس اروپا اتفاق افتاد و آرام آرام محتوا و شکل عوض شد. ما باید مقاومتی درباره این مسئله داشته باشیم، چون اروپا ۲۰۰ سالی با این دو نظام پیش رفت، یعنی نظام کلیسایی طاقت نیاورد و کلیساها به نفع دانشگاه‌ها تعطیل شد. البته اصلاً بعید نیست که چند سال دیگر با این شیوه تمدنی که داریم حوزه‌های ما در دانشگاه‌ها هضم شود.

به نظر می‌رسد راهبردی که باید در پیش بگیریم تقویت جبهه سنتی در مقابل نظام دانشگاهی است. بهتر است به جای اینکه قانون مدنی بنویسیم، درباره شرایع بحث تطبیقی کنیم که متأسفانه فقها این کار را نمی‌کنند. البته در حوزه فقهی شیعه چنین اقداماتی انجام شده مثلاً آقای موسوی اردبیلی و آقای حائری کتاب‌هایی نوشته‌اند، ولی چندان استقبال نشده است.

**پرسش:** تقاضا می‌کنم درباره تقسیم‌بندی نظام آموزشی حقوق توضیح دهید و بفرمایید آیا نظام حقوقی ما تحت تأثیر نظام حقوقی رومی- ژرمنی بوده و اصلاً نظام حقوقی اسلام چه جایگاهی دارد؟

**دکتر بیگدلی:** در زمان قاجار وقتی از مرحله استدلال وارد عرصه مشروطه شدیم خاورمیانه تحت سلطه بی‌چون و چرای سیاست انگلیس بود، اما مستعمره انگلستان نبودیم. بسیاری معتقدند که اصلاً مشروطیت در ایران تحت تأثیر سیاست‌های انگلیس بود، اما علت مخالفت شیخ شهید فضل‌الله نوری با مشروطه همین بود. چند سال قبل از این بحث عدالت‌خانه در ایران مطرح شد. مقدمه دیگر اینکه در سال ۱۲۹۲ قمری تقریباً ۴۰ سال قبل از اینکه مشروطه به وجود بیاید در کشور عثمانی قانون مدنی براساس فقه حنفی نوشته شد، اما در قالب همان تقسیم‌بندی‌های قوم رومی - ژرمنی در زمان رضاشاه تقریباً تمام نویسندگان قانون مدنی از فقهای طراز اول بودند. بسیاری از این فقها مثل مرحوم سید نصرالله تقوی، هم فقیه بودند و هم در اروپا تحصیل کرده بودند. اگر این افراد شباهتی بین حقوق ژرمنی و حقوق اسلام و حقوق انگلستان نمی‌دیدند هیچ‌گاه چنین قانونی تدوین نمی‌کردند. همه حقوق‌دانان آمریکایی زبان فرانسه می‌دانستند و اصلاً می‌گفتند کسی که زبان فرانسه نداند حقوق‌دان نمی‌شود. از این رو، نظام حقوقی رومی-ژرمنی بر حقوق آنگلوساکسون برتری دارد، البته برخی می‌گویند نگوید آنگلوساکسون بگوید کامانلا، زیرا شباهتی

بین این دو نظام وجود داشته که فقها به این سمت رفتند. دکتر جعفر لنگرودی خدمت بزرگی به فرهنگ ایران و اسلام کردند و در حال حاضر قانون مدنی اسلام تأثیراتی از قانون مدنی مصر گرفته، البته ابهاماتی وجود دارد، اما در هر صورت خوب کار کردند. اگر کتاب‌های حقوقی را که در دنیا منتشر می‌شود بخوانید می‌بینید کتاب‌هایی که در نظام رومی - ژرمنی نوشته شده مناسب بیشتری با مطالبی که در فقه بحث می‌شود، دارد.

وقتی دانشکده حقوق تأسیس شد مرحوم دکتر امامی جزو اولین اساتید حقوق بود. ایشان فقیه بود و دکتری حقوق از سوییس داشت. از روز اول که دانشکده حقوق تأسیس شد هر دو فقه اصول و حقوق به اصطلاح غربی در کنار هم تدریس می‌شد؛ ابتدا حقوق روم تدریس می‌شد، ولی بعد آن را حذف کردند. به همین دلیل نگاه ما به حقوقمان التقاطی شده است. هر چه بیشتر می‌گذرد بیشتر متوجه می‌شویم که بنیان‌گذاران دانشگاه امام صادق (ع) چه خدمتی کردند. افتخار می‌کنم که بنده مدت کوتاهی در این تحول سهمی داشتم.

تدریس حقوق در دانشکده‌های حقوق دانشگاه‌های ایران از همان ابتدا جنبه ترس مذهبی داشت و هنوز هم به نظر من آن را باید تقویت کرد. شما فرمودید که فقه مربوط به دنیایی‌ترین مسائل است، اما من قبول ندارم. مثلاً عبادت‌ها و فقه را همه علماء با هم، مطالعه و تألیف می‌کردند، حتی جرائم و گناهان را جزء معاملات می‌آوردند و اصلاً نمی‌توان آنها را از هم جدا کرد. به هر حال، مسائل تحول پیدا کرد. مثلاً ابزارها و روش‌های آموزشی از یونان، روم و تمدن اسلامی به دوره رنسانس و بعد به دوره ما رسیده، یعنی اتفاق عجیبی نیفتاده است.

درباره تدوین قوانین فرمودید که اولین بار عثمانی‌ها پیش قدم شدند و این مجله را تدوین کردند و ظاهراً از خود ناپلئون شروع شد. حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا تدوین در اروپا ضروری بوده، چون آنها قوانین مدونی نداشتند؟ جز

آنکه بعد از انحلال و فروپاشی تمدن روم دوره‌ای را بدون کد سپری کردند و امور محلی و فرامین پادشاهان برگزار می‌شد تا اینکه در اواخر قرون وسطی و اوایل رنسانس دوباره نهضت تدوین قوانین شکل و اوج گرفت.

در دوره‌ای مردم ایران از وضعیت دادگاه‌ها به ستوه آمدند و بعضی از حقوق‌دانان خواستند در دوره قاجار قوانین را تثبیت کنند.

در هر دوره‌ای می‌تواند به تعداد هر فقهی، نظریه فقهی وجود داشته باشد، اما باعث سرگردانی می‌شود. باید قانون مدونی باشد تا از هرج و مرج جلوگیری کرد. اگر می‌گویند قوانین باید براساس مقررات اسلامی باشد به همین منظور است. قانون باید براساس مبانی اسلامی و فقهی باشد، در غیر این صورت اصلاً نمی‌توان به آن استدلال کرد. در زمان رضاشاه هم قانون مدنی تدوین شد، زیرا غیر از ضرورت جامعه برای داشتن قانون، ضرورت دیگری هم بود و آن الغای کاپیتولاسیون بود که می‌خواستند اجرا کنند. بنابراین رضاشاه دستور داد ظرف یک‌سال قانون مدنی را بنویسند. اصلاً امکان ندارد دولت - ملتی در این جهان باشد و ارتباطات بین‌المللی داشته باشد، اما قانون نداشته باشد.

حال این پرسش پیش می‌آید که چرا در دوره صفویه یا سلجوقی - یکی از تمدن شیعی و یکی از تمدن سنی - که جامعه ایران در مقایسه با دوره خودش وضعیت خوبی داشته و افراد مقتدری مثل خواجه نظام‌الملک، میرداماد، شیخ بهایی و امثال این افراد در آن دوران بوده‌اند، به این فکر نیفتادند که همانند مالک که به دستور حضرت امیر(ع) قاضیان را جمع کرد تا درباره مسائل مورد اختلاف به رأی واحدی برسند، چنین حرکتی را انجام دهند؟ البته حتماً دلایل متعددی داشته که کمتر درباره آن بحث و بررسی شده است. اما نداشتن قانون باعث شد که اولین بار در دوره صفویه که ارتباطات خارجی با ایران زیاد شده بود اروپایی‌ها بگویند شما قانون ندارید و ما نمی‌دانیم بر مبنای چه قانونی باید

با شما مراد کرده کنیم و اولین کشوری که کاپیتولاسیون گرفت کشور هلند بود. البته بنده فرمان شاه‌عباس را برای پذیرش کاپیتولاسیون دیده‌ام. حقوق به معنی مجموعه قواعد الزام‌آور است که در نظام‌های مختلف سنتی و دینی تعاریف گوناگونی دارد.

برخی می‌پرسند چرا ما نظام حقوقی را به فقه تعریف می‌کنیم؟ به این دلیل که مفاهیم تازه‌ای به واژگان ما اضافه شده، بنابراین باید ما آن را تعریف کنیم تا ماهیتمان مشخص شود. در نظام فقهی اصلاً قانون چه معنایی دارد؟ در کشورهای عربی و مسلمان حقوق اصلاً فقه نیست و به حقوق‌دان فقیه می‌گویند. در قانون مدرن حقوق دو تعریف دارد: یکی تعریف حقوقی و دیگری تعریف شکلی؛ به همین دلیل مفهوم نظام مدرن وارد نظام سنتی شده و باعث سرگردانی می‌شود. قانون حقوق به‌طور کلی با تفکر و اندیشه نسبت دارد، به همین دلیل اگر تمدن عوض شود قانون، حقوق و نظام حقوقی هم عوض می‌شود.

در دوران مشروطه تمدن شروع به تغییر کرد و حتماً الزاماتی داشت از جمله خود مشروطه و مجلس. قبل از این دوران ما با روش دیگری زندگی می‌کردیم که نیازی به چنین ضرورت‌هایی نبود و به قول فلسفه‌های علمی جدید این دو عامل خیلی قیاس‌پذیر نیستند؛ یعنی برخلاف اختلاف نظر فقها و همه تشددهایی که بوده مشکل جدی نداشتیم. اما در زمان مشروطه اتفاقی در ایران افتاده که ما فکر می‌کنیم ناکارآمد بوده، یعنی نظام سنتی و فقهی ما در ادامه بحث نظام حقوقی ایران ناکارآمد شده؛ اما این ناکارآمدی از تغییر و تمدن ناشی شده است. یعنی ما بدون آن کشورها نمی‌توانیم به آن نظام سنتی برگردیم، حقوق سنتی، جامعه سنتی می‌خواهد و ما دیگر سنتی نیستیم.

فصل دوم

نقد آموزش حقوق در ایران (۲)





### دکتر عطاءالله بیگدلی

جلسه گذشته دکتر بهرامی و بنده درباره «نقد نظام آموزشی حقوق در دانشگاه‌های ایران» صحبت کردیم. به طور خلاصه در بحث من یک دوگانه‌ای بین نظام‌های حقوقی غربی و اسلامی ترسیم شد؛ همچنین تاریخچه‌ای درباره حقوق، فقه، نسبت حقوق و فقه در ایران و نظام حقوقی ایران بیان شد؛ یعنی هم دکتر بهرامی، هم من کمابیش دوره‌های تاریخی را به ترتیب از گذشته تاکنون شرح دادیم که تا حدود مشروطه هم بحث و بررسی شد و قرار بر این شد که در این جلسه دوران مشروطه تا انقلاب اسلامی مورد بحث و مذاقه قرار گیرد.

### دکتر حمید بهرامی

پیش از شروع بحث به این نکته اشاره کنم که حس من این است که در جامعه ما مثل بعضی جوامع، هنوز ارزش علم حقوق و جایگاه حقوق دانان به خوبی شناخته نشده که خود می‌تواند نتیجه عواملی باشد. اکنون با بررسی شواهدی از تاریخ، ضرورت حضور پررنگ‌تر حقوق دانان را در جامعه بیان می‌کنم.

## ۱. برخی شواهد تاریخی

یکی از زمینه‌هایی که مدتی روی آن تحقیق کرده‌ام، «تاریخ حقوق» است. طی این تحقیقات به این نتیجه رسیدم که در هر دوره‌ای از تاریخ که زمامداران برخی کشورها از حقوق‌دان‌ها بوده‌اند، جامعه پیشرفت کرده و سعادتمند بوده است؛ مثلاً شاید قدیمی‌ترین نمونه‌ای که در این زمینه می‌شود گفت، در عهد «سومری» - که پیش از عهد «بابلی» بوده - یعنی حدود ۲ هزار و ۵۰۰ سال پیش از میلاد، پادشاهی به نام «اورکاژینا» می‌زیسته که حقوق‌دان بوده است.

قانونی که او نوشته (قانون اورکاژینا)، جزو قوانین معروف عهد قدیم است. جالب آنکه گفته می‌شود، مثلاً حقی مثل «آزادی» که جزو معیارهای اصلی قوانین جهانی و حقوق بشر است، در این قانون برای نخستین بار در قسمت حقوق ملت، به عنوان حق اساسی سخن گفته شده است. می‌گویند دوران اوج حکومت سومر در زمان همین پادشاه بوده است.

پس از او از «حمورابی» نام می‌برند که قانون معروفی است؛ البته بعضی‌ها احتمال می‌دهند، با توجه به متن قانون و شباهت‌هایی که با قوانین الهی پیش و پس از خود داشته، احتمال اینکه حمورابی هم جزو یکی از ۱۲۴ هزار پیغمبر تاریخ بشر بوده باشد، زیاد است. خود او نیز جایی در قانونش می‌گوید: «من این قوانین را به فرمان الهی نوشته‌ام و اگر کسی از این قوانین تخلف کند، به عذاب الهی گرفتار می‌شود.»

در دوران فراعنه، یک فرعون نسبتاً خوبی به نام «بخوریس» در تاریخ وجود دارد که او هم قانونی داشته و از جمله قوانین عجیب آنکه جای بررسی زیادی دارد، قانونی به نام «از کجا آورده‌ای؟» بوده، مبنی بر اینکه همه مردم جامعه، باید سالی یک بار صورت دارایی خود را پیش مراجع خاصی اعلام کنند و اگر تغییراتی نسبت به سال پیش داشته‌اند، برای آن توجیه داشته باشند و اگر کسی

این کار را نمی‌کرد، مجازات‌های سختی برای او در نظر می‌گرفتند. «هرودت» می‌نویسد: «دوران اوج تمدن مصر قدیم در زمان بخوریس است. ۲۰ هزار شهر آباد در مصر وجود داشت و رود نیل هیچ زمانی به قدر زمان بخوریس نعمت‌ها و برکت‌هایش را بر مردم مصر ارزانی نداشت.»

قرآن می‌فرماید: «وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَ اتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَ الْأَرْضِ» (الأعراف / ۹۶) آیه ای هم از قول حضرت نوح (ع) است که می‌فرماید: «فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبِّي إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا» (نوح / ۱۰) «يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا» (نوح / ۱۱) «وَيُمِدِّدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَ بَنِينَ وَ يَجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَ يَجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا» (نوح / ۱۲) بنا به مفهوم این آیات، لطف الهی، بیشتر زمانی شامل حال بندگان می‌شود که عدالت اجتماعی در جوامع آنان بیشتر پیاده شود.

جلوتر که برویم، در عهد یونان، «سلون» از زمامداران یونان و حقوق دان که شاید از بزرگ ترین افتخارات حقوق دانان جهان باشد، قانونی نوشت که «دیوان عالی کشور»، «هیئت منصفه» و «پارلمان» از تأسیسات حقوقی اوست که به یادگار مانده است. هنوز تاریخ بشر مدیون این قوانین است.

پس از سلون، «آریستید» (معروف به عادل) را داریم که او هم حقوق دان بوده و قانون بسیار خوبی نوشته است. در زمان او هم عدالت اجتماعی خوبی رواج داشته و عجیب این است که چقدر مرد باتقوایی نیز بوده است. می‌گویند وقتی از دنیا رفت، حتی هزینه کفن و دفن از خودش به جا نگذاشته بود و دولت این هزینه را پرداخت؛ همچنین مقرری برای بازماندگانش تهیه کرد.

زمان قدرت «حقوق روم» - که می‌دانید امروز مادر حقوق اروپا حقوق روم است و به تعبیری مادر بسیاری قوانین حقوقی کشورهای دنیاست - و زمان

«ژوستینین» که می‌گویند دوران اوج و اعتلای حقوق روم بوده، از جنبه‌های مختلف دوران اعتلای روم بوده و خود ژوستینین هم شهرت جهانی دارد.

## ۲. ولی فقیه، حقوق‌دان اسلامی است

با این مقدمه دیگر روشن است که چرا می‌گوییم جای حقوق‌دان‌ها در جامعه خالی است. در واقع وقتی می‌گوییم نظام اسلامی و ولایت فقیه بهترین نظام‌هاست، از توجه به همین نکته برمی‌آید؛ چراکه ولی فقیه هم حقوق‌دان اسلامی است. بین شاخه‌های برآمده از اسلام، اعم از تاریخ اسلام، فلسفه اسلامی و... آن شاخه‌ای که ولی فقیه را در قانون براننده ولایت مسلمانان می‌کند، «فقاہت» است که در واقع حقوق اسلامی است. این نشان می‌دهد، در رده‌های پایین هم باید توجه به قوانین حقوقی وجود داشته باشد تا مملکت سر و سامان بگیرد.

## ۳. تغییرات آموزش حقوق

اکنون بحث ما بر سر این است که مشکلات آموزش حقوق در ایران چیست و چگونه می‌توان به شرایط ایده‌آلی رسید. در این حوزه مشکلات اساسی و بنیادی وجود ندارد. فقط برخی مشکلات جنبی داریم که اگر برطرف شوند، وضعیت از آنچه هست، بهتر خواهد شد.

حرکت و جنبشی که اکنون در مورد تحول و ارتقای علوم انسانی به دنبال فرموده مقام معظم رهبری پیش آمده، در زمینه حقوق به این صورت شکل گرفت که در جلسه‌ای نخست جمع‌بندی‌هایی صورت پذیرفت؛ سپس به عنوان دستور کار آن جلسه، کارگروه مرتبط در زمینه حقوق از ابتدا تشکیل شد و چنین تصمیم گرفتند که در چهار بُعد باید تحقیقات و تغییرات صورت بگیرد.

## توجه به ویژگی‌های استاد به عنوان رکن اصلی آموزش

نخستین بُعد، توجه به ویژگی‌های استادان بود. استاد حقوق در ایران باید چه ویژگی‌ای داشته باشد. این ویژگی‌ها هم‌اکنون در جلساتی که به این منظور تشکیل می‌شود، در حال بحث و بررسی است.

### ۱. تسلط بر فقه اسلامی

من به این نتیجه رسیدم که استاد حقوق در ایران با توجه به اینکه قوانین ما از نظر تاریخی و قانونی براساس قانون اساسی برگرفته از حقوق اسلامی است - که باید باشد - اگر هم در جایی با دو تفسیر از یک ماده قانونی روبه‌رو شد، باید براساس مبانی فقهی تفسیر کند و اولویت را به تفسیر فقهی دهد؛ بنابراین یک استاد حقوق باید از حقوق اسلامی نه فقط اطلاع «کافی» که اطلاع «کامل» داشته باشد؛ چراکه واقعاً تا فقه را عمیق نداند، از تفسیر مواد قانونی عاجز است.

از نقل قول‌ها و ترجمه کتب فقها نمی‌شود به ظرافت‌ها و به عمق مسائل فقهی و استدلال‌های فقهی پی برد. باید استاد عمیقاً بداند؛ یعنی دروس حوزوی را خودش گذرانده باشد؛ به همین دلیل است که گاه می‌بینیم، دو استادی که هر دو در ظاهر از فقه مطلع‌اند، دچار اختلاف نظر می‌شود؛ چرا یکی عمیق‌تر فقه می‌داند و دیگری در این حوزه فقط کمی مطالعه داشته یا از ترجمه‌ها استفاده کرده است.

### ۲. تسلط بر زبان عربی

به جز تسلط بر فقه، تسلط بر زبان عربی نیز اهمیت دارد تا استاد بتواند مستقیماً از منابع اصیل استفاده کند. یکی از استادان بزرگوار، نظری در مورد «عقود معین» داده و بعد گفته بود که «میرزای قمی» هم طرفدار این نظریه است

که می‌گوید: «عقد معین فقط مورد قبول است.» یعنی عقود غیرمعین را قبول نداشته است. من در تألیف میرزای قمی، این مطلب را دیدم؛ اما چند سطر پایین تر، کمابیش در صفحه بعد نیز گفته بود: «عقیده قبلی من این بود و من با تحقیق بیشتر اکنون به این نتیجه رسیدم که عقد غیرمعین هم با عقد معین در این زمینه تفاوت ندارد.» من مطمئنم اگر آن استاد از نقل قول یا از توضیحی که استاد دیگری داده، استفاده نکرده بود و خود مراجعه می‌کرد، به این نکته می‌رسید. این است که منابع دست دوم هیچ‌گاه نمی‌تواند ما را به واقعیت امر به‌طور قطع برساند.

همین ضعف در بعضی زمینه‌ها موجب به‌وجود آمدن نظریه‌های التقاطی می‌شود. در واقع فقط در امور سیاسی نیست که بگوییم اعضای یک گروه التقاطی فکر می‌کنند، بلکه بسیاری استادان هم التقاطی فکر می‌کنند.

### ۳. تسلط به قوانین حقوقی اروپا

می‌دانید که قانون مدنی ما قانون مادر است و با وجود اینکه اصلیت خود را از «امامیه» گرفته؛ اما به حقوق اروپا هم نظر داشت؛ به همین دلیل می‌بینید، ما هنوز در فقه «ماده قانون» نداریم؛ در حالی که حقوق‌دان، دادگاه و خود کسی که با این مسائل سروکار دارد، باید به ماده قانون استناد کند. در مورد «ماده قانون» باید به نکته‌ای اشاره کنم که به تازگی به آن پی برده‌ام و آن اینکه واژه «ماده» پارسی است و تشدید هم ندارد؛ بنابراین جمع آن «مواد» نیست، بلکه «مادگان» است. این نکته در یکی از کتاب‌های حقوق مدنی پیش از اسلام ایران به نام *ماتیکان هزار داستان* دیده می‌شود. «ماتیکان» در زبان پهلوی قدیم به «مادگان» تبدیل شده که همان ریشه «ماده» است.

### دکتر عطاءالله بیگدلی

شاهدی که بر این مدعا می‌توان آورد، توجه به تلفظ «ماده» در میان اقوام «لر» است؛ چراکه از این نظر که گویش لری کمتر دستخوش تحولات زبان در جوامع شهری شده لذا نسبتاً سالم‌تر مانده و استنادپذیر است. جالب است بدانید، آنها «ماده» را «ماده» بیان می‌کنند.

### دکتر حمید بهرامی

این مثال خوبی است؛ چراکه گویش لری از شاخه‌ها و دنباله‌های زبان پهلوی است و کتاب *ماتیکان هزار دستان* هم به زبان پهلوی نوشته شده است. این کتاب به تازگی ترجمه شده و در سال ۱۳۲۸، موضوع پایان‌نامه یکی از فارغ‌التحصیلان دانشکده حقوق دانشگاه تهران با راهنمایی مرحوم دکتر عبدالحسین علی‌آبادی، استاد تاریخ حقوق بوده است.

من در مقاله‌ای به نام «تاریخچه تدوین قانون مدنی» شرح حال همه بزرگان قانون مدنی را نوشته بودم. همه این بزرگان به جز یک نفر از فقهای متبحر بودند. آن یک نفر هم که فقیه نبود، یعنی «منصورالسلطنه عدل» از خانواده علمای و فقیه‌زاده بود؛ هم پدرش، هم عموهایش، همه مجتهد بودند و بسیاری از آنها منصب قضاوت هم داشتند. به جز منصورالسلطنه، همگی، از مرحوم «سیدمحمد فاطمی» که رئیس هیئت بود و دیگران مجتهد بودند و بعضی از آنها حقوق اروپا را هم می‌دانستند؛ مثلاً مرحوم «سید نصرالله تقوی» هم در حوزه تحصیل کرده بود و به اجتهاد رسیده بود، هم مدتی در بیروت تحصیل کرده بود و هم در فرانسه تحصیل حقوق کرده بود.

یک بار مرحوم دکتر امامی، استاد حقوق مدنی که هم مجتهد بود و هم دکتری حقوق از سوئیس داشت و دست‌کم با تألیفاتش آشنا باشید، سر کلاس گفت:

اگر بخواهید فقه و حقوق اسلام را به‌طور خالص مطالعه کنید تا زمان «شیخ انصاری» می‌توانید پیش بروید. از زمان شیخ انصاری به بعد، به‌ویژه از زمان «ناتینی» به علت اینکه فقهای ما در حوزه‌ها با حقوق اروپا هم آشنا شده بودند، به دلیل استفاده از ترجمه‌هایی که شده بود و به‌ویژه پس از نوشتن قانون «مجله الاحکام العدلیه» — که آن را براساس «فقه حنفی» ولی با تأثیرپذیری از فرانسه نوشته بودند — گاهی دیدگاه‌های حقوق فرانسه در نظریاتشان دیده می‌شود.

**پرسش:** غایت داخل در مغیا هست یا نه؟ خود شیخ چطور؟ خود شیخ هم متأثر بوده؟

**دکتر بهرامی:** نه؛ خود شیخ به‌یقین نبوده است. شاید شاگردان او نیز نبوده‌اند؛ ولی از شاگردان شاگردان شیخ، ممکن است شامل گفته دکتر امامی بشوند.

**پرسش:** در مذاهب اهل سنت این تأثیر دیرینه تر است. خود «ابوحنیفه» گویا با حقوق رومی آشنا بوده است.

**دکتر بهرامی:** من که عقیده ام این است. من آثار و تأثیر حقوق روم را در مذهب حنفی، نه در یک جا، در چند جا دیده‌ام؛ آن هم طبیعی است. «باقری کنی» می‌گفت: «اگر ابوحنیفه زنده بود، امروز حقوق دان درجه اول دنیا بود.» به راستی هم، او شخصیت بزرگی بوده است. ابوحنیفه به علت مشکلی که در مسئله روایات و احادیث رسیده از پیغمبر (ص) وجود داشت، در پذیرش آنها بسیار وسواس به خرج می‌داد.

چنانچه می‌دانید، خلیفه دوم از تدوین حدیث جلوگیری می‌کرد. اصلاً اگر کسی روایات پیامبر (ص) را می‌خواست جمع‌آوری کند، او را مجازات می‌کرد که «زبیر تمیمی» یکی از آنها بود. در مورد نهج‌البلاغه «ابن ابی الحدید» که سنی معتزلی نیز بوده، توضیح داده که به شدت او را شکنجه کرده، به او شلاق زده و از جمع‌آوری روایات توبه‌اش داده‌اند.



تا زمان عمر بن عبدالعزیز احادیث رسیده از پیغمبر (ص) مدون نشده بود؛ بنابراین سلیقه‌ها و مسائل سیاسی و غیرسیاسی، همه دخالت کرد و روایات بسیاری از قول پیغمبر (ص) نقل شد که اصلاً مطابق با واقعیت نبوده؛ مثلاً اهل سنت نوشته اند، معاویه به سمرة بن جندب که «قاعده لاضرر» را از وی نقل کردیم، ۲۰۰ هزار درهم داد و گفت: «این روایت را که آیه قرآن: «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ» (البقره/ ۲۰۷) در حق ابن ملجم است و این آیه قرآن که می‌گوید: «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ» (البقره/ ۲۰۴) درباره علی (ع) است، جعل کن.» سپس به این دلیل که وی گفته، این مبلغ کم است، معاویه ۴۰۰ هزار درهم به او می‌دهد و او نیز قبول می‌کند. چنین اتفاقاتی بسیار رخ داده است.

ابوحنیفه به روایات اعتماد نمی‌کرد و می‌گویند از مجموع روایات پیغمبر (ص) فقط ۱۶ یا ۱۷ روایت را قبول داشت. حالا ما نمی‌توانیم بگوییم، چون از اهل سنت است، فقیه محکمی نیست. خود اهل سنت او را «امام اعظم» می‌نامند.

از اینجا برمی‌آید که دانستن فقه اهل سنت هم گریزناپذیر است؛ یعنی ما فقه اهل سنت را هم باید بدانیم تا بتوانیم مرزهای خودمان را با آنها تشخیص دهیم و تا مرز هم تشخیص داده نشود، نمی‌توانیم از التقاط و اشتباه پرهیز کنیم. با توجه به آنچه گفته شد، به دلایل گوناگون، دانستن حقوق اروپا نیز ضروری است؛ البته منظور من از حقوق اروپا، فقط آن نظام رومی-ژرمنی نیست، بلکه «کامن‌لا» را هم در نظر داریم؛ چراکه زادگاه آن هم انگلستان است که آمریکا و کشورهای دیگری را نیز که جزوش هستند، دربر می‌گیرد.

بنا بر مطالب گفته‌شده، نویسندگان قانون مدنی متأثر از حقوق اروپا بوده‌اند. گذشته از آن می‌بینید بسیاری مسائل حقوقی مبتنی بر عقل مستقل

است؛ همان حقوق فطری که اروپایی‌ها از آن سخن می‌گویند؛ یعنی یک انسان طبیعی و معمولی که اگر ذهن خود را از همه گرایش‌های سیاسی و غیرسیاسی خالی کند، در هر جای دنیا که باشد، خیلی از این مسائل را می‌فهمد. یکی از بزرگان در کتابی این مطلب را توضیح می‌داد که انسان هم با پای لنگان به همان مسیری که انبیا (ع) رفتند، می‌رود.

گاهی به دیدگاه‌هایی از حقوق‌دانان اروپایی یا آمریکایی (منظور غیرمسلمان) برمی‌خورید که حتی می‌توانید بعضی نکات ظریف فقهی را بهتر درک کنید؛ مثالی در مورد تجربه شخصی خود می‌آورم. محور همه بحث‌ها و استدلال‌های من در رساله دکتری‌ام با نام *سوء/استفاده از حق قاعده «لاضرر»* بود؛ حتی پایان‌نامه کارشناسی ارشدم را هم در همین زمینه گرفتم؛ بنابراین درباره قاعده لاضرر دست‌کم از سال ۶۶-۱۳۴۵ مطالعه تخصصی داشتم.

در آن حین نکته‌ای توجه‌ام را جلب کرده بود که نتوانسته بودم رازش را کشف کنم. چنانچه می‌دانید، در قاعده لاضرر، فقها همگی می‌گویند، ضررهایی که ناشی از عمد یا غیرعمد باشد، همگی مشمول قاعده لاضرر است؛ سپس می‌گویند که «ضرر» شامل همه ضررها و «ضرار» شامل ضررهای عمدی می‌شود. من می‌دیدم در بعضی منابع فقط ضرار به کار رفته است؛ مثلاً در آیات قرآن: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا» (البقره / ۲۳۱) یا «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ» (النساء / ۱۲).

این نمونه‌ها همه از مشتقات ضرار است. پرسش این بود که در کجا می‌تواند فقط صحبت از ضرار باشد؛ چراکه قرآن بی دلیل چنین نمی‌گوید. تا آنکه چند سال پیش به نظریه‌ای از پروفیسور «استارک» فرانسوی برخورد کردم که مرا به سوی رمز «لاضرر و لاضرار» رهنمون ساخت.

پروفیسور استارک از آن نظر که در مکتب فرانسوی تحصیل کرده، مبنای

مسئولیت را تقصیر می‌دانسته؛ ولی ایشان تغییر نظر داده و مبنای تقصیر را رها کرده؛ با وجود این در یک‌جا به تقصیر توجه می‌کند و می‌گوید:

در جایی که تعارض ضررین پیش می‌آید، در جایی که دو نفر دارند حق خود را بر اساس حقوقی که قانون‌گذار برای آنها در نظر گرفته، اعمال می‌کنند؛ اما به یکدیگر آسیب برسانند (مثلاً من هنگام عمل به حق خود به شما که دارید حق خودتان را اعمال می‌کنید، ضرری می‌زنم) اگر اعمال حق با تقصیر صورت گیرد، مسئولیت متوجه اعمال‌کننده است؛ وگرنه مسئولیتی ندارد.

مثالی که او می‌آورد دربارهٔ حق نقد ادبی یا علمی یا حق رقابت تجاری است؛ اگر در رشتهٔ خاصی تجارت می‌کنید، من هم حق دارم همان رشته را انتخاب کنم؛ اما وقتی کار شما انحصاری باشد، وارد شدن من به این عرصه به شما آسیب می‌رساند. از نظر استارک در اینجا به صرف اینکه به شما آسیب وارد می‌شود، نمی‌توان کار مرا محدود کرد؛ اما اگر من با تقصیر وارد این عرصه شده باشم، مسئولیت دارم.

من دیدم شبیه به این ضابطه را ما می‌توانیم در فقه خودمان پیاده کنیم؛ منتهی آن مسئله‌ای که در فقه ما گفته شده، قصد اضرار است؛ نه تقصیر. در جایی که حقی به کسی داده شده، مثلاً به شما - که در اعمال حق شما کمی ضرر برای دیگری همواره ملحوظ است - اگر بگوییم، چنانچه به من ضرر رسید، شما نمی‌توانی حقت را اعمال کنی، مثل این است که شما اصلاً از ابتدا چنین حقی نداشته‌ای. قانون‌گذار این حق را به شما می‌دهد؛ مثلاً در نقد ادبی، اگر من کتابی بنویسم و شما نقدش کنید، به من آسیب می‌رسانید و اعتبار علمی من خدشه‌دار می‌شود؛ حتی ممکن است فروش کتاب هم کم شود. اینجا اگر شما با قصد اضرار این کار را کرده باشید، مسئول‌اید؛ وگرنه خیر. من همهٔ مصادیقی را که در مورد ضرار و اضرار به کار رفته بود، در نظر

گرفتم و دیدم همه‌اش همین است؛ یعنی در این بحث در همه جا ضرر دیگری در اصل حق ملحوظ بوده است. می‌خواهم بگویم که گاهی می‌بینید در نوشته‌ها و گفته‌های نظام حقوقی دیگری، نکات ارزشمندی نهفته است. مرحوم «دکتر افشار» می‌گفت:

یکی از فواید حقوق تطبیقی این است که انسان حقوق خود را بیشتر می‌شناسد؛  
مثل نورافکنی است که از خارج روی چیزی بیندازد تا آن را بهتر ببیند. اگر از داخل  
بناب چشم را خیره می‌کند و نمی‌گذارد ببینیم؛ اما از خارج از موضوع بهتر می‌توانیم آن  
را ببینیم. اصل فایده‌اش در همین است.

بنابراین حقوق خارجی را هم به این علت و به این علت که اکنون در دنیای امروز ارتباطات به حدی رسیده که اطلاع ما از کشورهای دیگر گریزناپذیر است، باید فرا گرفت.

استادانی که حقوق درس می‌دهند، باید حقوق اسلامی، حقوق خارجی، زبان عربی، فرانسوی و انگلیسی - که دو زبان آخر در دنیا زبان محوری است - بدانند؛ البته زبان حقوقی بیشتر فرانسوی است. من دادگاه «لاسه» که بودم، می‌دیدم حقوق‌دان‌های آمریکایی همگی زبان فرانسه بلدند. اصلاً می‌گفتند حقوق دان نمی‌شود زبان فرانسه بلد نباشد. زبان انگلیسی هم به هر حال زبان ارتباطات است؛ گذشته از اینکه زبان خاص یک نظام معتبر حقوقی در دنیاست.

ما می‌بینیم، همهٔ استادان ما این ویژگی‌ها را ندارند و متأسفانه بعضی‌ها هم در مکتب‌های حقوقی غیراسلامی تحصیل کرده و تأثیر پذیرفته‌اند؛ به همین دلیل اکنون افکار و اندیشه‌های التقاطی دارند؛ البته ما داریم کمال مطلوب را در نظر می‌گیریم. نمی‌گوییم که چنین استادی در حال حاضر نیست، می‌گوییم چطور باشد، بهترین است؛ اما شکر خدا بیشتر استادانی که ما با ایشان سروکار داشته‌ایم، متصف به این اوصاف‌اند.

## ۴. تهذیب نفس و اخلاق‌گرایی

مسئله تهذیب نفس و اخلاق استاد بسیار مهم است؛ یعنی به سادگی از سر این نمی‌توان گذشت. استاد بیشترین تأثیر را در وضعیت علمی و اخلاقی دانشجو دارد؛ از سطح معلمی تا استادی دانشگاه.

یادم می‌آید، آن زمانی که مرحوم آیت‌الله بروجردی از دنیا رفت، بحث اینکه مرجع بعدی چه کسی باید باشد، داغ بود. در شهر ما مجتهدی از شاگردان مرحوم نائینی وجود داشت و مرد بزرگی بود؛ منتهی در شهر کوچکی زندگی می‌کرد و چندان شناخته شده نبود. این مجتهد در سفری که به قم و مشهد داشت، عده‌ای از مریدان ایشان و طلاب و روحانیان از او خواستند در این سفر بررسی کند که کدام یک از علما به درد مرجعیت می‌خورد. او پس از سفر از یکی از بزرگانی که اکنون درگذشته، سخن گفت و او را مرد دانشمند و نیکویی معرفی کرد؛ اما گفت که استاد نداشته است.

در آن زمان وقتی می‌خواستند درباره شخصیت علمی و اخلاقی یک نفر نظر بدهند، بررسی می‌کردند که شاگردان و استادانش چه کسانی بوده‌اند، چه تأثیراتی از استادانش گرفته و چگونه شاگردانی توانسته تربیت کند؛ چراکه مسائل علمی و اخلاقی در تربیت دانشجو بسیار اثر می‌گذارد. در پایان به این نکته نیز اشاره می‌کنم که مسائل اخلاقی استاد هم به قدر دانش علمی‌اش اثر و اهمیت دارد.

### دکتر عطاءالله بیگدلی

نخست به اجمال از مباحث جلسه پیش و نشست امروز جمع‌بندی می‌کنم. ما جلسه پیشین را به مباحث تاریخی اختصاص داده بودیم و تقسیم‌بندی عرضه کردیم که بیشتر از مشروطه شروع می‌شد و دکتر بهرامی این بحث را به اعماق تاریخ برد. ایشان هم جلسه پیش و هم این جلسه توضیحات

مبسوطی در این باب بیان کرد. ما می‌خواستیم این بحث تاریخی را به وضعیت موجودی که پس از انقلاب پیش آمده، ارتباط دهیم.

ایده این بحث از اینجا شروع شد که متوجه شدیم، گویا در گذر زمان شاهد افول در سیستم تعلیم و تعلم حقوقی هستیم. طبیعتاً کسانی که دوره‌های پیش از ما را دیده‌اند، شاید بیشتر افسوس بخورند، به اینکه چرا نظام آموزش حقوق در ایران رو به افول است. حال ممکن است یکی از علل آن هم همین التقاط باشد؛ ولی حتی در این زمینه هم ما چندان کار مهمی انجام نداده‌ایم؛ کاری در این حد که مثلاً در اثر آشنایی با حقوق اروپایی یا «کامن لایی» ۱۰۰ مقاله موجود در دنیا را از منظر حقوقی آنها چاپ کنیم که چنین نشده است؛ از این رو تصمیم گرفتیم، بحث آموزش حقوق در ایران پس از انقلاب را نقد کنیم.

نخست از بحث تاریخی شروع کردیم؛ سپس وارد ملاحظات شدیم که گمان کنم دکتر بهرامی در نظر دارد، در چهار محور شرح دهد؛ استاد، دانشجو، برنامه‌های درسی و تحقیقات دانشجویی اعم از پایان‌نامه‌ها و رساله‌ها و تحقیق‌های کلاسی.

#### دکتر حمید بهرامی

البته من چهارمین مورد را به‌تازگی تغییر داده‌ام؛ چون آن چهارمی هم جزو همان سه تای قبلی است. آن تشکیلات و ساختار آموزش عالی مملکت برای تأیید علوم انسانی نیست.

#### محورهای بحث نقد آموزش حقوق

##### دکتر عطاءالله بیگدلی

در نقد آموزش حقوق می‌توان حول دو محور بحث کرد؛ یکی اصل ماهیت

رشته حقوق و دیگری آموزش حقوق. من فکر می‌کنم، بحث‌های تاریخی که دکتر بهرامی اشاره کردند، بیشتر ناظر بر محور اول، یعنی اصل، محتوا و ماهیت رشته حقوق است. از این منظر می‌خواهم به نکته‌ای توجه کنید.

### ساختار حقوقی کشور، حکومت‌محور نیست

تلقی من این است که شاید یکی از اشکالاتی که به رشته حقوق در کشور ما وارد است، ناشی از این نکته است که در واقع در دوران معاصر یعنی از دوره قاجار به این سو، دولت‌هایمان در ساختار استبدادی شکل گرفتند؛ بدون توجه به روابط حقوقی که باید در جامعه حاکم می‌شده است؛ به همین دلیل می‌توان گفت، تشکیل حکومت‌هایمان بر مبنای تئوری دولت‌ملت نبوده است؛ بنابراین ساختار حقوق‌محور هم متکی بر این تئوری‌های دولت نیست.

جالب آنکه «مدرسه عالی حقوق» در کشور ما پیش از تشکیل «عدلیه نوین» و «پارلمان» راه‌اندازی شده است؛ البته مستندات تاریخی در مورد اینکه در این مدرسه چه درس می‌داده‌اند، خیلی کم است؛ ولی برای من این نکته جالب بود که بدنه و شاکله اصلی دروس این مدرسه، فقه، اصول و منطق بوده است. در مورد مباحث حقوق مدنی، همه استادان خارجی‌اند؛ یعنی شما هیچ مدرس ایرانی در این مدرسه پیدا نمی‌کنید.

برداشت من این است که شاید نوع نگاهی که به رشته حقوق داریم، متأثر از همین روابط است؛ یعنی حقوق ما متأثر از حکومت، دولت و نهادهایی که باید ایجاد یا تنظیم‌کننده روابط قوا یا روابط مردم و حکومت باشند، نیست؛ بدین معنی که نخست حکومت شکل گرفته، سپس ما رشته حقوق را بنیان نهاده و مدرسه عالی حقوق را هم تأسیس کرده‌ایم و شاید بر همین اساس به‌طور طبیعی، هیچ ارتباطی هم بین آن مبنای نظری که باید در حکومت وجود

داشته باشند، با آموزش رشته حقوق وجود نداشته باشد.

من تصور می‌کنم، امروز فقه نیز دچار چنین مشکلی است؛ یعنی یکی از دلایلی که در مباحث فقهی امروزمان دست‌کم آن نگاه سنتی موجود، پاسخگوی نیازهای مردم نیست، این است که فقه مان دولت‌مدار نیست؛ یعنی حکومت‌محور نیست و دنبالش همان مسائل سنتی که در روابط بین مردم حاکم است، طراحی شده است.

برداشت من این است که اگر به حقوق از این منظر بنگریم که بناست به تعریف چارچوب نظامی که روابط را طراحی می‌کند، پردازد، نخستین مشکل ما این خواهد بود که در این زمینه اصلاً تئوری‌پردازی نشده است؛ شاید این همان دلیلی است که موجب می‌شود، مقام معظم رهبری از این تعبیر که «علوم انسانی ذاتاً مسموم‌اند» استفاده کنند. فرض ایشان بر این است که تئوری‌های وارداتی علوم انسانی، نتیجه‌های پیش‌بینی‌نشده‌ای در جامعه به جای گذاشته که ناشی از تئوریزه‌نشدن حقوق و نبود تئوری در این حیطه در کشور است.

### منظور از مسئله‌محور بودن ساختار فقه چیست؟

اگر حقوق را در مفهوم امروزی آن تلقی کنیم؛ یعنی فرضمان این باشد که حقوق علمی برای ایجاد نظم اجتماعی است، در واقع می‌خواهد پاسدار نظم و روابط اجتماعی مردم باشد و از این منظر چندان به روابط عادی و شخصی مردم نپردازیم، شاید به تعبیر «مسئله‌محوری» که در فقه داریم، نزدیک شده‌ایم. مسئله‌محوری که در فقه وجود دارد، عمدتاً بسیار شخصی است.

در فقه چندان تئوری‌پردازی صورت نگرفته و تئوری‌های عام، همچون عروضی که درباره چارچوب تعهدات در حقوق وجود دارد، نداریم؛ بنابراین فقط برای حل مسائل و پرسش‌های موجود، پاسخ‌هایی یافته‌ایم؛ یعنی کسی



به‌طور مستقل به دنبال تبیین چارچوبی نظری و تئوریک برای آن نبوده است. در حقوق هم من فکر می‌کنم یکی از مشکلات اصلی در کشور ما این است که مبانی نظری مان در این رشته دقیقاً براساس همین مبانی‌ای که دکتر بهرامی به آنها اشاره کرد، بومی نشده است؛ یعنی اکنون التقاطی از فقه، اصول و... به وجود آمده است. مبانی موجود دست کم از منظر حقوق اسلامی یا حقوق دینی، ملغمه‌ای متأثر از آموزش استادان غربی در کشور ماست که با همین مدرسه حقوق آغاز شده است. استادانی که تدریس کرده‌اند، عمدتاً در نسل اول، فارغ‌التحصیلان فرانسه بوده‌اند؛ سپس دیگران جایگزین شدند. در تاریخ کسی که مؤسس این مدرسه عالی بوده، فارغ‌التحصیل دانشگاه مسکو است.

من فکر می‌کنم شاید بد نباشد، قدری از این منظر به بحث آموزش حقوق نگاه کنیم که در واقع با فقر اساسی در این زمینه روبه رویم. بحث این است که نیامده ایم تئوری خلق یا تولید کنیم؛ به همین دلیل امروز شاهد چنین اشکالاتی هستیم.

### استفاده از منابع دست دوم و سوم

این نکته نیز حائز اهمیت است که استادان نسل اولی که در دانشکده‌های ما تدریس کرده‌اند، به نسبت نسل‌های بعدی، انسان‌های بزرگی بوده‌اند که خودشان رفته‌اند یا در خارج درس خوانده‌اند (مستقیماً مطالعات حقوق غربی داشته‌اند) یا آن نسل اول‌هایی‌اند که فارغ‌التحصیل همین مدرسه عالی حقوق در کشور ما هستند؛ یعنی به هر حال عقبه‌ای داشته‌اند. در مقایسه با این نسل، نسل‌های بعدی ما به تعبیری استفاده‌کننده منابع دست دوم و سوم‌اند.

شاید یکی از دلایل اینکه ما می‌بینیم استادان بزرگی حتی در این حوزه در کشور خودمان نداریم، این است که نسل اول دسترسی به منابع دست اول

داشته و حال ما با استادانی روبه‌روایم که نه فقط تئوری پرداز نیستند و نظریه تولید نمی‌کنند، بلکه تازه خودشان از منابع دست دوم و سوم استفاده می‌کنند. در این حالت به‌طور طبیعی باید در تدریس رشته حقوق شاهد نزول باشیم.

این نکته را در نسل پیش از انقلاب هم می‌توان دید؛ یعنی فاصله این نسل‌ها در حال رخ دادن است؛ منتهی نمود و بروز آن، پس از انقلاب خیلی جدی شده که به دلیل فوت برخی استادان، دیگر دسترسی به استادان نسل اولی وجود ندارد و فقر جدی را در آموزش حقوق می‌توان دید. من می‌خواهم به این نکته تأکید کنم که بد نیست نگاهی داشته باشیم که آیا واقعاً تعبیری که ما از علوم انسانی در کشورمان داریم با علوم انسانی در غرب یکی است یا خیر؟

### علوم انسانی، ابزار تئوری‌پردازی حکومت

این نکته که ما نمی‌دانیم، چه انتظاری باید از علوم انسانی داشته باشیم، یکی دیگر از اشکالات ماست. دکتر پورسید در بحث تاریخی اشاره کرد، بسیاری دولتمردان قدیمی حقوق دان بوده‌اند. بسیاری از متفکران غربی که تئوری‌های حکومتی خلق می‌کنند، فارغ‌التحصیل‌های علوم انسانی‌اند. بسیاری از آنها حتی فلسفه خوانده‌اند؛ یعنی حتی نگاهی که اکنون در غرب به فلسفه وجود دارد، با فلسفه‌ای که در دانشگاه‌های ما تدریس می‌شود، فرق دارد. فلسفه‌ای که ما اینجا می‌خوانیم، صرفاً یک بازی ذهنی است؛ در حالی که آنجا فلسفه مبانی‌ای است که می‌خواهد تئوری خلق کند و نتیجه‌اش اتفاقاً حل مشکلات عینی جامعه است؛ یعنی کتاب‌های جدید فلسفه هم در غرب، کاملاً با موضوعات علمی روز رابطه تنگاتنگی دارد.

در کتابی از «دکتر گلشنی» در مورد نظریه‌های ریاضی‌دانان و فیزیک‌دانان

غربی در موضوع خداشناسی من متوجه شدم، آنهایی که فیزیکدان و ریاضی‌دان‌اند، چقدر به مبانی فلسفه آشنایی دارند.

من فکر می‌کنم، انتظار مقام معظم رهبری از علوم انسانی این است که این علوم امروز به ابزاری برای تولید تئوری‌های حکومت تبدیل شوند؛ یعنی فقط این نیست که تاریخ، جغرافی و فلسفه بخوانیم؛ به این معنی که قرار است در اتاق‌هایمان را ببندیم، اینجا بنشینیم و با همدیگر گپ بزنیم، بلکه قرار است این فرضیه‌ها در جامعه به‌طور عینی عملیاتی و اجرایی بشود.

این نکته را در پایان‌نامه‌های تحصیلی یا دروس مورد تدریس رشته حقوق هم به روشنی می‌توان دید؛ یعنی اساساً دنبال این نیستیم که وقتی آموزش حقوق می‌دهیم، به آن از منظر حکومت بنگریم؛ به این معنی که می‌خواهیم مسائل حکومت‌مان را با دانش حقوق حل کنیم. اصلاً چنین رسالتی قائل نیستیم. داشته‌های امروز ما اصلاً هیچ فایده‌ای در جامعه ندارد و به درد هیچ کسی هم نمی‌خورد.

وقتی به قراردادهای جدید می‌رسیم؛ مثلاً می‌خواهیم از بحث تعدیل قرارداد صحبت کنیم، قواعد سنتی مان که جواب نمی‌دهد، بلد هم نیستیم تئوری تولید کنیم، این است که وقتی با مفاهیم جدیدی مانند انتقال جنین، رحم اجاره‌ای، اجاره زمانی و بحث‌هایی که به هر حال امروز وجود دارند، روبه‌رو می‌شویم، با رجوع به دانش حقوقی خود می‌بینیم که اساساً تئوری‌ای نداریم که بتواند پاسخ این مسائل را بدهد.

ما جایگاه و شأنی را که برای علوم انسانی در کشورمان قائل ایم، این قدر راهبردی و کاربردی نمی‌بینیم؛ در حالی که به نظر می‌رسد، وقتی که ما می‌گوییم مثلاً تئوری‌های دولت و ملت بر مبانی تئوری‌های حکومت خلق می‌شود و حقوق، خودش یکی از رشته‌هایی است که خالق این تئوری‌هاست،

یعنی جایی که چارچوب حکومتی خود را ترسیم می‌کنیم، فرض مان این است که رشته حقوق این تئوری‌ها را برایمان تولید کرده است.

اکنون مبانی نظری نه فقط وجود ندارد، بلکه اصلاً باور نداریم که باید وجود داشته باشد؛ بنابراین باید یا بگوییم اساساً رشته حقوق در کشور ما تولید نشده یا آن چیزی را که ما فرض و خلق کرده‌ایم، آن چیزی نیست که برای طراحی چارچوب نظری جامع حکومت به عنوان تنظیم‌کننده روابط مردم و روابط اجتماعی به کار آید. این بحث را به دلیل بازشدن بحث پیشینه و تاریخ حقوق طرح کردم؛ چراکه بحث‌های تاریخی‌ای که دکتر بهرامی اشاره کرد، بیشتر ناظر بر اصل، محتوا و ماهیت رشته حقوق بود و باید از این منظر بررسی می‌شد.

اکنون می‌توانیم بحث چهار محوری که دکتر پورسید طرح کرد، ادامه دهیم؛ منتهی به عنوان نتیجه و جمع‌بندی بحث خودم به چند نکته اشاره می‌کنم؛ اول اینکه اعتقاد من این است که اشکال اصلی در مبانی نظری رشته حقوق در ایران است. حال یکی از این مبانی نظری شاید همین اتکاء صرف و محض به فقه است. من کاملاً می‌پذیرم که حقوق ما مبتنی بر فقه است؛ اما به دلیل اینکه با همان مکانیسم مسئله محوری فقه وارد حقوق شدیم، نتوانست آن زمینه‌سازی لازمی که انتظار داریم فقه در حقوق ما ایجاد کند، به وجود آورد.

دوم اینکه ما لازم داریم که تئوری تولید کنیم. در مقاله‌ای از آیت‌الله حائری شیرازی به نام «علوم انسانی، آماده خوری» نکته جالبی وجود داشت و آن این بود که به تعبیر ایشان علت نزول علوم انسانی در کشورهایی مثل کشور ما این است که به آماده‌خوری عادت کرده‌ایم؛ یعنی ما مرتب به تئوری‌های آماده‌ای که در غرب وجود دارند، رجوع کرده‌ایم و خودمان هم هیچ کاری نمی‌کنیم.

احساس من این است که برای رفع این خلأ اول باید در چارچوب اولیه

مبانی نظری داشته باشیم. این نکته ای است که با مطالعه یادداشت های مقام معظم رهبری به آن رسیده ام. این «نهضت تولید علمی» که تعبیر ایشان بود، برای من بسیار جالب بود. ایشان در دیدار سال گذشته با استادان دانشگاه ها در ماه مبارک رمضان، گفتند که ما در علوم انسانی نیازمند «جهادیم» که این تعبیر تقارن منطقی ای با سال جهاد اقتصادی پیدا کرد.

جالب این است ایشان می گویند، جهاد در علوم انسانی یعنی دشمن مقابل شماس است. این یعنی اینکه پس ما باید بنشینیم تولیدی داشته باشیم و تئوری سازی کنیم. دست کم در این بخش من فکر می کنم استاد های خوبی داریم؛ ولی نمی دانم یا زیرساخت ها از ریشه اشتباه است یا آن ابزارهای لازم مهیا نیست.

مرحوم دکتر شهیدی که در قید حیات بود، ما افسوس می خوردیم شأن ایشان این نیست که به ما «مدنی ۳» یا «مدنی ۶» درس بدهد. ما می گفتیم، حکومت باید دکتر شهیدی را تأمین کند و کلاس هم برایش نگذارد تا ایشان بنشینند و کتاب بنویسد؛ فقط برای اینکه دانش حقوق تولید کند و در نهایت از ایشان در دو یا سه پایان نامه راهبردی، پایان نامه هایی که بناست در مبانی نظری در کشور آثاری داشته باشد، کمک گرفته شود؛ یعنی این هم واقعاً ظلمی در حق برخی استادانی است که قدرت فکر داشتند، می توانستند اندیشه کنند و ما با مسائل عادی مان سرگرمشان کردیم؛ به این ترتیب از میان استادان، آنهایی هم که توان تولید تئوری دارند، درگیر روزمرگی اند؛ البته در بحث سرفصل ها و دروس اعتقاد این نیست که دروس ترم های پایین تر بی اهمیت است، بلکه آنها را خیلی مهم می دانم و معتقدم استادان خوبی باید آنها را تدریس کنند. دکتر شهیدی برخلاف بسیاری از استادان امروز که می کوشند با همین بحث های روز، درس را تمام کنند یا چندان در مبانی نظری کار نمی کنند، اعتقاد داشت که باید به همین مبانی برای رفع مشکلات روز جامعه متمسک شد؛ ولی آیا به

ایشان برای تولید تئوری فرصت داده شد؟

### قواعد فقهی، فقط مسئله‌محور نیست

#### دکتر حمید بهرامی

در مورد اینکه گفتید فقه ما مسئله‌محور است و دنبال تئوری نرفته باید گفت، البته رساله‌ عملیه آقایان همین‌طور است ولی قواعد فقهی فکر نمی‌کنم مسئله‌محور باشند و اصلاً قواعد فقه برای خود جایگاهی دارد. درست است قواعد فقه کمی دیرتر تدوین شده؛ ولی ما دست‌کم شاید در یکصد سال اخیر کتاب‌های زیاد و خیلی مفیدی در قواعد فقه داشته‌ایم که اینها همه قاعده و نظریه‌پردازی است؛ منتها خود من در مورد نحوه تدریس قواعد فقه در دانشکده حقوق خیلی حرف دارم؛ یعنی این روش تدریس اصلاً درست نیست؛ ولی اینکه قواعد فقهی تئوری‌پردازی نداشته باشد، درست نیست.

### استادان دروس پایه حقوق، باید از بهترین‌ها باشند

در مورد دکتر شهیدی نیز اینکه آیا ایشان اجتهاد داشته یا نه، من نمی‌دانم؛ ولی ایشان در دوره لیسانس با من هم‌کلاس بود. در آن موقع اصلاً لباس روحانی هم داشت؛ سپس وقتی پروانه وکالت را گرفت، اواخر دوره‌ای که وکالت می‌کرد، از لباس خارج شد. خدا ایشان را رحمت کند. کتاب‌های بسیار خوبی دارد. ای کاش بیش از این می‌توانستیم از ایشان بهره ببریم.

شما گفتید، به بهترین استادان باید درس‌های پایه را برای تدریس بدهند که من هم با این مسئله موافقم. اکنون در دانشگاه‌های خارج و در دانشکده‌های حقوق، کارکننده‌ترین استادان مسئولیت تدریس مقدمه علم حقوق را به عهده دارند. رویکرد آنها این است که باید پایه قوی شود.

در پایه کارشناسی، درس‌هایی مانند «حقوق و قراردادهای» محور و اساس

است. مرحوم دکتر شهیدی اگر این مبحث را درس می‌داد، حقوق دانان برجسته‌ای را به جامعه تحویل می‌داد.

### دکتر عطاءالله بیگدلی

به عنوان توضیح در مورد آنچه دربارهٔ فقه گفتیم، مثالی می‌زنم. فرض کنید در بحث «تئوری تعهدات» برای «عقد» یا برای «ایقاع» تئوری وضع می‌کنیم؛ مثلاً فرض مرحوم دکتر شهیدی در بحث ایقاعات این بود که ما در حوزهٔ عقود یک تئوری داریم که قواعد آن را دیگر در ایقاع جاری نمی‌کنیم؛ اما در فقه چنین تئوری‌پردازی نداریم؛ یعنی شما وقتی وارد عقد بیع می‌شوید (وارد اجاره یا صلح می‌شوید)، تئوری به عنوان تئوری عقود و تئوری تعهدات ندارید.

منظور من از مسئله محوری در فقه به یقین رساله‌های علمیه نیست. فرضم این بود شما مثلاً باید عقود «تملیکی» را بخوانید، مثلاً بیع و اجاره و صلح و... را بخوانید؛ سپس بتوانید مثلاً از دل این عقود چهار تا قاعده استخراج کنید. کسی نیامده از قواعد عمومی بحث کند که بعد این عقود تملیکی در ذیلش معنی پیدا می‌کند و بحث می‌شود. آنچه از مسئله محوری گفتیم، همین نکته بود؛ یعنی فرضم این بود که ما در حقوق وقتی از تئوری صحبت می‌کنیم، از تئوری‌های کلی سخن می‌گوییم که در محدودهٔ مسائلی که برایمان پیش می‌آید، در مسائل روزمان، عقودمان، معاملات یومیه‌مان، آن قواعد کلی، ریشه‌هایش مثل رگه‌های خونی می‌دود. چنین نکته‌ای را در فقه چندان نمی‌توانیم ببینیم.

### دکتر حمید بهرامی

گویا من چندان توفیق ندارم، گفته‌های شما را درک کنم؛ به دلیل اینکه

کلیات عقود و قراردادها همان «حقوق مدنی ۳» است که شما می‌خوانید. اصلاً کتاب مکاسب شیخ انصاری کلیات عقود و قراردادهاست؛ مسئله نیست؛ به‌ویژه از زمان شیخ به این طرف، بیشتر دنبال همین مقوله‌اند که شما می‌گویید. شروع مکاسب هرچه باشد، همین‌هاست و نظریات و کلیات خیلی در آن زیاد است.

این تحول هم از شیخ به این طرف است؛ به هر حال ما این قواعد را در آن مفهوم کلی قواعد فقهی بیشتر در همین کتاب‌های یکصد سال اخیر به این طرف می‌بینیم. به هر حال به آنجا رسیده‌اند و امروز هم ما در دستمان داریم. البته من نکته‌ای را بگویم. بین نظریه، قاعده و مسئله به نظر من تفاوت روشنی وجود دارد؛ یعنی نخست «مسئله» طرح می‌شود؛ سپس «قواعد» و در پایان از قواعد به «نظریه» یا «تئوری» می‌رسیم.

به نظر من به جز در حوزه قراردادها در بقیه حوزه‌ها نظریه نداریم؛ چون در حوزه قراردادها واقعاً از زمان شیخ به بعد به نظر می‌رسد که فقها به سمت تولید نظریه رفته‌اند. من همیشه در بحث‌هایی که با دوستان داریم، از نبود تئوری در حوزه مسئولیت مدنی گله‌مندم و آرزو می‌کنم، ای کاش کسی کتابی همانند مکاسب در این حوزه در فقه می‌نوشت.

به تازگی کتابی را با نام *مبانی مسئولیت مدنی در فقه امامیه* از «حکمت‌نیا» که فکر می‌کنم سه تا چهار سال است، به چاپ رسیده، دیده‌ام که ایشان در آنجا کوشیده، به مرزهای تولید نظریه مسئولیت مدنی در فقه نزدیک شود یا همین نکته‌ای که دکتر بسیار بر آن در بحث‌های مسئولیت مدنی خود تأکید داشت که می‌شود با نام «نظریه یا قابلیت استناد در مسئولیت مدنی» از آن یاد کرد؛ به هر حال این چیزی نیست که فقیهان به روشنی به آن پرداخته باشند؛ یعنی این حاصل رنج بسیار یک حقوق‌دان بوده که در حوزه مسئولیت مدنی به اینجا رسیده و به اصطلاح بسطی داده نشده است. این را باید مثل مکاسب



شیخ گسترش دهند تا به کتابی مثل *هدی الطالب الی شرح المکاسب* از «محمدجعفر جزایری» برسد که کاملاً *نظریةالعقد* است؛ یعنی به نظر من الآن متن *مکاسب هدی الطالب* را کنار بگذارند، ضمیرها را هم که در پاورقی برگردانده، کنار بگذارند، بقیه‌اش را سر هم کنند، آنچه به دست می‌آید، هیچ کمتر از کتاب *نظریةالعقد* در حقوق خارجی یا بین عرب‌ها نداریم.

وانگهی کتاب‌هایی هم به اسم *نظریةالعقد* نوشته شده؛ البته از منظر فقهی می‌تواند محل تأمل باشد؛ ولی من به نظرم می‌رسد که از باب نظریه ما اشکالات زیادی داریم؛ در حوزه مسئولیت مدنی و ... .

من یک مبانی مسئولیت مدنی نوشته‌ام، به امید خدا تا چند ماه دیگر چاپ می‌شود که امیدوارم مفید واقع شود.

این حالا حوزه خصوصی‌اش است. اگر ما در حوزه حقوق عمومی و جزا وارد شویم که با فقر وحشتناکی روبه‌رو می‌شویم؛ مثلاً در بحث‌هایی که چندی پیش در مجلس دربارهٔ برخورد با اشرار و... وجود داشت، بعضی نماینده‌ها می‌گفتند که باید بی‌رحمانه برخورد شود؛ سپس دادستان کل کشور می‌گفت:

*ما یک ماه زمان می‌خواهیم برای اینکه کسی را مجازات کنیم. کمتر از این مدت ممکن نیست و این نقص دستگاه است. شما باید کاری کنید تا بتوانیم کمتر از یک ماه با اشرار برخورد کنیم. لابد همان روز باید تشکیل جلسهٔ محکمهٔ بدوی بشود، همان روز اجباراً و الزاماً به متهم بگویند تجدید نظر بخواهد، فردایش هم تجدیدنظر و پس فردا هم پرونده را با هواپیما به تهران بفرستند. اینجا باید تعیین تکلیف بشود.*

اینجا بود که یاد موضوع رسالهٔ «دکتر محبی» در باب قطعیت و شدت مجازات‌ها یا عدم قطعیت و عدم شدت افتاده بودم. در اینجا در مورد اینکه مجازات‌ها باید قطعی باشند و شدید یا خیر، اختلاف وجود دارد. این یک بحث کاملاً تئوریک و نظری است. در این مورد من نمی‌توانستم تصمیم بگیرم

و این به دلیل فقر نظریه است.

نکته ای که وجود دارد، این است که اصلاً ما چه ابزاری داریم که اکنون به سمت نظریه پردازی برویم؟ فقه زمینه‌ای است که ما در حقوق خصوصی به آن متکی هستیم. به نظر من می‌شود امیدوار بود که از فقه نظریاتی در زمان‌های نه چندان دور تولید شود؛ کما اینکه در حوزه مسئولیت مدنی در حال نشان دادن خود است.

اولاً برای سرعت بخشیدن به این روند چه باید کرد؟ یعنی این فرایند باید روشمند شود. ثانیاً در بقیه حوزه‌ها باید از چه چیزی یاری بگیریم؟ اینها پرسش‌هایی است که باید درصدد پاسخگویی به آنها باشیم.

### مهم‌ترین معضل و آسیب نظام آموزش حقوق کشور

دکتر عطاءالله بیگدلی

نخست نقطه کانونی نظریه خود را بیان می‌کنم؛ سپس آن را شرح می‌دهم. از آن نظر که اشاره به این نقطه کانونی نیازمند یادآوری جلسه پیش است، ابتدا خلاصه‌ای از آن جلسه بیان می‌کنم؛ سپس به بیان نقطه کانونی که به نظرم مهم‌ترین معضل و آسیب نظام آموزش حقوق ماست، می‌پردازم.

همان‌گونه که در جلسه پیش گفته شد، ما در دنیای سنتی و فقهی خودمان نظام فقهی‌ای داشتیم که مبتنی بر یک هستی‌شناسی، انسان‌شناسی، معرفت‌شناسی، فضای تفکری، فرهنگی و متناسب با تمدن آن روز اسلامی ما بوده است؛ حال با همه اقتضائات کمابیش غیراسلامی که شاید در آن بوده؛ ولی می‌شود دست‌کم فقه شیعه را مستند کرد؛ یعنی فقه در فضایی ایجاد شده که شما فارغ از آن فضای تمدنی و فرهنگی نمی‌توانید تولید آن را موجه کنید. به نظرم یکی از ریشه‌های همین بحث اخیری که درگرفت، این است که ما

به ریشه‌های تولید فقه و ادبیات حاکم بر آن توجه نمی‌کنیم؛ چنانچه مرتب می‌گوییم نظریه نداریم؛ ولی دست‌کم ما هزار و چندصد سال با همین فقه به یکی از بهترین شیوه‌ها، عالم عین و حیات را اداره می‌کرده‌ایم؛ کمالینکه اکنون در نظام‌های کامن‌لا هم این‌طور نیست که ما نظریهٔ این‌چنینی داشته باشیم؛ آن هم با یک سبک و روش و سیاق خاصی است که هرچه باشد، با آن تمدن و با آن فرهنگ نسبتی دارد؛ به همین دلیل فکر می‌کنم، باید به این نکته توجه کنیم. البته کامن‌لایی‌ها به شدت از فقر نظریه می‌نالند.

آن به دلیل تغییرات تمدنی‌ای است که ایجاد شده؛ وگرنه ببینید در قرون وسطی که نظام کنونیک<sup>۱</sup> دارید، یک نظام کلیسایی دارد و یک نظامی آنجا هم می‌بینید که چندان این‌طور نیست؛ پس به نظر می‌آید که این مسئله را باید در بستری دید؛ یعنی همین‌طور نباید انتزاعی به آن پرداخت. به نظر می‌آید که ما اکنون فقه‌مان را با الگوهای رومی - ژرمنی نقد می‌کنیم که این درست نیست. ما باید با الگوهای فقهی سراغ فقه برویم.

از این سوی در دنیای غرب هم به‌ویژه پس از قرن ۱۸ گفته شد که حقوقی با نوعی هستی‌شناسی، انسان‌شناسی، معرفت‌شناسی و نگاه‌های خاصی شکل گرفته که به هر حال پدیده‌ای به نام حقوق است؛ سپس بیان شد که کمی پیش از مشروطه، یعنی از دورهٔ ناصری به صورت خاص، «اصلاحات ناصری» و «اولین قانون اساسی» تدوین شد که این دو نظام با یکدیگر تعارض پیدا کردند؛ چنانچه در مصر و... هم این تعارضات پیش آمده بود؛ متهمی ایران و مصر در خاورمیانه دو کشور بارزتری هستند. دلیل مقاومت ما هم برعکس بسیاری کشورهای دیگر مثل ژاپن که اصولاً مقاومت نکرد، وجود همین فقه سستی ما در مقابل حقوق غرب بود.

۱. Canonique: نظام مبتنی بر قواعد شرعی و دینی

حالا عربستان هم به تازگی به جرگه کشورهای همچون ما پیوسته؛ وگرنه این دو کشور قدیمی ترند. این دو نظام دیگر در ایران با یکدیگر برخورد پیدا کرده اند و به همین دلیل ما اکنون در ایران نظام دو هسته‌ای داریم. شما هیچ موضوعی را در عرصه سیاست، اقتصاد، تاریخ و از جمله حقوق و آموزش آن در ایران نمی بینید؛ به جز اینکه از این دوگانگی دارد رنج می برد؛ یعنی ما داریم رنجی را بین این دوگانه می بینیم.

نکته‌ای که برای تکمیل بحث باید به آن اشاره کنم، این است که آموزش حقوق هم نظامی متناسب با محتوایش در نظام سستی داشته است؛ یعنی آموزش حقوق صرفاً آموزش محتوایی آن نبوده، بلکه دارای فرهنگ و تمدنی بوده است؛ به این معنی که دارای فرهنگ آموزشی مثل اخلاق، نسبت استاد و شاگرد و... بوده است. در نظام فقهی نیز که هم استاد اخلاق، هم استاد فقه و هم استاد کلام بوده اند، وضعیت خیلی پیچیده تر بوده و تمدن خاصی هم داشته است؛ یعنی مدرسه‌ای داشته، آداب خاصی داشته و ادبی بر این حاکم بوده است. در غرب هم همین‌طور است و آموزش حقوق برای خود ادبیات، اخلاق، ساختار، دانشگاه، فاکولتیه و... دارد. در ایران دوباره این دو مخلوط اند؛ یعنی معلوم نیست، چه آموزش می دهیم و ادب و تمدنش چگونه است. به نظر من مهم‌ترین نقطه کانونی و کمبود آموزش حقوق ایران، این است که ما این دوگانه را به حقوق دانانمان آموزش نمی دهیم یا اگر آموزش می دهیم، مورد تأمل ما قرار نمی گیرد. قوانین حقوقی نوشته شده‌اند؛ یعنی شما هر کتاب حقوقی ای را که در هر رشته حقوقی باز کنید؛ مثلاً در جزا، آنهایی که ایرانی اند، جزای ایرانی نوشته‌اند.

حقوق مدنی ما فقه نیست، حقوق اروپایی هم نیست. این واقعیتی است باید بپذیریم؛ یعنی حقوقی به نام «حقوق مدنی ایران» است که هم ابتناء و هم نگاه به آن دارد. بعضی جاها هم مثل قانون تجارت که نگاه به هیچ چیزی

ندارد؛ یعنی نویسنده فقط ترجمه کرده و اصلاً کاری به هیچ چیز دیگر نداشته است؛ مثل حقوق جزای عمومی در زمان شاه که اصلاً نویسنده کاری نداشته، فقه چه می‌گوید و فقط ترجمه است. به نظر می‌آید، ما در حقوقمان هیچ‌جا این دوگانه را آموزش نمی‌دهیم. استاد و دانشجوی ما سالیان سال حقوق می‌خوانند؛ ولی این دوگانه را موضوع تأمل قرار نمی‌دهند و در پایان نمی‌فهمند، حقوق ایران در کشاکش قرار دارد. این کشاکش را با اینکه هر روز با این مسئله در تضادند، در نمی‌یابند.

## جمع‌بندی

### دکتر عطاءالله بیگدلی

در بحث استاد یک پیشنهاد در زمینه آموزش دارم و آن اینکه چقدر خوب بود که ما این دوگانه را به روشنی در حقوق ایران نشان دهیم و این مبتنی بر این است که به صورت مستقیم با استادان در ارتباط باشیم؛ یعنی اگر بر فرض تهران را مبدأ این کشاکش قرار دهیم، اکنون نیازمند حضور استادانی از قم و پاریس در تهرانیم و یکی از دلایل ضعف نظام آموزشی ما این است که ارتباط ما با قم و پاریس قطع است که در نتیجه منابع ما دست دوم و سوم می‌شود؛ نه دیگر دقیقاً می‌دانیم در قم چه خبر است، نه در پاریس.

چقدر خوب است که به قول شهید مطهری آن نظریات و تئوری‌های حقوق غربی را استادان فرانسوی - حالا یا ما آنجا برویم یا آنها اینجا بیایند که آنها بیایند خیلی بهتر است - به بچه‌های ما تدریس کنند. الآن ما این نظریات غربی و نظریاتی را که در دامان رومی - ژرمنی و آنگلساکسون تولید می‌شود، دست‌چندم و به‌ویژه با قرائت‌های گاه ایرانی و اسلامی می‌شنویم. این خوب نیست.

چقدر خوب است که ما استادهای مؤلف و نویسندگان اصلی نظریه‌های هر دو سو را داشته باشیم. دست‌کم دوره‌های آموزشی و ارتقایی برای استادان، حالا نمی‌گویم اینها را بیاوریم سال دوم به دانشجوی درس بدهند؛ ولی دست‌کم در دوره‌های دکتری یا دوره‌های ارتقای استادان پیشنهاد بدهیم که این استادان دست‌کم با این دو نظام از نزدیک آشنا شوند.

### دکتر حمید بهرامی

البته جمله‌ای هم مرحوم ملاصدرا دارد که می‌گوید: «لولا التضاد لما دام الفيض عن المبدأ الجواد؛ اگر تضاد نبود، فیض خداوند به بندگانش نمی‌رسید.» تضاد خوب است. می‌خواستم بگویم که حالا کمی از آن چیزی که شما می‌خواهید عملی شده و متأسفانه حوزه به طرف همان سبک اروپایی دارد می‌رود! درس‌ها در آنجا واحدی و مدرک‌گرایی باب می‌شود. کارشناسی ارشد و دکتری می‌خواهند بدهند؛ یعنی به این قالب دارند می‌روند. متأسفانه مباحثه‌ها در حال کم شدن است. کم‌کم دیگر حوزه نخواهیم داشت.

این فرصت تاریخی ماست؛ یعنی ما احتمالاً تا ۱۰، ۲۰ سال دیگر چیزی به نام حوزه نداریم؛ به همین دلیل به لحاظ تمدنی ۱۰، ۲۰ سال دیگر فرصت داریم که آن‌الگو را احیا کنیم.

«همان بهتر که لیلا در بیابان جلوه‌گر باشد/ ندارد تنگنای شهر تاب حسن لیلی را» آن‌وقت دیگر حوزه شیخ انصاری پرور نخواهد بود.

بخش دوم

نقش فرهنگ در شکل‌گیری حقوق خانواده





## دکتر حبیب‌الله رحیمی<sup>۱</sup>

یکی از موضوعات میان‌رشته‌ای تأثیر فرهنگ بر حقوق خانواده است که البته به عنوان یکی از شاخه‌های حقوقی، موضوع جذابی نیز می‌باشد. با توجه به اینکه ما در حوزه‌های میان‌رشته‌ای کمتر فعالیت می‌کنیم آماده کردن مطالب کمی وقت‌گیر بود. اما به هر حال مطالبی را جمع‌بندی کردم که در اینجا به آنها اشاره می‌کنم.

در ابتدا لازم است که تعریفی از خانواده و فرهنگ و اینکه اصلاً حقوق خانواده چه حقوقی است و منظور ما از فرهنگ چیست عرض کنم. حقوق، مجموعه قوانین و مقرراتی است که تلاش می‌کند به روابط افراد نظم دهد. اما حقوق خانواده مجموعه مقرراتی است که برای نظم بخشیدن به روابط افراد درون خانواده مقرر شده است.

در واقع حقوق خانواده نسبت به سایر رشته‌های حقوق از این جهت یک

---

۱. عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

تفاوت اساسی دارد که اصلاً امکان تحقق این هدف که بنابر تعریف به عهده حقوق خانواده گذاشته شده چندان امکان‌پذیر نیست. یعنی در این حوزه از حقوق خواهیم دید که این هدف دست‌نیافتنی یا دور از دسترس است. درباره تعریف خانواده هم میان حقوق‌دان‌ها اختلاف نظر است.

در دنیای امروز اینکه خانواده حتماً متشکل از زن و مردی که با هم رابطه ازدواج برقرار کرده و یک وضعیت را ایجاد کردند که می‌خواهند در آن محیط فرزندی را تربیت کنند نیست. شاید بتوان گفت این تعریف، تعریفی است سنتی که در دنیای مدرن امروز طرفداران زیادی ندارد. متأسفانه در دنیای مدرن امروز، خانواده‌های تک‌والدی رو به ازدیاد است و مدرنیته موجب شده که در جامعه ایرانی هم تمایلی به این سمت وجود داشته باشد. یعنی خانواده یا تک‌والدی است یا رابطه نکاحی میان زن و مرد وجود ندارد و روابط آزاد جنسی میان زنان و مردان برقرار شده است. کشورهای غربی همین روابط آزاد و خانواده‌های تک‌والدی را به عنوان خانواده به رسمیت شناختند. متأسفانه ریشه‌های این رویکرد در جامعه ما هم مورد پذیرش قرار گرفته است.

اگر به لایحه اصلاحیه مقررات مربوط به سرپرستی اطفال و نوجوانان نگاهی بیندازیم می‌بینیم دولت فعلی لایحه‌ای را تقدیم مجلس کرده که البته با تایید مجلس و ایراد شورای نگهبان مواجه شده که زنان و دختران مجرد هم توان سرپرستی کودکان بدون سرپرست را دارند. این امر خود نشان‌دهنده این است که خانواده اینجا به معنای ازدواج و وجود یک زن و مرد زیر یک سقف و تربیت فرزندان نخواهد بود. به هر حال درباره تعریف حقوق خانواده، خود خانواده و هدف از نکاح، اختلاف نظر هست و همین موارد موضوعات چالش‌برانگیزی است.

به نظر من از لحاظ فرهنگی وقتی می‌گوییم فرهنگ، تعریف آن هم روشن

است که مفهومی مرکب از عناصر متعدد مثل هنجارها، نمادها، علوم و فنون، نقش‌های از پیش تعیین‌شده، بینش‌ها و ایدئولوژی‌ها، ارزش‌ها و ساختارها است. شاید به سختی بتوان خود حقوق را از فرهنگ جدا کرد، اما به هر حال حقوق مقوله‌ای است جدای از فرهنگ و هم حقوق می‌تواند بر فرهنگ تاثیر داشته باشد و هم فرهنگ بر حقوق. در این جلسه موضوع مورد نظر ما تأثیر فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق خانواده است. البته بنده تصور نمی‌کردم که مطلب زیادی به زبان فارسی در این خصوص پیدا کنم که تا حدودی هم همین‌طور بود اما به زبان خارجی مطالب زیادی در این خصوص نوشته شده است.

مطالب را در چهار محور یا چهار عنوان ارائه می‌دهم. اولین محور، مبانی فلسفی یا تأثیر فرهنگ بر حقوق است. به‌طور کلی یعنی از جهت فلسفه حقوق آیا اصلاً فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق اثر دارد یا ندارد؟ به فلسفه حقوق که توجه نکنیم حداقل دو رویکرد متعارض در زمینه تأثیر رابطه فرهنگ و حقوق پیدا می‌کنیم.

البته من مقاله‌ای را که در سال ۲۰۱۱ به چاپ رسیده دیدم که ۱۲ رویکرد متفاوت را درباره رابطه فرهنگ و حقوق برشمرده است. اما به نظر می‌رسد که دو رویکرد اساسی در زمینه رابطه فرهنگ و حقوق وجود دارد که این دو رویکرد حداقل در ظاهر کاملاً متفاوت و متعارض هم هستند. اولین رویکرد، رویکردی است با این عنوان که فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق تأثیر دارد. این همان مکتب تاریخی حقوق است که «ساوینی» حقوق‌دان آلمانی در واقع مُبدع اصلی آن به حساب می‌آید. اگرچه قبل از او هم افرادی درباره تأثیر فرهنگ در شکل‌گیری حقوق مطالبی را گفته بودند.

بحث مکتب تاریخی به اوایل قرن ۱۹ که قانون مدنی فرانسه تدوین شده باز می‌گردد. به حقوق‌دان‌های آلمانی پیشنهاد شد که قانون مدنی فرانسه را

ترجمه و به عنوان قانون مدنی آلمان تدوین کنند. یعنی در دوره‌ای که معتقد بودند قوانین و مقررات تحت تأثیر عقل و منطق شکل می‌گیرد این کار انجام شود. در آن دوره «ساوینی» مقاله‌ای نوشت و عنوان کرد که ما نمی‌توانیم حقوق، قوانین و مقررات یک کشور دیگر را به عنوان قوانین و مقررات کشور خودمان انتخاب کنیم.

درواقع حقوق تحت تأثیر فرهنگ است. آنچه که موجب شکل‌گیری حقوق می‌شود واقعاً عقل نیست و عقل سرمنشأ حقوق نیست. بلکه هر مردمی روحیه و ویژگی‌های خاص خودشان را دارند. نهاد حقوقی ریشه در تاریخ ملت دارد و نهادهای عاریتی را نمی‌شود جاودانه و همه‌گیر ساخت، مانند زبان. در واقع ساوینی حقوق را با زبان، قیاس می‌کند و می‌گوید که هر ملتی برای خودش زبان ویژه‌ای دارد، حتی اگر زبان‌ها به یک نام نامیده شوند. مثلاً زبان انگلیسی در انگلیس با زبان انگلیسی در آمریکا کاملاً متفاوت است. درواقع این‌طور نیست که بتوانید بگویید این زبان باید این‌گونه باشد، کلمات باید این‌طور به کار رود و از فردا همه مردم باید همین‌طور صحبت کنند. برعکس زبان در واقع توسط همه افراد ملت شکل می‌گیرد و یک روند تدریجی موجب ساخته شدن زبان می‌شود و به هر حال هر ملتی حقوق خاص خودش را با قیاس زبان خواهد داشت که ناشی از روح آن ملت است.

نظریهٔ مکتب تاریخی که در واقع تأثیر فرهنگ را پررنگ کرده موجب شد که قانون مدنی آلمان در سال ۱۸۹۶ به تصویب برسد. یعنی از اوایل قرن نوزدهم که فشار وارد شد بر اینکه ما زودتر قانون مدنی داشته باشیم، فاصله می‌گیریم. مطالعات فرهنگی و تاریخی متعددی موجب شد که در واقع در این روند تأخیر بیفتد. در حوزهٔ تفسیر هم یعنی خود مکتب تاریخی که مربوط به شکل‌گیری حقوق است به هر حال ما می‌دانیم حقوق فقط مجموعه‌ای از

قوانین و مقررات نیست. باید ببینیم برداشت‌های ما از قوانین و مقررات به چه شکلی است. اسم این برداشت‌ها را می‌گذاریم تفسیر.

در توضیح تفسیر هم با پیدایی نظریه تفسیر علمی آزاد، نقش فرهنگ در شکل‌گیری حقوق پرننگ‌تر می‌شود. یعنی از زمانی که فرانس فارژنی مکتب تغییر علمی آزاد را مطرح کرد می‌توانیم بگوییم که در واقع نقش فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق پرننگ‌تر شده است. به عقیده فرانس فارژنی میان علم حقوق و فن حقوق تفاوت است. فن حقوق در واقع آگاهی داشتن نسبت به قواعد و مقررات حقوقی است. اما قواعد و مقررات حقوقی همیشه به یک نحو، از یک زاویه و با یک رویکرد اعمال نمی‌شود. به همین دلیل هم شما اگر یک موضوع را به چند نفر قاضی بدهید همه یک‌جور تصمیم نمی‌گیرند. اگر مجموعه نشست‌های قضایی که در نظام حقوقی ما هم چاپ و منتشر شده را مورد مطالعه قرار بدهید تقریباً به صورت نادری می‌بینید که درباره یک موضوع اتفاق نظر وجود داشته باشد. در حالی که آن نشست‌ها، نشست‌های یک حوزه خاص قضایی است یعنی مربوط به همه قضات نیست.

به هر حال فرانس فارژنی میان فن حقوق که مجموعه آگاهی‌هایی است که نسبت به قواعد و مقررات داریم و علم حقوق تفاوت گذاشت و گفت علم حقوق فقط فهم ارزش‌های حقوقی نیست بلکه علم حقوق در برگیرنده ارزش‌های غیرحقوقی هم هست. یعنی یک نگاه جامعه‌شناسانه، فرهنگی و تاریخی موجب خواهد شد که قاضی تفسیرها و تعبیرهای مختلفی داشته باشد. همان چیزی که ما در نظام حقوقی خودمان می‌گوییم. یعنی اگر قاضی مستاجرزاده بود و در طول عمرش در خانه‌ای زندگی کرده که پدرش همیشه مستاجر بوده، طبیعی است که در دعاوی بیشتر بخواهد طرف مستاجر را بگیرد و البته برعکس این هم درست است. یعنی مجموعه نظام ارزشی یک قاضی که اصلاً ربطی به حقوق هم ندارد، در تفسیر حقوق تاثیر دارد.

در مکتب تفسیر علمی آزاد معتقدیم که قاضی قبل از اینکه سراغ قواعد و مقررات برود تصمیم خود را درباره پرونده می‌گیرد. خوب اگر معتقد باشیم که حقوق آن چیزی است که در عمل اجرا می‌شود و قضات اعمال می‌کنند خواهیم دید که این مکتب تفسیر علمی آزاد به علاوه آن مکتب تاریخی می‌تواند مبنای خوبی باشد که ما بفهمیم حتماً فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق تاثیر دارد و حتماً این‌طور است.

اما خوب چند ایراد هم به این نظریه مکتب تاریخی وارد شده و موجب شده این نظریه، نظریه کاملی نباشد. یعنی این مکتب در عین حال که بخشی از حقیقت را همراه دارد، اما ایرادهایی هم به آن وارد است. اول اینکه سهم عقل را نادیده گرفته یعنی اصلاً هیچ نقشی برای عقل قائل نشده و برخلاف مکتب عقل‌گرایی است. چون در مکتب عقل‌گرایی اگر ما معتقد باشیم که عقل سازنده حقوق است آن وقت چون عقل در میان همه بشر مشترک است پس ما یک حقوق واحد و مشترک برای همه ابنا بشر خواهیم داشت.

به هر حال مکتب تاریخی، سهم عقل و همچنین چند فرهنگی بودن را نادیده گرفته و معتقد است که روح ملت، همه دلالت بر یک فرهنگ دارد. در حالی که ما می‌دانیم همیشه در جامعه، فرهنگ‌های متناقض وجود دارد و همه افراد همیشه تابع یک فرهنگ نیستند. نظام ارزشی، ایدئولوژی، تربیت خانوادگی و باورها همه ممکن است متفاوت باشد. همچنین بخشی از فرهنگ ناشی از منابع خارجی است. یعنی بحث جهانی شدن و دهکده جهانی بحث پرطرفداری است. امروزه از یک گوشه دنیا امکان ارتباط با هر نقطه دیگر دنیا را داریم و خودبه‌خود تحت تاثیر اخبار جهانی هستیم و اساساً نمی‌توانیم آن را نادیده بگیریم حتی من دقت کردم در روستاها یا قسمت‌هایی از شهر که خیلی از افراد ممکن است از موقعیت مالی آن‌چنانی برخوردار نباشند اما با این وجود

و علی‌رغم منع قانونی آنتن‌های ماهواره همه جا را فراگرفته یا دسترسی به اینترنت فراگیر شده است. همه اینها نشان می‌دهد که فرهنگ می‌تواند از منابع خارجی سرچشمه بگیرد.

البته موارد نقضی هم در این زمینه وجود دارد. یعنی مکتب تاریخی معتقد است که فرهنگ یک ملت، حقوق آن ملت را تشکیل می‌دهد و فرهنگ در واقع بر حقوق تأثیر دارد و حقوق عصاره فرهنگ یک ملت است. اما می‌بینیم که نهادهای عاریتی از حقوق روم همیشه در نظام‌های اروپایی وجود داشته است. به‌طور مثال آلمان در واقع تحت تأثیر حقوق روم بوده، در حالی که ممکن است اصلاً با فرهنگ آنجا نسبتی هم نداشته باشد یا کشورهایی که بخشی از حقوق کشورهای دیگر را اقتباس می‌کنند.

در نظام خود ما هم این اتفاق افتاده است. مثلاً قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۳۳۹ ما در واقع ترجمه‌ای است از حقوق تعهدات سوئیس. در حالی که ممکن است هیچ نسبت فرهنگی بین ما و سوئیس هم نباشد یا قانون تجارت ما که ترجمه ناقصی از قانون تجارت فرانسه است. در کشورهای مثل ترکیه، ژاپن و کشورهای دیگر هم این اتفاق افتاده که قوانین و مقررات کشورهای دیگر را اقتباس کرده‌اند.

به هر حال مکتب تاریخی به علاوه مکتب تفسیر علمی آزاد حداقل نشان می‌دهد که فرهنگ می‌تواند تأثیر قابل‌اعتنایی بر حقوق داشته باشد. اگر مکتب جامعه‌شناسی حقوق را هم مورد بررسی قرار دهیم که مکتب تاریخی زمینه را برای پیدایش مکتب جامعه‌شناسی حقوق فراهم کرد، در واقع آن هم می‌تواند مبنای خوبی برای پذیرش تأثیر فرهنگ بر حقوق باشد که اراده اجتماع و فشارهای اجتماعی، سرچشمه همه پدیده‌های انسانی است. برای این موارد هم مثال‌های عدیده‌ای داریم که وقتی درباره تحولات فرهنگی جامعه ایران و تأثیر

آن بر بحث‌های مختلف حقوق خانواده صحبت کنم به آنها اشاره خواهم کرد به هر حال به نظر من یک رویکرد به عنوان مبنای تاثیر فرهنگ بر حقوق همین مکتب تاریخی حقوق به علاوه مکتب تفسیر علمی آزاد است که می‌توان مکتب جامعه‌شناسی را هم به آن اضافه کرد.

اما یک رویکرد متناقض و دقیقاً مقابل رویکرد قبلی هم وجود دارد و آن اینکه فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق تاثیر ندارد، بلکه حقوق سازنده فرهنگ است. اسم آن را هم گذاشته‌اند «رویکرد سازندگی حقوق» که بر این دلالت می‌کند که حقوق سازنده فرهنگ است. این نظریه در نیمه دوم قرن ۲۰ بیشتر نمود پیدا کرد و اسم آن را «مهندسی اجتماعی» گذاشتند و گفتند ما می‌توانیم با تصویب قوانین و مقررات و با نظام و رژیم جدید حقوقی فرهنگ جامعه را تحت تاثیر قرار دهیم.

برای همین اتفاق می‌توانیم در نظام خودمان مثالی بزنیم. می‌توانیم بگوییم قبل از انقلاب وضعیت چطور بود و بعد قوانین چطور عوض شد. خوب تاثیر قوانین بر فرهنگ کم نبوده و حتماً هم تاثیرگذار بوده است. اساساً بحث مهندسی فرهنگی که رهبر انقلاب آن را مطرح کردند در همین راستاست و تأییدکننده همین نگرش است که اسم آن را پوند آمریکایی مهندسی اجتماعی گذاشت. در واقع معتقدیم که حقوق بر شکل‌گیری فرهنگ تاثیر دارد. ما می‌توانیم حقوق را (بما هو) حقوق مورد توجه قرار ندهیم. می‌توانیم برای حقوق اهداف اجتماعی قائل بشویم و به حقوق به عنوان یک ابزار نگاه کنیم. ابزاری که بیشترین تاثیر را بر فرهنگ یک جامعه خواهد داشت.

حقوق، زندگی اجتماعی را می‌سازد و شکل می‌دهد. پس حقوق واقعیت‌های اجتماعی را می‌سازد و انعکاسی از آن نیست. حقوق نیست که تحت تاثیر واقعیت‌های اجتماعی است، بلکه حقوق، واقعیت‌های اجتماعی را



می‌سازد. در واقع این نظریه عکس مکتب تاریخی نظر داده است و در این مورد هم چند مثال زده است. یکی از مثال‌ها در واقع در بحث حقوق خانواده است که می‌گوید مقایسه کنید حقوق خانواده یا فرهنگ غالب بر خانواده را در نظامی که مثل نظام ما مرد همه‌کاره خانواده است و ریاست بر عهده او است. طلاق یک‌جانبه از سوی مرد واقع می‌شود، نگهداری فرزندان نیز بعد از چند سال اول برعهده مرد است. اموال خانواده علی‌رغم اینکه زن در تحصیل اموال چه بیرون کار کند و چه نکند و خانه‌دار باشد باید در آن سهم داشته باشد، اصولاً از آن مرد است. چنین خانواده‌ای را که ما از لحاظ حقوقی تنظیم کردیم مقایسه کنیم با خانواده‌ای که این‌گونه نیست. یعنی طلاق ایقاع یک‌جانبه از طرف مرد نیست، ریاست همیشه با مرد نیست و اموال میان زن و مرد تقسیم می‌شود.

حقوق کار و کارگر را در نظر بگیرید و این حقوق را بین دو کشور مقایسه کنید. بین کشوری که کارفرما هر وقت بخواهد کارگر را اخراج می‌کند، بدون اینکه حقوق مادی برای او قائل باشد و کشوری که کارفرما نمی‌تواند این کار را انجام بدهد. اگر این موارد را با هم مقایسه کنیم، خواهیم دید که حقوق بر فرهنگ تأثیر دارد. اگر در قواعد راهنمایی و رانندگی دقت کنیم متوجه می‌شویم که حقوق بر فرهنگ تأثیر دارد. اگر بحث‌های قبل و بعد از الزامی شدن استفاده از کمربند ایمنی را مقایسه کنیم می‌بینیم که حقوق بر فرهنگ تأثیر داشته است.

به هر حال من در اینجا دو رویکرد متعارض ارائه کردم یکی رویکرد تاریخی که در واقع مکتب تاریخی آن را ارائه کرده که معتقد است فرهنگ سرچشمه حقوق است و دیگری مکتب سازنده حقوق که معتقد است حقوق سازنده فرهنگ است. این رویکرد هم ایرادهایی دارد. درست است که حقوق

بر شکل‌گیری فرهنگ تأثیر دارد، اما باید بدانیم که اولاً افراد بشر و یک جامعه افراد منفعلی نیستند و این‌طور نیست که هر چیزی که ما تصویب کردیم از همان لحظه تأثیر داشته باشد. افراد هم همیشه منفعل نیستند و تحت سیطره حکومت و قانون قرار ندارند. مردم تصمیم می‌گیرند و نافرمانی مدنی می‌کنند. اگر قانونی منطقی نداشته باشد، مردم کوچک‌ترین فرصتی که پیدا کنند از آن تبعیت نخواهند کرد. این به نظرم خیلی روشن است. مثلاً در غرب و در حوزه حقوق خانواده گفتند مرد نمی‌تواند هر زمان که دلش خواست با زن نزدیکی کند. یعنی اگر مردی که با زنی ازدواج کرده به زور و برخلاف میل همسرش با او نزدیکی کند این کار عنوان تجاوز دارد و فرقی با تجاوزی که بیرون خانواده رخ می‌دهد ندارد، آمدند این را بررسی کردند با خانواده‌هایی که از لحاظ فرهنگی این امر را می‌پذیرند و می‌گویند که مرد حقش است که حتی به زور و علی‌رغم میل همسرش با او نزدیکی کند و در این خانواده‌ها کسی اقامه شکایت نخواهد کرد. این به نظرم نشان می‌دهد که افراد بشر همیشه به صورت منفعل تحت تأثیر حقوق مقرر نیستند.

همین دو رویکرد را اگر بررسی کنیم، رویکرد دوم هم می‌تواند به نوعی تأثیر فرهنگ را بر شکل‌گیری حقوق نشان دهد. من چون موضوع بحثم تأثیر فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق بوده دنبال مواردی گشته‌ام، اما اگر مقداری دقت کنیم می‌بینیم که این رویکرد دوم هم تأثیر فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق را نشان می‌دهد. اگر فرض بگیریم که فرهنگ غلطی حاکم شده باشد، مثلاً این فرهنگ که پدر می‌تواند در مورد فرزند صغیرش هر طور که می‌خواهد تصمیم بگیرد و فرض کنیم که فرهنگ غالبی هم هست و مردم همه آن را پذیرفته‌اند. اما یک عده‌ای از مردم که راجع به آن فکر کرده‌اند، متوجه شده‌اند که این کار منطقی ندارد. خوب این مردم برای اینکه این فرهنگ تغییر پیدا کند، چه می‌کنند. با یک رویکرد مهندسی

اجتماعی شما می‌توانید قوانین و مقررات را تغییر بدهید.

یعنی می‌توانیم بگوییم مکتب تاریخی تأثیر مثبت فرهنگ موجود را بر شکل‌گیری خانواده نشان می‌دهد و از این رویکرد دوم می‌توانیم تأثیر منفی فرهنگ را بفهمیم. یعنی نبود یک قاعده منطقی در فرهنگ می‌تواند ما را به اینکه حقوق شکل بگیرد، سوق دهد. در واقع این هم نوعی تأثیر فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق است، اما ما چون فرهنگ موجود را دوست نداریم می‌خواهیم آن را تغییر دهیم. می‌توانیم مثالی برای این بحث بزنیم. مثلاً بحث نکاح موقت که در لایحه حمایت از خانواده مطرح شد و فعلاً هم در مجلس است و بین شورای نگهبان و کمیسیون‌های مجلس در رفت و آمد است. یکی از بحث‌هایی که مطرح شده ثبت نکاح موقت است. عده‌ای معتقدند که این مورد تأثیری بر شکل‌گیری فرهنگ نخواهد داشت. آنچه در قانون ما هست ثبت اجباری نکاح دائم است که برای عدم ثبت آن هم مجازات تعیین شده است اما برای ثبت نکاح موقت ما مقرره‌ای نداریم.

آنهایی که طرفدار قانون ثبت نکاح موقت هستند معتقدند که این کار در شکل‌گیری فرهنگ تأثیر خواهد داشت. یعنی الان یک فرهنگ غلطی وجود دارد که فرهنگ غلط دلالت بر این می‌کند که افراد اساساً برای نکاح موقت مخفیانه عمل کنند. نکاح موقت، موقت است و دلیلی ندارد که همه جا بیان و علنی شود یعنی خانم یا آقای نیازمند رابطه جنسی هستند و این رابطه را برقرار می‌کنند و دیگر هم کاری به هم ندارند. یعنی قرار نیست که برقرار باشد که ثبت نکنند. اما چون ممکن است تبعاتی داشته باشد و مردم تصور می‌کنند که آثار آن نکاح موقت را نباید برعهده بگیرند و مسئولیتی حتی نسبت به فرزند حاصل از نکاح موقت ندارند، از زیر بار مسئولیت شانه خالی می‌کنند. عده‌ای هم معتقدند که مجلس باید مصوبه‌ای در این زمینه داشته باشد. نگاه

آنها، نگاه مهندسی اجتماعی است که امروزه نگاه کم طرفداری هم نیست. اخیراً در دانشگاه‌های حقوق رشته کارشناسی‌ارشد حقوق اقتصاد ایجاد شده است. یکی از کارکردهای این رشته برگرفته از همین مهندسی اجتماعی است. یعنی به جای اینکه دنبال هدف‌های فرهنگی باشیم دنبال هدف اقتصادی هستیم یعنی هدف اقتصادی یک اجتماع. ما دنبال آن هستیم که به کارآمدی برسیم پس معلوم است که در همین کشور ما هم بحث مهندسی فرهنگی که مقامات نظام آن را اعلام کردند و تأسیس رشته‌های جدید دلالت بر این است که مکتب سازندگی حقوق که پوند آمریکایی طرفدار و مبدع اصلی آن است، دیگر در نظام حقوقی ما کم طرفدار نیست. این دو رویکرد متعارض را اگر نگاه بکنیم و بخواهیم نتیجه بگیریم واقعیت قضیه این است که هر دو رویکرد بخشی از حقیقت و واقعیت را به همراه دارند و هیچ‌کدام را نمی‌توان به نفع دیگری کنار گذاشت هر کدام از آنها حرف خود را می‌زند و امری بینابین است. در عین حال که فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق تأثیر دارد حقوق هم بر شکل‌گیری فرهنگ تأثیر دارد.

نباید این ایراد به ذهن ما برسد که نکنند داریم گرفتار دور می‌شویم. به نظرم این‌طور نیست این دور را دور «معی» می‌گوییم. دوری که از لحاظ منطقی دور باطلی نیست. این دور حقیقی نیست. این دور را منطقیون می‌گویند «معی». می‌گوییم الف با ب، ب با الف یا در خانواده ما می‌گوییم مرد لباس زن و زن هم لباس مرد است یعنی هر دو از هم محافظت می‌کنند یا حتی لباسی که تن ما هست نیز همین‌طور است. یعنی لباس محافظ ماست و ما نیز مراقب آن هستیم. به هر حال به نظرم می‌رسد هر دو رویکردها را می‌توانیم بپذیریم و با آن تحلیلی که بنده ارائه دادم حتی رویکرد دوم هم نشان از تأثیر فرهنگ بر شکل‌گیری حقوق خانواده دارد.

اگر بخواهیم کمی آن را بومی کنیم، رویکرد اول را می‌توانیم با فرمایشی از امام خمینی منطبق بدانیم. یعنی تأثیر زمان و مکان بر حقوق اسلامی. خوب این

یعنی چه؟ به نظر من خیلی ما را به مکتب تاریخی نزدیک می‌کند و این رویکرد دوم که عرض کردم رهبری بر آن تأکید دارد و بر مهندسی فرهنگی تأکید می‌کند، یعنی حقوق بر فرهنگ تأثیر دارد. اساساً یکی از اهداف انقلاب اسلامی همین بوده است. با تصویب قوانین و مقررات اسلامی ما تلاش داریم چه اتفاقی بیفتد. دنبال این هستیم که فرهنگ جامعه را تغییر بدهیم. اما باید بدانیم که هیچ‌کدام از این دو رویکرد تمام حقیقت را با خودش به همراه ندارد.

این محور اول مباحث بنده بود که در آن مبانی فلسفی تأثیر فرهنگ بر حقوق را که به نظر من مباحث جدی است و بقیه مباحث حاشیه‌ای است عرض کردم.

اما محور دوم تمایزها و تفاوت‌های حقوق خانواده نسبت به سایر شاخصه‌های حقوق است. این مباحث و رویکردهایی را که عرض کردیم رویکرد تأثیر فرهنگ بر شکل‌گیری همه حقوق بود یا برعکس گفتیم که حقوق سازنده فرهنگ است. حقوق به صورت کلی را عرض کردیم. اما خود حقوق خانواده نسبت به سایر شاخصه‌های حقوق یک تمایزاتی دارد. حقوق خانواده بر خلاف سایر رشته‌های حقوق با آن تعریفی که ما گفتیم چندان و شاید هیچ‌گاه کارآمد نیست یعنی در بهترین حالت هم حقوق خانواده توان نظم بخشیدن مطلوب به روابط افراد درون خانواده را ندارد. اساساً خانواده بیش از آنکه بر محور حقوق بچرخد و بنا شود بر محور اخلاق بنا شده است. در خانواده ما دنبال حداقل‌ها نیستیم، چون حقوق فقط می‌تواند حداقل‌ها را تضمین کند. مثلاً حقوق می‌تواند بگوید که مرد باید نفقه بدهد و می‌تواند توضیح دهد که نفقه شامل لباس، خوراک، مسکن و هزینه‌های بهداشتی و... است.

آیا این حد از تعیین و تحقیق که در حقوق می‌تواند وجود داشته باشد، برای خانواده کافی است. به‌طور مثال خانواده‌های بسیاری را می‌توان دید که زن از خست مرد شکایت دارد. خست به این معنی نیست که مرد حداقل‌ها را

تأمین نمی‌کند بلکه مثلاً زن می‌گوید می‌خواستم برای رفتن به عروسی به آرایشگاه بروم که مرد پول آن را نداده است. موارد متعددی از این قبیل را می‌بینیم که کار زوجین را به دادگاه کشانده است. آیا می‌توان برای تک‌تک این موارد حقوق را وارد قلمرو خانواده کرد. مثلاً بگوییم زن می‌خواهد برود آرایشگاه و مرد هزینه آن را نمی‌دهد. با توجه به اینکه در قانون گفته شده مرد باید نیازهای خانواده را تأمین کند، اما نه همه نیازها. مرد می‌تواند بگوید که این نیاز تو نیست و اصلاً معنی ندارد برای یک مجلس زنانه زن به آرایشگاه برود. یعنی مرد می‌تواند چنین استدلالی داشته باشد. چون این از مواردی است که مردها خیلی هم آن را درک نمی‌کنند یا اینکه به زن بگویند برای چه برای هر مجلس و مراسم باید یک لباس جدید بخری. آیا می‌توان برای تک‌تک اینها حقوق را وارد عرصه خانواده کرد. طبیعی است که امکان ندارد.

در واقع حقوق فقط می‌تواند دایره اختیارات یک فرد را محدود کند. همچنین حقوق می‌تواند سرکشی‌ها را مهار کند که البته آن هم حدی دارد. خانواده همیشه مأمونی بوده که افراد دلشان خواسته دولت، قانون‌گذار و حقوق، کمتر پا به این عرصه بگذارند و در آن آزادی داشته باشند. در خانواده آنچه که باید بیشتر حرف بزند فداکاری و ایثار است. آیا شما مقررهای سراغ دارید که فداکاری را برعهده افراد بگذارد؟ اصلاً فداکاری از لحاظ حقوقی قابل تحمیل به افراد هست؟ می‌توان گفت خانمی که وظیفه نگهداری فرزندان را برعهده دارد وقتی فرزندش تب کرد باید شب تا صبح بالای سر او بیدار بماند؟ اصلاً این امکان وجود دارد که حقوق این را مقرر کند؟ در واقع پاسخ منفی است.

بسیاری از قواعد حقوق مبهم است. مثلاً قانون گفته که باید مرد با همسر خود حسن معاشرت داشته باشد. این یعنی چه؟ مثلاً جواب سلام او را بدهد که ممکن است بد بدهد. ممکن است که بگوید نمکدان را بده، نمکدان را

پرت کند. آیا اصلاً می‌توان اینها را مقرر کرد؟ در همین حوزه‌ای که قوانین و مقررات هم وجود دارد حقوق مبهم است و خیلی از موارد فاقد ضمانت‌اجراست.

حالا اگر فرضاً بفهمیم که حسن معاشرت چیست، برویم دادگاه بگوییم که طرفمان حسن معاشرت ندارد و الزام کنید که حسن معاشرت داشته باشد. چقدر چنین چیزی تأثیر دارد یا قواعد و مقرراتی که تمکین را بر عهده زن گذاشته است؟ قواعد و مقررات در جاهایی اصلاً وجود ندارد در جاهایی هم که هست مبهم است. آنهایی هم که مبهم نیست، ضمانت‌اجرا ندارد.

در این ارتباط چند خصوصیت را می‌توان شمرد: طبع خانواده با قواعد آمرانه سازگار نیست. اثر قوانین در ایجاد نظم بسیار ناچیز است. اگر ما اصرار بر اجرای قوانین و حقوق خانواده بکنیم چه خواهد شد؟ زن برای کارهایی که می‌کند دستمزد مطالبه خواهد کرد و آیا این طلب دستمزد موجب تحکیم روابط خانوادگی است یا سبب تزلزل آن؟ خوب اگر مرد دستمزد کمی داد زن می‌تواند کارشکنی کند. یعنی حقوق، این موارد را نشان می‌دهد. زن شام نپزد، به بچه نرسد و کارهایی مثل این را انجام ندهد، خوب دیگر این چه خانواده‌ای است. در چنین مجموعه‌ای که حقوق می‌خواهد بیش از حد دخالت کند یا اصلاً به حساب نمی‌آیند یا وسیله تهدید می‌شود. به نظر من این موارد مهم است. حقوق توان نظم‌بخشی درون خانواده را ندارد.

حقوق نمی‌تواند انتظار فداکاری داشته باشد. اساساً حقوق امکان تحمیل تعهد فداکاری را ندارد. حقوق می‌تواند نفقه را واجب کند، زندگی در مسکن شوهر را تکلیف زن کند، طفل را برگرداند و انحلال نکاح را اعلام کند، اما اینها برای یک خانواده سالم کافی نیست. آنچه که لازمه یک خانواده سالم است فداکاری، گذشت، همکاری، حسن معاشرت و مباحث اخلاقی است.

نقش حقوق به هر حال بسیار اندک است.

مداخله بیشتر قانون‌گذار در حوزه خانواده یا موجب می‌شود که کارآمدی حقوق هر روز کمتر شود یا اساساً تشکیل خانواده زیر سوال می‌رود. این هم به نظرم نکته بسیار مهمی است که تمایل عمومی ما در سال‌های اخیر این بوده که حقوق نقش بیشتری ایفا کند و دلیل آن به نظرم این است که مباحث اخلاقی در جامعه بسیار کم‌رنگ شده است. یعنی این تعادل باید برقرار شود. اگر اخلاق نتوانست خانواده را حفظ کند فکر می‌کنیم بهتر است که قوانین و مقررات را پررنگ‌تر و سنگین‌تر کنیم. ما دنبال آن هستیم که تعداد قوانین و مقررات بیشتر شود و تضمین‌های بیشتر داشته باشیم. مثلاً سؤال بعضی از خبرنگاران از ما این است که آیا به نظر شما تضمین کافی برای مطالبه مهریه وجود دارد که منظورشان ضمانت‌اجرایی حقوقی است. یعنی ما بیشتر به دنبال ضمانت‌اجرای حقوق هستیم.

اگر صداوسیما را هم به‌خصوص در سال‌های اخیر نگاه کنید مورد جالبی دارد و آن اینکه بیشترین مباحث حقوقی که از آن پخش شده مباحث حقوق خانواده است، در حالی که اصلاً حقوق خانواده برای اجرا شدن نوشته نشده است. حقوق خانواده برای روز مباداست. قدیمی‌ها می‌گفتند آخرین راه‌حل آتش زدن است. یعنی اگر جایی عفونت می‌کرد، چون آنتی‌بیوتیکی وجود نداشت آنجا را آتش می‌زدند. این هم همان آتش زدن است. ما از روز اول با پررنگ کردن حقوق خانواده دنبال آتش زدن خانواده هستیم. در حالی که اصلاً حقوق خانواده نه ظرفیت آن را دارد و نه توان آن را.

به هر حال در سال‌های اخیر کاری که بیشتر انجام گرفته این بوده که موجب انحلال بیهوده خانواده و شکل‌نگرفتن خانواده شده است. در ارتباط با این هم بحثی داریم که عرض خواهم کرد. یعنی راجع به اینکه اگر تعهدات مرد



را حال به خاطر ظلم‌هایی که در طول تاریخ بر زن روا داشته شده و امروز نیز هست و قابل انکار هم نیست بیشتر کنیم چه می‌شود. اگر ما آمدیم به جای اینکه مباحث اخلاقی را پررنگ کنیم کفه تعهدات حقوقی مرد را پررنگ کردیم و آن را تعیین و دقیق کردیم ضمانت‌اجرا، حتی ضمانت‌اجراهای کیفری برای آن گذاشتیم یکی از تأثیرات آن می‌تواند این باشد که جوان امروز دیگر سراغ ازدواج نرود. او با خود می‌گوید من هم باید مهریه بدهم، هم هزینه‌های ازدواج و هم هزینه‌های زندگی؛ مگر دیوانه‌ام که ازدواج کنم یا برای نپرداختن مهریه طبق ماده دوم قانون نحوه اجرای محکومیت مالی حتی اگر زیر یک سقف هم نرفته است باید بازداشت شود. به نظر من این کارهایی است که ما در سال‌های اخیر انجام داده‌ایم و خیلی هم شاید خوب نبوده است. در عین حال ما به خانواده توجه نداریم. مداخله بیشتر قانون‌گذار و قواعد آمرانه در خانواده چیز خوبی نیست.

مورد بعدی اجرای قواعد عمومی معاملات در روابط زن و شوهر است. ما یک قواعد عمومی قراردادها داریم که در حوزه خانواده اصلاً جواب نمی‌دهد نه در کشور ما بلکه در هیچ کشور دیگری جواب نمی‌دهد. آن نکته‌ای که گفتم با قواعد آمرانه سازگار نیست، در هیچ کشوری سازگار نیست. به هر حال این تمایزها و تفاوت‌هایی است که حقوق خانواده نسبت به شاخه‌های حقوقی دارد که حقوق نمی‌تواند نقش تنظیم‌کننده داشته باشد. حقوق می‌تواند حداقل‌هایی را در جاهایی که هیچ چاره‌ای نیست و اخلاق جواب نمی‌دهد اجرا کند. چارچوب مقررات شریعت می‌گوید اگر دیدید زوجی با هم سرنسازگاری دارند این را کدخدامنشانه حل کنید. اما چه اتفاقی افتاده است؟ برداشت ما از آیه چه شده است؟ اینکه برویم دادگاه تا داور تعیین شود. آیا اینکه کدخدامنشی نمی‌شود درست است؟ کدخدامنشی یعنی زبان خانواده را

بدانند یا نسبت به آن خانواده حیا داشته باشند که اینها بسیار مهم است. یعنی باز هم مباحث اخلاقی مطرح است نه مباحث حقوقی. حتی آن توصیه‌های اخلاقی شریعت را ما با نگاه فقهی و حقوقی کاملاً فقهی کرده‌ایم.

خیلی دوست داشتم در اینجا مقدمه کتاب دکتر کاتوزیان که بر کتاب حقوق خانواده نگاشته‌اند را بیان کنم. از نظر من این مقدمه شاهکار است چون بر روح خانواده تاکید دارد و عبارات بسیار زیبایی هم در آن وجود دارد. همه زوج‌های جوان باید این مطلب را بخوانند. اگر کسی این مطلب را نخواند از نظر من حقوق خانواده را متوجه نمی‌شود. مطالبی که من در مورد تمایزات حقوق خانواده عرض کردم ایشان بسیار شیوا و با متنی بسیار سلیس بیان کرده‌اند.

خود شریعت هم مقررات مشخصی را مقرر نکرده و بسیار به عرف ارجاع داده است. آیاتی که در آنها معروف به کار رفته، ارجاع به عرف است. عرف امر مبهمی است. ما می‌گوییم حقوق‌دان هر جا نمی‌تواند ضابطه دقیق بدهد باید به عرف رجوع کند. شرع هم همین کار را کرده است. ضابطه دقیق هم وجود ندارد. می‌گوید معاشرت با همسرانتان به معروف باشد. حالا عرف چیست؟ عرف مبهم است و به حقوق ارجاع نشده است.

چون ما می‌گوییم حقوق ضوابط دقیق است و معیارهای عینی می‌خواهد پس این دیگر حقوق نیست بلکه اخلاق و توصیه اخلاقی است. در قرآن، هم (عاشروهن بالمعروف) آمده و هم (فارقوهن بالمعروف): سوره طلاق آیه ۲، سوره بقره آیه ۲۳۱. قرآن نفقه زوجه را هم به عرف ارجاع داده است. چون معیار دقیقی ندارد. اجرت زنی که بچه را شیر می‌دهد در آیه ۲۳۳ سوره بقره است یا نگهداری کودک در سوره طلاق آیه ۷ آمده است. مصاحبت با زنان به معروف در سوره لقمان آیه ۱۵ است. بیشتر آیاتی که در آن معروف به کار رفته در حوزه خانواده بوده که جالب هم است که اساساً خود شرع هم این را تأکید

می‌کند. یعنی ما می‌توانیم نشانه‌هایی از مقدمه‌آقای کاتوزیان را در شرع پیدا کنیم و به نظرم اصلاً مطلب غربی هم نیست. این موارد تمایزات و تفاوت‌های حقوق بود که عرض کردم.

سومین محوری که می‌خواهم درباره آن صحبت کنم خصوصیات فعلی جامعه ایران است. ما از لحاظ فرهنگی جامعه‌ای در حال گذاری داریم. به جامعه‌ای، در حال گذار گفته می‌شود که هنوز هنجارهایش شکل نگرفته است. معلوم نیست که ملت چه می‌خواهند. یعنی آن روح ملی کاملاً روشن نیست. اساساً تعداد کتاب‌هایی که در این حوزه نوشته شده هم زیاد است. بعضی کتاب‌های خوب هم در حوزه خانواده نوشته شده، مثل کتاب حقوق زن درگذر از سنت و تجدد که کتاب بسیار خوبی است نوشته آقای حکیم‌پور یا آقای مهریزی هم کتابی نوشته با عنوان حقوق و شخصیت زن. جامعه سنتی جامعه‌ای است که فرهنگ سنتی دارد و مذهب، آداب و رسوم، گذشتگان، اخلاق مذهبی و تاریخی در آن پررنگ است. اما جامعه مدرن جامعه‌ای است که انسان مدرن است. یعنی به جای اینکه اجتماعی باشد، فردگراست. یعنی بیشتر حقوق فرد و فردگرایی در آن مهم است. به جای اینکه مبتنی بر دستورات مذهبی باشد عقل‌گرا و تجربه‌گراست.

سکولاریسم جزو مؤلفه‌های اصلی جامعه مدرن است. یعنی مذهب به صرف اینکه مذهب است و خدا و قرآن گفته است نمی‌تواند نقش پررنگی در آن داشته باشد. سنت‌ستیزی، پیشرفت‌مداری، فردگرایی و علم‌گرایی همه از مؤلفه‌های جامعه مدرن است. اساساً یکی از مکتب‌های جامعه مدرن فمینیسم است. فمینیسم تأکید بر تساوی بین زن و مرد می‌کند. تساوی بین زن و مرد اقتضای تساوی حقوقی هم دارد. جامعه ما بعضی از مؤلفه‌های مدرنیته را با خود به همراه دارد. یعنی ما با فرهنگی یک‌دست مواجه نیستیم. بسیاری از زنان، امروزه تحصیلکرده هستند. دیگر نمی‌توان

گفت زن به خاطر دانش کمتر باید جایگاه کمتری در اجتماع داشته باشد. به طور مثال در دانشکده‌های حقوق بیش از ۶۷ درصد جمعیت خانم هستند. این خانم‌ها آگاهی پیدا کرده و نقش فعال‌تری در اجتماع ایفا می‌کنند و با همین نقش، اثرگذاری بیشتری در جامعه خواهند داشت. بعد می‌توانند مطالبات خود را ابراز کنند که این مسئله به نظر من فشار اجتماعی ایجاد می‌کند. از سویی ما مؤلفه‌های مدرنیته را در جامعه می‌بینیم و از سویی دیگر با انقلاب اسلامی دنبال تحقق سنت اسلامی در جامعه بودیم. در این گروه‌ها چند درصد سنت‌گرا و چند درصد تجددگرا هستند؟

به نظرم اگر بررسی کنیم تعدادی افراد ذی‌نفوذ و قدرت‌مداری هستند و می‌خواهند سنت اسلامی اعمال شود که باعث کشمکش در جامعه در حال گذار می‌شود. از یک طرف ما می‌بینیم در لایحه حمایت خانواده بازگشت به قواعد اسلامی برای چندمسری نمود پیدا می‌کند. بر خلاف قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ که به صورت اضطراری چندمسری را پذیرفته و مجوز دادگاه را لازم دانسته بود و علی‌رغم اینکه مجوز دادگاه هم صادر می‌شد زن قبلی می‌توانست طلاق بگیرد اما لایحه جدید که از دولت به مجلس تقدیم شد، بر قواعد اسلامی تاکید داشت. قواعد اسلامی در این حوزه چیست؟ مرد می‌تواند چند زن بگیرد که در بعضی از آراء دادگاه‌ها، بعضی از قضات این را تصریح کرده‌اند که حق هر مسلمان شیعه اثنی‌عشری است که چند همسر داشته باشد و شرط آن فقط رعایت عدالت است. عدالت هم می‌دانیم که در عوطف نیست. بلکه در امور مالی است. عدالت یعنی نفقه مساوی بدهد. شاید حتی عدالت، نفقه مساوی هم نباشد. یعنی ممکن است مردی برای بار دوم زن جوانی گرفته باشد. شاید عدالت اقتضا می‌کند چون او جوان‌تر است، لباس بیشتری بخواهد و چیزهای دیگر.

از یک طرف ما این را می‌بینیم یعنی بازگشت به قواعد اسلامی و تأثیر

گروهی که به دنبال آن قواعد هستند و گروه دوم هم معتقد به رویکرد دوم است. در مبانی فلسفی دو رویکرد وجود دارد یک رویکرد تاریخی و یک رویکرد سازنده. گروه دوم معتقد است که اگر ما این کار را کردیم، فرهنگ اسلامی بر جامعه مسلط خواهد شد.

آن گروه دیگر که تابع فمینیسم هستند می‌گویند امروزه فرهنگ ما چندهمسری را بر نمی‌تابد و واقعاً هم همین‌طور است و این کار باید دلیلی داشته باشد و نمی‌شود که مردی برود و چند همسر بگیرد و الان این گروه به دنبال محدود کردن همین هستند. اینکه حداقل محدودیت‌های قانون مصوب سال ۱۳۵۳ از بین نرود. گرچه ضمانت‌اجرای آن چندان کافی نیست، اما حداقل ما می‌خواهیم که ضمانت‌اجرای آن بیشتر شود. این کشاکش در جامعه ما کاملاً خود را نشان می‌دهد. فقط در حوزه چندهمسری هم نیست. اگر به مثال‌های دیگری هم که در این حوزه وجود دارد توجه شود همین‌طور است. مثلاً خانم‌هایی که با مکتب فمینیسم موافق هستند می‌گویند نوع پوششش به خودم مربوط است.

از یک طرف فرهنگ مسلط بر زنان جامعه از چادر به سمت مانتو می‌رود و دیگر چادر حسن نیست و از طرف دیگر می‌بینیم برخی از افراد در سخنرانی خود می‌گویند برای زن بهتر است که هیچ مردی را نبیند و هیچ مردی هم او را نبیند. یعنی افراط و تفریط وجود دارد. حتی خانم‌های محجبه‌ای که در این جلسات هستند با حضورشان خلاف آن روایت عمل می‌کنند، در حالی که آن روایت حضور در جامعه را برای این انسان‌ها هم سخت می‌کند. انسان‌هایی که دوست دارند متشروع باشند، اما با این روایت از حوزه شریعت خارج می‌شوند. شاید یکی از دلایل اینکه تعداد طرفداران فمینیسم در جامعه زیاد می‌شود به دلیل این تنگی دایره است.

از یک طرف می‌گوییم فرهنگ جامعه ما عوض شده و خیلی چیزها برای جامعه امروز نیست و برای جامعه‌ای بوده که زن در آن حضور نداشته، در آن جامعه شهادت دو زن به اندازه یک مرد بوده، در آن جامعه زن چون نقش زیادی نداشته و روابط اجتماعی را نمی‌فهمیده درکی از فروشنده و خریدار نداشته است. اما امروزه زنان جامعه مدیراند و دیگر فقط در خانواده نقش ندارند. مرجع تقلیدی را می‌شناسم که می‌گفت اگر زنی وزیر شد من دیگر به دولت مالیات نمی‌دهم یا عضویت در شورای شهر حق زنان نیست. چون تأمین معاش به عهده مرد است و تا وقتی مرد بیکار داریم معنی ندارد زن شاغل شود. از یک طرف چنین چیزی در جامعه است و از طرف دیگر می‌بینیم که به زن مجرد یا مطلقه اجازه می‌دهند سرپرستی افراد بی‌سرپرست را به عهده بگیرد.

این تناقض‌ها خود را در قوانین و مقررات نشان می‌دهد. یعنی هر دو رویکردی که به عنوان مبانی فلسفی عرض کردم کاملاً در قوانین و مقررات مشهود است که به نظر من اصلاً وضعیت جالبی نیست و موجب شده جامعه اگر نبیند که قوانین در جهت تمایلات او حرکت می‌کند از ابزارهای حقوقی موجود برای تمایلات خود استفاده می‌کند. مثلاً الان خانم‌ها حق طلاق می‌خواهند و می‌گویند ما هم مثل مردها حق طلاق داشته باشیم. تا جایی که تلاش کردند و تا حدودی هم توانسته‌اند آن را تأمین کنند. مثلاً در عسر و حرج یکی از موارد همین است و در جهت تمایلات زن‌هاست.

این جنبش فمینیستی چه بخواهیم و چه نخواهیم در جامعه ایران هم وجود دارد. به اندازه کافی فشار وارد کرده و به مطالباتی هم رسیده است. ماده ۱۳۳۰ به اصرار حرکت زنان ایجاد شد که البته شورای نگهبان آن را تصویب نکرد و در مجمع تشخیص مصلحت تصویب شد. اگر هم به مطالبات خود نرسند از مهریه به عنوان ابزار برای رسیدن به اهداف خود استفاده می‌کنند. به

هر حال خصوصیات فعلی جامعه ایران موجب ناکارآمدی نظام حقوقی جامعه شده است و در این کشاکش ما نه سنتی هستی هستیم و نه مدرن مدرن. مثلاً چند همسری می‌تواند یکی از موارد عسر و حرج باشد. یعنی اگر قانون ۱۳۵۳ هم لغو شود، اگر فردی مجدد ازدواج موقت کند زن می‌تواند به عنوان عسر و حرج از آن استفاده کند و دادگاه براساس این حکم طلاق صادر کند. در بسته‌ای که ما درست کردیم که نه سنت است و نه مدرن این عدم تعادل کاملاً به چشم می‌آید. برآورده نشدن خواسته هر یک از دو گروه کاملاً روشن است هم سنت‌گراها از وضعیت موجود حقوق خانواده ناراحت‌اند و هم تجددگراها.

افزایش تعهدات مالی مورد دیگری است که می‌خواهم در ارتباط با آن صحبت کنم. در بحث حقوق قراردادهای بحثی داریم به عنوان وجه التزام. در آن گفته می‌شود که از قبل می‌توانیم میزان خسارت ناشی از تعهدات یکی از طرفین را مقرر کنیم. در بحث‌های حقوقی اقتصادی مطرح می‌شود که اگر شما وجه التزام را بسیار گزاف تعیین کردید موجب ناکارآمدی اقتصادی خواهد شد. مثلاً اگر میزان خسارت قراردادهای یا وجه التزام بالا تعیین شود در این حالت قراردادی منعقد نمی‌شود یا مثلاً اگر مهریه پرداخت نشود همسر بازداشت می‌شود و می‌توان تقاضای اجرای قانون محکومیت مالی کرد.

در واقع با این کارها به صورت نهادینه عدم رغبت به ازدواج زیاد می‌شود و این دوگانگی موجب شده که ما ندانیم به کدام سمت می‌رویم. گرایش‌های تحولات حقوقی از یک سمت به سوی حقوق غرب است، مثل عزل ولی، تعداد موارد عسر و حرج، محاسبه شدن نفقه به نرخ روز. اینکه می‌گویم تمایل به حقوق غرب داریم یعنی تمایل حمایت از حقوق زن داریم. چون بسیاری از این موارد در حقوق غرب هم وجود ندارد. اما تمایل به دفاع از حقوق زن

وجود دارد. یعنی در راستای همان فمینیسم قرار داریم. چون معتقدیم در طول تاریخ به زن ظلم شده است پس باید از او حمایت کنیم و این حمایت با این کارها انجام می‌شود. عزل ولی، بالا رفتن سن حضانت برای مادران که قبلاً دو سالگی بود الان هر دو را کردیم هفت سالگی و بعد آن را هم به تشخیص دادگاه واگذار کرده‌ایم. اینها همه اتفاق‌هایی است که بعد از انقلاب افتاده و تمام اینها همسو با حمایت از حقوق زن است. محاسبه مهریه به نرخ روز، این کار به چه دلیل باید انجام شود دلیل شرعی آن چیست؟ اینها همه گرایش به حقوق غرب است.

اما یک گرایش به حقوق اسلام هم وجود دارد. یعنی در گرایش‌های تحولات حقوق هر دو سو وجود دارد که به نظرم موجب ناکارآمدی حقوق می‌شود. آن حقوقی که اصلاً در حوزه حقوق خانواده نباید اثرگذار می‌بود. به هر حال در حوزه حقوق خانواده اقداماتی کردیم. مؤلفه‌های جامعه مدرن را امروزه می‌توانید ببینید. جامعه مدرن جامعه‌ای است که در آن خانواده از خانواده گسترده به هسته‌ای تبدیل شده و روابط خانوادگی در آن تصنعی است. خانواده دیگر کانون حفظ ارزشها نیست که به نظرم این مورد بسیار هم پررنگ شده است. اختلاف‌ها دیگر توسط ریش سفیدان حل نمی‌شود. نقش قانون در چنین سیستمی پررنگ است.

با توجه به تمام این موارد شخص اگر فقط بخواهد از روی عقل تصمیم بگیرد و عشق، علاقه، تربیت، اخلاقیات و حفظ سنت‌ها هم نباشد به دنبال روابط نامشروع می‌رود. پیامبر (ص) بر امر ازدواج تأکید کرده و این خود باعث می‌شود که آدم متشع به سمت ازدواج برود. چون با ازدواج نصف دین احراز می‌شود. تعداد طلاق‌ها بسیار نگران‌کننده است. رتبه طلاق ایران در جهان چهارم است. رتبه‌ای که برای من هم بسیار عجیب بود. یعنی از هر شش ازدواج یکی منجر به



طلاق می‌شود؛ بعضی هم گفته‌اند از هر چهار ازدواج یکی به طلاق منجر می‌شود. البته آنها طلاق‌های عاطفی را هم حساب کرده‌اند. طلاق عاطفی یعنی طلاق که در هیچ جا ثبت نمی‌شود و زن و مرد دیگر سراغ هم نمی‌روند و حتی ممکن است برای آسیب ندیدن فرزندان زیر یک سقف هم زندگی کنند اما کاری به کار هم نداشته باشند. ۲۵ درصد ازدواج‌ها منتهی به طلاق می‌شود. چه طلاق رسمی و چه طلاق عاطفی. مسئله دیگر ایدز است. ایدز در واقع دستاورد جامعه مدرن است. در جامعه سنتی ایدز وجود ندارد. در جامعه مدرن خانه‌های مجردی را ببینید و جالب اینکه نیروی انتظامی می‌گوید با آن برخورد می‌کند آیا اصلاً این کار شدنی است؟ آیا خانه مجردی عنوان مجرمانه دارد؟

به هر حال جامعه فعلی ما متأسفانه چنین جامعه‌ای است. زن می‌تواند با آگاهی‌های حقوقی که دارد جلو برود. ۸۰ درصد طلاق‌های جامعه ما به درخواست زوجه بوده که بسیار وحشتناک است. یعنی زن که همواره بردبار بوده به کجا رسیده که بیشتر طلاق به درخواست اوست. یعنی آن سنت‌هایی که قبلاً بود با این موضوع که طلاق اصلاً چیز مذمومی نیست عوض شده است. در قشر تحصیل‌کرده این مورد پررنگ است. در جامعه در حال گذار حتی در میان افراد درون گروه مدرن و سنت‌گرا تفکر واحد وجود ندارد. یعنی سنت‌گراها هم همه یک حرف نمی‌زنند چون می‌بینند همه سنت‌ها جواب نمی‌دهد. افراد جامعه مدرن می‌خواهند که قانون بیشتر حرف بزند تا اخلاق.

مهریه، حسن‌معاشرت و نفقه که شامل هزینه‌های درمان، تحصیل، مسافرت می‌شود و غیره اینها همه دستاوردهای جنبش فمینیسم است. ولایت قهری که چرا دختر باکره رشیده نیازمند اذن ولی باشد و اگر هم هست ضمانت‌اجرای آن باید خیلی کم باشد. مرد نباید بدون قید و شرط زن خود را طلاق دهد تمام این موارد در جامعه امروز وجود دارد.

اما مورد جالب دیگر شیوه تحولات است. یعنی جامعه هوشمند جامعه‌ای است که شیوه تحولات را انتخاب می‌کند. شیوه تحولات از طریق عناوین ثانویه. یعنی نقش مجمع تشخیص مصلحت در اعمال عناوین ثانویه خیلی پررنگ است. بسیاری از مقرراتی که گفتم بعد از انقلاب تغییر کرد علی‌رغم اینکه گروه ذی‌نفوذ سنت‌گرا حضور دارند از عناوین ثانویه است و نشان می‌دهد فشار اجتماعی بسیار زیاد است. یکی از ۱۳ شرط ضمن عقد مربوط به نیمی از دارایی‌های زوج است که به زوج می‌رسد به شرط اینکه درخواست طلاق از جانب زوج نباشد و زوج هم به خاطر سوء‌معاشرت، زن را طلاق ندهد. ۱۲ شرط دیگر هم مربوط به حق طلاق است. یعنی خواسته مهم زنان این است که مرد زن را وکیل می‌کند که درخواست طلاق از جانب او بکند.

سوم از طریق گزینش آراء فقهی. یعنی همه فقها یک چیز نگفته‌اند. فقها حرف‌های متفاوت زدند. ما می‌توانیم آن موردی را انتخاب کنیم که بیشتر با تمایلات جامعه زنان سازگار است.

چهارم از طریق آیین‌نامه. یعنی جاهایی آیین‌نامه وارد شده است. مثلاً در دوره‌ای می‌گفتند اگر زن مهریه را مطالبه کرد خانه مرد جز مستثنیات برای مطالبه مهریه نیست. این یک آیین‌نامه بوده، خلاف قوانین اما عملی می‌شد و برای یک مدت طولانی حوزه‌های ثبتی این کار را می‌کردند.

پنجم تفسیر قوانین. به نظرم تفسیر قوانین بسیار پررنگ است. یکی از قضات دیوان عالی کشور می‌گفت در هیئت عمومی دیوان کشور پرونده‌ای مطرح بود و بحث این بود که خانمی از قیافه شوهرش خوشش نمی‌آمد. آیا این عسر و حرج است؟ می‌گفت از ۳۵ نفر ۳۰ نفر رای دادند که این عسر و حرج است. خوب این تفسیر است بدون اینکه قانون تغییر کند. یعنی دادن حق

طلاق. کمترین چیزی که آدم می‌تواند بگوید اینکه دیگر از این آقا خوشم نمی‌آید. آقا هم می‌تواند همین را بگوید. اما آقا مثلاً مطابق شریعت می‌توانست گواهی عدم امکان سازش بگیرد. اما خانم نمی‌توانست. اما می‌گویند تفسیر این‌طور شده است. مثلاً آیا یک بار ضرب و شتم در حال عصبانیت برای سوء‌معاشرت کافی است؟ من رأیی دیدم که می‌گفت لازم نیست این کار تکرار شود. تفسیر دادگاه این است که همین یک بار هم کافی است. این آراء، جدید هم نیست برای دهه ۷۰ یا ۸۰ است و برای سال ۱۳۹۰ احتمالاً باید بسیار هم تغییر کرده باشد.

آخرین مورد بهره‌گیری از نهادهای موجود است که عرض کردم. مثلاً مادر کودکش را می‌خواهد، می‌گوید مهریه را نمی‌گیرم به این شرط که حضانت کودک برای من باشد یا طلاق توافقی را در ازای دریافت نکردن مهریه می‌پذیرم.

با مواردی که عرض کردم کشمکشی در حقوق خانواده و در حوزه فرهنگ وجود دارد و متأسفانه به جای اینکه کار فرهنگی بکنیم، بیشتر قوانین و مقررات را پررنگ کردیم و موجب ناکارآمدی نظام حقوقی یا نظام خانواده شدیم.

آفت‌های مدرنیته قبل از اینکه خود مدرنیته بیاید، دامن‌گیر ما شده است. یکی از بلاها هم به نظر من ازدواج نکردن جوانان‌هاست که هزار دلیل هم می‌تواند داشته باشد. در این زمینه کار فرهنگی نکردیم و وقتی خانواده متلاشی شود، کل جامعه از بین خواهد رفت. در نتیجه باید کمی عمیق‌تر فکر کرده و بیشتر روی اخلاق و فرهنگ تمرکز کنیم.