

بازاندیشی معیارهای نگارش دانشنامه حقوقی

سیدرحیم حسینی*

چکیده

کتاب *دانشنامه حقوقی* (لنگرودی، ۱۳۷۲) که بارها به حله طبع آراسته شده، برای اهل تحقیق و دانشجویان رشته حقوق شناخته شده است. در عین حال، این مجموعه از جهت‌هایی قابل تأمل و نقد است؛ البته در اینجا، مراد نقد شکلی یا شیوه‌ای نیست. در این مقاله از دو زاویه متأملانه و نقادانه به این اثر علمی نگریسته شده است: ۱. از حیث مستندات فقهی، اصولی، قواعد فقهی و ...؛ ۲. از جهت انتقادات و اشکالات مؤلف به برخی آرا و نظریات فقها و اصولیان. به عبارت دیگر در این مقاله در پی آن هستیم که از زاویه فقه شیعه مهم‌ترین مواضع غیرعملی و نادرست مؤلف محترم را در حوزه اندیشه فقهی نقد کنیم. **کلیدواژه‌ها:** نقد، دانشنامه حقوقی، فقه شیعه، اصولیان.

مقدمه

کتاب *دانشنامه حقوقی* به‌رغم تلاش‌های علمی و ارزنده مؤلف و محاسن و مزایای آن که بر اهل فن پوشیده نیست، از جهاتی چند که نادیده‌انگاشتن آنها نیز ممکن نیست، جای بسی نقد و تأمل دارد که دقت و درنگ در آنها، اعتبار این اثر را با تردیدهای جدی مواجه می‌سازد. در این پژوهش به دنبال آن نیستیم که محتوای این کتاب را از حیث اینکه در برخی موارد نظر صرفاً علمی مخالف با نظر مؤلف آن داریم، بررسی کنیم و بر صحت و سقم دیدگاه‌ها و استدلال‌های ایشان از زاویه‌ای صرفاً به‌عنوان یک نظریه علمی تأمل کنیم، چرا که هر نوشته و تألیف بشری جای دقت و درنگ دارد و ممکن است برای نظریه ارائه‌شده

* استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی 1348@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۸۹/۹/۲۱، تاریخ پذیرش: ۸۹/۱۱/۷

جایگزین دیگری پیدا کنیم؛ بلکه در پی آنیم که نقاط برجسته‌ای از مواضع و دیدگاه‌های غیرعملی و غیرمنصفانه مؤلف محترم را در حوزه فقه و اندیشه فقهی به‌ویژه از زاویه‌ای شیعی بررسی و معیارهای به‌کار بسته‌شده ایشان را بازبینی کنیم.

۱. نادیده‌انگاری اغلب دستاوردهای اخیر و معاصر

با وجود کوشش فراوان صاحب اثر برای بهره‌گیری از متون اصلی فقهی، حقوقی و اصولی، فضای حاکم بر فصل‌های مختلف آن، گویای این مطلب است که در تدوین آن صرفاً از آثار پیشینیان استفاده شده است و از یافته‌های علمی متأخرین و معاصرین که بخش بزرگی از تاریخ علم فقه و حقوق را شکل می‌دهند، به‌ندرت و در حد ضرورت اجتناب‌ناپذیر استفاده شده است.

در مستندات اثر، صرفاً از آثاری بهره گرفته شده است که امروزه به‌رغم اهمیت علمی و مکانت تحقیقی و مرجعیت برای مطالعه فقهی و حقوقی، تنها درصدی از سهم پژوهش و نوآوری در این عرصه را به خود اختصاص می‌دهند. به‌طور طبیعی، استفاده از یافته‌های علمی اخیر و معاصر و گستردگی بهره‌مندی از منابع قدیم، به عمق و اهمیت یک کوشش علمی می‌افزاید و اگر مراجعه به این منابع به شکلی محدود و یا طبق ذهنیت پژوهشگر و به‌صورت گزینشی صورت گیرد، به تناسب ثمره حاصل از آن نیز محدود، مضیق و صرفاً منحصر به فضای خودساخته وی خواهد بود.

اتخاذ این رویه از یک سو موجب شده مفاهیم مطرح شده به‌عنوان واژگان اساسی دانشنامه، از آنچه در دیگر آثار فقهی اخیر و معاصر آمده و مبنای بسیاری از آرا و فتاوی فقهی و مبنای علمی قانونگذار و عرف فعلی جامعه ایران است، فاصله‌ای فراوان پیدا کند و مسیر تفسیر و تطبیق قوانین جاری با فقه را تغییر دهد، و از دیگر سو مراجعه‌کنندگان به این اثر را با نوعی سردرگمی و با سؤالات متعدد مواجه سازد. از جمله این سؤالات است: آیا آنچه در این اثر آمده است، به‌روشنگری درباره مفاهیم مطرح شده کمک می‌کند یا در صدد ابهام‌افزونی است؟ آیا از دوران قدیم و یا در دو‌یست‌سال اخیر، فقط پژوهش‌های محدودی که مؤلف به آنها اعتماد کرده نگارش یافته و کوشش دیگری در این زمینه صورت نگرفته است؟

۲. بومی‌انگاری مفاهیم نوعی و فقهی

در قسمت‌های مختلف کتاب، برخی مفاهیم اساسی در حوزه فقه و اصول به‌عنوان یک

یافته فرهنگی - بومی ایرانی معرفی شده است که بر توجه نکردن به مبانی دینی و نوعی و عقلانی آنها حکایت دارد؛ از جمله:

- در صفحه ۳۵۲ جلد یک، با طرح بحث پیرامون سیر تطور اصل استصحاب، این بحث برخلاف نظر مشهور و بدون استدلال یک «فرض قانونی» در برابر «امارات قانونی یا قضایی» عنوان شده و در صفحه ۳۵۳، درباره منشأ ایجاد آن چنین نظر داده شده است:

به حق می توان گفت: با توجه به زحمات سلف ایرانی ما، بحث استصحاب را فرهنگ ایرانی به وجود آورده است و جزء لایتجزای فکر حقوقی حقوقدانان این مرز و بوم است.

این درحالی است که «اصل استصحاب»، مبنای عقلی نوعی و ادله‌ای دارد که منشأ آن حکم شارع است نه فرهنگ یا کوشش حقوقدانان ایرانی. شیخ انصاری در ادله حجیت استصحاب می گوید:

أنا تتبعنا مواردالشک فی بقاءالحکم السابق المشکوک من جهة الرفع فلم نجد من اول الفقه الی آخره مورداً الا حکم الشارع فیه بالبقاء. (قوائدالاصول، ج ۵۶۳/۲)

آخوند خراسانی، پس از بررسی در ادله اقامه شده بر حجیت این اصل و تحریر و تقریر وجوهی مانند «استقرار بنای عقلاء»، و «اجماع ادعاشده درباره آن»، دلیل برتر بر اثبات این اصل عملی را اخبار و احادیث دانسته و نوشته است:

العمدة فی الباب الاخبارالمستفیضة (کفایة الاصول: ۳۸۸) و به تعبیر میرزای نائینی «الاخبار و هی العمدة و قد بلغت ما یقرب من الاستفاضه» (قوائدالاصول: ج ۳۳۴/۴) و متأخرین از ایشان مانند آقای خوئی (مصباح الاصول: ج ۱۲/۳) و دیگر بزرگان نیز به تبع نیاکان فکری خود، عمده ترین دلیل اقامه شده بر حجیت و جواز استفاده از اصل استصحاب را روایات مستفیضة از معصومین (ع) دانسته اند.

۳. تنزیل جایگاه فقه شیعه

بی تردید، نه ستایش آقای لنگرودی از جایگاه فقیهان شیعه موجب رفعت منزلت و مکانت ایشان است و نه تنقیص و تنزیل ایشان کسر شأن برای آنان می شود. اما این توقع وجود دارد که اثری که داعیه آن دارد مبانی نظری و استنباطی قوانین جاری کشور شیعی را تبیین کند، آبخور اصلی آن، مبانی همان قوانین باشد که قانونگذار در نگارش آنها عنایت خود را معطوف به آنها داشته است.

مؤلف درمواضع فراوان، ضمن ستایش از نظریات فقیهان اهل سنت و ضربه کردن آرای

آنان در برابر فقیهان شیعه، می‌کوشد با مقلد جلوه‌دادن شیعه از فقه اهل سنت، این پندار غیرواقعی و غیرعلمی را تثبیت کند که فقه شیعه اصالت چندانی ندارد. به‌عنوان نمونه، در ج ۱، ص ۵۰۶-۵۰۵، در مسئله «شهادت بر اعسار» که از نظر فقیهان خاصه و عامه، لازم است شاهد از شرایطی برخوردار باشد، که از جمله این شرایط، با توجه به اینکه اعسار از امور خفیه است، حشرونشر درازمدت شاهد با مشهود له (مدعی اعسار) است تا با احاطه و اشراف بر جزئیات زندگی وی، شهادتش ممنوع شود. در این مسئله، ضمن تأکید بر پیروی علامه حلی از ابن‌قدامة، درباره این فقیه حنبلی چنین نوشته شده است:

[وی] از مفاخر اسلامی است و کتاب فقه او در ده مجلد از بزرگ‌ترین مآخذ فقه فرق اسلامی بوده و هست. راقم این سطور در تتبع متون خاصه و عامه دریافتم که علامه حلی با همه عظمت خویش، چنان فریفته کتاب *المعنی* بوده که غالباً عین عبارات آن را در کتاب *تذکرة الفقهاء* گنجانده است؛ و شگفت آنکه پس از علامه تاکنون کسی روش او را دنبال نکرده و ندیدم فقیه امامی از *(المعنی)* مثلاً مطلبی ذکر کرده باشد.

سخن درباره فریفتگی مؤلف در برابر ابن‌قدامة به موقعیت دیگر نیازمند است؛ ولی در اینجا راجع به مدعای ایشان درباره علامه حلی، نکاتی به اختصار یادآوری می‌شود: اولاً نقل قول از یک کتاب، به‌معنای پذیرش نظریه مؤلف آن نیست، به خصوص اگر ناقل همانند علامه حلی در *تذکرة* (ج ۷۰/۱۴-۶۹) پس از نقل قول از ابن‌قدامة و پیش از آن، نظر متفاوت خود را درباره آن ابراز کرده باشد. ثانیاً ادعای اینکه غالب عبارات ابن‌قدامة در *تذکرة* گنجانده شده، نظری است غیرمنطبق با واقع؛ زیرا از مراجعه به ابواب مختلف این کتاب به‌خوبی روشن است که قسمت اعظم آن را براساس مذهب و مذاق فقهی علامه حلی، روکرد شیعی این اثر شکل می‌دهد. ثالثاً بر اساس آنچه مؤلف کتاب *تذکرة* در مقدمه نوشته، این کتاب با محوریت فقه مقارن تألیف شده است:

وقد عزمنا فی هذا الكتاب الموسوم بـ *تذکرة الفقهاء* علی تلخیص فتاوی العلماء، و ذکر قواعد الفقهاء علی أحق الطرائق و أوثقها برهاناً، و اصدق الأقاویل و أوضحها بیاناً و هی طريقة الاحیة الآخذین ویتهم بالوحی الالهی، و العلم الربانی، لا بالرای و القیاس و لا باجتهدالناس ... و اثر نافی کل مسئله الی الخلاف و اعتمدنا فی المحاکمة بینهم طریق الانصاف. (*تذکرة الفقهاء*: ج ۴/۱)

و در لابه‌لای مطالب و نقل قول‌ها و در عرصه دفاع از مواضع مبتنی بر دیدگاه‌های حقوق

لائیک و فقهای اهل سنت، فقهای شیعه با تعبیری مخاطب شده‌اند که نه تنها خطاب یک عالم دینی با این تعبیر شایسته نیست، بلکه به‌کارگیری آنها درباره هر مخاطب عامی نیز دوراز شأن عالمان حقوق است:

در صفحه ۳۵۱ جلد یک، در بحث از راه‌حل‌های ارائه‌شده پیرامون مصادیق مشتبه بین حق و حکم که به‌حق جزء مواردی است که مؤلف حتی از عهده تصویر آن برنیامده تا صورت مسئله را آن‌گونه که فقط مطرح است، تحریر کند تا چه رسد به داوری در این زمینه، درباره یکی از صاحب‌نظران که قائل به استصحاب حکم در مقابل حق است، می‌گوید: «... امثال این‌گونه استصحابات، از هوس‌های بزرگان است».

و در صفحه ۳۸۳ جلد یک، درباره فقیه بزرگوار دیگری اظهار می‌دارد: «... تشخیص مصادیق مشتبه حق و حکم که مسئله‌ای مشکل نیست، موجب سرگرمی ساده‌دلان شده است».

۴. مفاهیم خودساخته و مشکلات پیش‌رو

تفسیر واژگان و اصطلاحات براساس معیارهای خودخواسته و شخصی که زمینه نوعی و استدلالی ندارد و براساس ملاحظات غیررسمی، موجب شده است از بعضی مفاهیم اساسی تعاریفی ارائه شود که در منابع اصیل و قابل اعتماد درحوزه فقه و حقوق، بنیانی ندارند، مع الوصف مؤلف در پی آن است تا با اتخاذ چنین رویه‌ای در بیان ماهیت این مفاهیم، از اهل اصطلاح و پدیدآورندگان آنها انتقاد کند؛ حال آنکه اگر بخواهیم تفسیر شخصی و مبتنی بر اعتبارات و ملاحظات غیررسمی خود از یک واژه ارائه دهیم، نباید توقع داشته باشیم که گذشتگان و صاحب‌نظران پیشین با ما همراه شوند؛ به عنوان نمونه:

در صفحه ۳۱۲ جلد ۴، تعریفی از دلیل ارائه شده است که به تعبیر مؤلف، شامل دو معنای این واژه است: دلیل به معنای «کاشف» و دلیل به معنای «مصلحت» مؤلف:

راهنمای اندیشه را دلیل باید نامید، خواه در این راهنمایی وصول به مجهول مورد نظر باشد یا صرفاً وصول به هدف مورد توجه باشد هرچندکه مجهولی حل نشود. فقهاء با همه تلاشی که در معرفی دلیل کرده‌اند، به‌کلی از دلیل مصلحت غفلت کرده‌اند و حال آنکه دلیل مصلحت در علم حقوق عمده‌ترین نقش‌ها را دارد.

در این عبارت، براساس تفسیری از دلیل توقع همسوئی فقها با خود را دارد که اصولاً تفسیر یادشده ارتباطی به دلیل از منظر فقه ندارد، زیرا دلیل در این حوزه مساوق با «حجیت» و «منجز» در صورت کشف واقع و «معدّر» در صورت خطا و عدم وصول به

واقع است و صرف راهنمای اندیشه‌بودن معنای لغوی آن است که زمینه‌ساز دلالت است و دلیل به این معنا به حوزه فقه و حقوق منحصر نیست بلکه در تمامی علوم مطرح است؛ اما آنچه برای هر علمی اهمیت دارد، بیان ممیزات و مشخصات دلیل موردنظر در آن است تا براساس آن، حدود و ثغور آن درمقایسه با دلیل در دیگر علوم مبین شود، و شما در جواب سؤالتان درباره دلیل، از هیچ صاحب‌نظری قبول نخواهید کرد که در جواب بگوید مقصود ما از دلیل مورد استفاده در دانش حوزه تخصص راهنمای اندیشه است، بلکه انتظار آن است تا ویژگی‌های اساسی این راهنمای اندیشه را برای ما بیان کند، مسئله ای که در مباحث حجّت کتب اصولی، فراوان پیرامون آن سخن رفته و تصویر روشنی از دلیل ارائه شده است.

همچنین، دلیل مصلحت، از اصل مدنظر فقیهان شیعه نبوده و طبق بررسی‌های به عمل آمده در ردّ برخی از ادله مورد اتباع فقیهان اهل سنت آن را تحت عنوان «استحسان» و «مصلح مرسله» نقد کرده‌اند؛ با این حال، چگونه می‌توان متوقع بود مطلبی که در بوتّه انتقاد است، عنصر اساسی دلیل ازمنظر فقه شیعه تلقی شود؟!

نیز در صفحه ۲۹۷، پس از تعریف «استصحاب» به «مشی برطبق سابقه موجود در صورت شک در بقای آن»، نوشته شده است:

بنابراین باید چیزی که قبلاً وجود داشته، بعداً در ادامه وجود آن تردید حاصل شود و وسیله‌ای برای رفع تردید نباشد و لاعلاج مصلحت جامعه در آن است که برطبق همان سابقه عمل کنند، فی‌الجمله فکر استصحاب به نوعی مصلحت‌اندیشی است که کم و بیش هر جامعه‌ای بآن راه برده و می‌برد.

این بیان درباره استصحاب و اینکه زیربنای آن را «مصلحت‌اندیشی» بدانیم، در هیچ اثر فقهی نیامده است؛ چه، با وجود ادله متعدد عقلی و نقلی برای اثبات این اصل، نیازی به افزودن «مصلحت‌اندیشی» به زمره این ادله نیست مگر اینکه مانند مؤلف دنبال این باشیم که واژه خودتفسیر کرده را مبنای انتقاد از فقه قرار بدهیم و بگوییم:

النهاییه حدود و سامان این نوع مصلحت‌اندیشی درعمل به قدری مبهم است که با همه تلاشی که فقهای اسلام برای رفع این ابهام کرده‌اند، هنوز در ابتدای راه هستیم. مصلح قابل ملاحظه ای گردآورده اند ولی ابهام از همه‌طرف آنها را گرفته است، به‌خصوص که مثال‌هایی که باید نمایشگر صحت و اصالت این تلاش‌ها باشد، همگی خیالی و یا غیرفقهی و یا اختصاص به مسائل پاکیزگی و پلبیدی و پرستش دارد که حکمت آن مسائل از دسترس اندیشه بشری بسیار دور است.

حال آنکه کار فقیه نه گردآوری مصالح است نه تکثیر استدلال براساس ذائقه‌های فکری شخصی؛ بلکه آنچه در فقه متبّع است، دلیل و اصلی است که حجیت آن به معنای کشف از حکم واقعی یا ظاهری به اثبات رسیده است، تا استنباط حکم شرعی را بر بنیان صحیح و قابل دفاع بنا بگذارند و معیارهای تحصیل حکم شرعی را رعایت کنند؛ که در جای خود، مباحث ارزشمندی پیرامون این موضوع ارائه شده است.

۵. آیا منطق ارسطویی، زیربنای فقه است؟

مؤلف در مقام انتقاد از مبانی فقه و خاستگاه آن، داوری‌های غیرمنصفانه و به دور از واقع فراوان دارد، تا جایی که در برخی موارد گفته‌های ایشان به مخالفت با بداهت عقل و اولیات فقه و عرف فقها تبدیل می‌شود، به عنوان نمونه متهم کردن فقه به تبعیت از منطق ارسطویی است که در صفحه ۳۱۲ جلد ۴، می‌نویسد:

فقهاء، توجه زیاد به منطق ارسطو(!) داشته‌اند که مطلقاً بی‌فایده بوده است. گذشت قرون، آشکارکننده عجز منطق ارسطو(!) است.

تنها آقای لنگرودی نیست که این مسئله را آن‌هم به صورت فوق مطرح می‌سازد و استفاده‌های فراوان خود از فقه را در مجموعه آثار و کتب و مقالات نادیده می‌انگارد؛ و این اوج داوری غیرمنصفانه است که در عین بهره‌مندی از یک دانش و دستاوردهای ارزشمند بزرگان آن، همان دانش را به تبعیت از منطقی بی‌فایده(!) منتسب سازیم.

ایشان در عبارت فوق، دو ادعا را همزمان مطرح کرده ولی برای هیچ‌یک دلیل اقامه نکرده‌اند: یکی ادعای مطلقاً بی‌فایده بودن منطق ارسطویی؛ دیگری، استفاده مفراط فقها از این منطق. جواب برای ادعای اول ایشان، نیازمند بحث منطقی و عقلانی مستقلی است که سخن در این باره را به محل خود وا می‌گذاریم و به همین جمله بسنده می‌کنیم که تاکنون احدی منطق ارسطویی را مطلقاً بی‌فایده ندانسته و تنها به برخی از قواعد آن در مباحث تصدیق و حجّت ایراداتی وارد کرده است. لیکن مباحث تصور و معرف آن که صرفاً ارسطویی نیست و یا مباحث مربوط به قضایا که صرفاً به منطق ارسطویی مربوط نیست بلکه منطق ارسطویی تنها با سایر نحله‌های فکری و منطقی در این موارد مشترک است، در منظر نقد کسی قرار نگرفته است. البته تمامی مباحث فکری و علمی جای بحث دارند و از جهات گوناگون می‌توان آنها را در بوتۀ ارزیابی نقادانه قرار داد؛ اما چنین نیست که ثمره هر انتقادی، الزاماً به محض اینکه به عنوان یک انتقاد مطرح شد، به نفی تامیت یک علم منتهی

شود، بلکه به عکس، در اغلب موارد اگر نقد براساس قاعده و انصاف صورت پذیرد، به نتیجه‌ای کامل در راستای تکمیل همان دانش منجر می‌شود.

امروز برای اهل فن به‌خوبی مشهود است که آنچه با عنوان منطق ارسطویی شناخته می‌شود، تنها یافته‌های ارسطویی این منطق نیست بلکه در قرون متمادی و بر اثر نقّادی‌های فراوان و تأملات عالمان فکر و منطق قواعد و اصول دیگری به‌ویژه از سوی عالمان منطق در دنیای اسلام بر آن افزوده شده تا جایی که در مقایسه یافته‌های منطقی ابن‌سینا، خواجه نصیرالدین طوسی، ملاصدرا، سبزواری و دیگر بزرگان با منطق ارسطویی و ترجمه‌های ابن‌رشد از این منطق برای اثبات عینیت این دو منطق با تردیدهای جدی مواجه هستیم.

درباره ادعای دوّم مؤلف نیز با توجه به محدودیت فضای مقالات، به چند نکته در زیر

بسنده می‌شود:

۱. علم فقه، دانش بسیارگسترده‌ای است که در آن از احکام و قوانین مختلف تشریحی بحث می‌شود. این احکام به‌قدری وسیع است که همه اعمال و روابط اجتماعی فرد و جامعه و احوال شخصیه را دربر می‌گیرد؛ به عبارت دیگر، هر عملی که از انسان مکلف صادر شود، حکمی از احکام خمسّه تکلیفیه دارد و منابع و مبانی آن از دوره آغازین یا به‌قطع می‌توان گفت از طرح نخستین مسئله فقهی مشخص و تعریف شده از کتاب و سنت بوده و با تطوّر مسائل این علم و پیدایش شرایط جدید اجماع و عقل نیز به آنها افزوده شده است. لذا مبانی احکام از نظر شیعه عبارت‌اند از کتاب، سنت، اجماع و عقل (منابع الاحکام: ۳؛ ضوابط الاصول: ۸؛ قوانین الاصول: ج ۱/۹؛ الفصول الغریبه فی الاصول الفقهیه: ۱۱ و ۱۲؛ ...)

از نظر مذهب حنفی عبارت است از کتاب، سنت متواتره، قول صحابی، اجماع، اجتهاد به رأی، قیاس، استحسان، و عرف (به‌ترتیب اهمیت و فقدان دلیل قبلی) (ادوار علم‌الفقه و اطواره: ۱۴۲)، از نظر مذهب مالکی عبارت است از کتاب، سنت، عمل اهل مدینه، قول صحابی، قیاس منصوص‌العله و مصالح مرسله (همان: ۱۵۲)، از نظر مذهب شافعی عبارت است از: کتاب، سنت، اجماع، قیاس مستنبط‌العله (همان: ۱۵۸)، و از نظر مذهب حنبلی عبارت است از کتاب، سنت، فتاوی‌صحابه و قیاس (اعلام‌الموقعین عن رب‌العالمین: ج ۱/۳۳) و در هیچ مقطع از مقاطع تاریخ فقه شیعه و سنی، احدی از فقها، منطق ارسطویی را به‌عنوان یکی از مبانی یا منابع خود در استنباط مطرح نکرده‌اند.

۲. از منظر فقهای امامیه، عقل، در استنباط و کشف حکم شرعی، در کنار سایر منابع استنباط از کتاب و سنت و اجماع قرار می‌گیرد ولی هرگز به‌عنوان مشرّع و قانونگذار

شناخته نمی‌شود و تنها براساس معیارهای شناخته‌شده در موارد خاص آن‌هم در رتبه‌ای پس از منابع سه‌گانه نخست به کشف نظر شارع می‌پردازد، برخلاف پندار بعضی از اشاعره که نظر عقل را نوعی تحمیل و تحکم بر شریعت می‌دانند بدون اینکه به تفاوت میان کشف و حکم توجه کنند؛ و در قرون اخیر، برخی هرگونه اهتمام به عقل را در برابر شریعت قرار می‌دهند و اعتماد به آن در فقه و مسائل کلامی را با تکیه بر پندارهای خود، برون‌رفت از قواعد استنباط می‌دانند، حال آنکه اهمیت عقل از نظر فقه شیعی نه از باب اهتمام منطبق ارسطویی به آن است و نه از سرغفلت، بلکه این دست‌وریشوایان مذهب (علیهم‌السلام) است که عقل را به‌عنوان یک حجّت و برهان قابل قبول توصیه می‌کنند، چنان‌که امام صادق (ع) می‌فرماید:

حجة الله على العباد النبي، والحجة في مابين العباد و بين الله العقل. حجّت و برهان خدا بر بندگان، پیامبر (ص) است و حجّت میان بندگان و خدا، عقل است. (الكافي: ج ۱/ ۲۹ - ۱۰، جلد العقل والجهل)

و در خطاب امام موسی بن جعفر (ع) به هشام بن الحکم آمده است:

يا هشام! انّ لله على الناس حجّتين: حجة ظاهرة، و حجة باطنة؛ فاما الظاهرة فالرسل والانبياء والائمة و اما الباطنة فالعقول. هشام! خدا برای آدمی دو حجّت قرار داده است: حجّت ظاهری که پیامبران‌اند و حجّت باطنی که عقول‌اند. (همان: ج ۱/ ۲۵)

و روایات متضافر متعدد دیگر که مبنای اهتمام فقیهان به دلیل عقل و اندیشه توأم با تأمل در کشف احکام شرعی بوده و این ادعا که فقه بر بنیان منطق ارسطویی نهاده شده، ظلمی بس عظیم در حق این دانش است.

۶. افراط در ستایش یافته‌های خود

هرچند که بیان محاسن یک تلاش علمی و یادآور شدن امتیازات آن خود بخشی از هر پژوهش است، تأکید بر فضل و برتری مؤلف و محقق، آن‌هم در مراحل مختلف و به قصد تنقید و تنقیص دیگر صاحب‌نظران و بزرگان یک فن، خلاف آیین پژوهشگری و سنت علمی حاکم بر فضای فقه و حقوق است، که پیشگامان این عرصه اگرچه به آرا و انظار جدید و منتقد از نیاکان فکری خود دست یافته و در عرصه تألیف آورده‌اند، در بیان آن، کمال تواضع و تمجید از تلاش‌های گذشتگان را نصب‌العین قرار داده‌اند.

در این اثر، موارد فراوانی وجود دارد که مؤلف محترم این اصل و قاعده مرسوم میان پژوهشگران را نادیده گرفته‌اند؛ به‌عنوان نمونه:

در صفحه ۳۵۳ جلد یک:

«... لازم بود صاحب‌همتی این مشکلات را از سر راه بردارد و با مطالعات پیگیر در حقوق لائیک ... و جداکردن فهم از وهم مطالب بر محک تجربه و عمل آزموده شود. این کار در کتاب حاضر جامه عمل پوشید ...»

در، صفحه ۲۱۶ جلد ۲:

افتتاح بحث تازه مقداری احاطه و شجاعت هم لازم دارد که ... در همین مجلد از این دایرةالمعارف، عناوین ذیل را طرح کرده‌ایم ...

در صفحه ۳۸۳ جلد ۲:

مردی که در اواخر عمر خود، علم اصول خوانده بود با این حال در فروع مانده بود حکم داشت مرا بیازماید گرچه حق نداشت ...

در صفحه ۳۸۴ جلد ۲:

فرق است بین کسی که ترا به ظلمات تفاهم عرف سوق دهد و کسی که (مؤلف) ترا در ظلمات تفاهم عرف راهنمایی کند.

۷. آیا علم حقوق بر تفاهم معمولی مردم استوار است؟

تردیدی نیست که فلسفه وجودی قوانین و احکام، رعایت غبطه کمال و ارتقای انسان و حفظ منافع فردی و نوعی و جلوگیری از مضرات و تهدیدات حیات فردی و جمعی در حوزه‌های مختلف و شئون گوناگون روابط انسان‌ها با یکدیگر، با محیط، با جامعه و از سوی دیگر با خدا و آموزه‌های الهی است.

مؤلف بر این عقیده است که فارغ از همه تعلقات و مبانی و اقتضائاتی که برای قوانین و علم حقوق وجود دارد، این علم و محتوای آن، چیزی جز تفاهم در حد متعارف نیست.

در صفحه ۳۳۱ جلد یک، نوشته شده است: «اساس علم حقوق، تفاهم معمولی مردم

است به قدری که مصالح آنان در حد صحیحی حفظ شود.»

این نظریه از جهات گوناگون قابل تأمل است؛ که تمامی این تأملات به‌رغم اهمیت و

جایگاه تفاهم عرفی در وضع قوانین قابل طرح است:

۱. آیا تفاهم معمولی مردم می‌تواند همانند عقل حکم کند و به‌عنوان یکی از ادله و منابع فقه

و حقوق اسلام تلقی شود؟ آیا تفاهم می‌تواند مؤسس و بنیانگذار حکم حقوقی و شرعی قرار

گیرد؟ در صورت قول به این مطلب، محدوده اختیارات تفاهمات معمولی چیست؟ آیا تفاهم می‌تواند عمومیت حکمی را مانند دلیل نقل و عقل تخصیص بزند یا مطلقاً را مقید کند؟ تردیدی نیست که از منظر علمی، بنای عرف و تفاهمات معمولی، از جمله حجّت‌های قطعی در مقام کشف واقع نیست، بلکه عقل است که همانند نصوص، با رعایت شرایط خاص آن، حجّت قطعی است و می‌تواند به‌عنوان اساس برای علم حقوق دانسته شود، زیرا طریقیّت قطع ذاتی است (نهایة‌الدرایه فی توضیح‌الکفایة، ج ۳۱/۵ - ۲۹)؛ و فرق است بین یافته‌های عقلی و قراردادهای اجتماعی یا منطقی‌ای. اساس این مدعا این است که تفاهم‌ها و قراردادهای معمولی به خودی خود حجّت نیستند و برای حجّت خود به تقریر معصوم (ع) و دست کم عدم ردع شارع نیازمندند. این مبنا شاید نظر عمده فقهای شیعه باشد و چه بسا به همین دلیل قراردادهای اجتماعی را در شمار منابع فقه نیآورده‌اند؛ و از دقت در این معنا، پاسخ دو سؤال فوق واضح است.

۲. درست است که تفاهم‌ها ممکن است جنبه عقلایی داشته باشند، اغلب بدون توجه به علت و سبب قانون و براساس اراده عمومی برخاسته از شرایط در حال تغییر صورت می‌گیرند، و به همین علت مفاد آنها نه تنها احکام و ضوابط واقعی دانسته نمی‌شود بلکه کاشف از این دسته قوانین نیز نیستند، مگر در حوزه‌های تعریف‌شده‌ای مانند حوزه مفاهیمی که شارع القای به عرف کرده باشد، مثل اینکه احکام خود را ارائه می‌دهد، اما فهم آن را به‌عهده عرف گذاشته است که در این صورت تفاهم عرفی می‌تواند حقیقت و کنه حکم و قانون را روشن کند و از قشری‌اندیشی برحذر دارد؛ یا حوزه اثبات موضوعات و تحولاتی که رخ می‌دهد، مثلاً شارع گفته نفقه زن واجب است و امساک زوجه باید با معروف باشد (... فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحُ بِإِحْسَانٍ ... بقره ۲۲۹) اما مقدار نفقه و حدود آن از نظر عرف بر اثر تحولات زندگی و جامعه و تغییر اوضاع زمان ما بالاتر از مقداری می‌شود که در گذشته بوده است؛ یا در مواردی که خود شارع به تفاهم و عادت مردم احاله کرده است که در این‌گونه موارد و نظایر آنها که فراوان است، تفاهم و فضای حاکم بر عرف کارساز است. اما اینکه همه حقوق را ناشی از این امر بدانیم، غفلت از واقعیت علم حقوق و دورکردن کامل آن از فقه است.

۳. در تمامی عرصه فقه و حقوق اسلام، چیزی تحت عنوان «تفاهم معمولی مردم» وجود ندارد و تنها می‌توان عناوینی نظیر «بنای عقلا» یا «سیره متشرعه» یا «عرف» را به این معنی تفسیر کرد که «شرط معمولی بودن» این تفاهم مغایر با این امر است، زیرا «سیره» یا «بنای عقلا» که نزدیک‌ترین واژگان به این عبارت هستند، چنین تعریف شده‌اند:

استمرار عادت مردم و تبانی عملی آنها بر انجام‌دادن یا انجام‌ندادن کاری است ... که اگر مراد از مردم، همه عقلا و عرف عام از هر نژاد و آیینی باشد، در این صورت سیره عقلانیه یا بنای عقلاء شکل می‌گیرد. (اصول الفقه: ج ۳ و ۴/۱۷۱)

و به تعبیر شهید صدر:

عنوان جامع و فراگیر در تعریف سیره عقلا این است که آن را دیدگاه‌های عقلایی در یک موضوع بدانیم.» (بحوث فی علم‌الاصول: ج ۴/۲۳۴)

اما اینکه سیره عقلا را به قرارداد معمولی ولو اینکه غیرعقلانی هم باشد، تفسیر کنیم، در هیچ تعبیر حقوقی و فقهی به آن برنخواهیم خورد.

۴. تأکید بر صرف توافقی بودن قوانین حقوقی، مغایر با روح دینی و الهی حقوق اسلام است که بنیان آن را کتاب و سنت شکل می‌دهد و منزلت فهم عرفی و قراردادهای وضع قانون از تطبیق نصوص تعدی نمی‌کند.

۸. عیار بی‌حاصلی

مؤلف، بحث پیرامون برخی از مباحث اصول فقه را بیهوده دانسته اما دلیلی بر این مدعا اقامه نکرده و یا اگر دلیلی آورده به سبک خود ایشان است! چنان‌که درباره ضرورت اثبات اصل برائت در صفحه ۴۰ جلد ۲ می‌گوید:

در کتب اصول فقه، تلاش زیادی برای اثبات اصل برائت شده است. به نظر من تجدید آن مباحث بیهوده است و مسئله از بدیهیات عقول عصر ما است و نباید که همه مباحث اعصار گذشته را که به دوران تاریخ یک علم بسته است، بر سر راه نسل حاضر و نسل‌های بعد نهاد. قدری تعقل و تفکر، ما را از انتقال به مباحث بی‌حاصل باز خواهد داشت.

و به فاصله‌ای اندک، پیرامون کوشش گذشتگان در این زمینه در صفحه ۴۲ جلد ۲ اظهار می‌دارد:

در کتب اصول فقه، غالباً اصل اباحه را با اصل برائت اشتباه کرده‌اند حتی کسانی که متوجه فرق این دو اصل بوده‌اند، غالباً یکی را به جای دیگری به کار برده‌اند.

و در بیان جایگاه علمی خود در بحث از این اصل می‌افزاید:

اول کسی که کوشش برای نمایاندن فرق آن دو کرد، شیخ انصاری بود. او چهار فرق به دست آورد و ما نیز چهار فرق بر آن افزودیم و اکنون این نسخه پاریسی در این مسئله، از هر کتاب به زبان عربی فراهم‌تر و رساتر گردیده است و راهنمایی برای حل مسائل مربوط به این باب خواهد بود.

سؤال این است: اگر بحث در این زمینه بی حاصل است و تعقل و تفکر به قول ایشان ما را از انتقال به مباحث آن باز می‌دارد، خود ایشان مستنداً به کلام اصل عقلائی، مباحث دامنه‌داری را در این باره مطرح می‌سازند؟ و اگر بحث و بررسی پیرامون پیشینه این اصل را بی حاصل می‌دانند، آیندگان از کجا متوجه این معنا بشوند که ادعای ایشان در باب برتری این اثر پارسی بر منابع اصیل در این زمینه بی دلیل نیست؟

و در این زمینه، اشاره به دو مطلب را ضروری می‌دانیم:

۱. چنان‌که در جای خود روشن شده است، بررسی پیرامون هر اصل یا دلیلی که در احکام فقهی و حقوقی به آن استناد می‌شود و اثبات آن، از مراحل اولیه پژوهش‌های فقهی و حقوقی است که ضرورت آن برای کسی قابل انکار نیست تا جایی که گفته‌اند اساساً شأن مجتهد و پژوهشگر در این حوزه این است که:

کوشش کند تا آن دسته از قواعد را که در استنباط احکام مورد استنادند یا در مقام عمل و در صورت عدم دسترسی به دلیل نیازمند به آنهاست را بشناسد. (کفایة الاصول: ۹؛ المحاضرات: ج ۸/۱)

و این گونه نیست که اصل براءت و ادله آن از بدیهیات، بی نیاز از بررسی باشد؛ چراکه اگر چنین بود، حجم فراوانی از کتب قدیم و جدید اصول فقه را به خود اختصاص نمی‌داد و صاحب‌نظران و خبرگان این همه به بحث در این زمینه اهتمام نمی‌کردند، زیرا بسیاری از فروع مترتب بر این اصل، از منظر اثبات و عدم اثبات آن سرچشمه می‌گیرد و بر اهل تحقیق پوشیده نیست که اختلاف نظر علمی در مفاد ادله اثبات آن از حیث محدوده فایده این ادله تا چه اندازه در فروع و احکام مستنبط از آنها تأثیرگذار است.

۲. اگرچه ممکن است در مواردی، از مؤلفات اصولی بین اصل براءت و اصل اباحه خلط شده باشد، چنین نیست که این خلط به اندازه‌ای مغفول مانده باشد که تا عصر شیخ انصاری احدی از عالمان اصول به این تفاوت و فرق میان این دو واژه توجه نداشته باشند؛ بلکه پیش از شیخ انصاری، نظر عالمان اصولی این بوده است که اصل اباحه به رغم تفاوت‌هایی که با اصل براءت دارد، از حیث اینکه هر دو نافی الزام و تکلیف‌اند، قابل ارجاع به براءت است. (کاشف الغطاء: ج ۱/۱۹۹)

۹. خلط میان یافته‌های حقوق فرانسه و قواعد اساسی فقه

بی‌تردید، بهره‌گیری از یافته‌های حقوقی ملل مختلف، در فهم ضرورت‌ها و وضع قوانین جاری مؤثر است، اما مطلق‌انگاری آنها در برابر آموزه‌های حقوق ایران و تخصیص و تقیید قوانین به واسطه

حقوق فرانسه، گذشته از تبعات مختلف آن که باید در جای خود به آنها پرداخته شود، با این ایراد علمی مواجه است که مخصص عمومات قواعد فقهی و حقوقی و مقیدات آنها ابتدا باید از حیث حجیت و عدم حجیت مورد بحث قرار گیرند و صلاحیت آنها برای این مهم به اثبات برسد. مؤلف، در مواردی، بدون رعایت این اصل، برخی از موازین حقوقی به تعبیر ایشان لائیک را به عنوان مخصص برای عمومات دینی و حقوقی مطرح می‌سازد.

به عنوان نمونه، در صفحه ۴۹۰ جلد یک در باب تقسیط دین به تراضی دائن و مدیون اظهار می‌دارد: «بهتر است که قانونگذار ایران با استفاده از تجارب سایر ملل، مقررات صریح وضع کند و مواد مورد بحث را یکجا در قانون مدنی تمرکز دهد و گرنه از صد حکم اعسار و استناد مستثنیات دین سودی حاصل نیست (چنان‌که در متون فقهی شیعه نظیر (نهایه شیخ طوسی: ج ۳۰۹/۱؛ مفتاح‌الکرامه: ج ۹/۵؛ منابع‌المتقین: ۲۵۶، چنین استثنایی آمده است). تجارب سایر درحالی برابر این متون قرار می‌گیرد که برخی از آنها مانند نهایه شیخ طوسی صرفاً براساس احادیث متواتر یا مستفیض از معصومین (ع) تألیف شده است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایه‌الاصول*، الاسلامیه، چاپ سنگی.
 آل کاشف‌الغطاء، علی، *ادوار علم‌الفرقه و اطواده*، بیروت: دارالزهراء.
 ابن‌قیم‌الجوزیه، *اعلام‌الموقعین عن رب‌العالمین*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم، *نهایة‌الدرايه فی توضیح‌الکفایة*، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
 اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم، *الفصول‌الغرویة فی‌الاصول‌الفقیهیه*، چاپ سنگی.
 حلّی، علامه ابومنصور جمال‌الدین، *تذکره‌الفقهاء*، قم: مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
 الخویی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۶). *المحاضرات فی اصول‌الفرقه*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام‌الخویی.
 الصدر، سیدمحمدباقر، *بحوث فی علم‌الاصول*، قم: مؤسسه دایرة‌المعارف فقه شیعه.
 طوسی، ابوجعفر محمدبن‌الحسن، *النهایة فی مجرد‌الفرقه و‌الفتاوی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
 القزوی، سیدابراهیم، *ضوابط‌الاصول*، چاپ سنگی.
 قمی، ابوالقاسم، *قوائد‌الاصول*، چاپ سنگی.
 کاشف‌الغطاء، جعفر، *کشف‌الغطاء عن مبهمات‌الشریعة‌الغراء*، قم: مکتب الاعلام‌الاسلامی.
 کلینی (۱۳۸۶). *الکافی*، تهران: انتشارات أسوه.
 لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). *دانشنامه حقوقی*، چ سوم، تهران: انتشارات امیرکبیر.
 المظفر. *اصول‌الفرقه*، نجف: المطبعة‌النعمانیة.
 نراقی، احمدبن‌محمد مهدی، *منابع‌الاحکام و‌الاصول*، چاپ سنگی.