

قانون طبیعی و حقوق طبیعی در اسلام

(انور. م امون)

پیش از این که مدعی وجود حقوق طبیعی در اسلام باشیم، باید بتوانیم پاسخ قانع کننده‌ای برای مخالفان آن داشته باشیم. محققان و پژوهشگران اسلامی مشهوری مانند پاتریشیا کرون و جرج مک دیسی معتقدند اساساً چیزی به عنوان حقوق طبیعی در اسلام وجود ندارد^۱. البته به نظر می‌رسد آنچه مورد نظر ایشان است حقوق طبیعی به مفهوم بسیار مضیق کلمه باشد، یعنی چیزی که به فقه‌های سنتی (مثلاً فقه‌های قرون ۹ تا ۱۶ میلادی) این اختیار را بدهد که صرفاً با استناد به حقوق طبیعی و بدون رجوع به نصّ الهی، قوانین الهی را کشف و وضع نمایند. به نظر ایشان حقوق طبیعی به این مفهوم اساساً در اسلام وجود ندارد، چراکه "عقل" به تنهایی این قدرت و اختیار را ندارد که همپایه نصّ الهی بتواند منبع کشف و صدور حکم باشد.

از یک جهت نظر این گروه درست است. با نگاهی به اصول فقه سنتی می‌بینیم که نظر غالب در بین اثبات‌گرایان^۲ این بود که وقتی نصّ صریحی درباره موضوعی یافت نشود، وضعیتی به نام وضعیت "توقف" ایجاد می‌گردد، یعنی امکان وضع قانون در آن زمینه متوقف شده، و عملاً هیچ

۱. استادیار، دانشگاه تورنتو، دانشکده حقوق، B.A. (لیسانس)، دانشگاه برکلی (کالیفرنیا) J.D. (لیسانس حقوق)، دانشگاه یو.سی. ال.ای M.A. (فوق لیسانس)، دانشگاه تگزاس L.L.M. (فوق لیسانس)، و دانشجوی دکترای حقوق در دانشکده دانشگاه ییل (Yale) و دانشکده تاریخ دانشگاه یو.سی. ال.ای، در رشته تخصصی "تاریخ حقوق اسلامی"

جرج مک‌دیسی، ابن عقیل: مذهب و فرهنگ در اسلام سنتی، ص ۱۳۰، (انتشارات دانشگاه ایدنبرگ ۱۹۹۷)؛ پاتریشیا کرون، قانون الهی: حکومت و اسلام، ۶ قرن از اندیشه اسلام سیاسی در قرون میانه، صص ۲۶۳ تا ۲۶۴ (انتشارات دانشگاه کلمبیا ۲۰۰۴)

۲. منظور من از «اثبات‌گرا» رویکرد فکری‌ای است که بیش‌ترین اهمیت را به منابع مکتوب می‌دهد و برای استدلال عقلی، چه در حقوق و چه در فقه، نقش و اعتبار مستقلی قائل نیست. به همین دلیل اغلب اثبات‌گرایان با روش استدلالی معتزلیون مخالف بودند. برای مطالعه مباحثات میان اثبات‌گرایان و استدلالیون رجوع کنید به: جرج مک‌دیسی، ظهور انسان‌گرایی در اسلام سنتی و مسیحیت غربی، صص ۴-۱۲ (انتشارات دانشگاه ایدنبرگ ۱۹۹۰)

راهی برای پی بردن به قانون واقعی الهی در آن موضوع وجود ندارد. لذا هیچ کس نمی تواند حکمی را وضع کند و آن را به خدا نسبت دهد.^۳ این عقیده مبنای اصلی اثبات گرایی در بین برخی فقهای سنتی است. این فقها معتقدند هر حکمی که به خدا نسبت داده می شود باید به طور صریح یا ضمنی مرجعی در نص الهی داشته باشد. هر اماره و منبعی خارج از نص، چه بر پایه استدلال عقلی استوار باشد و چه مستند به حقوق طبیعی، نمی تواند مآخذ و بنیان مناسبی برای استخراج قوانین الهی باشد.

اما در عمل، وکلا و قضات همواره با شرایطی کاملاً جدید روبرو می شوند که نه در کتاب مقدس و نصوص الهی تکلیفش مشخص شده است، و نه هیچ قانون نوشته دیگری به آن تصریح کرده. در این شرایط قاضی موظف است در هر حال به قضیه رسیدگی و حکم صادر نماید. بنابراین نیاز به اختیاراتی دارد که به موجب آن بتواند در زمان سکوت نص، حکم مربوطه را کشف و اعمال نماید. فقهای سنتی، هم آن دسته که از اثبات گرایان بودند و هم دسته دیگر که «معتزله» نامیده میشدند، معتقد بودند که قاضی باید این اختیار را داشته باشد، اما این که این اختیار را چگونه و با استناد به چه چیزی می توان توجیه کرد محل بحث و اختلاف نظر ایشان بود.

توجیه اختیارات قاضی با استناد به حقوق طبیعی

هر دو گروه از فقها، تا حدی در استدلال های خود از حقوق طبیعی بهره گرفته اند. در بین فقهای معتزله، الجصاص از جمله فقهای بود که اعتقاد داشت عقل به تنهایی برای کشف قانون الهی کفایت می کند. الجصاص برای توجیه این نظر، به گونه ای استدلال کرد که گویی در تشخیص حقوق طبیعی، عقل با اراده و خواست خداوند همسو و یکسان است. به این ترتیب از نظر الجصاص، به عنوان یک فقیه طبیعت گرا، قاضی می تواند در صورت سکوت نص، از طریق منابع غیر منصوص، یعنی عقل، به قوانین الهی دست یابد.

پاسخ اثبات گرایان به این استدلال این بود که عقل هرگز نمی تواند مستقلاً به درک قانون الهی نائل آید. اما چنانکه در ادامه بحث خواهیم دید، فقیه اثبات گرایی مثل ابو حامد غزالی (وفات ۱۱۱۱ هجری) قبول داشت که گاه قاضی یا فقیه میتواند در صورت سکوت نص، از اختیارات اجتهادی خود برای کشف قانون الهی استفاده نماید. باید در نظر داشت که به عقیده فقهای اثبات گرا شریعت

۳. اطلاعات بیش تر در این خصوص در ادامه بحث خواهد آمد.

اسلامی کامل و جامع است، یعنی تمام مسایل را در بر گرفته.^۴ البته این حرف به این معنا نیست که در شریعت اسلام برای هر مساله‌ای صریحاً حکمی صادر شده است، بلکه منظور این است که شریعت اسلامی راهنمایی‌های لازم در مورد هدف و روح حاکم بر قوانین الهی را انجام داده و لذا هرگاه نصّ صریحی در مورد موضوعی وجود ندارد فقیه می‌تواند با توجه به این راهنمایی‌ها حکم مصادیق جدید را کشف نماید. از نظر فقهایی مثل غزالی، طبیعت می‌تواند هم موضوع تجزیه و تحلیل عقلانی قرار گیرد و هم می‌تواند خودش منبعی برای کشف اصول و احکام الهی باشد. در واقع، این قدرت تعیینی طبیعت توسط روح حاکم بر نصّ الهی تایید شده است. به این ترتیب، می‌بینیم که حتی برخی از اثبات‌گرایان نیز برای اثبات اختیارات فقیه ناگزیر بودند به نوعی به حقوق طبیعی متوسل شوند. هرچند این توسل را پیشتر به تایید نصّ الهی رسانده‌اند.

اما فقها بیش‌تر از آنکه خود را درگیر تئوری پردازی برای توجیه اختیارات اجتهادی کنند، در عمل از این اختیارات به نحوی استفاده می‌کردند که قطعیت و قابلیت پیش‌بینی نسبی به تصمیماتشان ببخشند. مثلاً با طرح بحث‌هایی پیرامون مفهوم فرد و منافع اجتماع، و با دخیل کردن برداشت‌های شخصی خود از این مفاهیم، اختیارات خود را به کار می‌گرفتند و از این طریق حقوق و تکالیف افراد را کشف و وضع می‌نمودند.

این فقها قائل به وجود دو دسته حق بودند. حق الله و حق العباد (حق الناس). منظور از حق الله حقی است که با منافع و رفاه اجتماعی در ارتباط باشد، یعنی حقوق و تکالیفی که در سطح جامعه به نحوی توزیع می‌شوند که تامین‌کننده منفعت جامعه باشند، حال تعریف ما از منفعت اجتماعی هر چه که می‌خواهد باشد. و حق الناس حقی است که در ارتباط با یک شخص است و بواسطه فطرت و کرامت هر انسان این حق برایش موجود است. بدیهی است که گاه این دو نوع حق در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند.

چنانکه در ادامه خواهیم گفت، فقها مجبور بودند در هر مساله، تمام ارزش‌ها و منافع دخیل در آن موضوع را مورد بررسی دقیق قرار دهند تا حکم قضیه را استخراج نمایند. اما قبل از انجام این بررسی باید بتوانند آن ارزش‌ها را تعریف کنند، به نحوی که ماهیت آنها روشن شود. اگر به شرایط دادخواهی در جرم قذف (اتهام ناروای زنا) نگاهی بیندازیم به این نتیجه می‌رسیم که برای

۴. به عنوان نمونه رجوع کنید به ابوالمعالی عبد الملک بن عبدالله بن یوسف الجونی، البرهان فی اصول الفقه، ویراستار صلاح بن محمد بن عویضة، جلد ۲، ص

صدور حکم در چنین پرونده‌ای، قاضی باید هم حقوق فردی را در نظر بگیرد و هم حقوق و منافع اجتماعی را. و آنچه باید انجام دهد ایناست که با مقایسه این دو نوع حق، حکمی صادر نماید که منفعت ارجح را تامین کند. این بدان معنی نیست که فقها همیشه برای صدور هر حکمی صراحتاً در مقام بیان و بررسی حقوق فردی و اجتماعی برمی آمدند، بلکه منظور ما ایناست که فقها صرفاً خواننده و نقل قول کننده متون الهی نبودند و کارشان فراتر از خواندن ظاهر متون بوده و به باطن و مصالح پشت آن نیز توجه داشتند. حال، چه قصد شان توجیه اختیارات اجتهادی بوده و چه فقط در پی تنظیم حقوق و تکالیف فردی و اجتماعی بوده اند، به نظر می‌رسد آنچه در عمل اتفاق افتاده این است که آنها برای تهیه و تنظیم یک رژیم حقوقی که از قطعیت و قابلیت پیش‌بینی نسبی برخوردار باشد بسیار تلاش کرده‌اند، و در این راستا از اختیارات اجتهادی خود نیز فراوان بهره برده‌اند.

حقوق طبیعی در اسلام

مخالفت فقهای اثبات‌گرا با حقوق طبیعی و اعتبار بخشیدن به عقل برای کشف و صدور احکام الهی زمانی مطرح شد که، عده‌ای از فقهای سنتی اعلام کردند در زمان سکوت نصّ الهی، فقیه می‌تواند به کمک استدلال عقلی حکم الهی را استخراج نماید. این سرآغاز مباحث فلسفی بسیاری بود که از آن پس میان فقهای اسلامی شکل گرفت و طیف وسیعی از نظرات و عقاید مختلف در این باب مطرح گردید. آغاز مبارزه‌ای عقلی میان گروهی از فقها و فلاسفه به نام معتزله، که متمایل به طبیعت‌گرایی بودند از یک سو، و فقها و فلاسفه اثبات‌گرا که بیش‌تر آنها به گروهی موسوم به اشعری تعلق داشتند. اشعری و معتزله دو مکتب سنتی در فلسفه اسلامی بودند که مباحثات و اختلاف نظرات آنها منجر به شکل‌گیری دو مکتب فکری متفاوت در باب فلسفه حقوق، روش‌شناسی و حقوق طبیعی شد.

معمولاً در اسلام از معتزله با عنوان استدلالیون یا عقلیون یاد می‌شود. هرچند اشعریون نیز از استدلال عقلی در فلسفه خود بهره می‌بردند اما انتقاد آنها به معتزله این بود که معتزلیون به عقل تا آنجا اصالت می‌بخشیدند که در تعارض با اصل تبعیت از قوانین الهی قرار می‌گرفت. در حالی که اشعریون، اثبات‌گرا بودند، به این معنی که معتقد بودند برای کشف احکام الهی باید حتماً به نصوص الهی رجوع کرد. همین تفاوت بنیادین در اندیشه این دو گروه، در مباحثات آنها پیرامون مسأله حقوق طبیعی نیز خود را نشان می‌دهد. قبل از وارد شدن بیش‌تر در این بحث باید یادآوری

کنم که منظور من (نویسنده) از حقوق طبعی صرفاً بخشی از مسایلی است که دراین حیطه وجود دارد،^۵ یعنی آن دسته از مباحثی که دربارهٔ نقش عقل و طبیعت در کشف قوانین الهی، در زمان سکوت نصّ الهی، مطرح شده است. سوال اصلی این مقاله این است که در چنین شرایطی آیا واقعاً با توسل به عقل و استدلال می توان به حکم الهی پیبرد؟ اگر پاسخ مثبت است، چرا و چگونه؟ با چه توجیهی؟ وقتی منابعی مثل کتاب مقدس قرآن و حدیث پیامبر وجود دارد، چگونه می توان برای عقل اعتباری همپایهٔ آنها در کشف حکم الهی قائل شد؟

طبیعت گرایان معتزله، از جمله فقیه مشهور حنفی به نام ابوبکر الجصاص^۶ (وفات ۳۷۰/۹۸۱)^۷ معتقد بودند عقل می تواند منبع مستقلی برای درک حکم الهی باشد. چالش پیش روی آنها نیز این بود که این توانایی را برای عقل به اثبات برسانند. الجصاص به گونه ای از حقوق طبعی در استدلال های خود استفاده کرد که هم مبنایی برای کشف ارزش ها و احکام جهان شمول باشد و هم برای کشف احکام موردی (مربوط به یک موقعیت خاص) به کار رود. الجصاص چنین استدلال کرد که تمام مخلوقات برای منفعت و سود رسانی به انسان آفریده شده اند. مستند او براین ادعا این آیه قرآن بود که: «اوست که آنچه دراین زمین است همه را برای شما آفرید.»^۸ یعنی خدا کل مخلوقات را در اختیار و خدمت انسان نهاده است. لذا تمام مخلوقات باید به نحوی به کار گرفته شوند که به منفعت انسان باشد.^۹ هدف غایی از آفرینش مخلوقات همین است که نیازهای انسان را تامین کند. اما نباید این دیدگاه را با دیدگاه سودگرایانه صرف (utilitarianism) اشتباه گرفت. طبیعت گرایانی مثل الجصاص چندان علاقه ای به حساب کتاب های دقیق برای اندازه گیری خیر و شر نداشتند. لذا فقط تا آنجا پیش می رفتند که نشان دهند طبیعت و مخلوقات در برگیرنده و بازتاب دهنده قوانین الهی هستند. دراین راستا، دربارهٔ معنی «خیر» (حَسَن، حَسَن) و «بد» (قُبْح، قَبیح)

۵. برای مطالعه بیشتر دربارهٔ تئوری حقوق طبعی رجوع کنید به پاولین س. وسترمن، از هم پاشیدگی حقوق طبعی: اکوناس تا فینیس، ص ۱۲، (انتشارات بریل ۱۹۹۸)

۶. برای مطالعه مکتوبات فقهی او رجوع کنید به: ابوبکر احمد بن علی الجصاص، اصول الجصاص: الفصول فی الاصول، ویراستار محمد محمد تامر، (انتشارات دارالکتب العلمیه ۲۰۰۰)

۷. تاریخ وفات این فقه ها و نویسندگان هم به میلادی ذکر شده و هم تاریخ اسلامی (هجری قمری). آغاز تاریخ اسلامی ۶۲۲ بعد از میلاد است یعنی زمانی که حضرت محمد از مکه به مدینه هجرت کردند، بنابراین تاریخ اسلامی نشان دهنده مدت زمانی است که از زمان هجرت پیامبر سپری شده.

۸. آیه ۲۹ سوره بقره

۹. الجصاص، رجوع شود به پاورقی شماره ۶، جلد ۲، ص ۱۰۰؛ القاضی ابو الحسن عبدالجبار الاسدآبادی، التکلیف در المغنی، صص ۲۷ و ۳۰ (ویراستار طه حسین؛ انتشارات و تاریخ نشر نامعلوم)؛ ابوالحسن محمد بن الطیب البصری، المعتمد فی اصول الفقه، جلد ۲، صص ۳۱۵-۳۱۶ (انتشارات دارالکتب العلمیه، تاریخ نا معلوم)

هم بحث کردند و این سوال را طرح کردند که قبل از نزول قوانین الهی از طریق وحی، تکلیف حسن و قبح امور چگونه مشخص می‌شد؟

برخی محققان مثل کرون معتقد بودند این سوال فقط در یک جامعه فرضی قابل طرح است که در آن هرگز هیچ وحی الهی‌ای نازل نشده است، یعنی جامعه‌ای که صرفاً با قوانین طبیعی اداره می‌شود.^{۱۰} برخی دیگر اعتقاد دارند که طرح این سوال ساده سازی صورت مساله است. از آنجایی که حل این مساله به صورت مستقیم بسیار دشوار و حتی غیر ممکن می‌نمود، فقها و فلاسفه سعی کردند با طرح این فرض در یک جامعه فرضی، بررسی آن را راحتتر نمایند. به عبارت دیگر، این فقها فرضی را طرح کردند تا بتوانند مساله را کاملاً به صورت انتزاعی بررسی کنند.^{۱۱} اما به عقیده اینجانب (نویسنده)، این سوال نه مربوط به یک جامعه فرضی است و نه ساده سازی صورت مساله. بلکه درواقع فقها سعی کردند با طرح این فرض به این سوال بپردازند که در هنگام سکوت نص، قاضی یا فقیه چه اختیاراتی برای کشف قانون الهی دارد؟^{۱۲} عموماً، فقهای سنتی معتقد بودند دراین شرایط ۳ حالت را می توان تصور کرد: یا باید فرض را بر این بگذاریم که آن عمل مجاز است، یا فرض بگیریم که ممنوع است، یا بگوییم که وضعیت «توقف» پیش آمده، یعنی امکان کشف حکم الهی وجود ندارد. از دیدگاه معتزله فرض اول درست است، یعنی اصل بر جواز عمل است و فرض بر این است که تمام امور در خلقت مجاز هستند.^{۱۳} او برای طبیعت یک ماهیت الهی قائل شد و در نتیجه اصل اولیه را بر جواز همه چیز گذاشت مگر اینکه خلاف آن در نص تصریح شده باشد. دراین دیدگاه، طبیعت هم مجموعه‌ای از «هست‌ها» است و هم مجموعه‌ای از «بایدها»؛ هم مجموعه‌ای از واقعیت‌ها است و هم دربر گیرنده یک نظام ارزشی و هنجاری که قوانین الهی را در دل خود جای داده است.

از دیدگاه الجصاص حکم هرآنچه که نص الهی دربارهاش سکوت کرده را می‌توان به کمک

۱۰. کرون، پاورقی شماره ۱، صص ۲۶۳-۲۶۴

۱۱. کوین رین هارت، قبل از نزول وحی: حدود و صفور اندیشه‌های اخلاقی در اسلام، صص ۴-۵ (انتشارات سانی ۱۹۹۵)

۱۲. به عنوان مثال، ابوالمعالی الجوینی (وفات ۴۷۸ م.ق. ۱۰۸۵ م)، فقیه اثبات‌گرای سنتی، این را قبول داشت که لزوماً منصوبات و منابع مکتوب الهی همیشه دربرگیرنده همه واقعیاتی که ممکن است در عمل حادث شوند نیستند. امام الحرمین ابوالمعالی عبد الملک بن عبدالله بن یوسف الجوینی، البرهان فی اصول الفقه، جلد ۲، ص ۱۳، (ویراستار صلاح بن محمد بن عویضة، جلد ۲، ص ۱۳ (انتشارات دار الکتب العلمیة ۱۹۹۷)

۱۳. قابل ذکر است که فقیه معتزلی، ابوالحسن البصری، معتقد بود تا زمانی که نشانه‌ای از بدی و شر وجود ندارد، همه اعمال مجاز هستند. البصری، پاورقی شماره

عقل درک کرد.^{۱۴} ممکن است برخی از اعمال مشمول حکمی جهان شمول باشند و برخی دیگر حکمشان بر حسب زمان و مکان تغییر کند، که در این صورت نیز مجاز هستیم حکم آن را در هر مورد به مدد عقل دریابیم، هر چند این حکم همیشگی نیست و بر حسب شرایط قابل تغییر می باشد. به گفته الجصاص در صورت سکوت نص الهی، حکم برخی از اعمال ممکن است به صورت جهان شمول «واجب» شناخته شود و هیچ تغییری هم در این حکم رخ ندهد. حکم وجوب که به طریق عقلی به اثبات رسیده است به این معناست که عمل مربوطه در هر کجای جهان که باشید واجب است مانند: ایمان به پروردگار، شکرگزاری از فرد نیکوکار و مومن، و انصاف.^{۱۵} این اعمال همواره واجب هستند و هیچ تغییری در حکمشان رخ نخواهد داد. به همین ترتیب ممکن است حکم برخی اعمال در هر جای دنیا که باشید حرام و ممنوع باشد. اینها اعمالی هستند که همیشه و همه جا بد و ناپسند تلقی می شوند، مثل کفر و ظلم و ستم. بویژه الجصاص تاکید می کند که: «[پیش از نزول وحی بر انسان برخی اعمال] در ذات خود بد و قبیح محسوب می شدند و به همین دلیل ممنوع بودند و تغییری هم در ذات و در نتیجه در حکم این اعمال اتفاق نمی افتاد، یعنی همواره بد و قبیح محسوب می شدند.»^{۱۶} در مورد آن دسته از اعمال که خوبی و بدی آنها بستگی به شرایطی دارد و لذا حکمشان را باید در هر زمان و مکان جداگانه بررسی کرد، الجصاص معتقد است که انسان می تواند از راه استدلال عقلی و مقایسه منافع و مضرات هر عمل تشخیص دهد که آیا آن عمل مجاز است، یا واجب است یا حرام.^{۱۷}

فلسفه الجصاص در باب علت غایی در طبیعت

برای شناخت حقیقت یک عمل، اینکه خوب است یا بد، برخی به نفس و ذات آن عمل توجه می کنند و برخی دیگر سعی می کنند از راه مقایسه منافع و مضرات آن عمل به نتیجه برسند. صرف نظر از اینکه کدام دیدگاه درست است، آنچه در این قسمت موضوع بحث ما است و اساس و شالوده دیدگاه الجصاص را هم تشکیل می دهد، دومین نظر، یعنی حقیقتی است که مبتنی بر تجربه و واقعیات عینی می باشد. در عین حال، برای اینکه بتوان از بطن این واقعیات تجربی ارزش ها و

۱۴. الجصاص، پاورقی شماره ۶، جلد ۲، صص ۹۹ تا ۱۰۵

۱۵. همان، جلد ۲، ص ۱۰۰

۱۶. همان

۱۷. همان

احکام الهی را استخراج کرد، و به عبارتی دیگر، از دل آنچه که «هست» آنچه که «باید باشد» را کشف کرد، الجصاص ناگزیر بود ارزش‌های ذاتی را هم در نظر داشته باشد. به این معنی که، هرچند منفعت و ضرر مصادیق عینی و بیرونی دارند که قابل تجزیه و تحلیل تجربی است، به نظر من (نویسنده)، خود این مفاهیم متضمن پیش فرض‌هایی از خوبی و بدی ذاتی هستند، و مهم‌ترین پیش فرض همین است که از نظر الجصاص تمام مخلوقات تنها به جهت خدمت رسانی به انسان خلق شده‌اند. در واقع می‌توان گفت مراد الجصاص از واژه‌های مصلحت و ضرر اشاره غیر مستقیم به قصد الهی است مبنی بر اینکه هدف از آفرینش تمام مخلوقات رفع نیازهای بشر بوده است و لذا، تمام مخلوقات در دل خود یک سیستم ارزشی دارند که این هدف نهایی را دنبال می‌کند. به عبارت دیگر این سخن که هدف خداوند از آفرینش طبیعت، تامین منافع بشر بوده است تنها بیان کننده یک واقعیت عینی و تجربی نیست، بلکه بیان یک اصل و ارزش تغییرناپذیر است که به مهر و تایید الهی رسیده است.

از نظر الجصاص اگر تکلیف امری در نص الهی مشخص نشده، و اجماع جهانی هم درباره خوبی یا بدی آن وجود ندارد، خود به خود مباح محسوب می‌شود، مشروط بر اینکه فواید آن بیش‌تر از مضراتش باشد.^{۱۸} در اینجا جواز، حکمی است که با توسل به استدلال عقلی صادر شده است و مبنای تمام بررسی‌های استوار است که برای کشف حکم هر عملی صورت می‌گیرد. الجصاص از اصل جواز استفاده می‌کند تا ماهیت ارزشی و هنجار مدارانه طبیعت را نشان دهد. و چنانکه گفتیم اصل جواز بر این فرض استوار است که هدف الهی از آفرینش طبیعت رفع نیازهای انسان بوده است. الجصاص توضیح می‌دهد که اصولاً طبیعت و کل مخلوقات برای یکی از این چهار هدف ممکن است آفریده شده باشند: اول، ممکن است هدف خدا از آفرینش مخلوقات نفع رساندن به هیچ فرد یا موجود خاصی نباشد. که در این صورت کل آفرینش یک عمل عبث و سفیهانه است و جز اصراف چیزی نیست.^{۱۹} دوم، ممکن است خداوند مخلوقاتش را برای ضرر رساندن آفریده باشد و نه نفع رساندن به کسی.^{۲۰} به عقیده الجصاص این فرض نیز ناپسند و قبیح است.^{۲۱} سوم، هدف خدا از آفرینش سود رسانی به خودش بوده است. که این هم از نظر الجصاص غیر ممکن است زیرا خدا

۱۸. همان

۱۹. همان

۲۰. همان

۲۱. همان

بی‌نیاز از هر سود و منفعت، و مصون از هر ضرری است.^{۲۲} با این توصیف، به گمان الجصاص تنها فرضی که باقی می‌ماند این است که هدف خدا از آفرینش طبیعت سودرسانی به انسان بوده باشد.^{۲۳} بدین ترتیب، از آنجایی که همه مخلوقات به جهت سودرسانی به انسان خلق شده‌اند، فرض براین است که همه اعمال (آن اعمالی که بخشی از خلقت هستند) نیز برای منفعت بشر هستند.^{۲۴} منظور از «منافع» فقط سود و صرفه‌ای که در عمل برای انسان حاصل می‌شود نیست، بلکه یک ارزش معنوی هم هست که دربرگیرنده و تامین‌کننده خواست الهی می‌باشد. الجصاص توانست از این ایده استفاده کند تا واقعیت‌های تجربی و ارزش‌های انتزاعی را با هم در طبیعت ادغام نماید و به این وسیله توجیه کند که در هنگام سکوت نصّ الهی فقیه می‌تواند با اتکا به عقل، اقدام به کشف و صدور حکم الهی نماید. در واقع الجصاص مخالف نظر فلاسفه‌ای بود که می‌گفتند طبیعت نمی‌تواند در این خصوص نقش تعیین‌کننده و قطعی داشته باشد و اساساً نمی‌توان ادعا کرد که هدف غایی از آفرینش طبیعت سودرسانی به انسان است. اما الجصاص برای طبیعت معنایی متفاوت یک و فراطبیعی قائل بود و از همین معنا استفاده می‌کرد تا اختیار فقیه در استنباط حکم الهی را ثابت کند، و از دل واقعیتی عینی و تجربی، ارزش‌هایی الهی را استخراج نماید.

شهاب الدین الغفاری (وفات ۶۸۴/ ۱۲۸۵)، فقیه اثبات‌گرای مالکی-اشعری دیدگاه طبیعت‌گرایانه معتزله، مثل دیدگاه الجصاص، و اعتقاد ایشان مبنی بر اینکه عقل می‌تواند منبع صدور حکم الهی باشد را زیر سوال برد. اما الغفاری به هم‌مشریان اشعری خود که نقدهای نادرستی بر معتزله وارد کرده بودند نیز انتقاد کرد. چنانکه خواهیم گفت، بسیاری از اثبات‌گرایان چنین فرض گرفته‌اند که در دیدگاه معتزله، عقل به تنهایی و بدون هیچ ارتباطی با منابع الهی می‌تواند حکم صادر کند. اما الغفاری متوجه بود که این فرض اشتباه است^{۲۵} و می‌دانست که از نظر معتزله عقل چنین قدرت مستقلی ندارد؛ بلکه معتزله برای اعتبار بخشیدن به عقل، توصیفی از خداوند ارائه داده بودند که این توصیف الهی تایید‌کننده اختیار عقل بود، و انتقاد اصلی اثبات‌گرایی مثل اشعریون، که الغفاری هم یکی از آنها بود، به همین توصیف الهی بود. معتزلیون و اشعریون هر دو معتقد بودند که حکم در

۲۲. همان

۲۳. همان

۲۴. همان

۲۵. شهاب الدین ابوالعباس احمد بن ادريس عبدالرحمان الصنهاجی الغرفی، نفایس الاصول فی شرح المحصول، جلد ۱، ص ۱۳۸ و ۴۰ (ویراستار محمد عبدالقادر عطا، دارالکتب العلمیه ۲۰۰۰)

هر حال از آن خدا است، ولی معتزلیون یک قدم فراتر رفتند و گفتند خداوند عالم انسان‌ها را از فساد منع کرده و به کسب ثواب و منفعت امر نموده.^{۲۶} و نکته مهم اینجا است که به عقیده آنها منفعت و فساد مفاهیمی هستند که درک آنها نیاز به بررسی و استدلال عقلی دارد.

به عقیده الغفاری بحث و اختلاف بنیادین بین دو گروه معتزله (طبیعت‌گرایان) و اشعری (اثبات‌گرایان) این است که آیا عقل این توانایی را دارد که از طریق بررسی تجربی و محاسبه منافع و مضرات یک عمل به نتیجه قطعی برسد که حکم واقعی الهی در آن خصوص چیست. به گفته الغفاری ماهیت اعتقاد معتزله به توانایی عقل برای کشف حکم الهی، هیچ تفاوتی با ماهیت اعتقاد آنها به سایر صفات خداوند از قبیل «عالم»، «قوی» و «کامل» ندارد، و هر دو اعتقاد، به لحاظ ماهیت، از یک جنس هستند. همانگونه که معتزله وجود این صفات را برای خداوند مفروض می‌گیرد، همانگونه هم معتقد است که خداوند در پی حفظ مصالح و منافع عمومی است. به همین دلیل، به عقیده معتزله، می‌توانیم با بررسی مفهوم منفعت عمومی و سنجیدن منافع و مضرات هر عمل به حکم الهی برسیم. در واقع معتزله واقعیت‌های عینی (هست‌ها) را با ارزش‌ها (بایدها) ادغام کردند. این ادغام زمانی میسر شد که معتزله برای طبیعت یک هدف و غایت الهی قائل شدند. به این ترتیب الغفاری نتیجه می‌گیرد کسانی که معتقدند معتزلیون برای عقل اعتباری مستقل از حکم الهی قائل شده‌اند در اشتباه هستند.^{۲۷}

مبنای استدلال طبیعت‌گرایان معتزلی بر این بود که هدف خداوند از آفرینش طبیعت رفع نیاز انسان است، و در نتیجه در راستای همین هدف، طبیعت در ماهیت خود از یک نظام ارزشی بر خوردار است. این «نیاز»، چیزی نیست به جز همان منافع و مصالحی که کسب آن توسط انسان مورد پسند خداوند است، و تشخیص آن با استدلال عقلی میسر می‌باشد. معتزله بصره از همین طریق، یعنی بررسی این منافع و مصالح، احکام و ارزش‌های الهی را استخراج می‌کردند. الغفاری نشان می‌دهد که چگونه طبیعت‌گرایان بوسیله احکام خمسة اعمال را ارزشیابی و تقسیم‌بندی می‌کردند. احکام خمسة دسته‌بندی ابتدایی و اساسی احکام است که همه فقهای سنتی از همه مکاتب و فرق از آن پیروی می‌کردند و به موجب آن تشخیص می‌دادند که آیا یک عمل واجب

۲۶. همان، جلد ۱، ص ۱۴۰

۲۷. همان

است، یا مندوب (مستحب)، یا مباح، یا مکروه یا حرام (محظور).^{۲۸} آثار و تبعات هر حکم با دیگری متفاوت است. به عنوان مثال وقتی عملی واجب است انجام آن موجب پاداش و عدم انجام آن موجب عقوبت و کیفر توسط خدا است. اما عمل مندوب (مباح) عملی است که انجام آن موجب ثواب است ولی عدم انجام هیچ عقوبتی در پی نخواهد داشت.^{۲۹}

به گفته الغفاری، معتزلیون معتقدند هرگاه عملی تماماً متضمن مصلحت است و یا (اگر علاوه بر مصلحت، مضراتی نیز در پی دارد اما) متضمن مصلحتی ارجح می باشد، مشخص است که خداوند انجام آن را توسط انسان می پسندد چراکه آن مصلحت باید تامین گردد (مصلحت خالص یا راجح). و اگر عملی تماماً موجب فساد گردد یا فساد آن به مراتب بیش تر از مصلحت آن باشد، خواست خداوند عدم انجام آن عمل است. اگر عملی نه متضمن فساد است و نه مصلحت، و یا مصالح و مفسدهاهاش با هم برابری می کنند، آن عمل مباح می باشد. اگر عملی موجب تامین مصلحتی می گردد و در عین حال از انجام آن عمل مفسده ای کم اهمیت نیز حادث می شود صرفاً مندوب (مستحب) می باشد، یعنی شخص با انجام آن مستحق دریافت پاداش است، ولی در صورت ترک آن عمل، مستوجب عقوبت نمی باشد. حال اگر یک عمل به جهت مصلحتی که در پی دارد از اهمیت بسیار بالایی برخوردار باشد، آن عمل واجب محسوب می شود. از طرف دیگر، اگر عملی صرفاً ایجاد مفسده می کند ولی درجه اهمیت آن چندان بالا نیست انجام آن عمل مکروه است، یعنی در صورتی که شخص آن را انجام دهد مجازات نمی شود ولی اگر از انجامش خود داری کند پاداش داده خواهد شد. و اگر عملی صرفاً ایجاد مفسده کند و از اهمیت بالایی نیز برخوردار باشد در این صورت انجام آن حرام است.^{۳۰}

این توضیحات، که توسط یکی از اشعریون و به عنوان منتقد معتزله داده شده، نشان می دهد که

۲۸. همان، جلد ۱، ص ۱۳۸

۲۹. محمد هاشم کمالی، اصول فقه اسلامی صص ۴۱۳-۴۳۱ (چاپ سوم، انتشارات ایزلامیک تکست سوسایتی، ۲۰۰۳)

۳۰. الغرفی، پاورقی شماره ۲۵، جلد ۱، صص ۱۳۸ تا ۱۳۹. الغرفی تلاش بسیاری کرد تا اندیشه های طبیعت گرایانه معتزله را تشریح کند، و به کسانی که دیدگاه های معتزله را به اشتباه نقل کرده اند یا بیش از حد دست به ساده سازی آن زده اند انتقاد کرد. (همان، جلد ۱، ص ۱۴۰) او معتقد بود که مبنای استدلالی معتزلیون از انسجام کافی برخوردار است. اما بیش تر وقت خود را صرف نقد همین مبانی کرد. به نظر او، معتزله از مفهوم مصلحت به کشف و صدور حکم به نحوی استفاده می کردند که این مصلحت هم به جهت ارزشی و الهی هم به جهت عینی و تجربی توجیه کننده حکم باشد. اما در عین حال معتزله به نص الهی هم برای توجیه این روش استناد می کردند. اما الغرفی معتقد بود که ممکن است نص الهی چیزی را نهی کند که عقل در انجام آن مصلحتی ببیند. بنابراین، استدلال معتزله در درون خود دچار تناقض است. (همان، جلد ۱، صص ۱۳۸-۱۳۹) علاوه بر این، الغرفی معتقد بود که هرچند ممکن است با بررسی و تشخیص مصلحت اهم در اعمال و احکام الهی پی به حسن و قبح امور ببریم، ولی مساله اینجاست که نمی توانیم مطمئن باشیم که عقل ما همیشه قادر به تشخیص مصلحت اهم خواهد بود. (همان، جلد ۱، صص ۱۴۸-۱۴۹) در نتیجه، بنابراین او چنین نتیجه گرفت که حسن و قبح را صرفاً بر اساس نص الهی می توان تشخیص داد، نه با توسل به مفهوم مصلحت. (همان، جلد ۱، ص ۱۵۲)

چطور معتزلیون با بررسی تجربی امور و سنجیدن مصلحت و مفسده یک عمل سعی در تشخیص حکم الهی داشتند، و چطور این روش استدلال را با مفروضات خود در باره طبیعت و هدف از آفرینش توجیه می کردند. در واقع مفهوم مصلحت در ذات خود با همان هدف الهی مرتبط است که معتزلیون برای آفرینش متصور شده اند. به این ترتیب است که طبیعت گرایان معتزلی، مانند الجصاص، از طریق بررسی تجربی امور می توانستند به درک و تشخیص حکم الهی برسند.

نقد اثبات گرایان بر غایت شناسی مبتنی بر طبیعت گرایی

مهم ترین انتقاد اثبات گرایان به موضع طبیعت گرایانه معتزلیون این بود که آنها سعی داشتند از روشی تجربی برای رسیدن به احکامی ارزشی و الهی استفاده کنند. به عبارت دیگر آنها می خواستند از آنچه «هست»، آنچه «باید باشد» را استخراج نمایند. اما اثبات گرایان این روش را نقد می کردند و معتقد بودند نمی توان مطمئن بود و مفروض دانست که این روش تجربی همواره به کشف حقیقت منتهی می شود. از دید اثبات گرایان، طبیعت نمی تواند نقش تعیین کننده در تعیین احکام الهی داشته باشد و لزوماً همیشه دربر دارنده مصلحت نیست.

اثبات گرایان حتی گاه چنین استدلال می کردند که بشر بر حسب فطرت خود میل به انجام اموری دارد که طبق نص الهی از آن منع شده است. به عنوان مثال، ابن حزم، فقیه اهل اندلس (وفات ۴۵۶/ ۱۰۶۳) مدعی بود خداوند میل به ارتکاب گناهان را در نهاد بشر گذاشته است، مثل امیال شهوانی که با دیدن زنان زیبا و مردان جوان خوش قیافه در انسان بر میخیزد، یا میل به نوشیدن شراب، ترک جهاد علیه کفار، و خوابیدن در زمانی که باید نماز را برپا داشت. میل به این گناهان در انسان وجود دارد در حالی که خداوند همه را منع کرده است. ابن حزم از این بحث این نتیجه را می گیرد که نمی توان با مطالعه طبیعت، که امیال و خواسته های بشر هم بخشی از آن است، احکام الهی را استنباط کرد و تصمیم گرفت چه چیزی واجب است و چه چیزی حرام.^{۳۱}

ابو محمد غزالی، فقیه شافعی اشعری (وفات ۵۰۵/ ۱۱۱۱)، با کسانی که معتقد بودند آفرینش خوردنیهای بسیار لذیذ دال بر این است که هدف خداوند سودرسانی به انسان می باشد، مخالف بود. به گفته غزالی، هم طبیعت گرایان و هم اثبات گرایان قبول دارند که یکی از ویژگی های خوردنی ها

۳۱. ابو محمد علی بن حزم، الاحکام فی اصول الاحکام، جلد ۲، ص ۵۴ (دارالحدیث ۱۹۸۴). ابوالعمالی الجوینی، غیث الامم فی الثبات الظلم، ص ۸۵، (انتشارات دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷). الجوینی اعتقاد داشت که هدف قانون و حکومت کنترل کردن و محدود کردن هواء و امیال انسانی است. و به نظر الجوینی نمیتوان چنین امیالی را مبنای وضع قانون قرار داد.

مزه مطبوع آن است، ولی ممکن است هدف خداوند از قراردادن چنین مزه‌ای در طبع آن خوردنی لذت بردن انسان نباشد، بلکه برعکس، خواسته تا انسان از خوردن آن منع شود و در ازای این تحریم به او پاداش بدهد، همانطور که اگر انسان از انجام کارهای ناپسند خودداری کند مستحق دریافت پاداش است.^{۳۲}

ابن اسحاق شیرازی (وفات ۴۷۶ / ۱۰۸۳)، فقیه معروف شافعی دلایل مختلفی ارائه کرد مبنی بر اینکه استدلال طبیعت‌گرایانه معتزله معتبر نیست. او اساساً با این ادعا که هدف از آفرینش مخلوقات سودرسانی به انسان است مخالف بود، چراکه این ادعا فرض را بر این گذاشته که خداوند نیز از طریق استدلال عقلی مصالح را تعیین می‌کند، در حالی که از نظر شیرازی خداوند به هر آنچه که اراده نماید امر می‌کند.^{۳۳} به علاوه، اگر بگوییم همه مخلوقات به جهت نفع رسانی به انسان آفریده شده‌اند چگونه می‌توان تحریم برخی چیزها مثل شراب و گوشت خوک را توجیه کرد؟ آیا می‌توانیم بگوییم کل آفرینش هستی در خدمت انسان بوده‌است، درحالی که برخی از این آفریده‌ها برای انسان حرام شده‌اند؟^{۳۴} به اعتقاد شیرازی ممکن است این محرّمات برای انسان‌هایی خلق شده باشد که پس از ما آفریده خواهند شد، دراین صورت نمیتوان مفروض دانست که هدفشان رفع نیاز ما است. او در ادامه می‌افزاید که شاید هدف این باشد که انسان‌ها با غلبه بر نفس خود از انجام برخی امور خودداری کنند و به این جهت پاداش داده شوند. لذا فرض‌های غیر از آنچه که طبیعت‌گرایان ادعا کرده‌اند نیز می‌تواند وجود داشته باشد و به همین دلیل هم نمی‌توان با قطعیت قبول کرد که با روش آنها بتوانیم به حکم الهی دست یابیم.^{۳۵}

از آنچه گفتیم نباید چنین برداشت شود که اثبات‌گرایان از نقش عقل در تشخیص حسن و قبح غافل بوده‌اند. آنها قبول داشتند که انسان همواره با توسل به عقل خود در حال بررسی و تصمیم

۳۲. ابو حامد محمد بن محمد غزالی، المستصفی من علم الاصول، جلد ۱، صص ۱۵۴ و ۱۵۵ (ویراستار ابراهیم محمد رمضان، انتشارات دار الازلام، تاریخ نشر نامعلوم) همچنین رجوع شود به ابوبکر احمد بن علی بن ثابت الخطیب البغدادی، کتاب الفقه والمفتقه و اصول الفقه، صص ۱۹۳-۱۹۳، (ویراستار زکریا علی یوسف ۱۹۷۷)، ابواسحاق الشیرازی، شرح المعجم، جلد ۲، ص ۹۸۴، (ویراستار عبدالحمید ترکی، انتشارات دارالفراب الاسلامی ۱۹۸۸). السمعانی (۴۸۹ هـ.ق/۱۰۹۶ م) هم مخالف این عقیده بود که بر مبنای مصلحت اقدام به کشف و صدور حکم کنیم. به عقیده او اینکه یک عمل چه منفعتی در پی دارد نباید تعیین کننده ارزش آن عمل یا لحاظ خوبی یا بدی باشد. بلکه باید دید آیا اماره‌ای مبنی بر قبح آن وجود دارد یا خیر. بنابراین نباید اصل را بر جواز عمل بگذاریم، بلکه برعکس، وقتی اماره‌ای وجود دارد مبنی بر اینکه در ایجاب تکلیف شری نهفته، باید تکلیف را منتفی کنیم. منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعانی، قواطع الأدلة فی الاصول، جلد ۲، صص ۴۹-۵۰ (محمد حسن محمود حسن اسماعیل الشافعی، ویراستار دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷)

۳۳. ابواسحاق الشیرازی، پاورقی شماره ۳۲، جلد ۲، صص ۹۸۳-۹۸۴

۳۴. همان

۳۵. همان، جلد ۲، صص ۹۸۳-۹۸۴

گیری‌های اخلاقی می‌باشد، اما به اعتقاد آنها نمی‌توان و نباید تصمیماتی که این گونه گرفته می‌شوند را حکم الهی دانست. هر فردی می‌تواند با سنجیدن منافع و مضرات هر عمل درباره خوبی و بدی آن به نتیجه‌ای برسد، ولی این نتیجه لزوماً مهر و تایید الهی را ندارد. به عنوان مثال الجوینی (وفات ۱۰۸۵/۴۷۸)، فقیه شافعی-اشعری، معتقد بود که انسان می‌تواند با استدلال عقلی خطر را دریابد و از آن اجتناب کند (اجتناب المهایک) و در جهت مصالح خود قدم بردارد (ابتدار المنافع). و انکار این امر خود منافای عقل است (خروج عن المعقول)^{۳۶} چراکه قدرت تمیز و تشخیص موهبتی است که خداوند در وجود بشر نهاده است و الجوینی از آن به عنوان «حق الادمیین» یاد می‌کند.

اما تصمیم‌گیریهای اخلاقی با تعیین حکم الهی و صدور حکم وجوب و تحریم متفاوت است.^{۳۷} به عقیده الجوینی نحوه تصمیم‌گیری خداوند درباره حکم هر عملی با نحوه تصمیم‌گیری انسان در موارد سکوت نص الهی فرق دارد. خداوند برای صدور حکم الهی، منافع و مضرات آن را نمی‌سنجد، و به شیوه انسان‌ها استدلال عقلی و منطقی نمی‌کند. بنابراین به عقیده الجوینی برای تشخیص اینکه آیا عملی از دیدگاه الهی خوب است یا بد تنها راه ممکن این است که ببینیم خداوند برای انجام آن پاداش در نظر گرفته یا مجازات.^{۳۸} به نظر الجوینی اصولاً فهم این مسایل برای بشر غیر ممکن است.^{۳۹} انسان‌ها نمیتوانند حکم الهی را از طریق تجزیه و تحلیل منافع و مضرات هر عمل دریابند، چرا که خداوند فراتر از اینگونه امور زمینی و دنیوی است. البته این سخن بدان معنا نیست که انسان‌ها قادر به تشخیص خوب و بد نیستند، بلکه منظور این است که انسان تنها در مواردی می‌تواند از این تشخیص استفاده کند که حکم آن توسط خداوند مشخص نشده است. به علاوه، در هر حال تشخیص انسان برابر با خواست و اراده خداوند نیست، زیرا خداوند در آن خصوص سکوت کرده است. الجوینی ادامه می‌دهد که:

«[برای انسان] منع نشده است که درباره این دو مفهوم [خوب و بد] بیاندیشد و تفحص کند و میزان منافع و مضرات هر عمل را بسنجد، مشروط بر اینکه [تصمیم نهایی خود را] به خداوند نسبت ندهد و از جانب خداوند برای آن پاداش و مجازاتی تعیین نکند.»^{۴۰}

۳۶. الجوینی، پاورقی شماره ۴، جلد ۱، ص ۱۰

۳۷. همان

۳۸. همان

۳۹. همان

۴۰. همان

به این ترتیب اثبات گرایان برای انسان این اختیار و توانایی را قائل بودند که با بررسی حسن و قبح تصمیم‌های اخلاقی اتخاذ کند، اما معتقد بودند تشخیص حکم الهی فراتر از توانایی عقل انسان است. حکم الهی تنها از طریق رجوع به نص الهی قابل درک است، و در زمان سکوت نص هیچ کس نمی‌تواند حکم الهی صادر نماید. غالباً اثبات‌گرایان معتقد بودند که در این شرایط صدور حکم با «توقف» مواجه می‌شود.^{۴۱} حکم واقعی قضیه هر چه که در ذهن خود خداوند باشد، انسان توانایی دست یابی به آن را ندارد.

اما رسیدن به وضعیت «توقف» به این معنی نیست که شخص بی‌نیاز از تصمیم‌گیری است. انسان در هر حال مجبور است انتخاب کند که چگونه عمل کند. ولی اینکه بگوییم در این موارد هر تصمیمی که انسان بگیرد مطابق با حکم الهی نخواهد بود، چندان مورد پسند عوام نیست، چراکه مردم می‌خواهند مطمئن باشند که حکم خدا را انجام می‌دهند. اثبات‌گرایان از اصولی در تفسیر و تحلیل خود بهره می‌بردند که به آنها کمک می‌کرد این نگرانی را نیز حل کنند. آنها در این موارد از اصل استصحاب حال یا بقای متیقن سابق استفاده می‌کردند. طبق این اصل هرگاه نص الهی درباره امری ساکت است می‌توانیم عدم وجود وظیفه را استصحاب کنیم، یعنی شخص مانند سابق رها از هر وظیفه است (اصل براءت ذمه)، و می‌تواند به نحوی که می‌خواهد عمل کند.^{۴۲} به عنوان مثال

۴۱. ابوبکر احمد بن علی بن ثابت الخطیب البغدادی، کتاب الفقیه والمتفق، صص ۱۹۲-۱۹۴ (مطبوعات الامتياز ۱۹۷۷)؛ ابن حزم، احکام فی اصول الاحکام، جلد ۱، ص ۵۲، ابوالمضفر منصور بن محمد بن عبدالحیاء السمعانی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۲، صص ۴۶-۴۷ (ویراستار محمود حسن محمد حسن اسماعیل الشافعی، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)؛ ابواسحاق شیرازی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۲، ص ۹۷۷، الغفری، پاورقی شماره ۲۵، ج ۱، ص ۱۷۳؛ السمرقندی، میزان الاصول ج ۱، ص ۳۱۴ (لجنة إحياء التراث العربی و الإسلامی ۱۹۸۷) (القصار مالکی این طور نوشته که برخی از هم مشربان او در فرقه مالکی طرفدار این عقیده بودند و می‌گفتند برای صدور حکم جواز یا نهی برای هر چیزی ما نیاز به حجت داریم)، القصار، المقدمة فی الاصول صص ۱۵۳-۱۵۵ (ویراستار محمد بن الحسین السلیمانی، انتشارات دارالغرب الاسلامی ۱۹۹۶) به عبارت دیگر وقتی نص الهی درباره امری ساکت است ما نمیتوانیم از طریق عقل به کشف حکم آن ناائل آییم. اما از نظر القصار هیچ امری نیست که درباره اش حکمی وجود نداشته باشد. پیامبرانی که بعد از حضرت آدم آمده‌اند تکلیف همه چیز را روشن کرده‌اند و امری ناکفته باقی نمانده است. محمد فیض الحسن الکنکوهی میگوید که وقتی با سوالی مواجهیم که پاسخ آن در عمل منجر به پاداش یا مجازات الهی می‌شود به عقیده اشعریون تکلیف قضیه را فقط از طریق نص الهی می‌توان روشن کرد. محمد فیض الحسن الکنکوهی، «عمدة الحواشی» در، ابوعلی الشاشی، اصول الشاشی، ص ۱۴۳ (انتشارات دارالکتب العربی ۱۹۸۲). الامشی هم گفته که برخی از ماتریدی‌ها، اثبات‌گرایان (اصحاب الحديث) و برخی از معتزلیون این اعتقاد را داشتند. الامشی، کتاب فی اصول الفقه، ص ۱۵ (ویراستار عبدالمجید ترکی، انتشارات دارالغرب الاسلامی ۱۹۹۵) از نظر او هیچ راهی وجود ندارد که عقل بتواند حکم الهی را کشف کند. لذا وقتی نص الهی درباره امری ساکت است باید بپذیریم که درباره آن هیچ قانون و حکمی وجود ندارد. الفریکان میگوید که اکثرین اشعریون همین نظر را داشتند. تاج الدین عبدالرحمان بن ابراهیم ابن فریکان، شرح الورقات، صص ۳۴۷-۳۵۰ (ویراستار سارا شافعی الهجری، انتشارات دارالبشیر الاسلامیة ۲۰۰۱). جالب است که به گفته ابوحامد الغزالی حتی برخی از معتزلیون نیز این نظر را پذیرفته‌اند. البته منظور آنها از «وقف» این است که وقتی نص الهی درباره امری وجود ندارد و در نتیجه تکلیفی هم وجود ندارد، عقل باید درباره آن تصمیم بگیرد. ابوحامد الغزالی، پاورقی شماره ۳۹، ج ۱، ص ۱۵۱-۱۵۳. همچنین رجوع کنید به السمرقندی، میزان الاصول، ج ۱، ص ۳۱۴، که لیستی از معتزلیونی که ایده «توقف» را قبول دارند تهیه کرده. او همچنین قید کرده که اثبات‌گرایان (اصحاب الحديث) هم طرفدار این نظر بودند.

۴۲. ابو ولید الباجی، احکام الفصول فی احکام الاصول، ج ۲، ص ۷۰۰، (چاپ دوم، ویراستار عبدالمجید ترکی، انتشارات دارالغرب الاسلامی ۱۹۹۵)

ابو ولید الباجی (وفات ۱۰۸۱/۴۷۴) این سوال را مطرح کرد که آیا اقامه نماز وتر واجب است یا خیر. وتر ششمین رکعت نماز شب است که پس از اقامه ۵ رکعت نخست خوانده می شود. فقها در باب اینکه آیا اقامه ششمین رکعت واجب است یا نه، اختلاف کرده اند. به گفته الباجی، اگر یک فقیه حنفی از یک فقیه مالکی این سوال را بپرسد فقیه مالکی پاسخ خواهد داد که خیر، واجب نیست^{۴۳} و در توجیه ادعایش این گونه استدلال خواهد کرد:

«اصل بر عدم وجود تکلیف است (برائت ذمه) و راه کشف تکلیف شرع و نص الهی است. من در شرع و نصوص الهی جستجو کرده ام و هیچ تکلیفی [مبنی بر وجوب اقامه نماز وتر] پیدا نکرده ام. اگر چنین تکلیفی وجود داشت با این میزان تفحصی که کردم می بایست آن را می یافتم. بنابراین [حکم این قضیه مشخص است] طبق اصل برائت ذمه.»^{۴۴}

به اعتقاد الباجی تنها راه کشف تکلیف، نص الهی و شرع مقدس است، و به همین دلیل مسلمانان هیچ تکلیفی مبنی بر اقامه رکعت ششم نماز شب (وتر)، یا تکلیفی برای پرداخت زکات اضافه، یا روزه گرفتن در ماهی غیر از ماه رمضان ندارند.^{۴۵}

از نظر ابوحامد غزالی هم، هرچند عقل نمی تواند به تنهایی کاشف از حکم الهی باشد، اما در جایی که نص الهی هیچ تکلیفی را تعیین نکرده است عقل حکم می کند که انسان از بابت ترک آنچه که تکلیفی به انجامش ندارد مجازات نشود. آنچه عقل قادر به درک آن است این است که با بررسی و تفحص در یابد آیا شرع مقدس و نص الهی تکلیفی را معین کرده است یا خیر، و اگر پاسخ منفی است، در آن صورت اصل بر عدم وجود تکلیف است، مگر اینکه خلاف آن در شرع تصریح شود.^{۴۶} بنابراین، هرچند اصل استصحاب حال و برائت ذمه نیز اصلی منطقی و عقلانی است اما با اصل جواز که مورد نظر طبیعت گرایان معتزله بصره بود فرق دارد. اصل جواز که مورد نظر معتزلیون است بر این استدلال استوار است که با توجه به غایت آفرینش، عقل می تواند اصالتاً و مستقلاً کاشف از احکام و تکالیف الهی باشد. اما مبنای اصل استصحاب بر این است که هرگاه نص الهی مبنی بر وجود تکلیف در دست نیست، به حکم عقل، تکلیفی در آن موضوع وجود ندارد. آنچه در

۴۳. قابل ذکر است که حنفی ها با استناد به سنت پیامبر معتقد بودند وتر نماز واجب است. اما حنفی ها کسانی را که با این عقیده مخالف بودند مرتد نمی دانستند.

ابوالحسن علی بن ابی بکر الفرقانی المرغینانی، الهدایة: شرح بدایة المبتدی، ج ۱، ص ۸۰ (ویراستار محمد درویش، انشارات دارالارقام)

۴۴. ابو ولید الباجی، پاورقی شماره ۴۲، ج ۲، ص ۷۰۰

۴۵. همان

۴۶. ابو حامد الغزالی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۱، ص ۵۸۵

عهده و توان عقل است این است که دریابد آیا حکم قضیه در شرع مقدس بیان شده است یا خیر. بنابراین هرگاه با کوشش عقلی به این نتیجه رسیدیم که نصّی در این خصوص وجود ندارد تکلیفی هم وجود ندارد، لذا مجازات و سرزنش الهی هم منتفی است. البته در نهایت نتیجه اعمال هر دو اصل این است که شخص از هر گونه مجازات یا پاداشی مبرا است، ولی نقش عقل در این دو اصل تفاوت دارد.^{۴۷} تفاوت اساسی در این نکته است که اصل استصحاب حال برای عقل این اعتبار را قائل نیست که به تنهایی کاشف از حکم الهی باشد، و تنها راه کشف حکم الهی در هر حال شرع مقدس و نصّ الهی است.

اثبات‌گرایان متمایل به طبیعت‌گرایی

هرچند برخی از فقهای اثبات‌گرا که پیشتر نام بردیم عقل را در کشف حکم الهی ناتوان می‌دانستند، در بین آنها فقهایی هم بودند که اختیاراتی را برای فقیه قائل می‌شدند که به موجب آن بتواند قوانین شریعت را استخراج نماید. اصل استصحاب حال صرفاً برای برائت‌داده و اثبات عدم وجود تکلیف به کار می‌رفت، اما هرگاه لازم بود تا وجود تکلیفی را مشخص کنند این اصل نمی‌توانست کاربرد داشته باشد. و مهم‌ترین چالش پیشروی این اثبات‌گرایان نیز این بود چگونه اختیار فقیه برای صدور حکم در چنین مواردی را توجیه کنند. سرانجام، فقهایی مانند غزالی، فقیه اشعری شافعی، تا حدی به طبیعت‌گرایی نزدیک شدند، هرچند هنوز با طبیعت‌گرایانی مثل الجصاص معتزلی فاصله داشتند. طبیعت‌گرایان معتزلی تا آنجا پیش رفته بودند که معتقد بودند نه تنها طبیعت بلکه حتی خداوند هم فقط با هدف تامین مصالح بشر عمل می‌کند و تصمیم می‌گیرد.^{۴۸} اما اثبات‌گرایان این ادعا را بر خلاف قدرت تامّ و مطلق خداوند می‌دانستند، بنابراین دیدگاه خود را به گونه‌ای مطرح کردند که با قدرت تامّه پروردگار در تعارض نباشد. برای توضیح این نوع خفیف طبیعت‌گرایی که

۴۷. درباره نقش استصحاب الحال در نظریه کسانی که معتقد به «توقف» بودند مراجعه کنید به القصار، پاورقی شماره ۴۱، ص ۱۵۷؛ الکتاب البغدادی، پاورقی شماره ۴۱، صص ۱۹۱-۱۹۲، ابو اسحاق الشیرازی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۲، ص ۹۸۶، الامشی، کتاب فی اصول الفقه، ص ۱۸۸، (ویراستار عبدالمجید ترکی، دارالغراب الاسلامی ۱۹۹۵). ابن حزم الظاهری اندولسی، روش دیگری را برای حل این مساله پیشنهاد کرد. او نظر کسانی را که می‌گفتند در هنگام سکوت نصّ باید از باب احتیاط از آن عمل دوری گزید را زیر سوال برد. او معتقد بود که در این حالت نمیتوان حکم به نهی آن عمل صادر کرد زیرا این حکم فقط بر مبنای یک ظنّ است نه یقین. صدور حکم بر مبنای احتیاط در واقع معادل است با صدور حکم بر مبنای ظنّ، و بیش‌تر جنبه تقوا و پرهیزگاری دارد تا جنبه حقوقی. به علاوه، این نظر بر خلاف نصّ الهی است که به صراحت گفته خداوند تمام مخلوقات را برای مصالح بشر آفریده است. بنابراین به عقیده ابن حزم، اصل بر آزادی عمل انسان در اموری است که نصّ الهی در موردش سکوت اختیار کرده. ابن حزم، پاورقی شماره ۴۱، ج ۲، صص ۱۸۰-۱۸۹

۴۸. برای مطالعه بیش‌تر درباره نظریات معتزلیون در باب عدل خداوند و استمرار عمل به خیر مراجعه کنید به مونتگومری وات، دوره شکوفایی اندیشه اسلامی، صص ۲۳۸-۲۴۳ (انتشارات وانرلد، ۱۹۹۸)

در آثار برخی از اثبات‌گرایان دیده می‌شود، در ذیل به تشریح گفته‌های غزالی می‌پردازم.

غزالی استدلال خود را عمدتاً بر دو پایه قرار داد: اول رحمت و فضل الهی و دوم آن دسته از اختیاراتی که طبق نص صریح الهی و یا اجماع فقها به فقیه داده شده است تا طبق آن اقدام به کشف حکم نماید. غزالی با اتکا به آنچه گفته شد و نیز درک و شهود شخصی فقیه، شناخت رحمت و فضل الهی و با کمک استدلال استقرایی، اهداف بنیادین یک سیستم حقوقی را عنوان کرد که به اعتقاد او هر سیستم حقوقی باید تأمین‌کننده این مقاصد و اهداف باشد. او برای هر کدام از این مقاصد نیز مستندی شرعی ارائه کرد. دستیابی به این اهداف خود نیازمند درک شهودی مفهوم خوب و بد بود. در اینجا بود که غزالی به طبیعت‌گرایان نزدیک شد زیرا ناگزیر بود که منافع و مصالح هر امری را بسنجد تا تشخیص دهد که آیا در خدمت آن هدف غایی قرار خواهد گرفت یا نه.

به عقیده من (نویسنده) روش غزالی هم در برگیرنده نوعی طبیعت‌گرایی است. مصلحت یعنی صلاح و هر آنچه که منجر به نتیجه‌ای خیر شود.^{۴۹} و به محض اینکه غزالی مفهوم مصلحت را در قانونگذاری وارد نمود و برای رسیدن به مقاصد سیستم حقوقی، خود را ناگزیر از تشخیص مفهوم دانست، در واقع وارد حیطه طبیعت‌گرایی شد. او نیز مانند طبیعت‌گرایان واقعیت تجربی و عینی را با ارزش‌ها و هنجارهای انتزاعی درآمیخت. ولی برای اینکه گرفتار استدلال طبیعت‌گرایانی مثل الجصاص که حتی خداوند را هم محدود به عمل در حیطه صلاح و مصلحت انسان می‌دانستند نشود، و برای اینکه ادعایش منافاتی با قدرت تامه خداوند نداشته باشد، مبنای استدلال خود را چیز دیگری قرار داد. غزالی چنین عنوان کرد که خیر و مصلحت در طبیعت نتیجه لطف و فضل خداوند است و برای این سخن خود مستندات شرعی نیز ارائه داد. و از آنجایی که این خیر و مصلحت نتیجه لطف خداوند است، او می‌تواند هرگاه که بخواهد آن را تغییر بدهد، به نحوی که دیگر موجب خیر و منفعت نباشد. به این ترتیب، غزالی با توسل به درک و شهود فردی، مستندات شرعی و تئوری لطف و فضل الهی، توانست تا حدی طبیعت‌گرایی را وارد فلسفه‌هاش کند به نحوی که منافاتی با قدرت تامه پروردگار نداشته باشد.

در این مقاله ما به دو نمونه از کارها و نوشته‌های غزالی درباره مفهوم «مصلحت» می‌پردازیم، به نام‌های «شفاء الغلیل» و اثر جاودانه او به نام المستصفی من علم الاصول (در فقه). به نظر می‌رسد شفاء الغلیل را پیش از المستصفی من علم الاصول نوشته است. المستصفی در برگیرنده عقاید

۴۹. ابن منظور، لسان العرب، ج ۲، ص ۵۱۷ (چاپ سوم، دار صادر، ۱۹۹۴)، الزبیدی، تاج العروس، ج ۴، صص ۱۲۵-۱۲۶ (علی شیری، دارالفکر ۱۹۹۴)

بسیار پخته و پر مغز او درباره فلسفه حقوق است.^{۵۰} نقطه نظرات او درباره «مصلحت» در هر دو کتاب تقریباً در بیش تر موارد مشابه هستند و تایید کننده یکدیگر می باشند. به همین دلیل تکیه عمده بحث ما در این مقاله بر کتاب المستصفی است، ولی هرگاه وی در این کتاب نظرش را نسبت به شفاء تغییر داده، با ذکر مرجع توضیح خواهیم داد.

به عقیده غزالی پیش از آنکه به بررسی مصلحت پردازیم و بدین وسیله قانونگذاری نماییم، باید بدانیم معنا و مفهوم مصلحت چیست. معمولاً گفته می شود مصلحت، هر چیزی است که منجر به جلب منفعت و یا دفع ضرر می گردد.^{۵۱} اما استفاده غزالی از واژه مصلحت متضمن معنایی فراتر از این است. شکی نیست که همه انسان ها در پی کسب منفعت و دفع ضرر می باشند. اما منظور غزالی از مصلحتی که باید در خدمت قانونگذاری قرار گیرد این نیست. در اینجا منظور از مصلحت هر امر خیری است که موجب شود مقاصد و اهداف شرع تامین گردد.^{۵۲} این مقاصد و اهداف بنیادین عبارتند از ۵ چیز: دین، نفس، عقل، نسل و مال. «هر آنچه که موجب حفظ این پنج امر بشود مصلحت محسوب می گردد، هر آنچه که موجب نقصان یا ضرر به این پنج امر شود مفسده است، بنابراین دفع آن به مصلحت می باشد.»^{۵۳}

غزالی برای این ادعای خود مثال های شرعی نیز آورد. مثلاً مجازات یک فرد مرتد که کفر و الحاد خود را میان مردم ترویج می دهد موجب حفظ دین است.^{۵۴} قصاص قاتل و شخصی که جراحت فیزیکی وارد کرده است موجب حفظ و صیانت از نفس و جان مردم است.^{۵۵} مجازات شرب خمر موجب حفظ سلامت عقل است.^{۵۶} و مجازات زنا و زنا ی محصنه موجب حفظ بنیان خانواده و نسل می شود.^{۵۷} و در نهایت مجازات دزدی و غصب موجب حفظ مال است.^{۵۸}

غزالی از طریق استدلال استقرایی به این ۵ هدف و ارزش رسیده است. درست است که در

۵۰. ابو اسحاق بن ابراهیم بن موسی بن محمد الشاطبی، الاعتصام، ج ۲، ص ۶۰۸ (ویراستار سلیم بن عبد هلالی، دار ابن عفان ۱۹۹۷)

۵۱. الغزالی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۱، ص ۶۳۶. ابن منصور، لسان العرب، ج ۲، ص ۵۱۷، معنی این واژه را خیر و صلاح دانسته. برای دیدن همین معنی رجوع کنید به الزبیدی، پاورقی شماره ۴۹، ج ۴، صص ۱۲۵-۱۲۶

۵۲. الغزالی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۱، ص ۶۳۶

۵۳. همان

۵۴. همان، ج ۱، ص ۶۳۷

۵۵. همان

۵۶. همان

۵۷. همان

۵۸. همان

شرع هم به آنها اشاره شده، اما به عقیده غزالی هر جامعه‌ای که میل به پیشرفت و شکوفایی دارد باید این ارزش‌ها را در نظر بگیرد و سعی در حفظ آنها داشته باشد. به گفته وی:

« غیر ممکن است که یک جامعه یا یک سیستم حقوقی قصد اصلاح خلق را داشته باشد و غفلت از این ۵ ارزش را ممنوع نکرده باشد. »^{۵۹}

به همین دلیل به نظر غزالی جای تعجب ندارد که همه سیستم‌های حقوقی ممنوعیتی علیه جرایمی مانند کفر، قتل، زنا، سرقت، و شرب مسکر را داشتند.^{۶۰} هر مصلحتی باید به نحوی در خدمت یکی از این ۵ ارزش باشد. به عبارت دیگر قبل از اینکه مصلحتی را وارد قانون نماییم باید ابتدا ارتباط آن با یکی از این ۵ ارزش مشخص شود.

اما از طرفی، این طور هم نیست که هر مصلحتی که با یکی از این ۵ ارزش در ارتباط باشد لزوماً مبنای وضع قانون قرار گیرد. غزالی مصالح (جمع مصلحت) را هم در ارتباط با ۵ ارزش فوق بررسی کرده و هم در ارتباط با نصوص شرعی و الهی. در ارتباط با نصوص شرعی غزالی ۳ نوع مصلحت را شناسایی کرده. اول، مصالحی که در نص الهی تصریح و تایید شده است، مثلاً ممنوعیت مسکرات. جای تردید نیست که قرآن صریحاً مصرف شراب را ممنوع کرده است. حال می‌توان از این ممنوعیت وحدت ملاک گرفت و هر آنچه که سُکرآور است و موجب زوال هشیاری می‌شود را ممنوع کرد، چرا که مصلحتی که پشت این حکم است حفظ کمال و هشیاری عقل است. هر چند نص قرآنی صریحاً تمام مسکرات را ممنوع نکرده است اما از طریق قیاس می‌توان ممنوعیت شراب را به سایر مسکرات نیز تسری داد.^{۶۱} اما به تایید خود غزالی، این مثال چندان خوبی برای تشریح نظر وی نبود زیرا بیش‌تر بر پایه قیاس استوار بود تا مصلحت.

نوع دوم وقتی است که مصلحتی به تصریح نص الهی رد شده باشد. مثالی که غزالی مطرح می‌کند این است که اگر پادشاهی در میانه روز در ماه رمضان رابطه جنسی برقرار کند و در نتیجه روزه اش باطل شود، برای کفاره گناهش (شکستن عمدی روزه) کدام یک از اعمال مصرح در قرآن را باید انجام دهد؟ در قرآن گفته شده که در چنین صورتی شخص باید یک اسیر را آزاد نماید. اگر انجام این کار برایش میسر نباشد باید ۲ ماه پیاپی روزه بگیرد و اگر این کار هم برایش میسر نیست

۵۹. همان

۶۰. همان

۶۱. الغزالی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۱، صص ۶۳۴-۶۳۵

باید ۶۰ گرسنه را طعام دهد.^{۶۲} برخی از فقها گفته‌اند که در این مثال شاه باید برای کفاره گناهش دو ماه روزه بگیرد، زیرا هر چند در قرآن اولویت با آزاد کردن اسیر است، این عمل برای پادشاه آنقدر آسان است که دیگر به هیچ وجه جنبه بازدارندگی ندارد. بنابراین برای اینکه شخصی مثل پادشاه از انجام این عمل بازداشته شود باید بنا به مصلحت، اولویت را برای او تغییر دهیم. اما از نظر غزالی این نظر اشتباه است، هر چند که بر مبنای یک مصلحت عنوان گردیده. به عقیده غزالی وقتی قرآن علی رغم وجود چنین مصلحتی، اعمال مذکور را جهت کفاره به این شکل اولویت بندی کرده است، ما نمی‌توانیم با استناد به آن مصلحت، اولویت را تغییر دهیم. به نظر وی، اگر باب اینگونه تغییرات را بر مبنای مصلحت اندیشی باز کنیم، در نهایت منجر به تغییر در همه حدود الهی می‌شود چرا که همواره شرایط در حال تغییر است.^{۶۳} به علاوه این روند باعث می‌شود قابلیت پیش‌بینی قوانین بسیار کم شود و اعتماد مردم به مراجع تقلید شان نیز کاهش یابد.^{۶۴} اما این مثال هم مثال مناسبی برای تشریح طبیعت‌گرایی در عقاید غزالی نیست، بلکه فقط اهمیت نصوص الهی در شکل‌گیری عقاید وی را نشان می‌دهد، و فقط برای این ذکر شده که نشان دهد تا چه اندازه «مصلحت» در شکل‌گیری قوانین نقش دارد.

سومین نوع از انواع ارتباط مصلحت با نص الهی این است که شرع مقدس درباره آن مصلحت کاملاً سکوت اختیار کرده. یعنی هیچ نص معینی مبنی بر تایید یا رد آن مصلحت وجود ندارد.^{۶۵} این نوع مصلحت است که بالقوه می‌تواند مبنای صدور قانون جدید باشد، و همین نوع است که با طبیعت‌گرایی خفیفی که پیشتر به آن اشاره کرده‌ایم و در اندیشه‌های غزالی وجود دارد، مرتبط است. در این شرایط است که اختیارات فقیه برای کشف و صدور حکم به کار گرفته می‌شود، زیرا در دو نوع قبلی مصلحت مورد بحث، یا به تایید نص رسیده بود یا صریحاً رد شده بود. در حالی که استدلال غزالی برای اثبات اختیار فقیه، در کشف و صدور حکم، زمانی موضوعیت پیدا می‌کند که نص الهی درباره آن مصلحت سکوت کرده است.

اما غزالی برای اینکه مطمئن شود مصلحت را به نحو درستی به کار گرفته، ارتباط نوع سوم

۶۲. سورة ۵۸ قرآن، آیه ۳-۴. این آیه در واقع درباره کفاره دادن برای «ضهار» که نوعی طلاق بوده می‌باشد. اما که برخی فقها مثل المرغینانی معتقدند که کفاره روزه

هم مثل کفاره ضهار است. المرغینانی، پاورقی شماره ۴۳، ج ۱ و ۲، ص ۱۵۰

۶۳. الغزالی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۱، ص ۶۳۵

۶۴. همان

۶۵. همان، ج ۱، صص ۶۳۵-۶۳۶

مصلحت را (که از آن با عنوان «مصلحتِ مسکوت» یاد می‌کنیم) با ۵ ارزشی که قبلاً ذکر کرده بودیم نیز بررسی کرد. این ارتباط خود می‌تواند به سه شکل بروز کند. اول، ممکن است این مصلحت دربرگیرنده منفعتی بسیار مهم بوده و رعایت آن برای تأمین این ارزش‌ها ضروری باشد. در این صورت مصلحت مزبور از بالاترین درجه اهمیت بر خور دار است. دومین حالت وقتی است که مصلحت مربوط به رفع یکی از نیازهای مهم باشد ولی از آن درجه اهمیتی که از دسته اول شناخته شود نیست. و سوم، ممکن است مصلحت در ارتباط با برخی هنجارهای اجتماعی و تنها جنبه ارشادی داشته باشد (ترئینات و تحسینات).^{۶۶} به این ترتیب، ارتباط مصلحتِ مسکوت با ۵ ارزش اصلی، ممکن است به یکی از این سه شکل باشد و بر حسبِ مورد از اهمیت (قوة) کم‌تر یا بیش‌تری برخوردار گردد.^{۶۷} بدیهی است که در هر مورد برخی منافع و مصالح جانبی نیز وجود دارند که نقش تکمیلی یا متمیمی بازی می‌کنند.^{۶۸}

از جمله مصالحی که از بالا ترین درجه اهمیت برخوردارند، می‌توانیم به همان مثال‌های که پیش‌تر برای ۵ ارزش اصلی زدیم، اشاره کنیم، یعنی مجازات مصرف الکل، قتل و زنا. البته همه این موارد در شرع مقدس تصریح شده‌اند و مصلحتِ مسکوت نیستند، اما از جهت درجه اهمیت می‌توانند آن اهمیتی که مورد نظر غزالی بوده را نشان دهند. برای نوع دوم، یعنی مصلحتِ مسکوتی که در درجه دوم اهمیت است می‌توانیم حکم تسلیطِ ولیّ بر صغیر در امر ازدواج را مثال بزنیم. مسأله ازدواج صغیر از اهمیت اساسی برای حفظ جامعه و منافع عمومی برخوردار نیست. بلکه فقط برای این وضع شده که اگر لازم بود صغیری ازدواج کند تحت نظارت ولیّ وی باشد، تا مصلحت صغیر در امر ازدواج در نظر گرفته شود. «این مسأله با تسلط ولیّ بر تربیت و مراقبت و خرید پوشاک و غذا برای صغیر نیز فرق دارد.»^{۶۹} به نظر غزالی این مسایلِ اخیرالذکر، از آنچنان اهمیتی برای جامعه برخوردارند که نمی‌توان تصور کرد هیچ کس با وضع قانون در این زمینه مخالفتی داشته باشد.^{۷۰} اما ازدواج صغیر از آن میزان اهمیت برخوردار نیست. به گمان غزالی، میل و اشتیاق جنسی و تولید مثل در کودکان وجود ندارد، و در واقع این گونه ازدواج‌ها فقط به منظور قوت بخشیدن به روابط قبیله‌ای

۶۶. همان ج ۱، ص ۶۳۶

۶۷. همان

۶۸. همان، ج ۱، ص ۶۳۵-۶۳۶

۶۹. همان، ج ۱، ص ۶۳۸

۷۰. همان

و عشیره‌ای است.^{۷۱} این گونه مسایل ارتباطی با ۵ ارزش مذکور ندارند و لذا از درجه اهمیت بسیار پائینی برخوردارند.

پایین‌ترین درجه ارتباط بین یک مصلحت مسکوت و ۵ ارزش مزبور زمانی پیش می‌آید که در برگیرنده امری باشد که نه ضروری است و نه مورد نیاز، بلکه فقط مزیتی اضافی برای به کمال رساندن چیزی است، مثلاً با توجه به عرف و عادات حاکم در تعاملات روزمره بخواهیم برترین و اعلا ترین رفتار یا عمل را انجام دهیم.^{۷۲} به عبارت دیگر این نوع از مصلحت زمانی مطرح می‌شود که در مرحله‌ای باشیم که بخواهیم جامعه را به بالاترین درجه رشد و شکوفایی خود برسانیم. مثالی که غزالی برای نوع مصلحت می‌زند قانونی است که به موجب آن برده صلاحیت شهادت دادن در دادگاه را ندارد.^{۷۳} غزالی این مثال را طرح کرد زیرا برده‌ها طبقه اجتماعی پایین تری نسبت به صاحب خود داشتند. لذا گفته میشد که «صلاح نیست که [برده] در مقام شهادت دادن قرار گیرد.»^{۷۴} بنابراین تا زمانی که شهادت دادن در دادگاه از نظر اجتماعی شأن و شئون خاصی را می‌طلبید، برده‌ها از شرکت در آن منع می‌شدند. اما این قانون به لحاظ ارتباط با ۵ ارزش اساسی کم‌ترین اهمیت را داشت. برعکس، قانونی که برده‌ها را از سرپرستی و قیمومت صغیر منع می‌کرد با یک نیاز و حاجت در ارتباط مستقیم بود. به عبارت دیگر، در مقایسه منع یک برده از شهادت دادن و منع یک برده از سرپرستی صغیر، دومی با منافع اجتماعی بیش‌تری در ارتباط است و لذا از اهمیت بالا تری هم برخوردار است. دومی بیانگر یک ضرورت است در حالی که اولی فقط در حد یک نیاز ساده مطرح می‌شود. به نظر غزالی، برده‌ها از حق سرپرستی و قیمومت منع شدند زیرا قیمومت کاری است که نیاز به تعهد و صرف وقت بسیار دارد، در حالی که یک برده در وهله نخست به صاحبش متعهد است و وقتش متعلق به خودش نیست. لذا، «سپردن سرپرستی کودکان به وی به ضرر بچه‌ها می‌باشد.»^{۷۵}

غزالی با توضیح مصلحت مسکوت به این شیوه سعی کرد طبیعت‌گرایی خفیفی که در استدلال‌هایش بود را توجیه کند. به این معنی که، به گفته وی، هرگاه مصلحت مسکوت صرفاً در

۷۱. همان.

۷۲. همان، ج ۱، ص ۶۳۹.

۷۳. همان.

۷۴. همان.

۷۵. همان.

ارتباط با یک نیاز و حاجت معمولی باشد یا جنبه ارشادی داشته باشد و هیچ دلیل و مدرکی هم در شرع نباشد که به ما مجوز صدور حکم در آن خصوص بدهد، نمی‌توانیم از این نوع مصلحت برای صدور حکم الهی استفاده کنیم.^{۷۶} به عبارت دیگر دو نوع مصلحتی که کم‌ترین ارتباط را با ۵ ارزش اساسی دارند نمی‌توانند به تنهایی مبنایی برای صدور حکم باشند. بنابراین فقط آن مصلحتی که متضمن یک «ضرورت» است می‌تواند در تفسیر فقهی و بررسی حقوقی به کار گرفته شود. همانطور که غزالی گفته است: «بعید نیست که تفسیر یک فقیه [با توجه به یک ضرورت] منجر به صدور حکمی شود که هیچ منبع و مآخذ قانونی به خصوصی برای آن حکم موجود نباشد.»^{۷۷}

غزالی برای روشن تر شدن شیوه استدلالی خود مثال‌های آورد. در این مثال‌ها غزالی محدوده استفاده از مفهوم مصلحت در قانونگذاری را تنگ تر هم کرد. بویژه این قید را گذاشت که هر مصلحتی که مبنای صدور حکم قرار می‌گیرد باید ۳ شرط در آن رعایت شده باشد: شرط اول همان بود که در بالا گفته شد یعنی مصلحت مزبور باید متضمن یک ضرورت بسیار مهم و در ارتباط با ۵ ارزش اساسی باشد.^{۷۸} ضرورت بسیار مهم، هر امری است که موجب برآورده شدن یکی از ۵ ارزش مزبور می‌شود. شرط دوم این است که قطع و یقین داشته باشیم که حکم صادره، منجر به تحقق یافتن مصلحت مورد نظر خواهد شد.^{۷۹}

منظور غزالی از قطعیت را در ادامه بیشتر توضیح می‌دهیم. و آخرین شرط این است که مصلحت مورد نظر باید در جهت منافع و کمال کل جامعه باشد، نه فقط یک گروه خاص. عبارتی که غزالی برای شرط آخر به کار برد عبارت «کلیت» بود.^{۸۰} در نتیجه می‌توان گفت که هر چند غزالی نیز تا حدی خفیف به طبیعت‌گرایی روی آورد و از مفهوم «خیر و مصلحت» برای وضع قانون بهره جست، بسیار سعی کرد تا کاربرد این مفهوم را مضیق و محدود نماید.

برای روشن شدن نحوه اعمال مصلحت در صدور حکم، غزالی مثالی را طرح کرد. فرض کنید

۷۶. همان، ج ۱، ص ۶۴۰.

۷۷. همان، ج ۱، صص ۶۴۰-۶۴۱. قابل ذکر است که غزالی در کتاب قبلی خود، شفاء الغلیل، گفته بود که برای کشف حکم می‌توان هم به ضرورت توجه کرد و هم به حاجه، مشروط بر اینکه ارتباط استنتاجی با شریعت داشته باشند. اما سومین نوع که ضعیف‌ترین نوع است را نمیتوان برای این منظور به کار برد. ابو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالی، شفاء الغلیل فی بیان الشبه و المخیل و مسالک التعلیل، صص ۲۰۸-۲۰۹، (ویراستار محمد الکیسی، انتشارات رناسة دیوان الاوقاف، ۱۹۷۱).

۷۸. همان، ج ۱، صص ۶۴۰-۶۴۱.

۷۹. همان، ج ۱، ص ۶۴۲.

۸۰. همان

گروهی از کفار علیه مسلمانان قیام می‌کنند و از تعدادی از مسلمانان به عنوان سپر دفاعی خود استفاده می‌کنند. غزالی می‌پرسد که آیا در این شرایط سپاه مسلمانان حق دارد به سپاه کفار حمله کند، در حالی که می‌دانند تیر انداختن به سوی آنها موجب کشته شدن مسلمانان خواهد شد؟ برای پاسخ به این سوال باید شرایط خاص حاکم بر این وضعیت و منافع دخیل در آن را در نظر بگیریم. غزالی می‌گوید: «اگر از حمله [به کفار] خود داری کنیم آنها پیشروی، و سرزمین اسلام را فتح خواهند کرد و سپس همه مسلمانان را خواهند کشت. اما اگر به آنها حمله کنیم موجب مرگ مسلمانانی خواهیم شد که بی گناه هستند و مرتکب هیچ تخلفی نشده اند. در قانون شرع هم تکلیف این قضیه روشن نشده است. حال اگر از حمله به آنها خودداری کنیم آنها پس از پیروزی نه تنها باقی مسلمانان را خواهند کشت بلکه سپس مسلمانان زندانی شده [که به عنوان سپر دفاعی استفاده شده اند] را نیز خواهند کشت. بنابراین می‌توان گفت این اُسرا در هر صورت کشته خواهند شد. در این شرایط، حفظ جان همه مسلمانان مهم‌تر و اقرب به هدف اصلی قانون است، زیرا به طور قطع و یقین می‌دانیم که هدف قانون، کاهش قتل، و در صورت امکان، جلوگیری از قتل به طور کامل است. حال، اگر ما قادر نباشیم که جلوی قتل را به صورت کلی بگیریم، حداقل می‌توانیم آن را کاهش دهیم.

در این نوع تصمیم‌گیری، مصلحت و ضرورتی که مقصود قانونگذار بوده است در نظر گرفته می‌شود، هرچند به این ضرورت در هیچ کجای شرع تصریح نشده باشد.^{۸۱} اما اگر مثال بالا را به این شکل تغییر دهیم که دشمن در قلعه و استحکامات خود پناه گرفته باشد، ولی همچنان از مسلمانان به عنوان سپر دفاعی استفاده کند، پاسخ سوال متفاوت خواهد بود زیرا در این شرایط مسلمانان نمی‌توانند یقین داشته باشند که بر دشمن پیروز خواهند شد. به علاوه، فتح قلعه از اهمیت چندانی برای مسلمانان برخوردار نیست زیرا کافرانی که در داخل یک قلعه جمع شده‌اند تهدید جدی برای سرزمین‌های اسلام محسوب نمی‌گردند.^{۸۲}

از آنچه گفته شد نباید چنین برداشت شود که غزالی برای تشخیص خیر و مصلحت اکثریت، به محاسبات خشک سودگرایانه متوسل می‌شود. در دیدگاه غزالی مصلحت به معنی حداکثر کردن خیر برای اکثریت، و تحمیل هزینه آن به اقلیت نیست. بلکه از نظر او آن خیر و مصلحتی مهم است

۸۱. همان، ج ۱، صص ۶۴۱-۶۴۲

۸۲. همان، ج ۱، ص ۶۴۲

که در دستیابی به هدف غایی یک جامعه و تکامل آن کمک کند. وی برای تشریح اندیشه خود مثال دیگری هم میزند؛ مثال قایقی که در حال غرق شدن است. فرض کنید مسافران به این نتیجه می‌رسند که اگر یک نفر را از قایق بیرون بیاورند سایرین نجات خواهند یافت. ممکن است آنها از نتیجه مثبت این عمل مطمئن باشند و لذا انجام آن را برای نجات جان سایرین یک ضرورت بدانند. از نظر غزالی، در این مثال مصلحت مورد بحث، فاقد شرط سوم، یعنی «کلیت» است. تعداد افرادی که بواسطه انجام این عمل نجات پیدا خواهند کرد اندک است. ضرری که در نتیجه بیرون نینداختن یکی از مسلمانان ممکن است به آنها وارد شود بسیار کم‌تر از ضرری است که در صورت حمله نکردن به لشکر کفار به کل جامعه مسلمین وارد خواهد شد.^{۸۳} بنابراین مقدار منافع و مضراتی که بالقوه در هر یک از این دو مثال وجود دارد به یک اندازه نیست. شرط کلیت به این معنی است که مصلحت مورد بحث باید در بر گیرنده ارزشی جهان شمول و مربوط به کل جامعه باشد. این شرط باعث می‌شود که دیدگاه غزالی با دیدگاه سودگرایانه صرف که هدفش فقط حداکثر کردن خوشحالی است فرق داشته باشد. در عوض، این نوع مصلحت اندیشی در پی آن است تا منفعت کل جامعه را به نحوی تامین نماید که در نهایت به رشد و تکامل آن بیانجامد. قرار نیست قانون تبدیل به ابزاری در دست گروهی خاص گردد، بلکه باید در پی منافع کل جامعه باشد.

مثال دیگری که غزالی مطرح می‌کند درباره کتک زدن شخص متهم به سرقت است. بدون شک، کتک زدن او به منظور اخذ اعتراف، منافی برای کل جامعه دارد. به گفته غزالی، حتی فقیهی مثل مالک بن انس با انجام این کار موافق بود و جوازش را صادر کرده بود.^{۸۴} اما غزالی با این نظر مخالف بود. به عقیده او حتی اگر شکنجه در خدمت حل معضلات جنایی و جزایی قرار گیرد، در هر حال با مصلحت عمومی دیگری در تعارض است، مصلحتی که به موجب آن باید هر مضمون و متهمی از مصونیت برخوردار باشد. به گفته وی:

«این امکان وجود دارد که متهم بی گناه باشد. کتک زدن یک انسان مجرم اهمیتی به مراتب کم‌تر از کتک زدن یک انسان بی گناه دارد. ممکن است کتک زدن جنبه بازدارندگی برای جرم دزدی داشته باشد، ولی این امکان هم وجود دارد که منجر به مجازات یک انسان بیگناه گردد.»^{۸۵}

۸۳. همان

۸۴. همان، ج ۱، ص ۶۴۳

۸۵. همان، ج ۱، صص ۶۴۲-۶۴۳

بدون تردید شکنجه فوایدی هم از نظر اجرای قانون و انذار مجرمین دارد، ولی این مصلحت در تعارض با یک مصلحتِ اهمّ است. برای مقایسه اهمیت و ارزش این دو مصلحت، غزالی از واژه "اهون" استفاده کرد. اما توضیح نداد که بر چه مبنایی این مقایسه ارزشی را انجام داده. احتمالاً در اینجا نیز، مثل دیدگاهش درباره تشخیص خیر و مصلحت، از درک و شهود شخصی بهره برده است.

حال، شخصی را تصور کنید که با فساد در زمین قصد ایجاد فتنه دارد. آیا کشتن این شخص قانونی است؟ قطعاً در کشتن وی یک منفعت و مصلحت اجتماعی هم وجود دارد، اما آیا این مصلحت اجتماعی تا آن اندازه مهم است که ما را مجاز به کشتن وی کند؟ به عقیده غزالی پاسخ این سوال بستگی به عوامل مختلفی دارد. اگر این شخص مرتکب هیچ عملی که مستوجب اعدام باشد نشده، در این صورت مقامات قضایی باید فقط او را زندانی کنند. حبس ابد برای مجازات این شخص کافی است.^{۸۶} به گفته غزالی در این مثال هیچ «ضرورتی برای کشتن وی وجود ندارد».^{۸۷} به عبارت دیگر، غزالی سعی کرد تا بین ضرورت حفظ جان انسان از یک سو، و ضرورت تحدید اختیار دولت در استفاده از قوه قاهره از سوی دیگر، به نحوی تعادل برقرار سازد که بهترین و مهم ترین ارزش های جامعه و مهم ترین اهداف یک نظام حقوقی تامین گردد.

حال فرض کنید این آشوبگر زمانی دست به فتنه می زند که در جامعه آشوب و نزاع فراوانی وجود دارد و هر لحظه امکان دارد که حکومت مرکزی سرنگون شود. در نتیجه نمی توان مطمئن بود که این آشوبگر برای همیشه در حبس باقی بماند. این را هم در نظر داشته باشید که زندانی کردن او برای مدتی نامعین تنها موجب جری تر شدن او خواهد شد. آیا در این صورت اجازه کشتن او را داریم؟ به نظر غزالی این مثال نیز مسایل و ضرورت های بسیار مهمی را مطرح می کند، اما در عین حال بسیار انتزاعی است زیرا هیچ راهی وجود ندارد که ما از آنچه در آینده اتفاق خواهد افتاد مطمئن باشیم، و لذا حق نداریم تنها بر مبنای یک وهم و احتمال عمل نماییم.^{۸۸}

آنچه که غزالی در این مثال آخر می گوید ما را به یاد مثال اول او می اندازد. فرض کنید در مثال اول، مسلمانان مطمئن نباشند که در صورت عدم حمله به کفار، آنها حتماً سرزمین های اسلام را

۸۶. همان، ج ۱، ص ۶۴۴

۸۷. همان، ج ۱، صص ۶۴۳-۶۴۴

۸۸. همان، ج ۱، ص ۶۴۴

فتح خواهند کرد؛ بلکه این فقط غلبه ظنّ باشد.^{۸۹} آیا این ظنّ کافی است برای اینکه مسلمانان مجاز به حمله به کفار و کشتن مسلمانانی باشند که به عنوان سپر دفاعی از آنها استفاده شده؟ به نظر غزالی، در این مثال تیر اندازی به سپر دفاعی دشمن تنها در صورتی مجاز است که یا به ضرورت این کار قطع و یقین داشته باشیم، یا اگر یقین کامل وجود ندارد حداقل، ظنّی قریب به یقین داشته باشیم.^{۹۰} اما حتی با وجود ظنّ قریب به یقین، تنها در صورتی می‌توانیم بر مبنای مصلحتی که تشخیص داده‌ایم عمل نماییم که آن مصلحتی کلی بوده و دفع خطری بسیار بزرگ در میان باشد، به نحوی که عموم مردم آن را امری بسیار مهم بدانند.^{۹۱} به عبارت دیگر، بین مرتبه قطعیت و یک احتمال ساده، طیفی از شرایط بینابین وجود دارد، و لذا ممکن است گاه امری باشد کم‌تر از مرتبه قطع و یقین، ولی به دلیل ضرورت بسیار مهمی که پیش آمده، عموم مردم نیز آن ضرورت را مهم می‌دانند. و ممکن است همین امر مبنای صدور حکم قرار گیرد، هر چند که هیچ سابقه‌ای در شرع مبنی بر تایید آن وجود نداشته باشد. البته از جهتی این فرض در تعارض با برخی از آموزه‌های شرع مقدس است. برخی از آیات قرآن، کشتن عمدی یک مومن یا شخصی که حقی برای کشتن وی نداریم را منع کرده است.^{۹۲} حال آیا می‌توانیم با استناد به یک مصلحت، دستور کشتن عده‌ای از مسلمانان که ناخواسته سپر دفاعی دشمن شده‌اند را صادر کنیم، در حالی که این مصلحت در ظاهر در تعارض با نصّ صریح قرآن است؟

غزالی در پاسخ، مجدداً تاکید کرد که هدف او یک محاسبه سود گرایانه و منفعت طلبانه نیست، و به این امر در مثال قبلی هم تصریح شد. اما به عقیده او در این مثال باید به کلیت قانون توجه کنیم. «می‌دانیم که قانون کلی نگری را به جزئی نگری ترجیح می‌دهد.»^{۹۳} لذا از نظر شرع، حفظ و نجات جان کلّ مردم در سرزمین‌های اسلامی از اهمیت بیش‌تری برخوردار است، تا حفظ و نجات جان یک مسلمان.^{۹۴} غزالی به این گفته آنقدر اعتقاد راسخ دارد و آن را آنقدر بدیهی می‌داند که نیازی نمی‌بیند برای اثبات آن، مستند شرعی ارائه دهد. به گفته وی «این امر نیاز به اثبات ندارد.»^{۹۵}

۸۹. همان

۹۰. همان، ج ۱، صص ۶۴۴-۶۴۵

۹۱. همان

۹۲. رجوع کنید به قرآن، آیه ۹۲-۹۳ سوره ۴، آیه ۳۲ سوره ۵، آیه ۳۳ سوره ۱۷

۹۳. الغزالی، پاورقی شماره ۳۲، ج ۱، ص ۶۴۷

۹۴. همان

۹۵. همان

غزالی مثال‌های فوق را برای تشریح مفهوم مصلحت مطرح کرد، اما در دل این مثال‌ها می‌توانیم ببینیم که وی چگونه توانست واقعیات تجربی و عینی را در شکل‌گیری حکم و ارزش‌های الهی سهیم کند. او از ایده پنج ارزش اساسی، به عنوان اهداف و ارزش‌های جهان‌شمول، در روش تفسیری خود استفاده کرد، و «مصلحت» را به گونه‌ای تعریف کرد که در خدمت تأمین منافع اجتماعی کل جامعه قرار گیرد، نه یک شخص و گروه خاص، و در عین حال به تکامل جامعه و فرد کمک کند. غزالی تأکید کرد که تحلیل او از «مصلحت»، تحلیلی صرفاً عقلانی برای رسیدن به حکم الهی نیست، بلکه اساس و شالوده این روش بر نص الهی استوار است. «مصلحت»، منبع پنجم در اجتهاد، یعنی منبعی علاوه بر قرآن، سنت، اجماع و قیاس نمی‌باشد.^{۹۶} بلکه نقش مصلحت در اجتهاد این است که کمک کند مقصود شرع، به نحوی که در قرآن و سنت و اجماع آمده است را تحقق یابد.^{۹۷} باید با توجه به تمام منابع اجتهاد، بتوانیم مصلحتی را که مورد نظر خداوند است دریابیم و از آن برای تقویت و تحکیم ارزش‌های اساسی استفاده کنیم. بنابراین بنای مصلحت بر شرع استوار است و به طور ضمنی از آن استخراج می‌شود. لذا، مصلحت منبعی مستقل برای کشف و صدور حکم نیست.^{۹۸}

از طرفی استفاده از مصلحت برای کشف حکم با استفاده از قیاس هم متفاوت است. در قیاس، ما از یک اصل معین برای تحلیل خود استفاده می‌کنیم. در حالی که در به کارگیری مصلحت، هدف این است که اهداف اساسی قانون و شرع را به اجرا بگذاریم، و این اهداف اساسی را از طریق شواهد و مستندات فراوانی که از قرآن و سنت و شرایط خاص هر مساله و سایر اماره‌های که در شرع ممکن است بیابیم کشف و استنباط می‌کنیم، و بر همان مبنا مصلحت را تشخیص می‌دهیم.^{۹۹} در نتیجه می‌توان گفت که هدف اصلی هر قانون فقط در متن ظاهری آن مندرج نیست و بررسی و تجزیه و تحلیل متن آن به تنهایی برای کشف هدف و مقصود اصلی کافی نمی‌باشد. برای درک آن باید علاوه بر بررسی متن، به شرایطی هم که قانون در آن اعمال می‌شود توجه داشته باشیم، چراکه مجموع اوضاع و احوال حاکم بر اعمال قانون، به همراه متن آن، می‌تواند خیر و صلاح جامعه و آنچه که مورد نظر قانونگذار بوده است را روشن نماید. این خیر و صلاح را با درک و شهود شخصی

۹۶. همان، ج ۱، ص ۶۵۲

۹۷. همان

۹۸. همان، ج ۱، صص ۶۵۲-۶۵۳

۹۹. همان، ج ۱، صص ۶۵۲-۶۵۴

می توانیم دری اییم و مبنای وضع قانون قرار دهیم.

سوال دیگری که لازم است مطرح کنیم این است که غزالی چطور توانست با وجود بهره گیری از مفهوم مصلحت خود را از معتزلیون و فلسفه طبیعت گرایی متمایز کند؟ معتزلیون مثل العصاص با استدلال عقلی، طبیعت (آنچه هست) را با احکام و ارزش های الهی (آنچه باید باشد) گره می زدند و با این توجیه، برای طبیعت، خاصیت و اعتبار قانونگذاری قائل می شدند. گویی به اعتقاد آنها خداوند متعهد و موظف بود که در آفرینش، خیر و مصلحت بشر را رعایت نماید. غزالی متوجه این نکته بود و لذا آگاهانه سعی کرد تا نظریه خودش را از نظریه معتزلیون تفکیک کند. تا آنجا که به صراحت اعلام کرد که نظریه او را نباید با نظر معتزلیون که برای خدا تکلیف قائل می شدند اشتباه گرفت. اما با این وجود، غزالی هم هست ها و باید ها را در آمیخته بود و فقط نحوه این اختلاط متفاوت بود.

او برای این روش از دو ایده کمک گرفت: یکی اهداف اساسی و اصلی که زیربنای فقه و شریعت را تشکیل می دهند، و به عقیده غزالی انسان می تواند با درک شخصی و شهودی به آن پی ببرد. و دیگری، اختیار خداوند در لطف و رحمتی که به بشر خود ارزانی می کند و با قدرت تامة خداوند نیز منافاتی ندارد. به عنوان مثال، وقتی غزالی از ضرورت و مصلحت صحبت می کند، می گوید مصلحت چیزی نیست جز همان هدف و مقصود شرع مقدس. او در ادامه چنین می گوید که:

«از دید آنها تنها عقل است که خوب و بد را تشخیص می دهد و تصمیم می گیرد که آیا قانونی در این خصوص وجود دارد یا خیر. برای آنها بدون توسل به تحلیل عقلانی خوب و بد، امکان صدور هیچ حکمی وجود ندارد. اما می گوییم: خداوند بلندمرتبه به هر نحو که بخواهد با بندها رفتار می کند و هیچ تکلیفی مبنی بر رعایت صلاح بندگان ندارد. [اما] از طرفی ما قدرت عقل در تشخیص مصالح و مفاسد و نیز فرمان عقل به پرهیز از خطر و به جلب منفعت را انکار نمی کنیم. و اینرا هم انکار نمی کنیم که پیامبر، که رحمت خداوند بر او باد، برای مصالح خلق در دین و دنیا و به عنوان رحمت و فضل خداوند بر بندگان نازل شد، نه در راستای تکلیف خداوند نسبت به انسان ها. خداوند بلندمرتبه می فرماید: «ما تو را به سوی مردم نفرستادیم مگر به عنوان رحمتی برای کل عالم.» و بسیاری آیه های دیگر هم هستند که همین مضمون را تایید می کنند. به تحقیق، نظر خود را به این شکل بیان

کردیم تا مبدا ما را به عقاید معتزلیون منسوب نمایند.^{۱۰۰} غزالی معتقد است که هر فردی می‌تواند درباره خوبی و بدی هر امری تحلیل منطقی داشته باشد، اما اینکه آیا واقعاً آن امر خیر است یا شر را فقط با جستجو در فلسفه الهی از خلقت می‌توانیم دریابیم. در اینجا، غزالی برای پیوند هست‌ها و باید‌ها می‌گوید که خداوند از رحمت و فضل خود منافع و مصالح انسان‌ها را در خلقت رعایت کرده است. به این ترتیب طبیعت و مخلوقات در برگرفته مصالح انسان‌ها هستند، نه به این خاطر که خداوند ناگزیر از رعایت مصلحت بشر بوده است، بلکه صرفاً به دلیل رحمت و فضلی که نسبت به بندگانش دارد. به این ترتیب غزالی طبیعت‌گرایی را با نظام ارزشی الهی پیوند می‌دهد بدون اینکه تکلیفی را برای خداوند قائل گردد. در این دیدگاه خداوند مجبور نیست به خیر عمل کند، اما به انتخاب خود، تنها به خیر و صلاح عمل کرده و خواهد کرد. و ما انسان‌ها می‌توانیم به پایداری و دوام رحمت الهی قطع و یقین داشته باشیم، و لذا با خاطری آسوده، هست‌ها و باید‌ها را درهم ادغام کنیم. اما در هر حال متوجه این امر هستیم که خداوند با قدرت تاقه‌ای که دارد می‌تواند هر وقت بخواهد رحمت خود را تغییر دهد.

حقوق طبیعی در اسلام: مبنایی برای اختیارات اجتهادی

فقه‌ها فراتر از این رفتند که صرفاً درباره اختیارات اجتهادی و لزوم قطعیت و قابلیت پیش‌بینی در تفسیر، تئوری پردازی کنند. هم اثبات‌گرایان و هم معتزلیون ناگزیر به استفاده از این اختیارات بودند. اما این بدان معنی نبود که لزوماً برای توسل به این اختیارات یک سری قوانین خاص را ایجاد کرده باشند. بلکه فقط یک رژیم حقوقی را بنا نهادند که به مدد آن اجتهادهای فردی فقها از قطعیت و قابلیت پیش‌بینی نسبی برخوردار شود. اما این اصول بنیادین لزوماً همیشه در متون فقهی به صراحت ذکر نشده‌اند؛ بلکه غالباً باید آنها را به صورت پراکنده در آثار فقهایی که از آن برای صدور حکم استفاده کرده‌اند جستجو کرد.

در برخی موارد مبنای وضع یک حق، برداشتی است که فقیه از ذات و فطرت یک فرد دارد. در موارد دیگر، مبنای یک حق یا تکلیف، تصورات و برداشتهای است که فقیه درباره تعهدات یک فرد نسبت به جامعه‌اش دارد. و در بعضی موارد مبنای یک حق مربوط می‌شود به اینکه برداشت ما از خیر و صلاح چیست و چگونه بین نیازهای فردی از یک سو، و تعهداتمان به جامعه از سوی دیگر

تعادل برقرار می‌کنیم. همانطور که در ادامه بحث خواهیم دید، فقهای سنتی بر طبق برداشت‌های خود از فرد و نیز مفهوم منفعت اجتماعی سعی کرده‌اند مبنایی را برای کشف حقوق و تکالیف پایه ریزی کنند. تلاش آنها در این زمینه نشان می‌دهد که تا چه حد برایشان قابل پیش‌بینی بودن احکام و قوانین مهم بوده است.

معادل واژه "Right" در عربی "حق" است. لغت‌شناسان عربی در قدیم تعریف پیچیده‌ای از این واژه ارائه دادند. از یک طرف ممکن است این واژه به معنای قطعیت یک امر باشد. در این صورت، "حق" متضاد واژه "باطل" است.^{۱۰۱} و از طرف دیگر وقتی واژه حق در عربی با "ال" همراه می‌شود به معنی حقیقت است و نامی از نامهای خداوند می‌باشد.^{۱۰۲} معانی دیگر "حق" عبارتند از "مال"، "عدالت"، و آنچه که به سبب عقل و احتیاط ممکن است موجود باشد.^{۱۰۳} اما بیش‌ترین کاربرد این واژه در زبان عربی به این شکل است که حق «چیزی است که فرد مکلف به انجام آن می‌باشد».^{۱۰۴} به عبارت دیگر وقتی شخصی می‌گوید "حق بر تو است که فلان کار را انجام دهی"، یعنی تو مکلف به انجام آن هستی.^{۱۰۵}

بنابراین بدون تردید، واژه حق در اینجا به یک وظیفه اشاره دارد. اما سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که با انجام این تکلیف منافع چه شخصی تامین می‌شود؟ وقتی می‌گوییم این فرد مکلف است کاری را انجام دهد، آن را برای چه شخصی باید به جا آورد؟ پاسخ این است که گاه ذینفع آن عمل یک شخص است و گاه کل جامعه. وقتی ذینفع آن یک فرد باشد، میتوان واژه انگلیسی Right را به جای واژه حق به کار برد. وقتی در عبارت "حق العباد" واژه Right را به جای "حق" به کار می‌بریم در واقع می‌خواهیم مجموعه حقوقی را که تک تک افراد به عنوان عضوی از جامعه دارند در دل این واژه جای بدهیم. این منفعت هرچه که باشد، اعم از حق آزادی یا حق مالکیت، واژه حق هم‌زمان هم به تکلیف یک فرد اشاره می‌کند و هم به ادعایی که ذینفع آن تکلیف می‌تواند بر علیه شخص مکلف داشته باشد.^{۱۰۶}

۱۰۱. ابن منظور، پاورقی شماره ۴۹، ج ۱۰، صص ۴۹-۵۰ و ۵۲. ابو فیض محمد مرتضی الحسین الزبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳، ص ۸۰، (دارالفکر ۱۹۹۴)، ای.و.لین، فرهنگ عربی-انگلیسی، ج ۱، ص ۶۰۷ (انتشارات ایزلامیک تکست سوسایتی، ۱۹۸۴)

۱۰۲. ابن منظور، پاورقی شماره ۴۹، ج ۱۰، ص ۵۰، مرتضی الزبیدی، پاورقی شماره ۱۰۲، ج ۱۳، ص ۷۹

۱۰۳. مرتضی الزبیدی، پاورقی شماره ۱۰۱، ج ۱۳، صص ۷۹-۸۰

۱۰۴. ابن منظور، پاورقی شماره ۴۹، ج ۱۰، ص ۵۱، مرتضی الزبیدی، پاورقی شماره ۱۰۱، ج ۱۳، ص ۸۱، لین، پاورقی شماره ۱۰۱، ج ۱، ص ۶۰۵

۱۰۵. مرتضی الزبیدی، پاورقی شماره ۱۰۱، ج ۱۳، صص ۸۱-۸۲

۱۰۶. برای مطالعه درباره انواع ادعاهایی که مشمول عبارت Right^۱ ممکن است بشوند رجوع کنید به وزلی نیوکامب هوفلد، مفاهیم بنیادین حقوقی در استدلال‌های

اما در عبارت "حق الله"، استفاده از واژه Right به جای "حق"، و ترجمه عبارت به صورت Right of God درست به نظر نمی‌رسد. حق الله با حق العباد که می‌تواند موضوع دعوا و شکایت قرار گیرد فرق دارد. همانطور که در ادامه خواهیم گفت، حکومت وظیفه دارد که به نمایندگی از سوی سایر افراد جامعه منافع اجتماعی را تامین و محافظت نماید. قدرت مطلقه حکومت این وظیفه و در عین حال این توانایی را به آن می‌دهد که برای تامین منافع عمومی از قوای قضایی و قهری بهره‌برد. به نظر می‌رسد منظور از عبارت "حق الله"، منافع و رفاه اجتماعی باشد. لذا استفاده از واژه Right به جای "حق" در عبارت "حق الله" ترجمه درستی نیست. لذا، از آنجایی که فقها هم غالباً از عبارت "حق الله" به منافع عمومی که اجرای آن در دست حکومت است یاد کرده‌اند، من (نویسنده) نیز این عبارت را به همین معنا به کار می‌گیرم. سوالی که در ابتدای این بحث مطرح کردیم راجع به اینکه با اجرای حق منافع چه شخصی را تامین می‌کنیم، در اینجا کاربرد دارد. فقها با توجه به پاسخی که به این سوال داده می‌شود (یعنی بر حسب اینکه ذینفع یک حق، فرد است یا جامعه) اختیارات اجتهادی خود را به کار می‌گیرند، تا با مقایسه منافع فرد و جامعه و سنجیدن کفه سنگین ترازو، بتوانند قوانین و احکام را کشف کنند و به این ترتیب حقوق و تکالیف را در سطح جامعه توزیع نمایند.

بررسی یک پرونده: داد خواهی علیه جرم قذف

یکی از مواردی که در فقه سنتی درباره‌اش بسیار بحث شده و به خوبی تقابل منافع فرد و جامعه را به تصویر می‌کشد مسأله قذف یا همان اتهام ناروای زنا و زناي محصنه است. در قرآن برای برخی مجازات‌های خاصی تصریح شده‌اند که به آنها حدود (جمع حد) گفته می‌شود. قذف هم یکی از این جرایم است. در این خصوص قرآن می‌فرماید:

«و کسانی که نسبت زنا به زنان شوهردار می‌دهند سپس چهار گواه نمی‌آورند هشتاد تازیانه به آنان بزنید و هیچگاه شهادتی از آنها نپذیرید و اینانند که خود فاسقند. مگر کسانی که بعد از آن [بپشیمان] توبه کرده و به صلاح آمده باشند که خدا البته آمرزنده مهربان است.»^{۱۰۷}

در فقه سنتی این بحث مطرح است که آیا مجازات حد برای جرم قذف حق الله است یا

قضایی (ویراستار والتر ویلر کوک، انتشارات دانشگاه ییل، ۱۹۶۴) (چاپ نخستین ۱۹۱۹) و برای مطالعه درباره نوع‌شناسی حق، مراجعه کنید به جان فینیس، حقوق و قوانین طبعی، صص ۱۹۹-۲۰۵، انتشارات کلارندون (۱۹۹۳) (چاپ نخستین ۱۹۸۰)

۱۰۷. آیه ۴ و ۵ سورة ۲۴ قرآن

حق الناس؟ همانطور که پیشتر گفته شد مجازات قذف ۸۰ ضربه شلاق است. سوال اینجا است که در اجرای مجازات این جرم ذی نفع چه کسی است: خداوند یا قربانی؟ فرد یا اجتماع؟ در پاسخ به این سوال بحث‌های زیادی مطرح شده است که در آن به شرایط داد خواهی و حقوق قربانی در طول روند رسیدگی به دعوا هم پرداخته اند. مراد از همه این بحث‌ها در نهایت این است که بفهمیم ذینفع مجازات جرم قذف چه کسی است و با اجرای مجازات در پی کسب چه مصلحت و منفعتی هستیم. در واقع فقها سعی می کردند از طریق بررسی منافع فردی و اجتماعی به مبنایی دست یابند که بر اساس آن به تعیین و توزیع حقوق و تکالیف در جامعه پردازند. به این ترتیب علی‌رغم استفاده از اختیارات اجتهادی، احکام و قوانین صادره از قابلیت پیش‌بینی و قطعیت نیز برخوردار خواهد بود.

بیشترین بحث پیرامون این سوال بود که از اجرای مجازات قذف چه خیر و مصلحتی به دست می‌آید؟ از یکسو اجرای حکم باعث انذار عمومی میشود (منفعت اجتماعی)، و از سوی دیگر به نوعی تلافی و جبران ضربه‌ای است که مجرم به شخصیت قربانی وارد کرده (منفعت فردی) هرچه از نظر یک فقیه کفه ترازو بیش‌تر به سمت جنبه بازدارندگی مجازات متمایل باشد، بیش‌تر احتمال دارد که مجازات قذف را حق الله بداند. اصولاً یکی از وجوه مشترک جرایمی که مشمول حدود الهی می‌باشند این است که جنبه تحذیری آنها بسیار بالا است.^{۱۰۸}

به این ترتیب به لحاظ ویژگی تحذیری و بازدارندگی، مجازات قذف جنبه عمومی دارد و حق الله محسوب می‌شود. به عنوان مثال، فقیه حنفی (۸۶۶ هـ / ۱۴۵۱) معتقد است که اگر از دید منفعت عمومی و به اصطلاح خودِ او "حق الشرع"، نگاه کنیم، مجازات قذف برای رها شدن از شر و ریشه کن کردن فساد است. در این صورت باید گفت که حق الله است و اجرای آن به هیچ شخص خاصی مربوط نمی‌شود، بلکه از جمله مصالح و حقوق اجتماعی محسوب می‌گردد.^{۱۰۹} اجرای این

۱۰۸. ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة (حنبل، وفات ۱۲۲۳/۶۲۰)، المغنی، ج ۸، ص ۲۹۹ (دار احیاء التراث العربی)، منصور بن یونس البهوتی (حنبل، وفات ۱۰۵۱/۱۶۴۱)، کشف القناع عن متن الاقناع، ج ۶، ص ۱۰۹، (ویراستار ابو عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعیل الشافعی، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)، تقی الدین ابن تیمیة (حنبل، وفات ۱۳۲۸/۷۲۸)، السیاسة الشریعة فی اصلاح الراعی والرعیة، ص ۹۰ (انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۸۸)، المرغینانی (حنفی، وفات ۱۱۹۷/۵۹۳) پاورقی شماره ۴۳ ج ۱ و ۲، صص ۳۸۱ و ۴۰۲، زین الدین بن ابراهیم بن محمد ابن نجم (حنفی، وفات ۱۵۶۳/۹۷۰) الشرح البحر الرائق، ج ۵، ص ۴، (ویراستار زکریا عمیرات، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)، محمود بن احمد بن موسی بن احمد بن الحین بدرالدین العینی (حنفی، وفات ۱۴۵۱/۸۵۵) البناء شرح الهدایة، ج ۶، ص ۳۷۱ (امین صالح شعبان، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۹)، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب الماوردی (شافعی، وفات ۱۰۵۸/۴۵۰) الحاوی الکبیر، ج ۱۳، ص ۳۶۷ (علی محمد معوض و عادل احمد عبدالموجود، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۴)

۱۰۹. بدرالدین العینی، پاورقی شماره ۱۰۸. برای دیدن نظر موافق با کسانی که اجرای حق الله را برای برچیدن فساد از جامعه لازم میدانند رجوع کنید به ابن نجم (حنفی)، پاورقی شماره ۱۰۸، محمد بن عبدالله بن علی الخوراشی (الخرشی) (مالکی، وفات، ۱۶۹۰/۸۱۰)، حاشیة الخرشی علی مختصر خلیل، ج ۸، ص ۳۲۹.

مجازات موجب ترساندن و بازداشتن مردم از ارتکاب عمل ناپسند می‌گردد و در نهایت به افزایش رفاه اجتماعی می‌انجامد.

از طرفی دیگر، حق الناس به منافع فردی مربوط می‌شود. یکی از مسایلی که در قذف مطرح است آبرو و شأن و منزلت قربانی است.^{۱۱۰} و هرچه که یک فقیه به این جنبه از جرم اهمیت بیشتری بدهد بیش‌تر احتمال دارد که قذف را حق العباد یا همان حق الناس بداند. الماوردی، قاضی و فقیه شافعی (۱۰۵۸/۴۵۰) معتقد بود که آبرو و شأن و منزلت جزئی جدایی ناپذیر از وجود هر انسان است، درست مثل سلامتی و مال. به گفته او: «وقتی به جسم یا اموال شخص [صدمه وارد می‌شود] برای وی یک حق شخصی ایجاد می‌گردد، همین طور است وقتی که به آبرو و شخصیت یک فرد صدمه وارد می‌شود.»^{۱۱۱} بنابراین، اینکه آیا مجازات این جرم حق الله است یا حق الناس بستگی به این دارد که هدف اصلی از اجرای مجازات را چه بدانیم. یعنی به این سوال بازمی‌گردیم که با اجرای مجازات قذف در اصل از حقوق چه کسی دفاع می‌کنیم؟ حقوق قربانی یا حق جامعه؟

پاسخ به این سوال و بحث‌های پیرامون آن آثار مهمی بر نحوه دادخواهی و اقامه دعوا دارد. حق خواهان برای اقامه دعوا، برای تعقیب قضایی و در نهایت حق گذشت از جرم، همگی بستگی به این دارد که این مجازات را حق الناس بدانیم یا حق الله. اگر به این نظر متمایل باشیم که حق الله است، آنگاه حقوق و اختیارات فرد قربانی در طول فرایند دادخواهی کم‌تر خواهد بود، و در عوض دولت نقش پررنگ‌تر و موثرتری در پیگیری جرم به نفع اجتماع دارد. و برعکس، اگر مجازات را حق الناس بدانیم، فرد قربانی اختیارات بیش‌تری در پیگیری دعوا علیه مجرم دارد. فقهای هر چهار فرقه مکتب سنی این سوالات را در خصوص فرایند دادخواهی مطرح کرده و سعی کرده‌اند بین منافع فرد و اجتماع تعادل برقرار کنند. به عنوان مثال آیا لازم است که حتماً قربانی علیه مجرم اعلام جرم نماید؟ فرض کنید شخص (ب) به شخص (الف) اتهام ناروای زنا می‌زند و مرتکب جرم قذف

(زکریا عمیرات، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷)، المرغینانی، پاورقی شماره ۴۳، ج ۱، ص ۲۰۲، صالح عبدالسمیع آبی الازهري، جواهر الاکلیل، ج ۲، ص ۴۳۷ (محمد عبدالعزيز الخالدی، انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۷). السنون، فقیه مالکی، (وفات ۸۵۴/۲۴۰) معتقد بود که اگر یک کافر ذمی مرتکب دزدی شود، باید مجازات قرآنی بر او اعمال شود و دستش قطع گردد، زیرا این جرم موجب فساد فی الارض است. در واقع السنون در این حکم مصلحت عمومی ای که مبنای حکم قرآن بوده است را در نظر گرفته. سنون بن سعید التنوخی (وفات ۸۵۴/۲۴۰)، المدونة الکبری، ج ۶، ص ۲۷۰ (دار صادر، تاریخ نامعلوم) ۱۱۰. بدرالدین العینی، پاورقی شماره ۱۰۸، الماوردی، پاورقی شماره ۱۰۸، ج ۱۱، ص ۱۰، ابو عبدالله بن احمد بن القرطبی، الجامع الاحکام القرآن، ج ۱۲، ص ۱۱۶ (انتشارات دارالکتب العلمیة ۱۹۹۳)، المرغینانی، پاورقی شماره ۴۳، ج ۲، ص ۴۰۲، ۴۰۰. در واقع، فقیه مالکی، ابوبکر بن العربی (۱۱۴۸/۵۴۳)، معتقد است که حیثیت و آبروی انسان از آن چنان ارزش و اهمیتی برای خداوند بر خوردار است که قریب به یک سوم ممنوعیت‌های الهی در جهت حفظ این ارزش هستند. ابوبکر بن العربی، کتاب القیس، ج ۳، ص ۱۰۱۸ (ویراستار محمد عبدالله ولد کریم، دار الغرب الاسلامی ۱۹۹۲).

۱۱۱. الماوردی، پاورقی شماره ۱۰۸، ج ۱۱، ص ۱۰.

می‌شود. الف هرگز تقاضای جبران خسارت نمی‌کند. اما دو فرد دیگر (ج و د) شاهد وقوع جرم بوده‌اند. حال، آیا بدون شکایت الف، دولت می‌تواند با استناد به شهادت ج و د رسیدگی قضایی علیه ب را شروع کند؟

فرض کنید که قذف حق الله باشد و الف هم مکلف باشد که در این وضعیت علیه ب شکایت کند. اگر الف از شکایت خود داری کند آیا به این معنی است که الف حق الله را زیر پا گذاشته و نادیده گرفته است؟ و اگر حق الله است، آیا دادن اختیار شکایت به الف، به وی این قدرت را می‌دهد که با عدم شکایت از مجرم، مصالح اجتماعی را مورد تهدید قرار دهد؟ و اگر حق الناس است، آیا دولت هم حق دارد به جای الف علیه ب اقامه دعوا نماید؟ اگر الف ترجیح دهد که برای حفظ آبروی خود از اقامه دعوا خود داری کند تا مبادا منجر به هتک حرمت بیش‌تر شود، آیا باید برای او این حق را قائل شویم؟ بدیهی است که اگر حق الناس باشد قاعدتاً الف باید این حق انتخاب را داشته باشد. برای اینکه بیش‌تر روشن شود چگونه میان منافع مختلفی که در این موضوع دخیل هستند باید تعادل برقرار کنیم، در ادامه بیش‌تر روی مسأله اقامه دعوی قذف تمرکز خواهیم کرد.

در میان فرقه‌های مختلف سنی، شافعی‌ها بیش‌تر متمایل به این بودند که مجازات قذف را حق الناس بدانند.^{۱۱۲} به همین دلیل است که از نظر آنها پیش از آنکه دولت بتواند وارد دعوا شود، دعوا باید توسط خود قربانی اقامه گردد. یعنی اگر قربانی اعلام جرم نکند، به صرف وجود شاهدانی که بر وقوع آن شهادت می‌دهند، دولت نمی‌تواند علیه مجرم اقامه دعوا کند. بدون درخواست قربانی، دولت حق اجرای مجازات را ندارد. به عقیده الماوردی (۱۰۵۸/۴۵۰) وجود این شرط، تأکید بر این امر است که مجازات قذف بیش‌تر حق الناس است تا حق الله. اگر حق الله بود، شرط اقامه دعوا توسط قربانی نیز وجود نداشت.^{۱۱۳} فقهای شافعی دیگری مثل یحیی بن شرف النووی (۱۲۷۷/۶۷۶) معتقد بودند که مجازات قذف بیش‌تر جنبه خصوصی دارد، اما در عین حال النووی این را قبول داشت که دلایلی هم مبنی بر حق الله بودن این مجازات وجود دارد. به عنوان مثال، مجازات قذف برای یک فرد آزاد (یعنی فردی که برده نیست) ۸۰ ضربه شلاق است، ولی اگر مجرم برده باشد مجازات او ۴۰ ضربه است. به عقیده النووی، از نظر قربانی هیچ فرقی نمی‌کند که مجرم

۱۱۲. ابوبکر ابن العربی، پاورقی شماره ۱۱۰، ۱۰۱۹:۳؛ ابوبکر محمد بن احمد القفال الشافعی، حلیه العلماء فی معرفه مذاهب الفقهاء، ج ۸، ص ۴۰ (یاسین احمد ابراهیم درادکه، انتشارات مکتب الرساله الحدیث ۱۹۸۸)

۱۱۳. الماوردی، پاورقی شماره ۱۰۸، ج ۱۱، ص ۱۰

برده است یا آزاد؛ بلکه آنچه برای او مهم است این است که در هر حال مورد هتک حرمت قرار گرفته. بنابراین، اینکه خداوند مجازات قذف را برای برده به نصف کاهش داده است نشان می‌دهد که حقی برای خدا در این مجازات وجود دارد. یعنی این مجازات صرفاً جنبه خصوصی ندارد، بلکه در آن جنبه‌های عمومی هم هست. اما با وجود اینکه النوری مجازات را واجد هر دو جنبه خصوصی و عمومی میدانند، جنبه خصوصی آن را برتر دانسته و لذا معتقد است شروع تعقیب قضایی باید با اقامه دعوی قربانی باشد و قربانی حق بخشش مجرم را دارد.^{۱۱۴}

فقه‌های حنبلی هم با شافعی‌ها هم نظر بودند. ابو اسحاق بن مفلح (۱۴۰۱/۸۰۴)، فقیه حنبلی، معتقد است که نظر اظهر و اشهر در بین مکاتب فقهی این است که این مجازات بیش‌تر جنبه خصوصی دارد زیرا اجرای مجازات با بخشش قربانی متوقف میشود.^{۱۱۵} ابن قدامة (۱۲۲۳/۶۲۰) و ابوالحسن مرداوی (۱۴۸۰/۸۵۵) هر دو معتقدند که این مجازات جنبه خصوصی دارد و با اقامه دعوا از سوی شاکی خصوصی قابل پیگیری است.^{۱۱۶} به گفته منصور بن یونس البهوتی (۱۴۸۰/۱۰۵۱) نیز برای اجرای مجازات لازم است که قربانی اقامه دعوا کرده باشد. دعوا باید به صدور حکم منتهی شود و قربانی حق خود برای رسیدگی را اعراض نکرده باشد.^{۱۱۷} البته جرم قذف با زنا فرق دارد. ابن قداما برای رسیدگی به جرم زنا و زنا محصنه نیازی به شکایت شاکی خصوصی نمی‌بیند چراکه مجازات آن کاملاً حق الله محسوب می‌شود. به عبارت دیگر دولت میتواند رأساً علیه متهم این جرم اقامه دعوا کند. مجازات جرم زنا جنبه خصوصی ندارد و تماماً حق الله است.^{۱۱۸}

قابل ذکر است که به گفته علی بن علی الشبراملسی (۱۶۷۶/۱۰۸۶) مردی که همسرش مرتکب

۱۱۴. یحی بن شرف النوری، روضه الطالبین و عمده المفتین، ج ۱۰، صص ۱۰۶-۱۰۷ (چاپ سوم، المکتب الاسلامی ۱۹۹۱). برای دیدن نظر سایر فقه‌های شافعی که معتقدند مجازات قذف حق الناس است و نسلز به اقامه دعوا از سوی قربانی دارد رجوع کنید به: ابو اسحاق ابراهیم بن علی بن یوسف الشیرازی (وفات ۱۰۸۳/۴۷۶)، المذهب فی فقه الامام الشافعی، ج ۳، ص ۳۴۹ (ذکریا العمیرات، دارالکتب العلمیه ۱۹۹۵)، فخرالدین الرازی، (وفات ۱۲۰۹/۶۲۰)، التفسیر الکبیر، ج ۸، ص ۳۲۷ (چاپ سوم، دار الاحیاء التراث العربی ۱۹۹۹). به گفته ابن رشد الحافظ، فقیه مالکی (وفات ۱۱۹۸/۵۹۵)، از نظر شافعی‌ها حتی اگر قربانی از متهم شکایت کند و رسیدگی شروع شود، حق دارد که سپس دعوا را پس بگیرد و رسیدگی را متوقف کند. ابوالولید محمد بن احمد محمد بن احمد ابن رشد الحافظ، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، ج ۲، صص ۶۴۸-۶۴۷، (علی محمد معوض و علی احمد عبدالموجود، دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷)

۱۱۵. ابو اسحاق ابراهیم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح، المبدع فی شرح المقنع، ج ۹، ص ۸۴ (المکتب الاسلامی ۱۹۷۹)

۱۱۶. ابو محمد عبدالله بن محمد بن محمد ابن قدامة، المغنی، ج ۸، ص ۲۱۷، (دارالاحیاء التراث العربی)؛ ابوالحسن علی بن سلیمان بن احمد المرادوی، الإنصاف فی معرفة الرائج من الخلاف علی مذهب الامام أحمد بن حنبل، ج ۱۰، ص ۱۸۵ (ابو عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعیل الشافعی، دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷)

۱۱۷. منصور بن یونس البهوتی، کشف الغطاء، ج ۶، ص ۱۳۴ (دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷). جالب است که به گفته ابوعبدالله ابن مفلح (وفات ۱۳۶۲/۷۶۳) حتی کسانی که این مجازات را حق الله میدانند شرط میکنند که شروع رسیدگی به دعوا باید با شکایت قربانی باشد. ابوعبدالله محمد ابن مفلح، الفروع، ج ۶، ص ۹۶، (ابوالزهر حزیم القاضی، دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷). چنانکه در ادامه توضیح خواهیم داد این موضع حنفی‌ها است.

۱۱۸. ابن قدامة، پاورقی شماره ۱۱۶، ج ۸، صص ۲۸۵-۲۸۴

زنای محصنه شده حقی علیه زانی دارد. ولی الشبراملسی توضیح نداده که دقیقاً این شخص چه حقی دارد. در هر حال آنچه که از این مباحث روشن می شود این است که چطور مسأله داد خواهی، سوالات و پیچیدگی های بسیاری درباره مفهوم حق را مطرح می کند.^{۱۱۹} نظر مالکی ها در این باره نشان دهنده اختلاف نظرهای است که پیرامون ماهیت مجازات قذف وجود دارد. عموماً مالکی ها معتقدند که مجازات قذف هر دو جنبه خصوصی و عمومی را دارا می باشد. به عنوان مثال ابوبکر ابن العربی، فقیه مالکی (۱۱۴۸/۵۴۳) قبول دارد که در این خصوص دو نظر وجود دارد و دلیل این دو دستگی هم این است که در واقع جرم قذف هم به حقوق خصوصی تعرض می کند و هم به حقوق جامعه. اما از نظر او جنبه خصوصی جرم غلبه دارد، چراکه اساساً برای شروع رسیدگی به این جرم لازم است که قربانی اقامه دعوا کند، و حکومت تنها زمانی حق اجرای مجازات را دارد که قربانی آن را مطالبه کرده باشد.^{۱۲۰} اما از آنجایی که اصولاً فقهای مالکی در این خصوص موضعی بینابین داشتند، با در نظر گرفتن جنبه عمومی و حق الهی جرم اختیارات شاکی خصوصی را محدود کردند. به این معنی که پس از وقوع جرم و تا پیش از اعلام جرم و اقامه دعوا، جنبه خصوصی جرم غلبه دارد. لذا قربانی حق دارد تصمیم بگیرد که آیا اقامه دعوا نماید یا خیر. اما پس از اقامه دعوا جنبه عمومی جرم غلبه پیدا می کند و لذا شاکی دیگر حق پس گرفتن دعوا را ندارد. و از این پس پیگیری شکایت و اجرای مجازات در اختیار دولت است.^{۱۲۱}

با این حال، مالکی ها سعی کردند تا حدی برای شاکی بعد از اقامه دعوا هم اختیاراتی قائل شوند. در مواردی خاص، اگر بعد از اقامه دعوا، شاکی با علنی شدن دعوا مخالف باشد و ترجیح دهد که این قضیه در خفا باقی بماند، حق دارد حتی بعد از تشکیل جلسه دادرسی دعوی خود را پس بگیرد.^{۱۲۲} این حالت استثنایی زمانی پیش می آید که دعوا از سوی شخصی غیر از قربانی اقامه شده است، مثلاً ۲ فردی که شاهد وقوع قذف بوده اند دعوا را طرح کرده اند.^{۱۲۳} در این صورت، باید گفت مالکی ها اقامه دعوا توسط شخصی غیر از قربانی جرم را ممکن دانسته اند، اما به قربانی این

۱۱۹. علی بن علی الشبراملسی، حاشیه علی نهایی المحتاج، حاشیه ای بر محمد بن علی العباس احمد بن حمزه بن شهاب الدین الرملی الشافعی الصغیر، نهایی المحتاج الی شرح المحتاج (دارالاحیاء التراث العربی ۱۹۹۲)

۱۲۰. ابوبکر محمد بن عبدالله ابن العربی، احکام القرآن، ج ۳، صص ۱۳۳۶-۱۳۳۵ (علی محمد البجاوی، دارالمعارف)

۱۲۱. الفقل، پاورقی شماره ۱۱۲، ابوالولید محمد بن احمد بن رشد (الجد) (وفات ۱۱۲۶/۵۲۰) المقدمات المقدمات، ج ۳، ص ۲۶۶ (محمد حوجی، دار الغرب الاسلامی ۱۹۸۸)؛ ابن رشد الحافظ، پاورقی شماره ۱۱۴، ج ۲، صص ۶۴۸-۶۴۷. الخرش، پاورقی شماره ۱۰۹، ج ۸، ص ۳۰۸

۱۲۲. ابن رشد الجد، پاورقی شماره ۱۲۱

۱۲۳. به گفته الماوردی، فقیه شافعی، انجام این کار را مالکی ها مجاز میدانستند. الماوردی، پاورقی شماره ۱۰۸، ج ۱۱، ص ۹

حق را داده اند که در شرایطی خاص بتواند از ادامه رسیدگی به دعوا جلوگیری کند.^{۱۲۴}

این رویکرد میان جنبه خصوصی و عمومی جرم تعادل ایجاد می‌کند. جنبه عمومی این جرم و آسیب‌های اجتماعی ناشی از آن آنقدر وسیع است که باید به افرادی غیر از قربانی هم اجازه اقامه دعوا داد، حتی اگر خود قربانی حضور نداشته باشد. اما در عین حال این جنبه تا آن حد نیست که حق قربانی برای حفظ حرمت خود و تبعات ناشی از محاکمه علنی را نادیده بگیریم. در بین فقهای حنفی، نظر غالب این است که مجازات قذف جنبه حق الهی دارد.^{۱۲۵} ابوحنیفه (۷۶۷/۱۵۰) بنیانگذار فرقه حنفی نیز همین عقیده را داشت. به نظر او، شروع رسیدگی باید با شکایت قربانی باشد، اما پس از طرح شکایت، قربانی حق بازپس‌گیری دعوا را ندارد، و این همان چیزی است که به جرم جنبه عمومی می‌بخشد.^{۱۲۶} دیگران، مثل الحسن البصری، از فقها و تابعین قدیم (۷۲۸/۱۱۰) معتقد بودند که این جرم کاملاً جنبه عمومی و حق الهی دارد و برای رسیدگی به آن نیازی به طرح دعوا توسط قربانی نیست.^{۱۲۷} از نظر او چون آسیب ناشی از این جرم جنبه عمومی دارد، قربانی جرم تنها کسی نیست که حق شکایت علیه مجرم را دارد. برخی از فقها این نظر را به حنفی‌ها نسبت داده‌اند. مثلاً، به گفته فقیه مالکی، ابن رشد الجد (۱۱۲۶/۵۲۰) حنفی‌ها معتقد بودند اجرای مجازات قذف نباید در اختیار قربانی جرم باشد و دولت باید فارغ از خواسته او مجازات را جاری نماید، حتی اگر دعوا توسط هر فردی از اعضای جامعه غیر از قربانی مطرح شده باشد.^{۱۲۸}

با این وصف مشخص نیست که چطور ابوحنیفه معتقد بود که برای پیگیری قضایی جرم قذف اقامه دعوا باید از سوی قربانی صورت گیرد. گذاشتن این شرط به این معنی است که جرم جنبه خصوصی دارد، نه عمومی، و یا اگر جنبه عمومی دارد سرنوشت آن در دست شاکی خصوصی است. ابوحنیفه از یکسو مجازات این جرم را حق الله می‌داند و از سوی دیگر اقامه دعوا را تنها حق و اختیار قربانی جرم می‌داند. این تعارض در اندیشه او در واقع ناشی از ماهیت دوگانه جرم قذف

۱۲۴. ابن رشد (الجد)، البیان و التخصیص، ج ۱۶، ص ۲۹۰ (احمد الحبی، دارالغرب الاسلامی ۱۹۸۸)

۱۲۵. شمس الدین السرخسی، کتاب المبسوط، ج ۹، ص ۱۰۵ (دارالکتب العلمیة ۱۹۹۲)؛ ابن العربی، پاورقی شماره ۱۱۰، ج ۳، ص ۱۰۱۹؛ القرطبی، پاورقی شماره

۱۱۰، ج ۱۲، ص ۱۱۸

۱۲۶. ابوبکر احمد بن علی الجصاص، احکام القرآن، ج ۳، ص ۳۵۲ (عبدالسلام محمد علی شاهین، دارالکتب العلمیة ۱۹۹۴) همچنین ببینید القفال، پاورقی

شماره ۱۱۲؛ الماوردی، پاورقی شماره ۱۰۸، ج ۱۱، ص ۹

۱۲۷. القفال، پاورقی شماره ۱۱۲، الماوردی، پاورقی شماره ۱۰۸، ج ۱۱، ص ۹

۱۲۸. ابن رشد (الجد)، پاورقی شماره ۱۲۴

است. هرچند از نظر حنفیها آسیب ناشی از این جرم کل جامعه را تهدید می‌کند و دامنه آن فراتر از نقض حقوق خصوصی است، اما در هر حال برای رسیدگی قضایی به این جرم لازم است قربانی آن از متهم شکایت کند. به علاوه، حنفیهای متاخر مثل ابن نجیم (۱۵۶۳/۹۷۰) شرط کرده‌اند که قربانی در زمان اجرای حکم باید حضور داشته باشد.^{۱۲۹} در ابتدا به نظر می‌رسد اینکه مجازات قذف را حق الله بدانیم مغایر باشد با اینکه شرط کنیم دعوای قذف صرفاً باید توسط قربانی مطرح شود، و در زمان اجرای طرح هم قربانی باید حضور داشته باشد. فقیه اندلوسی، ابن حزم (۱۰۶۳/۴۵۶) به این نکته اشاره کرده و به همین دلیل حنفی‌ها را در موضع خود ثابت نمی‌داند، چراکه از نظر او نمیتوان جرمی را حق الله دانست و در عین حال رسیدگی به آن را حق خصوصی قربانی محسوب کرد.^{۱۳۰} الکسانی، فقیه حنفی (۱۱۹۱/۵۸۷) این احتمال را در نظر گرفته بود که ممکن است این نظر حنفی‌ها مور انتقاد قرار گیرد و ناسازگار خوانده شود. به همین دلیل هم تصریح کرد که شرط اقامه دعوا توسط قربانی منافاتی با حق الله بودن مجازات آن ندارد. این شرط صرفاً مربوط به آیین رسیدگی به جرم است و در ماهیت آن که حق الله است تاثیری ندارد.^{۱۳۱}

گفته شده که شاگرد ابوحنیفه، ابو یوسف (۷۹۷/۱۸۲) نظری مخالف استاد خود داشته است. به نظر ابو یوسف مجازات قذف ماهیتی دوگانه دارد و حق مشترک محسوب می‌شود. به همین دلیل است که اقامه دعوای قذف باید تنها توسط قربانی صورت گیرد، و قربانی حق دارد که اصلاً شکایت نکند. اما اگر شکایت کرد، پیگیری آن از حق و اختیار او خارج و در اختیار دولت قرار می‌گیرد.^{۱۳۲} المرغینانی (۱۱۹۷/۵۹۳)، فقیه حنفی دیگری است که او هم معتقد بود مجازات قذف از جمله حقوق مشترک می‌باشد، و بر حسب اینکه هر فردی بیش‌تر به جنبه خصوصی آن اهمیت بدهد یا به جنبه عمومی نظرات مختلفی ارائه خواهد شد. اما به عقیده او جنبه الهی جرم غلبه دارد و به همین دلیل هرچند او هم شرط اقامه دعوا توسط قربانی را مطرح می‌کند اما معتقد است این حق به ارث نمیرسد.^{۱۳۳}

۱۲۹. ابن نجیم، پاورقی شماره ۱۰۸، ج ۵، ص ۶۱

۱۳۰. ابو محمد علی بن احمد بن سعید ابن حزم، المحلی بالاثار، ج ۱۲، ص ۲۵۶، (عبدالغفار سلیمان البندری، دارالکتب العلمیه)

۱۳۱. علاء الدین ابوبکر بن مسعود الکسانی، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۹، ص ۲۴۹ (علی محمد معوض و عادل احمد عبدالموجود، دارالکتب العلمیه ۱۹۹۷)

۱۳۲. القفال، پاورقی شماره ۱۱۲، الماوردی، پاورقی شماره ۱۰۸، ج ۱۱، ص ۹. السرخسی، فقیه حنفی گفته که یکی دیگر از شاگردان ابوحنیفه، به نام محمد بن الحسن الشیبانی (وفات ۸۰۵/۱۸۹) هم نظر مشابه نظر ابویونس داشته است. السرخسی، پاورقی شماره ۱۲۵، ج ۹، ص ۱۰۷

۱۳۳. المرغینانی، پاورقی شماره ۴۳، ج ۲، ص ۴۰۲

در مجموع می توان گفت که بحث فوق بحثی تکنیکی درباره آیین رسیدگی به جرم قذف است. شافعی ها و حنبلی ها اعتقاد داشتند که برای رسیدگی به این جرم لازم است که قربانی طرح دعوا کند. و به نظر اکثریت آنها، این شرط به این معنی است که مجازات قذف جنبه خصوصی دارد. بنابراین مطرح شدن این دعوا بستگی به این دارد که آیا فرد قربانی حق خود را به اجرا بگذارد یا خیر، و به عقیده برخی این هم حق قربانی تلقی میشود و هم وظیفه اش. اگر قربانی دعوایی طرح نکند پرونده ای هم نخواهد بود و مجازاتی هم علیه مجرم اجرا نخواهد شد. در مجموع، این نظر آن دسته از فقهای است که برای جرم قذف جنبه خصوصی قائل بودند. این جرم تخلفی است که بر عیله یک فرد انجام گرفته، چراکه آبرو و حیثیت یک فرد امری کاملاً شخصی و خصوصی می باشد. از طرف دیگر، فقهای مالکی سعی کردند در تعیین آیین دادرسی میان جنبه خصوصی و عمومی جرم تعادل ایجاد کنند. اول اینکه اجازه دادند شخصی غیر از قربانی هم بتواند علیه مجرم اقامه دعوا کند. دوم، چنین اظهار کردند که قبل از طرح دعوا جنبه خصوصی دارد، اما بعد از اقامه دعوا و دخالت دولت در رسیدگی، دعوا جنبه عمومی پیدا می کند. دیگر آنکه، مساله فقط حق شخصی و خصوصی قربانی نیست، بلکه منافع جامعه در حفاظت از آبروی یک انسان مطرح است. اما زمانی که دعوا توسط شخصی غیر از قربانی مطرح شده، وی حق دارد که از ادامه رسیدگی جلوگیری کند. بنابراین مالکی ها این را هم در نظر داشتند که هر چند جرم قذف تبعات اجتماعی وسیعی دارد، در هر حال به هتک حرمت و شخصیت یک فرد منجر شده و جنبه خصوصی هم دارد.

جنبه عمومی جرم و نفع جامعه در حفاظت از حرمت و حیثیت یک فرد بیش تر مورد توجه حنفی ها قرار گرفت که معتقد بودند این جرم بیش تر جنبه عمومی دارد و مجازات آن حق الله است. از نظر آنها ارزش هایی که با انجام این جرم پایمال می شود ارزش هایی اجتماعی هستند. لذا، هر چند این جرم نسبت به یک نفر صورت گرفته، حق دادخواهی نسبت به ارزش هایی که پایمال شده است تنها به قربانی تعلق ندارد، بلکه به متعلق کل جامعه و حکومت (به نمایندگی از سوی جامعه) است. به همین دلیل، هر چند حنفی ها طرح شکایت توسط قربانی را شرط استماع دعوا می دانستند، این را هم بیان کردند که این شرط صرفاً مربوط به آیین دادرسی و امور شکلی دعوا می باشد، نه ماهیت آن که حق الله است.

باید توجه داشته باشیم که این مباحثات میان فقها فراتر از یک اختلاف نظر ساده درباره آیین دادرسی است. در واقع آنها در تلاش خود برای تشریح و توصیف مفهوم حیثیت، از «اختیارات»

خود برای تفسیر و وضع احکام استفاده می‌کردند. قذف در بین سایر جرایم از موقعیت ویژه‌ای برخوردار است زیرا قرآن به طور خاص این جرم را تعریف کرده و مجازات آن را هم کاملاً روشن و صریح بیان کرده است. شاید به همین دلیل است که فقها هم گمان کرده اند این جرم از نظر خداوند جرمی خاص است، و در نتیجه به جنبه حق الهی آن اهمیت ویژه‌ای داده‌اند. چالش پیش روی فقها این بود که توجه خاص خداوند به این جرم را نمی‌توانستند اتفاقی تلقی کنند. اما در عین حال هیچ تصریحی هم در قرآن وجود ندارد که جنبه عمومی جرم را برتر دانسته باشد. لذا فقها مجبورند برای مقایسه جنبه عمومی و خصوصی جرم و تعدیل این دو از اختیارات خود استفاده نمایند.

فقها با تفکیک حق الناس و حق الله در واقع سعی داشتند نوعی هماهنگی در اعمال اختیارات اجتهدی خود ایجاد کنند. اختلاف فقها در این باره هم صرفاً اختلاف در تفسیر نص الهی نبود. حتی در بحث‌های آنها پیرامون آیین رسیدگی به دعوای قذف، اصلاً اشاره‌ای به نص الهی نشده است، و صرفاً بیان برداشت شخصی آنها از فرد، اجتماع و ارتباط میان این دو است.

نتیجه‌گیری

در تاریخ فقه اسلامی غلبه با اندیشه‌های اثبات‌گرایانه است که بیش از هر چیز به نص الهی و شرع مقدس پایبند هستند؛ هرچند که، گاه در میان فقهای سنتی نیز می‌بینیم که سعی کرده‌اند تا حدی به روش‌های خشک و قدیمی خود قابلیت انعطاف بیش‌تری بدهند.^{۱۳۴} اینکه آیا فقیه مختار است فراتر از متن الهی و شرع مقدس برود و در اجتهاد از اماره‌های که مبتنی بر نص نیستند استفاده کند یا خیر، از بحث‌های مهمی است که مورد توجه فقهای سنتی و مدرن بوده و هست. در این مقاله تمرکز من بر روی حقوق و قوانین طبیعی و نقش آن در اسلام بود و نشان دادم که چطور فقهای سنتی وقت بسیاری را صرف بحث درباره نقش منابع غیر منصوص مثل طبیعت و عقل در امر اجتهاد کردند. معتزلیونی مثل الجصاص معتقد بودند زمانی که نص الهی درباره موضوعی سکوت کرده عقل قادر است حکم واقعی الهی را کشف کند، و برای توجیه این نظر دیدیم که الجصاص نوعی غایت‌شناسی طبیعی را با خواست و اراده الهی پیوند داد، تا بتواند کشف قوانین الهی را توسط عقل

۱۳۴. برای مطالعه نظرات موافق اثبات‌گرایی در فقه اسلامی رجوع کنید به (به عنوان مثال): ژوزف ساجت، مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی (انتشارات دانشگاه اسکسford ۱۹۹۷) (چاپ نخستین ۱۹۶۴)؛ ان.ج. کولسون، تاریخ قانون اسلامی (انتشارات دانشگاه ایدنبرگ، ۱۹۹۷) (چاپ نخستین ۱۹۶۴)؛ برنارد ج. ویس، روح حاکم بر قانون اسلامی (انتشارات یو.ج.ا. ۱۹۸۸). برای مطالعه نظر کسانی که سعی می‌کنند امکانات سیستم حقوقی اسلام و اختیارات و نقاط انعطاف پذیر آن را بیابند رجوع کنید به: وائل ب. حلاک، مرجعیت، تداوم و تغییر در قانون اسلامی (انتشارات دانشگاه کمبریج ۲۰۰۱)؛ یاسین داتن، خواستگاه فقه اسلامی: قرآن، موطأ و سیره اهل مدینه (انتشارات کورزن ۱۹۹۹)

توجیه نماید.

اما اثبات گرایان چنین نقشی را برای طبیعت قائل نبودند. تکیه اصلی اثبات گرایان بر منابع الهی بود و معتقد بودند که تنها منبع کشف حکم واقعی الهی نصّ الهی است. لذا، در صورت سکوت نصّ، حالت «توقف» پیش می‌آید. در این حالت فقها معتقدند که هر چند انسان با تحلیل عقلی خوب و بد می‌تواند تصمیم های اخلاقی بگیرد، اما این تصمیمات لزوماً مهر و تایید الهی را ندارند. اما همانطور که در توضیح عقاید غزالی در باب «مصلحت» دیدیم، حتی اثبات گرایان هم تا حدی به طبیعت‌گرایی نزدیک شدند تا بتوانند استفاده از اختیارات اجتهادی در زمان سکوت نصّ را توجیه کنند. ولی این طبیعت گرایی بسیار خفیف تر از آنچه معتزله به آن اعتقاد داشتند بود، چراکه مخالف اعتبار مستقلى بودند که معتزله برای عقل قائل می‌شد. در عوض، اثبات گرایانی مثل غزالی ترجیح می‌دادند که برای توجیه اختیارات اجتهادی به استدلالی روی بیاورند که قدرت تامّه خداوند را زیر سوال نبرد.

طبیعت‌گرایی ای که غزالی به آن توسل بسته هم بر پایه نصّ الهی استوار شده و هم اصل رحمت و فضل خداوند. نصّ الهی تایید می‌کند که طبیعت بازتاب دهنده و در بر گیرنده احکام الهی است و لذا می‌تواند به ما در کشف احکام کمک کند، و این امر به سبب رحمت و فضل خداوند میسر شده است. در این رویکرد قدرت تامّه خداوند به رسمیت شناخته شده، به این معنی که به نظر غزالی، طبیعت قطعاً به نحوی آفریده شده که موجب سود رسانی به انسان باشد، اما این امر به دلیل رحمت و فضل خداوند بر بندگان است، و در عین حال به دلیل قدرت تامّه ای که دارد می‌تواند هر زمان بخواهد نظرش را تغییر دهد. اما در دیدگاه الجصاص طبیعت منبع سود رسانی به انسان است زیرا خداوند فقط بر اساس خیر و صلاح بندگان عمل می‌کند، یعنی در این دیدگاه به نوعی برای خداوند تکلیف قائل می‌شوند. در حالی که در دیدگاه غزالی خداوند اختیار تام دارد که به خیر و صلاح انسان عمل نماید یا خیر، و فقط از روی رحمت و لطفش است که به خیر و صلاح انسان عمل کرده.

به این ترتیب بحث اختیارات اجتهادی فقیه، ریشه در اصول فقه دارد و فقط یک بحث تنویریک نیست، بلکه در عمل در زمان سکوت نصّ، برای درک و تشخیص قوانین الهی بسیار کاربرد دارد. فقهای سنتی با مطرح کردن بحث حق الناس و حق الله و بررسی مفهوم فرد و اجتماع و ارتباط میان

این دو، که همگی منابع غیر منصوص محسوب میشوند، در واقع از اختیارات خود برای تصمیم گیری و وضع حکم استفاده کرده اند، به نحوی که تصمیماتشان از قطعیت و قابلیت پیش بینی نسبی نیز برخوردار باشد.

بحث های مطرح شده درباره طبیعت گرایی و اختیارات اجتهادی فقها با مسایلی که امروزه در حقوق اسلامی مطرح می شود نیز در ارتباط است. برای روشن شدن این ارتباط یک مثال می زنیم. این روزها در اخبار گفته شده که ممکن است در ایالت آنتاریو در کانادا، یک هیات داوری شرعی تشکیل شود که به اختلافات مسلمانان در امور مربوط به ازدواج و طلاق و ارث رسیدگی نماید. در این گزارش آمده که به گفته ماریون بوید این هیات بر طبق اصول اسلامی به پرونده رسیدگی و حکم صادر خواهد کرد.^{۱۳۵} اما اینکه این اصول چه اصولی هستند کاملاً مبهم است. آیا منظور اصولی است که صرفاً تکرار فقه سنتی و تاریخی می باشند یا فقط آن اصولی که فقهای سنتی در موردشان اجماع دارند؟ آیا منظور قواعد فقهی ای است که برای تفسیر و تجزیه و تحلیل متون فقهی مبهم به کار می رود یا قواعدی که برای رفع تعارض میان اماره های مختلف استفاده می شود؟ در هر حال، این عبارت مبهم و حتی می توان گفت که بی معناست.

مثالی از قانون طلاق در فقه سنتی به خوبی نشان خواهد داد که چطور این عبارت مبهم، در عمل هیات داوری را با چالشهای فراوان روبرو خواهد کرد. در فقه سنتی در باب قانون طلاق، مرد حق داشت به صورت یک طرفه و بدون هیچ قید و شرطی و حتی بدون نیاز به رجوع به دادگاه همسرش را طلاق دهد. درحالی که اگر زن خواستار طلاق بود باید این درخواست را از طریق دادگاه پیگیری میکرد. اگر زن برای طلاق دلیلی هم داشت (مثل عدم پرداخت نفقه، سوء استفاده، ناتوانی جنسی)، در این صورت حقوق مالی او محفوظ می بود. اما اگر هیچ دلیل موجهی مبنی بر تقصیر همسرش نداشت، باید درخواست طلاق خلع می کرد، یعنی باید همه حقوق مالی خود را می بخشید تا بتواند از قید زناشویی رها شود.^{۱۳۶} تفاوت بین حق زن و مرد در امر طلاق در واقع

۱۳۵. رجوع کنید به: مارون بوید، حل اختلاف در دعای خانوادگی: امکان انتخاب و بالا بردن سطح درک و پذیرش متقابل، بخش اول: مقدمه و ساختار (قابل دسترسی در آدرس <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/fullreport.pdf>) آخرین دسترسی در تاریخ اکتبر ۲۰۰۵

۱۳۶. برای مطالعه درباره رژیم حقوقی طرفین در طلاق رجوع کنید به: سوزان اسپکتورسکی، مقدمه ای بر موضوع ازدواج و طلاق: پاسخ های ابن حنبل و ابن راهویه، صص ۲۷-۳۹ و ۵۰-۵۲ (مترجم سوزان اسپکتورسکی، انتشارات یو.تکس ۱۹۹۳)، حیفاً آ. جواد، حقوق زنان در اسلام: یک رویکرد معتبر، صص ۷۹-۸۲ (انتشارات سینت مارتین ۱۹۹۸). برای مطالعه درباره اینکه دولت های مدرن اسلامی چگونه با مسأله طلاق در اسلام مواجه شده اند رجوع کنید به: عبدالله احمد نعیم، حقوق خانواده در اسلام و در دنیای در حال تغییر: کتابی برای تمام جهان (عبدالله آ. النعیم، انتشارات زد ۲۰۰۲). قابل ذکر است که زن حق دارد در ضمن

تفاوت میان قدرت و آزادی عمل هر یک از آنها بود. در فقه سنتی شوهر می‌توانست بدون رجوع به دادگاه همسر خود را طلاق دهد. طلاق دادن به همین آسانی بود که مرد به همسرش اعلام نماید که او را طلاق داده است. تنها چیزی که بر عهدهٔ مرد بود این بود که برای مدت معینی بعد از طلاق نفقهٔ زن را بپردازد.

اما زن برای طلاق گرفتن قدرت و اختیارات بسیار محدودی داشت. مجبور بود این حق را از طریق دادگاه و تحت نظارت این نهاد به اجرا بگذارد و اگر برای اجرای طلاق دلیلی مبنی بر تقصیر همسرش نداشت مجبور بود همهٔ حق و حقوق مالی خود را ببخشد. به این ترتیب می‌توان گفت که مرد در این امر از قدرتی به مراتب بیشتر از زن برخوردار بود. به گفتهٔ الماوردی، فقیه شافعی (۱۰۵۸/۴۵۰) یکی از مستندات قدرت مطلق مرد در امر طلاق این آیهٔ قرآنی بود که می‌فرماید:

«ای پیامبر چون زنان را طلاق گویند در [زمان‌بندی] عده آنان طلاقشان گویند.»^{۱۳۷}

حال این سوال مطرح می‌شود که چرا باید به مرد قدرت یک طرفه برای طلاق داده شود؟ چرا نگوئیم که این آیه صرفاً بیان آیین رسیدگی به موضوع طلاق است، و نه بیان یک قاعدهٔ ماهوی؟ به عبارت دیگر، می‌توان چنین استدلال کرد که هم مرد و هم زن هر دو حق دارند به صورت یک طرفه طلاق را اِعمال نمایند، اما فقط اجرای این حق باید طبق شرایطی باشد که در قرآن آمده. ولی در عمل این آیه هرگز به این شکل تفسیر نشده است. به عنوان مثال، الماوردی معتقد است که هر چند مخاطب این آیه شخص پیامبر است، اما در واقع مصداق عام دارد و برای همهٔ مسلمانان قابل اجرا است.^{۱۳۸} سوالی که الماوردی مطرح کرد این بود که آیا حق طلاقی که در این آیه آمده فقط به مردان تعلق دارد؟^{۱۳۹} هر چند ازدواج عقدی است که با رضایت هر دو طرف بسته می‌شود، اما برای طلاق خواستِ مرد به تنهایی کافی است و حق دارد طلاق را به صورت یک طرفه اِعمال نماید.^{۱۴۰}

به عقیدهٔ الماوردی دلیل این حکم این است که قرآن به مرد مقام برتری بخشیده است.^{۱۴۱}

عقد ازدواج برای خود حق طلاق یک طرفه را شرط کند. اما این شرط نیاز به توافق دوجانبه دارد.

۱۳۷. آیه ۱ سورة ۶۵ قرآن

۱۳۸. الماوردی، پاورقی شماره ۲۰۸، ج ۱۰، ص ۱۱۱

۱۳۹. همان ج ۱۰، ص ۱۱۱

۱۴۰. همان

۱۴۱. همان، ج ۱۰، ص ۱۱۴، آیه ۲۲۸ از دومین سورة قرآن را نقل می‌کند که متن کامل آن به این شرح است:

«و زنان طلاق داده شده باید مدت سه پاهی انتظار کشند و اگر به خدا و روز بازپسین ایمان دارند برای آنان روا نیست که آنچه را خداوند در رحم آنان آفریده پوشیده دارند و شوهرانشان اگر سر آشتی دارند به بازآوردن آنان در این [مدت] سزاوارترند و مانند همان [وظیفی] که بر عهده زنان است به طور شایسته به نفع آنان [بر عهده مردان] است و مردان بر آنان درجه برتری دارند و خداوند توانا و حکیم است» (تاکید اضافه شده است)

اما علی‌رغم وجود این آیه در قرآن، الماوردی قبول داشت که توزیع حق طلاق میان زن و شوهر ناهمگون و نابرابر است. او این ناهماهنگی را این طور توجیه می‌کند که، اولاً، از آنجایی که مرد مسئولیت تامین مایحتاج و نفقه زن را دارد، برای او حقوقی در نظر گرفته شده که فقط مختص مرد است.^{۱۴۲} دلیل دوم، که احتمالاً بحث بر انگیز ترین دلیل است، این است که زنان زودتر از مردان تحت تاثیر غلیان احساسات خود قرار می‌گیرند و ممکن است به خاطر دلخوری ناشی از یک اختلاف، حق طلاق را به اجرا بگذارند. اما به گفته وی، مردان تسلط بیش‌تری بر احساسات خود دارند، بنابراین در اجرای طلاق عجله نمی‌کنند.^{۱۴۳}

استدلال الماوردی نمونه‌ای از عقاید فقه‌های سنتی است که حق طلاق را صرفاً برای مرد قائل بودند، نه زن. بخشی از استدلال الماوردی بر پایه منابع غیر منصوص، یعنی برداشت شخصی وی از تعهدات و نوع روابط زن و مرد بود. همان‌طور که پیش‌تر دیدیم، فقها در راستای تفکیک حق الناس و حق الله و ایجاد تعادل میان منافع فرد و اجتماع، بحث‌های مفصلی درباره مفهوم فرد، و رابطه فرد و اجتماع کرده‌اند، و به این ترتیب سعی کردند اختیارات اجتهادی خود را به نحوی سازمان‌دهی کنند که از قطعیت نسبی و قابلیت پیش‌بینی برخوردار باشد. اما به نظر می‌رسد فقهایی مثل الماوردی بیش‌تر از اینکه دغدغه ایجاد تعادل میان روابط فرد و اجتماع را داشته باشند، درگیر برقراری تعادل میان حقوق خصوصی افراد بودند. مسأله طلاق مثال خوبی برای این امر است. در تفسیر این فقها می‌توان دید که چطور برداشت‌های شخصی آنها و کلیشه‌های که در آن زمان از شخصیت زن و مرد وجود داشت، در تفسیر آنها از متون الهی تاثیر داشته است، و در نهایت منتهی به صدور حکم درباره حقوق زن و مرد در مسأله طلاق شده است. واضح است که فقهایی مثل الماوردی برای کشف و صدور حکم و تعیین حقوق و تکالیف، فقط به متن الهی اکتفا نکرده‌اند، بلکه عوامل خارجی در برداشت و تفسیر آنها از متن الهی تاثیر داشته و از اختیارات اجتهادی خود در این امر استفاده کرده‌اند.^{۱۴۴}

اگر قرار باشد که هیات داورِ پیشنهادی بر مبنای فقه سنتی به پرونده‌ها رسیدگی کند، اجرای

۱۴۲. همان ج ۱۰، ص ۱۱۴

۱۴۳. همان

۱۴۴. قابل ذکر است که بسیاری از کشورهای اسلامی مثل مصر همین دیدگاه سنتی را مبنای توجیه حقوق نابرابر زن و مرد در مسأله طلاق قرار داده و آن را وارد سیستم حقوقی خود کرده‌اند. این رویکرد مخالف کنوانسیون منع هرگونه تبعیض میان زنان و مردان است، که البته اغلب این کشورها در پذیرفتن این کنوانسیون اِعمالِ شرط کرده‌اند. برای مطالعه درباره ماده ۱۶ این کنوانسیون، که مصر آن را نپذیرفته، رجوع کنید به: کنوانسیون منع هرگونه تبعیض میان زنان و مردان، قابل دسترسی در <http://untreaty.un.org/%20/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty10.asp> (آخرین دسترسی در تاریخ ۴ نوامبر ۲۰۰۵)

قانون طلاق به نحوی که در بالا شرح داده شد چالش بزرگی را پیش پای داوران قرار خواهد داد. علی‌رغم داشتن حق طلاق یک طرفه، مردان به لحاظ مالی انگیزه پیدا می‌کنند که برای اجرای طلاق به این هیات مراجعه کنند، زیرا با صدور حکم رسمی دادگاه مبنی بر طلاق، دیگر زن نمی‌تواند مدعی اعتبار عقد ازدواج باشد، و در نتیجه به مرد این حق را خواهد داد که از زیر بار مسوولیت‌های مالی خود در مقابل همسرش شانه خالی کنند. به عبارت دیگر، وقتی مرد از طریق این هیات داوری حکم طلاق را بگیرد و خواستار اجرای آن از دادگاه کانادایی شود، با یک تیر دو هدف را به دست می‌آورد: اجرای طلاق و تعیین تکلیف نهایی دربارهٔ مسایل مالی طرفین.^{۱۴۰} اما سوال مهم‌تر این است که با اجرای این طرح، دادگاه‌های کانادا با درخواست طلاقی که از سوی زن مطرح شده باشد چگونه برخورد خواهند کرد؟ آیا این هیات بین درخواست طلاق بدون علت (خلع) و درخواست مستند به تقصیر مرد تفکیک قائل خواهد شد؟ آیا زنانی که بدون ارائه دلیل مبنی بر تقصیر همسرشان خواستار طلاق هستند مجبور خواهند شد که کلیه حقوق مالی خود را ببخشند، و در واقع آزادی خود را بخرند؟ این به این معنی خواهد بود که بین این دو دسته از زنان (آنهايي که خواستار طلاق هستند ولی دلیلی برای تقصیر همسرشان ندارند و آنهايي که درخواستشان مستند به تقصیر همسرشان است) تبعیض قائل خواهند شد، و گویی دسته نخست را به دلیل این درخواست مجازات می‌کنند. به علاوه، این رویکرد راه را برای سوء استفاده مردان باز می‌کند. فرض کنید که زن و مردی با یکدیگر به هیچ وجه تفاهم ندارند، اما زن هیچ دلیلی مبنی بر تقصیر مرد ندارد. در این حالت، مرد می‌داند که اگر درخواست طلاق نکند و زن مجبور شود به تنهایی برای طلاق اقدام نماید، چاره‌ای نخواهد داشت به جز اینکه از تمام حقوق مالی خود صرف نظر نماید. بدیهی است که او به راحتی می‌تواند از این وضعیت سوء استفاده نماید. حال، اینکه هیات داوران در چنین وضعیتی چه تصمیمی بگیرد تا حد زیادی بستگی به این خواهد داشت که چه رویکرد فقهی را در پیش گیرد؛ اینکه آیا مثل اثبات گرایان برای کشف حکم عمدتاً به نص الهی و سنت اتکا خواهد داشت؟ یا از اختیارات خود برای بررسی مفهوم و رابطه میان فرد و اجتماع استفاده خواهد کرد، تا مطابق با برداشت‌های امروزی و تحولاتی که در جامعه رخ داده، حقوق و تکالیف زن و مرد را تعیین و توزیع نمایند.

۱۴۵. بسیاری از کشورهای مسلمان حق مرد برای طلاق یک طرفه را به این شکل محدود کرده‌اند که مرد باید برای اجرای طلاق از طریق دادگاه اقدام نماید. برخی از کشورها هم مثل مصر فقط مرد را ملزم کرده‌اند که اختاره‌ای قانونی مبنی بر طلاق زن به او بدهد. رجوع کنید به: احمد نعیم، پاورقی شماره ۱۳۶، صص ۸۷-۱۸۶.