

عقل در مبانی تحلیل اقتصادی حقوق در مقایسه با حقوق اسلامی (با تکیه بر انگاره‌های علامه طباطبائی (ره))^۱

سید مصطفی محقق داماد^۲، محمدامین کیخای فرزانه^۳
(تاریخ دریافت مقاله: ۹۶/۱۱/۱۳ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۷/۸/۲۶)

چکیده

تحلیل اقتصادی حقوق تلاشی جذاب و چالش‌برانگیز برای به کار گرفتن مفاهیم و روش‌های استدلال اقتصاد مدرن مبتنی بر عقل اقتصادی یا عقل ابزارگرا است تا فهمی عمیق‌تر و عقلانی‌تر نسبت به مشکلات حقوقی به دست آید آنچه در نگاه رویکرد شناسی به این مکتب مشهود است اهمیت مقاصد و اهداف در حکمت عملی (بایدها و نبایدها) و نقش عقل به عنوان طراح ابزارهای تامین مقاصد است که دید بشر را گسترش می‌دهد و از جمود خارج نموده و همواره بشر را به طراحی ابزارهایی بهتر رهنمون می‌سازد؛ حال تبیین چنین جایگاهی برای عقل انسان در فلسفه فقه نیازمند مذاقه و بررسی است. آنچه از بررسی مکاتب فقه و حقوق اسلامی به دست می‌آید آن است که در فقه اسلامی مکتب فقه مقاصدی و دیدگاه علامه طباطبائی (ره) چنین رویکردی را دارد و این عقل بشر است که ابزارهای لازم را برای وصول به غایات مدنظر طراحی و جرح و تعدیل می‌نماید لذا به نظر می‌رسد عقل ابزارگرا از این حیث مورد تأیید شارع باشد و برخی تعابیر مانند مصالح مرسله و استصلاحات ... نیز با همین رویکرد مطمح نظر اندیشمندان مسلمان بوده است و نظریه اعتباریات مرحوم علامه طباطبائی نیز با مکتب فقه مقاصدی قرابت مبنایی دارد.

واژگان کلیدی: تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق اسلامی، عقل ابزارگرا، فلسفه اعتباریات، مکتب عقل‌گرا.

۱. این مقاله از پایان نامه دکتری جناب آقای محمدامین کیخای فرزانه در دانشگاه علامه طباطبائی (ره) استخراج یافته است.

۲. استاد دانشگاه شهید بهشتی (ره)، (نویسنده مسئول)؛ Email: mdamad@me.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)؛

Email: mohamad_amin110@yahoo.com

مقدمه

از گام‌های اولیه در ساخت بنای علوم انسانی اسلامی، بحث از تعریف، جایگاه و اعتبار عقل است.

کارکرد عقل در شناخت اعتباریات و به تبع جایگاه آن در ادراک مسائل اخلاقی، امری است که پیوسته ذهن متفکرین را از گذشته تا به امروز به خود مشغول داشته است. در واقع عقل به‌عنوان موجودی انکارناپذیر در همه‌ی ابنای بشر، می‌تواند در صورت پرهیز از خطا و اشتباهات نفسی و میلی، به‌عنوان زبان مشترک آدمیان در این کره‌ی خاکی فارغ از هرگونه تعلقات و پیشاذهنیات عارضی، زمینه را برای رسیدن به یک درک مشترک فراهم آورد.

برخی اسلام‌شناسان معاصر با درک اهمیت این مطلب در بسیاری از آثار به جا مانده از خود به بحث پیرامون جایگاه عقل در تحدید مرزهای حق و تکلیف یعنی اعتباریات پرداخته‌اند و مقاله‌ی حاضر به دنبال تقریر و موشکافی نظرات این عده از متفکرین تحت عنوان مکتب عقل‌گرا می‌باشد؛ بویژه که مکتب حقوق اقتصادی در سده گذشته مهم‌ترین مکتب تحلیلی حقوقی بوده است و بر عقل اقتصادی یا همان عقل ابزارگرا تأکید ویژه داشته است؛ لذا این سؤال مطرح می‌شود که آیا فلسفه حقوق اسلامی با عقل ابزارگرا به‌عنوان منبع اعتبار در مکتب حقوق اقتصادی مسالمت و موافقت دارد یا خیر. این تحقیق در صدد ارائه پاسخ به سؤالات زیر است:

۱. مکتب حقوق اقتصادی، چه جایگاهی را برای عقل در اعتبار گزاره‌های حقوقی در نظر می‌گیرد؟

۲. مبانی حقوق اسلامی که از طریق منشأ مشروع اعتبار می‌شوند چیست؟ و نقش عقل در این زمینه چه خواهد بود؟

در این تحقیق نظرات صاحبان اندیشه فلسفی که به تشریح مبانی اعتباریات پرداخته‌اند، همچون علامه طباطبائی و برخی از تابعین ایشان استفاده خواهد شد.

۱. مفاهیم، مبانی و تاریخچه مکتب حقوق و اقتصاد

تعامل حقوق و اقتصاد پیشینه‌ای طولانی دارد. زیرا برخی از نویسندگان پیش‌تر اعلام کرده بودند که؛ «حقوق‌دانی که علم اقتصاد مطالعه نکند، دشمن جامعه است»^۱ نگرش

1. Justice Brandies (1916).

اقتصادی به حقوق ابتدا در آمریکای شمالی شکل گرفت. ریشه‌های مکتب تحلیل اقتصادی حقوق در سده هجده و آثار آدام اسمیت^۱، سزار بکاریا^۲، کندورست^۳ و جرمی بنتام^۴ یافت می‌شود. در سده نوزدهم این گرایش با مقاله معروف «مساله هزینه اجتماعی» رونالد کوز^۵ - برنده جایزه نوبل - در نظریه حقوقی مطرح شد. بدین‌سان، نگرش اقتصادی به حقوق در نوشته‌های گری بکر^۶ در زمینه «اقتصاد تبعیض» - که هرچند به‌طور خاص درباره حقوق نیست، گام نخست در گسترش اقتصاد به رفتار غیر بازاری محسوب می‌شود - همچنین، این گرایش در آثار گیدو کالابرسی^۷ در «زمینه مسئولیت مدنی» و دمسیز والچیان^۸ در زمینه «حقوق اموال» یافت می‌شود که می‌توان از آن‌ها نیز به‌عنوان پیشگامان این مکتب یاد کرد. هم‌زمان با نشر این آثار، مجله‌های «حقوق و اقتصاد» و «مطالعات حقوقی» نیز در این زمینه مقاله‌هایی منتشر کردند و با انتشار کتاب معروف ریچارد. ای پازنر، یعنی «تحلیل اقتصادی حقوق» در سال ۱۹۷۲ جریان حرکت مکتب سرعت گرفت. مکتب حقوق و اقتصاد یا تحلیل اقتصادی حقوق و یا نظریه به «حداکثر رساندن ثروت»، از فلسفه پیامدگرایی عدالت الهام می‌گیرد بر اساس دیدگاه طرفداران این مکتب، هر عملی که موجب افزایش ثروت شود عادلانه و مباح است و هر عملی که ثروت را کاهش دهد ناعادلانه و ممنوع است. از نظر تحلیل اقتصادی حقوق، قراردادها تأسیس اقتصادی مهمی هستند؛ زیرا موجب تخصیص کارآمد کالاها و خدمات می‌شوند. همچنین، هدف حقوق قراردادی، تسهیل معامله کارآمد و ترمیم نارسایی‌های بازار است [۷، ص ۸؛ ۵۲].

مطالعه حقوق، موضوعی آرمانی برای اقتصاددانان محسوب می‌شود، زیرا ثروت مادی را برای ارزیابی نظریه‌های رفتار انسان عاقل فراهم می‌سازد. از دیدگاه علم اقتصاد، عامل

1. Adam Smith, *Wealth of nations*, 1776, at: <http://www.bibliomania.com/2/1/65/112/frame.html>.
2. Esar Beccaria, *on crimes and punishment*, 1764, at: http://www.constitution.org/cb/crim_pun28.htm.
3. Marquis de Condorcet, *Essai sur L'application de la analyse a la probabilité des desicions rendus a la pluralite des voix*, 1785, at: <http://www.jstor.org>.
4. Gemy Bentham, *The theory of legislation, Principles of the civil code*, 1789, at: <http://www.jstor.org>.
5. Ronald H. Coase, *The problem of social cost*, *Journal of law and economics*, 1960, at: www.sfu.ca/~allen/Coase_JLE1960.pdf.
6. Gray Becker, *The Economics of Discrimination*, 1957, at: <http://www.jstor.org>.
7. Guido Calabresi, *some thought on risk distribution and the law of torts*, *Yale law journal*, 1961, at: <http://www.jstor.org>.
8. Armen A. Alchian and Harold Demsetz, *production, information costs, and economic organization*, 1972, at: <http://www.jstor.org>.

اقتصادی تلاش می‌کند سود خود را، با توجه به محدودیت‌ها افزایش دهد. بنابراین، سخن بر سر افرادی است که در مجموعه بازار، بر اساس قیمت‌های بازاری و درآمد تصمیمات اقتصادی می‌گیرند. ولی تصمیمات غیر بازاری نیز از دیدگاه اقتصادی قابل بررسی هستند. در تحلیل جدید اقتصادی حقوق، قلمرو آن از بازارهای سنتی فراتر می‌رود و درباره بازارهای غیراقتصادی مانند بازار جرائم، بازار حل‌وفصل تعارض، بازار اختراع و غیره ... نیز به کار می‌رود. بدین‌سان، در گرایش جدید این مکتب بر نقش حقوق و نهادهای حقوقی در بازارهای اقتصادی و غیراقتصادی تأکید شود.

نگرش جدید اقتصادی به حقوق از نظر قوت نظریه‌پردازی موضوع آن، یعنی حقوق غیر بازاری با نگرش پیشگامان این مکتب تفاوت دارد. نگرش اقتصادی به حقوق ناشی از این عقیده در علم اقتصاد است که علی‌الاصول، نظریه انتخاب عقلایی برای وصول به مقاصد بر تمام رفتارهای بشری قابل اعمال است. از نظر اقتصاددان معروف، آقای روبینز، از آنجا که زمان و ابزارهای رسیدن به اهداف و جایگزین‌های مناسب آن‌ها محدود هستند و اهداف را از نظر اهمیت می‌توان تقسیم‌بندی کرد، پس ضرورت دارد رفتار به شکل انتخاب صورت گیرد و این امر جنبه اقتصادی است (۵۶، ص ۳). با وجود این، برخی از نویسندگان با مکتب تحلیل اقتصادی حقوق مخالفت کرده‌اند و برخی دیگر نیز با نگرش طرفداران دیدگاه شیکاگو به مخالفت برخاسته‌اند. در این میان نیز جمعی از نویسندگان با علم اقتصاد به‌طور کلی مخالفت کرده‌اند و عده‌ای نیز از نگرش اقتصادی به حقوق انتقاد نموده‌اند... [۵، ص ۳۰].

۱.۱. تبارشناسی رابطه حقوق و اقتصاد

در دو قرن گذشته رابطه حقوق و اقتصاد سه مرحله را پشت سر گذاشته است: تعامل بین حقوق و اقتصاد، تأثیر علم اقتصاد در حقوق در قالب روش‌شناسی، تأثیر علم اقتصاد در علم حقوق در غایات قواعد حقوقی آنچه مشهود است رشد خزنده تأثیر اقتصاد بر علم حقوق است [۴۴]. نویسندگان قرن هجدهم، اعم از حقوقدانان، فلاسفه و اقتصاددانان، مسائل مربوط به روابط بین اخلاق، اقتصاد و حقوق را با هم مورد مطالعه قرار داده و آن‌ها را از هم جدا نکرده‌اند: چنین رویه‌ای که قبلاً نزد طرفداران «فلسفه مدرسی» محسوس بوده است، در آثار نمایندگان مکتب حقوق طبیعی و حقوق بشر، فیزیوکرات‌ها و نخستین نظریه‌پردازان اقتصاد سیاسی جدید تثبیت شده است؛ موضوع

«فرد» نقطه تلاقی هسته اصلی تفکر و مرجع مشترک حقوقدانان و اقتصاددانان بود؛ حقوقدانان طرفدار حقوق طبیعی، مانند گروسیوس^۱، «فرد» را هدف و منشأ حقوق می‌دانستند. از نظر آنان، حقوق، که تابع قوانین دارای نظم طبیعی تغییرناپذیر است، باید در درجه اول نیازهایی را که ناشی از طبیعت انسانی فرد است برآورده سازد؛ از آنجا که انگیزه، محرک اصلی فرد است، وظیفه حقوق این است که به خواسته‌ها و انگیزه‌های مختلف افراد نظم و ترتیب دهد و بین آن‌ها مصالحه برقرار سازد؛ همچنین قرارداد وسیله‌ای است حقوقی که به فرد این امکان را می‌دهد تا به بهترین وجه رضایت‌مندی و نیازهایش را برآورده سازد. فیزیوکرات‌ها و اقتصاددانان آزادی‌خواه نیز «فرد» را به‌عنوان موجودی متشکل از انگیزه‌ها و نیازها، که فعالیت‌هایش از طرف ابزار حقوقی قرارداد تجلی پیدا می‌کند، تلقی می‌کردند.

۱.۲. معیارهای نگرش اقتصادی به حقوق

در نگرش اقتصادی، حقوق، قواعد و نهادهای حقوقی بر مبنای «کارایی اقتصادی»^۲ مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. اینکه گفته می‌شود افراد همواره درصدد به حداکثر رساندن رفتار خود هستند در خصوص رفتار و عکس‌العمل آنان نسبت به حقوق و قواعد حقوقی هم صدق می‌کند؛ پس نخست باید این نکته روشن شود که کارایی اقتصادی به چه معنی است و افراد درصدد به حداکثر رساندن چه چیزی هستند:

در این خصوص که از لحاظ اقتصادی کارایی به چه معنی است اتفاق نظر وجود ندارد و نظریه‌های مختلفی مانند «وضعیت بهینه‌ی پارتو»، «وضعیت برتر پارتو»، «معیار کالدور - هیکس»، «به حداکثر رساندن مطلوبیت» و «کارایی به‌عنوان راهبرد و خط‌مشی» ارائه شده است؛ از نظر آقای ریچارد پوزنز آنچه از نظر اقتصادی کارا محسوب می‌شود و حقوق باید آن را برآورده سازد «به حداکثر رساندن ثروت»^۳ است [۷، ص ۱۸].

یکی از اصول اساسی نگرش اقتصادی به حقوق این است که رابطه‌ی مستقیمی بین نوع قواعد حقوقی، تغییر قواعد حقوقی و رفتار انسان وجود دارد و روش و ابزارهای مورد استفاده‌ی اقتصاد خرد می‌تواند نظریه‌ای قابل قبول برای پیش‌بینی رفتار افراد در صورت تغییر قواعد حقوقی و بررسی مجدد کارکرد نهادهای حقوقی ارائه کند. این نظریه

1. Grotius.

2. economic efficiency.

3. wealth maximization.

دربردارنده‌ی سه اصل است:

- حقوق بر رفتار افراد تأثیر می‌گذارد؛
- تأثیر حقوق بر رفتار افراد ماهیت اقتصادی دارد؛
- حقوق ابزاری است برای دستیابی به اهدافی خاص (کارایی اقتصادی و افزایش ثروت).

۳.۱. عقلانیت و انتخاب عقلانی^۱

در تحلیل اقتصادی حقوق، عقلانیت به این معناست که به دلیل کمبود، مردم در فرایند انتخاب به‌گونه‌ای عمل می‌کنند که به نظر آن‌ها در شرایط محدودیت منابع، بهترین شیوه رسیدن به پیامدهای مورد علاقه آن‌ها فراهم می‌شود. عقلانیت مبانی پیش‌بینی رفتار اقتصادی را فراهم می‌سازد و فرض بر این است که مردم عاقل به‌گونه‌ای عمل می‌کنند که منافع شخصی خود را به حداکثر می‌رسانند. به این معنا که چنین فرض می‌شود که عامل اقتصادی عاقل، سود یا منفعت خود را به حداکثر می‌رساند، ولی هیچ ملازمه‌ای وجود ندارد که وی همواره به هزینه دیگران سود خود را به حداکثر برساند [۱۷، ص ۱۴]. در واقع، شخص اقتصادی عاقل، بسان انسان متعارف و محتاط در حقوق است. اعمال نظریه اقتصادی به این مفهوم نیست که همه اشخاص همواره عاقل هستند و به‌صورت عقلانی رفتار می‌کنند، همان‌طوری که در علم حقوق همه بر اساس معیار انسان متعارف رفتار نمی‌کنند؛ با وجود این در علم حقوق همواره از معیار انسان متعارف استفاده می‌شود؛ لذا عقل در این مقام قوه‌ای از بشر است که مبتنی بر نیاز خود و برای جلب منفعت از آن استفاده می‌نماید در نتیجه غایت او نفع شخصی است و از همه چیز در راستای این هدف استفاده و بهره‌برداری می‌نماید [۵۷].

فرض عقلانیت از این نظر در حقوق اهمیت دارد که از نظر حقوقی بین رفتارهای مختلف افراد تفاوت وجود دارد. در صورتی‌که مردم عاقل باشند آن‌ها انگیزه‌ها و عدم انگیزه‌های خود را نسبت به قواعد حقوقی، مانند جریمه، مجازات و خسارت‌ها در صورت ارائه رفتار عقلانی، نشان می‌دهند. برای نمونه، در حقوق کیفری برای عنصر سوءنیت و اعمال ناشی از قصد، مجازات سنگین‌تری نسبت به اعمال غیرعمدی پیش‌بینی شده است. در کمبود، خواه در سهمیه‌بندی حقوق و مزایا یا تخصیص منابع، انتخاب صورت می‌گیرد. علم اقتصاد مطالعه انتخاب‌های افراد مانند تصمیمات صادره از دادرسان،

1. La Rationalite.

تصمیم انسان‌های در معرض خطر، انتخاب طرفین دعوا و یا حقوق‌دان در واکنش به ضررها، انتخاب قاعده حقوقی و مانند این‌ها است (۵۶، ص ۲۰).

در شرایط کمبود، انتخاب الزامی است. انسان در صورتی که محیط او تغییر یابد، رفتار خود را به گونه‌ای سازگار می‌نماید که از این تغییر سود ببرد. این گرایش به صورت فرمول بیان می‌شود و مردم به انگیزه‌ها پاسخ می‌دهند.^۱ این انگیزش‌ها ناشی از امکان تعدیل نوع خود یا پیشگیری از زیان ناشی از برخورد با طبیعت یا دیگران است. گاهی این انگیزش ناشی از حقوق است، برای نمونه در فرضی که دستمزد حداقلی برای کارگر تعیین می‌شود؛ او انگیزه زیادی برای تلاش دارد. در واقع، در واکنش به تغییر اوضاع و احوال، انسان تلاش می‌نماید آنچه را که به نظر او بهترین قسمت است به خود اختصاص دهد. این فرض را در علوم اجتماعی انتخاب عقلانی می‌نامند. تصمیم‌گیرنده عاقل در حل موضوع، از میان پیامدهای مورد علاقه (ارزش‌ها) اعمالی را توصیف می‌کند که او می‌تواند در پیگیری این‌ها (انتخاب‌ها) به عهده گیرد. او در نزد خود تعیین می‌کند که هر عمل در چه صورتی و با چه هزینه‌ای (ارزش‌گذاری) منجر به نتایج مطلوب می‌شود و بیشترین ارزش را برمی‌دارد (انتخاب)

با استفاده از الگوی انتخاب عقلانی، رفتار انسان به صورت قاعده کلی بیان می‌شود. در واقع، یک خط ارشادی قابل پیش‌بینی از رفتار انسان‌ها ارائه می‌شود؛ چنین فرض می‌شود که انسان‌ها همواره در میان گزینه‌های متفاوت، موردی را انتخاب می‌کنند که بیشترین رضایت را برای آن‌ها دارد. برای نمونه، در صورتی که هزینه یک گزینه (قیمت مال برای خریدار) افزایش یابد، اشخاص بسیار کمی این گزینه را انتخاب می‌کنند (قانون تقاضا). در انتخاب عقلانی، تصمیم‌گیری مبتنی بر اطلاعات تصمیم‌گیر درباره گزینه‌ها و پیامدهای آن‌ها است. او بهترین گزینه‌ای را که می‌شناسد انتخاب می‌کند.

مفهوم عقلانیت در اقتصاد به این معناست که مردم همواره بیشتر را بر کمتر ترجیح می‌دهند و منافع خالص، خواه مطلوبیت و فایده، ثروت، یا منافع مورد نظر خود را به حداکثر می‌رسانند. نظریه انتخاب عقلانی مبتنی بر چند فرض اساسی است: امکان تعویض و جایگزین‌سازی،^۲ اصل تعادل ارزش نهایی و کاهش بازده نهایی^۳ و ترجیح‌ها و سلیقه‌های ثابت.^۴

1. People respond to incentives.

2. Substitutability.

3. Marginality or equi – marginal principle.

4. Fixed tastes and preferences.

منظور از ترجیح‌های ثابت این است که سلیقه‌ها و خواسته‌های افراد، مفروض و پایدار فرض می‌شوند. این فرض ناظر به رفتار عقلانی است. در صورتی که سلیقه‌ها با گذشت زمان تغییر یابند یا به انتخاب‌های گذشته تبدیل شوند، ترجیح‌ها دیگر ثابت نیستند.^۱ فرض اقتصادی از عقلانیت نه تنها بهترین ملاحظه برای تصمیم‌گیری فردی بلکه برای عنوان یکی از روش‌های شناسایی پاسخ قابل پیش‌بینی گروهی از افراد (بازارها) به تغییرات در عواملی است که بر انتخاب تأثیر می‌گذارند. از این رو، عقلانیت را باید ملاحظه رفتار دانست نه ملاحظه فرایندهای منطقی شخصی (۵۱، ص ۱۱)

۲. نقش عقل در حقوق اسلامی

آنچه از حقوق اسلامی اصطیاد می‌شود آن است که علم حقوق هدف نیست؛ بلکه یک وسیله است. در واقع علوم دستوری از سنخ عقل عملی هستند که اعتبار می‌شوند و در مقابل عقل نظری وجود دارد که مبنا و هدف را در اعتبار بایدها یا همان حکمت عملی روشن می‌نماید [۴۲، ص ۲۲؛ ۱۲، ص ۴۵؛ ۱۳، ص ۱۴؛ ۱۰، ص ۱۰].

از دیدگاه حقوق اسلامی علوم نظری با علوم عملی ارتباط دارند و بیگانه نیستند، به عبارت دیگر، علوم نظری جهان‌بینی است و علوم عملی ایدئولوژی است، مثل منطق دیالکتیک و فلسفه مادی مارکسیست‌ها که جهان‌بینی آنهاست و ایدئولوژی آنها بر اساس این جهان‌بینی است. در واقع اسلام با تبیین ارزش‌های خاص در جامعه که تأمین‌کننده غایات اجتماعی اسلام هستند، حقوق را در جوامع به سمت وسوی خاصی سوق می‌دهد زیرا حقوق ناشی از ارزش‌های هر جامعه است. لذا آنچه در این مقام مدنظر است حقوق به معنای قواعد حقوقی یا همان بایدها و نبایدها هستند که باید دید این بایدونبایدها از کجا نشأت می‌گیرند [۱۲، ص ۱۸].

قضایا در هر علمی ممکن است اعتباری محض باشد یا ریشه در حقایق داشته باشد و یا ممکن است خبری یا انشائی باشد. در علم حقوق قضایا چون الزام‌آور هستند، انشایی‌اند. پس نیاز است منشاء این الزامات بررسی شود بنابراین علم حقوق یک علم توصیفی نمی‌باشد که قضایای آن از واقعیات حکایت کنند [۴۲، ج ۱، ص ۱؛ ۱۲، ص ۲۸].

1. Ibid, p 21.

۱.۲. مبنا، منشأ و غایت حقوق اسلامی

به نظر می‌رسد مبنای حقوق همان اقتضاء در علم اصول است که مترتب بر یک حسن و قبح ماقبل از تشریح و اعتبار است و این مهم در حقوق اقتصادی همان منافع مبتنی بر اقتصاد خرد معنی می‌شود که با توجه به آن‌ها شارع بناء حقوق و فقه را که مقتضی است، اعتبار می‌کند و به علت جامع بودن حق تعالی از حیث علم و حکمت تنها اوست که به اقتضائات بشری علم دارد و می‌تواند مقتضی و بناء حقوق را متناسب با واقعیات یا مصالح و مفاسد بشر (که همان حسن و قبح‌های ثابت عالم هستند) اعتبار و تشریح کند. در این رابطه به نظر می‌رسد افرادی که مبنای منشأ و منشأ را در حقوق به صورت مرادف معنا می‌کنند ناخواسته به اشتباه و خلط پنهانی دچار شده‌اند؛ یعنی طریقی که ما به الزام شارع دست پیدا می‌کنیم در واقع منابع حقوق تنها جنبه‌ی کاشفی دارد از اراده‌ی شارع و در فقه و اصول به آن‌ها ادله و مدارک احکام گویند و به یک بیان همان عقل و نقل هستند [۱۲، ص ۳۰؛ ۱۳، ص ۸۳].

هدف حقوق همان علت غائی حقوق است که در بسیاری مواقع با مبنای حقوق رابطه‌ای تنگاتنگ دارد مثل اینکه در بسیاری نظام‌های حقوقی عدالت مبنای حقوق و هدف حقوق شمرده می‌شود.

در حقوق اسلام و نزد حقوق دانان و فقیهان اسلامی، قانون و قاعده‌ای معتبر است که اراده تشریحی خداوند به آن تعلق گرفته باشد و تا پیش از آن، هیچ الزام و وجوب یا حرمتی برای مکلفان وجود ندارد. از طرفی چون مبدأ قانون‌گذاری، ذات اقدس الهی است و حکمت علم از صفات خداوند است، هیچ قانون و قاعده‌ای بدون مصلحت یا مفسده‌ای که موجب الزام به انجام یا ترک عمل شود، انشا نمی‌شود [۳۲، ص ۱۸۲؛ ۴۳، ص ۳۹].^۱ حال ممکن است این اراده انشائیه از طریق نقل به دست بشر برسد و یا از

۱. در مورد این که احکام شرعی دارای چند مرحله هستند، بین اصولیان اختلاف است. برخی، از جمله محقق خراسانی و پیروان او، احکام شرعی را دارای چهار مرحله می‌دانند: مرحله اول، مرحله اقتضاء، یعنی صلاح و فساد که در ذات اشیاء وجود دارد که مستلزم حسن و قبح آن‌ها می‌شود. مرحله دوم، مرحله انشا، یعنی مرحله‌ای که شارع مقدس بر اساس همان مصلحت‌ها یا مفسده‌ها، حکم مناسبی را جعل می‌کند. مرحله سوم، مرحله فعلیت، یعنی مرحله بعث به انجام مأمور به یا رجز منهی عنه. مرحله چهارم، مرحله تنجز، یعنی مرحله‌ای که حکم، به مکلف می‌رسد و در ترک فعل واجب یا ارتکاب فعل حرام، هیچ عذری از او پذیرفته نیست. عده‌ای از اصولی‌ها، احکام شرعی را دارای دو مرحله می‌دانند که آن دو مرحله عبارت‌اند از مرحله انشا و مرحله فعلیت، مراحل اقتضا و تنجز را جزء مراحل حکم نمی‌دانند؛ ولی به هر حال تقریباً همه اصولیان اتفاق نظر دارند که شارع مقدس در مرحله انشا بر اساس مصالح و مفاسد نفس الامری حکم مناسب را جعل می‌کند.

طریق عقل، در نتیجه عقل در فلسفه حقوق اسلامی می‌بایست به‌عنوان منبع اعتبار در نظر گرفته شود و یا به تعبیر دیگر عقل کاشف است در حیثه اذن و تعیین شارع وضع قاعده نماید (در چارچوب معین) در نتیجه در فلسفه حقوق اسلامی بایستی جایگاه عقل روشن شود. در فلسفه حقوق اسلامی بیشتر بحث از مبانی و منابع و اهداف حقوق اسلامی است و لکن فقها بیشتر در کتب فقهی متعارف در زمینه منابع حقوق بحث کرده‌اند که همان طرق ایصال به حکم شارع حکیم است. چرا که در مکتب اقتصادی نیز آنچه واضح است آن است که عقل جایگاه بی‌بدیل و بی‌مانندی را به خود اختصاص داده است و کلیه استنتاجات رویکرد اقتصادی به حقوق مبتنی به تحلیل عقلی است چه در مقام وضع قاعده و چه در مقام تفسیر و تطبیق قواعد.

۲.۲. نظریه حسن و قبح یا همان شناخت منفعت در حقوق اسلامی

برای روشن‌تر شدن مبحث حسن و قبح و بررسی نظریات مختلف در این زمینه و به دلیل اینکه در نظر بسیاری، حسن و قبح افعال دایر مدار مصالح و مفاسد است و در حقوق اقتصادی نیز کارایی یعنی قاعده‌ای که بیشترین نفع را تأمین نماید به توضیح این دو می‌پردازیم [۳۹، ص ۲۰۱]. مصلحت و مفاسد عبارت است از فواید یا ضررهایی که بر فعل مترتب می‌شود که از آن به علت غایی تعبیری کنند و در تصور، مقدم و در وجود، مؤخر است؛ مثلاً فایده‌ای که بر ساختن تخت یا صندلی مترتب می‌شود و عبارت از نشستن روی آن می‌باشد، مصلحت این فعل است و تصور آن بر فعل مقدم است؛ زیرا تجار اول فایده آن را در نظر می‌گیرند و سپس به ساختن آن اقدام می‌کنند ولی وجود آن بعد از فعل محقق می‌شود زیرا پس از آنکه ساخته شد بر روی آن می‌نشینند [۹؛ ۲۸، ص ۱۰۵؛ ۴۱].

از مهم‌ترین وجوهی که به دلیل آن، حقوق اسلام و خصوصاً مکتب حقوقی امامیه را از پیروان حقوق مکتب عقل‌گرا می‌شمارند، پذیرش مساله مستقلات عقلی از سوی جمهور اصولیان شیعه است. میان اصولی‌ها این بحث مطرح است که آیا آنچه را عقل خوب یا بد می‌داند، شارع نیز آن را واجب یا حرام می‌داند یا خیر؟ صرف‌نظر از اختلاف اصولیان در این زمینه که به تبع آن، برخی، اصل مساله را منکر شده‌اند، مشهور اصولیان شیعه معتقدند که چون خداوند، منبع فیض و خیر مطلق است، ممکن نیست امری را که عقل قبیح بشمارد، به آن امر کند یا عملی را که عقل نیکو بداند، خدا مطابق آن فرمان ندهد [۲۰، ص ۱۳۲؛ ۴۰، ص ۲۱۳]؛ به همین مناسبت گفته‌اند: «بر هر چه عقل

حکم کند، شرع نیز حکم می‌کند و به هر چه شرع فرمان دهد، عقل نیز فرمان می‌دهد» و آن را به صورت یک قاعده حقوقی به کار می‌برند^۱ البته حکم شارع در این موارد از باب تأکید است و جنبه ارشادی دارد و «حاکم» در این موارد، عقل مستقل است [۴۰، ص ۲۱۳]. آنچه این توجیه را تقویت می‌کند، آن است که مراد از مستقلات عقلی، امور چنان بدهی دانسته شده که عقل مستقل، بدون کمک شرع، بی‌هیچ تردیدی بر آن حکم می‌کند [۳۶، ج ۱، ص ۵۰] و عقل مستقل که در پاره‌ای موارد به آن «عقل فطری» [۴، ص ۱۰؛ ۳۷، ج ۱، ص ۴۵] نیز می‌گویند، عقلی مبرم از شوائب و اوهام است و به طور طبیعی و فطری، مستقلاً داوری می‌کند در این مقام فقهاء امامیه سعی بر تفسیر بسیار مضیق از عقل و حجیت آن نموده‌اند حال آنکه به نظر می‌رسد عقل بشر در حیثه اباحت نیز می‌تواند چه در مقام حاکم (در مقام وضع قانون) و چه در مقام شخص در قالب وضع قرارداد خصوصی از عقل برای اعتبار ابزارهای مورد نیازش بهره کافی را ببرد در واقع حکم عقل در این موارد به دلیل کاشفیت از حکم شرع، معتبر است؛ به همین جهت، داوری عقل نمی‌تواند برخلاف اصول احکام شرع باشد چنان‌که مرحوم شیخ انصاری و اخلاف او نیز در بحث بیع و شروط این مهم را پذیرفته‌اند و از عرف به‌عنوان مبرز عقل ابزاری نام می‌برند و اعتبارات بین الاثنی را صحیح و دارای حجیت می‌دانند [۳۵، ص ۵۰، ج ۱، ص ۲، ج ۳].

۳.۲. تحلیل اندیشه علامه طباطبائی در خصوص نقش عقل ابزارگرا در حکمت عملیه

در تفکر علامه طباطبائی، حسن و قبح جایگاه رفیع مبنایی در نظام سازی حکمت عملیه دارد. با این حال به نظر می‌رسد علامه، حسن و قبح را مرادف مصالح و مفاسد نفس الامری نمی‌داند و با تحلیلی اعتباری از حسن و قبح، اعتبار عقل ابزارگرا را در حکمت عملیه فراهم می‌نماید. علامه دست عقلانیت نظری را در بازشناسی تکوین و دست عقلانیت عملی را در اعتبار بر اساس این تکوین کاملاً باز می‌گذارد و به نظر می‌رسد در دیدگاه علامه طباطبائی، حسن و قبح از جمله اعتبارات قبل از اجتماع‌اند؛ یعنی اعتباریاتی که انسان از آن جهت که انسان است و قوای تکوینی فعاله دارد، برای

۱. قاعده: «کل ما حکم به الشرع حکم به العقل و کل ما حکم به العقل حکم به الشرع». برای اعتبار عقل مستقل و وجود حسن و قبح عقلی، در کتاب‌های اصول فقه، به آیات متعددی از قرآن استناد شده است: از جمله: «قل ان الله لا یامر بالفحشاء» اعراف/۲۸/۷، «ان الله یامر بالعدل و الاحسان و اتقاء ذی القربی و ینهی عن الفحشاء و المنکر و البغی» نحل/۹۰/۱۶، «قل انما حرم ربی الفواحش» اعراف/۳۳/۷.

رابطه با جهان خارج ایجاد می‌کند و بدون آن‌ها دست به کاری نمی‌زند. از منظر علامه: «می‌توان گفت که خوبی و بدی در ملائمت و موافقت یا عدم ملائمت وی با قوهی مدرکه می‌باشد و چون هر فعل اختیاری ما با استعمال نسبت و جوب انجام می‌گیرد، پس ما هر فعلی را که انجام می‌دهیم، به اعتقاد اینکه به مقتضای قوهی فعاله است، انجام می‌دهیم؛ یعنی فعل خود را پیوسته ملایم و سازگار با قوه فعاله می‌دانیم و همچنین ترک را ناسازگار می‌دانیم [۲۵، ص ۳۱۷].»

واقعیت این است که در اندیشه‌ی علامه طباطبایی، پیوندی ناگسستنی میان نیازهای طبیعی برآمده از ساختار طبیعی و تکوینی انسان یا همان قوای فعاله و احساسات درونی مرتبط با این نیازها از یک طرف و اعتباریات عملی یا پندارهای عملی از طرف دیگر وجود دارد. به سخن دیگر، اعتبار تابع تکوین و نیاز و کسب منافع شخصی است [۲۵، ص ۱۵؛ ۱۲، ص ۳۹؛ ۱۰] و بدین ترتیب با تغییر این احساسات و انگیزه‌ها، بی‌تردید این اعتباریات و پندارها نیز دستخوش تغییر و تحول خواهد شد. اولین اعتبار عملی البته اعتبار و جوب است که عام بوده و هر فعلی که از انسان صادر می‌شود، با اعتقاد و جوب صادر می‌شود [۲۵، ص ۳۰۱]. اعتبار من باید سیر شوم به‌عنوان مصداقی از اعتبار و جوب نوعی نسبت بین من و احساس سیری است و در اصل بین قوهی فعاله (جهاز هاضمه) و فعل خوردن است که از جای اصلی خود برداشته شده و بین انسان و احساس سیری برقرار می‌شود.

از دیدگاه علامه طباطبایی، اعتبار حسن و قبح را که انسان قبل از اجتماع نیز آن را ایجاد می‌کند، باید مقدم بر اعتبار و جوب دانست. این و جوب همان حکم عقل ابزارگرا است که در قالب‌های مختلف سعی می‌کند آن حسن را تأمین نماید. به سخن دیگر، حالت سیری به این دلیل وصف باید را پیدا می‌کند که ملائمت با نفس و قوای طبیعی دارد: تردید نیست که ما بسیاری از حوادث طبیعی را دوست داریم و چون خوب می‌دانیم، دوست داریم و حوادث دیگری را دشمن داریم و چون بد می‌دانیم، دشمن داریم [۲۵، ص ۳۱۷].

در هر حال، نکته‌ی مهمی که از عبارت‌های علامه استنباط می‌شود، این است که حسن و قبح دو صفت اعتباری‌اند که ملاک آن‌ها چیزی جز ملائمت و عدم ملائمت با قوای فعاله یا تکوین نیست و چون اعتباریات عملی مولود یا طفیلی احساساتی هستند که مناسب قوای فعاله می‌باشند و از جهت ثبات و تغییر و بقا و زوال تابع آن احساسات

درونی‌اند و احساسات نیز دو گونه‌اند: احساسات عمومی لازم نوعیت نوع و تابع ساختمان طبیعی... و احساسات خصوصی قابل تبدیل و تغییر. از این‌رو باید گفت اعتباریاتی عملی نیز دو قسم هستند:

۱. اعتباریاتی عمومی ثابت مانند... اعتبار اجتماع...؛

۲. اعتباریاتی خصوصی قابل تغییر مانند... اشکال گوناگون اجتماعات [۲۵، ص ۳۱۳].
 علامه البته حسن و قبح را همانند اعتبار اجتماع از جمله اعتباریاتی ثابت و غیر متغیر می‌داند. باین‌حال، تردیدی نیست که محتوای این حسن و قبح یا اشکال گوناگون حسن و قبح همانند اشکال گوناگون اجتماعات بسته به زمان و مکان متغیر خواهد بود؛ تا آنجا که علامه لازم می‌بیند تصریح کند که تغییر اعتبارات خود یکی از اعتبارات عمومی است. از این منظر، اعتبار حسن بودن عدالت و قبیح بودن ظلم نیز از مصادیق اعتباریاتی ثابت است؛ ولی محتوای آن یا اشکال آن متغیر خواهد بود [۲۵، ص ۳۱۷]. به همین دلیل است که می‌توان گفت ثبات و تغییر اعتباریاتی تابع ثبات و تغییر انگیزه‌های انسان است. این تحلیل علامه از حسن و قبح اعتباری را از نظر ما می‌توان اندیشه‌ی حقوق عقل‌گرایی متغیر در اعتباریاتی و حکمت عملیه نام نهاد که در ادامه وجه وحدت و ثبات این نظام باید‌ها و نبایدها نیز در بیان علامه طباطبائی روشن خواهد شد.

۲.۳.۱. عامل ثبات شریعت در عین تغییر ابزارهای اعتباری

علامه به همان سبک جامعه‌شناسانی چون ابن خلدون [۲، ص ۱۵۷] بر تأثیر آب‌وهوا بر طبع انسان، کمیت و کیفیت احتیاجات و بر احساسات درونی و افکار و اخلاق اجتماعی تأکید و تغییر ادراکات اعتباری و محتوای این ادراکات را تابعی از تغییر و تحول طبیعت تکوینی می‌داند و اختلاف در افکار اجتماعی و آداب‌ورسوم را طبیعی ارزیابی می‌کند. علامه دایره‌ی تأثیرپذیری ادراکات اعتباری را به نوع شغل افراد نیز توسعه می‌دهد؛ چراکه نوع شغل افراد در طبیعت تکوینی انسان و به دنبال آن احساسات درونی و به تبع آن ادراکات اعتباری مؤثر است [۲۵، صص ۳۳۰-۳۳۱]. او حتی پیشرفت علم و دانش را که محصول عقلانیت نظری است، در تحول و تغییر طبیعت تکوینی و در نتیجه اعتباریاتی مؤثر می‌داند.

همان‌طور که ملاحظه شد، به نظر می‌رسد اعتبار عملی حسن و قبح در نظام‌سازی اخلاقی و به تبع آن در نظام‌سازی حقوقی نزد علامه دارای جایگاه رفیع مبنایی و نه

منبعی است؛ هرچند تحلیل علامه از این اعتبار نشان از متابعت آن از امور متغیر دارد و این اعتبار عام با محتوای متغیر نظام حقوقی و اخلاقی نسبی را نتیجه می‌دهد که البته در غایات و حسن و قبح ثابت شریعت می‌تواند عامل ثبات آن را فراهم نماید. مطالعه تحلیل علامه از اعتبار استخدام تأکید می‌نماید عقل بشر اعتبارهای مختلف را ایجاد می‌نماید تا به غایات خود در نظام حسن و قبح واصل شود و البته این مهم بایستی در چارچوب مقاصد و غایات ثابت شریعت قرار گیرد. اعتبار استخدام نزد علامه همان منفعت‌طلبی فردی است که به نظر می‌رسد حتی مبنای توجیهی سایر اعتباریات و از جمله اعتبار حسن و قبح و اعتبار اجتماع بوده، مقدم بر آن‌ها باشد. از دیدگاه علامه:

«انسان با هدایت طبیعت و تکوین پیوسته از همه سود خود را می‌خواهد (اعتبار استخدام) و برای سود خود سود همه را می‌خواهد (اعتبار اجتماع) و برای سود همه، عدل اجتماعی را می‌خواهد (اعتبار حسن عدالت و قبح ظلم)» [۲۵، ص ۳۲۳].

بدین ترتیب، شاید بتوان نوعی سودانگاری بنتامی (۴۸) که مبنای تحلیل اقتصادی حقوق را ایجاد می‌نماید را مبنای حسن و قبح و در نتیجه مبنای نظام اخلاقی و نظام حقوقی علامه دانست که در نتیجه طبق این مصلحت عقل بشر نیز با توجه به رشد خود در اعصار و امصار ابزارهای لازم را جهت تأمین این مقصود (در حیطه حکمت نظری) فراهم می‌نماید. از دید برخی از اندیشمندان، ادراکات اعتباری علامه طباطبایی را باید توجیه‌گر خواسته‌های آدمی دانست. عقل عملی نقشی جز تصویب و توجیه این خواسته‌ها و سودجویی‌ها ندارد. بدین ترتیب حسن و قبح را باید تابع خواسته‌ها و نیازهای آدمی دانست و نه برعکس. این بدین معنی است که حسن و قبح مطلق و به تبع آن اخلاق و حقوق مطلق و ثابت وجود ندارد [۲۴، ص ۱۱]. این عده می‌گویند علامه با نظریه‌ی حسن و قبح اعتباری خود در همان مسیری حرکت کرده که مارکس حرکت کرده است و آن مسیر چیزی جز ایدئولوژی دانستن اخلاق و حقوق نیست. حقوق و اخلاق از آنجا که مبتنی بر خواسته‌ها بوده، خوب تلقی می‌شوند و معیار پیشینی برای خوب ارزیابی کردن گزاره‌های آن‌ها وجود ندارد.

شایان ذکر است که علامه به‌جای اصطلاح طبع، گاه اصطلاح سعادت زندگی بشری «یا» بناء عقلاء را به کار می‌برد و موافقت و منافرت با سعادت زندگی بشر یا بناء عقلاء را ملاک حسن و قبح معرفی می‌کند [۲۷، ص ۱۰].

با این حال، به نظر می‌رسد مرحوم علامه با توجه به شأن شارع که تعیین غایات و

قالب زندگی بشر است نقش عقل را به تعبیر آیت‌الله جوادی آملی همان رسول باطنی می‌داند که ماذوناً عن الشارع در چارچوب غایات شارع که همان مصالح کل هستند [۳۳، ص ۶۰] دست به اعتبار و وضع قاعده می‌زند در این حالت عقل خود اعتبار کننده است و از ابزار اعتبار برای تأمین مقاصد شریعت بهره می‌گیرد لذا اصطلاح سعادت زندگی بشری، اگرچه ممکن است تغییر را از سطح مفهوم به سطح مصداق بکشاند، در واقع نسبت در اهداف و قالب شریعت یا همان مصالح عالیه شریعت رخ نمی‌دهد بلکه در ابزارهای اعتباری عقل عملی رخ می‌دهد که این ابزارها در طول زندگی بشر رشد و نمو یافته و تغییر نموده است اما این نسبت در ابزار است نه در اصول و غایات.

۲.۳.۲. اعتباریات عقلی معتبر در حقوق اسلامی از دیدگاه علامه طباطبائی

مرحوم علامه همه‌ی گزاره‌ها در حکمت عملیه را اعتباری دانسته و اعلام می‌کند که: «أن کل مسأله منها فعدنها مقدمه مطویه، بها تتم النتيجة و هی إن الشارع جری علی هذا البناء و لم یردع عنه [۲۷، ص ۱۴۹].»

معنای این سخن علامه این است که تنها اعتباری می‌تواند صحیح تلقی شود که شارع مقدس آن را رد نکرده و بدین ترتیب تأیید ضمنی کرده باشد. این به معنای ضرورت همسویی اعتبار انسانی با اراده‌ی تشریحی الهی است [۳۴، ص ۷۴].
عده‌ای تصور نموده‌اند: این نظر علامه را باید نه به معنای رد اندیشه‌ی عدالت طبیعی تغییرپذیر نزد وی، که به معنای تناقض در اندیشه‌ی او تعبیر کرد [۴، ص ۶۲]. لکن نمی‌توان نتیجه‌ی تحلیل علامه را از حسن و قبح و عدالت و مبنای اعتباریات نسبی شدن اخلاق دانست؛ [۱۹، ص ۸۳] چرا که شریعت با تعیین مقاصد خاص علی‌الخصوص در حیطه غیر عبادات (توصلیات) وصول به هدف را با احاله تعیین ابزار به عقل بشری یا همان عرف (به تعبیر شیخ انصاری) مدنظر دارد و تأمین اهداف و غایات حقیقت شریعت است و موجب ثبات دین در عین اعتبار عقل ابزارگرا در حیطه اعتباریات خواهد بود [۴، ص ۱۰].

۲.۳.۳. آثار اعتباریات متغیر بشر و رابطه‌ی آن با اراده‌ی تشریحی الهی در

اندیشه‌ی علامه طباطبائی

تحلیل علامه از حسن و قبح طبیعی این پرسش‌های مهم را ایجاد می‌کند: رابطه‌ی این موارد در موضوع ایجاد قاعده‌ی حقوقی با اراده‌ی تشریحی الهی از یک طرف و با عقلانیت

تجربی نمادیافته در دولت یا وجدان اجتماعی که نقش تشریح را می‌تواند بر عهده داشته باشد، از طرف دیگر، چگونه رابطه‌ای است؟ آیا این عدالت طبیعی نباید در بازشناسی محتوای خود مجالی مناسب به عقلانیت تجربی بدهد؟ آیا در بازشناسی این محتوا، اساساً نیازی به اخذ کمک از اراده‌ی تشریحی الهی دارد؟ آیا این عدالت می‌تواند معیاری برای سنجش میزان اعتبار قاعده‌ی حقوقی شرعی و دولتی باشد و به عبارت دیگر، نقش مبنایی داشته باشد؟

می‌توان با این توجیه که گزاره‌های اعتباری عقل از مقام فعل الهی انتزاع گردیده یا به عبارت دیگر، محصول اراده تکوینی الهی است [۱۹، ص ۱۳۰؛ ۳۴، ص ۷۶]، تا حدی اعتبار عقلی را همسو با اعتبار شرعی دانست.

بدین ترتیب، به نظر می‌رسد با عدالت اعتباری و حسن و قبح اعتباری علامه، باید به سمت پذیرش نوعی کثرت‌گرایی در حکمت عملیه (از جمله قاعده حقوقی) با توجه به رشد بشر حرکت کرد. البته اندیشه‌ی اعتباری علامه از دو مسیر می‌تواند این کثرت‌گرایی را موجب شود: اول با ارتقای جایگاه دکترین (اجتهاد تشریحی و نه فقط استنباطی) که می‌تواند نمادی از رویکرد عقل‌گرایانه باشد و از آنجا که اعتباریات علامه تقریر همان تعامل متافیزیک و واقعیت است، به دکترین نقشی انعطاف‌پذیر می‌دهد و آن را محدود به تفسیر و تبیین گزاره‌های عقل عملی یا همان مستقلات عقلیه نمی‌کند؛ دوم، با ارتقای جایگاه عقلانیت تجربی نمادیافته در اراده‌ی دولت یا مردم؛ اگر عدالت طبیعی علامه در عقلانیت نظری شهودی و عقل عملی تابع آن خلاصه می‌شد و جنبه کاملاً متافیزیکی پیدا می‌کرد، نقش دولت به ضمانت اجرا و ایجاد قواعد حقوقی فنی در این جهت محدود می‌شد؛ ولی به نظر می‌رسد استخدام اعتباری علامه نقش ایجاد قواعد حقوقی ماهوی و نه صرفاً فنی را به دولت می‌دهد؛ زیرا بعد تجربی یا واقع‌گرایانه‌ی ماهیت آن چنین اقتضایی دارد. با همین استدلال باید انتظار داشت که وجدان اجتماعی با منبع عرف نقش قابل‌توجهی در ایجاد قواعد حقوقی ماهوی داشته باشد و آنجا که علامه سخن از اخلاق اجتماعی به میان می‌آورد [۲۵، ص ۱۵۷]، به نظر می‌رسد به همین وجدان اجتماعی نظر دارد که به تعبیر شیخ انصاری در قالب عرف ظهور و بروز می‌یابد و البته بناء عقلاء نیز از حیث تسالم عملی بر امری نشان از همین امر دارد که عموم مردم امری را متناسب با طبع بشری دانسته و در مقام حکمت عملی نیز بدان ملتزم هستند [۴، ص ۱۵۰].

نتیجه‌گیری

در تحلیل اقتصادی حقوق، تأمین منافع حداکثری غایت علوم دستوری از جمله حقوق خواهد بود که مبتنی بر علاقه‌ها و ترجیح‌های شخصی افراد است و عقل ابزارگرا در حیطه روابط بین الاثنی با اعتبار قرارداد و در حیطه اجتماع با اعتبار قانون سعی خواهد داشت علائق فردی و اجتماعی را که همان مصالح و منافع شخصی یا اجتماعی هستند را تا حد امکان تأمین نماید. این دو مهم در مبنای علامه طباطبائی همان حسن و قبح شخصی یا اجتماعی است که عقل بشر به‌عنوان رسول باطنی با استخدام علوم اعتباری جهت وصول به منافع و مصالح در چارچوب تأمین مقاصد شریعت، واصل گردد و به قراردادهای بین اشخاص که برای تأمین نیازهایشان به‌عنوان یک ابزار اعتباری استفاده می‌شود تا حد امکان مهر صحت بگذارد و آن‌ها را معتبر بداند و در وضع قوانین نیز از طریق ابزارهای اعتباری مبتنی بر عقل نیز بستر لازم جهت تأمین اهداف اشخاص را در قالب شریعت فراهم نماید لذا حقوق اسلامی در دیدگاه علامه طباطبائی بر مبنای مصالح و مفاسد شکل می‌گیرد که در واقع شارع به‌صورت ثابت برای بشر وضع نموده است و عقل نیز در حیطه این غایات و مقاصد می‌تواند با توجه به تکامل خود ابزار لازم اعتباری را در حیطه حقوق موضوعه وضع نماید و این به معنای تغییر و نسبت در ابزار و ثبات در غایات و مقاصد حقوق اسلامی است این مهم در لسان فقهاء نیز در قالب عنصر زمان و مکان، عرف، تغییر موضوع و بالتبع تغییر حکم تجلی می‌یابد.

در روش تحلیلی علامه، نباید در حیطه منطقه الفراغ (حیطه لا الزام) منعی برای پذیرش استحسان و غیره باشد، چراکه بنا شد ابزارهای عقلی اعتباری و متغیر تلقی شود. وانگهی اندیشه‌ی اعتباری علامه امکان بازشناسی محتوای مصلحت و مفسده را به‌عنوان مبنای تشریح به عقلانیت انسان گرایانه می‌دهد. می‌دانیم که در رویکرد شیعی، اصل تبعیت تشریح الهی از مصلحت و مفسده‌ای نفس الامری مورد قبول قرار گرفته است. باین‌حال، نکته‌ی مهم این است که اندیشه علامه طباطبائی امکان بازشناسی محتوای این مصلحت و مفسده را فراهم می‌آورد. بدین ترتیب، مصلحت مجال وسیعی برای عقلانیت انسان گرایانه در قالب دولت و غیر آن موجب می‌شود. آنچه در اندیشه ولایت‌فقیه مرحوم امام خمینی نیز بسیار تجلی و ظهور و بروز دارد.

«امام خمینی در قالب نظریه‌ی ولایت‌فقیه عنصر مصلحت را عمیقاً وارد نظام فقهی خویش کرد. عنصر مصلحت به‌عنوان یک کاتالیزور عرفی کننده‌ی قوی می‌تواند دستگاه فقه را به نظام حقوقی عرفی تبدیل کند [۲۲، ص ۲۷]

لذا عبارت مصلحت نیز در حقوق امروز که با عباراتی مانند خیر عمومی و نفع عمومی مبنای مکتب عظیم حقوق و اقتصاد شده است نیز بر همین عقل تکیه می‌کند که اگر در حیطه مصالح و غایات حقوق اسلامی به وضع و اعتبار پردازد می‌تواند قاعده حقوق اسلامی را تولید نماید هر چند ممکن است با رشد عقل بشر به تکامل و تبدل نیز بیانجامد؛ چراکه فقه حکومتی، حاکمیت را عهده‌دار شناخت محتوای مصلحت دانسته که با نوعی سودانگاری تجربی (سودانگاری بر اساس محاسبه‌ی امکانات، محدودیت‌ها، هزینه‌ها و فایده) به جستجوی این محتوا می‌پردازد. اگر چنین برداشتی از نظریه‌ی امام خمینی(ره) درست باشد، باید حداقل ورود اندیشه‌ی عقل‌گرا با رویکرد مصلح نوعی را به نظام حقوقی دینی تأیید کرد و از نوعی نسبی شدن قاعده‌ی حقوقی سخن گفت که با تغییر موضوع حکم نیز تغییر می‌کند و حتی ممکن است حکم یک موضوع نیز با توجه به رشد عقل بشر در گذر زمان در قالب وصول به مصالح و غایات شرعی نیز تغییر نماید؛ همان تغییری که دارای دو رکن اراده‌ی الهی و عقلانیت تجربی تبلور یافته است.

امام خمینی (ره) حکم حکومتی را به مثابه حکم اولیه می‌داند که بر اساس ضابطه‌ی اهم و مهم بر حکم اولیه‌ی مرسوم شرعی تقدم می‌یابد [۲۸، ص ۷۴] و اهم و مهم نیز ضابطه‌ای است که همواره در فقه شیعه به‌عنوان یکی از مجاری اجرای اصل مصلحت مطرح شده است [۲۹، ص ۴۴۱] می‌توان پذیرفت که اندیشه‌ی فقهی امام (ره) زمینه‌ی ارتقای اجتهاد از اجتهاد استنباطی را به اجتهاد تشریحی فراهم آورده است و تئوری خطابات قانونیه ایشان نیز مؤید این مهم است [۳۰، ص ۲۲۵] ولی این به معنای عبور از اراده‌ی الهی به عقلانیت انسان‌گرایانه به‌عنوان مبنای اعتبار قاعده‌ی حقوقی نیست تا تعبیر به عبور از حقوق سنتی به حقوق مدرن شود.

از نظر ما، علامه طباطبایی با تحلیلی اعتباری از حسن و قبح زمینه ورود دست عقلانیت نظری را در بازشناسی تکوین و دست عقلانیت عملی را در اعتبار بر اساس این تکوین کاملاً باز می‌گذارد. به نظر می‌رسد این بدین معناست که علامه در بازشناسی مؤلفه‌های عدالت به عنوان مبنای اعتبار هنجار رفتاری و از جمله مؤلفه‌ی صوری و غایی به عقلانیت انسان‌گرایانه اعتماد کامل کرده است. نتیجه‌ی حداقلی این رویکرد پذیرش نوعی کثرت‌گرایی در قاعده حقوقی است که این مهم با توجه به تکامل عقل بشر توجیه می‌شود و البته تکامل در ابزار رخ می‌دهد و نه در غایات؛ لذا دکترین و عرف به‌عنوان دو ابزار ظهور و بروز عقل در حقوق موضوعه تجلی می‌یابد چنان‌که در بین حقوق‌دانان این دو از منابع حقوق هستند و در حقوق اسلامی نیز استصلاح [۳۸، ص ۵۹]. و استحسان به‌عنوان ابزار تجلی عقل و قاعده حقوق اسلامی رخ می‌نماید چنان‌که مرحوم امام خمینی

نیز قوانین موضوعه را در عصر مشروطه از امور عرفی (عقلی روزمره) دانسته‌اند (در حیطة منطقه الفراغ) و در صورت عدم تعارض با مبانی و غایات فقه اسلامی آن‌ها را مقبول و شرعی تلقی نموده‌اند [۲۹، ص ۴۴۰] و این مهم در لسان اصل ۴ قانون اساسی نیز که عدم مغایرت با مبانی اسلامی را در عرصه تقنین لازم می‌داند نیز تجلی یافته است.^۱

منابع

- [۱]. ابن ادریس حلی، ابو جعفر محمد بن منصور (۱۴۱۷ ق.) / السرائر، ج ۴، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۲]. ابن خلدون، عبدالرحمن (۱۳۶۹) مقدمه / ابن خلدون، ترجمه پروین گنابادی، ج ۱، چ ۷، تهران، علمی و فرهنگی.
- [۳]. ابن منظور (۱۴۱۶ ق.) / لسان العرب، ج ۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی و مؤسسه تاریخ العربی.
- [۴]. انصاری، مرتضی (۱۳۲۶) / فرائد الاصول، (رسائل)، چاپ سنگی.
- [۵]. انصاری، مهدی (۱۳۹۰) / تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران، جنگل.
- [۶]. بابائی، ایرج، مبانی نظری تحلیل اقتصادی حقوق، پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۹.
- [۷]. بادینی، حسن (۱۳۸۲) / مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۲.
- [۸]. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸) / تاریخ معتزله؛ فلسفه فرهنگ اسلام، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- [۹]. _____ (۱۳۷۱) / ترمینولوژی حقوق، چ ۵، تهران، انتشارات گنج و سخن.
- [۱۰]. _____، محمدجعفر (۱۳۸۹)، روشی نو در مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- [۱۱]. _____، محمدجعفر (۱۳۹۰) / مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، تهران، انتشارات سینا.
- [۱۲]. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۵) / فلسفه حقوق بشر، قم، انتشارات صدرا.
- [۱۳]. _____، (۱۳۸۵) / منزلت عقل در هندسه فهم دین، چ ۲، قم، اسرا.
- [۱۴]. _____، (۱۳۹۱) / منزلت عقل در هندسه معرفت دینی، چ ۶، قم، اسراء.
- [۱۵]. _____، (۱۳۸۵) / حق و تکلیف در اسلام، قم، چ ۲، قم، اسرا.

۱. لازم به ذکر است فقه مقاصدی، استحسانات و مصالح مرسله در فقه امامیه طبق نظر مشهور (علی الخصوص نزد متقدمین) مقبول نبوده است و با توجه به محدودیت در حجم مقاله پیش روی خوانندگان محترم می‌توانند به کتاب مکاتب حقوق اسلامی و کتاب تاریخ مکتزله جناب آقای دکتر لنگرودی مراجعه نمایند. [۸؛ ۹]

- [۱۶]. جوان، موسی (۱۳۸۶) *مبانی حقوق*، ج ۱، تهران، انتشارات رنگین کمان.
- [۱۷]. دادگر، عزتی، یدالله، مرتضی (۱۳۸۲) *عقلانیت در اقتصاد اسلامی*، فصلنامه پژوهش‌های اسلامی، ش. ۱۰.
- [۱۸]. دهخدا، علی‌اکبر، *لغتنامه دهخدا*، ج ۱، اول از دوره جدید، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
- [۱۹]. ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۷۵) *حسن و قبح افعال از دیدگاه علامه طباطبایی*، کیهان اندیشه، شماره ۶۸، صص ۷۴-۸۸.
- [۲۰]. رشدی، علیان (۱۴۰۶ ق.) *العقل عند الشیعه الامامیه*، ج ۲، چ ۱، بغداد.
- [۲۱]. شهبابی، مهدی (۱۳۹۴) *تحلیل عدالت طبیعی متغیر همچون مبانی اعتبار هنجار حقوقی در حقوق اسلامی مبتنی بر آراء شهید مطهری و علامه طباطبائی (ره)*، شیراز، فصلنامه اندیشه دینی دانشگاه شیراز.
- [۲۲]. صالحپور، جهانگیر (۱۳۷۸) *امام خمینی؛ فقیه دوران گذار؛ از فقه جواهری تا فقه المصلحه*، کیان، شماره ۴۶، صص ۲۶-۳۷.
- [۲۳]. صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۰) *احکام حکومتی و مصلحت*، مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- [۲۴]. طاهری، سید صدرالدین (۱۳۸۵) *بررسی انتقادی نظریه‌ی علامه طباطبایی پیرامون حسن و قبح اخلاقی*، مجله دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه اصفهان، شماره ۴۶.
- [۲۵]. طباطبایی، محمدحسین (؟) *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۲۶]. _____ (؟) *حاشیه‌ی الکفایه*، ج ۲، تهران، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.
- [۲۷]. _____ (۱۳۹۰) *المیزان فی تفسیر القرآن*، الجزء الخامس و الثالث، الطبعة الثانية، بیروت، الأعلمی.
- [۲۸]. طیب، سید عبدالحسین (۱۳۵۲) *کلم الطیب در تقریر عقاید اسلام*، تهران، بنیاد فرهنگ اسلامی حاج محمدحسین کوشاپور.
- [۲۹]. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸) *فقه و مصلحت*، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- [۳۰]. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶) *قواعد فقه*، بخش حقوق عمومی، ج ۳، تهران.
- [۳۱]. غزالی، ابوحامد (۱۳۲۲ ق) *المستصفی المطبوعه الامیریة*، الطبعة الاولى.
- [۳۲]. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۴) *ایضاح الکفایه*، ج ۴، قم، دفتر نشر.
- [۳۳]. فنائی اشکوری، محمد (۱۳۸۸) *جایگاه عقل و وحی در هندسه معرفت بشری*، مجله معرفت فلسفی.
- [۳۴]. فیروزجایی، رمضان (۱۳۸۳) *عقلانیت در نظر علامه طباطبایی (ره)*، مجله ذهن، شماره ۷.
- [۳۵]. قمی، میرزا ابوالقاسم (؟) *قوانین الاصول*، چاپ سنگی، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- [۳۶]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷) *فلسفه حقوق*، ج ۱ و ۳، ج ۱، تهران، انتشارات انتشار.

- [۳۷]. مدرسی، علی اصغر (۱۳۷۵) *حقوق فطری یا مبانی حقوق بشر*، ج ۱، تبریز، انتشارات موبیل.
- [۳۸]. مرعشی، سید محمدحسن (۱۳۷۶) *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، مصلحت و پایه‌های فقهی آن، تهران، نشر میزان.
- [۳۹]. مشکور، محمدجواد (۱۳۶۸) *سیر کلام در فرق اسلام*، ج ۱، تهران، انتشارات شرق.
- [۴۰]. مظفر، محمدرضا (۱۳۶۹) *اصول الفقه*، ج ۲، تهران، نشر معارف اسلامی.
- [۴۱]. معین، محمد (۱۳۶۳) *فرهنگ فارسی*، ج ۶، تهران، امیرکبیر.
- [۴۲]. منصوری، سید مهدی (۱۳۸۰) *حقوق، مبانی و فلسفه آن*، تهران، کانون اندیشه جوان.
- [۴۳]. موسوی خمینی (امام)، سید روح‌الله (۱۳۷۲) *انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه*، ج ۱، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- [44]. Alchian, Armen A and Demsetz, Harold (1972) *Production, information costs, and economic organization*, at: <http://www.jstor.org>.
- [45]. Beccaria, Cesar (1764) *on crimes and punishment*, at: http://www.constitution.org/cb/crim_pun28.htm.
- [46]. Becker, G S (1957) *The Economics of Discrimination*, at: <http://www.jstor.org>.
- [47]. Bentham, Germy (1789) *The theory of legislation, Principles of the civil code*, at: <http://www.jstor.org>.
- [48]. Bentham, Jeremy (1988) *Principes de législation et d'économie politique*, Paris: Guillaumin.
- [49]. Calabresi, Guido (1961) *some thought on risk distribution and the law of torts*, Yale law journa, at: <http://www.jstor.org>.
- [50]. Choi, Stepehn J and Gulati, G Mitu (1960) *The problem of social cost*, Journal of law and economics, at: www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf
- [51]. Cooter R. & Ulen. Thomas (2000) *Law & Economics*, 3 Edition Massachusetts Addison Wesley Longman.
- [52]. Hesselink, Martijn W. Non (2001) *The Principle of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission*, Global Jurist Frontiers, p 51, at: <http://www.bepress.com/gj>.
- [53]. <http://www.bibliomania.com/2/1/65/112/frameset.html>.
- [54]. Malloy, R (2004) *Law In a Market Context*, first edition Cambridge University Press.
- [55]. Mathis, Klaus Mathi, Translated by Deborah Shannon (2009) *EFFICIENCY INSTEAD OF JUSTICE? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, University of Lucerne, Switzerland
- [56]. Veljanovski, Cento G (2007) *Economic Principles of Law*, Cambridge university press.
- [57]. Robin Paul Malloy (2004) *Law in a market context: an introduction to market concepts in legal reasoning*, Cambridge university press, First published, p 145.

