

فلسفه فقه

*ناصر کاتوزیان

تلقى ما از فلسفه فقه مباحثی است که به کلیت فقه می‌پردازد، و به آن دسته از پرسش‌های اساسی که رویاروی کل فقه قرار دارد، پاسخ می‌دهد؛ مباحثی که روند کار فقه را در دو حوزه، یکی کل فقه و دیگری کار فقیه بررسی می‌کند. لذا به گمان ما علم اصول و رجال هم در واقع پس از فلسفه فقه قرار می‌گیرد. آنچه را که فلسفه فقه تثبیت و تبیین و هموار می‌کند، اصول و رجال، مکانیسم اجرای آن را در فقه در اختیار فقیه می‌گذارد. این چیزی است که ما تا به حال در حد تاملات مختصر به آن رسیده‌ایم و پرسشهایی که طرح شده است شاید تا حدودی حاکی از مقصود ما باشد. به عنوان اولین سؤال بفرمایید که آیا به نظر شما اصولا علمی به نام فلسفه فقه می‌توانیم داشته باشیم؟ کاتوزیان: برای روشن تر شدن عنوان فلسفه فقه، ضرورت دارد مقدمه‌ای کوتاه راجع به تعریف فلسفه و مقام و جایگاهی که در بین علوم دارد و ارتباط آن با فلسفه فقه و حقوق عرض کنم.

تعریف فلسفه

فلسفه را نخست «عشق به معرفت» دانسته‌اند. در تعاریف بعدی که کمی پخته‌تر می‌شود، این عشق جای خود را به «تلاش عقلی و تفکر درباره حقیقت» می‌دهد. به عنوان مثال، در کتاب «جمهوریت» افلاطون آمده است: «وقتی از سقراط می‌پرسند که فیلسوفان چه کسانی هستند، می‌گوید آنهایی که به تعقل نسبت به حقیقت و دست‌یافتن به واقعیت علاقه‌مندند».

در نوشته‌های فیلسوفان اسلامی هم آمده است که فلسفه تلاش عقلی برای دستیابی به واقعیت است به اندازه قدرت انسانی. این گونه تعریف‌های کلی که در واقع شامل همه علوم می‌شود، امروزه طرفدار زیادی ندارد. امروزه فلسفه هم، مانند سایر علوم، شاخه شاخه شده و هر شاخه به علمی پرداخته است؛ یعنی هر علمی نوعی فلسفه مخصوص به خود دارد؛ فلسفه تاریخ، فلسفه هنر، فلسفه حقوق، و فلسفه علوم، شاخه‌های شناخته‌شده‌ای برای فلسفه هستند.

پیدایش اصطلاح فلسفه حقوق

کانت و هگل اصطلاح فلسفه حق یا فلسفه حقوق را به کار بردند و دیگران هم از آنان تقلید کردند و این اصطلاح، امروزه نام شناخته‌شده‌ای است. طبیعی است که فقه هم به عنوان نظام کلی و منسجم باید برای خود فلسفه‌ای داشته باشد. منتها، در مقام تاسیس هر علم اختلافات و سؤالات و تردیدهای بسیاری مطرح می‌شود، از جمله این که حد و رسم آن علم چیست، بحث را از کجا آغاز کنیم و در کجا پایان دهیم و چه مسائلی را مطرح کنیم؟ طرح این پرسشها همه طبیعی است و نباید با شگفتی روبه رو شود.

فلسفه فقه

هر زمان که ما درباره معلومها و باورهای ذهن خود به تعقل پرداخته و سعی کرده‌ایم برای اشکالاتی که در ذهن داریم راه‌حلهایی پیدا کنیم، یا باورهای خود را اصلاح کنیم، به فلسفه روی آورده‌ایم. بنابراین، با توجه به تعریف فلسفه و تخصصی شدن آن، طبیعی است که فقه هم باید فلسفه‌ای داشته باشد. برای مساله‌گو که هدفی جز یافتن و اطاعت کردن ندارد، سؤالی در فقه پیش نمی‌آید، اما برای مجتهد سؤالات فراوانی در فقه هست که پاسخ آن را نمی‌یابد.

در فلسفه علم، همیشه تلاشگر عقلی، از بدیهی‌ترین معلومی که در ذهن دارد آغاز می‌کند؛ مثلاً دکارت می‌گفت: «من فکر می‌کنم پس هستم» و از همان معلوم هم شروع می‌کرد. در فقه هم از این امر بدیهی شروع می‌کنیم که، خود را در مقابل دریایی از الزامات و تکالیف شرعی می‌بینیم؛ کاری واجب است، و کاری دیگر ممنوع، و به طور خلاصه مجموعه‌ای از اوامر و نواهی را پیش رو داریم و تمام مظاهر زندگی ما در قید است. پس، نخستین سؤالی که برای فقیه پیش می‌آید این است که چرا ما باید از تمام این قیود اطاعت کنیم و چه نیرویی ما را وادار به اطاعت می‌کند؟ شاید بگویید که در فقه این پرسشها، پاسخ روشنی دارد: چون حکم خداست ما موظفیم به آنها عمل کنیم.

ولی باید توجه داشت این هم که آدم باید از خدا اطاعت کند، غیر از شبهه‌های مصداقی، خود فلسفه‌ای است که باید آن را طرح کرد و درباره آن به اندیشه پرداخت.

وانگهی می‌بینیم همه الزامها ناشی از حکم خدا نیست. در قرآن هست که «اطعیوا الله واطعیوا الرسول و اولی الامر منکم»؛ از رسول هم باید اطاعت کنیم. اگر اطاعت از رسول همان اطاعت از خدا باشد، دیگر تکرار آن معنا ندارد. پس اطاعت از رسول چیزی غیر از اطاعت از خداست. حال چرا از رسول باید اطاعت کنیم؟ این از جمله سؤلهایی است که گفته شد در ذهن مجتهد مطرح می‌شود و برای فرد عامی، یا مساله‌گو پیش نمی‌آید و پاسخ آن در کلام کسی که فقط به فقه می‌پردازد و آنچه را دیگران گفته‌اند شرح و تفسیر می‌کند، پیدا نمی‌شود. شما صد بار هم که شرح لمعه را از اول تا آخر بخوانید پاسخ چنین سؤالی را نمی‌یابید.

غیر از خدا و رسول، از اولی‌الامر هم باید اطاعت کرد. اولی‌الامر چه کسانی هستند؟ آیا این وصف اختصاص دارد به امامان، همان‌طور که مفسران شیعه گفته‌اند؟ آیا اولی‌الامر عبارت است از دولت اسلامی؟ از دولت اسلامی چرا باید اطاعت کرد؟ آیا به دلیل این که فرض این است که احکام چنین دولتی مطابق شرع است، یا به دلیل این که قدرت در دست اوست؟! اگر فرض این است که احکام دولتی مطابق شرع است، اگر دیدیم قوانین دولتی مخالف شرع است، آیا حق داریم در مقابل آنها مقاومت کنیم و قوانین حکومت اسلامی را اجرا نکنیم؟ و اگر تکرار شد آیا حق داریم در مقابل چنین دولتی که مشروعیت خود را از دست داده، مبارزه و حتی قیام کنیم؟ اندیشیدن درباره چنین سؤلهایی فلسفه است.

از اینها که بگذریم ما عاقل هستیم و عقل ما هم، در مبانی اندیشه اسلامی، پرتوی از شعور عقل کل است و ما به گونه‌ای به خالق عالم اتصال داریم. اگر قرار است ما همواره اطاعت کنیم، پس عقل برای چیست؟ آیا اطاعت شایسته خلیفه خدا بر روی زمین است؟ آیا این خلیفه خدا نباید چهره‌ای از احکام مستخلف را دارا باشد؟ قوه تمیزی که خدا به ما داده برای شناختن راه حلهاست. اگر فقط باید اطاعت کنیم، پس راه‌لهایی که باید خود انتخاب کنیم چیست؟ یافتن پاسخ این گونه سؤالها هر کدام فلسفه‌ای را می‌طلبد و بحثی خاص دارد. مطالبی نیست که در فلسفه محض یا در فقه یا حتی در کلام و اصول به آن پرداخته شود، و باید در علم دیگری مطرح گردد.

اندکی جلوتر می‌آییم و از خود می‌پرسیم، تکالیف و الزاماتی که بر ما بار شده، از اوامر گرفته تا نواهی، تا چه اندازه به عامل زمان بستگی دارد؟ چه مقدار به هدفهای شارع، بستگی دارد؟ اگر این اهداف و مبانی در زمانهای مختلف و به اقتضای مصالح، دگرگون شود، آیا احکام باز ثابت خواهد ماند؟ یا آنها هم باید دگرگون شوند؟ مثلاً در عصر ما اخلاق جهانی، بردگی را نمی‌پذیرد و افکار عمومی به گونه‌ای است که هیچ نظامی جرات نمی‌کند که سخن از بردگی بگوید. ما نیز تقریباً بر روی فروع مربوط به بردگی در فقه سرپوش می‌گذاریم. در حالی که از نظر اصولی و بر مبنای ثبات احکام ما حق نداریم که

بردگی راه، که یکی از اسباب تملک در فقه است، فراموش کنیم و به آن ترتیب اثر ندهیم.

بدین گونه به مثالهایی برمی‌خوریم که می‌بینیم فشارهای اجتماعی، اوضاع و احوال، و تاریخ زندگی در تحقق احکام شرعی هم مؤثر افتاده است و در اندیشه می‌افتیم که آیا از مثالها می‌توان به قاعده رسید. برای نمونه، از مواردی که فقه حق فسخ نکاح به مرد می‌دهد، بیماری برص و قرن و امثال آن در زن است. حال اگر بیمار با یک هفته درمان در بیمارستان یا جراحی مختصر بهبود یابد، آیا باز هم می‌توان گفت اینها عیب درمان ناپذیر است و باعث فسخ نکاح می‌شود؟ ممکن است یک فقیه نتواند جواب این تغییر زمینه حکم را بدهد و بگوید اینها حکم خداست و همیشه باید باشد، ولی در فلسفه فقه درباره این تحولات اندیشه می‌شود. وانگهی، اگر در آنجا هم به این نتیجه برسیم که این مصالح راه، هرگز نباید در نظر گرفت و احکام را به همان شکلی که هست باید قاطعانه اجرا کرد، این هم خودش فلسفه‌ای است. فیلسوف فقه باید به این راه حل برسد، وگرنه اینها را کجا باید مطرح کرد؟ در واقع این که آیا فقه، فلسفه‌ای دارد یا نه، پرسشی است که برمی‌گردد به این که، اگر فقیه فلسفه‌ای داشت، این فلسفه باید گفته شود، یا دم فرو بستن اولی است؟ آنچه در دل داریم نباید بر زبانها بیاید؟ باید در ضمیرها پنهان بماند و سرکوب شود؟ در حالی که اگر ما اندیشه محکمی داریم، باید این اندیشه را عرضه کنیم تا اثر بپذیرد و تاثیر بگذارد، نه این که آن را به عنوان امری مقدس در جعبه طلایی نهیم و بگوییم هر که خلاف آن حرفی بزند کافر و منحرف است.

نفوذ در دلها با تکفیر و تحمیل میسر نمی‌شود؛ از نظر اخلاقی باید قدرت استدلال به گونه‌ای باشد که ذهنها را قانع سازد و وجدانها را به پذیرفتن آن متمایل کند؛ در آن صورت ارزش دارد. طبقات عامی را می‌شود زود به راه آورد، ولی آنها زود هم از میدان به در می‌روند؛ همین که قیمت مرغ بالا برود می‌گویند این چه اسلامی است! بنابراین نفوذ در دلها آگاه باید هدف جامعه اسلامی باشد. اگر یک انسان آگاه با ما هم عقیده شود، از هزاران جاهلی که فقط شعار می‌دهند و احساساتی هستند ارزشمندتر است.

در تأیید مقام فلسفه، لازم است به نظر دانشمندی انگلیسی به نام نوتراپ، اشاره کنم. او می‌گوید: «تفاوت کسانی که گمان می‌برند از فلسفه‌ای پیروی نمی‌کنند، با آنها که فلسفه خاصی دارند و از آن اطاعت می‌کنند، فقط در این است که گروه دوم مبانی فکری خودشان را شناخته‌اند. زیرا هیچ کس نیست که فلسفه‌ای برای رفتار خود نداشته باشد».

ما فعلا در مقام ارائه راه حل برای مسائلی که عرض کردم، نیستیم و تنها خواهان طرح آنها هستیم؛ می‌خواهیم بگوییم در فلسفه فقه چه مسائل مهمی در پیش روست و در حوزه‌های علمیه کنونی، نسبت به آنها عنایت کافی مبذول نمی‌شود. من واقعا بعضی اوقات حسرت می‌خورم وقتی می‌بینم در مذهب مسیح، با این که اشکالات عقلی بسیاری در باب مبدا دارند، چه گونه این مسائل عقلی را مطرح و درباره راه‌حلهای معقول آنها بحث می‌کنند: چند فیلسوف عالی مقام مسیحی، مثل سن توماس داکن و سن آگوستین با کمال درایت به فلسفه احکام پرداختند و آنها را تقسیم‌بندی کردند و برای عقل انسان نیز مقامی شایسته قائل شدند. ولی مطالب ما در این باره پراکنده است. نمی‌خواهم بگوییم پیشینیان ما نسبت به این مساله اصلا اظهار نظری نکرده‌اند، اما اظهار نظرها پراکنده است. به عنوان مثال، در دنیای منظم کنونی، آیا مبحث بیع فضولی یا مکاسب محرمة جای مناسبی برای طرح مساله «ولایت فقیه» است؟ و آیا بهتر نیست که مبانی حکومت اسلامی در «فلسفه فقه» از نظر شرعی و فلسفی مطالعه شود و فقه تنها به اجرای احکام و قواعد طرح شده در آن رشته عمومی و مقدماتی بپردازد؟

نظریات پیشینیان در علوم مختلف و در کتابهای گوناگون وجود دارد، ولی جمع‌آوری و قانونمند نشده است. اگر آن همه دقتها و نظرها و آراء ایشان تدوین و نظام‌مند می‌شد، مانند چراغ تابناکی بر پیکر فقه می‌تابید، و این ارزش بسیاری دارد که

ما نباید از آن غافل باشیم. به همین دلیل من عرض کردم شایسته است مجتهدان ما، به جای این که به مسائل فلسفی محض بپردازند، به فلسفه فقه توجه کنند.

سؤالی که ممکن است برای شما پیش بیاید این است که ما در فقه به اصولی پایبندیم و از آن اصول و اعتقادات نمی‌توانیم عدول کنیم و آنها را بشکنیم؛ این پایبندی و التزام به اصول، با فلسفه که رها و لجام گسیخته است چگونه قابل تلفیق است؟

به این اشکال چنین پاسخ داده می‌شود که در فلسفه هر علم این گونه قیدها وجود دارد؛ یعنی فلسفه هیچ علمی نمی‌تواند اصول متعارف، و بدیهی یا «اصل موضوعی» را که در آن علم هست انکار کند. اگر فلسفه ریاضی به آنجا برسد که پیش‌فرضها و اصول متعارف ریاضی را دور بریزد، این دیگر فلسفه ریاضی نیست؛ فلسفه آزاد یا چیز دیگری است. در فقه هم اصولی هست که ما باید به آنها پایبند باشیم؛ مبنای فقه اصل حکومت الهی بر جهان است؛ حاکمیت از آن خداست و احکام، همه به اراده او برمی‌گردد و اوست که ما را اداره و هدایت می‌کند. این اصل در فلسفه فقه نیز انکارناپذیر است و نمی‌توان گفت: یا فلسفه فقه نداشته باشیم یا اگر داریم نباید مقید به خدا، نبوت و امامت و عدالت باشیم! این تلاشهای عقلی هم خود نوعی فلسفه است، منتها فلسفه تحقیقی است نه فلسفه محض و آزاد. در حقوق هم ما پایبند به یک سلسله اصول هستیم؛ مثلاً الزام را نمی‌توانیم از حقوق بگیریم، دولت را نمی‌توانیم از حقوق بگیریم و... اگر فلسفه ما در حقوق به گونه‌ای باشد که نه الزام را بپذیرد و نه دولت را، این اندیشه‌ای است غیر از فلسفه حقوق. فلسفه فقه هم همین گونه است. مبانی ویژه‌ای دارد که به آن مبانی باید گردن نهاد و توجه کرد. فلسفه فقه در واقع باید در درون این امور اعتباری و اعتقادی و تلاش به سوی عدالت رشد کند. بنابراین تعارضی با اعتقادات و باورهای مذهبی ندارد.

درست بودن اصطلاح فلسفه فقه و فلسفه حقوق

در این باره که اصطلاح فلسفه فقه یا فلسفه حقوق درست است یا نه، در حقوق هم اختلاف است. در کتابخانه دانشکده حقوق مجله‌ای داریم به نام «آرشیو فلسفه حقوق» که در پاریس چاپ می‌شود. شماره‌های مختلفی دارد که در هر شماره مساله‌ای از مسائل فلسفی مطرح شده است.

در یکی از آن شماره‌ها راجع به همین موضوع که آیا اصطلاح فلسفه حقوق درست است یا نه بحث شده است. نویسندگان و دانشمندان بسیاری از نقاط مختلف دنیا، اظهارنظر کرده‌اند و هر کس بر اساس مبنایی که انتخاب کرده است این عنوان را پسندیده یا نپسندیده است. همان طور که در فقه بسیاری از فقه‌های ما اعتقاد دارند، در حقوق هم عده‌ای می‌گویند وظیفه فقیه یا حقوقدان فقط این است که اراده شارع یا قانونگذار را دریابد و از راه تفسیر گفته‌های او به روح قانون دست یابد. وظیفه فقیه محدود به دسته‌بندی و تفسیر و تحلیل است. این شیوه محدود تفکر را در حقوق، «فلسفه تحلیلی» می‌گویند. این گروه با اضافه فلسفه به حقوق مخالف هستند و می‌گویند اندیشیدن درباره نظریه‌های کلی را «فلسفه حقوق» نگویند، اسمش را مطالب فلسفی در باب حقوق بگذارید، یا «نظریه کلی حقوق» یا «کلیات حقوق». دلیلشان هم این است که ما آزاد نیستیم تا هر فکری می‌خواهیم داشته باشیم، بلکه فقط در داخل چارچوب محدودی می‌توانیم اندیشه کنیم.

کلسن در این باره استدلالی هم دارد. او یک اطریشی مقیم آمریکاست که در دانشگاه‌های آمریکا تدریس می‌کند و در حال حاضر یکی از صاحب‌نظران فلسفه حقوق در دنیاست. او می‌گوید: فلسفه حقوق سعی دارد به این پرسش پاسخ دهد که حقوق چه قواعدی را بایستی بپذیرد و استقرار دهد. به بیان دیگر، موضوع ویژه آن، تلاش برای رسیدن به عدالت است. «عدالت» یکی از اصول اساسی اخلاق است، بنابراین فلسفه حقوق شعبه‌ای از فلسفه اخلاق است. از این رو، اسم فلسفه

روی آن نباید گذاشت، بلکه باید گفت: نظریه کلی حقوق. رویه یکی دیگر از نویسندگان بزرگ فرانسوی است که در این باره اظهار نظر کرده است. او هم نام «فلسفه حقوق» را نمی‌پسندد و نام کتاب خود را «نظریه عمومی درباره حقوق» گذاشته است.

ولی عده‌ای دیگر می‌گویند وظیفه حقوق محدود به مطالعه و دسته‌بندی قواعد نیست. حقوقدان به شناسایی مبانی و ریشه‌های تاریخی و به اصطلاح، منابع زیرزمینی و زاینده این قواعد نیز نیاز دارد و تلاش در این راه نیز وظیفه علم حقوق است. باید دید حقوق از کجا به وجود آمده و چه ارتباطی با قواعد اجتماعی دارد و از کجاها سیراب می‌شود؟ اینها هم جزء علم حقوق است. این گروه برای این که توجه بیشتری به این مسائل بشود، روی این مباحث اسم فلسفه می‌گذارند. نام فلسفه برای ما نام بسیار آشنایی است.

اگر روزی بخواهیم برای فقه چنین علمی تدوین کنیم نام فلسفه فقه، زینده‌تر است. فلسفه نشانه تفکر است؛ نشانه تعمق است. ولی کلیات و نظریه عمومی، حکایت از مسائل زودگذر می‌کند؛ مثل این که از بالا منظره‌ای را ببینیم و از آن بگذریم، و فقط کلیاتش را ببینیم و مورد توجه قرار دهیم. در حالی که فلسفه به مسائل اساسی فقه، توجه می‌کند. در واقع اختلاف این دو دیدگاه یا دو مکتب، به مسائل و محتوا هم سرایت می‌کند، یا در حدیک سری اصول کلی باقی می‌ماند؟ به عبارت دیگر، نزاع بیشتر لفظی است یا ماهوی و محتوایی؟

کاتوزیان: بی‌گمان این نزاع ماهوی است. لفظی نیست که بگوییم اسمش را این بگذاریم یا آن. معمولاً محققان کنونی و مجلات علمی، به مسائل لفظی خیلی توجه نمی‌کنند؛ آنها بیشتر مسائلی را که آثار عملی دارد، مطرح می‌کنند: آن کسی که می‌گوید «نظریه کلی یا کلیات»، و از کلمه فلسفه استفاده نمی‌کند، می‌خواهد در چارچوب مقیدتری فکر بکند و همه چیز را به اوامر و نواهی قانونگذار منتهی کند. اما آن که فلسفی فکر می‌کند می‌کوشد قواعدی برتر از اراده قانونگذار و دولت‌بیندیشد و فراهم آورد، که معیار تمیز قوانین خوب و بد باشد. فیلسوفان حقوق معمولاً به نظام حقوق فطری که بالاتر از اراده قانونگذار است اعتقاد دارند؛ نظامی که لازمه فطرت انسان یا طبیعت اشیاء است. آنان می‌گویند قانونگذار اگر از قواعد طبیعی یا فطری تجاوز کند، یا آنها را نادیده بگیرد، در واقع قانون ناروایی وضع کرده و ما اگر به قاعده‌ای بالاتر از اراده قانونگذار نیندیشیم، دیگر هیچ معیاری نداریم که کدام قانون خوب است و کدام بد؟ ما هم در فقه می‌توانیم همین طور عمل کنیم.

یک سلسله قواعد اخلاقی در اسلام هست که لطیف‌تر و والاتر از قواعد حقوقی است. مثلاً در مورد قصاص قرآن می‌فرماید: «ولکم فی القصاص حیوة یا اولی الالباب²». ولی به زبان اخلاقی می‌گوید اگر عفو کنید برای شما بهتر است. یا در طلاق، گرچه اختیار آن را به دست مرد داده است، اما از طرفی می‌گوید طلاق امری زشت و ناپسند است. یا خدا دوست ندارد کسانی را که زنان متعدد می‌گیرند و یا شوهران خود را عوض می‌کنند؛ «ان الله لایحب الذواقین والذواقات³». طبیعی است که مسلمان می‌خواهد محبوب خدا و پیامبر باشد نه مغضوب. درست است که قانون به او اجازه می‌دهد که زنش را طلاق دهد و همسر دیگر بگیرد، ولی اخلاق مانع کار او می‌شود. یا آن کسی که می‌خواهد تقاضای قصاص کند، با خود می‌گوید: درست است که قانونگذار به من اجازه قصاص می‌دهد، اما قانون بالاتری (اخلاق) به من حکم می‌کند که از آن بگذرم. این است که اخلاق همیشه ابرازی است برای تلطیف قوانین. اوایل انقلاب ما به تکرار می‌گفتیم که در اجرای قوانین، نباید از

² بقره/179

³ روایت عبدالله بن عمر از پیامبر(ص) و روایت ابوموسی اشعری از پیامبر(ص) «لاتطلقوا النساء الا من ربه، فان الله لایحب الذواقین والذواقات رک: تفسیر ابوالفتح رازی، ج5. سوره طلاق، ص342؛ تفسیر مجمع البیان طبرسی، ج10، ص304

اخلاق غافل شد. در جامعه‌ای غیر اسلامی اجرای همه قوانین اسلامی، منشا واکنش‌های متفاوتی می‌شود. اگر اجرای بهترین قوانین را به دست آدم‌های خشن و بی‌مبالات، بسپارید، آن را طوری اجرا می‌کنند که زشت‌ترین قوانین می‌شود. و اگر بدترین قوانین را به دست قاضی عادل بدهید، آن را چنان تلطیف می‌کند که به نظر می‌آید خیلی ظالمانه نیست؛ یعنی اگر نتواند آن را عادلانه جلوه بدهد، دست کم از شدت ظلم می‌کاهد.

بنابراین پذیرش اخلاق اسلامی به عنوان پایه اجرای قواعد اسلامی نکته بسیار مهمی است و این خود یک اصل فلسفی است. ما اکنون در مقام برشمردن مسائل مختلف این فلسفه و دخالت محیط و اخلاق اجتماعی در آنها نیستیم، اما برای نمونه به این مثال توجه کنید: بیش از چهارده قرن شوهران، زنانشان را طلاق می‌دادند و این آیه قرآن را هم می‌خواندیم که: «فابعثوا حکما من اهلہ و حکما من اهلہا^۴». هیچ کس به آن توجهی نمی‌کرد و تنها یک توصیه اخلاقی تلقی می‌شد. ولی ناگهان این آیه به صورت قاعده حقوقی الزام‌آور درآمد. این تحول، اندیشه فیلسوف حقوقی را به خود جلب می‌کند که آیا فشارهای اجتماعی دید ما را نسبت به احکام عوض کرد؟ قاعده که همان قاعده است و فرقی نکرده است، اسلام هم تغییر نکرده است؛ ولی این ذهن ما و تلقی ما از عالم خارج است که تفاوت کرده است. بنابراین اخلاقی که در جامعه حکومت می‌کند در طرز تلقی قوانین، تعیین ضمانت اجرایی آنها و چهره‌ای که به آن قواعد می‌دهد، کاملاً مؤثر است و نمی‌شود آن را از نظر پنهان نگه داشت.

فکر می‌کنم سؤال دوم که مربوط به تعریف فلسفه فقه بود، ضمن مطالبی که عرض کردم روشن شد. در این مرحله، هنوز آمادگی فکری لازم به دست نیامده است تا بتوان تعریف جامعی از «فلسفه فقه» ارائه کرد و شاید هیچ گاه این توفیق به دست نیاید. ولی به اجمال می‌توان گفت: «فلسفه فقه اندیشیدن درباره مبانی و هدف و منابع احکام و تمهید نظریه‌های کلی درباره شیوه تحقیق و تفسیر است.»

گزارشی یا دستوری بودن فلسفه فقه

درباره این پرسش که آیا کار فیلسوفان علوم، از جمله فیلسوف فقه، فقط گزارش است، یا توصیه و دستوری هم می‌تواند داشته باشد، پاسخ کامل نیاز به مقدمه دارد:

هیچ گاه کار فلسفه کار گزارشی نیست: فرض کنیم فلسفه فقهی اطاعت محض از اراده قانونگذار باشد، بدون این که مسائل اجتماعی دیگر را در آن دخالت بدهد. در آن صورت، آیا این فقیه مامور به کامل کردن فقه هست یا نیست؟ با مسائل مستحدثی که پیش می‌آید فقیه چکار باید بکند؟ خواهیم دید که همان فقهی که کاملاً مطیع است، باز به گزارش بسنده نمی‌کند؛ یعنی در اجتهاد خود به ابداع دست می‌زند و احکامی را خلق می‌کند، و در این تلاش عقلی بی‌گمان فلسفه خود و مصالح اجتماعی را با قواعد فقه درهم می‌آمیزد. شاطبی، از فقهای است که به فلسفه فقه خیلی توجه کرده است. او در کتاب «موافقات» می‌گوید: اگر اجرای بعضی از قواعد فقهی موجب از بین رفتن مصلحتی شود که مورد توجه شارع است، از اجرای آن قاعده باید خودداری کرد. گوینده این سخن مسلمان و معتقد است، آدمی نیست که بشود به او گفت معاند یا کافر؛ مشمول «نؤمن ببعض و نکفر ببعض»^۵ هم نیست. این یک فیلسوف فقه است که اظهار نظر کرده است. آدم خام و جوانی هم نیست که بگوییم نسجیده حرف زده است. ممکن است ما با او مخالف باشیم، ولی در هر حال چنین عقیده‌ای دارد. این دیگر گزارش نیست؛ معماری، اصلاح و طرح‌ریزی است. کمکی است برای این که فقه به حرکت علمی خود در

^۴ نساء/ 35

^۵ همان/ 150

جامعه و در زمان ادامه دهد.

فقیهان سنتی و قشری شبیه سربازانی هستند که داخل سنگرهای خود نشسته‌اند و برای تقویت خود حرکات بدنی انجام می‌دهند. این که گروهی پیوسته در حال تقویت خود باشند، خوب است؛ پسندیده و واجب است که مکاسب و کفایه را بدرستی بخوانند و در آثار و تالیف گذشتگان صاحب‌نظر بشوند، ولی اگر این تلاش به تحرک اندیشه منتهی نشود، درجا زدن در کار گذشتگان است. اما آن سربازی که ماموریت دارد تا سنگرهای دیگران را فتح کند و از آنها استفاده کند و آنها را مطیع حکومت اسلامی سازد، کاری بسیار مهم‌تر و حیاتی‌تر می‌کند. به بیان دیگر، کار کسانی که به توسعه اندیشه‌های پیشین می‌پردازند و سعی می‌کنند از قلمرو محدود گذشته پا را فراتر بگذارند و باعث گسترش فقه بشوند، تاثیر پذیرند و تاثیر بگذارند، والاتر است.

ما در مقام طراحی فکری هستیم که چندان هم پخته نیست و آن تاسیس «فلسفه فقه» است. در این مرحله، هنوز هنگام آن فرا نرسیده است که برای همه مسائل راه حل ارائه کنیم. ولی خواستم توجه شما را جلب کنم و ذهن کنجکاو را که بحمدالله در شما وجود دارد، تقویت کنم، تا ببینید که مسائل چقدر مسائل پیچیده است. جز اندکی از آنچه در ذهن خود دارم نگفتم ولی همین دورنمایی که عرض شد، روشن می‌کند که چه اندازه مسائلی است که ما باید راجع به آنها فکر کنیم، تا فقه بتواند آن مقامی را که شایسته آن است، در این زمان پیدا کند.

فقه‌های سلف ما زحمات خودشان را کشیده‌اند و به تناسب علوم زمان خود تلاش‌هایی کرده‌اند. ما هم به تناسب علوم زمان خود، باید تلاش‌هایی متناسب بکنیم.

پیش از این، این گونه بود که وقتی به جوانی می‌گفتی از خدا بترس، چون جهنمی هست، دوزخی هست، او قانع می‌شد؛ حالا یا از روی ترس یا از روی اعتقاد. امروز جوانهای ما با این حرفها به راه نمی‌آیند. ایمان باید در دلشان رسوخ کند و تا حرفی را درست و عقلائی ندانند، نمی‌پذیرند. ایمان به درستی قاعده را نباید دست کم گرفت و چنین پنداشت که قدرت و سیطره دولت برای تضمین اجرای احکام کافی است. این طرز فکر درست‌بدان می‌ماند که گفته شود پادشاهان می‌توانند جای پیامبران بنشینند. مثال ساده‌ای مقصود مرا روشن‌تر می‌سازد:

متمدن‌ترین ما وقتی می‌رود خارج از کشور، در بازگشت اگر جنسی خریده باشد سعی می‌کند که مامور گمرک آن را نبیند و پنهان می‌کند، چه روشنفکر و چه غیر روشنفکر، چپی یا راستی، هر که باشد. اما همو وقتی می‌خواهد ازدواج کند، می‌فرستد دنبال یک روحانی، تا خطبه‌ای بخواند و قرآنی تلاوت شود.

تفاوت این دو قاعده چیست که از یکی می‌گریزیم و به دیگری بیش از اندازه گرایش داریم. این واکنش اجتماعی دلیلی روشن دارد: به این اعتقاد داریم و به آن اعتقاد نداریم و هیچ احتیاجی به ژاندارم و قانون و چیزهای دیگر هم نیست. کسی در ایران با خاله‌اش ازدواج نمی‌کند، اگرچه کمونیست هم باشد. فکر هم نمی‌کند ریشه‌اش از کجا آمده است. ولی به هر حال اعتقاد دارد که این کار درستی نیست. بنابراین ما نباید تلقین اعتقاد را دست کم بگیریم، و این تنها با فلسفه فقه ممکن است. ما اگر فقط قواعد فقه را بگوییم و مردم را مجبور به اطاعت از آنها بکنیم نتیجه‌ای نخواهیم گرفت. راه منحصر است به این که مردم را قانع کنیم و به آنان پاسخ منطقی و معقول بدهیم.

آیه الله معرفت معتقدند که در آیه «وانزلنا الیک الذکر لتبین للناس ما نزل الیههم» تبیین غیر از نزول است؛ یکی جزء رسالت پیامبر(ص) است و دیگری زمینه‌ساز آن است؛ یعنی پیامبر(ص) مبین است. آنچه زمینه پذیرش را فراهم می‌کند خود

بیان نیست. لذا قرآن هم به بیان بودن خود اکتفا نکرده است. تبیین پیامبر(ص) که به تعبیر حضرت عالی همان تلقین اعتقاد و تثبیت آن باورها به شکل معقول و عقلایی است، ضروری است. این نکته‌ای است که ایشان از آن آیه استفاده می‌کنند. کاتوزیان: من خیال می‌کنم که قدرت اسلام و گسترش اسلام به نیروی نظامی پیغمبر(ص) نبود، بلکه به نحوه تبیینش بود. رفتار پیغمبر(ص)، اخلاقش، شیوه‌ای که انتخاب کرده بود و تبیین حقیقتی که از آن با قدرت دفاع می‌کرد به گونه‌ای بود که بر دلها می‌نشست. تیمورها، هیتلرها و استالین‌ها آمدند و رفتند و با رفتنشان اعتقادشان هم رفت. حکومت که عوض می‌شود، شیرازه همه چیز گسسته می‌شود. اما آنچه در دل افراد رسوخ کرده است، باقی می‌ماند. من در درسهایم به دانشجویان می‌گویم به محفوظات شما اعتقاد ندارم، دلم می‌خواهد آن دردی که در عمق جان شما می‌نشیند و آن اعتقادی که در مورد روش استنباط پیدا می‌کنید، تقویت و اصلاح بشود. در هر وضعیتی و در هر زمان و مکانی، آن درد استنباط است که شما را کمک می‌کند؛ ما نام این درد را ملکه اجتهاد می‌گذاریم، که در جاهای مختلف اسامی مختلف دارد. آن درد است که اهمیت دارد و الا کار مساله‌گو هم این است که مساله‌ای را دائما تکرار کند، ولی اجتهادی از آن بر نمی‌خیزد؛ چراکه مبانی کار خودش را نمی‌داند. ما می‌خواهیم در فلسفه فقه این نقص فکر را ترمیم کنیم که هر فقیه‌ی مبانی کار خود را به طور کامل از نظر عقلی ادراک کند و بفهمد؛ نه این که تقلید کند و بگوید چون دیگران گفته‌اند یا فلان خبر گفته پس چنین است. باید از نظر عقلی ادراک کند و کاملا بفهمد، فهم غیر از اجراست. انسان ممکن است خیلی چیزها را بفهمد ولی مجری آنها باشد.

در بحثهایی که حول و حوش فلسفه علوم، علوم اجتماعی و هر معرفت دیگر درمی‌گیرد، وقتی که یک فیلسوف وارد این بحثها می‌شود بیشتر در صدد توصیه و تجویز است. اما یک مورخ علم یا جامعه‌شناس علم یا جامعه‌شناس معرفت در مقام ارائه توصیه نیست. او وقتی به معرفتی مانند معرفت فقه، نظر می‌کند، می‌بیند که این معرفت چه تحولاتی پیدا کرده، چگونه تحول پیدا کرده و ارتباط آن پیشرفت خاص در زمان خاص، با جامعه خاص یا قشر خاص چه بوده است؟ به عبارتی علم را یک تولید اجتماعی می‌داند که ارتباط دارد با بقیه مسائلی که در اجتماع هست. اگر در برخی موارد صرفا توصیف‌گر باشد، در واقع کار تاریخ را می‌کند. البته من تاریخ را به این نحو تعریف نمی‌کنم که کارش صرفا ارائه توصیف است. اما به یک اعتبار، بخش عمده یا اصلی‌اش، توصیف است. اگرچه هر توصیفی دارای یک تبیین است اما کار جامعه‌شناس ارائه تبیین است، به اگر مورخ **Discribe** (توصیف) می‌کند، جامعه‌شناس می‌خواهد **Explain** کند و فیلسوف دستور می‌دهد، توصیه و تجویز می‌کند. اگر به این اعتبار بخواهیم به مسائل نگاه کنیم آیا فیلسوف فقه کسی است که ارائه توصیه بکند؛ یعنی بگوید که چه چیزهایی باید معیار صدق قرار بگیرد و چه چیزهایی باید معیار پذیرش یک تفسیر قرار بگیرد؟ به عبارت دیگر آیا می‌توانیم بگوییم که در بحث فلسفه فقه، توصیف و تبیین هم راه دارد؟

تصور ما این است که این پرسش برمی‌گردد به بحثهای فلسفه علم و فلسفه علوم اجتماعی. بعضی در باره فلسفه علم می‌گویند لفظ فلسفه در اینجا از باب مشترک لفظی است که با فلسفه به معنای متافیزیکی آن فرق دارد. فلسفه را در اینجا به «شناسی» معنا می‌کنند. مثلا فلسفه فقه را فقه‌شناسی می‌گویند؛ یعنی فلسفه در اینجا ارتباطی با فلسفه به معنای متافیزیکی ندارد. بنابراین فیلسوف فقه، فقه را به عنوان علمی که در طی قرون رشد و بالندگی‌هایی داشته، از منظر بیرونی مورد شناسایی قرار می‌دهد و سوالاتی از این قبیل پیش روی دارد: فقه چیست، از کجا پدید آمد، چه تغییر و تحولهایی داشته است، مبانی آن چیست، اهداف آن کدام است، از چه روشی می‌توان در فقه مدد گرفت و....

طبق این بیان اولین مرحله فلسفه فقه به یک معنا گزارش می‌شود؛ یعنی اول، کاری را که فقیهان گذشته در فقه اعمال کرده‌اند تحلیل می‌کنند، آن وقت در مرحله دوم توصیه نیز صورت می‌گیرد. پس یک فیلسوف فقه بعد از تحلیل کار گذشتگان باید بپردازد به این که فقه واقعی چگونه باید باشد. حالا باید دید که آیا این تعریف و تصویر درست است؟ کاتوزیان: کاملاً صحیح است. من خیال می‌کنم پاسخ فرمایش شما را در صحبت‌هایم داده‌ام. ولی گفتم این هم فلسفه‌ای است؛ این بستگی دارد به این که فیلسوف فقهی، با چه نظری به احکام بنگرد؛ همان طور که در حقوق هم هست. ما در مکاتب علم حقوق، چهار مکتب عمده داریم: 1) یکی مکتب تحلیلی⁷ است؛ 2) مکتب دیگر مکتب تاریخی⁸ است؛ 3) مکتبی هم هست که از دید فلسفی به حقوق نگاه می‌کند⁹؛ 4) و سرانجام مکتبی که از دید جامعه‌شناسی به حقوق می‌نگرد¹⁰.

فیلسوفان حقوقی، به معنای خاص، کسانی هستند که می‌کوشند احکام را به سوی آرمان‌های خود کشند و عدالت را والاترین ارزش انسانی بدانند. بیشتر این آرمان‌گرایان از طرفداران حقوق فطری و طبیعی هستند. باید در مقدمه فقه، علمی تاسیس شود که این مکتبها نیز خواه و ناخواه و در چهره مقید خود در آن طرح گردند. آن کسی که می‌گوید من می‌خواهم فقط از خارج به فقه نگاه کنم و به خودم اجازه می‌دهم که در این احکام نظر بدهم، خود او هم یک اندیشه قبلی داشته و با فکر و تامل به اینجا رسیده است. بنابراین ما الآن صحبت‌مان این نیست که چه روشی را انتخاب کنیم. آن روش را هر فیلسوف فقهی خودش انتخاب می‌کند؛ بحث ما این است که ضرورت این گونه تفکر و اندیشیدن درباره فقه را احراز کنیم و برسیم به این که چنین علمی، به عنوان مقدمه، برای هر مجتهدی ضرورت دارد. هر کدام را هم که انتخاب بکند، به خودش مربوط است؛ اما در هر صورت مقداری از مرحله گزارش تجاوز می‌کند. منتها، درجه این تجاوز بستگی دارد به انتخابی که صورت می‌گیرد. آن کسی که روش فلسفی را برمی‌گزیند، قدرت ابداع و ابتکارش خیلی زیادتر است تا کسی که جنبه تاریخی و یا تحلیلی را برمی‌گزیند. مثلاً «کلسن» می‌گوید: بحث در این که قانونی خوب و عادلانه است، یا ظالمانه، به علم حقوق مربوط نیست. علم حقوق، محض است؛ می‌گوید ما باید ببینیم الزامات و تکالیف ما چیست و دولت چه امر کرده است، آنها را اجرا کنیم. شناسایی این قواعد است که اهمیت دارد. اینها کسانی هستند که روی فلسفه حقوق کار می‌کنند، حالا قطع نظر از عنوانی که برایش انتخاب کرده‌اند.

بنابراین هیچ‌گاه فلسفه حقوق به گزارش اکتفا نمی‌کند و جنبه‌های ابتکاری و ابداعی همیشه در فلسفه حقوق وجود دارد؛ منتها به تناسب مکتبی که فیلسوف برای خود برمی‌گزیند، قلمرو و میزان ابتکار فقهی او تفاوت می‌کند. برخی از فقهای بزرگ ما این طور بودند. مثلاً مقدس اردبیلی از فقیهانی است که به صرف شهرت در فقه پیشین، از تفکر نمی‌ماند و گاه فتاوی شجاعانه و بدیعی می‌دهد که دیگران با آن مخالفت کرده‌اند؛ یا مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی، صاحب عروه، فقیهی است که به نیازهای اجتماعی و عرف اهمیت زیادی می‌دهد؛ یعنی خودش را به اندازه دیگران پایبند قواعد نمی‌داند. به همین دلیل، عقاید او کاملاً با دیگران فرق می‌کند و روی فتاوایش اثر می‌گذارد. به عنوان مثال، ایشان یکی از کسانی است که طرفدار این است که شروط ابتدایی نیز الزام‌آور است. می‌گوید هر شرط و هر تراضی‌ای که مخالف با شرع نباشد و معقول هم باشد، الزام‌آور است، چه شرط ضمن عقد باشد چه خارج عقد؛ و این یک تفکر ویژه است. در آغاز سخنم عرض

⁷ Analytical jurisprudence

⁸ Historical jurisprudence

⁹ Philosophical jurisprudence

¹⁰ Sociological jurisprudence

کردم تفاوت کسانی که از مبنای فلسفی پیروی می‌کنند با آنهایی که پیروی نمی‌کنند، فقط در شناسایی فلسفه خودشان است. اینها فلسفه خود را به طور کامل مطرح نکرده‌اند و «فلسفه فقه» جای مناسب و اصلی طرح این اندیشه‌هاست. به عنوان مثال، مبانی فکری مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی با مرحوم میرزای نائینی که هم‌عصر بودند فرق می‌کند و دیدی که نسبت به احکام دارند متفاوت است، منتها این تفاوت مبانی به صراحت گفته نشده است و فقیهان معاصر نیز کمتر به تحلیل و استخراج این مبانی و ریشه اختلافها پرداخته‌اند و حداکثر می‌گویند نتیجه اختلاف سلیقه‌هاست، در حالی که سلیقه نیز زاده مبانی فکری عمیق‌تری است و نباید سطحی از آن گذشت.

مرحوم نائینی فقه را در مدار بسته‌تری مطالعه می‌کند و همچون شیخ به مکتب تحلیلی نزدیک است؛ فلسفه را دخالت می‌دهد، ولی به این شکل که اصطلاحات فقهی را برگرداند و به جای آن اصطلاحات فلسفی بگذارد و می‌کوشد که مطالب فلسفی را در فقه دخالت دهد. در این زمینه، پیشتر از ایشان مرحوم شیخ محمد حسین کمپانی است. وقتی که شما کتابهای فقهی مرحوم کمپانی را می‌خوانید مثل این است که فلسفه می‌خوانید و احساس می‌کنید که حقوق زندگی منطقی دارد نه تجربی. غلیظتر از او مرحوم آقا شیخ‌هادی تهرانی است. قسمتی از کتاب خیرات ایشان را مطالعه می‌کردم، مثل این بود که منطق اساس الاقتباس خواجه طوسی یا اسفار می‌خوانم. چیزی که در آن نبود فقه بود. این گروه فلسفه را در فقه دخالت می‌دهند ولی تنها به شکل استفاده از اصطلاحات فلسفی برای بیان قواعد. اینان در التزام به همان قواعد، با دیگران فرقی نمی‌کنند. ولی دسته دیگر این گونه نیستند؛ یعنی مبانی فلسفی ویژه‌ای برای خود انتخاب کرده‌اند که با آن مبانی فلسفی، دیدشان نسبت به فقه هم تغییر می‌کند، مثل سید محمد کاظم طباطبایی یا شدیدتر از ایشان، شاطبی. اینان می‌کوشند فقه را با مصالح و نیازهای اجتماعی و مصلحت مبنای حکم شارع همگام سازند.

نمونه بارز دیگر، ابن‌ادریس حلی، صاحب سرائر، است که به دلیل حجت ندانستن خبر واحد (که به فلسفه فقه ارتباط دارد) فتاوایی مخالف با دیگران و بویژه شیخ طوسی داده است. و نمونه دیگر، مرحوم سید مرتضی، صاحب انتصار، است که به دلیل معتبر ندانستن خبر واحد در پاره‌ای احکام فقهی به راهی متناسب با نظریه خود رفته است.

این گونه فلسفه فقه را ما توصیه می‌کنیم؛ فلسفه‌ای که فقیه مبنای خاصی برای خود انتخاب کند و به تناسب آن بتواند قواعد را اصلاح و متناسب با زمان کند، والا مطالب فلسفی را با فقه مخلوط کردن جز این که فهم مطالب را دشوارتر کند فایده مهمی ندارد. بویژه، اگر روی آوردن به فلسفه به صورت سنگری برای پنهان ساختن ضعف استدلال باشد، راهزن و زیانبار هم هست.

فقیهانی که در جستجوی راه‌حلهای فقهی در پیچ و خم مطالب فلسفی خیلی فرو رفتند و این دو نظام را به هم آمیختند، در هیچ رشته‌ای توفیق شایسته نیافتند: مطالبشان را دیگران نفهمیدند، و یا اگر هم فهمیدند جز معدودی به آن اعتنا نکردند. البته مرحوم میرزا از کسانی است که به راه افراط نرفت و تقریرات ایشان، هم در فقه و هم در اصول، همه متین و منطقی است. ولی مرحوم کمپانی، با این که در دقت نظر و معلومات ایشان کسی تردید ندارد، شاید به دلیل اختلاط فقه و فلسفه، حوزه درس و فتاوایشان به اندازه میرزا در فقه موفق نبود و تنها خواص از آن استفاده می‌کردند؛ برخلاف فقهایی مانند محقق، شیخ طوسی و علامه مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی، شارح لمعه، یا صاحب مفتاح الکرامه که به دلیل روانی گفتار و توجه بیشتر به مسائل اجتماعی و عرفی توفیق فراوان یافتند.

درباره این قضیه که آیا فلسفه علم، توصیه‌ای است یا توصیفی، سؤال مطرح است: فلسفه در اصل به معنای هستی‌شناسی است. عنوان فلسفه که در اینجا آمده، دقیقاً از همان جا یعنی هستی‌شناسی، گرفته شده است. طبیعی است که آن معنای

اصلی یعنی هستی‌شناسی در اینجا نیز اراده شود. منتها موضوع در دو عرصه فرق می‌کند. ما در اینجا خود علم را به عنوان یک هستی و چیزی که در تاریخ وجود داشته و بالیده است، مورد شناسایی قرار می‌دهیم. بر این اساس کار ما صرفاً گزارش است، نه توصیه. همان طور که در فلسفه به معنای اصلی توصیف و تبیین واقعیت و هستی مورد نظر است. ولی از طرف دیگر عملاً می‌بینیم که در تمامی فلسفه‌های علوم، کار توصیه‌ای و ارائه‌ها بیشتر است، تا کار گزارش. بنابراین چطور می‌شود بین این معنایی که فلسفه در اصل دارد (گزارش صرف) با این چیزی که عملاً می‌بینیم و شما هم در صحبت‌هایتان اذعان کردید که اصلاً فلسفه فقه و یا حقوق باید توصیه کند، جمع کرد؟ یک راه جمع این است که بگوییم در اینجا فلسفه مشترک لفظی است. اما این طور نیست؛ چون عملاً اشتراک لفظی نبوده، از آنجا آمده است.

شاید بتوان راه جمع دیگری عرضه کرد: ما در بررسی یک علم، درست است که می‌گوییم «علم موجود» ولی حقیقت آن علم را، به اصطلاح، در نظر می‌گیریم. طبیعی است که در فلسفه، علم به آنچه موجود است به شکل سطحی مطرح نیست، بلکه به روح و حقیقت علم هم نظر داریم. اینجا است که طبیعتاً حالت نقادی پیدا می‌شود. از این رو گزارشهای ما خاستگاه توصیه‌ها می‌شود؛ نه این که داریم گزارش می‌کنیم. طبیعتاً آن حقیقت و روح علم را هم در نظر داریم، قهراً اینجاها را ارائه می‌دهیم و یک تلازم و همسویی همیشگی بین گزارشهای ما و توصیه‌ای بودن این گزارشها به وجود می‌آید؛ یعنی آنچه گزارش می‌شود، توصیه را از درون خود ظاهر می‌کند. ما به موجود به عنوان موجود نگاه نمی‌کنیم، آنچه را که از روح آن علم می‌شناسیم ملاک قرار می‌دهیم. طبیعتاً بعضی از نظریه‌های دانشمندان آن علم را تخطئه می‌کنیم، غلط می‌شماریم. اینجاها را هم ارائه می‌دهیم که آن علم را بشناسانیم.

کاتوزیان: نکته خوبی است. من در ضمن گفته‌هایم به آن اشاره کردم، حالا که شما تصریح فرمودید مقداری بیشتر توضیح می‌دهم:

بین علوم طبیعی و ریاضی از یک سو و حقوق و فقه از سوی دیگر تفاوت مهمی وجود دارد که بایستی به آن توجه داشت: همان طور که گفتید در علوم «آنچه هست» مطرح است. ولی در علوم اجتماعی و بخصوص در فقه و حقوق «آنچه باید باشد» منظور است؛ یعنی ما با مجموعه‌ای از الزامات، تکالیف و امر و نهی‌ها، روبه رو هستیم که آنها را اگر از آن علم بگیریم دیگر علمی باقی نمی‌ماند تا بخواهیم فلسفه‌اش را بگوییم. فلسفه هم وقتی تنزل پیدا کرد به علم ویژه، یعنی شد فلسفه فقه، فلسفه علوم، فلسفه تاریخ و یا فلسفه دین، این شاخه‌ها هر کدام رنگ خاص آن علوم را می‌گیرد و آن اصول موضوعه و اصول متعارف اصلی آن علوم را باید در درون خودش داشته باشند. درست است که فلسفه اگر راجع به جهان باشد چون ما قدرت تغییر جهان را نداریم و فقط می‌توانیم آن را تبیین کنیم تبدیل می‌شود به شناخت هستی، نه خلق آن؛ ولی در علوم اعتباری و حقوقی این طور نیست: ما علاوه بر چیزهایی که هست، یک سلسله اوامر و الزاماتی داریم که آنها را احساس می‌کنیم، و طبیعی است برای مقابله با الزام گفته می‌شود باید باشد یا نباید نباشد. پس به گزارش نمی‌توان اکتفا کرد؛ یعنی آنچه باید باشد و آنچه هست دو مساله اساسی است. در فلسفه حقوق و فلسفه فقه باید این طور باشد، چون این دو به یکدیگر نزدیکند. این تفاوت در طبیعت علم و طبیعت فقه است نه این که تفاوت در فلسفه باشد، یا فلسفه را مشترک لفظی بدانیم. فلسفه همان تعقل است، یافتن علت است. در فرهنگ عامیانه هم وقتی می‌گویند فلسفه شما از این کار چه بوده است، یعنی به چه دلیل و علت این کار را کردید. یا در فقه وقتی سخن از علت احکام یا حکمت احکام می‌رود، یعنی مبانی احکام را می‌خواهیم ببینیم، نه این که بخواهیم گزارش بدهیم. می‌خواهیم ببینیم مثلاً به چه دلیل نفقه باید به عهده شوهر باشد، به چه دلیل زن باید عده نگه دارد؛ به چه دلیل باید مثلاً دست‌سارق را برید و امثال اینها. آنجا در جستجوی مبانی هستیم. طبیعی است اوامر و نواهی را وقتی مطالعه می‌کنیم حرفه‌ای هم که می‌زنیم از دو حال خارج نیست: یا فقط

می‌خواهیم اوامر و نواهی را بشناسیم، که همان مکتب تحلیلی است، یا می‌خواهیم چیزی جایگزین آن کنیم، تا تکمیل و اصلاح شود و خواه ناخواه حرفی که می‌زنیم باز جنبه توصیه دارد نه گزارش. چنانکه می‌گویند احکام دایر مدار علتند، وقتی علت را شناختیم، هر جا آن علت بود حکمش هم باید باشد.

اما باید ما فلسفه را به معنای تعقل بگیریم، تا این توصیه وجهی داشته باشد.

کاتوزیان: تعقل برای یافتن حقیقت است؛ حالا این حقیقت اگر در دسترس ما و زاییده فکر ماست، و امر اعتباری است، به این معنا که ما قدرت تغییر و تصرف در آن را داریم، تعقل که می‌کنیم تقریباً دستورش را هم می‌دهیم و توصیه می‌کنیم. اما چیزهایی هست که در اختیار ما نیست، مربوط به جهان هستی است. ما فقط می‌توانیم خدا را بشناسیم، به قدرتش اذعان کنیم، و هستی را بشناسیم. وجود و ماهیت و امثال آنها را نمی‌توانیم امر کنیم که مثلاً تو موجود نباش؛ یا به ماده بگوییم تو حرکت داشته باش یا نداشته باش. در آنجا امر نیست فقط شناخت است. اما در این گونه علوم از اوامر و نواهی صحبت می‌شود. وقتی از اوامر و نواهی صحبت می‌کنیم، طبیعتاً در آنها دخالت هم می‌کنیم.

به تعبیری «بینی ان یعلم و ان یفعل» است. منتها یک نکته هست که باید بدان توجه کرد: حقوق یا فقه در حیطه «بینی ان یفعل» کار می‌کند، لذا الزام‌آور است ولی فلسفه فقه و فلسفه حقوق، متعلقش «ماینبی ان یفعل» نیست؛ متعلق فلسفه خود آن علم سابق است و متعلق آن علم سابق فعل مکلف است. ولی ما وقتی می‌گوییم فلسفه فقه یا فلسفه حقوق دیگر اینجا با آن کار نداریم؛ آن در واقع یک رکن متاخر است.

کاتوزیان: در فلسفه فقه برنامه این است که سعی شود مطالبی را که بیشتر جنبه نظری دارد و از آسمان به زمین نگاه می‌کند، بر روی زمین هم بنشانند. والا اگر نتوانند از نتایج بحث در استنباط احکام استفاده کنند، این فلسفه فایده‌ای ندارد. فلسفه در مراحل از سیر خود با علم اصول تلاقی دارد و بیشتر در همان جا آثار آن معلوم می‌شود و مبانی استنباط را معلوم می‌کند. تشخیص منابع فقه را هم می‌توان جزء کارهای فلسفه شمرد: به عنوان مثال، عقل مستقل آیا جزء منابع هست یا نه؛ معنای اجماع چیست؛ آیا ذات نیروی اکثریت دارای اعتبار است یا باید کاشف از قول معصوم باشد؟ خوب اینها مطالب فلسفی است؛ منتها مطالب فلسفی راجع به آن اعتبار است. چون ماده اصلی فلسفه فقه همان مسأله اوامر و نواهی و تغییر در الزامات اجتماعی است، طبیعی است فلسفه‌اش هم با همان موضوع تناسب پیدا می‌کند. این نکته را من عرض کردم که فلسفه فقه، فلسفه محض نیست، «فلسفه تحقیقی» است؛ یعنی نگاه می‌کند به «آنچه هست» و برای آن چیزی که نیست راه‌حل پیدا می‌کند و سعی می‌کند «آنچه را باید باشد» از آن استخراج بکند. و این از گزارش و شناسایی ساخته نیست. اشکالی هنوز باقی است که من در قالب سه نکته بیان می‌کنم:

اولاً، وقتی سیر و تاریخ تالیفاتی را که پیرامون فلسفه علوم نوشته شده نگاه می‌کنیم می‌بینیم که فلسفه از معنای متافیزیکی آن به اینجا آمده است. ثانیاً، مؤلفان فلسفه علم موضوع آن را نفس علم دانسته‌اند؛ یعنی خود علم به عنوان یک هستی باید به آن نگاه بشود. ثالثاً، ما صرفاً با فلسفه فقه و حقوق مواجه نیستیم که محصور در اوامر و نواهی باشد؛ در فلسفه‌های علوم دیگر سخنی از امر و نهی نیست. و با این وصف می‌بینیم که در این فلسفه‌ها به هنجارها پرداخته می‌شود، توصیه‌ها انجام می‌گیرد و ملاکهای درستی نظریه‌های علمی از غیر علمی ارائه می‌شود، پس صرفاً گزارش نیست.

کاتوزیان: هنجارها در علوم اجتماعی مطرح می‌شود.

خیر، در فلسفه فیزیک هم هنجارها و توصیه‌ها ارائه می‌شود.

کاتوزیان: در فیزیک مثلاً با یک هنجار چه می‌شود کرد؟ چه رفتاری با آن داشته باشیم؟

مثلا دکارت نظریه‌اش در فیزیک رد می‌شود، به خاطر این که سخنش از یک زمینه خاص با اطلاعات کافی همراه نبوده است؛ یکی از دانشمندان نظر دکارت را به همین خاطر رد می‌کند. به هر حال مسائل فلسفه علوم را همین هنجارها، توصیه‌ها و قانونها تشکیل می‌دهند، نه گزارشها. پس چگونه می‌شود جمع کرد بین فلسفه به معنای اصلی آن که گزارشگری است و بین آنچه عملا در رابطه با علوم وجود دارد؟ عملا هم خواسته‌اند که علم را بشناسانند، ولی می‌بینیم که در وادی توصیه‌ها وارد شده‌اند. آیا آن وجه جمع درست نیست که بگوییم علم به گونه‌ای است که وقتی آن را گزارش می‌کنیم چون واقعیت و روح آن را از آن گرفته‌ایم خود به خود و عمدتا به هنجار کشیده می‌شود؟ یعنی گزارش عین توصیه می‌شود، وحدتی بین این دو برقرار می‌شود و توصیف ناگزیر به توصیه می‌انجامد.

کاتوزیان: این یک ترتب است.

وحدتی که اینجا ادعا می‌شود، همان ترتب است. البته گاهی هم اصلا ترتب نیست، بلکه عینیت و وحدت در کار می‌آید. کاتوزیان: هر انسانی نخست گزارش می‌کند. طبیعی است که در حقوق هم همین طور باشد. در مسائل اجتماعی و در مسائل حقوق یک سلسله مراتبی هست؛ در فقه هم هست.

مثلا هر قانونی باید با قانون اساسی منطبق باشد تا اعتبار داشته باشد. بعضی می‌گویند رعایت این سلسله مراتب برای اعتبار هر قاعده‌ای کافی است: یعنی برای تعیین نفوذ قرارداد کافی است با قانون، و قانون با قانون اساسی موافق باشد. اینها فقط حرفهایشان گزارش‌گونه است و احتمالا توصیه‌هایی هم در آنها هست؛ ابتکاراتی هم در آنها هست، ولی شدت و ضعف دارد. بین آن کسی که فقط به گزارش اکتفا می‌کند، و آن کسی که ابتکار می‌کند و توصیه می‌دهد تفاوت مطلق نیست؛ یعنی قلمرو ابتکار و اندیشه مقول به تشکیک است، و فقط در شدت و ضعف باهم تفاوت دارند. حقوق چون موضوعش اصول است و مربوط به اوامر و نواهی است، طبیعی است که توصیه‌ها در آن خیلی زیادتر باشد تا گزارشها. ولی در فلسفه محض که راجع به جهان هستی است گزارشها بیشتر حائز اهمیت است تا توصیه.

برای روشن تر شدن مطلب این را عرض کنم که علم غیر از معرفت است. ما وقتی که است و وقتی می‌گوییم معرفت منظور **knowledge** است که بسیار گسترده‌تر است. بنابراین شاید بتوان گفت که حقوق یا ریاضیات علم نیست، بلکه یک معرفت است. اگر مساله معرفت درجه اول و درجه دوم که در صحبت‌های دوستان نهفته بود، یک مقدار باز بشود بهتر است. متعلق معرفت درجه اول، عالم خارج است. مثلا در علوم اجتماعی، روابط انسانی و نوع ارتباطی که برقرار است و دانشی که تولید می‌شود، اسمش جامعه‌شناسی، انسان‌شناسی و علوم سیاسی است. من در مقام یک جامعه‌شناس می‌خواهم بدانم که گروههای اجتماعی و نهادهای مردمی چه ارتباطی با هم دارند و تاثیرشان بر رفتار یکدیگر چگونه است؛ و این کار جامعه‌شناس است. اما یک موقع است که خود این جامعه‌شناسی موضوع بحث قرار می‌گیرد. این که مثلا جامعه‌شناسی چیست؛ آیا جامعه‌شناسی، یعنی مجموعه گزاره‌های کلی در ارتباط با علوم انسانی و روابط انسانی؛ من می‌خواهم این را مورد مطالعه قرار بدهم؛ یعنی می‌خواهم از بیرون نگاهی داشته باشم به خود معرفت جامعه‌شناسی یا به خود علم جامعه‌شناسی، از نظر آنهایی که آن را علم می‌دانند. حالا می‌خواهم بدانم این علم چگونه رشد می‌کند؛ چطور تحقق پیدا می‌کند و چه تاثیراتی را پذیرفته است. من اگر بخواهم بگویم که جامعه‌شناسی علم است، به معنای **science**، چه روشی را باید دنبال کنم آیا تمرکز باید روی متد باشد، یا روی آن علم و معرفتی که تقسیم شده است؟ در اینجا من خود معرفت درجه اول را که همان جامعه‌شناسی بود مورد نظر قرار داده‌ام که از آن گزارش می‌کنم و برای آن توصیه می‌کنم.

پس ما در مقام فیلسوف فقه باید این را روشن کنیم که آیا معرفت فقه را از بیرون نگاه می‌کنیم و دیگر هیچ کاری به فعل

مكلف نداریم، زیرا آن کار درجه اول است. من به عنوان فیلسوف فقه کار به فعل مكلف ندارم؛ کار به معرفت فقه دارم. حالا می‌خواهم ببینم که معرفت فقه چه ویژگی‌هایی دارد، ماهیت این معرفت چگونه است، چگونه تعریف می‌شود و بعد چه هنجاری تکلیف می‌کنم. بحث هنجاری در اینجا پیش می‌آید.

در صحبت‌های شما نکته خوبی بود راجع به فلسفه فقه، و آن مساله اخلاق بود. یک فیلسوف فقه باید بگوید که مثلا هیچ‌گونه بحث فقهی بنا نیست که مجزای از بحث اخلاق، بررسی بشود. این به نظر من موضوعی است که کاملا باید در فلسفه فقه مطرح نظر باشد.

تمایزی هم باید بین فلسفه فقه و فلسفه فقها قائل بشویم. صحبت‌هایی که آقای دکتر کاتوزیان داشتند، به نظر می‌رسد ناظر به فلسفه فقهاست. طبیعتا هر انسانی و هر فقیهی دیدگاه‌هایی برای خود دارد؛ دیدگاه‌های فلسفی یا دیدگاه‌های کلی یا متافیزیکی یا هر دیدگاه دیگری. وقتی کسی به جهان اطراف خود می‌نگرد اختصاص به اصول فقهی ندارد طبیعتا آن دیدگاهها بر جهان بینی او اثر دارد. بنابراین باید روشن کنیم که آیا ما در پی آنیم که تاثیر دیدگاه‌های فقها را بر فقه ببینیم، و یا به دنبال تاسیس فلسفه فقه هستیم نه در پی تاثیر دیدگاه‌های فقها بر آنچه تولید می‌کنند، که ما اسمش را معرفت فقهی می‌گذاریم. به نظر من ما باید این دو را از هم جدا کنیم و برویم به سمت دومی که همان تاسیس فلسفه فقه است، نه تاثیر دیدگاه فیلسوفانه فقها بر معرفت خودشان.

کاتوزیان: ما اگر بخواهیم مطالب مربوط به معنای فلسفه و این که آیا علم با معرفت چه فرقی دارد، و آیا فقه علم است یا معرفت، را مطالعه و بررسی کنیم، از مطالب اصلی باز می‌مانیم. اما آن نکته اساسی که در فرمایش شما بود که آیا ما در پی شناسایی فلسفه فقه هستیم یا فلسفه‌ای که فقها انتخاب کرده‌اند، من هم با شما کاملا موافقم که ما در پی شناسایی فلسفه فقه هستیم، نه فلسفه‌ای که فقها داشته‌اند.

منتها، یکی از عیوب مشترک گفته‌های ما در موردی که راجع به کارهای آقایان اظهارنظر می‌کنیم این است که دنبال زمینه‌های فقهی سخنان خود نمی‌گردیم، و تئوریهایی را می‌گوییم که ممکن است برای دیگران ناآشنا باشد. مثلا از شیمی مثال می‌آوریم و می‌خواهیم ببینیم در فقه چه آثاری دارد! ولی من می‌گویم سخنم را با مثالهایی که در فقه متداول است همراه و روشن کنم. پس اگر بخواهیم کسی را که با دید بازتری به فلسفه فقه نگاه می‌کند، با کسی که نگاه بسته‌تری به فلسفه فقه دارد، و همین طور کسی را که درست عمل کرده با کسی که در فقه فقط بازی با الفاظ فلسفه دارد، بسنجیم... ناچارم به فقیهی که این کار را کرده اشاره کنم، برای این که فهم آنچه در نهاد من هست و می‌خواهم القا بکنم آسان‌تر بشود. در نتیجه، اگر مقایسه می‌کنم مرحوم سید را با مرحوم میرزا یا مثلا از شاطبی اسم می‌آورم، نمی‌خواهم بگویم فلسفه آنها فلسفه فقه است. ما از دید کلی‌تری داریم نگاه می‌کنیم ولی اگر زمینه‌های فقهی را شناسیم، نتیجه مطلوب را نمی‌گیریم.

برنامه فلسفه حقوق و فلسفه فقه

کتابهایی را که در مورد فلسفه حقوق نوشته شده و خیلی نزدیک است به فقه، دو گروه نوشته‌اند: گروه نخست فیلسوفانی هستند که ضمن مطالعات فلسفی خودشان به حقوق پرداخته‌اند، مثل هگل، کانت و دیگران. گروه دیگر حقوق‌دانانی هستند که مذاق فلسفی دارند و از فلسفه استفاده کرده‌اند و خواسته‌اند آن مبانی را در حقوق به کار گیرند. کار گروه نخست برای فقیه زیاد قابل استفاده نیست. هرچند از بعضی جهات مبانی را برای آن فراهم می‌کند، از نظر فروع چندان فایده‌ای ندارد. به عنوان نمونه، مثالهایی که در بحث امروز مطرح شد (مانند مسائل مربوط به فسخ نکاح و طلاق)... شما را به تامل وادار

می‌کند. در حالی که، اگر به طور نظری فقط می‌گفتم که مسائل اجتماعی ممکن است در احکام فقهی هم دخالت کند، ممکن بود آقایان در پاسخ بگویند ما باید جامعه را با فقه مطابق کنیم نه این که فقه را مطابق جامعه سازیم. ولی این مثالها آقایان را به تفکر وادار کرد. این تحولاتی که ما می‌بینیم، در اجتهاد و فتاوا، بخصوص بعد از انقلاب و تشکیل مجمع تشخیص مصلحت، برای چیست؟ آیا غیر از این است که مصالح اجتماعی، دیدگاهها و فهم ما را از فقه تغییر داده است؟ من جلد دوم کتاب «فلسفه حقوق» را به منابع حقوق اختصاص داده‌ام و فکر می‌کنم در فقه نیز قابل تقلید باشد. فقیه وقتی می‌خواهد بداند فلسفه فقه چیست، باید ببیند چه منابعی این الزامات را به او تلقین می‌کند؛ قرآن است؟ سنت است؟ عقل است؟ اجماع است؟ در بین اینها آیا طبقه‌بندی‌ای وجود دارد؟ مثل ما که قانون اساسی را از قانون عادی برتر می‌دانیم. آیا ترجیح قرآن بر سنت چه اندازه است؟ آیا کلام پیامبر می‌تواند قرآن را نسخ کند؟ اگر کلام پیغمبر با قرآن از حیث اعتبار برابر است، پس وحی چه مقامی دارد؟ یعنی پیغمبر چه به او وحی شود و چه به دلش الهام شود فرق نمی‌کند؟ یعنی ارزش وحی با غیر وحی یکی است؟ این مسائل مطرح است؛ من نمی‌خواهم در این بحث مقدماتی راه‌حل ارائه دهم. عقیده من هیچ اهمیتی ندارد، مقصود طرح مسائل است. آیا با اجماع می‌شود سنت را محدود کرد؟ آیا با اجماع می‌شود قرآن را محدود کرد؟ فقیهان در پاره‌ای موارد بدون این که به مبانی کار خود توجه داشته باشند به این کار دست زده‌اند، و نپرداخته‌اند به این که ارتباط وحی و غیر وحی چه نوع ارتباطی است. آیا وحی درجه‌ای لطیف تر از علم پیغمبر است؟ اگر ارتباط سخن پیامبر (ص) با وحی، مانند ارتباط غیر وحی با وحی است، چطور ممکن است قائل بشویم که پیغمبر بتواند قرآن را نسخ کند، و یا تخصیص بزند. بعضی می‌گویند هرچه به دل پیامبر (ص) بیاید همان وحی است، چه از طریق جبرئیل باشد یا از راه عقل. بعضی هم به این اعتقاد ندارند. جایگاه اخباری که از معصوم رسیده است کجاست؟ وظیفه ما چیست؟ آیا ترویج دین است یا تاسیس دین؟ آیا احکام تاسیسی هم ممکن است که از امامان صادر بشود و قرآن را نسخ بکند یا نه؟ اینها مسائلی است که در منابع فقه مطرح است و به احکام مربوط می‌شود.

در جلد سوم، «منطق حقوق» را مطرح کرده‌ام که در واقع همان مبادی استنباط است و خیلی به علم اصول مربوط می‌شود. و یکی از سوالات این است که آیا فلسفه حقوق همان اصول فقه است؛ به نظر می‌رسد فلسفه فقه عام‌تر از اصول فقه است. ما قبل از ورود در علم اصول، مطالب زیادی داریم که باید آنها را اول حل کنیم تا نتیجه‌اش را در علم اصول پیاده کنیم. حرفهایی هم که ما می‌زنیم، اگر راجع به فقه باشد و زمینه کار خود را از یاد ببریم تقریباً مثل آن فیلسوفی می‌ماند که، بدون این که حقوق بداند، از روی دانش کلی و نظر کلی که به همه علوم کرده است، نیم‌نگاهی هم به حقوق کرده است. این زیاد مفید فایده نیست. باید رفت در درون فقه.

اگر در فلسفه فقه با مسائل روزمره فقهی درگیر نشوید، معنای فلسفه فقه و آثار آن را بر کارهایتان در نمی‌یابید. به نظر می‌رسد که بتوان همه اینها را در فلسفه فقه جمع کرد. چون ما در فلسفه فقه یک سری مسائل اساسی داریم که در برابر فقه، به عنوان یک معرفت و دانش مطرح است. و دیگر این که فقه کار فقیهان است. اگر بخواهیم هر دو را در حوزه تفسیر فقه بیاوریم هریک، بخشی از فقه را شامل می‌شود؛ یعنی یک بخش، کار فقیهان است که باید مورد مطالعه قرار بگیرد، این که چه چیزهایی بر استنباط فقها تاثیر می‌گذارد، و فقها، از شرایط اجتماعی چقدر متاثر می‌شوند. یک بخش معظم فقه هم آن مسائلی است که در برابر خود این معرفت و دانش هست.

کاتوزیان: در «فلسفه حقوق» به این نتیجه رسیده‌ام که باید از مسائل بسیار کلی زیربنایی شروع کنم. و آن این است که مبنای حقوق چیست. این را در فقه می‌توانید مطالعه کنید؛ یعنی مبنای الزامات و تکالیفی که ما در فقه داریم از نظر شرعی

چیست؟ ممکن است به این نتیجه برسیم که مبنا حکم خداوند است یا هر چیز دیگر، ولی به هر حال صورت مساله این است. این مطلب از مسائل مسلم فلسفه حقوق است. مساله دوم هدف است؛ هدف فقه چیست؟ هدف، اصلاح جامعه است؟ تامین سعادت ماست؟ پرورش استعداد های انسانی است؟ یا این که فقه انسان را از تفکر باز می‌دارد و آن را موجودی مطیع و فرمان برمی‌سازد؟ اوصاف قواعد فقهی چیست؟ این قواعد فقهی با سایر الزامات اجتماعی، اخلاقی، حقوقی و سایر الزامات اجتماعی چه ارتباطی دارند؟ همین مثالها از مسائلی است که باید اول به تحلیل آنها پرداخت، سپس نتیجه‌اش را در علم اصول پیاده کرد. علم اصول هم به یک اعتبار، جذب فلسفه فقه خواهد شد، ولی فلسفه فقه در واقع از کلام، فلسفه، فقه، اصول فقه و... استفاده می‌کند، برای این که این نظام را تشکیل بدهد.

اینها نکاتی است که به نظر می‌آید؛ داعیه آن را ندارم که مؤسس فلسفه فقه باشم یا همه بیایند از این برنامه پیروی کنند. اینها پیشنهاد و زمینه است برای دیگران تا راجع به آن فکر کنند. در هر سری تفکری ویژه هست و آن تفکر ممکن است نتایج مطلوبی بدهد که در ذهن دیگری نباشد.

ما نمی‌خواهیم آن علوم را از بین ببریم. فلسفه فقه کلی‌تر از این علوم جزئی است. ما می‌خواهیم از مجموع مدارکی که کلام، فلسفه، منطق، فقه و اصول به طور مشتت و پراکنده در اختیار ما گذاشته است علم جدیدی را پایه‌گذاری کنیم، تا به عنوان مقدمه اجتهاد در حوزه‌های علمیه مطالعه بشود. علاوه بر این، من تردید دارم کسانی که ادعای اجتهاد و تصدی مقام فتوا دارند، همه علوم را به طور کامل خوانده باشند. در جهان کنونی و با توسعه‌ای که علوم پیدا کرده است دیگر عنوان جامع معقول و منقول، فقط اسمی است که مسما ندارد. امروز در دنیا کسی نمی‌تواند جامع معقول و منقول باشد، اگر می‌شد خیلی خوب بود که آدم بتواند بطور تفصیلی تمام علوم را فراگیرد. چون یافتن چنین فقیه و دانشمندی امکان ندارد، پس بهتر است که هر کس از علوم معقول و منقول آن بخشی را برگزیند که بیشتر به کارش می‌آید. در مرحله دوم، باید مجموع این تحقیقات تخصصی را در جایی گردآوری کنیم، و مایه‌های اصلی فلسفه فقه را فراهم آوریم و نظریه بسازیم. مرزهای تخصصی باعث می‌شود که نیروهای محقق و دانشمند، هدر نرود و پراکنده کاری نکنند و استعداد خود را در یک کار خاص متمرکز کند. باید متخصصان فقه و فلسفه از خارج و داخل در نوشته‌ها و مقالات خود این را تشخیص بدهند که کدام دسته از مسائل کلامی برای فقیه جزء نیازهای درجه اول است، و کدام یک از مسائل، جنبه فرعی دارد؛ مثل غذا که اصلی دارد و مقداری هم مخلفات است، مخلفات را می‌شود کنار زد، ولی غذای اصلی را نمی‌شود. باید آن چیزهایی را که مربوط به تعقل و تفکر در مورد مسائل فقهی است، در فلسفه فقه بیاوریم. اینها با هم تعارض ندارند؛ در واقع یک نوع همکاری و تعاون است.

مگر ما در حقوق از جامعه‌شناسی کمک نمی‌گیریم؛ مگر در جامعه‌شناسی به حقوق نمی‌پردازیم، مگر علوم طبیعی در کار ما مؤثر نیست؟ الان با انگشت‌نگاری خیلی از حقایق روشن می‌شود. در سابق انگشت‌نگاری نبود ولی اکنون انگشت‌نگاری جزء ادله اثبات دعوی است. در جهان کنونی علم، روانشناسی علم را به وجود آورده که در قضا به کار می‌آید. اگر اینها را منکر شویم نمی‌توانیم درست عمل کنیم. بنابراین علوم دیگر بر کار ما تاثیر دارد، ما هم در کار آنها تاثیر داریم. اثر متقابل علم کلام، علم اصول و فلسفه فقه که ما در صدد مطالعه آن هستیم قابل انکار نیست. ما حق نداریم چیزی را تاسیس کنیم؛ در واقع روند فرهنگ فقهی است که فلسفه آن را ناگزیر تاسیس خواهد کرد. پیش‌بینی ما این است که تاسیس می‌شود، چون کار را خیلی تسهیل می‌کند و معارف پراکنده را نظم علمی می‌دهد. ارتباط بین اینها رو به افزایش است، و چه بسا روزی بگویند که دیگر علم کلام در فلسفه فقه مستحیل شد.

اگر فقیهی بخواهد فلسفه فقه را به عنوان دانش مقدماتی اجتهادش به کار گیرد، گرفتار یک سری مبانی کلامی است که به او اجازه هیچ کاری نمی‌دهد؛ مثلاً عصمت ائمه، حجیت سنت و امثال اینها. این را چکار کنیم. یک فقیه نمی‌تواند به آسانی دست از مبانی کلامی‌اش بردارد و برای خودش فلسفه فقه تدوین کند. مثل جایی که نصی از دین، قرآن یا سنت، در تعارض با مصالح جامعه باشد. فرضاً اگر مسلمانی کافری را کشت، احکامی دارد که امروز جامعه ما آنها را بر نمی‌تابد. اگر بنده در کشور ایران، یک مسیحی را کشتم، نمی‌توانم بگویم چون مسیحی بود، دیه آن با مسلمان فرق می‌کند. از طرفی نص محکمی که در مقابل من ایستاده، اطلاق دارد؛ گفته معصوم هست و تواترش هم مثلاً ثابت است. اینجا چه باید کرد؟ کاتوزیان: چنان که بارها گفته شد، در این مرحله تدبیر هنوز برای اندیشیدن درباره راه‌حلهای زود است و در وضع کنونی در مقام ورود در جزئیات مطالب نیستیم؛ جزئیات را باید تاریخ فقه فراهم آورد. ما تاکنون در خیلی از مسائل یقینی سابق عقب‌نشینی کرده‌ایم. احتمال دارد در بعضی مسائل دیگر هم این اتفاق بیفتد و احتمال دارد نیفتد. ولی مساله این است که آیا مصالح اجتماعی در این روند فکری دخالت دارند یا ندارند؟ با آوردن مثالهایی راه ورود به مسائل مستحدث و اثر تغییر محیط را در آن مشاهده می‌کنیم:

بیعی داریم به نام «بیع کالی به کالی» که در فقه می‌گویند باطل است؛ بعضی اعتقاد دارند باطل نیست. روزگاری بود که محصولات کشاورزی مشتری پیدا نمی‌کرد، یعنی مقدار موادی از تعداد داوطلبان بیشتر بود. سودجویان فرصت طلب، برای این که برزگران را مطمئن کنند که شما برای محصولات و فرآورده‌هایتان مشتری دارید، آنها را به صورت کلی می‌خریدند و پولی هم به آنها نمی‌دادند؛ مثل یک نوع بیمه، ولی به ثمن بخش. در چنین موقعیتی شارع اسلام به این مساله اجتماعی پرداخت و گفت که این کار را نکنید. در روزگار کنونی ما غالب خرید و فروش‌هایمان از کشورهای خارجی به صورت بیع کالی به کالی است. اسلحه می‌خریم، نفت می‌فروشیم. اگر خارجیها بفهمند که ما این نوع معامله را باطل می‌دانیم، دیگر با ما معامله نمی‌کنند. یا اگر معامله بکنند می‌گویند معامله باید نقدی باشد. آیا این به مصلحت است؟ این نیاز اقتصادی انگیزه می‌شود برای این که قضیه را دقیق‌تر مطالعه کنیم: از خود می‌پرسیم، آیا واقعا آن شهرتی که بطلان بیع کالی به کالی پیدا کرده چنان با ضرورت‌های فقهی بستگی دارد که قدرت تخلف از آن را نداریم؟ برای یافتن پاسخ به تعقل و اداری می‌شویم و با تعقل بیشتر راه‌حل دیگری گشوده می‌شود: مبانی نخست مفاد اخبار را نگاه می‌کنیم، معلوم می‌شود که ما اصطلاح «کالی به کالی» در منابع فقه امامیه نداریم. در خبر مستند بطلان می‌خوانیم «لایبایع الدین بالدین»؛ پس آنچه منع شده بیع دین در برابر دین است. این دین دو گونه است: گاهی موضوع معامله به موجب عقد بیع، دین می‌شود، گاهی پیش از بیع دین بوده و همان گونه مورد معامله قرار گرفته است. قدر متیقن، موضوع نهی دینی است که قبل از معامله دین بوده نه چیزی که به وجود معامله دین شده است. اگر این تحلیل را بپذیریم پس بیع کالی به کالی باید درست باشد.

من سالیان درازی است که کم و بیش روی فقه کار می‌کنم، مثالهای فراوانی در این رابطه در ذهن دارم. آنچه در حال حاضر فکر مرا به خود مشغول کرده است این است که آیا مقاومت در مقابل شهرتهایی که با مسائل اجتماعی تطبیق نمی‌کند، چقدر ممکن است؟ در فلسفه فقه این مشکل را مطالعه می‌کنیم. پس از انتخاب فلسفه و روش تحقیق مناسب، می‌توان در هر مورد خاصی راه حلی درخور، ارائه کرد.

به عنوان مثال، بیمه جزء مسائل ضروری کشور است و نمی‌توانیم از آن بی‌نیاز باشیم. مصالح تغییر کرده است. تردید هم داریم که آیا عقد بیمه، چون بظاهر معامله غرری است، الزام‌آور است یا نیست؟ اگر ما توجهی به این مصالح نداشته باشیم، روش پیشینیان را ادامه داده‌ایم. اما اگر این انگیزه در ما ایجاد شود که مصالح جدید را باید رعایت کنیم، و ادار به تعقل و تفکر می‌شویم. با کمی تدبیر می‌بینیم غرری که در فقه، شبهه بطلان بیمه را ایجاد می‌کند، با حساب احتمالات در کار

بیمه‌گران از بین می‌رود؛ یعنی در واقع، بیمه‌گر مجموع خطرهای موجود در یک اجتماع را با مجموع حق بیمه‌هایی که می‌گیرد، می‌سنجد. این دیگر غرری نخواهد بود. شرکتهای بیمه ضرر نمی‌کنند، چون حساب احتمالات را چنان می‌کنند که مقداری هم در مجموع منفعت کنند. بنابراین، غرری در میان نخواهد بود. از سوی دیگر، با استقرا در فقه درمی‌یابیم که بسیاری از معاملات غرری، به دلیل نیاز شدید مردم به آن معامله تجویز شده است و در لزوم معلوم بودن فعلی موضوع معامله مسامحه شده است، چندان که پاره‌ای از فقیهان در دلالت نهی پیامبر بر بطلان معامله تردید کرده‌اند. اگر آن انگیزه در دل ما نبود و شوق رسیدن به عدالت، ما را به این راه نمی‌کشید، به این نتیجه نمی‌رسیدیم. در «فلسفه فقه» شیوه تفکر و سیر حرکت ذهن تعلیم داده می‌شود. می‌خواهیم بگوییم که شما نیز این طور عمل کنید و علمی بیندیشید؛ یعنی درباره تمام باورها و معلومات پیشین تجدید نظر کنید و آنها را یک بار دیگر از نو بررسی کنید. مخصوصاً باید دید که آیا شهرتهایی که پیدا شده (رب شهره لا اصل له) مبنایی هم دارد که شما آنها را به صورت ضروری دین نگاه کنید و دست و پایتان را ببندد؛ یا اینکه ضروری و نص نیستند. احتمال دارد که به عنوان فقیه، ساده از این مسائل رد شویم و به آنها نپردازیم. ولی به عنوان فیلسوف فقهی و نظریه‌هایی که در فلسفه فقه در ذهن پرورده‌ایم باید تعمق بیشتری کنیم و به نتایجی برسیم که پیشینیان ما به آن نرسیده‌اند. مثالهای بسیاری در این باره وجود دارد که ما را به فکر و تأمل وامی‌دارد و ما با تفکر در مبنای آنها، احتمال دارد نظر جدیدی اختیار کنیم. نمی‌خواهیم بگوییم پیشینیان نظرشان درست نبوده و نظر ما درست است؛ می‌خواهیم بگوییم که این امتیاز و اختیار اجتهاد از نسل حاضر هم نباید گرفته شود، و به دلیل این که پیشینیان چنین اندیشه کرده‌اند و در حال حاضر یک نظام فرهنگی فقهی به وجود آمده است، نباید دست‌بسته پیرو آن اندیشه‌ها باشیم. ما زندگی دیگری داریم؛ فهممان تغییر کرده است، و به نسبت تفاوت درکها، طبیعی است که استنباط دیگری داریم. در اجرای همین شیوه تعقل سخنانی گفتم که در آغاز به مذاقها خوش نیامد و اعتنایی به آن نشد. در لایحه قصاص اولیه که نوشته بودند، قتل، جرم خصوصی قلمداد شده بود. ولی به نظر من این حکم با روح جامعه اسلامی هماهنگ نبود، که هر که پول دارد انسانی را به ظلم بکشد و بعد با سوءاستفاده از نیاز خانواده مقتول پولی به عنوان دیه بدهد و بگوید پول داشتم کشتم؛ ذمه خود را بری بداند! در آیات قصاص دقت کردم، آنجایی که می‌فرماید اگر کسی به ظلم کشته شد، ولی دم سلطان است (فمن قتل مظلوما فقد جعلته لولیه سلطانا)، این سلطنت که برای ولی دم مقرر شده به چه معناست؟ این به معنی اختیار انتخاب مجازات قصاص یا دیه است، نه اختیار برائت و مجرمیت؛ و لازمه انتخاب دیه این نیست که قاتل را رها کنیم بیاید در خیابان‌های جامعه اسلامی! در راستای همین تلاش فکری به نظرم رسید آیه‌ای که می‌گوید: «من قتل نفسا بغير نفس او فساد فی الارض فکانما قتل الناس جميعا»¹¹ و مفسران می‌گویند یعنی گناه قتل به اندازه گناه کشتن همه مردم است، نتیجه مهم‌تری دارد. حقوقدان به گناه کمتر می‌اندیشد، او دنبال «الزام اجتماعی» است و به ثواب و عقاب اخروی قناعت نمی‌کند. من از این آیه که می‌گوید: «گویا همه مردم را کشته است»، این طور می‌فهمم که قتل جنبه اجتماعی و عمومی دارد؛ به بیان دیگر، مضمون آیه هشدار درباره این حقیقت است که قاتل نه تنها یک فرد را کشته است، تسبیح امت را گسسته و نظم عمومی را به هم زده است. علت این که کشتن یک فرد مثل کشتن تمام مردم است، این نیست که گناه قاتل به اندازه کسی است که تمام مردم را قتل عام کرده است. توجیه مفسران چهره اخلاقی دارد، ولی اعتبار حقوقی ندارد، و در نظر حقوقدان مقبول نمی‌افتد. این سخن سرانجام پذیرفته شد و الآن به صورت بحث تعزیری درآمد است.

¹¹ مائده/32

ما هم از ابتدا همین را می‌گفتیم که باید قاتلی را که دیه پرداخته است، به دلیل چهره عمومی کار مورد ارتکاب، تعزیر کنند. درست است که با عفو ولی دم، قصاص نمی‌شود کرد، ولی تعزیر که می‌شود. کسی که نظم عمومی را به هم زده، و احیاناً مرتکب قتل شده است، بدون مجازات نباید رها شود؛ هرچند دیه قتل را بپردازد. پایه اختلافی از این گونه بستگی دارد به این که فقیه چگونه به فقه نگاه کند. کسی که مذاق فلسفی دارد و مسائل را کلی‌تر و اجتماعی‌تر می‌بیند، به هر حکمی به عنوان نص نمی‌نگرد؛ دنبال راه حل می‌گردد و از اندیشیدن باز نمی‌ماند. راه حل او ممکن است معقول باشد و ممکن است نامعقول باشد. ولی در این که امکان آن هست که تعقل کنیم و در پی راه‌های جدید باشیم تردید نباید کرد. تاسیس «فلسفه فقه» به خاطر این است که این امکان را به وجود بیاورد. ممکن است صدها نظر غلط هم داده شود، اما بالاخره برخورد اندیشه‌ها به پختگی فکر و چیرگی عقل کمک می‌کند و مساله راه حل متناسب خود را می‌یابد.

برای رفع اشکالها و تردیدها دو راه حل متصور است: اول این که بر اشکال سرپوش بگذاریم. راه حل دیگر این است که زخم را باز کنیم و درمانش را جستجو کنیم. معنا ندارد که بخواهیم روی اینها سرپوش بگذاریم. وقتی می‌گوییم «فلسفه فقه» باید به عنوان علم تدوین بشود و در حوزه‌های علمیه در شمار مقدمات اجتهاد قرار گیرد، برای این است که این گره‌ها را باز کنیم و راجع به آنها چاره‌ای ببندیم. مقصود این نیست که مبانی فقهی را ندیده بگیریم، یا به ضرورت‌های دین توجه نکنیم، مقصود ما کمک به فقه است.

ممکن است راه‌حلی مقبول بیفتد و ممکن است نیفتد؛ مقصود گشودن راه بحث و نقد است. من فکر می‌کنم این خیلی اهمیت دارد که شما به عنوان یک طلبه جوان، و ما به عنوان کسی که راجع به این مسائل فکر می‌کند، مکلف باشیم که این درها را بگشاییم. محققان نظرات خود را آزادانه بگویند و بحثها و نقدها نشان خواهد داد که کدام نظر با مبانی تطبیق می‌کند و باید مورد اعتنا و توجه قرار گیرد و کدام سخن در تعارض با مبانی دینی است و باید طرد شود.