**فلسفی شدن حقوق/ پیشینه فلسفه حقوق در اندیشه اسلامی**

**محقق داماد، سید مصطفی**

مسلما یکی از مهمترین شاخه‏های«فلسفه‏های مضاف»، فلسفه حقوق است.یکی از اهداف فلسفه حقوق این‏ است که برای مفاهیم اساسی علم حقوق،پشتوانه نظری و فلسفی مهیا کند.نمونه چنین تلاشی در تاریخ تفکر عالم‏ اسلامی مسبوق به سابقه است.علم اصول فقه به نوعی‏ تلاش در این عرصه است که نویسنده این مقاله آن را نشان داده است.

دکتر سید مصطفی محقق داماد

فلسفه در دوران باستان بر همه علوم پوشش داشت.حکمای یونان‏ باستان،فلسفه را در یک تقسیم اصلی به فلسفه نظری و فلسفه‏ عملی تقسیم می‏کردند.فلسفه نظری شامل الهیات-طبیعیات‏ و ریاضیات و فلسفه عملی شامل اخلاق-سیاست‏مدن و تدبیر منزل بود و علم نوامیس یعنی علم قانون،بخشی از فلسفه به شمار می‏آمد.به تدریج علوم از فلسفه فاصله گرفتند و تلاش کردند که از ولایت مطلقه فلسفه خارج شوند.علم و فلسفه دو حوزه کاملا جدا و رویاروی یکدیگر شدند و کار به جائی رسید که علوم نقلی و عقلی نه‏ تنها در فاصله‏ای ژرف از یکدیگر موضع گرفتند که بالاتر در بخش‏ علم قانون،فلسفی اندیشیدن نقص درک علم قانون،محسوب شد و حتی گاه و بی‏گاه طلاب و اندیشه‏گران هریک از رشته‏ها به تلخ‏گویی‏ علیه وادی مقابل می‏پرداختند.چنانچه شیخ بهائی فقیه نامدار نیمه‏ نخست قرن یازدهم هجری در مقابل فقیه عقل‏گرای معاصر خویش، محمد باقر استرآبادی معروف به میرداماد،در مثنوی مشهور«نان و حلوا»گفته است:

دل منوّر کن به انوار جلی‏ چند باشی کاسه لیس بو علی‏ سرور عالم شه دنیا و دین‏ سور مؤمن را شفا گفت ای حزین‏ سور رسطالیس و سور بو علی‏ کی شفا گفته نبی منجلی؟! سینه خود را بر و صد چاک کن‏ دل ازین آلودگی‏ها پاک کن

و همو در مثنوی دیگری می‏گوید:

یکدم به خودآ و ببین چه کسی‏ به که بسته دل و به که هم نفسی‏ تا کی ز شفا تو شفا طلبی‏ از کاسه زهر،دوا طلبی

بر کف ننهد بجز بادت

برهان تناهی ابعادت

ولی در قرون اخیر بار دیگر فلسفه بر سر رشته‏های دیگر علوم پایه‏ افکند و این امر به علت فزون‏طلبی و زیاده‏خواهی فلسفه نبود،بلکه‏ معلول نیازی بود که در دیگر بخش‏های علوم احساس می‏شد.جهان‏ دانش در مغرب زمین با تأثیرپذیری از عنوانی که هگل فیلسوف‏ قرن نوزدهم آلمان برگزیده بود یعنی«فلسفه حقوق»،به تدریج‏ فلسفه‏های مضاف را رواج داد:فلسفه تاریخ،فلسفه هنر،فلسفه علم، فلسفه منطق و بالاخره اخیرا فلسفه تکنولوژی و...در مراکز علمی‏ رونق گرفت.

نگارنده متوجه این نکته می‏باشد که معنا و مفهوم فلسفه‏های‏ مضاف،به معنای آن نیست که دانش‏های مضاف الیه شاخه‏هایی از فلسفه شده‏اند و نمی‏خواهد در آن دامی بیفتد که برخی از مترجمین‏ آثار فلاسفه غرب به فارسی در آن گرفتار شده و پنداشته‏اند که منظور از فلسفه تاریخ یا فلسفه هنر،مثلا،درآمیختن فلسفه با تاریخ یا با هنر است ولی به‏هرحال فلسفه‏های مضاف،مجموعه‏ای از تاملات عقلی‏ است که در مورد یکی از رشته‏های دانش نظیر تاریخ یا هنر و یا حقوق‏ ملحوظ نظر است و به تعبیر فنی سنتی در فلسفه‏های مضاف تحلیل‏ عقلانی حول«مبادی تصدیقیه»1علوم صورت می‏گیرد.

در عالم اسلام از همان قرون اولیه دانشی تحت عنوان علم اصول حقوق‏ پیشینیه فلسفه حقوق در اندیشه اسلامی

فقه که می‏توان آنرا فلسفه حقوق اسلامی نامید(چنان‏که نامیده‏اند) در دامن ادبیات اسلامی شکل گرفت و روزبه‏روز رشد و تکامل یافت. هرچند که در طول 14 قرن همواره دانش مزبور با پیروان نظریه‏ جدائی عقل و نقل که گونه دیگری از مکتب تفکیک حوزه تعقل و اندیشه از علم قانون و نوامیس است،در چالش و جدال بوده است، ولی ما در زمانی سخن می‏گوئیم که نزاع در این مقطع زمانی به نفع‏ اصولگرایان مغلوبه و یا لا اقل مسکوت مانده است،هرچند که به نظر من با بازسازی و در اندازی طرحی نو و به روز کردن عناوین و روش‏ بحث،جای گفتگو هنوز هم وجود دارد.

در سده‏های اخیر،نحوه تعامل بین«اصالت»و«عصرگرایی» یکی از مهمترین مسائلی است که احیاگران دینی به آن پرداخته‏اند. چالش بین عالمان اسلامی در مسائلی چون عقل و نقل(وحی) -مصلحت و نص-ثابت و متغیر-اجتهاد باز و اجتهاد بسته همه‏ در گرو تبیین این تعامل است.تعلیل و تعبد نیز مصداق روشنی از تبیین نحوه تعامل بین اصلات و عصرگرایی بوده که هم از حیث‏ معناشناسی و هم از حیث مصداق‏شناسی و بیان ضابطه و معیار و سرانجام قاعده‏مند کردن آن برای استفاده در علم فقه،نیازمند مطالعه و بررسی جدی است.مطالعه در تاریخ فقه نشان می‏دهد که دو گونه طرز تفکر و به تعبیر دیگر دو نگرش به قوانین شرعیه از روزهای نخستین شکل‏گیری فقه وجود داشته است.یک نگاه مبتنی‏ بر عقلانی نگریستن به احکام شریعت و نگاه دیگر تعبدی نگریستن‏ بوده است.تعلیل‏گرایی برخی فقیهان امامیه در استنباط احکام‏ شرعی،مبتنی بر نگرش نخستین در فقه امامیه است و خوشبختانه‏ در سال‏های اخیر مطالعاتی در این زمینه صورت گرفته است.2 گفتنی است خالد زهری،محقق معاصر اهل سنت در کتابی با عنوان تعلیل الشریعه بین السنه و الشیعه:الحکیم الترمذی‏3و ابن‏ بابویه‏4با عنایت به آرای دو عالم برجسته و معاصر اهل سنت و امامیه که هر دو کتابی درباره علل شرایع دارند،روش‏های تعلیل‏ چون کشف مقاصد شریعت و عمل به مصلحت،قیاس صحیح و قاعده‏ تزاحم را مورد بررسی قرار داده و در تقریب مذاهب کوشیده است.

در اینجا این سوال مطرح می‏شود که چرا علم قانون مجددا رو به‏ سوی فلسفه کرد؟چه شد و چه نیازی احساس شد که علمای قانون‏ به تفلسف روی آوردند و آن را امری گریز ناپذیر برای پیشبرد دانش‏ قانون دانستند؟

مجلدات سه‏گانه کتاب مستطاب«فلسفه حقوق»استاد کاتوزیان‏ پیامی ضمنی و حتی گاهی صریح دارد و آن این است که برای‏ توسعه دانش حقوق به جز گام برداشتن در حوزه فلسفه حقوق،راه و چاره‏ای وجود ندارد.این سخن در جای خود سخنی کاملا حکیمانه، سنجیده،روا و حق است ولی سؤال این است که چرا چنین است و راز اصلی قضیه چیست؟

پاسخ این است که حوزه اندیشه،تفکر و تعقل را باید از حوزه‏ اطلاعات و محفوظات که در جای خویش حتی می‏تواند از مقوله‏ فضل باشد،کاملا جدا دانست و دانش حقوق در مقوله نخستین‏ جای دارد نه در دسته اخیر.دانش حقوق؛تفکر،تأملی و تفقه است و بر اندیشه‏ورزی،استنتاج و به معنای جامع کلمه بر همان واژه سنتی‏ «اجتهاد»استوار است.اجتهاد یعنی به‏کارگیری نهایت قوای فکری‏ بسشر برای دست یازیدن به مجهولات.قدما نیروی اجتهاد را ملکه‏ قدسیه‏ای می‏دانستند که صاحب آن با اتصال به خرد جاویدان حاکم‏ بر جهان فکرش می‏تراود.

فکر،روندی دارد که در همه جا مشترک است،فرقی نمی‏کند که ماده فکر چه باشد،منقول باشد یا معقول.حکیم سبزواری در منظومه‏اش می‏گوید:

الفکر حرکه الی المبادی و من المبادی الی المراد

و فارابی در احصاء العلوم،علم فقه را از دسته علوم عقلی دانسته‏ است.تفقه بدون تعقل و تفکر تناقض است.حامل منقولات بدون‏ نظریه‏پردازی را نباید فقیه خواند،بایستی او را محدّث دانست.

فاصله گرفتن علم قانون از فلسفه به معنای جزئی کردن،محلی‏ کردن،قبیله‏ای کردن و قومی کردن قانون است و نتیجه‏ای جز منزوی شدن و جدائی از جامعه جهنی حقوق نخواهد داشت.

جهانی شدن حقوق،مدیون فلسفه حقوق و فلسفی شدن حقوق‏ است.اگر امروز اصول اساسی اعلامیه حقوق بشر جهانی شده و مورد پذیرش خردمندان قرار گرفته،به خاطر عقلانیت و به کارگیری‏ موازین عقلی است.قوانین غیر مبتنی برپایه و مبانی اصیل،بی‏گمان‏ مقطعی و مربوط به شرائط،زمان و مکان خاص خواهد بود و نمی‏تواند با قافله تمدّن بشری همنوائی کند.

تفقه و هنجارهای اجتماعی

فلسفی شدن حقوق موجب می‏گردد که نظام تقنین با هنجارهای‏ اجتماعی منطبق باشد،همانطور که بسیاری از مکاتب فقهی‏ اسلامی در دوره‏های اولیه از تاریخ تفقه به اهمیت این نکته توجه‏ کردند و فقاهت را با همین اندیشه آمیختند.منظور از هنجار، روش و رفتارهای معیار محور و قاعده‏مند است و مراد از هنجارهای‏ اجتماعی ارزش‏هایی است که در بستر زمان به حدی قوام‏یافته که‏ جزء بایدهای جامعه تلقی می‏شوند.حقوقدانان و جامعه‏شناسان‏ در مورد تعاریف ذکر شده اختلاف نظری ندارند،اختلاف آنان در مبانی است.جامعه‏شناسان عامل هنجار را به رفتارهای انسان‏ نسبت می‏دهند و مبنای هنجار را در نظم اجتماعی می‏دانند.آنان‏ معتقدند که حقوق و قانون یکی از نظم‏های هنجاری موجود در جامعه است که در کنار سایر هنجارها قرار می‏گیرد و از جهت مبنایی‏ با آنها مشترک است.5درحالی‏که بسیاری از حقوقدانان-که‏ به صاحبان مکتب تحققی حقوق شناخته شده‏اند6،هنجارهای‏ حقوقی را از هنجارهای اجتماعی تفکیک می‏کنند.اینان معتقدند حقوق یک پدیده هنجاری است که الزامات خود را از قدرت حاکم‏ اخذ می‏کند.این دسته از حقوقدانان توجه خود را بر محوریت قوه‏ قاهره دولت و ترس از ضمانت اجرایی کافی متمرکز ساخته‏اند.

بر نظریه مکتب تحققی حقوق از سوی صاحب‏نظران نقدهای‏ بسیار وارد گردیده و در رأس آن این نکته است که این‏گونه تحلیل از مبنای قانون،یعنی تکیه بر دولت و اجبار و قهر آن،اگر سابقا هم در رژیم‏های استعماری و یا حکومتهای ایدئولوژیک می‏توانست کاربرد داشته باشد،ضعف و ناکارآمدی مکتب مزبور امروزه کاملا مشهود و ملموس گردیده است.امروز که موضوع حقوق بشر به تدریج امری‏ جهانی شده است،ضرورت مطالعه در خصوص ارتباط تنگاتنگ‏ میان هنجارهای اجتماعی با هنجارهای حقوقی،بیشتر درک‏ می‏شود.اینکه قوانین مملکتی باید از مقبولیت مردمی برخوردار باشند،خواست همگان است.

تتبع انجام شده نشان می‏دهد که اکثریت فقیهان اسلامی از گذشته بسیار دور متوجه این نکته پراهمیت بوده و همواره تلاش‏ کرده‏اند که میان هنجارهای اجتماعی با شریعت،آشتی برقرار سازند و متون شرعی را به گونه‏ای تفسیر کنند که قوانین حتی المقدور «عرف‏پسند»باشند و هیچ گونه ناسازگاری اجتماعی و تنش‏های‏ عرفی پیش نیاید،مگر آنکه خواسته عرف در تقابل صریح با شرع قرار می‏گرفت که جز تخطئه و به اصطلاح فقهی«ردع»عرف چاره‏ای‏ وجود نداشت.

البته منر نمی‏توان شد که برخی از مکتبهای فقهی هم بوده‏اند که‏ بر تفکیک و عدم ارتباط میان شریعت با هنجارهای اجتماعی اصرار ورزیده و سعی داشته‏اند که الزام بی‏چون و چرای آن را با منشأهای‏ الهی توجیه کنند.

اندیشه اشعریان در تاریخ تفکر اسلامی،فقط به حوزه کلام محدود نمی‏شد،آثار عملی فکر آنان ریسمانی بود که به تعقل و تفکر بشری‏ در فهم احکام شریعت پیچیده می‏شد و او را از هرگونه چون و چرا در مسائل شریعت باز می‏داشت.آنان در گفتگوهای کلامی خود اظهار می‏داشتند(و می‏دارند)که خداوند،بی‏نیاز مطلق و از هرگونه کاستی‏ و کمبودی پیراسته است،لذا برای افعال او نباید غرض و غایتی در نظر گرفت.7این طرز فکر که ریشه اصلی‏اش در مسئله دیگری‏ تحت عنوان«حسن و قیح عقلی»وجود داشت‏8.در اینجا متوقف‏ نمی‏شد و به سرعت به حوزه تفقه سرایت می‏کرد.آنان معتقدند که‏ رابطه خداوند با انسان رابطه برده و اربابی است که ارباب او برای اینکه‏ اطاعت و انقیاد او را آزمایش کند،دستوراتی به او می‏دهد هرچند هیچ مصلحتی برای او در انجام آن عمل در نظر نداشته باشد.مورد نظر این مکاتب فقهی با مکتب پوزیتویسم حقوقی کاملا منطبق‏ است و اگر پیروان آن مکاتب را پوزیتویست‏های فقهی بنامیم، چندان گزاف نگفته‏ایم.مکتبی که در میان اهل سنت به نام سلفیون‏ شهرت دارد از جمله این دسته است.پیروان آنان بر حذف و محو کلیه هنجارهای حقوقی که در دوره مدرنیته بوجود آمده است،پای‏ می‏فشارند.درحالی‏که مکاتب فقهی دیگر از جمله مکتبهای شیعی‏ سعی کرده‏اند که نیازها و رخدادهای روزمره و تاسیس‏های جدید اجتماعی را با موازین کلی شریعت تطبیق دهند.آنان سعی کرده‏اند که تئوری‏های فقهی را به گونه‏ای بسط دهند که بتوانند هنجارهای‏ شریعت را در رفتار عرفی مردم نهادینه کنند.

اندیشه اشعری در درجه نخست با رویارویی،نقادی و بالاخره‏ پاسخگویی نکته به نکته معتزله به سستی گراییده و سپس‏ توسط تمتکلمان و فقیهان شیعی به چالش کشیده شد.معتزله به‏ صراحت عقل را"شارع‏"دانستند.البته معتزله در این مقام به عنوان‏ اندیشمندان مسلمان و مؤمنین به خداوند سخن می‏گفتند و بی‏تردید هر مسلمانی برای عمل و کردار خود،قرآن را منبع نخستین‏ و سپس سنّت رسول اللّه(ص)می‏داند.و جای این سؤال است که‏ مقصودشان از شارع بودن عقل چه می‏تواند باشد؟

معتزله بر این امر اصرار داشتند که پذیرفتن منقولات و مسموعات‏ هرگز به این معنی نیست که در فهم آن نباید تعقل و تدبر به کار گرفته شود.درست است که احکام شرعی و اوامر الهی از حیث‏ رتبه و مرتبه در مرتبه‏ای بالاتر از عقل بشر قرار دارد ولی این بدان‏ معنی نیست که برای فهم آن نباید از عقل استفاده گردد.قاضی‏ عبد الجبار معتزلی می‏گوید«درست است که در میان ادله چهارگانه، کتاب الهی اصل و اساس شناخته می‏شود ولی باید توجه داشت‏ که این کتاب مقدس برای تنبیه عقل آمده و بیداری آن را سبب‏ می‏گردد»9

تأثیر اندیشه معتزله بر تفقه

جمال البنّاء نظریه‏پرداز معاصر مصری،اظهار تعجب می‏کند که‏ چرا اندیشه بلند عقل‏گرایی مکتب معتزله در محدوده مسائل کلامی‏ محبوس شد و به تشاجرات و تخاصمات بی‏فایده حدوث و قدم قرآن‏ و امثال آن پرداختند و در حوزه فهم شریعت،تفکرشان را گسترش‏ ندادند.وی معتقد است فرقه شیعه نیز هرچند خود را اهل اجتهاد خوانده‏اند ولی به نظر وی آنان نیز توجه چندان عمیقی به نقش عقل‏ نکردند.10

در انتقاد از نظر فوق می‏توان گفت:

اولا:در قرون آغازین اسلامی دوران کوتاهی در سایه روش مأمون‏ خلیفه عباسی مبنی بر تشویق بحث‏های نظری بازار تفکر عقلانی‏ رونق گرفت ولی طولی نکشید که با روی کار آمدن متوکل خلیفه‏ عباسی سیاستی که وی برای خنثی کردن آثار روش مأمون پیش‏ گرفت،پیشرفت اندیشه اسلامی را با دشواری مواجه ساخت و هر چند که این امر تحت شعارهای عوام‏پسندانه جانب‏داری از دین‏ صورت می‏گرفت،انگیزه سیاسی تحکیم قدرت مطلقه دربار خلافت، نقش اصلی را در این امر ایفا می‏ساخت.در سال 241 هجری یعنی‏ دقیقا سال‏های میانی قرن دوم تحت شعار جلوگیری از هرج و مرج‏ دینی و ایجاد انضباط و حسن جریان امور شرعی،رسما اجتهاد ممنوع شد و به اصطلاح باب اجتهاد مسدود و جامعه مسلمانان سنّی‏ را به شیوه تقلید وادار ساخت.

خلاصه آنکه توجیه گونه‏های نامشروع قدرت‏های سیاسی همواره‏ انگیزه خاموش کردن تعقل و تفکر بوده است و متقابلا خردورزی‏ دینی موجب روشنی انسانها و ناامن کردن محیط برای دوام و بقاء قدرتهای غیر مشروع می‏شده است.

و ثانیا:ناسپاسی است اگر به تأثیر شگرف اندیشه اعتزال بر «اجتهاد»و گسترش حقوق اسلامی اذعان نکنیم.نمی‏توان انکار کرد که پیدایش مکاتب مختلف فقهی در همان قرن دوم هجری‏ و گرایش به واردسازی استدلالهای عقلی و توجه به هنجارهای‏ اجتماعی در حوزه استنباطات شرعی،معلول چون و چراهای‏ معتزلیان بوده است.تشکیل مکتب فقه عراق،در نیمه سده دوم، به امامت ابو حنیفه نعمان بن ثابت فقیه عقلگرای ایرانی،حاصلی از همین تلاش است.

متکلمان معتزلی،مانند واصل بن عطا که به عنوان بنیان‏گذار فرقه‏ معتزله،هرچند متکلم شناخته شده و به این عنوان شهرت یافته ولی‏ تأثیر فکرش را برمعرفت شریعت نمی‏توان انکار کرد.او نخستین‏ کسی است که به صراحت یکی از منابع فقه را«عقل سلیم»دانسته‏ است‏11.پیروان مکتب اعتزال کلامی در تفقه به معتقدین به‏ نگرش«تعلیل»یا به تعبیر روز به«فلسفه فقه»شناخته شدند.

در یک نگرش کلی بر ماهیت تکلیف که اکنون در حوزه مباحث‏ مربوط به فلسفه فقه جای می‏گیرد،می‏توان به دو رویکرد در بین عالمان اهل سنت اشاره کرد.در نظر برخی،تکلیف منوط به‏ «مشیّت»خداوند است.گروه دیگر نیز تکلیف را بر سبیل«مصلحت» می‏دانند12.در نظر قائلان به«معلّل»بودن افعال خداوند،فعل‏ بدون علت،«فعل عبث»بوده و خداوند از آن منزّه است.

فقهیان امامیه در همان قرون دوم شیوه خردگرایی معتدلانه خود را از تعلیمات اهل بیت عصمت(ع)فرا گرفتند.آنان به نوعی تعلیل‏ اذعان نمودند،یعنی آنکه احکام الهی برای مصالح عباد وضع گردیده‏ و تماما معلّل به اغراض و مصالح است،هرچند که ما نتوانیم علل آنرا بدست آوریم.ما مجاز نیستیم که با اوهام و ظنون خود علتی برای‏ احکام بیندیشیم و براساس گمان خود به توسعه و تضییق بپردازیم. مقایسه میان اندیشه«ابن بابویه»(صدوق)از فقیهان امامیه و «ترمذی»از فقیهان اهل سنّت که هر دو از معتقدین مکتب تعلیل‏ شناخته شده‏اند،تفاوت میان عقلگرایی شیعی و سنّی را نشان‏ می‏دهد.13

ابن جنید اسکافی‏14(در گذشته قبل از 377 ه.ق)شخصیتی‏ استثنایی در بین فقیهان امامیه است که روش فقهی وی را می‏توان‏ نزدیک به روشهای اصحاب رأی و به‏طور خاص،فقه حنفی دانست‏ وی به صراحت حجیت قیاس و عمل به اجتهاد الرأی را مطرح‏ می‏کرد و بر این عقیده بود که تفکر امامیه با قیاس و رأی سازگار است.وی در جهت اثبات اندیشه خود دو کتاب با عنوانهای«کشف‏ التمویه و الإلباس علی أغمار الشیعه فی أمر القیاس»و کتاب«إظهار ما ستره أهل العناد من الروایه عن أئمه العتره فی أمر الاجتهاد» تألیف کرد15.براساس آنچه از عنوان این دو کتاب برمی‏آید مطالب درباره قیاس از دیدگاه شیعه توسط برخی به‏طور غیر واقعی‏ نمایانده شده و درباره رأی یا اجتهاد الرأی نیز مورد ستر و چشم‏ پوشی عامدانه قرار گرفته است.

از نظر مبانی کلامی فقه باید گفت ابن جنید عقیده داشت که اقوال‏ فقهی امامان(ع)براساس اجتهاد و رأی ایشان است و اختلاف در روایات فقهی،ناشی از اختلاف رأی است.بنا به گفته شیخ مفید در أجوبه المسائل السرویه‏16،کتابهای ابن جنید انباشته از احکامی‏ است که بر عمل به ظن و روش قیاسی اهل سنت پایه‏گذاری شده‏ و بین منقول از امامان(ع)و رأی،خلط گشته است.ابن جنید در المسائل المصریه،به ظن خود معانی اخبار مورد استناد را مختلف‏ دانسته و سبب اختلاف را به رأی امامان(ع)نسبت داده است.شیخ‏ مفید این دیدگاه را ابطال کرده و بین تمامی معانی اخبار جمع کرده‏ است،به گونه‏ای که اختلافی در آن نباشد.علاوه بر آن ابن جنید در مسائلی تصریح می‏کند که حکم امامان(ع)همواره براساس ظواهر و نه علم ایشان بر بواطن امور است‏17و به عنوان نظر فقهی اعتقاد دارد امام(ع)و حاکمان منصوب از جانب او نمی‏توانند در تمامی‏ حقوق و حدود براساس علم خود،خواه زمان آن قبل از تصدی‏ این منصب یا بعد از آن باشد،حکم صادر کنند18.به گفته سید مرتضی علاوه بر اینکه اجماع قبل از ابن جنید و پس از او نیز وجود داشته وی بر گونه‏ای از«رأی»و«اجتهاد»تکیه کرده و خطای وی‏ آشکار است‏19.

براساس همین مبانی کلامی کاملا موجّه می‏نماید که وی به ادلّه‏ ظنی چون قیاس در کنار ظواهر کتا و اخبار آحاد عمل کند.تعمیم‏ حق شفعه به عقود معاوضی چون هبه و صلح و قول به فقدان رابطه‏ پدری در قصاص و تعمیم آن به مادر نمونه‏ای از آرای فقهی او است.

در نیمه اوّل قرن پنجم هجری شیخ طوسی(460 ه.ق)مکتب‏ تفریع را برای فقه امامیان بنیان می‏نهد.مکتبی که تا یک قرن بی‏ چون و چرا مورد پیروی قرار گرفت.بنا به گفته شیخ طوسی،فقه‏ امامیه همواره از سوی مخالفان کوچک شمرده شده و به قلّت فروع‏ و مسائل فقهی منتسب می‏شده است.در دیدگاه آنان نفی قیاس‏ و اجتهاد،راه را بر کثرت مسائل و تفریع بر اصول می‏بندد؛وی این‏ دیدگاه را ناشی از جهل به مذهب امامیه و تأمل اندک نسبت به اصول‏ می‏داند؛زیرا غالب مسائل مذکور توسط اهل سنّت در اخبار ما موجود بوده و از سوی امامان(ع)که قول آنها از نظر حجّیت،نازل منزله قول‏ پیامبر(ص)است،به‏طور خاص یا عام،تصریح یا تلویح ذکر شده‏ است.علاوه بر آن بنای بر اصل برائت ذمه و سایر روشهای علم‏آور که‏ عمل به آن واجب است نیز می‏تواند پایه این مسائل باشد.کثرت عدد مسائل نیز به دلیل ترکیب آنها و تعلیق و تدقیق در مورد آنها از سوی‏ فقها است.20

در اواخر قرن ششم هجری همزمان با تأسیس حوزه حلّه مکتبی نو در اندیشه فقهی امامیه بنیاد می‏گردد.ابن ادریس حلی(598 ه.ق) یا نفی حجیت خبر واحد و قرار دادن دلیل عقل به عنوان منبع چهارم‏ استنباط،در واقع روش متکلمان پیش از شیخ طوسی،به خصوص‏ سید مرتضی را احیا و تکمیل کرد.ابن ادریس نخستین عالم شناخته‏ شده امامی است که از ادله اربعه سخن گفته و عقل را چهارمین آنها شمرده است.در مکتب حلّه می‏توان گفت برای نخستین بار اجتهاد به رسمیت شناخته شد.کاری که فقیهان پیشین انجام می‏دادند و نام آن را«استخراج»،«استنباط»و یا«تفریع»می‏گذاشتند و اجتهاد به عنوان اصطلاحی پیوسته با رأی و قیاس،معنایی مذموم‏ تلقی می‏شد.محقق حلّی در کتاب معارج الاصول خود،«اجتهاد »را با بار معنایی مثبت به کار برد و امامیه را اهل اجتهاد دانست.در نظر او استخراج احکام از ادله شرع،اجتهاد نام دارد و قیاس نیز یکی‏ از اقسام اجتهاد است و اگر قیاس استثنا شود،امامیه نیز در تحصیل‏ احکام برپایه روشهای نظری غیر از قیاساهل اجتهاد خواهند بود. در این مکتب بر این نکته تأکید می‏گردید که«ظنی بودن طریق با قطعی بودن حکم منافاتی ندارد»21.این رویکرد مباحثی چون‏ حجیت برخی از شیوه‏های اجتهادی،مانند«قیاس منصوص العلّه» و«تنقیح مناط»را مطرح کرد و کاربردهای دلیل عقل نیز تبیین شد. محقق حلّی در مقدمه کتاب المعتبر،برخلاف مشهور،ادله احکام را پنج دلیل دانسته و به ادله سه‏گانه یعنی کتاب،سنت و اجماع،دلیل‏ عقل و استصحاب را نیز افزوده است.

درست در اثناء همین تحولات در میان امامیان،غرب اسلامی‏ شاهد طلوع ستاره تابناکی در زمینه فلسفه حقوق اسلامی است. ابو ولید محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد قرطبی اندلسی‏ مشهور به ابن رشد حفید(590 ه.ق)که هم فیلسوف و هم فقیه‏ است.او که جامع معقول و منقول است در هر دو حوزه به تولید آثاری‏ دست می‏زند که حاوی محوریت تعقل در الهیات به معنای وسیع آن‏ است و انصاف آن است که علی رغم عظمتی که برای غزالی و جایگاه‏ وی در پیشرفت اندیشه بایستی قائل باشیم،ابن رشد با تألیف‏ «تهافت التهافت»،غزالی را نسبت به مخالفتش با تفکر فلسفی به‏ جای خویش نشانده است.درباره وی چنین گفته شده که«وی‏ ضابطه دو حقیقت یا به عبارتی دیگر دوگونه وحی را به میان آورده‏ است،یکی فلسفی و دیگری دینی ولی در تحلیل نهائی هر دو باید به‏ یک نتیجه برسند».22وی فقیه است و مالکی مذهب،کتاب فقهی‏ او«بدایه المجتهد و نهایه المقتصد»نام دارد.وی نام این کتاب را از یکی از آیات قرآن برگرفته است.

ابو اسحاق شاطبی فقیه اسپانیایی قرن هشتم هجری یکی دیگر از فیلسوفان حقوق اسلامی است که نظریه اهداف شریعت را در اندیشه فقهی مطرح ساخت.او معتقد بود که شریعت مبتنی بر خیر انسان است و از منافع پنجگانه:دین،حیات،نسل،مال و عقل حمایت‏ می‏کند.منافعی که مورد پذیرش تمام ملل جهان است.

شاطبی قوانین شریعت را به دو دسته تقسیم می‏کند:1- عبادات،2-عادات و سپس توضیح می‏دهد که احکام عبادی‏ فراتر از عقل می‏نشیند،زیرا«خیر»آنها مبتنی بر تجربیات بشری‏ نیست.اما عادات یا بقیه قوانین شریعت در واقع در حوزه بشری قرار می‏گیرند.23

در اواسط قرن دهم محقق کرکی(متوفی 940 ه.ق)از فقیهان‏ بزرگ امامیه در عهد صفوی با تاکید بر نظریه ملازمه عقل و شرع‏ گام تحول بخشی در فلسفه حقوق در سنت امامی برداشته است. به گزارش نوه نامدارش محمد باقر استرآبادی معروف به میرداماد حکیم،فقیه و متکلم همان دوران در جذوه هشتم از کتاب جذوات: «جدم-اعلی اللّه مقامه-در شرح قواعد الاحکام و من در عیون‏ مسائل الفقهیه آورده‏ایم که سمعیات،الطاف الهی است در عقلیات، »24این نظریه درست همان تعبیری است که قرن‏ها قبل معتزله‏ به آن تصریح کرده بودند که الواجبات السمعیه الطاف فی الواجبات‏ العقلیه‏25و بعدها تعبیر شد که:«کلّ ما حکم به العقل حکم به‏ الشرع»26.

بنا به گزارش محقق کرکی،متقدمان به هیچ یک از انواع قیاس که‏ عبارت است از تعدیه حکم از منطوق به مسکوت،عمل نمی‏کردند، اما متأخران به قیاسی که علت حکم اصل یا از طریق نص و یا ایماء، منصوص است عمل می‏کنند.محقق کرکی،اتحاد طریق دو مسئله‏ را ضمن ادله عقلی و فرعی از فروع استصحاب می‏داند که تنها در برخی از احکام با آن مخالفت دارد.وی دلیل عمل به این ادله عقلی را روایت القاء الأصول می‏داند که بر وجوب اجتهاد نیز دلالت دارد.27

در دوران صفوی به برکت نقش عظیم علمای جبل عامل و اجتهاد پویای آنان،فقه توسعه یافت و بر سراسر زندگی روزمره مردم سایه‏ افکند.

درست مقارن همین ایام نهضت اخباری‏گری مطرح می‏شود. نخستین کسی که به فکر اخباریگری ساختار و تدوین بخشید محمّد امین استرآبادی(متوفی 1033 ه.ق)او با تألیف کتاب«الفوائد المدنیّه»که در 1031 ق در مکه معظمه به پایان رسانیده،نظریه‏های‏ حوزه حلّه را که محقق کرکی از آن نحله بود مورد انتقاد قرار داد و آنها را برگرفته و متأثر از اصول اهل سنت دانست.وی شیوه خود را نه طرحی نو،بلکه پیروی از سلف اصحاب حدیث امامی معرفی‏ کرده و معتقد است طریقه اصولیان با ساختار تفقه امامی ناسازگار است.28محمّد امین استرآبادی،ظواهر کتاب را فاقد حجیت‏ دانسته و تنها راه را برای دست‏یابی به مضامین کتاب و سنت نبوی‏ منحصرا اخبار ائمه(ع)می‏داند.

البته نگارنده در مورد دغدغه اخباریون نظر خاصی دارد که‏ این مقال جای تفصیل آن نیست.اجمالا آن‏که او معتقد است، نهضت اخباری‏گری عکس العملی افراطی است نسبت به حرکت‏ تمامیت‏گرای علمای جبل العامل و در رأس آنان محقق کرکی در دوران صفویه ایران.آنان می‏گفتند که مجتهدین به کمک قاعده‏ ملازمه تمام مستنبطات عقل بشری خود را به شریعت و دین‏ محمدی(ص)منتسب ساخته‏اند.

خلاصه آنکه در ادبیات اسلامی در کنار علم فقه،دانشی دیگر بنام علم اصول بارور شده که به اهم مباحث فلسفه حقوق اسلامی‏ پرداخته است و خلاف انصاف است،چنانچه به انگیزه عداوت ناشی‏ از جهل و یا وحشت ناشی از حیرت،عظمت این دانش عظیم را انکار کرده و یا به آن بی‏اعتنایی نمود.هرچند که با توجه به مطرح شدن‏ مباحثی جدید در فلسفه حقوق در مجامع علمی دنیای معاصر و انتشار صدها مقاله و کتاب در این زمینه،بی‏گمان انتظار همزبانی‏ با دانش جهانی و نظریه‏پردازی فلسفی-حقوقی از صاحب‏نظران‏ حقوقی کشورمان،کاملا واجد توجیه منطقی است؛ولی ناگفته‏ پیداست که این امر عظیم در کشور ما به جز از سوی آنان که علاوه‏ بر آگاهی به ادبیات حقوقی روز،در مقابل تراث غنی اسلامی،فقه، اصول و فلسفه اسلامی خاضعانه سر تعظیم فرود آورده‏اند،هرگز کاری برآمدنی نیست.

قانون مدنی ایران که حدود یک قرن پیش تنظیم شد و از همان‏ روزهای نخستین جایگاه خود را در جهان تقنین باز کرد و کماکان در کنار پیشرفته‏ترین قوانین بشری جهان عرض اندام می‏کند،راز بقا و استحکامش آن است که بر یک سلسفه اصول و مبانی محکم مبتنی‏ و از پشتوانه‏ی حکمت عملی برخوردار است.

استاد دکتر ناصر کاتوزیان سی سال پیش این حقیقت را دریافت‏ که دانش حقوق باید واجد پشتوانه‏ای فلسفی و عقلانی گردد، فلسفه‏ای که به پرسش‏های مهم پاسخ دهد.از جمله آن‏که حق‏ چیست؟از کجا نشأت می‏گیرد؟نیروی الزام‏کننده به رعایت حقوق‏ و قواعد آن‏چه می‏باشد؟هدف از این همه الزام چیست؟چه مقام‏ اجتماعی می‏تواند این قواعد را اعلام کند؟با چه وسائلی می‏توان‏ به آنها دست یافت؟آیا قانون آئینه تمام‏نمای قواعد حاکم بر جامعه‏ است؟و بالاخره قانون چیست؟آیا حق از قانون نشأت می‏گیرد یا قضیه بالعکس است؟قانون چگونه تفسیر می‏شود؟روش‏های‏ تفسیری چه تحولاتی به خود دیده است؟اگر همه به دنبال عدالت‏اند عدالت یعنی چه؟چه منبعی محور اصلی عدالت را تعیین می‏کند؟ جایگاه‏های دقیق شرع و عقل در قواعد حاکم بر جامعه چگونه‏ مشخص می‏گردد؟

اینها و صدها مسئله دیگر بخشی از پرسش‏هائی است که فراروی‏ آموزگار حقوق امروز و فردا قرار دارند و اگر انصاف دهیم در میان‏ کارهای ماندگار این استاد فرهیخته،کتبا مستطاب«فلسفه‏ حقوق»کاری است به سهم خود بدیع و اصیل که گونه اخیرش در سه مجلد عرضه شده است.او به این مسائل اولا رسیده و ثانیا تا حد توان تلاش کرده تا پاسخ مناسب داده شود.هرچند که بی‏تردید مانند سایر کارهای اهل نظر،جای نقد،تکمیل و فربه‏سازی بیشتر همواره وجود دارد

پانوشت در دفتر مجله موجود است.