

اجتهاد عقل‌گرا و مسائل فقهی زنان

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۸/۱

تاریخ تأیید: ۱۴۰۱/۱۲/۱۰

مهدی شجریان

استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی - m.shajarian@isca.ac.ir

چکیده

در مطالعات معاصر درباره مسائل زنان، سهم به کارگیری عقل در استنباط احکام شرعی چگونه تبیین می‌شود؟ مطالعه پیش رو با روش تحلیلی - انتقادی از خلال منابع معاصر، پاسخ این پرسش را می‌کاود. این مطالعات گاهی از عقل مذکور در مقام کشف «حکم اولی» شرع بهره برده‌اند و از «تقدم حکم عقل مستقل بر نصوص»، «قاعده عدالت به حکم عقل عرفی»، «اعتبار حکم ظنی عقل» و «سیر تکاملی عدالت» سخن گفته‌اند و گاه در مقام کشف «حکم ثانوی» شرع از عقل استفاده کرده و از «کشف عقلانی مصلحت» و «کشف عقلانی عدالت در مقام اجرا» سخن گفته‌اند. به نظر می‌رسد عقل هر چند در پیشینه رایج فقه، کاربرد چندانی ندارد، در مطالعات فقهی معاصر در مسائل زنان، دامنه کاربرد آن تعمیم یافته است و به نحوی از «عقل ظنی» برای استنباط برخی فتاوی فقهی بهره برده شده و از این منظر، عقل در عرض ظنون معتبره دیگر قرار گرفته است. این مطالعات فرصت مغتنمی برای فعال شدن ظرفیت عقل در فقه هستند؛ در عین حال لازم است مبنای حجیت عقل ظنی در آنها و کیفیت خروج آن از اصل اولیه حرمت عمل به ظنون، بیشتر تبیین شود و نقاط ابهام و برخی اشتباهات ظاهراً موجود در آنها تصحیح شود.

واژگان کلیدی:

مسائل فقهی زنان، عقل، عقل ظنی، عدالت، مصلحت.

مقدمه

علت تمایزات فقهی میان زن و مرد در مسائلی همچون ارث، دیه، شهادت، حضانت، خروج از منزل، ازدواج مجدد، حد واجب پوشش، مرجعیت دینی و مانند آن از عصر شارع مورد توجه بوده است (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶، ص ۹۳-۹۶)؛ اما تنوع چرایی این تمایزات بیش از پیش در جهان مدرن داغ شده است. برخی از این تمایزات فقهی - صرف نظر از مسئله بودن در دانش مربوطه - امروزه به مسئله اجتماعی تبدیل شده‌اند و نه تنها در مقام نظر، پرسش از چرایی آنها تکرار می‌شود؛ بلکه در تلقی بسیاری در مقام عمل نیز به برخی تبعیض‌های ناروا خواهند انجامید.

در روش‌شناسی رایج فقهی، بسیاری از این تمایزات محل کلام نیستند و حتی بازنگری در ادله فقهی با همان متد رایج، نوعاً به رسیدن فقیه به فتوایی تازه در باب این تمایزات منجر نمی‌شود؛ ولی در مطالعات معاصر از آنجا که دستیابی به فتاوی برای برابرنگاران میان زن و مرد برای این مطالعات مطلوب است، همانند طرحی از پیش تعیین شده، تلاش شده راه‌حلی برای این امر در اصول استنباط فقیهان اعمال شود. بسیاری این راه‌حل را در تعمیم دایره حجیت عقل جستجو می‌کنند. به اعتقاد آنان در مقام بازنگری در اصول و قواعد استنباط، سهم بازنگری در دایره حجیت و اعتبار عقل، بیش از اصول دیگر است و اگر اعتبار عقل بیشتر شود، راه برای دستیابی به فتاوی جدید هموارتر خواهد شد.

این مقاله صرف‌نظر از طرح‌بودگی این روند و فرایند نبودن آن می‌کوشد دلایلی را که برای تعمیم دایره اعتبار عقل عرضه شده است، صورت‌بندی و نقد و بررسی کند؛ بنابراین اولاً در صدد صورت‌بندی این مطالعات فقهی است و می‌کوشد انحای بهره‌گیری از عقل در استنباطات معاصران در مسائل زنان را تبیین کند و ثانیاً نقدهای کلانی را که به این صورت‌بندی‌ها وارد است، تبیین می‌کند؛ هرچند ورود تفصیلی به این مهم، مجال دیگری می‌طلبد.

مسئله اصلی مقاله بدین شرح است: «مطالعات فقهی معاصر با چه کیفیتی از عقل در استنباط احکام فقهی زنان بهره برده‌اند و چه انتقادات کلانی به آنها وارد است».

برای پاسخ به این پرسش به مطالعات فقهی معاصر رجوع شده و با روش تحلیلی - انتقادی به آنها نظر شده است. در ادامه، مباحث مقاله در سه بخش تنظیم خواهد شد: نخست گزارشی اجمالی از جایگاه عقل در استنباط فقهی شیعه تبیین خواهد شد تا از این

طریق بتوان تلاش‌های جدید مطالعات فقهی معاصر را بهتر درک کرد. در بخش دوم گونه‌های بهره‌گیری از عقل در مسائل زنان در مطالعات فقهی معاصر صورت‌بندی خواهد شد. در نهایت در بخش سوم به قدری که در این مجال میسر است، به بیان نقدهای کلان در این خصوص پرداخته خواهد شد.

۱. جایگاه عقل در فقه شیعه

در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان عقل را به دو قسم صوری و مادی یا محتوایی تقسیم کرد. عقل صوری وظیفه صورت‌بندی استدلال را بر عهده دارد و در منطق ارسطویی، نقش آن در «منطق صوری» کاویده می‌شود. این عقل می‌کوشد در قالب استدلالی که اقامه می‌شود، خللی راه نیابد؛ ولی در ماده و محتوایی که این قالب را پر کرده است، ورودی ندارد و آن را از منابع دیگر همچون نقل تاریخی، شهود، آتوریت مذهب، فهم عرفی و مانند آن می‌گیرد. در نقطه مقابل، عقل مادی یا محتوایی قرار دارد که نقش آن در منطق ارسطویی در بخش «منطق مادی» نمایان می‌شود. عقل محتوایی صرف نظر از قالب استدلال، ماده و محتوای آن را نیز می‌سازد و در این مقام از منبع دیگری بهره نمی‌گیرد.

توجه به براهین فلسفی، تمایز این دو عقل را نشان می‌دهد. در برهان فلسفی، هم صورت استدلال از طریق عقل ساخته و پرداخته می‌شود و هم ماده و محتوای آن از طریق عقل پی‌ریزی می‌گردد. عقل فلسفی مدعیات نظری خود را با تکیه بر مبناگرایی به بدیهیات ارجاع می‌دهد و در این فرایند می‌کوشد هم در چینش صورت استدلال‌ها خطایی رخ ندهد و شرایط صوری انتاج مراعات شود و هم در محتوای این استدلال‌ها مغالطه‌ای صورت نگیرد و گزاره‌های نظری دقیقاً از گزاره‌های بدیهی و در نهایت از اولیات استنتاج شوند؛ بدون اینکه در این میان گزاره‌ای وهمی، خیالی، عاطفی و مانند آن در جای گزاره‌های نظری واقع‌نما یا بدیهیات مبتی و پایه قرار گیرند.

به هر روی فقه مانند هر دانش دیگری با تکیه بر قواعد منطق صوری شکل می‌گیرد. استدلال‌های فقهی هر چند محتوای خود را از آیات، روایات و اجماع و ام بگیرند، صورت‌بندی آنها با عقل محقق می‌شود؛ برای نمونه در استدلال «دختر در نه‌سالگی شرعاً بالغ است + کسی که شرعاً بالغ است، واجب است نماز بخواند = دختر در نه‌سالگی واجب است نماز بخواند»، هر دو مقدمه ابتدایی (صغرا و کبرا) از ادله نقلی اخذ می‌شوند و عقل در محتوای این دو ورود ندارد؛ باین‌همه عقل است که این استدلال را سامان بخشیده است

و با تکرار حد وسط و حذف آن در نتیجه موجب انتاج مقدمه‌ای جدید شده است. هیچ‌یک از فقیهان شیعه منکر حجیت و اعتبار عقل در سطح صوری نیست و آنچه محل نزاع واقع شده، خصوص عقل محتوایی است. سؤال مطرح در این حوزه این است که آیا عقل می‌تواند ورود مستقیم در محتوای استدلال‌های فقهی داشته باشد؟ به صورت خاص آیا عقل محتوایی می‌تواند تمام مقدمات استدلال را خودش سامان بخشد و در رسیدن به ماده صغرا و کبرا از هیچ منبع دیگری بهره نبرد (مستقلات عقلیه)؟

اعتبار و حجیت عقل محتوایی نزد اصولیان در دو بخش دنبال می‌شود: عقل محتوایی غیرمستقل و عقل محتوایی مستقل. عقل غیرمستقل تنها کبرا برای استدلال را تولید می‌کند و صغرای آن از منبع دیگری تأمین می‌شود؛ همانند این استدلال: «وضو مقدمه واجب شرعی - یعنی نماز - است (این صغرا شرعی است) + مقدمه واجب، واجب شرعی است (این کبرا عقلی است) = وضو واجب شرعی است». اما عقل مستقل هر دو مقدمه را تولید می‌کند و از هر منبع دیگری بی‌نیاز است؛ نظیر این استدلال: «امر به معروف عقلاً شایسته است + هر آنچه عقلاً شایسته است، شرعاً نیز واجب است = امر به معروف شرعاً واجب است».

اصولیان فی‌الجمله عقل غیرمستقل را حجت می‌دانند و غالب آنها عقل مستقل را نیز حجت می‌دانند؛ در عین حال این میزان از اعتبار بخشی به عقل به عرضه فقهی جدید و فروع فقهی نو منجر نخواهد شد؛ زیرا عقل غیرمستقل از دیرباز معتبر بوده و فقه موجود با تکیه به آن سامان یافته است و عقل مستقل نیز موارد کاربرد محدودی دارد و شرایط اعتبار آن به حدی ضیق است (ر.ک: مظفر، ۱۳۸۷، ص ۲۲۵-۲۴۸) که تأثیر چندانی در فتاوی فقهی نخواهد داشت؛ تا جایی که برخی معتقدند هر آنچه عقل مستقل به آن حکم می‌کند، پیش از آن در شرع بیان شده است (صدر، ۱۴۰۳ق، ص ۹۸)؛ در نتیجه اعتبار یا بی‌اعتباری این عقل اثر ملموسی در فقه نخواهد داشت.

شرط اعتبار عقل مستقل، عرضه محتوای مقدمات استدلال به صورت قطعی است؛ بنابراین حکم ظنی عقل نمی‌تواند مقدمات چنین استدلالی را فراهم آورد و به‌ویژه با توجه به اینکه در ک مناطق احکام شارع از طریق مذکور غالباً ممکن نیست (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۶۲-۶۳)، دایره کاربرد این عقل در فقه موجود بسیار محدود می‌شود.

به‌هر روی مطالعات فقهی معاصر می‌کوشند فراتر از عقل قطعی محتوایی مستقل و غیرمستقل، از عقل ظنی بهره گیرند؛ به دیگر سخن در این مطالعات تلاش شده دایره ظنون

معتبر یا همان امارات گسترش یابد و عقل به عنوان یکی از مصادیق ظن معتبر به عرصه استنباط راه یابد. در ادامه در ضمن صورت‌بندی این مطالعات، مدعای مذکور نمایان خواهد شد.

۲. صور بهره‌گیری از عقل در مسائل فقهی زنان

وقتی از منظری درجه دو به مطالعات صورت گرفته در حوزه مسائل فقهی زنان نگریم می‌شود، نمایان می‌شود در این مطالعات، «عقل ظنی» اعتبار یافته است که به صورت کلی می‌توان آن را در دو بخش جای داد: در بخش نخست، این عقل ظنی به استنباط حکم اولی دست می‌یابد و در بخش دوم، حکمی ثانوی را کشف خواهد کرد.^۱

۲-۱. استنباط حکم اولی

در این بخش، عقل در صدد کشف حکمی اولی است؛ برای نمونه این عقل حکم اولی دیه زن و مرد را تساوی می‌داند و این حکم را از باب عروض عناوینی همچون مصلحت، ضرورت و مانند آن توجیه نمی‌کند. از آنجا که فتاوی‌ای تمایز در مسائل زنان، مستفاد از ادله نقلی هستند، در نتیجه این عقل به نوعی در تضاد و ناسازگاری با دلالت دلیل نقلی است و در این تضاد بر نقل مقدم می‌شود.

در برخی تحلیل‌های آتی، این عقل در مصاف با نقل، چنان اعتباری دارد که حتی اگر دلالت نقل صریح باشد، می‌تواند آن را از اعتبار ساقط کند و اصل صدور آن را منتفی شمارد. طبعاً اگر دلالت نقل صریح نبود و در حکم مخالف عقل ظهور داشت، در این صورت عقل قرینه‌ای لبی خواهد بود و به واسطه آن دلیل نقلی بر خلاف ظاهر خود حمل می‌شود و این نکته‌ای است که در برخی دیگر از تحلیل‌های آتی به چشم می‌خورد. به هر روی در مطالعات فقهی معاصران می‌توان رد پای این عقل را یافت. در ادامه در ضمن پنج بخش، شواهدی از بهره‌گیری از این عقل در مسائل زنان مطرح می‌شود.

۲-۱-۱. تقدم حکم عقل مستقل بر نصوص

احمد قابل حجیت ذاتی عقل را مطرح می‌کند. از نگاه او نه قطع، بلکه عقل است که حجیت ذاتی دارد و هیچ دلیل دیگری امکان اثبات حجیت برای آن را ندارد و به تعبیر او

۱. مقصود از حکم اولی حکمی است که بدون عروض عنوانی خاص بر موضوع عارض می‌شود؛ مانند حرمت که بر موضوع شرب خمر به خودی خود عارض می‌شود و مقصود از حکم ثانوی این است که حکمی در فرض عروض عنوانی خاص بر موضوع، بر آن حمل می‌شود؛ مانند جواز که بر شرب خمر در شرایط عروض عنوان اضطرار حمل می‌شود.

«آفتاب آمد دلیل آفتاب»؛ چراکه اقامه هر دلیلی بر حجیت عقل، مستلزم بهره‌گیری از خود عقل است. او تصریح می‌کند: «تنها می‌توان در "تحقق عقلانیت" تشکیک کرد و با استدلال صحیح به اثبات این امر پرداخت که مثلاً برخی رویکردها و نتیجه‌گیری‌ها، منطبق با قواعد عقلی نیست؛ ولی نمی‌توان ضمن اعتراف به عقلی بودن، ادعا کرد که نباید به نتایج آن ملتزم شویم» (قابل، ۱۳۹۱ «ب»، ص ۹۰). به اعتقاد او ملاک اصلی در عبادات، خشوع در برابر خدا و ملاک اصلی در احکام اجتماعی، عدالت و عقلانیت است. بر همین اساس «خرد جمعی» در زمان‌های گوناگون می‌تواند یک «حجت شرعی» تعیین‌کننده ملاکات احکام شرع باشد (همان، ص ۲۰۹-۲۱۰).

او شرع را تنها در منطقه‌الفراغ عقل معتبر می‌شمارد و بر این باور است که تنها در حوزه‌ای که عقل سخنی ندارد و سکوت می‌کند، شرع احکامی ابراز می‌نماید. در نتیجه اگر شرع در منطقه حکمرانی عقل سخنی گفت، خود عقل مرجع است و نص و ظاهر دلیل شرعی در این حوزه تعیین‌کننده نیست. قابل بر همین اساس در تعارض حکم خرد جمعی با دلایل نقلی ظنی - اعم از ظواهر قرآنی و ظواهر و نصوص روایات ظنی‌الصدور - حکم عقل را ترجیح می‌دهد (همان، ص ۲۳۶-۲۳۷). بر این اساس اگر حکم خرد جمعی با صریح دلیل نقلی مخالف بود، باید صدور آن دلیل را انکار کرد و اگر با ظاهر آن مخالف بود، باید با این ظهور مخالفت کرد. ایشان بر اساس همین اصول موضوعه به احکام متفاوتی برای زنان در مسائلی همچون حجاب، طلاق، قضاوت و مانند آن دست یافته است (ر.ک: همو، ۱۳۹۱ «الف»، ص ۵۳-۵۴).

۲-۱-۲. قاعده عدالت به حکم عقل عرفی

برخی از فقهای معاصر کوشیده‌اند با وضع «قاعده عدالت» در این راستا به پارادایم منسجمی دست یابند. به باور صانعی بر اساس قرآن کریم (نحل: ۹۰)، نظام دستورهای خداوند در چارچوب عدالت سامان یافته است. از سوی دیگر عدالت مانند موضوعات دیگر بر معنای عرفی آن حمل می‌شود. بنابراین عدالت با برداشتی که عرف از آن دارد، معتبر است و تمام احکام شرع در چارچوب «عدل عرفی» قرار می‌گیرند. در نتیجه فهمی که عرف از امر عادلانه دارد، اگر با عموومات یا اطلاعات روایات ناسازگار باشد یا با نص روایتی ظنی‌الصدور در تنافی باشد، در این صورت به حکم آیات مذکور و از باب تقدم قرآن بر روایات و اخبار عرض که دستور کنار گذاشتن روایات مخالف با قرآن را صادر می‌کنند،

فهم عرف از روایات بر آنها مقدم می‌شود.

بدین ترتیب قاعده عدالت بر اساس این فهم عرفی بر ادله احکام حاکم می‌شود و فقیه ظاهر روایات منافی با عدالت عرفی را تأویل یا آنها را طرح می‌کند (صانعی، ۱۳۹۷، ص ۱۶۶-۱۶۷). بر همین اساس است که نصف بودن دیه زن نسبت به مرد که حکمی عرفاً ناعادلانه است، پذیرفتنی نیست و اخبار دال بر آن کنار گذاشته می‌شود (همو، ۱۳۸۴، ص ۶۲-۶۴/ر.ک: علی اکبریان، ۱۳۸۶، ص ۷۳-۷۹).

در کلام این فقیه، سخنی از عقل ظنی و حجیت آن در میان نیست؛ اما پیداست که عدل عرفی و فهمی که عرف از آن دارد، فهمی است که با دقت‌های فلسفی، احتمال خطا در آن وجود دارد و نمی‌توان آن را حکم عقل قطعی قلمداد کرد؛ زیرا برداشت عرف، برداشتی عقلی است که نوعاً با ظن شکل می‌گیرد.

ایشان در مقام پاسخ به این اشکال که «ممکن است گفته شود تشریح تفاوت میان قصاص زن و مرد، در نظام اتم و اکمل خداوند، عین عدل و انصاف است؛ چرا که خداوند مصالحی را می‌داند که ما چیزی از آن نمی‌دانیم» (صانعی، ۱۳۹۷، ص ۵۹۶)، می‌نویسد: «اگر حکمی به قطع و یقین ثابت شود که از سوی خداوند است و به نظر ما خلاف عدل و حقیقت باشد، آن حکم به خداوند نسبت داده می‌شود و نشان‌دهنده آن است که در دانش ما، نقص و خللی وجود دارد؛ لیکن در مقام اثبات و شناسایی حکم الهی و استنباط آن از ادله ظنی که معظم فقه بر آن تکیه دارد، چنین نخواهد بود؛ بلکه باید این حکم مستخرج از ادله ظنی با ظواهر قرآن ناسازگار نباشد» (همان).

مقصود ایشان در این عبارت از ظواهر قرآن، اعتبار فهم عرف است که به باور او در قرآن معتبر شمرده شده است. بنابراین در یک سو دلیل ظنی نقلی قرار دارد که به نابرابری قصاص حکم می‌کند و در سوی دیگر برداشت ظنی عرف وجود دارد که به برابری حکم می‌کند و در این مصاف، برداشت ظنی عرف بر دلالت ظنی نقل مقدم می‌شود. دلیل این تقدم اخبار عرض است که دستور داده روایات مخالف با قرآن کنار گذاشته شوند.

می‌توان استدلال او را این گونه ترجمه منطقی کرد: حکم ظنی نقلی نابرابری قصاص، مخالف با برداشت ظنی عرف است + هر حکم ظنی نقلی مخالف با برداشت عرف باید کنار گذاشته شود (به دلیل اعتبار قرآنی فهم عرف و اخبار عرض که امر به طرح مخالف قرآن می‌کنند) = حکم ظنی نابرابری قصاص باید کنار گذاشته شود.

پیداست که این استدلال بدون پذیرش اعتبار و حجیت عقل عرفی و ظنی سامان نمی‌یابد. به همین دلیل است که ایشان پس از پاسخ به اشکال یادشده به عبارتی از شهید مطهری در باب تأیید حسن و قبح عقلی نیز اشاره می‌کند (همان، ص ۵۹۷).

۳-۱-۲. اعتبار حکم ظنی عقل

نگارنده در سخن دو نویسنده پیشین، تصریح بر اعتبار عقل ظنی را به صورت نمایان ندیده است. هرچند می‌توان از لوازم مطالب آنان این نکته را دریافت که مقصود آنها از عقل، عقلی نیست که لزوماً به حکم قطعی می‌رسد؛ بلکه عقلی است که با حکم ظنی نیز جمع می‌شود؛ زیرا «خرد جمعی» و «حکم عرفی عقلایی» در بسیاری از موارد، حکمی ظنی می‌کنند. از این جهت چنان که گذشت، می‌توان ادعا کرد دو نویسنده گذشته دامنه اعتبار عقل را به صورت ضمنی به عقل ظنی نیز گسترانده‌اند.

به هر روی بر خلاف آن دو نویسنده، فنایی صریحاً از اعتبار عقل ظنی سخن به میان می‌آورد. به اعتقاد او «شریعت عقل که از طریق پیامبر درونی به آدمی الهام می‌شود، بر شریعت نقل که از طریق پیامبران بیرونی به او ابلاغ می‌شود، تقدم دارد» (فنایی، ۱۳۹۵، ص ۱۳). مسئولیت سازگار کردن حکم شرعی با معیارهای عدالت واقعی بر عهده خداست؛ اما مسئولیت سازگار کردن فهم آدمیان از حکم شرع با عدالت، وظیفه فقیهان است و چنانچه ادله روایی ظنی چنین خطایی را برای آنها ایجاد کند، باید به اصلاح آن اقدام کنند و بر همین اساس، اصل «حدثی عقلی عن ربی» بر «حدثی فلان عن فلان» تقدم می‌یابد (همان، صص ۱۸ و ۱۴۹).

او تصریح می‌کند ظنون عقلی از درجه اعتبار ساقط نیستند و در مواردی که ظن قوی‌تری از ظن روایی به دست می‌دهند، باید آنها را بر ظنون روایی مقدم کرد و از آن جهت که ظنون عقلی نوعاً قوی‌تر از ظنون نقلی هستند، در نتیجه در تعارض عقل و نقل، غالباً حکم عقل مقدم می‌شود (همو، ۱۳۹۴، ص ۶۱-۶۳).

او می‌کوشد از این طریق، حکم عقل ظنی را بر حکم ظنی مستفاد از اخبار آحاد مقدم کند؛ توضیح اینکه دلیل اصلی در اعتبار خبر واحد، سیره عقلاست. این در حالی است که به اعتقاد فنایی، عقلا تنها در جایی به خبر واحد عمل می‌کنند که عقل حکم مخالفی با آن نداشته باشد و اگر حکم مستفاد از خبر واحد در مخالفت با حکم ظنی عقل بود و درعین حال حکم ظنی عقل کشف بیشتری برای عقلا ایجاد می‌کرد، در این صورت عقلا

خبر واحد را کنار می‌نهند و به همان حکم عقلی ظنی عمل می‌کنند (همان، ص ۲۴۵-۲۴۸). به دیگر سخن او خردستیزی را از قله قطع به دامنه ظن کشانده است. در نگاه رایج اگر ادله نقلی ظنی خردستیزی قطعی داشته باشند، از درجه اعتبار ساقط خواهند شد؛ اما در نگاه او این خردستیزی اگر به صورت ظنی باشد نیز کافی است. او می‌نویسد: «ظن عقلی یا تجربی به خردستیز بودن مضمون یک متن دینی، قرینه معتبری است بر اینکه یا چنین متنی جعلی است یا مراد جدی شارع چیز دیگری است و یا عموم و اطلاق زمانی آن متن اعتبار ندارد و مفاد آن متن را نمی‌توان به دنیایی که ساکنانش آن مفاد را خردستیز می‌یابند، سرایت داد» (همان، ص ۲۴۸).

به‌رروی فنایی از مبانی فوق در مسائل زنان بهره می‌برد و معتقد است هیچ فقهی حق ندارد آیات و روایت بیانگر تبعیض و تفاوت حقوقی میان زن و مرد را حکم ابدی اسلام قلمداد کند؛ زیرا این احکام امضای سیره عقلا در عصر شارع بوده‌اند و امروز حکم ظنی عقلی که اقوی از آنهاست، باید بر آنها مقدم شود (همان، ص ۷۲-۷۳).

۲-۱-۴. سیر تکاملی و تاریخی عدالت

مجتهد شبستری بر این باور است که باید از موضع عدالت، مقررات موجود در فقه تعدیل شوند و از آن جهت که عدالت مسئله‌ای عصری است و شارع احکام را تنها متناسب با عدل زمانه خود وضع کرده است، در نتیجه عدالت تفسیر ثابتی در هیچ‌یک از مسائل سیاسی، خانوادگی و اقتصادی ندارد و تعریف آن در هر عصر به خود انسان واگذار شده است و بر همین اساس دامنه انعطاف در احکام فقهی و به صورت خاص مسائل زنان نیز باید بسیار گسترده شود (مجتهد شبستری، ۱۳۷۹، ص ۵۱۰).

روشن است که در دیدگاه او نیز عقل قطعی اراده نشده است؛ افزون بر این صریحاً نسیت در این احکام عقلی را نیز می‌پذیرد؛ به این معنا که عقل می‌تواند در شرایط و اقتضائات عصری متفاوت، تفسیر متفاوتی از عدالت به دست دهد. او در حقیقت احکام منعکس شده در ادله نقلی را نیز بازتاب عقل عصری زمان شارع می‌داند و طبعاً در چنین مبنایی تعمیم احکام آنها به تمام عصور، به‌ویژه عصری که در آن عقل حکم دیگری را مطرح می‌کند، اعتبار نخواهد داشت و در این پارادایم به جای اینکه فقیه تلاش خود را به کشف ظواهر الفاظ منعطف کند، لازم است تلاش کند حکم عقل را در مناسبات اجتماعی رایج در عصر خودش کشف و ضبط نماید.

کدیور نیز با تفصیل بیشتر به این سیر تاریخی و تدریجی اشاره دارد. او معتقد است تک تک احکام شرع در زمان شارع از سه ویژگی «عقلایی بودن»، «برتری از راهکارهای رقیب» و «عادلانه بودن» برخوردار بوده‌اند؛ اما در طول زمان، این سه ویژگی باقی نمی‌ماند و بر همین اساس احکام نیز باقی نخواهند ماند؛ بلکه بر پایه تشخیص عدالت در هر عصر متمایز می‌شوند (کدیور، ۱۳۸۸، ص ۲۹۰-۲۹۲). روشن است که با این عقل که عقلی ظنی و فراتر از عقل مستقل اصولی است نیز می‌توان به احکام تازه رسید و با ظواهر ادله نقلی، بلکه نصوص آن که متناسب با عقلانیت عصر صدور تنظیم شده‌اند، مخالفت ورزید.

۲-۲. استنباط حکم ثانوی

تحلیل‌های عقلی پیشین در مقام استنباط حکم اولی بودند و در آنها عناوین ثانوی در موضوع حکم اخذ نمی‌شد. در ادامه برخی از تحلیل‌هایی بیان می‌شوند که در آنها متناسب با شرایط عصر کنونی، حکمی ثانوی صورت‌بندی شده است که با عروض عناوین خاصی مانند عدالت و مصلحت و در ظرف بقای آنها به فعلیت می‌رسند.

۲-۲-۱. کشف عقلانی مصلحت

مصلحت در لغت نقطه مقابل فساد و مفسده است و افزون بر این به خیر نیز تفسیر شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۵۱۷/طریحی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۸۹/الفیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۴۵). در فقه، «مصلحت» از واژه‌های پرکاربرد است و بر پایه مبانی کلامی، هر حکم فقهی که از ناحیه شارع صادر شده است، بر مصلحتی واقعی تکیه دارد (نابینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۳۶-۳۷). بر مبنای فقه امامیه، احکام شارع حکیم لغو و بی‌پایه نیستند؛ بلکه دائماً بر ملاکی تکیه دارند که یا در متعلق خود این احکام است یا در اصل، جعل و تشریح آنها لحاظ شده است (ر.ک: علیدوست، ۱۳۹۱، ص ۱۱۷).

در جمهوری اسلامی، بسیاری از قوانین اجرایی مبتنی بر ادراک مصالحی وضع می‌شوند که قانون‌گذار آنها را لحاظ کرده است. صرف‌نظر از نهادهای گوناگون قانون‌گذاری، نهاد «مجمع تشخیص مصلحت نظام» عهده‌دار کشف و درک این مصالح است و در موارد اختلاف میان قانون‌گذاران در سطوح مختلف، تشخیص این نهاد ملاک وضع قانون قرار خواهد گرفت. بنیان‌گذار جمهوری اسلامی در مورد سؤالی که درباره این دست اختلافات مطرح شده بود، مرقوم کرده است: «در صورتی که بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان شرعاً و قانوناً توافق حاصل نشد، مجمعی مرکب از فقهای محترم شورای نگهبان ... برای تشخیص مصلحت

نظام اسلامی تشکیل گردد... و در صورت لزوم از کارشناسان دیگری هم دعوت به عمل آید و پس از مشورت‌های لازم، رأی اکثریت اعضای حاضر این مجمع مورد عمل قرار گیرد» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲۰، ص ۴۶۴-۴۶۵).

بر اساس این عبارت، قانون‌گذاری بر مدار مصالح موضوعیت دارد و در این مقام، تشخیص اعضای شورای نگهبان نیز صرفاً طریقی برای این امر و معتبر است؛ به گونه‌ای که در موارد حساس و مهم که پیچیدگی یک قانون اقتضا می‌کند از کارشناسان مربوطه نیز بهره برده شود، لازم است از کارشناسانی غیر از اعضای مصوب این مجمع نیز مشورت گرفته شود.

از آنچه گفته شد، نمایان می‌شود اگر در مقام اجرای یک حکم شرعی، بر اساس اقتضانات زمانی و مکانی و بر پایه تشخیص عقلانی، مفاسدی قابل اعتنا شکل گرفت، قانون‌گذار می‌تواند آن حکم شرعی را اجرا نکند. این روند در خصوص برخی از مسائل مربوط به زنان نیز مطرح شده است؛ برای نمونه علامه طباطبایی هر چند از اصل حکم مباح بودن تعدد زوجات دفاع می‌کند، در عین حال به برخی مفاسد رواج یافته تعدد زوجات در برخی جوامع اسلامی و ظلم‌هایی که در امتداد جریان این حکم رخ می‌نماید نیز اشاره می‌کند و در نهایت ورود حکومت به این مسئله و منع از چنین ازدواج‌های متعدد ظالمانه‌ای توسط حکومت اسلامی، بر پایه لحاظ مصالح عمومی جامعه را پیشنهاد می‌دهد (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۴، صص ۱۹۰ و ۱۹۴). گفتنی است پیش از او مفسران اهل سنت نیز با تفصیل بیشتر، چنین سخنانی را مطرح کرده‌اند (رشید رضا، ۱۴۱۴ق، ج ۴، صص ۳۴۹-۳۵۰).

نمونه‌ای دیگر مسئله جواز عقد دختر بچه نابالغ توسط ولی شرعی او ولایت قهری او در امر ازدواج صغیره است. توضیح اینکه بر پایه فتوای مشهور فقهای شیعه، بلکه عموم فقهای مسلمان، پدر و جد پدری در خصوص ازدواج دختر نابالغ، ولایت قهری دارند.^۱ در نتیجه می‌توانند او را به عقد مردی در آورند (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۴۳۳) و حتی بسیاری از فقها پس از بلوغ صغیره، فسخ این نکاح را از سوی او جایز نمی‌دانند (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۷۰۸). بر فرض جریان این فتوا، کاملاً محتمل است که ولی به جای لحاظ مصالح صغیره، مصالح خود را در نظر بگیرد و به طمع ثروت یا اموری دیگر، دختر بچه نابالغی را

۱. برخی از نویسندگان در این میان از فقهای شیعه تنها یک مخالف و از فقهای عامه تنها سه مخالف را نام می‌برند

(ر.ک: مهریزی، ۱۳۹۵، ص ۳۸۰-۳۸۱).

که بر او ولایت دارد، به عقد مردی در آورد. با توجه به ملاحظاتی از این دست که بی گمان حاکم به آنها در بسیاری از موارد عقل ظنی است، مجمع تشخیص مصلحت نظام در این مسئله ورود می کند و در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱ تصویب می شود: «عقد نکاح دختر پیش از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر پیش از رسیدن به سن پانزده سال تمام شمسی منوط به اذن ولی است، به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح» (ر.ک: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱). بنابراین بر خلاف فتوای مشهور و با تکیه بر اصل تشخیص مصلحت از طریق تحلیل عقلانی مذکور، در این ماده قانونی، ولایت قهری ولی بر کودک نابالغ به وجود مصلحت در ازدواج او مقید شده است؛ آن هم مصلحتی که دادگاه صالح آن را امضا کند. بنابراین در این مقام، تشخیص خود ولی کفایت نمی کند و اگر با تشخیص خود به چنین عقدی اقدام کند، خلاف قانون عمل کرده است.

۲-۲-۲. کشف عقلانی عدالت در مقام اجرا

اگر یک حکم شرعی در مقطعی خاص از زمان و مکان، ظالمانه تلقی شود، آیا این تلقی می تواند در فرایند استنباط حکم شرعی و دستیابی به فتوا دخالت داشته باشد؟ پاسخ غالب فقیهان شیعه به این پرسش، منفی است؛ زیرا آنان ادراک عدل و ظلم از سوی عرف را در سلسله علل احکام نمی بینند (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۶۲-۶۳) و طبعاً در چنین مواردی این تلقی را مردود می شمردند و از آن حکم ثابت شرعی دفاع می کنند. با این همه آیا این تلقی ظالمانه می تواند در مقام اجرای احکام شرعی و تنظیم قوانین اداره یک جامعه مؤثر باشد و قانون گذار در مقام الزامی کردن قوانین، از فتاوی که ظالمانه تلقی می شوند، صرف نظر کند و قانون را بر خلاف آنها تنظیم نماید؟ برخی از اندیشمندان به این پرسش پاسخ مثبت می دهند و «عدالت در مقام اجرا» را عنصری مؤثر در صورت بندی قوانین اجرایی قلمداد می کنند.

کاتوزیان معتقد است اینکه زن از شوهرش نسبت به مرد از همسرش ارث کمتری می برد و اینکه زن از اموال غیر منقول شوهرش مانند زمین ارث نمی برد، در زمانه ما مسئله ای دشوار است. این حکم هر چند در گذشته ظالمانه شمرده نمی شده است، امروزه ظالمانه قلمداد می شود؛ زیرا اکثر خانواده ها در گذشته پر جمعیت بودند و در نتیجه سهم زن تفاوت فاحشی با سهم فرزندان دیگر نداشته است؛ بر خلاف سهم او در خانواده های خلوت امروزی. افزون بر این زمین در جوامع گذشته قیمت زیادی نداشته است؛ بر خلاف امروز که بیشترین ثروت یک شخص در

املاک و زمین‌های اوست. با این همه نمی‌توان به دلیل این تلقی ظالمانه از حکم شرعی دست شست و آن را کنار نهاد و در نهایت می‌توان با برخی تمهیدات اجرایی و قانونی، از این تمایز کاست، بدون اینکه حکم شرعی دستخوش تغییر شود؛ برای نمونه مرد می‌تواند ثلث ترکه خود را به سود زن وصیت کند و از این حیث سهم اندک او را جبران کند و قانون‌گذار می‌تواند با اعتبار این قانون و اعلام عمومی آن به جامعه مردان، جنبه اجرایی و الزامی به آن ببخشد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۴-۴۹).

نمونه‌ای عینی از این تمهیدات اجرایی را می‌توان در مسئله برابری دیه زن و مرد ملاحظه کرد. هر چند مطابق با فقه شیعی، دیه زن نصف مرد است و نوع فقیهان فتوایی جز این ندارند، در مقام اجرا و در حد یک حکم ثانوی تلاش شده از طریق تأمین از بیت‌المال، عملاً دیه زنان برابر با دیه مردان پرداخت شود. چنان که در قانون مجازات اسلامی، تبصره ماده ۵۵۱ آمده است: «در کلیه جنایاتی که مجنی علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود». بر این اساس هر چند مطابق فتوای مشهور، دیه زن نصف مرد است، عملاً زنی که جنایت دیده یا اولیای او به اندازه مرد دیه دریافت می‌کنند و مازاد از نصف دیه او از بیت‌المال و از صندوق مذکور پرداخت می‌گردد.

علی‌اکبریان نیز معتقد است بر اساس برخی از آیات قرآن کریم، حاکم اسلامی موظف به دو تکلیف است: نخست عمل به احکام شریعت و دیگری عمل به عدالت. در نتیجه در کنار اجرای احکام شرع باید دغدغه اجرای عدالت را نیز داشته باشد. او از «رعایت عدالت در عرصه قانون‌گذاری» سخن می‌گوید و معتقد است اگر اجرای یک حکم ثابت شرعی به دلایلی توسط عرف متشرعه ظالمانه شمرده شود، آن‌گاه فقیه می‌تواند در مقام اجرا بر خلاف آن حکم اولی، حکمی ثانوی را مطرح کند و بدین طریق در سطح عمومی، عدالت را برقرار کند؛ برای نمونه تنصیف دیه زن در ارتباط با احکامی همچون مهریه، وجوب نفقه، جهاد و ضمان دیه بر عاقله است. حال وقتی در فرهنگ عمومی جامعه این احکام عملاً اجرا نشوند، تنصیف دیه زن امری ناعادلانه قلمداد می‌شود. در اینجا تا پیش از عمومی شدن این احکام تعطیل شده، حکومت موظف است در راستای اجرای عدالت در قالب حکمی ثانوی، حکم برابری دیه را اجرا کند (علی‌اکبریان، ۱۳۹۵، ص ۳۴-۳۵).

۳. نقد و بررسی صور بهره‌گیری از عقل در مسائل زنان

بررسی تفصیلی صورتی که پیش‌تر بیان شد، مجال دیگری در حد یک کتاب می‌طلبد. در

این مقام، تنها می‌توان دورنمایی کلی از این صورت‌بندی‌ها را نقد و بررسی کرد. در ادامه، نخست ظرفیت مطلوبی که در کلیت این صورت‌بندی‌ها وجود دارند، تشریح می‌شود و پس از آن به صورت مختصر به برخی از نکات انتقادی لازم اشاره می‌شود.

۳-۱. مطلوبیت بهره‌گیری از عقل

جایگاه عقل بسیار خطیر و پراهمیت است. اولاً در حوزه معارف انسانی، هیچ منبعی به قامت عقل نمی‌رسد؛ تا جایی که هیچ سنجه‌ای برای آن - جز خودش - وجود ندارد و هرچند منابع دیگر - همچون نقل و شهود - با تکیه بر عقل سامان می‌یابند؛ اما سامان عقل به منبع دیگری وابسته نیست و بشر در نظام معرفت‌های خود، تکیه گاهی قوی‌تر از آن ندارد. ثانیاً این عقل در معارف اسلامی نیز مورد توجه خاص است. صرف نظر از قرآن کریم که با نهیب «افلا یعقلون» صاحبان اعتقادات باطل را سرزنش می‌کند، روایات فراوانی نیز بر حجیت آن اقامه شده است^۱ و حتی در برخی روایات به صورت صریح در عرض انبیای الهی، حجت بر مردم شمرده شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۱۶).

آنچه در فقه رایج از بهره‌گیری از عقل دیده می‌شود - چنان‌که پیش‌تر گفته شد - تنها در سه حوزه کم‌توفیق‌تیین‌پذیر است: عقل ابزاری، عقل محتوایی غیرمستقل و عقل محتوایی مستقل. با این همه این سه حوزه اثر چندانی در فتاوی فقهای مستقل از شرع ندارند؛ زیرا اولی تنها محتوای نقلی را صورت‌بندی می‌کند، دومی تنها در ابواب محدودی (مسئله ضد، اجتماع امر و نهی، مقدمه واجب، اجزا و دلالت نهی بر فساد) که پژواک چندانی در فقه ندارند و برخی از این ابواب نیز به کلی فاقد ثمره در مقام فتوا هستند، به کار گرفته می‌شود و در نهایت عقل مستقل نیز در بسیاری از احکام شرعی، آرمانی دست‌نیافتنی است و در موارد محدودی که دسترسی به آن وجود دارد نیز حکم شرعی موازی با آن از پیش مطرح بوده است.

بنابراین عملاً عقل در فقه موجود سهم قابل‌توجهی ندارد و به نظر می‌رسد در صورت‌بندی فقه موجود، به کارکرد محتوایی عقل بی‌مهری شده است. آنچه می‌تواند زمینه کارکرد محتوایی عقل در فقه را فراهم کند، اثبات حجیت عقل ظنی است. چنان‌که

۱. در این خصوص می‌توان روایات فراوانی را مشاهده کرد. برای نمونه ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۱-۲۸، روایات شماره ۱، ۷، ۱۲، ۲۲، ۲۳، ۲۴، ۲۶ و ۳۲.

نقل ظنی جایگاه اصیلی در فقه دارد، عقل ظنی نیز می‌تواند در این جایگاه، ایفای نقش کند. عقل ظنی عقلی است که ورود محتوایی دارد و چه‌بسا تمام مقدمات استدلال فقهی را سامان می‌بخشد؛ اما لزوماً در این میان برهان ارسطویی اقامه نمی‌کند و همچنان احتمال خطای آن وجود دارد. طبیعی است که نمی‌توان به دلیل امکان خطا، حجیت این عقل را منتفی شمرد؛ زیرا به صورت کلی ظنی بودن و احتمال خطا، دلیلی بر عدم حجیت نیست؛ و گرنه اخبار آحاد که بخش عمده‌ای از فقه با تکیه بر آنها سامان یافته است، پیش‌تر دچار این نقیضه بودند و باید اعتبار آنها مردود اعلام می‌شد و این نکته (نبود ملازمه میان خطاپذیری عقل و نامعتبر بودن آن) مسئله‌ای است که خود اصولیان در مصاف با اخباریان به آن تصریح کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۵).

نگارنده کاملاً به این نکته واقف است که عقل ظنی در پیشینه اندیشه فقیهان جایگاهی ندارد و حتی ملاصدرا که فیلسوف و عقل‌گراست و اعتبار حداکثری برای آن قائل است، هر چند حجیت عقل را ذاتی می‌داند؛ اما استناد به عقل در مقام فتوای فقهی را صحیح نمی‌داند و عقل را در مقام دستیابی به احکام الهی ناتوان می‌شمارد و معتقد است خود عقل بر این عجز تصریح می‌کند. به اعتقاد او تنها معدودی از احکام عقلی از طریق قاعده ملازمه و مستقلات عقلیه دست‌یافتنی است و بیش از این از توان عقل بیرون است (ملاصدرا، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۷۳).

طبیعی است که حل و فصل همه‌جانبه این مسئله از این مجال بیرون است؛ اما به نظر می‌رسد ذکر یک نکته خالی از لطف نیست. امروزه روابط فردی و اجتماعی در سایه شکل‌گیری تمدن مدرن به پیچیده‌ترین شکل ساختاری خود در طول تاریخ بشر رسیده است. هر چه در مسیر تاریخ زندگی بشر به عقب می‌رویم، این روابط بیشتر به سمت بساطت و سادگی سوق می‌یابند و از ابعاد وجوه گسترده و ابهام‌آفرین آنها کاسته می‌شود. دانش فقه در جهان گذشته به سادگی می‌توانست نیازهای مخاطبان خود را تأمین کند و روابط آنها را تنظیم نماید. اما اگر این دانش از یک منظر حداکثری به دنبال اداره انسان از گهواره تا گور باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲۱، ص ۲۸۹)، آن‌گاه در دنیای مدرن و به صورت خاص در دوره‌ای که دانش فقه عهده‌دار مدیریت و حکمرانی بر یک جامعه چندبعدی و با شبکه‌ای از روابط در هم تنیده شده است، احساس نیاز به اعتبار و حجیت عقل به مراتب بیش از پیش شده است.

تا دیروز ملاصدرا نیز عقل را در فقه نامعتبر می‌شمرده است؛ زیرا نیازی به آن نداشته است؛ اما امروز نویسندگان می‌کوشند پای عقل را به صورت‌های گوناگون به فقه باز کنند؛ زیرا نیازمند این حضورند و حل و فصل چالش‌های فقهی را بدون توجه به آن ناممکن تلقی می‌کنند. به نظر می‌رسد این نیاز جدید می‌تواند ظرفیت به فعلیت نرسیده عقل را در مقام استنباط فعال کند و به صورت کلی تلاش‌های عقلی که در راستای حل مسائل زنان شده است، با همه کاستی‌ها در مسیر این نیاز تلقی می‌شوند و معتنم‌اند.

۲-۳. برخی نکات تأمل‌برانگیز در صورت بهره‌گیری از عقل در مسائل زنان

یکم. مسئله بسیار مهمی که برای تثبیت این مطالعات لازم است و کمتر به آن پرداخته شده، اثبات حجیت «عقل ظنی» است. چنان‌که بیان شد، فی‌الجمله فصل مشترک این صورت‌بندی‌ها بهره‌گیری از عقل ظنی و معتبر شمردن آن است. اثبات حجیت عقل ظنی یک فرایند طولانی است. نخست باید محقق مبنای خود را تنقیح کند و انسدادی یا انفتاحی بودن خود را نمایان سازد. در مرحله بعد اگر انفتاحی است، باید به ادله‌ای پردازد که در رد اعتبار عقل اقامه شده است و دلالت آنها را مخدوش اعلام کند (کار سلیبی) و اگر انفتاحی است، افزون بر تلاش پیشین، کار او مشکل‌تر می‌شود و باید ادله متقن و محکمی نیز بر حجیت عقل ظنی اقامه کند (کار ایجابی). در مرحله بعد لازم است حدود و ثغور این عقل ظنی را نمایان کند و تمایز آن با ظنون نامعتبری همچون قیاس، استحسان و مانند آن را نشان دهد و مرزبندی میان آنها را نمایان کند. این همه در حالی است که به حسب جست‌وجوی نگارنده، مراحل فوق کمتر در مطالعات معاصر تبیین شده است و این چالش مهمی است که لازم است رفع شود.

دوم. اثبات حجیت عقل به هیچ دلیل بیرونی نیاز ندارد؛ درعین حال سخنان قابل تأمل برانگیزند. او از سویی «حجیت ذاتی عقل» را مطرح کرده و از سوی دیگر از «حجیت

۱. به صورت کلی اصولیان دو دسته‌اند: عده‌ای در عصر غیبت باب قطع و ظن معتبر در خصوص اکثریت احکام شرع را مسدود می‌دانند و در نتیجه اصل اولیه در ظنون را حجیت و اعتبار آن می‌شمارند و تنها ظنی را از دایره اعتبار خارج می‌دانند که دلیل قطعی بر عدم حجیت آن اقامه شده باشد، مانند قیاس. اما عده‌ای دیگر باب قطع و ظن معتبر در عصر مذکور را مفتوح می‌دانند و در نتیجه اصل و قاعده اولیه در ظنون را بی‌اعتباری و حجیت نداشتن می‌شمارند؛ مگر ظنی که با دلیل قطعی، حجیت آن اثبات شده باشد، مانند خبر واحد. روشن است که بر مبنای اول، دایره ظنون معتبر بسیار گسترده می‌شود؛ اما در مبنای دوم، دایره ظنون معتبر تنها به ظنونی محدود خواهد شد که دلیل قطعی بر حجیت آنها وجود دارد.

عقل جمعی» سخن می‌گوید؛ از این رو معلوم نیست مقصود او اعتباربخشی به دریافت‌های عقلی و مستقل شخصی است یا در صدد اثبات حجیت ارتکاز و سیره عقلاست. اگر مقصود اولی باشد، به تصریح خود او به‌رغم حجیت عقل می‌توان در «تحقق عقلانیت» تشکیک کرد و این دقیقاً چیزی است که اصولیان با ادبیاتی دیگر مطرح می‌کنند. به اعتقاد اصولیان تشخیص‌های فردی عقلی در تعارض با دستورهای شرعی، اساساً حکم عقلی قابل قبولی نیستند؛ زیرا بدون دسترسی به مناطات احکام شرع صادر شده‌اند. این در حالی است که خود عقل اعتراف می‌کند به مناطات احکام دسترسی ندارد؛ به‌ویژه اینکه این مناطات می‌توانند در متعلق حکم نباشند؛ بلکه در اصل صدور حکم باشند و در نتیجه حکم امری صرفاً تبعدی باشد. بنابراین طبق این احتمال، آنچه او عقلانی خوانده، از سوی اصولیان امری غیرعقلانی است و نزاع در اینجا صغروی خواهد بود، نه کبروی و روشمندان. اما اگر مقصود او احتمال دوم باشد، آن‌گاه باید توجه کرد که خرد جمعی یا سیره عقل از سوی بسیاری از اصولیان معتبر شمرده شده است، مشروط بر اینکه این سیره از عقلاً بما هم عقلاً صادر شده باشد و متأثر از قوای دیگری همچون عواطف، امیال و احساسات آدمی نبوده باشد (مظفر، ۱۳۸۷، ص ۲۴۴/ حکیم، ۱۴۱۸ق، ص ۲۸۳). بر همین اساس گفت شده است: «اگر عقل وجود مصلحت و مفسده را به صورت نوعی در افعال درک کند، به‌گونه‌ای که تمامی عقلاً در این درک برابر باشند، مانند وجود مفسده در استفاده از مواد مخدر، آن‌گاه در این موارد، حکم عقل وسیله‌ای برای کشف حکم شرعی خواهد بود» (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۸۹). در این صورت باز هم نزاع صغروی خواهد بود؛ زیرا عمده سیره‌های ادعایی در تعارض با احکام شرع از منظر اصولیان سیره‌های خالص و از آن نوع عقلاً نیستند و مناشیء دیگری دارند؛ و گرنه اگر سیره عقلی محض باشند، آن‌گاه حتماً مطابق با دیدگاه شارع است که خود رئیس‌العقلاست.

سوم. قاعده عدالت در تفسیر صانعی از جهاتی مبهم است. اولاً نسبت آن با برخی نصوص مشخص نیست. اگر قرآن کریم عدالت را با تفسیر عرف معتبر شمرده و ملاک تشخیص حکم الهی قرار داده است، آن‌گاه به چه دلیل این فهم عرفی در تقابل با نصوص شرعی ناکارآمد است؛ ولی در تقابل با ظنون اثرگذار است. او بر همین پایه، فهم عرف در برابری دیه را مقدم بر روایات می‌داند؛ زیرا روایات در این باب، سنداً و دلالتاً خدشه‌پذیرند (ر.ک: صانعی، ۱۳۹۷، ص ۶۰۹-۶۳۳)؛ اما فهم عرف در موضوع برابری ارث را مؤثر

نمی‌داند؛ زیرا تنصیف ارث نص قرآن است و از امارات ظنی به دست نیامده است (همان، ص ۱۸۶-۱۸۸). به نظر می‌رسد لازمه این دیدگاه این است که حتی در نصوص نیز هنگامی که با عدل عرفی تقابل دیده می‌شود، دست ببریم و مثلاً آنها را مقطعی و ناظر به عصر شارع بشماریم و تفصیل او میان نصوص و ظواهر در اینجا مبهم است. ثانیاً به اعتقاد او عدالت با برداشتی که عرف از آن دارد، معتبر است و احکام شرع در چارچوب عدل عرفی تفسیر می‌شوند. اما دقیقاً معلوم نیست این عرف کدام عرف است. بسیاری از مسائل هستند که فهم‌های عرفی در خصوص آنها متکثر و متنوع است و هر کسی از ظن خود تجویزی در خصوص آنها دارد؛ مثلاً در خصوص حد لازم پوشش بر زن و مرد، طیفی از دیدگاه‌ها وجود دارد که یک سر آن برهنگی مطلق و سر دیگر آن پوشش کامل است. در این موارد، عرف معتبر کدام است؟ اگر چاره کار اعتباربخشی به همه آنها باشد، سر از نسیت و بلکه لغویت تشریح در می‌آورد و اگر باید یکی از آنها را صرفاً ترجیح داد، در اینجا ملاک ترجیح چیست؟

چهارم. تحلیل مجتهد شبستری به نسیت اخلاق و فقه می‌انجامد. وقتی عدالت هیچ تفسیر و تعریف ثابتی نداشته باشد و در هر عصر، تعریف آن به مردم واگذار شده باشد، هرگز نمی‌توان از اصول ثابت اخلاقی و به دنبال آن قوانین فقهی و بلکه هیچ قانون ثابت و قابل التزامی سخن گفت. وقتی عدالت عنصری عصری قلمداد می‌شود و از عدل زمانه سخن به میان می‌آید، عدالت از هرگونه محتوا تهی می‌شود و به قالبی صوری تبدیل خواهد شد که متناسب با شرایط - چه شرایط زمانی و چه شرایط مکانی - می‌توان در آن محتوایی ریخت. در این صورت هیچ نظام تجویزی را نمی‌توان ارزیابی کرد؛ زیرا هر کسی نظام ارزشی خود را عادلانه و متناسب با شرایط عصری و زمانی تلقی می‌کند. افزون بر این ارسال کتب و رسل نیز عملی لغو خواهد شد؛ زیرا ملاک همان عدل و ظلم زمانه است که عقل عصری آن را می‌یابد و آنچه در متن شرایع ذکر شده، همه مختص به عصر نزول و اموری رهن خواهند بود که تعمیم آنها به زمانه بعد خطاست. با وجود این عاقلانه‌تر این است که خداوند به جای ارسال شرایع که موجب این همه رهنی شده است، مردم را به عقل خودشان واگذار کند.

پنجم. احکامی که بر پایه کشف مصلحت یا عدالت در مقام اجرا صادر می‌شوند، حکم ثانوی نیستند؛ بلکه در حقیقت همان حکم اولی با موضوعی جدید قلمداد می‌شوند. احکام

شرع تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند و حدوث و بقای هر حکمی که در شریعت آمده است، در گروی حدوث و بقای این ملاک‌های واقعی است. بنابراین آنچه تغییر می‌کند، احکام شرع نیست تا دو گانه «حکم اولی و ثانوی» شکل گیرد؛ بلکه موضوع احکام شرع و ملاک‌های واقعی این احکام است که تغییر می‌پذیرد و به تبع آن حکم تغییر می‌کند.^۱

آری در غالب احکام عبادی و تعبدی، تغییر این ملاکات منتفی است؛ به‌ویژه در جایی که ملاکات در متعلق تکلیف نباشند و در اصل تکلیف منظور شده باشند؛ اما در خصوص احکام اجتماعی اسلام که طبعاً راه‌حلی برای تنظیم روابط اجتماعی و بسط عدالت در ساختار این روابط هستند، تغییر ملاکات و تبدیل مصالح و مفاسد، امری کاملاً محتمل است. بنابراین نمی‌توان حکم بر پایه مصالح یا عدالت در مقام اجرا را حکمی بیرون از دایره احکام اولی شرع شمرد؛ بلکه تعبیر صحیح‌تر این است که هر دو حکم را حکم اولی شرع و «مادام‌الموضوع» بشماریم و در نهایت تفاوت آن دو را در موضوع و تغییر مصالح و مفاسد در آن بدانیم.

ششم. در باب کشف مصلحت، توجه به این نکته نیز لازم است که به کار نگرفتن مصلحت در مقام افتا نزد عموم فقیهان، دو دلیل دارد: نخست اینکه آنان عقل را در سلسله علل احکام حجت نمی‌شمارند و دیگر اینکه کشف مصلحت‌های یادشده نیازمند مراجعه به افراد خیره و شور با متخصصان مربوطه است. این در حالی است که سنت افتا از این دو فرایند تهی است و بدون توجه مستقل به عقل و به صورت فردی شکل می‌گیرد. کارآمدی فقه و پاسخ‌گویی آن به مسائل پیچیده امروزی متضمن تصحیح هر دو روند است. هم لازم است جایگاه عقل مستقل در استنباط فقهی بازاندیشی شود و هم لازم است فردگرایی در مقام افتا بررسی شود. از این منظر، پیچیدگی‌های روابط اجتماعی در دنیای مدرن، ایجاب می‌کند اولاً نصوص شرعی برای قضاوت‌های فقهی کافی نباشند و جایگاه عقل مستقل در کنار آنها باز تعریف شود و ثانیاً تشخیص‌های فردی برای شکل‌گیری روند موفق افتا کافی نباشند؛ بلکه به‌ویژه در حوزه شناخت موضوعات، فقیه به متخصصان غیرفقهی که در این حوزه می‌توانند درک صحیحی به او منتقل کنند نیز مراجعه کند.

۱. به‌هر روی نکته‌ای که در این بند اشاره شد، به عنوان اشکالی در ذهن نگارنده وجود داشت تا اینکه در برخی از تحقیقات معاصر نیز دیده شد (ر.ک: علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۶۸۱).

هفتم. آنچه در فرایند کشف عقلانی مصلحت رخ می‌دهد، توسعه در خود این فرایند، به این معنا نیست که عقل ظنی موجب کشف‌های جدیدی شود. فقیهان در موارد کشف مصلحت از سویی از طریق ادله معتبر، مصلحت در یک عمل - مانند مصلحت اجرای حدود - را درک می‌کنند و از سویی دیگر از طریق تحصیل اطمینان عقلایی یا حتی قطع و نه یک دریافت ظنی صرف، مفسده‌ای که اجرای تمامی حدود برای نظام اسلامی یا بازتاب چهره اسلام در جهان کنونی دارد را لحاظ می‌کنند و مفسده یادشده را اهم از مصلحت آن حکم می‌بینند و به همین دلیل از اجرای آن صرف نظر می‌کنند. یا اینکه موضوع جدیدی را با حکم اولی جدیدی، اما در همان فرایند بهره‌گیری از اطمینان عقلایی صادر می‌کنند. در این فرایند، تنها مصادیق جدید و توجهاتی نو به مسائل زنان رخ داد است و اموری مانند ولایت قهری پدر و تعدد زوجات و مانند آن در فرایند فوق تحلیل می‌شوند؛ بدون اینکه عقل ظنی فردی در این فرایند منشأ استنباط حکمی اولی جدید یا حکمی ثانوی شده باشد. هشتم. تعمیم آموزه‌های خردستیز به آموزه‌های ظنی در کلام فنایی پذیرفتنی است؛ مشروط بر اینکه مقصود از خردستیزی ظنی در این مقام را ظن شخصی ضعیف ندانیم؛ بلکه ظن غالب نوعی بشماریم که به همان ارتکاز و سیره عقلا باز می‌گردد. در عبارات ایشان نیز به وفور قید «عقلا» مشاهده می‌شود (فنایی، ۱۳۹۴، ص ۲۴۵-۲۴۸). در نتیجه سخن در این است که اگر حکم ظنی مستفاد از دلیل نقلی در تعارض با ارتکاز عقلا قرار گرفت، آن‌گاه در سیره عقلا که بن‌مایه حجیت اخبار آحاد است - چنین نقل‌هایی اعتبار ندارند. این سخن در حقیقت تبیین زوایای حجیت سیره عقلاست و نباید آن را بر حجیت عقل ظنی شخصی تطبیق کرد. نکته دیگر در این دیدگاه، محدودیت صغریات آن است. در مقابل آموزه‌های مستفاد از ادله نقلی می‌توان ظنون شخصی مخالف فراوانی یافت؛ اما اینکه در ارتکاز نوع عقلا مخالفت وجود داشته باشد و آنها به‌رغم تطفن به کاستی‌های عقل مدرن یا برخی حکمت‌های پنهان دستورهای اسلامی، همچنان آن آموزه را خردستیز بشمارند، اول‌الکلام است. پیداست که بر اساس دیدگاه اصولیان، آنچه از ارتکازات و سیره عقلا معتبر است، سیره عقلا بما هم عقلاست؛ و گرنه اگر ارتکازات مبتنی بر عواطف، عادات، امیال، شبهات و مانند آن باشد، ارتکاز عقلایی معتبری نیست (ر.ک: حکیم، ۱۴۱۸ق، ص ۲۸۶).

نتیجه‌گیری

۱. در مطالعات فقهی معاصر در باب مسائل زنان، بهره‌گیری از عقل گسترش یافته است و

به صرف عقل ابزاری و محتوایی مستقل و غیرمستقل بسنده نشده؛ بلکه به نوعی عقل ظنی محل استدلال قرار گرفته و در ردیف امارات معتبره حجت شمرده شده است.

۲. مطالعات فقهی معاصر از عقل ظنی برای دستیابی به احکام اولی متمایزی در مسائل زنان بهره برده‌اند. این احکام اولیه در ذیل اصول چهارگانه «تقدم حکم عقل مستقل بر نصوص»، «قاعده عدالت به حکم عقل عرفی»، «اعتبار حکم ظنی عقل» و «سیر تکاملی و تاریخی عدالت» تبیین پذیرند. هریک از این اصول صرف نظر از پژوهشی که در مسائل فقهی دیگر دارند، بازتاب‌هایی در مسائل زنان نیز داشته و کوشیده‌اند تمایزات فقهی میان زن و مرد را کاهش دهند.

۳. این مطالعات از عقل ظنی برای دستیابی به حکم ثانوی نیز بهره برده‌اند. برخی از موضوعات مربوط به زنان در عصر حاضر قرین با مفسده‌های اجتماعی شده‌اند و «مصلحت» ایجاب می‌کند اجرایی نشوند. چنانچه برخی دیگر در مقام اجرا توسط حکمرانی اسلامی، از نگاه عرف عقلایی ناعادلانه شمرده می‌شوند و ضرورت «عدالت در مقام اجرا» مانع از اجرای آنها خواهد شد.

۴. فرصت مغتنمی که از خلال این مطالعات به دست می‌آید، جبران غیبت عقل در فرایند استنباط است که می‌تواند رفته رفته با تعمیق این مطالعات برطرف شود. بسط و تعمیق این مطالعات و نقد و بررسی آنها می‌تواند ظرفیت مغفول عقل را در مقام استنباط احکام فقهی به فعلیت برساند.

مطالعات مذکور عمدتاً در مقام کشف حکم اولی، دچار چالش‌هایی نیز هستند. حجیت عقل ظنی در این مطالعات در یک فرایند تفصیلی به بحث گذاشته نشده است و مبانی اصولی لازم برای آن تنقیح نشده است. افزون بر این برخی ابهامات نیز در آنها دیده می‌شود؛ چنان که برخی لوازم ناپذیرفتنی مانند نسبت احکام اخلاقی و فقهی نیز در پاره‌ای از آنها وجود دارد.

منابع و مأخذ

* قرآن کریم.

۱. ابن منظور، محمد بن مكرم؛ لسان العرب؛ ج ۲، بیروت: دار الفكر للطباعة، ۱۴۱۴ق.
۲. اصفهانی، سید ابوالحسن؛ وسیله النجاة مع حواشی الإمام الخميني؛ قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، ۱۴۲۲ق.
۳. انصاری، مرتضی؛ فرائد الاصول؛ قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسين بقم، ۱۴۱۶ق.
۴. حر عاملی، محمد؛ وسائل الشيعه؛ ج ۲۱ و ج ۲۶، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
۵. حکيم، محمد تقی؛ الأصول العامه فی الفقه المقارن؛ قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع)، ۱۴۱۸ق.
۶. حلّی، حسن بن یوسف؛ تحرير الأحكام الشرعيه علی مذهب الإمامیه؛ قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
۷. رشید رضا، محمد؛ تفسیر المنار؛ ج ۴؛ بیروت: دار المعرفه، ۱۴۱۴ق.
۸. سبحانی تبریزی، جعفر؛ إرشاد العقول الی مباحث الأصول؛ قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ق.
۹. صانعی، یوسف؛ رویکردی به حقوق زنان؛ قم: فقه الثقلین، ۱۳۹۷.
۱۰. صانعی، یوسف؛ برابری ديه (زن و مرد، مسلمان و غیر مسلمان)؛ قم: فقه الثقلین، ۱۳۸۴.
۱۱. صدر، محمد باقر؛ الفتاوی الواضحه و فقاً لمذهب أهل البيت (ع)؛ بیروت: دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۳ق.
۱۲. طباطبایی، سید محمد حسین؛ المیزان فی تفسیر القرآن؛ ج ۴، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۰ق.
۱۳. طریحی، فخرالدین؛ مجمع البحرین؛ ج ۲، تهران: مرتضوی، ۱۳۷۵.
۱۴. علی اکبریان، حسنعلی؛ قاعده عدالت در فقه امامیه؛ قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶.
۱۵. علی اکبریان، حسنعلی؛ «نقش عدالت در قانون گذاری در حکومت اسلامی»؛ کاوشی نو در فقه، س ۲۳، ش ۱، ۱۳۹۵.

۱۶. علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و عقل؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱.
۱۷. علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و مصلحت؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰.
۱۸. فنایی، ابوالقاسم؛ اخلاق دین‌شناسی؛ تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۴.
۱۹. فنایی، ابوالقاسم؛ دین در ترازوی اخلاق؛ تهران: صراط، ۱۳۹۵.
۲۰. فیومی، احمد بن محمد؛ المصباح المنیر؛ ج ۲؛ قم: مؤسسه دار الهجرة، ۱۴۱۴ق.
۲۱. قابل، احمد؛ شریعت عقلانی؛ نسخه الکترونیک، ۱۳۹۱ «الف»، در: www.ghabel.net.
۲۲. قابل، احمد؛ مبانی شریعت؛ نسخه الکترونیک، ۱۳۹۱ «ب»، در: www.kadivar.com.
۲۳. کاتوزیان، ناصر؛ ارزش سنت و جذبۀ عدالت در توارث همسران؛ نقد و نظر، س ۵، ش ۱، ۱۳۷۷.
۲۴. کدیور، محسن؛ حق الناس؛ تهران: کبیر، ۱۳۸۸.
۲۵. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۱، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۲۶. مجتهد شبستری، محمد؛ تقدی برقرائت رسمی از دین؛ تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۲۷. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی؛ «قانون اصلاح ماده ۱۰۴۱»؛ بازیابی شده در تاریخ: ۱ تیر ۱۳۸۱، در: <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/99682>.
۲۸. مظفر، محمدرضا؛ اصول الفقه؛ قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۷.
۲۹. ملاصدرا؛ شرح اصول الکافی؛ ج ۱، محقق: محمد خواجوی؛ تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی، ۱۳۸۳.
۳۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله؛ صحیفه نور؛ ج ۲۰، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
۳۱. مهریزی، مهدی؛ شخصیت و حقوق زن در اسلام؛ تهران: علمی فرهنگی، ۱۳۹۵.
۳۲. نایینی، محمدحسین؛ اجود التقریرات؛ ج ۲، قم: مطبعه العرفان، ۱۳۵۲.