2471
.42
.399

2471.42.399
Nujumiyan
Zamineh-yi huquq-i tatbiqi...

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE
[illegible] 1982	[illegible]		
JUN 2 [illegible] 1983	JUN [illegible] 1984		

Princeton University Library
32101 076317393

Nujūmiyān, Ḥusayn

زمینهٔ حقوق تطبیقی

Zamīneh-yi ḥuqūq-i taṭbīqī

در نظام های حقوقی: اسلام
فرانسه، انگلیس، روسیه

تألیف و تصنیف

حسین نجومیان

چاپخانه طوس مشهد

2471
.42
.399

مشخصات کتاب :

نام‌کتاب : زمینه حقوق تطبیقی

نویسنده : حسین نجومیان

ناشر مشهد : کتابفروشی جعفری سرای محمدیه‌تلفن ۵۲۰۰

محل چاپ : مشهد چاپخانهٔ طوس

تعداد : یکهزار سیصد نسخه

شماره ثبت : دفتر نگارش فرهنگ‌هنر خراسان ۱۵۶ - ۴۸/۱۰/۱۱

بسم الله الرحمن الرحیم

5-4-20 1946

پیشگفتار

این کتاب کوششی است برای ارائهٔ طریقی در تجدید حیات علمی نظام حقوق اسلامی ، وسرآغازی است برای چنان راهی که ازین پس باید پیموده شود، ونیزاین بررسی درارزشیابی روش تحقیق حقوقدانان وپیشنهادهای اصلاحی در بارهٔ سازمان علمی حقوق اسلامی است . دراین کتاب کلیات ومبانی حقوق اسلامی با روش مطالعهٔ تطبیقی بانظامهای « عرف وسابقه » حقوق انگلیس و« قانون نوشته» حقوق فرانسه و«سیاست اقتصادی» حقوق روسیه مورد تجزیه وتحلیل فنی قرارگرفته وفرق میان روش تحقیق ومطالعهٔ حقوقی درکشورهای غربی باماکه درقرون وسطائی تاریك غنوده ایم ، نشان داده شده ، دراطراف حوزهٔ عمل وقلمرو حقوق بطورکلی نیز بحث گردیده ، مرزهای حقوق واخلاق ودیگر علوم اجتماعی روشن شده ، ودر این میان وظیفهٔ حقوقدانان اسلامی را بویژه یادآوری کرده است تاازامکانات موجود درمکانیسم نظام حقوق اسلامی یعنی اجتهاد که رشد وتوسعهٔ حقوق را عهده داراست، به مدد اعتبار منابع وقدرتهای سازندهٔ عقل واجماع وقیاس واستحسان ومصالح مرسله وهمچنین عرف وعادت واصول وقواعد کشدار فقه ، برای غنی تر ساختن این نظام حقوقی بهره برداری گردد .

دراین تألیف دراطراف منابع وقدرتهای سازندهٔ حقوق اسلامی (امامیه و اهل سنت وجماعت) به تفصیل بحث گردیده وطریق هضم وانعکاس پدیده های حقوقی

واقتصادی عصرحاضر درتار وپود آن نشان داده شده است . دراین نوشته مزایای تخصص وپیروی ازدکترینهای حقوقی که بجنبه‌های عملی بیش از منطق محض اهمیت میدهد ، بیان‌گردیده ، تا شاید دراین رهگذر ازآنچه بویژه درصدسال اخیر برحقوق اسلامی رفته‌است انتقاد گردد وشیوه‌ای‌علمی ونو منطبق با نیازهای جامعه فراراه بنهد ، درباره نسبی بودن حقوق ومفاهیم حقوقی که ، حقیقتی انکار ناپذیر است نیز پایگاهی فلسفی ازفیزیك کوانتومی ارائه‌شده‌است درعین‌حال کوشش‌شده تامطالب آنسان تحریر شودکه خوانندگان بیشتری بتوانند ازآن استفاده کنندیعنی حتی‌المقدور ازعبارات واصطلاحات فنی وتخصصی اجتناب‌گردیده وهمچنین برای آمادگی بیشتر اذهان،زمینه‌های جامعه شناسی وروانشناسی عمومی واجتماعی وعلم اقتصاد وفلسفهٔ حقوق واحیاناً گاهی مصرعی شعررا بعنوان چاشنی ومزید اطلاع آورده است تا خشکی و تکلف وسختی وتحجر ویکنواختی مباحث ومسائل و مصطلحات حقوقی را تعدیل‌کرده باشد وعلاوه بدان لطف ونرمی وزیبائی بخشیده باشد تا بهتر دلنشین و بیشتر جایگزین ومتبادر بذهن گردد ، بویژه که این کتاب مخصوص طبقهٔ خاصی‌نوشته نشده‌است ازین روبیاری این چاشنی‌ها ، خواسته‌است مباحث حقوقی را آراسته تر وقابل فهمتر کرده باشد ، همچنین دربرخی ازفصلها، مطالب ومباحثی بعنوان معترضه (طرداً للباب) افزوده است ، گواینکه بحث در پیرامون آنها ، ازمطلب اصلی وهدف اساسی خواننده را احیاناً منحرف میکند ، ولی باید اذعان کردکه برخی از اینگونه انحرافها درتکامل موضوع اصلی نقش مؤثر ولازمی راایفاء می کنند .

بدیهی است‌که چون مباحث این نوشته تقریباً ، بلکه تحقیقاًبهم وابسته‌است خواننده پیش ازاتمام ، عجولانه داوری نخواهدکرد ، زیرا که هر اثری بویژه موضوعات علمی‌وتحقیقی ، آنهم درزمینه‌های‌اجتماعی،هراندازه‌هم که‌جامع‌ومانع باشد ، باز دربرابر حرکت‌تکاملی‌اندیشه‌های علمی وپدیده‌های اجتماعی ناقص‌است لذا صاحب نظران ، نویسنده را از نظرات اصلاحی و تکمیلی بی‌بهره نخواهند

گذارد ، چراکه این کتاب هرگز وبهیچ‌وجه مانند هرکتاب دیگر نمی‌تواند حرف آخر باشد بلکه طرحی مقدماتی برای کارهای بعدی‌است .

حاصل اینکه ، آرمان نویسنده این بوده‌است که‌این کتاب مانند کشتی‌ئی سبکبار باشد تا دراقیانوسی ناپیداکرانه ازمطالعات و تحقیقات حقوقی - که سکون وثبوت وجزم وقطع جزء ذاتش نباشد - شناورگردد ، ونه مانند زورقی که در لنگرگاهی راکد وحقیر ، اسیر وپای دربند است ویاکه آنقدر آب وخاشاك بی‌ارز درآن ریخته باشند که ازحرکت و پیشروی فروماند ، چه بقول ، فیلسوف بلخ ، جلال‌الدین محمد :

آب درکشتی هلاك کشتی است　　آب دربیرون کشتی پشتی است

تعصبات گوناگون وحساسیتهای بی‌جا علم را ازتحرك وتحول بازمیدارد و خاصیت دینامیك را ازآن میگیرد ، وجود این تعصبات است که دانش گامی به پیش برنداشته ودرزیر کولباری سنگین ازپیش داوریهای‌ناقص وواهی ومفروضات ذهنی وخیالی ازرفتن فرومیماند ، تا آنجا که ازرها ساختن وآزاد نمودن خویش عاجز میگردد وبقول شاعر عارف،حافظ :

درچمن هرورقی دفترحالی دگراست　　حیف باشدکه ز حال همه غافل باشی
گرچه‌راهی‌است‌پرازبیم‌زماتابردوست　　رفتن آسان بود ار واقف منزل باشی

* * *

سر انجام ، اگر این رساله بتواند رسالتی راکه بعهده‌گرفته است ایفا کند وبآن تحقق بخشد ، یعنی حقوق اسلامی بتواند بامقتضیات اقتصادی وسیاسی زمان وشرایط مادی مشاهده وتجربه سازگارگردد که معنی تحقق وموجود شدن نیز همین است ، ویا درغیر اینصورت دست‌کم این کتاب زمینه‌ای باشد که آنانرا که دارای صلاحیتی بیش هستند ، انگیزه‌ای گردد ؛ نویسنده باجر خودرسیده‌است .

حسین نجومیان

مهرماه۱۳۴۸

فصل یکم ۱-۲٤

روش تبیین وشناخت مسائل اجتماعی

عنوان — صفحه

۱- زمینهٔ تاریخی ۳
۲- مکتب تاریخی ومکتب طبیعی حقوق ٤
۳- میدان بررسی ٦
٤- اصل علیت واصل عدم حتمیت ۱۱
۵- بیان تاریخ ۱۸

فصل دوم ۲۵-۵۷

نگرشی به‌مکانیسم حقوق درقرون جدید

۱- مکتب انشاءحق ومکتب ادراك‌حق ۲۷
۲- نظریهٔ نسبی بودن حقوق (ومفاهیم‌آن) ۳۲
۳- دورهٔ کلاسیك ورمانتیك ادبی وحقوقی ۳۳
٤- نظریهٔ نسبی‌بودن درعلوم ۳۶
۵- دورهٔ حکمت مدرسی (اسکولاستیك) واختناق اندیشه ۳۷
٦- آزادی فکردراسلام ٤۱
۷- رنسانس (تجدید حیات‌علمی وادبی) یانوزائی ٤۶
۸- قواعد چهارگانهٔ دکارت ۴۸
۹- تکامل طرق اثبات درامور حقوقی وجزائی ۵۰
۱- دورهٔ باستان ۵۰
۲- دورهٔ مذهبی ۵۰
۳- دورهٔ دلائل قانونی ۵۰

اعتبار دلائل درحقوق اسلامی ۵۲
۴- دورهٔ دلائل معنوی یاایمان قاضی ۵۳
۵- دورهٔ دلائل علمی ۵۴

فصل سوم ۵۷-۸۵

بحث وانتقاد پیرامون روش تحقیق حقوقدانان اسلامی

۱- زمینهٔ تاریخی ۵۹
۲- اشاره‌ای به‌مبحث آزادی اراده ازنظر حقوقی ۶۳
۳- اشاره‌ای به‌مبحث آزادی اراده ازنظر فلسفی ۶۵
۴- پیوند وآمیختگی مطالب فقه واصول بامنطق وفلسفهٔ ارسطو ۶۷
۵- هدف وسیله را توجیه می‌کند ۶۸
۶- کتب اصول فقه ۷۱
۷- انتقاد ازکتب اصول‌فقه وروش تحقیق حقوقی ۷۲

فصل چهارم ۸۵-۱۱۸

لزوم‌انعکاس مقتضیات زمان‌درفقه‌اسلامی

۱- مصلحت‌گرائی یامکتب اصالت عمل درحقوق اسلامی ۸۷
۲- لزوم همبستگی درکار ۹۰
۳- تحقیقات اقتصادی وحقوقی دردنیای معاصر ۹۱
۴- مراحل سه‌گانه اگوست‌کنت ۹۳
۵- قرآن ازدریچهٔ فکریك‌غربی ۹۴
۶- مکتب تفسیر تحت‌اللفظ ۹۶
۷- نظریهٔ خواجه‌نصیرالدین طوسی دربارهٔ حقوق‌وضعی وطبیعی ۱۰۲
۸- شورای فقاهت ۱۰۵
۹- روح زمان ومقتضیات عصر ۱۰۷
۱۰- جواب اشکال ۱۰۸
۱۱- جملهٔ معترضه ۱۱۰
۱۲- اجتهادورخداد ها ۱۱۱
۱۳- نظریهٔ تکامل ۱۱۴
۱۴- همه‌چیز درتغییرابدی‌است ۱۱۵

فصل پنجم ۱۱۹-۱۶۳

همسنجی نظامهای حقوقی

مبحث یکم

مذهب یاسیاست اقتصادی ! ۱۲۱
۱ـ منظور وارزیابی عنوان ۱۲۱
۲ـ قلمرو دوحقوق ۱۲۴
۳ـ افکار وآراء مارکس ۱۲۸
۴ـ نظامهای تاریخی ۱۲۹
۵ـ کیفیت بستگی طبقه به‌تولید جامعه ۱۳۲

مبحث دوم

حقوق عرف وسابقه ۱۳۶
۱ـ مقدمه وقلمرو جغرافیائی ۱۳۶
۲ـ زمینهٔ تاریخی ۱۳۸
۳ـ اعتبار عقل درحقوق انگلیس ونیرنگهای قانونی ۱۴۱
۴ـ نیرنگهای قانونی درحقوق اسلامی ۱۴۳
۵ـ محتوی عقل در «کمان‌لو» یعنی حقوق عرف وسابقه ۱۴۷
۶ـ اعتبار عقل درداد‌گاههای انگلیس ۱۴۹

مبحث سوم

قانون نوشته ۱۵۲
۱ـ زمینه ومقدمه ۱۵۲
۲ـ قدرت قانون ۱۵۳
۳ـ حقوق علم است یافن ؟ ۱۵۴
۴ـ معنی عرف درنظام‌حقوقی «قانون‌نوشته» ۱۵۷

فصل ششم ۱۶۳ - ۳۳۰

منابع وقدرتهای سازندهٔ حقوق اسلامی

۱ـ مقدمه ۱۶۵
۲ـ داوری دودانشمند وحقوقدان امریکائی ۱۶۶
۳ـ حقوق اسلام درکنگرهٔ بین‌المللی حقوق‌تطبیقی ۱۶۹
۴ـ هفتهٔ فقه‌اسلامی ۱۷۰

۵- سخنی از برنارد شاو ۱۷۱
۶- گفتاری از روسو و راسل ۱۷۱

مبحث یکم

کتاب ۱۷۵
۱- آیات حقوقی ۱۷۵
۲- گفتاری چند از بزرگان دربارهٔ قرآن ۱۷۶
۳- پایگاه قرآن درقوای سه گانه ۱۷۷
٤- محکمات ومتشابهات درقرآن ۱۸۲
۵- درحجیت قرآن ۱۸٤
۶- نقش سنت دربرابرقرآن ۱۸۸
۷- اختلاف درجه فهم آیات قرآن ۱۹۲
۸- چگونه کلمات تغییرمعنی می‌یابند ؟ ۱۹٤

مبحث دوم

سنت ۱۹۹
۱- سنت ازنظر لغوی وجامعه شناسی ۱۹۹
۲- ویژگیهای سنت ازلحاظ جامعه شناسی ۲۰۰
۳-عقیده ۲۰۲
۴- عقیدهٔ عمومی ۲۰۳
خصائص عقیدهٔ عمومی ۲۰۳
۵- نقش سنت هادرتحولات اجتماعی ۲۰٤
٦- جنبه های‌دوگانه سنت‌های اجتماعی ۲۰۴
۷- سنت درحقوق اسلامی ۲۰۸
۷- علت وجودی سنت ۲۰۹
۹- انواع سنت درحقوق اسلامی ۲۱۳
۱- تعریف‌خبر متواتر ۲۱۳
خبرمتواتر خود بردوقسم‌است : ۱- متواتر لفظی ۲- متواتر معنوی ۲۱۳
۱۰- شرایط اعتبار خبر متواتر ۲۱۴
اول : شرایط مربوط به مخبرین ۲۱۴
دوم : شرایط‌مربوط به مستمعین ۲۱٤
۲- خبر غیر متواتر ۲۱۵
۱۱- شرایط اعتبار خبرواحد ۲۱۷
۱۲- جرح وتعدیل وتزکیه ۲۱۸

۱۳ـ نقل به‌معنی ۲۱۸
۱۴ـ مرسل ومسند ۲۱۹
۱۵ـ انواع خبرواحد ۲۱۹
۱۶ـ بحثی پیرامون روش‌اخذ گواهی درمورد حدیث ۲۱۹
۱۷، تقسیمی دیگر از احادیث ۲۲۱
۱۸ـ حقیقت ومجاز ۲۲۴
۱ـ علاقه مشابهت ۲۲۴
۲ـ علاقه حال‌ومحل ۲۲۴
۳ـ علاقه جزءوکل ۲۲۴
۱۹ـ حقیقت شرعیه (ماهیت قانونی) ۲۲۶
۲۰ـ تصرف شارع‌دراحکام عرفی ۲۳۰

مبحث سوم

اجماع ۲۳۴
۱ـ مقدمه واصل‌شوری ۲۳۴
۲ـ تعریف‌اجماع ازنظر حقوقدانان عامه (اهل‌سنت وجماعت) ۲۳۷
۳ـ تعریف‌اجماع از نظر حقوقدانان شیعه ۲۳۹
۴ـ مسأله عصمت ۲۳۹
۵ـ حجیت‌اجماع ازنظر حقوقدانان شیعی ۲۴۱
۶ـ کاشفیت اجماع ۲۴۳
۱ـ اجماع‌حسی ۲۴۴
۲ـ اجماع لطفی ۲۴۴
۳ـ اجماع کشفی ۲۴۴
۴ـ اجماع حدسی ۲۴۴
۷ـ اقسام اجماع ۲۴۵
۱ـ اجماع محصل ۲۴۵
۲ـ اجماع‌منقول ۲۴۵
۱ـ اجماع بسیط ۲۴۵
۲ـ اجماع مرکب ۲۴۵
۸ـ نظریه‌آیةالله میرزاصادق‌تبریزی دربارهٔ‌اجماع ۲۴۶
۹ـ خواست اکثریت‌یااجماع درحقوق اروپائی واسلامی ۲۴۷

مبحث چهارم

عقل ۲۵۶
۱ـ مقدمه‌ومقام ۲۵۷
۲ـ عقل وتجربه ۲۵۸
۳ـ احکام عقلی واحکام شرعی ۲۶۱
٤ـ اصول عقلیه‌یا عملیه ۲۶۴
اول ـ قطع ۲۶۵
دوم ـ ظـن ۲۶۶
سوم ـ شك ۲۶۷
اصول عملیه برچهاردسته تقسیم می‌شوند ۲۶۸
شبهه حکمی‌وشبهه موضوعی ۲۶۹
اثبات‌اصل برائت
واختلاف دانشمندان اصولی واخباری دراین مسأله ۲۷۲
مجتهدین برای اثبات اصل‌برائت دلائلی‌آورده اند : ۲۷۲
علمای اخباری درباره بطلان اصل برائت دلائلی‌آورده‌اند : ۲۷۴
پاسخ دانشمندان اصولی (مجتهدین) ۲۷۵
اعتبار قضیه محکوم بهادر اصل تخییر ۲۷۶
اصل استصحاب (اعتبار حالت سابق) ۲۷۶
اقسام استصحاب ۲۷۸
۱ـ اعتبار مستصحب ۲۷۸
اقسام حکم ۲۷۹
۲ـ اعتبار دلیل ۲۸۲
۳ـ اعتبار منشأشك ۲۸۳
حجیت استصحاب ۲۸٤
دلائل حجیت استصحاب ۲۸۵
دلائل عدم حجیت استصحاب ۲۸۸
تفصیل جواب میرزای نائینی ۲۹۰
قاعده‌فراغ وتجاوز ۲۹۳

مبحث پنجم

قیاس ۲۹۵
قیاس از نظر علم اصول ۲۹۶

حجیت قیاس ۲۹۷
اقسام قیاس اصولی ۳۰۲
۱ـ قیاس منصوص‌العله ۳۰۲
۲- قیاس‌مستنبط‌العله ۳۰۳
۳- قیاس‌اولویت ۳۰۳

مبحث ششم :

استحسان واستصلاح ۳۰۵

مبحث هفتم

عرف وعادت ۳۰۸
۱ـ افعال ۳۰۸
۱ـ حرکات انعکاسی ۳۰۸
۲- حرکات غریزی ۳۰۹
۳ـ حرکات عادی ۳۰۹
کیفیت تشکیل عادت ۳۱۱
۴ـ فعل ارادی ۳۱۲
۲ـ تعریف عرف ۳۱۲
۳- عوامل تشکیل دهندهٔ عرف ۳۱۳
۴ـ تعریف‌عرف‌ازنظر حقوقدانان اسلامی ۳۱۴
۵- اقسام عرف ۳۱۴
۶ـ فرق‌میان عرف‌ومد ۳۱۶
۷- عقاید مخالف وموافق نسبت به قوهٔ اجرائی عرف وعادت ۳۱۸
اول : عقیدهٔ موافقین عرف ۳۱۸
دوم : نظرمخالفین عرف ۳۲۰
۸- اعتبار وارزش عرف‌درنظام حقوق اسلامی ۳۲۴

فصل هفتم ۳۳۱ - ۳۸۱

نقش‌عرف وعادت درحقوق

۱- عرف جوهر حقوق است ۳۳۳
۲ـ نظر چند فیلسوف دربارهٔ عرف ۳۳۶
۳- اصل ضرورت ۳۳۸
۴ـ مطالعه وجدان حقوقی ازخلال تاریخ ۳۴۳

۵- وجدان حقوقی وقوانین تأسیسی وامضائی ۳۴۵
۶- سخنی چند درباره عدالت ۳۴۸
عدالت توزیعی وعدالت تعویضی ۳۴۹
۷- عدالت در نظام حقوق اسلامی ۳۵۲
۸- راه حل عملی قضات از طریق مراجعه به عرف وعادت ووجدان حقوقی ۳۵۴
عرف حکمی وعرف محلی ۳۵۶
۹- علت وجودی قوانین تأسیسی وقوانین امضائی ۳۵۷
۱۰- اصل علیت واصل غائیت (فلسفهٔ ارزش) ۳۶۰
۱۱- قوانین تأسیسی وامضائی دراسلام ۳۶۴
۱۲- مالکیت دراسلام ۳۶۶
۱۳- امضاء بردگی دراسلام ۳۷۱
۱۴- حسن ختام ۳۷۶

فصل هشتم ۳۸۱ - ۴۰۴

درزمینهٔ حقوق زن

۱- زمینهٔ تاریخی ۳۸۳
اول - دوران توحش وبت‌پرستی ۳۸۳
دود - دوران تمدنهای کهن ۳۸۴
سوم - پیدایش آئین اسلام ۳۸۹
۲- تعدد زوجات ۳۹۰
۳- تاسیس حقوقی متعه یا ازدواج موقت ۳۹۸
۴- آمارهای وحشتناك تأیید کننده ۴۰۰
۵- سوءاستفاده ازقانون تعدد زوجات ۴۰۲

فصل نهم ۴۰۵ - ۴۳۵

نقش اجتهاد دررشد و توسعهٔ حقوق اسلامی

۱- اجتهاد چیست ؟ ۴۰۷
۲- اقسام اجتهاد ۴۱۰
الف - اجتهاد مطلق ۴۱۰
ب - اجتهاد متجزی ۴۱۰
۳- تخطئه وتصویب ۴۱۱
۴- تقسیم حکم بواقعی وظاهری ۴۱۲
۵- مصلحت شخصی ونوعی ۴۱۴

۶- قاعدهٔ لاضرر و قاعدهٔ تسلیط ۴۱۷
۷- مسأله تقلید ۴۲۲
۸- علل توقف ورکود درحقوق اسلامی ۴۲۳
۹- تأثیر اجتماعی ماشین ۴۳۲

فصل دهم ۴۳۵ - ۴۵۳

مسؤولیت مدنی و کیفری درحقوق اسلامی

۱- حقوق اسلامی به‌واقعیتهای برونی توجه دارد ۴۳۷
۲- کلیات پیرامون مسؤولیت مدنی ۴۳۸
۳- تئوری تقصیر ۴۳۹
۱- وجود خسارت ۴۴۰
۲- تقصیر طرف یا رکن موضوعی ۴۴۱
۳- رابطه علیت ۴۴۲
۴- تئوری ایجاد خطر یا زیان احتمالی ۴۴۶
۵- مسؤولیت مدنی در نظام حقوق اسلامی ۴۴۸

فصل یازدهم ۴۵۵ - ۴۹۲

مرزهای حقوق و اخلاق درفقه اسلامی

۱- ارتباط حقوق‌واخلاق ۴۵۷
۲- وظیفه وقلمرو حقوق ۴۶۳
۳. آمارهای تأیید کننده ۴۷۴
۴- قصاص درحقوق اسلام ۴۸۳
۵- قلمرو علم ودین ۴۸۹
منابع ۴۹۳

فصل یکم

روش تبیین و شناخت مسائل اجتماعی

۱ ـ زمینهٔ تاریخی

مطالعات اجتماعی ازدیرباز مورد نظر فیلسوفان ودانشمندان بوده وتـا قبل از سده هیجدهم میلادی بیشتر براساس اخلاق وپندار وخیال وشرح و وصف مدینهٔ فاضله وجامعهٔ کمال مطلوب کارگذاشته شده‌بود وفرد واجتماع راچنانکه شاید وباید مورد مطالعهٔ قرار میداد ، نمونه‌های اینگونه مطالعات‌که جنبهٔ دستوری وغائی‌داشت وبه منظور نیل بیك مدینهٔ فاضلهٔ خیـالی صورت میگرفت ، بسیـارند از آنجمله جمهورونوامیس افلاطون[1] وسیاست ارسطو[2] ولویاتان تامس هابز[3] و آثار اسپینوزا[4] وجان‌لاك[5] وژان‌ژاك روسو[6] ودرایران رساله المدینه‌الفاضله فارابی ورساله‌فی‌السیاسه شیخ‌الرئیس ابوعلی سینا واخلاق ناصری خواجه نصیرالدین طوسی را میتوان نام‌برد .

اما ازقرن هیجدهم ببعد برخی از دانشمندان به‌این اندیشه افتادند که فرد واجتماع را چنانکه هست وواقعیت دارد مورد مطالعه قرار دهند . یعنی تحقیقـات خودرا بر اساس علمی بمعنی دقیق کلمه ، کار گذارند ، لذا ازروش استدلال قیـاسی[7] بروش

---

1 - La république
2 - La politique
3 - ThomasHobbes (۱۵۷۸-۱۹۶۷) رساله Leviathan
4 - Spinoza
5 - John locke
6 - Jean Jacques Rousseau (۱۷۱۲ - ۱۷۷۸)
7 - Deduction

استدلال استقرائی[1] سوق داده شدند ، چرا که روش قیاس به کلیات تکیه داشت و نتایج معین و ویژه‌ای را از مقدمات مورد قبول که اکثر بر آثار ارسطو و کتاب مقدس (تورات و انجیل) متکی بود اخذ میکرد ، ولی روش استقراء از کلیات شناخته شده و مورد قبول عدول کرد و برعکس به مشاهدات و واقعیات مسلم و تجربیات محسوس بنیان تحقیق را قرار داد . مونتسکیو[2] از نخستین کسانی است که شالودهٔ تحقیقات خود را در اجتماع براصل مقتضیات محیط و موقعیت جغرافیائی و تاریخی و مذهبی و اقتصادی و کیفیت حکومت و آداب و رسوم و سنن کار گذاشت و اساس مطالعات را بر روابط علت و معلولی که منتهی به کشف قانون میگردد بنیان نهاد و در تعریف قانون گفت که « قانون روابط ضروری‌یی است که از طبیعت اشیاء برمی خیزد » گرچه تحقیقات مونتسکیو در تأثیر محیط جغرافیائی و تاریخی و بعضی دیگر ، امروز آنگونه که وی ارائه میکرد برای تبیین امور کافی نیستند ولی بهرحال نمی توان ارزش کار وی را در ارائه راه علمی در تحقیقات نادیده گرفت ، بلکه بحق وی را باید یکی از پیشروان جامعه‌شناسی دانست .

۲ ـ مکتب تاریخی حقوق و مکتب طبیعی حقوق

مونتسکیو به‌پیروی ازمکتب تاریخی ، حقوق را امری محلی و آنرا ساخته و پرداختهٔ تاریخ یك ملت دانسته است . مکتب تاریخی ، حقوق را مانند زبان امری میداند که با گذشت زمان بتدریج و خود بخود ایجاد میشود و لذا حقوق غیرقابل‌تسری و تغییر است اما بلز پاسکال[3] معتقد به حقوق طبیعی و فطری است و درباره حقوقی که

---

1 - Induction

2 - Charle de Montesquieu (۱۶۷۹ - ۱۷۵۵) مونتسکیو از فیلسوفان فرانسه است از تألیفاتش روح القوانین ، نامه های ایرانی و علل ترقی و تنزل رومیان معروف است .

3 - Blaise Pascal (۱۶۲۳ - ۱۶۶۲) ازفیلسوفان و نویسندگان بزرگ فرانسه وازاعجوبه‌ها ونادره‌های ریاضیات وفلسفه است .

باقتضای کشورها تغییر می‌کند چنین میگوید :

« . . اگر انسان عدالت را می‌شناخت یقیناً این اصل چنان شایع نمی شد که « هرکسی باید از رسوم کشور خویش پیروی کند » درآن صورت عظمت وجلال انصاف وعدالت همهٔ ملل را تحت اطاعت می آورد ودیگر قانون‌گذاران بجای عدالت ثابت ولایتغیر سلیقهٔ ایرانیها یا ژرمن‌هارا برای وضع قوانین سرمشق قرار نمی‌دادند . و عدالت حقیقی درتمام کشورهای زمین ودرتمام ازمنه حکمفرما می‌بود در حالی که می‌بینیم که هیچ عدالت یـاظلمی نیست که بواسطهٔ تغییر اقلیم تغییر مـاهیت ندهد . سه‌درجهٔ عرض جغرافیائی سبب میشود که کلیه دستگاههای قضاوت وعدالت زیر وزبر شود ونصف‌النهار درچگونگی حقیقت اثر قطعی دارد - قوانین اساسی پس ازچندسال عوض می‌شود - حق هم دوره‌ای دارد - دخول زحل درخانهٔ اسد برای ما نشانهٔ فلان جنایت است ، واقعاً عدالت عجیبی است که رودخانه‌ای آنرا متوقف یامحدودمی‌سازد دراین‌طرف جبال پیرنه حقیقت ودرآنطرف خطااست...[۱] »

پاسکال معتقد بـه مکتب طبیعی وفطری حقوق است و میگوید حق بـاید همه‌جا حق شناخته شود اعم‌ازاینکه درایران‌باشد یاانگلستان ویاافغانستان ، دراین مکتب،حقوق مانند جان درکالبد انسان است که از ساعت تولد بطور ثابت و لایتغیر شرط ادامهٔ حیات هرفردی است ولذا تغییر وتکمیل حقوق موردی نخواهد داشت ، اما باید دانست که عقاید علمای حقوق درفاصلهٔ قطبهای این دومکتب پیوسته درنوسان بوده واغلب مناسبترین راه‌حلهای حقوقی راههائی بین بین بوده‌که انتخاب میشده‌است زیرا عملا عقـاید هیچیک ازاین دومکتب را بطور صددرصد نمی توان پذیرفت . چرا ؟

برای پرسش بـاین سؤال ناگزیر ازتوضیح بیشتری هستیم واین توضیح در

۱ــ فلسفه نظری جلداول صفحهٔ ۱۴۶ . منتخب آثـار : سنت اگوستین ، تومـاس اکوئیـاس ، بـاروخ اسپینوزا ، بلز پاسکال . ازانتشارات بنگاه ترجمه ونشرکتـاب

اطراف میدان بررسی مطالعات حقوقی دورمیزند .

۳ - میدان بررسی

میدان ومجال بحث ، قلمرو وحوزه عمل درعلوم اجتماعی وانسانی - یابقول آمپر[1] درطبقه بندی تصنعی که ازعلوم کرده بگوئیم علوم عقلانی - بی نهایت پهناور ونامحدود است تا آنجاکه برای مبتدی وتازه‌کار برای مسائل آن مرز و سرحدی معلوم ومشخص نمی‌توان یافت چه‌علوم اجتماعی وشاخه‌های آن باوجود اختلافاتی که باهم دارند دارای مرزهای مشخصی نیستند .

کلود دوپاکیه کتاب مقدمهٔ تئوری کلی وفلسفه حقوق را چنین شروع می‌کند : « وقتی فکر می‌کنم مغز گمراهی درپی آنست که بدون راهنما فلسفهٔ حقوق‌رادرك کند نگران می‌شوم ، درواقع باید تصدیق کرد که ایده‌های کلی در سرزمین حقوق مبهمند، حدود وثغور مفاهیم ذهنی اصلی غیر قطعی ومورد ایرادند ، مصطلحات‌عرفی درهم وبرهم میباشد ، بلاشك همین امر است که توده حقوقدانان را از این بررسی دورمی‌کند . »

قوانین حقوقی وجامعه شناسی بهیچوجه کلی نیستند بلکه جدا جدا ومعین و محدود هستند ، جامعه شناسان هنوزنتوانسته‌اند حتی‌درمورد یك قانون جامعه‌شناسی به‌توافق برسند ، زیرا چنانکه خواهیم دید بسیاری از جامعه شناسان قرن بیستم درپی‌کشف وتدوین قوانین آن نیستند ودلیلشان را هم رشد ناکافی جامعه شناسی‌ذکر کرده‌اند ویا موضوع وروش ویژه جامعه شناسی راگفته‌اند که امکان تدوین قانون‌را ازآنان سلب می کند .

باری هنوز باهمه تلاش وکوششی که می‌شود این رشته از علوم نتوانسته است راهی بسوی « علوم دقیقه[2] » - بطور شاید وباید - بازنماید و هیچکس امروز مدعی

---

1 - Ampére (۱۷۷۵-۱۸۳۶)

2 - Exact science

نیست که این رشته ازعلوم مانند علوم دقیقه نظیر ریاضی وفیزیك است ، علوم دقیقه مانند ریاضیات وطبیعیات ، در کلیه شعب سروکارش با جزم وقطع[1] وبا کنترل آزمایشگاهی ولابراتواری است درصورتیکه موضوع علوم اجتماعی با احساسات و طبیعت بشری سروکار دارد واصطلاحات فنی وتعاریف درعلوم اجتماعی وحقوقی مانند علوم ریاضی دقیق وصریح ومسلم نیستند ، اصطلاحات فنی وتعاریف درعلوم اجتماعی تجربی هستند زیرا استدلال با آنها شروع نمیگردد بلکه به آنها منجر و منتهی میشود وازینروحاصل ونتیجهٔ دانش بشری هستند برخلاف تعاریف ریاضی که زائیده اندیشهٔ آدمی هستند ومبدء دانشند ، تعاریف ریاضی جنبهٔ (Apriori) دارند یعنی ازتجربه حاصل نشده بلکه قبل ازتجربه درما وجود داشته اند[2] علوم حقوقی واجتماعی درردیف قانونهای ریاضی ، فیزیکی یا روان‌شناسی وجان‌شناسی که مبتنی به جبر میباشند وشئون وظواهر امور را مانند زنجیر بهم مربوط میسازند نیستند ، زیرا قوانین حقوقی راوروش برای نظام اجتماع ورفتار فردانسان واراده وی ، تعیین وعرضه میدارند .

تعاریف ریاضی قبلی وقطعی و تغیر ناپذیرند واستدلال ازآنها شروع میگردد واین صفت یقینی بودن را علوم ریاضی بویژه مدیون سادگی وبساطت موضوع خود هستند ، زیرا که موضوع علوم ریاضی تعیین روابط وبستگی و ارتباط میان مقادیر (اعداد ، اشکال ، حرکات) بایکدیگر میباشد ، امابعکس دربرابر نیروی شگفت انگیز وحیرت آورپیش بینی‌ها وپیشگوئیهای نسبةً دقیق ومسلم علوم ریاضی وطبیعی ، علوم اجتماعی وانسانی فقط به نتایج وپیشرفت آنها بادیدهٔ حسرت می‌نگرد ، در حالیکه نیاز مبرم وشدیدی احساس می‌کند ، زیرا موضوع اینگونه علوم ، تا آن اندازه به طبایع مجهول وپیچیده وگره‌خورده واحساسات عجیب وشدید و ناشناخته

Dogme - 1

۲ ـ این معنی راافلاطون در «مه‌نون» یا «تقوی» بخوبی نشان داده است ترجمه دکتر کاویانی ودکتر لطفی

بشری پیوسته و نزدیکند که بسادگی نمی‌توان درزمینهٔ آن به تحقق نتـایج وپیش بینی هائی امیدداشت .

تعداد عوامل وچگونگی ها بویژه‌درجامعه‌های انسانی بقدری متنوع ومتغیر ومتحول‌است‌که براساس‌حساب احتمالات امکان برابری وانطباق کامل عوامل‌وشرایط در دومرحله از زمان ومکان‌گوناگون عملا محال ازآب‌درمی آید ، حدس وگمانهائی که خلاصه ونتیجهٔ افکار واحساسات وآرزوهائی هستند که از رویدادهای خـاصی رنگ گرفته وازطبایع ویژه‌ای پدید آمده‌اند بسیـار بعید بنظر میرسد که بتواند قطعیت منطقی یك قضیه هندسی را داشته‌باشد واین ازآنجاست‌که انسان پیچیده‌ترین موجودات است واین پیچیدگی یکی‌معلول «اختیار» وآزادی ارادهٔ اوست زیرااختیار باعث بسیاری از احتمالات وحوادث غیرقابل پیش بینی خواهد بود ودیگری مطلبی است که ماکس پلانك بدان اشاره می‌کند آنجا که می گوید : « در جهـان اندازه ناگرفتنی فکر وماده یك نقطه وتنها یك نقطه وجود دارد که‌علم ، وبنـابرآن روش علیتی پژوهش ، نه‌تنها ازلحاظ عملی بلکه ازلحاظ منطقی نیز قابل تطبیق نیست؛ وهمیشه غیرقابل تطبیق خواهد ماند . این‌نقطه عبـارت از وجود شخصیت فردی و همان چیزی است‌که به‌نام «من» از آن تعبیر می‌شود . این یك نقطهٔ‌کوچکی درجهان موجودات است ، ولی خود فی حدذاته جهانی است که زندگی عاطفی وارادی‌وفکری مارا فرا میگیرد . کشور «من» سرچشمهٔ عمیقترین‌رنجها ودرعین‌حال منبع عالیترین شادیهای ما است . براین کشور نیروی سرنوشت‌تأثیر ندارد ، وما هنگامی می‌توانیم ازنظـارت برخود وحس مسئولیت صرف نظر کنیم که ازخود زندگی چشم پوشیده باشیم .

باوجود این یك راه وجود داردکه ازآن راه ممکن‌است روش علیتی درحدود این کشور درونی مورد تطبیق قرارگیرد . به‌طور اصولی هیچ دلیلی وجود نداردکه فرد نتواند خود را ناظر آنچه دردرون وی اتفاق می‌افتد قراردهد ، به‌عبارت‌دیگر، او می‌تواند برآزمایشهایی که ازآنها گذشته نظر افکند وآنهارا درشکل علیتی خود

به یکدیگر ارتباط دهد . لااقل ازلحاظ اصول هیچ دلیلی نداریم که فرد نتواند هریك از آزمایشهای خودرا بکاود - مقصودم ازآزمایشها تصمیمها وخط مشیهایی‌است که اختیار کرده - وآن را ازلحاظ علتی که موجب پیدایش آن شده مطالعه کند . البته این کار دشواری است ، ولی تنها راه علمی صحیحی است که بـاآن می‌توانیم به‌تحقیق درزندگی شخصی خود بپردازیم . برای آنکه این عمل به نتیجهٔ برسد ، واقعیتهای حیات که تحت مطالعه قرارگرفته بایستی به‌اندازه‌ای از ما دور بـاشد که عواطف وتمایلات پیچ درپیچ کنونی فرصت دخـالت درامور مورد مطـالعه را پیدا نکند . اگر بتوانیم به‌چنین کاری دست بزنیم وبهمین‌نحو عمل کنیم ، آنگاه هریك از آزمایشهایی که ازآن گذشته‌ایم هرچه بیشتر برای ما قابل فهم می‌شود ، به‌طوری‌که چون نظر تازهٔ خودرا بانظری که سابق داشتیم مقایسه‌کنیم ، مثل آن‌است که‌همسطح باچیزی شده‌ایم که لاپلاس آن‌را به‌نام «فوق‌عقل» نامیده‌است .

لاپلاس چنین گفته‌است که اگر یك فوق عقلی درخارج واقعیتهای عـالم قرار گرفته باشد ، می‌تواند رابطهٔ علیت را درتمام حوادث انسانی وطبیعی ، هراندازه که ظاهر پیچیده وحالت ریزبینی داشته باشند ، ببیند . تنها به‌شرط پیداشدن این‌فاصله است که فردمی‌تواند اسباب انتزاع وجدائی عامل ادراك‌کننده را با موضوعی‌که‌تحت پژوهش است فراهم آورد ، واین امر ، چنانکه پیشتر دیدیم ، ازشرایط غیر قـابل اجتناب تطبیق روش علیتی درپژوهش است . هراندازه به حوادث نزدیکتر بـاشیم . ترسیم ساختمان علیتی آنها دشوارتر می‌شود ، وهراندازه به‌حوادث‌آزمایشهای شخصی خویش نزدیکتر باشیم ، مطالعه دروجود خودمادرروشنی این‌حوادث مشکلتر می‌گردد چه‌دراین صورت فعالیتهای شخصی که‌مطالعه می‌کند خود جزئی از موضوع پژوهش می‌شود ، وتاچنین است برقرارکردن ارتباط علیتی عملا امکان ناپذیر می‌ماند . قصد من دراینجا موعظه نیست ، وهیچ درصددآن نیستم که بگویم برای ترقی اخلاقی‌هر فرد چه اموری باید درمد نظر گرفته شود . قصد من بحث درآزادی فردی ازلحاظ ارتباط منطقی آن با اصل علیت است ، ومی‌خواهم بگویم که « علی‌الاصول » هیچ

دلیلی نیست براین‌که ما نتوانیم ارتباط‌علیتی را دررفتار خصوصی خود اکتشاف‌کنیم ولی درعمل چنان است‌که ما هرگز نمی‌توانیم به‌چنین‌کاری دست بزنیم ، چه‌در آن صورت معنی آن‌می‌شود که شخص ناظر باچیزی‌که برآن نظر می‌کند یکی‌شده‌باشد، واین غیر ممکن است ، زیرا هیچ چشمی نمی‌تواند خودش را ببیند . ولی ، از آن لحاظ که هیچکس امروز آن چیزی نیست که‌یك سال پیش بوده ، تایك‌درجه‌می‌تواند آزمایشهای شخصی خود را درمعرض تجسس علیتی قراردهد ، ومن این را به‌عنوان مثالی وتجسمی ازآن اصل‌کلی بیان می‌کنم .

دراین‌جا ممکن است خواننده‌ای به‌این فکر بیفتدکه آزادی انسان درمقابل اصل علیت امری می‌شود که تنها نتیجهٔ فقر نیروی ادراك وفهم ماست ، وبه نظر من چنین نظری مبنی براشتباه است . برای آنکه خطای این طرز تفکر واضحترشود ، باید بگویم مانند اشتباه کسی است که خیال کند عدم توانائی شخصی برای سبقت گرفتن برسایهٔ خود نتیجهٔ کمی سرعت دویدن‌اوست .

این حقیقت که فرد ازلحاظ فعل کنونی خود نمی‌تواند محکوم قانون علیت باشد ، حقیقتی است‌که برپایهٔ منطقی بناشده وازنوع معلومات پیش‌از تجربه‌است ، وشبیه است به‌این اصل بدیهی که جزء ممکن نیست از کل خود بزرگتر باشد . ناتوانی فرد برای مشاهدهٔ فعالیت خویش درپرتو اصل علیت . حتی در مورد موجود فوق عقلی که لاپلاس فرض‌کرده ، نیز صادق است . در عین حال که این فوق عقل قابلیت آن‌را دارد که ساختمان علیتی راحتی درکارهای فوق‌العادهٔ نوابغ ترسیم‌کند ونشان دهد ، همین‌فوق عقل ازمطالعهٔ در «من» خود درهمان زمان‌که مشغول‌مشاهدهٔ فعالیت «من» فناپذیر ماست ، سرباز خواهد زد . اینجا جایی است که‌آزادی انسان وارد می‌شود وبدون آنکه حق هیچ رقیبی را غصب کند ، مستقر می گردد . هنگامی که به‌این ترتیب آزادشدیم ، مختار هستیم که در کشور اسرار آمیز وجود درونی خویش هرزمینهٔ معجزه آسائی را طرح‌کنیم ، ولواینکه دقیقترین دانشمند جهان

و نیرومند ترین طرفدار جبر علیتی بوده باشیم »[۱]

۴ - اصل علیت و اصل عدم حتمیت

درپایان قرن نوزدهم ، نخستین باری که امکان آن فراهم شد که رفتار مولکول و اتم والکترون را تحت مطالعه قرار دهند ، این مطلب کشف شد که بعضی از نمودها[۲] دربرابر هرکوششی برای بیان آنها ازطریق مکانیکی محض مقاومت نشان می‌دهند. مورفی می نویسد : « درهمان زمان که فیلسوفان هنوز دراین باره بحث می کردند که آیا ممکن است ماشینی ساخته شود که محصول آن افکار نیوتون واحساسات باخ یا الهام میکلانژ بوده باشد ، مرد میانه‌حال علم معتقد شده بود که هیچ ماشینی نمی‌توان ساخت که بتواند از روشنی یك شمع یا ازفرو افتادن یك سیب تقلید کند . آنگاه ، درآخرین ماه بسته شدن این قرن ، ماکس پلانك ، استاد دانشگاه برلن . توضیحی موقتی برای بعضی از نمودهای تشعشعی آورد که تا آن زمان گردن به هیچ توضیحی نمی‌نهادند . نه‌تنها توضیح وی طبعاً غیر مکانیکی بود ، بلکه امکان نداشت که آن‌را بارشتهٔ اندیشهٔ مکانیکی ارتباط دهند . وبیشتر بهمین‌دلیل بود که نظروی در معرض نقادی وحمله وحتی استهزا قرارگرفت ، ولی بعدها معلوم شد که بصورتی درخشان ثمربخش است ، وهمین نظر مقدماتی وی‌بود که بالاخره تکامل یافت وازآن «نظریه کوانتوم» جدید پیداشد که یکی از مقتدرترین اصول فیزیك جدیداست .»[۳] مکانیك جدید کوانتومی امروز اصل عدم حتمیت (اندترمینیسم) را اثبات می کند وما را از نظریه جبر مادی منحرف ساخته است ؛ وبطرف تصور جهانی که تصادف نقش مهمی درآن دارد سوق میدهد علم حضوری انسان همه‌جا ازنوعی اراده واختیار حکایت می‌کند ، اصل فناناپذیری ماده وبقای انرژی دربرابر پدیدهٔ رادیو اکتیویته متزلزل

---

۱ - علم به کجا می‌رود ؟ ماکس پلانك ترجمهٔ احمد آرام صفحهٔ ۲۲۵ تا ۲۳۰

2 - Phenomena

۳ - علم به کجا میرود ؟ ص ۲۲ و ۲۳

شده‌است درروش تحقیق بعضی از پژوهندگان درفیزیك کوانتومی به‌آن تمایل دارند که درسنجش واندازه‌گیری نمودهای طبیعی اصل علیت را کنار بگذارند و از روش آماری به‌جای آن استفاده نمایند .

ویل دورانت می‌نویسد : در«کوانتوم» اتم درجه‌ای ازعدم قطعیت و بی‌تصمیمی تقریباً انسانی ظاهر می‌شود ، برطبق نظریه کوانتوم که فیزیك‌دانان همه عملا آن‌را پذیرفته اند حرکت الکترونها نامنظم وناپیوسته است ودر عمل آنها انتظامی که قابل پیش‌بینی باشد نیست ، گرچه آنها مکان وسرعت خودرا تغییر میدهندولی این تغییرات ناگهانی وطفره‌ای است وبقول وایتهد مثل آنست که اتومبیلی بسرعت ۳۰ میل درساعت درجاده‌ای حرکت کند اما این حرکت متصل نباشد یعنی اتومبیل در هرمیلی دودقیقه توقف‌کند .

ادینگتون میگوید : نتیجه نظریه کوانتوم‌آنستکه دیگر فیزیك درگروقوانین‌جبری نباشد ، درآخرین صورت بندیهای نظری ، جبرمادی بکلی کنار گذاشته شده است‌و معلوم نیست که‌دیگر برگردد . »[۱]

ویل دورانت جای‌دیگر می‌نویسد : « بیائید دعاکنیم تا دردنیائی که همه‌چیز آن کاملا قابل پیش‌بینی باشد نباشیم ، آیا صورت چنین دنیائی بطور مضحکی با حیات ناسازگار نیست وحیات مکانیکی بقول برگسون شوخی ناپایداری نمی‌باشد؟»[۲]

باری نظریه جبرمادی انسان رابه ماشینی تشبیه‌کرده بودکه همه چیز درآن قابل پیش‌بینی است درحالیکه امروز علم عکس آنرا اثبات می‌کند ، عمل‌سلولهای بدن ازسلولهای روده تاسلولهای دیگراعضاء همه انتخابی است ، هردسته ازسلولهای روده تنها برروی یك نوع غذا تأثیر مـی‌کنند خُمـُل های روده مواد خاصی راکه بدن لازم دارد برمی‌گزینند وبقیه‌را واپس میزند سلولهای دیگر همین عمل‌راباخون

۱ـ لذات فلسفه ص۷۶

۲ ـ لذات فلسفه ص۷۵

می‌کنند این سلولها مواد انتخابی را ترکیب کرده و ماده‌ای میسازند که برای ادامهٔ حیات مفید و ضروری است سلولها هر کدام شخصیتی مستقل دارند دارای اراده و اختیار هستند ، نفس می‌کشند ، میخورند ، دفع می‌کنند ، زای و میردارند ، توالد و تناسل و جنگ و منازعه دارند و همه این مراحل که در زندگی آدمی نیز مصداق دارد در زندگی یك سلول وجود دارد .

برتراند راسل در نامه‌ای که بیکی از دانشمندان نوشته می‌نویسد : «نظریه کوانتوم تردید های مسلمی را نسبت به قابل اختیار بودن رفتار انسان بطور کامل از لحاظ نظریه علمی بوجود می‌آورد»[۱] .

این نظریه در آثار فیلسوفان دیگر نیز دیده میشود ، اپیکور[۲] نخستین کسی است از فیلسوفان که برای ذرات در حرکت نوعی از قوه و اختیار قائل و به تصادف معتقد است و انسان را هم مختار میداند و کلیهٔ جبر و ضرورت را منکر است ، امیل بوترو[۳] نیز حتی قوانین طبیعت را تقریبی و اجمالی میداند که خلاف قیاس در آن بسیار دیده می‌شود که یا به آنها بر نخورده بودیم و یا به مسامحه گذرانده بودیم و بنابراین قاعده وجوب ترتب علت بر معلول احاطه و شمول کلی ندارد و بوجوب اصل علیت و قوانین طبیعی که مبتنی بر آنست نمی توان جازم بود پس قوانین طبیعت ممکن است نه واجب .

اما ماکس پلانك اصل علیت را رد نمی‌کند و آنرا باطل نمیداند در این مورد مورفی می‌گوید : «هدفی که هایزنبرگ با صورت بندی اصل نامعینی در برابر خود داشت ، یافتن قاعده و قانونی بود که بوسیلهٔ آن بتواند در فرایندهای بسیار خرد نمود های طبیعی ، مانند آنها که پای کوانتوم عمل در آنها بمیان می‌آید ، کار کند و به

---

۱ ـ توضیح و بررسی مصاحبهٔ برتراند راسل وایت ص ۱۱۰

2 – Epicure (۳۴۱–۲۷۱ پیش از میلاد)

3 – Emile Boutroux (۱۹۲۱–۱۸۴۵)

نتایجی برسد . دراینجا اصل علیت قابل تطبیق نیست . ولی این چنان معنی نمی‌دهد که توالی علیتی عملا به‌صورت عینی تحقق پیدا نمی‌کند . بدان‌معنی است که‌ما نمی‌توانیم طرز عمل آن‌را اکتشاف کنیم ؛ واین از آن جهت است که اسبابهای پژوهش و آمادگی فکری ما درزمان حاضر برای انجام این وظیفه‌شایستگی کامل ندارد . اصل نامعینی درواقع فرضیهٔ دیگری است که درفیزیك کوانتومی جای‌روش علیتی محض راگرفته است . ولی هایزنبرگ خود یکی ازنخستین کسانی‌است که اصل نامعینی اورابه معنی انکار اصل علیت گرفته‌اندزبان به اعتراض گشوده‌است .

پس‌چرااین استنتاج عجولانه این اندازه رواج یافته‌است ؟ این رواج محتملا نتیجه دوامراست : نخست روحیه عصراست . وروحیه عصرچنان است که نمی‌خواهد آن را وارث نظم کهن وخواسته هان‌کهن بدانند ، و خودرا آزاد شدهٔ ازهر قانونی می‌داندکه ازطریق قدرت‌وحجیت سنت پیداشده است . علت دوم استانده[1] ومعیاری شدن زندگی جدید است همراه باتولید کلی ماشینی ودستگاههای فروش و تبلیغات و وسایل حمل‌ونقل وخانه سازیهای دسته‌ای‌وکارهای بیمه‌ای بسیارنیرومند آن ونظایر اینها ، که درنتیجهٔ همهٔ اینها قواعد وقوانینی آماری به‌دست آمده است که در مورد پیشامدهای دسته جمعی صادق است ؛ ولی چون‌پای افراد به‌میان می‌آید ؛ دیگراین قوانین رانمی‌توان مورد عمل قرار داد . مردم این را اصل علیت آماری می‌نامند و فیزیکدانان آن‌را وارد علم خودکرده وآن رامعارض ومقابل باعلیت محض به‌معنای قدیمی آن شمرده‌اند : ولی واقع امراین است‌که علیت آماری و حتی آنچه به نام قوانین احتمال نامیده شده همه برپایهٔ این فرض است‌که علیت محض درموردحالات فردی صادق است .

بنابراصل علیت آماری شرکتهای‌بیمه ، فلان قدر هزار نفر درسال درفلان‌سن باداشتن فلان حرفه ازفلان‌بیماری خواهند مرد . برپایهٔ‌همین آمارهااست‌که‌نرخهای

---

[1] Standard-1

گوناگون بیمه‌تعیین و بیمه نامه‌ها تنظیم می‌شود ولی از این آمار هاهیچ نتیجه‌ای درمورد مرگ فرد خاصی که بیمه شده‌است نمی‌توان گرفت»[۱] پلانك می‌گوید : «در دستگاه آهنگدار فیزیك نسبیتی رسمی ، فرضیه کوانتوم به تازگی پریشانیهایی ایجاد کرده ، وهنوز کسی نمی‌تواند بگوید که این فرضیه چه تأثیری درصورت بندی‌قانون علیت خواهدداشت ، ظاهراً لزوم تغییراتی احساس می‌شود ، ولی من مانند بسیاری از علمای فیزیك‌عقیده‌دارم که درپایان کار فرضیه کوانتوم بامعادلاتی نمایانده خواهد شد که قانون علیت‌را به صورت‌دقیقتر وصحیحتری نمایش دهد[۲].» .

ودست آخر اظهار نظرانشتن دراین مورد بسیار جالب است : «من درمورد نظری که دوست ما پلانك درخصوص این اصل پیداکرده کمال موافقت رادارم ، ولی شما باید خوب‌دقت‌کنید که‌پلانك دراین‌خصوص چه چیزگفته یانوشته است . وی‌قبول داردکه اصل علیت راباوضع حاضر امور نمی‌توان درمورد جریان‌داخلی اتومها تطبیق کرد ، ولی خوداو هرگز این نتیجه را نگرفته است که این «عدم قابلیت تطبیق» دلیل آن‌است‌که اصل علیت درعالم واقعیات‌خارجی وجودندارد پلانك‌دراین خصوص هیچ نظر قطعی ابراز نکرده است ، وفقط‌درمقابل پاره‌ای از امور که مورد تصدیق تئوریدانهای فیزیك کوانتوم است جنبه فعالیت به‌خود گرفته ؛ ومن‌دراین باره‌کاملا بااو همراهم ، هنگامی‌که شما می‌گوئید دسته‌ای ازمردم هستندکه چنین چیزهارا دلیل بروجودآزادی اراده درطبیعت‌می‌دانند ، برای من‌دشوار است که‌جواب بدهم ،چنین فکری ناروا وابلهانه است[۳]» .

آخرین‌مطلبی‌راکه درمورد این‌فرضیه دریغ‌است که‌یادآوری نکنیم‌سوء استفاده ایست‌که‌ازآن‌شده ومی‌شود مورفی‌درمحاوره‌ای‌باانشتن دراین مورد چنین می‌گوید : «به‌این صف مردان‌گرسنه‌نظرافکنیدکه هرروز برای لقمهٔ نانی به‌درخانهٔشمامی‌آیند.

---

۱ ـ علم به‌کجا میرود ؟ ص۴۷و۴۸ ۲ ـ همان مأخذ ص۲۰۰

۳ ـ علم به‌کجا میرود ؟ ص۲۸۸و۲۸۹

اینان مردم درست اندامی هستند و می‌خواهند مزیت انسانی خودرا که کارکردن است مورد استفاده قرار دهند . شمااز نوع آنها درلندن نیز می‌بینیدکه مدالهای اخلاقی برسینه دارند و برای نان درخیابانها رژه می‌روند . نظیر آنها درنیویورك و شیکاگو ورم و تورن‌نیزفراوان است . مردی‌که مرفه است ودرمبل راحت لمیده ، باخود چنین می‌گویدکه این به‌مار بطی ندارد واین راازآن‌جهت می‌گویدکه می‌داندچنین ارتباطی وجود دارد . آنگاه‌کتابی را ازنویسندگان فیزیك برای توده برمی‌دارد ، وچون‌در آن می‌خواندکه طبیعت چنین چیزهارا قانون توالی علت ومعلـول نمی‌دانـد ، نفس راحتی می‌کشد . شمابیش‌ازاین چه می‌خواهید ؟ این‌است علم و چنانکه می‌دانیم علم مکمل جدید دین‌بشمار می‌رود . «بورژوازی» آسوده خاطرشما است‌که‌به سازمانهای علمی و آزمایشگاهها قوت‌وغذاوسرمایه می‌رساند ، وآنچه‌راشما می‌خواهید می‌گوید یعنی می گویدکهٔ دانشمندان ، اگرلااقل بصورت ناخود آگاه‌هم‌که باشد دراین طرز تفکر شریك نشوند ، جنبه انسانی ندارند»[1] .

اکنون ببینیم پلانك چگونه نظریه کوانتوم‌را باذکر مثال تشریح می‌کند وی می‌گوید : «درفیزیك ، علاوه برقوانین نیرویی یادینامیك : یك دسته قوانین دیگر نیزشناخته شده‌که آنهارا بنام قوانین آماری می‌نامند . این‌قوانین اخیراً بادقت‌شایان توجهی احتمال‌پیدایش حوادثی راکه باید اتفاق بیفتدمعین‌می‌کنند ، وبه همین‌جهت راه‌پیداشدن استثنائی دراین قوانین مسدود نمی‌ماند . یکی‌از نمونه های این چنین قوانین مسئله انتقال گرما ازجسمی به‌جسمی دیگراست : هرگاه دوجسم با درجات حرارت متفاوت مجاور یکدیگر قرارگرفته باشند ، بنابردوقانـون تـرمودینامیك ، انرژی گرمایی بایستی ازجسم گرمتربه جسم سردتر ریزش‌کند . ولی امـروز بنابه تجربه می‌دانیم‌که این‌قانون‌حالت احتمالی دارد چه درحالی‌که‌اختلاف درجهٔ‌حرارت دوجسم خیلی کم باشد . ممکن است درنقطه‌ای ازنقاط تماس دوجسم ودر لحظه‌ای

---

۱ ـ علم به‌کجا میرود ص۲۹۵

عمل عکس اتفاق افتد و انرژی گرمایی از جسم سرد به جسم گرم انتقال پیدا کند. قانون دوم ترمودینامیک در این مورد مثل تمام موارد مربوط به قوانین آماری فقط نسبت به مقدار معدل و متوسط عدهٔ بسیار زیادی از حوادث صحیح است، و برای فرد فرد آن حوادث صحت ندارد. اگر بخواهیم در مورد یک حادثهٔ مفرد سخن بگوئیم، با مقدار معینی از احتمال حق بحث داریم[1]».

پس تصویری هم که انسان از حد متوسط صفات ممیزه افراد انسان پیش خود می‌سازد، نباید انتظار داشته باشد که همه آنها در یک شخص جمع شود، چه از طرفی همان قانون اتحاد ناظر باچیزی که بر آن نظر می‌کند در مورد روابط ما با دیگران نیز شامل می‌شود چه هستی ما وابسته سایر اجزاء اجتماع است و لذا نمی‌توانیم خود را در وضعیتی قرار دهیم که اعمال افراد دیگر را از لحاظ انگیزه‌ها یعنی از لحاظ علیت مورد مطالعه قرار دهیم. و باصطلاح بآن فوق عقلی که لاپلاس تصور کرده است برسیم ولذا است که انسان موجودی تا این حد غیر قابل پیش‌بینی و حساب نشدنی جلوه می‌کند بطوریکه اکثر دانشمندان باحیرت و سرگردانی در برابر این موجود ناشناخته اعتراف به عدم قدرت توضیح و تشریح درهم پیچیدگیهای بی‌پایان طبیعت بشری نموده‌اند زیرا خصائصی که برای ساختن شخصیت آدمی بکار رفته آنقدر درهم و متعدد و متناقض میباشند که انسان بسادگی می تواند در یک شخص امیال و شهوات ضد و نقیض از قبیل: بلند نظری و کوته بینی خیالپرستی و پیروی از عقل، عشق و نفرت، شجاعت و ترس پرهیزگاری و گناه، عفو و انتقام و خلاصه خدا و شیطان را مشاهده کند وحال آنکه نتیجه کار و آزمایش دانشمندان و کار شناسان علوم تجربی کاملا معلوم و هویدا است و میتوان آنهارا، بکرات مورد آزمایش و در بوته امتحان قرار داد، خلاصه آنکه میتوان با فراگیری تجربیات پیشینیان و کشفیات آنان برروی این مفروضات خالص منطق ریاضی، احکام جدیدی را مورد بررسی قرار داد و در پهنهٔ وسیع

---

۱ ـ ماخذ پیش ص ۲۰۱

علوم مادی - که دائر مدار محسوسات است - بافق های تازه‌تری رسید و به فضای نامتناهی علوم بشری روز نه‌ای - هرچه بیشتر و برتر - برای انسانها گشود ، و همانطور که یادآوری گردید علوم تجربی و مادی راهی راجستجو می‌کنند که بتوان آنهارا با فرمولهای منطق ریاضی در جهان شناسائی تثبیت نمود زیرا علوم تجربی باعقاید و نظریات و نتایج و کشفیات غیرقابل تردید و انکار سروکار دارد ، ولی درعلوم اجتماعی وحقوقی بعکس علوم مادی وریاضی باحقایق غیرقابل تردید و انکار روبرو نیستیم ، چه روابط مردم برروی منطق صرف و تعقل مطلق بناگذاشته نشده‌است و بقول برتراند راسل : «همبستگی اجتماعی ازضروریات است و انسان تاکنون هرگز نتوانسته است فقط با براهین عقلی این همبستگی را در اجتماع پدید آورد »[1] . بسیاری افراد انسان بیشتر از احساسات وغرائز پیچیده ومرموز وعادات و خوی های نامتعادل خود تبعیت می‌کنند و بعلاوه برای کارشناس فن حقوق وعلوم اجتماعی ، لابراتواری به مثابه علوم تجربی که کلیهٔ عوامل آزمایشگاهی برای امتحان در آن ثابت و ساکن ولایتغیر باشد وجود ندارد و بقول هانری پوآنکاره[2] «علم همیشه آزمایشی بوده وهست آزمایش درعلم اجتماع عبارت از تاریخ گذشته است . این تاریخ را باید مورد نقادی قرار داد اما نمی‌توان آنرا بکلی ازمیان برداشت[3]» .

۵- بیان تاریخ

بیان ومعنی وتعبیر و تفسیر تاریخ اگر بر مبنای هریك از عوامل : دین ، جغرافیا ، نژاد ، اقتصاد ومعنویات بطور مجرد گرفته شود ، هریك از عوامل یاد شده به تنهائی غیر منصفانه ومغرضانه بنظر خواهد آمد ، چه آنگاه تاریخ معنی پیدامی کند

---

۱ - تاریخ فلسفهٔ غرب ترجمهٔ نجف دریابندری صفحهٔ ۲۳

2 - Henri Poincaré (۱۸۵۴-۱۹۱۲)

۳ - مبانی حقوق دکتر موسی جوان جلداول ص ۱۴۶

وپاسخگوی نیازهای آینده خواهد بودکه همه عوامل را درنظر آوریم وترکیب و پیوند آنها نشاندهنده حقیقت خواهدبود. سخن ولتر[1] بسیار حکیمانه است که: «تاریخ رابایدفیلسوفان بنویسند»[2] ودراین مورد تمام مواد تاریخ که اشاره شد باید گردآوری گردد وفیلسوف درمطالعه تاریخی تنها به قطعات طولی نپردازد بلکه یك نوع تاریخ عرضی تدوین کند یعنی یك عصر و یا یك نسل رادرنظر گرفته وسپس به تحقیق همه مظاهر زندگی آن ازاقتصاد، سیاست ونظام وعلم وفلسفه و دین و اخلاق و ادب و درام و هنر بپردازد، چه تا کنون مطالعات بر اساس ترتب و توالی علتها ازپی هم بوده ویك موضوع درطول قرنها مورد مطالعه قرار میگرفته ولی علاوه برآن باید ازتأثیرات عرضی ومتقابل موضوعات نیز غافل نماند، چه حوادث نه تنها معلول علتهای قبلی هستند بلکه معلول اوضاع معاصر وهم عرض خود نیزمیباشند.

زیرا باهمهٔ این اشکالات اگر آزمایشگاه محقق علوم اجتماعی رافقط دوران گذشته بشری قرار دهیم، فقدان پدیده‌ها وروییدادهای عصر حاضر درآن، مارا نمی‌تواند به‌کشف تازه رهنمون باشد وبعبارت دیگر برای تفسیر وتوجیه زمان حال، نمی‌توانیم بدرستی ازپیشرفتهای اجتماعی گذشتگان، درفنومنهای[3] جدید حقوقی و اجتماعی بهره والهام بگیریم، واگر آنچه راکه درحال گذشتن است وهمچون جوئی میگذرد به‌کمك علم آمار[4] واحصائیه مورد بحث وبررسی قرار دهیم، نقائص دیگری برای کار تجربه وعمل مامشهود است. ازاینقرار: اولا نتیجهٔ این آزمایشها بعدها بروز خواهدکرد وهم اکنون برای مادردی رادرمان نمی‌کند، وانگهی صددرصد بکارواقدام خود نمی‌توانیم اطمینان داشته باشیم وسالها منتظر اخذ نتیجه بمانیم. ثانیاً چون اجتماع انسانها، مانند اجتماع چند عدد موجودی مادی نیست که تنها نتیجهٔ آن

---

1 - Voltaire (۱۷۷۸-۱۶۹۴)

۲ - لذت فلسفه ویل دورانت ترجمه دکتر زریاب خوئی ص ۲۵۰ تا ۲۹۱

3- Phénoméne

4- Statistique

عبارت از افزایش کمیت بوده‌باشد وهمچنین از قبیل اجتماع عناصر شیمیائی نیست که نتیجهٔ آن‌قابل پیش بینی علمی بوده و بـه نتایج محسوسهٔ مشخصه‌ای تبدیل گردد بلکه انسان بادارابودن خواص‌دواجتماع گذشته ، دارای تبدلات‌کیفی بوده ومی‌تواند همان پدیده های‌کیفی راباتصرفات انتخابی وارادی ازجانب خود بصورت‌قراردادهای اجتماعی وحقوقی درآورد .

وچون مادرمسأله انسانها باکیفیت هاروبرو می‌شویم ، واین کیفیت هامعلول تقاطع حوادث غیرقابل پیش‌بینی است لذابرای حقوقدان و کارشناس علوم اجتماعی بسیار مشکل ودشواراست‌که نتایج افکار وتحقیقات خودرا درشکل ۴=۲×۲ ارائه بدهد .

ازسوی دیگر بقول فیلسوفان وجامعه شناسان وروانشناسان معاصر این‌حقیقت که «انسان قابل انعطاف است» به‌منزله آکسیوم[1] وعلـوم متعارفه واصـول بدیهی مشهور ومحسوس همگانی است مثال زیرمطلب راروشن میسازد «خانه ای‌راکه ۳ بنا و ۶ عمله درمدت ۶۰ روز وروزی ۸ ساعت کار میسازند قطعاً ۳۶۰ بناو ۷۲۰ عمله در ۴ ساعت نخواهند توانست ساخت»[2] .

«هریك از سازمانهای اجتماعی کارکرد یاکار کرد هائی دارند که بدینوسیله زندگی انسان رامی‌گردانند ، سازمانی‌که ازکارکرد خود بازماند ، بی‌ارزش است . توانائی‌کارکردی یك سازمان به مراتب ازتوانائی های‌کارکردی اشخـاصی کـه آنرا

---

۱ - Axiomes قضیه‌ای است بدیهی الاستنتاج‌که بمحض اینکه بذهن انسان‌آمد انسان آنرا درست می‌انگارد ونقیض آنرا مخالف عقل حس‌می‌کند مانند دومقدار مساوی بامقداری ثالث بایکدیگرمساویند ، کل بزرگتر از جـزءاست که از فرط سادگی بـه استدلال نیازی ندارد ولی چنین نیست که بی‌دلیل باشد بلکه دلیل‌آن بیشتر براساس مبدء هویت (Identité) یااصل اینهمانی که تناقض باطل است وحمل شئی برنفسی ضروری است قرار دارد .

۲ ـ مقدمه حقوق تطبیقی دکترحسن افشار چاپ‌سوم صفحهٔ ۹

تشکیل میدهند ، بیشتر است . به عبارت دیگر ، اگر توانائی یك تن برابر x باشد ، توانائی یك سازمان یکصد تنی ۱۰۰x نیست ، بلکه سر به صدها x میزند»[۱] وخلاصه جامعه حاصل جمع عددی افراد نیست ، بلکه واحدی است با کیفیتی مستقل ، کلی است متمایز از اجزاء خود ، وجودکمی آن ناشی ازوجود افراد است ولی وجود کیفی آن ازافراد استقلال دارد . یافرضاً یك سازمان اقتصادی بادو برابر کردن سرمایه‌اش ممکنست درآمدش ازدو برابر بیشتر یاکمتر شود ، واینجاست که درعمل پس ازگذشتن زمانی طولانی بی‌پائی وضعف بسیاری ازتئوریهای اقتصادی واجتماعی ظاهر میگردد فی‌المثل مالتوس می‌گفت که دنبال کردن از دیاد جمعیت عواقب وخیمی ممکن است دربرداشته باشد ، این تالیهای ناگوار مربوط بودبه قانون «تقلیل عایدات» که مطابق آن صرف مقداری کار وسرمایه دریك زمین ، عایدات آن زمین رابازیادتر کردن کاروسرمایه زیاد نمی‌کند ، یك جریب زمین بوسیله مقداری کار وسرمایه اگر چند من گندم بدهد فرضاً اگر مقدار کاروسرمایه ای راکه درین زمین بکار میبرید دوبرابر کنید گندم می‌که شما بدست می‌آورید دوبرابر سابق نخواهدشد ودیدیم که عملا پیش‌بینی های مالتوس غلط از آب درآمد : وبطور خلاصه می‌توان گفت که چون تودهٔ مردم هیچگاه زندگیشان برروی منطق استوار نیست ناگزیر نمی‌توان برای حل وفصل واداره روابط این افراد که خود منطقی نیستند ، راه حلهائی ثابت که برمبنای منطق خالص ایجاد شده باشد بنانهاد ، بدون اینکه بحقایق مسلم زندگی آنان توجه گردد ، زیرا ما همواره در اجتماعات بشری باعلل ومعلولات «چند از چند» سروکار داریم نه یك ازیك ونه یك از چند ونه چند ازیك .

وایتهد[۲] می‌گوید : «علم می‌کوشد که قواعد عمومی راکشف کند وآن قواعد عمومی خود تطبیق میگردد ، ولکن علم هرگز مجرای تاریخ را مشخص نمی‌کند مگر

---

۱ ـ زمینه جامعه شناسی ، اگ برن و نیم کف اقتباس ا.ح.آریانپور ص۲۶۷

2 ـ Alfred . N . Whitehead

اینکه بحقایق تکیه کند . ممکن بود که تاریخ بسبب خود قوانین طبیعی راه دیگری را انتخاب میکرد واگر ما بطور کافی این قوانین را می‌شناختیم برای ما فهمیدن آینده ازگذشته‌ای که تفاصیل آن مشخص شده است ممکن بود ... الا اینکه شناسائی ما بقوانین علمی بدبختانه خیلی ناقص است ، شناسائی ما بحقایق مخصوص بحاضر و گذشته ، ناچیز است نتیجهٔ تمامی دانستنیهای ما اینست که ما هنوز به نتایج حادثه‌ای درازمنهٔ آیندهٔ دور که بسبب تصادم میان آفتاب وستارهٔ دیگری ایجاد خواهد شد نادانیم ، آیندهٔ زندگی رادرروی زمین نمیدانیم ، ما مجرای تاریخ را تاسال آینده نمیدانیم وهمچنین ازعهده تفصیلات زندگی مان درحال حاضر برای آینده جاهلیم، بلکه درباره وجود کنونی‌مان چیزی نمیدانیم»[1] پس درحقوق وسیاست درعمل هیچگاه نباید ازیاد برد که نمی‌توان درانتظار حقیقت مطلق مدتها نشست وکاری نکرد همینقدر که اصولی بتوان یافت که درآن حقیقت محتملی وجود داشته باشد باید آنرا میزان عمل قرار داد زیرا تردید نیست که هرچه درامور حقوقی واجتماعی پافشاری واصرار درپیروی از منطق تعقلی بیشتر گردد ، بهمان مقدار خطر دوری ازواقعیات ، بیشتر گریبانگیر ومحسوس خواهد بود ، گواینکه آن منطق محض فی نفسه وذاتاً صحیح و درست بوده وباموازین عقلی وفلسفی قابل انطباق باشد ، ولی باقطع نظر ازکیفیات و شرایط واوضاع واحوال خارج کمترین دردجامعه را دوانخواهد کرد واجبارا ولزوماً باشکست مواجه خواهد گردید .

همانگونه که اگوست کنت درطبقه بندی علوم اینسته ازعلوم را ازمرکب‌ترین وپیچیده ترین علوم دانسته ومعتقد است که مبنای مطالعه علوم اجتماعی برهمه علوم دیگر قراردارد زیرا قانون یا ناموس طبیعی عبارت از نسبت ثابت و واجبی است که علت ومعلول را بیکدیگر ارتباط میدهد قوانینی که توسط عقل انسان کشف شده اند همه دارای یك درجه ازدقت وکلیت نیستند صحیحترین وکلی ترین قوانین آنهائیست

---

۱ – توضیح وبررسی مصاحبه برتراندراسل – وایت ص ۱۷۶و۱۷۷

که به‌فرمولهای ریاضی درآمده است و همیشه از راه آزمایش قابل اثبات‌اند قوانین مکانیك وفیزیك ازاین قبیلند زیرا موضوع بحث آنها نسبةً بسیط است درحالیکه علومی که موضوعشان حیات وویژگیهای مربوط به‌آنست اصلا بساطت وکلیت آنهارا ندارد بویژه علوم اجتماعی وحقوقی که موضوع آنها کیفیاتی بی نهایت درهم و پیچیده اند وتعیین روابط علت معلولی دراین کیفیات بسیارمشکل ودشوار است تا آنجاکه وایتهدمیگوید: «طبیعت بشری آنچنان پیچیده وگره خورده است که ارزش آن برنامه هائی که روی کاغذ برای تنظیم حال اجتماع نوشته میشود نزد زمامداران ، حتی ازهمان کاغذباطل شده‌هم ، بی‌ارزش‌تراست»[۱] .

امروز اکثر روانشناسان باین عقیده رسیده اند که تقریباً انسان طبع ثابتی ندارد ودرهر جامعه‌ای ، مطابق‌مقتضیات فرهنگ آن‌جامعه ، می‌اندیشدوعمل‌می‌کند طبیعت ساختمان اجتماعات بشری هزاران بار از ساختمان بدن ما پیچیده تراست و لذا هزاران‌بارحساب‌نشدنی تراست . اجتماعات بشری مانند ریاضیات ویاموتورماشین ویاهرشئی بی‌جان دیگر نیست که فرمولی باشد وتحت قیاسهای منطقی درآید بلکه اجتماعات مانند بدن انسان درحال رشد و تکامل اند و بامبادی و اصول یك قانون گذار ویافیلسوف ممکن است تطبیق ننماید ، نظریه ثبات حقوقی ازاینجهت محکوم به شکست است که طبیعت وفطرت بشری دراصل محصول وزائیده عادات و رسوم و وتعلیم وتربیت وفرهنگ یك اجتماع است و درطبیعت بشر متمدن سهم ناچیزی از آن غریزهٔ بشر اولیه برجای مانده‌است ، بقول برتراندراسل : «طبیعت بشر ، بی‌نهایت، قابل کشش وانعطاف پذیر است ، ومردم‌متوجه این مطلب نمی‌شوند ، معذلك ، اگر شما یك‌سگ‌خانگی رابایك‌گرگ وحشی مقایسه‌کنید ، آنوقت بقدرت تعلیم وتربیت پی‌خواهید برد . سگ‌خانگی موجودی است که براحتی تربیت می شود ، گاه عوعو می‌کند . وشاید گاهی پای نامه رسان پست را هم گاز بگیرد ، ولی بطور کلی

---

۱ ـ توضیح وبررسی مصاحبه برتراندراسل ـ وایت ص۱۴۲

قابل معاشرت است ، و لی مسأله گرگ صورت دیگری دارد ، دو باره طبیعت بشر میتوان به نتایج جالبی رسید ، طبیعت بشر بر حسب تربیت ممکن است کاملا تغییر کند این ایده که میگوید طبیعت بشررا نمی‌توان عوض کرد بینهایت احمقانه است»[۱] باری این تربیت محصول عمل نسلهای متوالی وضرورتها واحتیاجات متنوع ومتغیر بوده است ، تربیت بشرحاصل منطق واصول نیست بلکه محصول تاریخ گذشته است برك (Burke) چه خوب به‌روسو جواب داده بوده که : «جامعه قرارداد میان اشخاص همزمان نیست بلکه تشکیل تدریجی و نامحسوسی است واگر قرار دادی درمیان باشد میان گذشته وحال وآینده است»[۲] ولذا نهضتهای انقلابی که بطور کلی نظام یك اجتماع را زیر وزبر می‌کند ، باعث بسیاری از تشنجات و ناراحتیهای مادی و معنوی میگردد ؛ زیرا راه صحیح اغلب در نهضتهای اصلاحی تدریجی و تکاملی است که هم به‌سنتها ومعنویات وفرهنگ گذشته متکی باشد وهم راههای اصلاحی پیش بینی نماید واین چه در روانشناسی فردی وچه درروانشناسی اجتماعی هردو تأیید شده است ، قطع رابطه شدید وناگهانی باگذشته چه درفرد وچه دراجتماعات هردو به جنون وازهم پاشیدگی نظام اجتماع منجر میگردد ولذاگفته کارل مارکس که : «انقلاب‌هائی که کامیاب میگردند فقط امضای سیاسی موفقیت‌های اقتصادی قبلی است»[۳] بسیار بجاوصحیح است ، پس در حقوق وعلم الاجتماع دگماتیسم وقطعیت راه ندارد ؛ و نظریه ثبات حقوقی دورانش سپری گشته ومحکوم به‌شکست است زیرا حقوق زنده وجاری هرگز براساس منطق قرار نداشته وصرفاً جنبه تجربی دارد ونمی تواند از تحولات اقتصادی ، سیاسی و اجتماعی دوروبرکنار بماند وازسوی دیگر آزمایشهای حقوقی و اجتماعی مانند آزمایشهای علوم دقیقه اشتباهش فورا معلوم وهویدا نمی‌شود چه بسا ممکن است پس از پنجاه سال به‌نقائص واشتباهات وعیوب یك رفورم واصلاح حقوقی واجتماعی پی برد .

---

۱ ـ جهانی که من می‌شناسم برتراندراسل ترجمه روح‌الله عباسی ص ۴۶

۲ ـ لذات فلسفه ص ۳۷۶ ۳ ـ لذات فلسفه ص ۲۷۶

فصل دوم

نگرشی به مکانیسم حقوق در قرون جدید

مکتب انشاءحق ومکتب ادراك حق

میان مکاتب مختلف حقوقی دو نظر درباره قاضی وجود دارد یکی قاضی را بیان کنندهٔ حق ودیگری قاضی را ایجاد کنندهٔ آن میداند. مونتسکیو درفصل ششم ازکتاب یازدهم روح‌القوانین میگوید: «قضات ملت جز دهانی که اقوال قانون را ادامی‌کند ووجودهای غیرذی‌روح عنوان دیگری ندارند»! مونتسکیو طرفدار این نظراست که‌قاضی بیان‌کننده وادراك‌کنندهٔ حق‌است نه بوجود آورنده آن، مونتسکیو طرفدار مکتب فرانسوی است که قاضی راکاشف ومبین قانون میداند؛ ولذا مجسمه عدالت را همانند فرشته‌ای که چشمانش بسته است وشمشیری دردست دارد تصویر میکرد، این مظهر وعلامت چشم بسته واین افکار افراطی نتایج ضروری اوضاع و احوال سیاسی سدهٔ هیجدهم میلادی بود، زیرا این قوانین زائیده و حاصل انقلاب کبیر فرانسه بود وعکس‌العمل رهائی ونجات ازمظالم حکومتهای سابق، اینگونه زیاده‌روی وافراط رادرحفظ وحراست‌قانون جایز مینمود، درحالیکه پس‌ازفروکش کردن تعصبات معتقدشدند که قاضی نمی‌تواند شخصی باشد که اطراف وجوانب و کیفیات امررا برای کشف حقیقت قضائی[1] موضوع درنظر نگیرد وقاضی را به‌فرشته‌ای کور وبی‌اراده نباید تشبیه‌کنیم، زیرا برای قانون امکان ندارد همهٔموارد راپیش‌بینی کند، زندگی دارای مستحدثات وپدیده‌های تازه‌ای است‌که درقانون‌هرگز نمی‌تواند پیش‌بینی شود، قاضی خود باید این جاهای خالی قانون را پرکند (ماده ۳ ـ آئین

Oualification – 1

دادرسی مدنی ایران نیز مفهم همین معنی است) این مکتب جدید از ایتالیا و آلمان ظهور کرد و به مکتب ایتالیائی و آلمانی ویا مکتب انشائیت حق موسوم است که بنابر آن قاضی موجد و پدید آورنده حق است نه مبین آن در این مکتب قضات موجوداتی غیرذی روح ودهان ملت تعبیر نمیشوند ، در مکتب فرانسوی کاشفیت که مونتسکیو پیروآن است درعمل فقط اکتفا به یك تفسیر تحت اللفظ از مفاد قانون میشد احکام قاضی یك قضیه منطقی رانشان میداد که در آن قانون کبری ، قضیه مورد دعوی صغری وحکم قاضی نتیجه آن بود ولذا علم حقوق را از شعب علم منطق می انگاشتند !

در نظام کُمان لو[1] حقوق عرف وسابقهٔ آنگلوساکسون نیز معتقدند که حقوق جزء علم منطق نیست وآنرا جزء علوم تجربی میدانند ویکی ازاستادان حقوق اظهار عقیده می کند که قاضی را نباید از منطقیون بلکه باید بعنوان یك مهندس اجتماعی شناخت .

باری مکتب فرانسوی را که قاضی درآن بیان کننده وادراك کننده حق است مکتب کاشفیت حق نامند دربرابر مکتب ایتالیائی که قاضی را پدید آورنده وموجد حق میداند به مکتب انشائیت مرسوم است ، یکی ازحقوقدانان[2] درمقایسهٔ این دومکتب اظهار عقیده می کند که هردو نحله دارای جنبه‌های افراط وتفریطند وی میگوید قاضی محدود بحدود قانون است ولی هرچند قانون را مانند زندانی برای قاضی فرض کنیم باز قاضی انسان است و می تواند در محوطهٔ محبس حرکت کند ، تصرف نماید وصاحب نظر ورای باشد ، حتی امروز درخود کشور فرانسه هم نفوذ و اثر عقاید علمی ورویه قضائی دررشته های مختلف حقوق افزون شده است تا آنجاکه

---

1 - Common Law

۲ - آئین دادرسی مدنی جلددوم تألیف دکتر احمد متین دفتری

بالوبوپره[1] رئیس دیوان کشور درخطابهٔ جشن صدمین سال قانون مدنی فرانسه ، آزادی قضات ودادرسان را ضروری دانسته است وی میگوید : « وقتی عبارت قانون مبهم باشد قاضی ودادرس نباید درصدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانونگزار درصد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق نمایدکه هرگاه این قانون درعصر حاضر بتصویب میرسید قانونگزار ازآن چه منظور بایستی داشته باشد ؟ »[2] وماده ۳ آئین دادرسی ایران نیز دراین مورد میگوید : « دادگاههای دادگستری مکلفند بدعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند ودرصورتیکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده ویا متناقض باشد یا اصلا قانونی درقضیهٔ مطروحه وجود نداشته باشد دادگاههای دادگستری باید موافق روح ومفادقوانین موضوعه وعرف وعادت مسلم قضیه را قطع وفصل نمایند »

مکتب کاشفیت فرانسوی یا مکتب تفسیر تحت اللفظ[3] وتعبد در حقوق ، اکتفا به متون قانونی را کافی میدانست چه برطبق آن کلیه اصول حقوقی درعبارات قانون مندرج بوده وبرای قاضی جای جستجودرخارج ازمواد باقی نمی‌ماند وقوانین رأئابت ولایتغیر می‌انگاشت معهذا امروز این مکتب همانطورکه گفته‌شد ازنظر خود عدول کرده‌است زیرا این وضع بااکتشافات ونیازمندیهای جدید قرن نوزدهم منافات‌داشت، این نیازمندیها باتعبد وجمود هماهنگی وسازشی نداشت لذا رفته‌رفته ، دگماتیسم و نظریه « ثبات حقوقی » متروك ومحکوم به شکست گردید وحتی در خود فرانسه که زادگاه مکتب کاشفیت است ومعتقد بودندکه کلیه مبانی حقوقی درکد ناپلئون(مصوب ۱۸۰۴) گنجانیده شده پس‌ازآن رویه قضائی[4] یاتفقه واجتهاد جبران نقیصه رابعهده گرفت ومکانیسم حقوق هرماده قانون مدنی فرانسه را از ۱۶۰ سال قبل تاکنون تحت

---

1 - Ballo Beaupré

۲ - مبانی حقوق دکترموسی جوان جلد سوم ص ۳۷۰

3- Ecole éxégetique

4 - Jurisprudence

نظامهای اقتصادی جدید لاجرم چندین‌گونه تفسیر کرده‌است ، رویه قضائی فرانسه با توجه به اصل فعلیت دادن به عدالت ازهمان قوانین معانی ای متناسب باوضع زمان ومقتضیات روز استخراج کرده ولواینکه به‌لفظی معنائی بخشیده‌که حاکی ازآن نبوده است .

حقوق زائیده عوامل وحوادثی است که پیوسته وبطور دائم درحرکت وتحول است ، ولذا هیچ قانونی نمی‌تواند بطور قطع تا مدتی دریك مکان پایدار و استوار بماند ، زیرا حقوق حاصل فکرقانونگزاران نیست ، بلکه نتیجهٔ مداقه وتجربه‌های مکرر درحوادث وواقعیات زندگی روزانه است ، ومعرفت کامل باحوال وآثار آنها درصورتی حاصل میگردد که به‌علت وسبب بروز این واقعیات وحوادث پی‌برده شود، وبه علت ومعلول آن آگاه‌گردیم ، ولذا قانون باکلیت وشمولی که‌دارد امکان تمام پیش‌بینی‌های ممکنه درآن متصور نخواهد بود واینست‌که قانون بادستورالعمل ها و بخشنامه‌های صادره متفاوت است ، زیرا انتخاب ملاکهائی که باواقع ونفس‌الامر نزدیك باشد بسیار مشکل است ، ما اینگونه ملاکهارا از تغییرات و تحولات گذشته بدست می‌آوریم ، وعواملی که دراین تحولات ناشناخته مانده‌اند ویا غیر قابل پیش‌بینی بوده‌اند اغلب غیرممکن است که تعیین گردند ، زیرا تحولات آینده براساس تغییرات گذشته درصورتی ممکن است که عوامل آنها دارای ماهیتی یکسان ویادقیقاً قابل انطباق باشند وبدیهی است‌که زمان چقدر این عوامل را تغییر میدهد ، اینست که قانون اگر باقی بماند وبصورت ظاهر درعباراتش تغییری حاصل نگردد ، معذلك‌این قوانین بحکم اجبار وضرورت معنی ومفهومش دستخوش مقتضیات عصر وروح زمان و نیازمندیهای مردم قرار میگیرد ، ولواینکه با منظور قانونگزار اولیه توافق نداشته باشد ، بطوریکه یادآورشدیم ، قانون مدنی فرانسه که زائیده وحاصل انقلاب‌کبیر آن‌کشور بود ، عکس‌العمل رهائی ازمظالم استبداد ، باعث شد که دانشمندان اصول ومبانی قانون مدنی ناپلئون را مانندقواعد هندسی ازاصول ثابت ولایتغییر بشمارند،

ولی حوادث بعدی عناصر جدیدی درحقوق ملتها واردکرد ، که ازهرحیث بامبانی انقلاب کبیر وقوانین آن متضاد بودند ، وحتی همین عوامل نیزدرتحول وتطورمدام هستند ، واساساً درحقوق هیچ چیز نمی‌تواند مطلق وغائی وثابت باشد همه چیز در حال گذشتن وتغییر وتبدیل یافتن است ، نظام کنونی حقوقی‌میرود وجای خودرابه نظامی‌کاملتر خواهد داد ، واین خواه ناخواه درهمهٔ جامعه‌های متمدن امروز مصداق دارد وحتی این مطلق نبودن وغائی نبودن وثابت نبودن درقوانین طبیعت وماده نیز جریان دارد .

برتراندراسل میگوید : « ... ازطرف دیگر آنجا که بتوانید دربارهٔ اتم ها معرفتی پیداکنید متوجه خواهید شد که ساختمان آنها خیلی‌کمتر ازآنچه‌که‌تصورمی شود تحت قانون‌است ونیزخواهید فهمید . آن‌رشته قوانینی‌هم‌که غالباً بدان‌می‌رسید معدل‌های آماری می‌باشند وشباهت تامی به قوانین احتمالات دارند . همگی‌میدانیم که بنابریکی ازقوانین احتمالات وقتی‌که طاس‌هارا می‌ریزیم هرسی‌وشش بارفقط‌یك بار جفت شش می‌آید وما این واقعیت را به‌عنوان دلیلی حاکی ازاینکه طاس‌ها از قانون (جدولی) پیروی می‌کنند نمی‌پذیریم . برعکس اگر هربار جفت شش می‌آمد آنوقت بودکه فکر می‌کردیم این‌کار ازنقشه وقانونی پیروی می‌کند . غالب قوانین طبیعی ازاین‌نوعند . این قوانین همانند قوانین احتمالات‌میانگین های آماری‌می‌باشند بدین ترتیب قوانین طبیعی ، دیگر دارای استحکام واعتبار سابق خود نیستند .»[۱]

ملاحظه میشود هنگامیکه معرفت علمی تااین حد نسبی واضافی و غیر مسلم است ، معلوم است‌که ارزش قوانینی که براجتماعات متحول ومتطور پایه‌اش‌گذاشته میشود تاچه‌حد لزوماً قابل تردید وتجدید نظر خواهد بود ، وچه حدس وگمانهائی که ناشی ازقیاسهای غلط هستند عنوان‌می‌شود فی‌المثل دراقتصاد بسیاری ازدانشمندان معتقدند که‌کشورهای‌کم رشد برای آغاز رشد اقتصادی خویش وجبران عدم تعادل

---

۱ ـ چرا مسیحی نیستم ؟ برتراندراسل ترجمهٔ روح‌الله عباسی ص ۱۱

خارجی ، باید دست به‌سرمایه‌گذاری خارجی بزنند تااین سرمایه‌گذاریهای خارجی کشور را درراه رشد اقتصادی اندازد ، این قیاس مع‌الفارق از آنجا ناشی است که ملاك این‌افراد پیشرفت مغرب زمین در رشد اقتصادی خویش در گذشته بوده است ، درحالیکه معیارهای تاریخی مغرب زمین باکشورهای شرق نمیخواند ، و میان آنها تفاوت از زمین تا آسمان است ، وامروز شکاف عظیمی را که میان کشور های‌صنعتی وکشورهای‌کم‌رشد وجود دارد فقط باراه حلهائی که مطابق بـاواقعیات است می‌توان مرتفع نمود ، وپیش‌از هرکار دیگر باید به تسلط اقتصادی وتجاری کشورهای صنعتی براقتصاد کشورهای‌کم رشد خاتمه دهند وملاحظه میشود که این راه حل باراه حل قیاسی عده‌ای درست نقطه مقابل است . باری غرض بحث اقتصادی نیست بلکه فقط منظور ذکر مثالی بود تامعلوم شودکه قیاسها تاچه‌حد ضعیف وسطحی ممکن است از آب درآیند .

۲ـ نظریه نسبی‌بودن حقوق

تنظیم‌کنندگان قانون مدنی فرانسه (مصوب ۱۸۰٤) معتقد بودند که باوجود قانون مدنی به‌هیچ قانون دیگری نیاز نیست ، اما این‌روش اصالت عقلی [1] که‌منطبق بود باافکار روسووفیلسوفان قبل ازسده نوزدهم میلادی دیری نپائید و بابسط و توسعه علوم تجربی روش تحقیق درعلوم اجتماعی ازمطلقیت وثبات دراصول ومبانی حقوق ، به نظریه نسبیت‌که به تحولات دائمی عقیده‌مند بـود ، سوق داده شد ، امـروز دیگر هیچ‌کس‌مدعی این نیست‌که مجموعه قـوانین مدنی مانند قواعد ریاضی تغییر ناپذیر خواهدبود ، همانگونه‌که الفاظ ولغات همواره درتحول وتطورند ، حقوق‌هم همیشه بانیاز مندیهای اقتصادی اجتماع درتحول ودگرگونی‌خواهدبود ، اینگونه عقایـد و افکار درمیان حقوقدانان و دانشمندان علوم اجتماعی باعث شدکه از قدرت مکتب

---

1 - Methode Rationnel

تفسیر تحت‌اللفظ یا مکتب تفسیر فنی قانون[1] کاسته گردد ، زیرا مکتب تفسیر تحت‌اللفظ قانون را بر مبنای تفسیر ادبی که بررسی معنی کلمات و عبارات قانون بود و تفسیر منطقی قانون که عبارت بود از سنجش ماده قانون با مواد لاحق و سابق و ملاحظه سیاق و نظم مواد و علت وضع وغیره ، در مکتب تفسیر فنی قانون فقط به مقدمات وضع قانون و ملاحظات تاریخی که علت ایجاد قانون بوده است اکتفا میکرد ولذا مکتب ملاحظات علمی[1] جانشین مکتب قبلی گردید . کشفیات در علوم دیگر نسبت به علوم اجتماعی و حقوقی نیز نقش بزرگی داشته است .

مطالعات دراتم واعماق درونی ماده همانطور که یاد آوری کردیم مسیر افکار فلاسفه اجتماعی را تغییر داده است از سال ۱۸۸۰ میلادی ببعد رفته رفته از تعبد در حقوق به آزادی عقیده تمایل حاصل شد و آزادی باعث ایجاد مکتب ملاحظات علمی گردید دراین روش پس از اینکه قاضی ازطریق روش تفسیر فنی قانون مراد قانونگزار را بدست نیآورد ، درمورد سکوت قانون و یا وضع جدید خود را بجای قانونگذار میگذارد تامشکل راحل کند اکثر این دانشمندان که برضد مکتب تعبد در حقوق مطالبی را طرح کرده اند در نیمه دوم قرن نوزدهم واوایل سده بیستم میزیسته اند .

۳ـ دوره کلاسیك و رمانتیك ادبی و حقوقی

عده‌ای از حقوقدانان غربی در بررسی ویژگیهای مکاتب حقوقی درمسیر تغییرات خود به علل وموجبات آن ـ که از چند جهت با ادبیات متشابه است ـ برخورد کرده اند وچون اشاره باین بخش برای توضیح وتشریح هرچه بیشتر گفتار ما مناسبت دارد . بدان اشاره مینمائیم .

درحقوق وادب بطور یکسان تغییرات با درجه پیشرفت و بیداری اندیشه‌ها وابسته است بدیهی است که این دگرگونیها تدریجی ومداوم است واگر بطور ناگهانی وطفره‌ای

---

1 - Ecole de l ' exégése ou méthode technique
2 - Méthode d ' observation scientique

وتحمیلی صورت بگیرد تاثیر آن موقتی وزودگذر بوده و نمی‌تواند دراخلاق وعادات وعقاید مردم تأثیر چندانی بگذارد پس‌ازرنسانس [1] وآغاز تجدیدحیات علمی وادبی دراروپا تاکنون‌دوره هائی برادب وحقوق گذشته‌که تاحدودی بایگدیگر قابل قیاسند حکومت استبدادی‌پادشاهان درفرانسه‌وفشاربی‌حد واندازه وظلم وتعدی‌وتجاوز بحقوق افراد ازطرف آنان موجب انقلاب‌کبیر فرانسه دراواخر سده هیجدهم گردید ، بنابراین افکار حقوقدانان وادبای فرانسه درقرن شانزدهم وهفدهم باآنچه درقرن هیجدهم بود متفاوت است ، دورهٔاول بنام دورهٔ کلاسیك ادبی ودوره دوم موسوم به دورهٔ رمانتیك ادبی است ، همچنین علم حقوق که با تحولات اجتماعی سروکار دارد پس‌از رهائی ازمظالم‌شاهان مستبد وخودکام ، لاجرم ، حقوقدانان‌برای قوانین‌ارزشی فوق‌العاده ، کمزاده وبازتاب انقلاب بود ، قائل شدند ، وبحث درصحت وسقم قانون را جایز ندانستند وبرخلاف مسیر افکار ادبی درمبانی واصول حقوقی به‌تعبدوجمود گرائیدند ، این‌دوره را به دوره کلاسیك حقوقی تعبیرکرده‌اند ، اما از اواخر قرن نوزدهم ببعد را دوره رمانتیك حقوقی نامیده‌اند مشخصهٔ مکتب تعبد در حقوق ، پیروی وتعبد درقانون است که عنوان حقوق باقانون یکسان ومتشابه بوده است ، تاآنجاکه یکی ازحقوقدانان فرانسه‌می‌گفته است‌که : « من حقوق مدنی رانمی‌شناسم وفقط مجموعهٔ قانون مدنی ناپلئون را تدریس می‌کنم »[2]

دردوره‌کلاسیك ادبی قرن هفدهم اروپا نیز فیلسوفان فرانسوی‌کوشش‌میکردند تا فلسفه را بخدمت دین بکشانند وبامبانی فیلسوفان یونانی بویژه ارسطو منطبق سازند شکل استدلال از روش استدلال قیاسی پیروی میکرد ، واین قیاس همانگونه که یاد آورشدیم عبارت ازرسیدن ازکلی به‌جزئی ویا ازاصل به نتیجه واز قانون به

---

1 – Renaissance

۲ – مبانی حقوق دکتر موسی‌جوان جلد سوم ص ۴۰ و کتاب « مقدمه عمومی علم حقوق »دکترجعفری‌لنگرودی شماره ۷۱

موارد اطلاق بود واصول ومبانی وکلیات که‌آنرا « عقل مکتوب » مینامیدند ، عبارت از کتاب مقدس وآثار ارسطو بود ازمشخصات دوره‌کلاسیك ادبی‌پیروی ازقواعد ادبی ویادینی بود .

وهنر از ذوق وقریحهٔ شخصی افراد پیروی نمی‌کرد بلکه دارای قواعد وچهار چوبهای خشك وقالبهای بی‌روح بود که‌روح هنرمند وشاعریانویسنده درتنگنای‌آن گرفتار بود ، این‌قواعد منجمد ومتحجر را قواعد عقلانی مینامیدند وپیروی ازآنها را پیروی ازعقل میدانستند ، بدیهی است روح هنر که باهرگونه قید وبندی‌سازگار نیست چگونه مهار ودربند می‌تواند باشد ؟ درحقوق‌هم افکار تحت تعـالیم ارسطو ، همه‌جا ازنظام عقلی که‌آنرا مانند نظام هندسی ثابت ولایتغیر میدانستند ، میبایست پیروی‌کند ، واضح است که بااین اوضاع واحوال مجال هرگونه بحث وانتقـادی از افکار آزادگرفته میشد ، واین درهمهٔ شئون‌زندگی رواج‌داشت ؛ درامردین‌پرتستانها شدیداً تکفیر و تعقیب میشدند ، کتاب کانت[1] فیلسوف آلمانی بنام « دین از نظر استدلال عقلی » برای اینکه کشیشان باانتشارآن موافق نبودند ازطرف دولت اجازه انتشارداده‌نشد وخلاصه هرکس برضد پاپ صحبتی میکرد شدیداً مجازات میشد ، در ادب نیز ذوق وقریحه پای‌دربند ومقید به‌قواعد عروض وقافیه وبدیع ومعانی و بیان بود وکسی هنرمند شناخته میشد که‌این قواعد رافراگیرد ! ، قواعد فصاحت وبلاغت درادب قواعدی ثابت وغیرقابل تغییر بود ، واین ثبات را باید ازهمین قواعدپیداکرد بهرحال عکس‌العمل وبازتاب این‌اوضاع واحوال دوره‌ای بود که بنام دوره رمانتیك معروف‌گردید .

پس‌دوره‌کلاسیك‌ادبی سده هفدهم ودوره رمانتیك سده هیجدهم ودوره‌کلاسیك وحقوقی سده هیجدهم ودوره رمانتیك سده نوزدهم وسده بیستم است .

---

[1] Immanuel Kant – (۱۷۲٤-۱۸۰۵)

۴ ـ نظریهٔ نسبی بودن درعلوم

آلبرت اینشتن[1] میگوید : « تنها چیزی‌که بتواند مصدق ومؤید نظر و آراء اصولی ما[2] وسیستم این نظرها وآراء باشد همین‌است وبس که آنها مجموع تجربیات ماهستند والا ازاین گذشته دلیل دیگری برحقانیت آنها دردست نداریم »[3] وهمو در حق ارسطو نیزمی‌گوید : « همان کسی‌که ارغنون (منطق) را تألیف کرده‌است یعنی که « معظم‌ترین آلتی‌که‌تاکنون برای اسارت وتعبد بدست انسانی ساخته شده‌است »[4] ابوعلی سینا می‌گوید :

« تعصب درعلم وفلسفه مانند هر تقبض نشانه خامی و بی‌مایگی است وهمیشه بضرر حقیقت تمام می‌شود وشأن خردمندان نیست »[5] وی جای دیگر میگوید :

« علم چراغ‌است برای واقع . نه‌اینکه خود مقصود لذاته باشد » زیرامسائل علمی اگرجنبه اطلاق داشته باشد موجب رکود است ودانش بشری به بن بست میرسد پس جنبه احتمال دارند یعنی علم ، حقیقت نسبی وتقریبی را نشان میدهد نه‌حقیقت مطلق ، حتی علوم دقیقه مانند فیزیك نیز تعاریفش نسبی هستند ، ومیزان این‌نسبت وتقریب نیز برما پوشیده است ، زیرا دانش بشری ازطبیعت برحس وتجربه متکی است وبسیار واضح است‌که‌این نقطهٔ‌اتکا چقدرغیرقابل اعتماد است ، هانری پوآنکاره دراین‌باره میگوید :

« روزی که‌کپرنیك مدلل داشت که آنچه بی‌حرکت و ثابت می‌نمود متحرك است وآنچه متحرك بنظر می‌آمد ثابت‌است . برای ما روشن ساخت که‌چقدراستدلال های کودکانهٔ ناشی از مشهودات بی واسطهٔ حواس ممکن است فریب دهنده

---

1 - Albert Einstein (۱۸۷۹-۱۹۵۲)

2 - Concepts

۳و۴ ـ یونانیان وبربرها امیر مهدی بدیع ترجمهٔ احمدآرام ص ۸و۱۱

۵ ـ دانشمندان نامی اسلام خیری ص۲۵

باشند »[۱]

فرانسیس بیکن[۲] میگوید : « ازآنجاکه ظرافت طبیعت بمراتب بیش ازظرافت احتجاج آدمی است ، امکان ندارد اصول موضوعه‌ای که از طریق احتجاج بر قرار میشود ، برای کشف مسائل جدید کافی باشد »[۳] ودر تحقیقات اجتماعی بایدگفت که اینگونه تحقیقات همانند استدلال قیاسی نیستند که درآن نتایج ازمقدمات صریح و خطا نابذیر وبدیهی الاستنتاج قبلی ناشی شود بلکه این تحقیقات عبارت است از جستجوی مداوم حقیقت با آزمایشها وتجربه‌های مکرر واصلاح وبهبود روشهای پاسخ یابی وتحقیق است ، ودراین کارهم باید ناظر به اصول کلی ونظری وهم ناظر به‌مسائل عملی باشد زیرا : « منابع اشتباه حتی قبل ازورود درتصورات به ذهن نیز وجوددارد نقش مشاهده گاه ناقص واغفال کننده است وتداعی غلط نیز موجب نقص آن میشود قضاوت در درك وتعبیر وتجزیه وتحلیل راه اشتباه می پیماید ونفوذ تلقین ، اطلاعات حاصل ازحواس رابه‌صورت ناصحیح درمی‌آورد »[۴]

۵ ـ دوره‌حکمت مدرسی (اسکولاستیك)[۵] واختناق اندیشه

با تعطیل حوزه‌های‌علمی آتن دراوایل قرن ششم میلادی روش مطالعه وتحقیق آزاد در اروپا بکلی برچیده شد ، تاشارلمانی[۶] مدارسی تأسیس‌کرد و باعث شد که درس وبحث دوباره ازنو درمیان دانش دوستان رواج یابد ، وکمك باین کار ترجمهٔ کتابها ورساله‌های دانشمندان اسلامی به‌زبان لاتینی بود ، فلاسفه‌ای‌که دراین‌دوران

---

۱ ـ مبانی فلسفه دکترعلی‌اکبر سیاسی ص ۵

۲ ـ Francis Bacon (۱۵۶۱-۱۶۲۵)

۳ ـ روشهای تحقیق درعلوم اجتماعی نوشته سلتیز ، یهودا ، دویچ وکوك ترجمه دکتر خسرو مهندسی.

۴ ـ روشهای تحقیق ص۲۷۷

۵ ـ Scolastiqne

۶ ـ Charlemagne (۷۴۲-۸۱۴) میلادی

ظهور کردند به «اصحاب مدرسه» معروفند این مکتب کاملا جنبه دینی داشت و فلسفه را برای تقویت دین استخدام کرده بود ، این مکتب باقدرت و سیطرهٔ هرچه تمامتر حکومت میکرد و باتعصب کامل به‌تمام مباحث علمی جنبه قداست وفوق بشری داده بود ، وهمین جنبه افراط ، مطلب علمی و تجربی را بامورفوق انسانی وماوراءالطبیعه محول مینمود ومطالعه را بلانتیجه و بیهوده میگذاشت ، فرانسیس بیکن انگلیسی که درروش تحقیق علمی از پیشوایان فیلسوفان ومتفکران است دراین باره واقعه‌ای نقل می‌کند :

« درسال ۱۴۳۲ دریکی از حوزه‌های علمی درمیان طلاب جدالی درگرفت و آتش جدال سیزده روز شعله‌ور بود ، موضوع بحث عدهٔ دندانهای اسب بود . آثار دانشمندان گذشته را بارها ورق زده‌بودند وگفتهٔ حکمای پیشین را نقل‌کرده ، اما مشکل همچنان لاینحل مانده‌بود . روزچهاردهم جوان تازه‌کاری پردهٔ شرم وحیا را درید وچنین پیشنهاد کردکه برای حل مشکل به‌دهان اسبی نگاه‌کنند وعدهٔ دندانهای اورا بشمرند .

این‌پیشنهاد کفرآمیز حاضران را چنان برانگیخت که برسر و روی جوان ریختند واورا گوشمالی بسزا دادند وازمیان خود بیرون کردند وگفتند که بدون شبهه شیطان درقالب او حلول‌کرده‌است که برای کشف حقیقت راه‌های نامبارکی‌از این قبیل پیشنهاد می‌کند ، عاقبت پس‌از چند روز دیگر بحث وجدال دراین مساله ، آن حوزه علمی چنین فتوی داد که چون درکتب قدما اشارتی کافی برای حل این مشکل نیامده است مشکل غیرقابل حل اعلام میشود» [۱]

باری دردوران سیاه وتاریك قرون وسطی کوچکترین نظریه علمی بزرگترین شکنجه هارا بدنبال داشت ودادگاههای انگیزیسیون وتفتیش عقاید که از ابداعات و

---

۱ ـ اصول روانشناسی ، نرمان ل . مان ترجمه محمود صناعی ص۴

اختراعات کشیشان مسیحی بود افکار وعقاید مردم را بازرسی میکردند و هرکس را مخالف خود میدیدند ، به مجازاتهای وحشتناکی محکوم مینمودند . باری « مارسل کاشن درکتاب علم ودین نوشته‌است که در این دوره پنج ملیون از نفوس بشری را بجرم فکر کردن وتخطّی از فرمان پاپ بدار آویختند وتاحد مرگ درسیاه‌چالهای تاریك ومرطوب نگهداشتندتنها ازسال (۱۴۸۱ـ۱۴۹۹) یعنی‌طی ۱۸ سال بنابدستور محکمهٔ تفتیش « ۱۰۲۲۰ نفررا زنده سوزانیدند ، ۶۸۶۰ نفر راشقه کردندو۹۷۰۲۳ نفررا بقدری شکنجه دادندکه نابودشدند »[1]

بهرحال اگرمطالعه‌ای هم وجود داشت تنها سرگرمی ودکانی بود تا درپرتو آن آباءِ کلیسا مقاصد مادی خودرا تأمین کنند ومدتها بانشخوارکردن افکار ونظریات گذشتگان مشغول باشند ووقت تلف‌کنند ، معلوم است که مطالعات به منظور رسیدن به نتیجه‌ای بود که‌قبلا بآن اعتقاد داشته بودند واکنون درجهت اثبات حقانیت و درستی واستحکام آن مذبوحانه تلاش میکردند ، اینگونه روش مطالعه درهمهٔ‌رشته‌ها ازجمله حقوق ، جنبهٔ تفننی واشتغال خاطری برای درك افکار گذشتگان بیش نبود ، واینهم برای استوار ساختن عقاید مذهبی خودشان بود نه‌کشف حقایق ، آباء کلیسا ایمان را برعقل مقدم می‌پنداشتند وبرای ایمان قوه فهم رالازم وضروری‌نمی‌دانستند، بلکه ابتدا می‌بایست‌ایمان آورد وپس‌ازآن درپی‌تحصیل دلیل برای‌آن ایمان برآمد، وبدیهی‌است که استقلال فکر وآزادی اندیشه ونظردرکار نبود وفقط بازار مجادلات ومباحثات پوچ وبیهوده وبحثهای لفظی‌گرم بود که فی‌المثل : آیا علم خدا افرایش پذیر است ؟

آیا آن‌کبوتر که روح‌القدس بدانصورت درآمده بود یك حیوان واقعی‌بود؟ وازاین قبیل لاطائلات ویا کارشان پرکردن حافظه بود ازمطالبی که بی‌کم وکاست‌و بی‌دخل وتصرف تحویل یکدیگر میدادند وبااین کار جلو استعداد وبکار افتادن

---

۱ ـ تاریخ تحولات اجتماعی مرتضی راوندی جلد دوم‌ص۱۴۳

قوای عـالیه ذهن ورشد ونمو فکر واندیشه را مسدود مینمودند ، درست مصداق گفته فرانسیس بیکن را داشتند که می‌گفت « یك قسم حکمت سفسطی[1] یانظری‌است وآن چنان است‌که فیلسوف بعضی امور متداول راگرفته و بدون اینکه در حقیقت و درستی‌آن‌ها دقت‌کند بنیان قرارداده وبرآن اساس خیالبافی می‌کند وبهترین نمونهٔ آن حکمت ارسطو است که منطق را مأخذ علم‌گرفته وهمهٔ مسائل را بقیاس معلوم مینماید ، وحتی درطبیعیات هم اگر تجارب ومشاهداتی کرده‌باشد برای آنست که نتایج آن‌هارا بااصول متخذهٔ خود منطبق وسازگار سازد . قسم دوم حکمت تجربی[2] است که برعکس قسم اول بر تعقل واستدلال کمتر تکیه دارد وعملیات وتجربیات‌را بیشتر مأخذ می‌گیرد ودرمقام تشبیه حکمای قسم اول نظیر عنکبوت میباشند که‌دائماً ازمادهٔ درونی‌خود تارمی‌تنند وپردهٔ سست بی‌اساس می‌بافند و حکمای قسم دوم مانند مورچه‌اندکه همواره دانه فراهم می‌کنندو تصرفی درآن نمی‌نمایند وحال آنکه‌حکیم واقعی باید مانند زنبورعسل باشد یعنی همچنانکه زنبور مایه‌را ازگل وگیاه می‌گیرد وبه‌هنر خود ازآن انگبین میسازد حکیم‌هم باید مایه علم را ازتجربه ومشاهده‌گرفته بقوهٔ عقلی ازآن‌حکمت بسازد .[3]

باری از هنگامیکه ژوستینین در(۵۲۹) میلادی‌فلسفه وحکمت را مخالف‌دین مسیح اعلام‌کرد دوران ممتد قرون وسطی که‌هزارسال بطول انجامید آغاز گردید ، واین‌کارده‌قرن سیر تکاملی علوم وفلسفه وهنر را متوقف ساخت ، دادگـاههای تفتیش عقاید حتی مخالف نقش صریح انجیل بودکه می‌گوید : « محکوم نکنید تا محکوم

Philoiophie Sophtique - 1

Philosophie empirique - 2

۳ـ سیرحکمت دراروپا محمدعلی فروغی جلداول ص ۸۵ و ۸۶ چاپ زوار .

نشوید » (متی آیه ۱ تا ۵ باب هفتم)[۱] بقول برتراندراسل : « هیچکدام از محاکم ملل مسیحی این اصل را پذیرفته‌اند وارزش واحترامی برای این اصل قائل نشده‌اند ومی‌بینیم که برخلاف آن درتفتیش عقاید ، بازپرسی‌های بیرحمانه‌کوچکترین نفوذی ازآن دیده نمی‌شود »[۲]

۶ ـ آزادی فکر دراسلام

درهمان دوران تاریك وشوم قرون وسطی درکشورهای اسلامی تحقیقات‌علمی وفلسفی آنچنان آزادبود که هموزن کتبی‌که اززبانهای خارجی‌ترجمه میگردیدبه مترجمین طلا داده‌می‌شد وکسانیکه طرفدار مکتب مادی بودند وبا مبانی توحید و خداپرستی به‌ضدیت برخاسته بودند ، آزادانه وبدون پروا باپیشوایان اسلامی‌به‌بحث ومناظره میپرداختند ، وتاریخ اسلام پراست ازاینگونه مناظرات ، ازجمله ابوالعلاء معری بانهایت آزادی اشعاری ملحدانه میسرودکه :

اِثنان اَهلُ‌الارض ذُوعَقلٍ بلا دینٍ و آخرُ دین لاعَقْلَ لَه

علامه شبلی نعمانی درباره آزادی فکر وعقیده درمیان مسلمین می‌نویسد :«.. درتاریخ علم کلام چیزی‌که زیاده ازهمه موجب شگفت واعجاب است همانا آزادی‌و آزادیخواهی دولت عباسیه میباشد ... دردربار عباسیه مانوی ، یهـودی ، عیسائی و بالاخره علمای هرملت وهرفرقه موجود بودند ، مخصوصاً دردربار مجالس مناظـره منعقد میشد واکثراوقات خلیفه وقت‌خودیك‌فریق مناظره قرار میگرفت ، معهذااهل جلسه بانهایت آزادی ، بیباکی ودلیری افکار خود را ظاهـر میساختند وهیچ پـروا

۱ـ متن‌آیات ازانجیل متی نقل میشود : «حکم مکنید تابرشما حکم نشود × زیرا بدان طریقی‌که حکم کنید برشمانیز حکم خواهد شد وبدان پیمانه‌ای‌که بپیمائید برای شما خواهند پیمود + وچونست‌که خس‌را درچشم برادر خود می‌بینی وچوبیکه درچشم‌خودداری نمی‌یابی» .

۲ـ چرا مسیحی نیستم برتراندراسل ترجمه روح‌الله‌عباسی ص ۱۹ وبعد

نمیکردند که خلیفه دارای چه مذهب وعقیده‌است .

درمأة سوم شخصی بنام احمدبن یحیی معروف به‌ابن‌الراوندی متوفی بسال ۳۴۵ هجری زندگی میکردکه درفضل وکمال مشهور بود ، چنانکه ابن‌خلکان نام اورا بلقب «العالم‌الشهیر» یادکرده ومی‌نویسدکه عده تالیفات اویکصدوچهار ده‌است، معلوم نیست‌که اوبچه سبب ملحد شده ودرمخالفت‌اسلام‌کتب زیاد نوشته است .دریك کتاب موسوم به«کتاب‌التاج» تمام موحدین راردکرده‌ونیزکتابی دررد بر قرآن نوشته است‌که نام‌آن «فرید» میباشد . اوبتمام انبیاء اعتراضات نموده است . درتفسیرکبیر بعضی ازآن اعتراضات نقل شده است . وسخن اینجاست که باوجودتمام این نالایقی ها وتبه‌کاریها ، نه‌اوراکسی بقتل رساندونه سزاداده شدونه اخراج ازبلدگردید ،فقط اقدامی که‌دراین باب‌شد این‌بودکه برکتابهای ملحدانهٔ اوعلمارد نوشتندوتمام‌اعتراضات اورا ازهم دریدند . ازاین بالاتر چه مثالی می‌توان برای آزادی و آزادی خواهی آورد ، اروپائیان مسلمانان رابه تعصب وکوته نظری الزام می‌کنند وهیچ آن زمانه شان‌را بخاطر نمی‌آورندکه اشخاصی راروی‌اندك‌آزادی زنده می‌سوزانیدند ، تااین درجه‌که درابتدای امروقتی که‌حکمادرعلوم ، مسائل تازه‌ای کشف‌کردند ، بنابراین شبهه که آن مخالف با مذهب است آنها را در قید وبند انداخته وانواع شکنجه وآزار برآنها روامی داشتند وحتی مخترع دوربین هم نتوانست از این بلیه محفوظ بماند!»[۱] دراسلام مسأله آزاد اندیشی مساله‌ای است‌که ازنظر دینی‌توصیه وتاکیدشده تاآنجا که اختلاف عقاید نشانه‌رحمت پروردگار دانسته شده‌است درحدیث نبوی‌آمده است‌که : «اختلاف علمائنا رحمة» به پیروی ازاین حدیث در ۱۳۰۲ هجری‌قمری کتابی درفقه اهل‌تسنن(فرق‌اربعه)درمصر بطبع رسید بنام : رحمة‌الامه‌فی‌اختلاف‌الائمه مؤلف آن محمدبن عبدالرحمن الدمشقی العثمانی الشافعی است ، در مقدمه کتاب پس‌از چند سطر میگوید :

۱ــ تاریخ علم کلام شبلی نعمانی ترجمه فخر داعی گیلانی ص ۱۲۰ وبعد

.. فاختلفوا بشدة اجتهادهم فی طلب الحق وکان اختلافهم رحمة للخلق... واختلاف بین الاعلام رحمه لهذا الامة التی ماجعل الله علیها فی الدین من حرج بل اللطف والاکرام »

دراین کتاب بااینکه مذهب نویسنده شافعی است پس از طرح هرمساله بارها حق را به ابوحنیفه یااحمد حنبل ویا مالك بن انس میدهد ومذهب آنان را بر مذهب خود ترجیح میدهد[1] ، احادیث دیگری نیز این حدیث راتایید می کند : ۱ـ لایزال الناس بخیر ماتفاوتو افاذا استو و اهلکوا . یعنی مردم همواره درخیر و سعادت هستند مادامی که تفاوت داشته باشند و آنگاه که تفاوتها برداشته شود وهمه یکسان گردند هلاك خواهند شد (حدیث نبوی) ۲ـ حدیث نبوی دیگر لاتزال امتی بخیر ماتباینوا فاذا تساوو اهلکوا[2] . واقعاً این احادیث به معجزه بیشتر شباهت دارد ، درعصری که علم ژنتیك[3] وجود نداشت وروانشناسی تااین حدکه امروزگسترش پیدا کرده است . نبود ، پرده ازروی این راز برداشته که بقول آلپرت[4] روانشناس امریکائی «هرفردی ازافراد بشر حاصل ضرب محیط است دروراثت» وخلاصه مردم بایکدیگر متفاوتند، وحدیثی دیگر ازعلی علیه السلام است که میفرماید : «من استقبل وجوه الاراء ، عرف مواقع الخطاء[5]» کسی که با آراء گوناگون روبرو شود موارد خطای آنهارا از درست

۱ـ متن این کتاب درسال ۴۱ ـ ۱۳۴۰ که من دانشجوی سال چهارم قضائی دانشکده حقوق تهران بودم موضوع درس آقای محمد سنگلجی بود .

۲ـ احادیث دیگری نیز دراین زمینه آمده است ازجمله ازاصول کافی جلداول باب اختلاف، حدیث پنجم : عن زرارة بن اعین عن ابی جعفر قال سالته عن مسألة فاجابنی ثم جائه رجل فساله عنها فاجابه بخلاف مااجابنی ثم جاء رجل آخر فاجابه بخلاف مااجابنی واجاب صاحبی فلما خرجا الرجلان قلت یابن رسوالله رجلان من اهل العراق من شیعتکم قد مایسالان فاجبت بهصاحبه فقال یازرارة ان هذا خیر لنا وابقی لنا ولکم ولو اجتمعتم علی امر واحد لصدقکم الناس علینا ولکان اقل لبقائکم . وحدیث دیگر ازجلددوم اصول کافی چاپ جدید باب اختلاف ایمان : عن شهاب قال سمعت اباعبدالله یقول لوعلم الناس کیف خلق الله هذا الخلق لم یلم احد احدا الی آخر حدیث .

3 - Genetic

4 - Alport

۵ ـ صوت العدالة الانسانیه جلددوم ص ۴۵۸

بارخواهدشناخت باری غناوثروت معنوی جهان بشریت مستلزم حفظ خصائل وامتیازات وویژه گیهای اقوام متعدد است زیرا آنگاه که اختلافات فکری و تناقضات اندیشگی جهان واجتماع راترك گوید آن اجتماع درحکم مرده‌ای بیش نیست وآیه ۴۱ از سوره حج که می گوید : «لولادفع الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبیع وصلوات ومساجد یذکر فیهااسم الله ...» «اگر خدا مردم را بدست یکدیگر «دفع نمیکرد» صومعه‌ها ، بیعه ها ، معبدها ومسجدهاکه درآن نام خدایاد میشود ویران شده بود» ویا آیه ۱۲۱ ازسوره هود «لوشاء ربك لجعل الناس امةواحده ولایزالون مختلفین الامن رحم ربك و لذلك خلقهم» یعنی «اگرپروردگارت میخواست مردم را امتی یگانه کرده بود ولی همواره دراختلاف خواهند بود ، مگر کسیکه خدا براو رحم کرد ، و برای همین مقصود آنانرا آفرید»[1] همه این‌ها مؤید این مدعی است .

قرآن پیامبر را آدمی معرفی میکندکه همواره درراه خوبتر شدن وکاملترشدن تلاش می کند ، قرآن به پیغمبردستور میدهدکه این دعارا همواره بخواندکه :«قل رب زدنی علماً» (خدا یادانش مرا زیادکن) دکتر شریعتی می نویسد :«این مفهوم ضمنیش این است که حتی تکامل وقانون تکامل معنوی وعلمی درشخص پیغمبر صادق است واو نیز درحال کاملترشدن است واین بعنوان بزرگترین نعمت، مورد در خواست شخص پیغمبر است .

آیا مگر معنی «ربزدنی علما» غیراز اینها ست ؟ درجای دیگر گفتیم که خود پیغمبر گفته‌است :«ربزدنی تحیرا» (پروردگارا ؛ حیرت مرا زیادکن) یعنی چه ؟ حیرت مال کیست ؟ از آن کسی است که مغزش قویتر است و دانش بیشتری دارد»[2] گوته گفته است که عالیترین حدکمال که فکر بشر می تواند به آن برسد ، احساس تعجب وشگفتی

۱ــ سلمان پاك لوئی ماسینیون ترجمه دکترعلی شریعتی ص ۲۲ .
۲ــ اسلامشناسی دکتر شریعتی ص ۶۴ و ۶۵

است که برای اودر برابر نمودهای طبیعت پیدامی‌شود . پس به تکامل نفس دین‌اعتقاد داریم که خود اسلام هرروز وهرساعت درحال تکامل بوده وپس از این نیز در حال تکامل خواهد بود ، زیرا تکامل ناموس آفرینش وطبیعت است درکتاب آسمانی قرآن بیش‌از سیصد آیه مردم‌را به تفکروتذکر وتعقل دعوت نموده وهیچ جامردم‌را به‌ایمان کور کورانه دعوت‌نکرده‌است حتی قوانین‌اجتماعی وحقوقی‌که وضع کرده است‌برهانی برای هر کدام آورده است فی‌المثل «ان‌الصلوة تنها عن‌الفحشاء والمنکر ولذکرالله اکبر یعنی (نماز از بدکاری ومنکرات‌جلوگیری می‌کند . ویاد خدا مهمتر وبزرگتر است) .

ویاآیات مربوط‌به روزه‌که تقوی وپرهیزکاری راعلت انشاء آن ذکر می‌کند واین تاآنجاست‌که از پیغمبر میپرسند دین‌چیست درجواب میگوید :«الدین‌هوالعقل ولادین‌لمن‌لاعقل له» دین همان عقل است و برای آنکس‌که عقلی نیست دین هم وجودندارد .

درآیات مختلف ازکلمه‌دین تعابیر گوناگون شده است که بسیار جالب توجه است مثلا درآیه «مالک‌یوم‌الدین» دین‌به معنای جزاء وحساب آمده است‌که می‌توان ازکلمه دین به «عدالت» تعبیرکرد زیرا مجازات وکیفر لازمه عدالت است و در آیه دیگر : ومن‌یعمل مثقال‌ذرة خیراً یره ومن‌یعمل مثقال ذرة شراً یره» هرکس باندازه ذره‌ای خوبی‌کندپاداش آنراخواهد دید .دراین آیه‌نیز کلمه دین جزعدالت‌مفهومی ندارد . درآیه‌دیگر، «لااکراه فی‌الدین قدتبین‌الرشد من‌الغی» اجباری واکراهی‌در دین وجود ندارد ، همانا رشد ازگمراهی آشکار بازشناخته شد و فرق گذارده شد ، دراینجا می‌توانیم ازکلمه دین رشد وکمال‌را تفسیرکنیم زیراکه دین‌رشد را بانسانها نشان داده است ، ملاحظه میشودکه تاچه حد دراسلام به‌آزاد فکری و حریت و دور بودن ازتعصب وغرور وجهل وغرض ، تشویق وتحریض شده‌است زیرا آنگاه‌که ملتی درقید بردگی فکری دست وپامیزده است‌هرگز نتوانسته است رشد وشخصیتی ازخود

نشان دهد این آزاد فکری در اسلام تا آنجاست که یکی از مصارف زکوة (مؤلفة قلوبهم) است چه پولی که از طریق مذهب بدست می آید صرف کمك کردن به مخالفین اسلام می‌شود و یا صرف تعمیر اماکن مقدسه مذاهب دیگر گردد تا قلوب آنان جلب شود (سیاست تحبیب).

۷ـ رنسانس (تجدید حیات علمی و ادبی)[۱] یا نوزائی

درطول دورهٔ رنسانس روش استدلال متوجه استقراء گردید که عبارت است از پی بردن بحقایق عمومی براساس وشالوده جزئیات وواقعیات شناخته شده ومعلوم و یا استدلال از امور جزئی است تا بقوانین واصول کلی رهنمون گردد[۲]؛ با اینحال معلوم است که اخذ نتیجه را به مقدمات ماخوذ از کتب مقدسه وآثار ارسطو محول نمی‌کرد، تا برای قابلیت انطباق آن ناگزیر بهروسیله‌ای تشبث گردد.

باپیشرفت وگسترش علوم تجربی که مفروضات معموله را از مشاهدات و واقعیات وحقایق مسلم الثبوت اخذ میکند وبطور مداوم مفروضاتش را در پرتو کشفیات جدید بررسی و تجدید نظر مینماید: بالنتیجه علوم اجتماعی وحقوقی در عصر حاضر تا حدود زیادی در مسیر یك رشته تحقیقی، علمی وعینی افتاده است، فلسفه حقوق امروز بالاخص درکشورهای انگلوساکسون سازشی است میان مکاتب حقوقی ای که بصورت مطلق و مجرد متعارض بنظر میرسند، بهر حال فلسفه حقوق امروز براساس تجربه، واقع بینی اخلاقی، اقتصاد، جامعه شناسی، کار گذاشته شده است بجای تقویت جنبه های نظری امروز باید بیشتر به جنبه‌های عملی پرداخت، ونظریات وتئوریهای کلی نمی‌توانند مدت زیادی در برابر زبان فصیح واقعیات مقاومت کنند،

۱ـ Renaissance des letres et des sciences.

۲ـ مانند اینکه ازمشاهده انبساط آهن وجیوه ومس وامثال آنها درمجاورت حرارت، حکم کلی بنمائیم که کلیه فلزات در برابر حرارت منبسط میشوند وبطور کلی قانون سقوط اجسام وانعکاس نور وبسیاری دیگر بهمین طریق بدست آمده است.

تئوریهائی که تحت شرایط خاص آزمایشگاهی خیالی تطبیق داده شده‌اند ، واکثر بدون توجه به جنبه عملی قضیه اوضاع واحوال متفاوت محلی ومکانی را بحساب نیاورده اند ، واقعیات تلخ ، همهٔ استدلالهای خیالی آن تئوریهارا نقش بر آب کرده است ، بجای خیالبافی برای فهم ودرك افکار واحساسات دیگران چرا از خود آنان سئوال نکنیم ؟ چرا خودرا باواقعیات مواجه نسازیم امروز اکثر علوم قابل تجربه وآزمایش شده‌است ، درروانشناسی فعالیتهای غریزی وعاطفی رااز لحاظ علل بروز وکمیت های آنها مورد آزمایش قرار میدهند واکثر به نتایج و آثار محسوس میرسند که تثبیت میگردد بگفته یکی از حقوقدانان : «روانشناسی درحال حاضر بعنوان علمی که در ابهام علوم اجتماعی غوطه ور باشدشناخته نیست روانشناسی امروز درزمره علوم دقیقه است باکمك تستهامی توان قدرتها ، استعدادها وحتی عادات افراد را شناخت ونظر می تواند بوسیله آنها به عمق روح اشخاص پی برد![1] » .

النهایه روش مطالعه متفاوت است ودراین وادی بی‌کران دانش بشری ، روش شناسی[2] بمانشان میدهد تادرهر علمی ازچه طریقه واسلوبی پیروی کنیم تابه کمال مطلوب برسیم ، واین خود حائز کمال اهمیت گردیده است زیرا که طبع و ماهیت هرعلمی روش ویژه‌ای را اقتضادارد ، درعلم حقوق نیز امروز بجای طرفداری ازیك مکتب خاص که اغلب موجب رکود و جمود و بالاخره بهم خوردن اساس تجربه و پراگماتیسم حقوقی میشود ، ازنتایج ونظریات مختلف مکاتب گوناگون استفاده میگردد از آمار و احصائیه های مناسب استفاده میشود ، ارزیابی اوضاع و احوال و کیفیات اقتصادی که مبتنی بردانستن ریاضیات عالیه است بوسیله متخصصین وکارشناسان مربوط برای اطمینان به صحت و قابلیت انطباق عملی ، وضع و متد مطالعه حقوقی را بکلی عوض کرده است زیراکه بهترین ونزدیکترین راه برای درك حقیقت مواجه شدن با

---

۱ ـ حقوق جزای عمومی دکتر محمد معتضد بهری

2 – Méthodologie

واقعیتهای زندگی وآزمایش میباشد واین اسلوب همان روش تحلیلی آماری است . فرانسیس بیکن میگوید : «آدمی لنگ که راه راست ودرست راتعقیب می کندازدوندهٔ چالاکی که دربیراهه است البته پیش می افتد[1]» .

۸ـ قواعد چهارگانه دکارت

درمیان اروپائیان امروز دوگونه منطق وجود دارد ، یکی همان منطق ارسطوئی است که حشو وزوائد آنرا زده وساده ومختصر نموده اند و بنام منطق صوری[2] موسوم است دراین منطق تحقیق ومطالعه درچگونگی موافقت ذهن باخودذهن است درصورتیکه درمنطق عملی یاروش شناسی تحقیق درچگونگی موافقت ذهن باموضوعات و پدیده های مختلف خارجی است ، امروز آرزوی دکارت تاحدزیادی برآورده شده است زیرا او معتقد بودکه علوم کیفی را نیز باید براصول کمی استوار ساخت ومتکی براساس ریاضی وعلوم دقیقه نمود ، روش تحلیلی اومتکی بقواعد چهارگانه بودکه عبارتند از : بداهت وتحلیل وترکیب وشماره امور واستقصا : این چندقاعده اساس همه روشها هستند ورعایت آنها درهر تحقیق علمی ضرورت دارد . امروز منطق عملی یاروش شناسی که قواعد واصول آن توسط مساعی بیکن ودکارت بدست آمده وتکمیل گردیده اهمیت آن ازمنطق ارسطوئی نزد همگان بمراتب بیشتر است : اکنون بطور اجمال به قواعد چهارگانه دکارت ازکتاب بسیارمعروفش بنام «گفتار درروش درست راه بردن عقل» اشاره می کنیم :

۱ـ بداهت : اولین دستور دکارت اینست که : «هیچگاه نباید هیچ چیز را بعنوان حقیقت پذیرفت مگراینکه روشن و بدیهی باشد یعنی وجدان آن رابه شهود دریابد یعنی ازشتاب زدگی وسبق ذهن سخت بپرهیزم وچیزی را بتصدیق نپذیرم مگر آنکه درذهنم چنان روشن ومتمایز گردد که جای هیچگونه شکی باقی نماند» .

---

۱ ـ مبانی فلسفه دکترسیاسی ص۲۷۷

2 – Logique Formelle

واین همان شك دستوری است که دکارت ازآن آغاز کرد و ابتدا درهمه امور شك کرد وسپس ازبدیهی ترین آنها آغاز کرد تانظام فلسفی خودرا بنانهاد .

۲ـ تحلیل : دومین دستور اینست که : «هریك ازمشکلاتی راکه بمطالعه درمی آورم تامیتوانم وباندازه‌ای که برای تسهیل حل آن لازم است تقسیم باجزاء نمایم» البته تقسیم اینجا بمعنی تحلیل است یعنی تجزیه کردن ، پس آب رااگر درکاسه‌ای بدوقسمت کنیم ، تقسیم است اما اگر به‌ئیدرژن واکسیژن بدل کنیم تحلیل وتجزیه است ویاعشق بگوئیم مرکب است ازتمایل جنسی وحس جمال .

۳ ـ ترکیب : دستور سوم دکارت به‌این عبارت است که : « افکار خویش را بترتیب جاری سازم وازساده‌ترین چیزها که علم بآنها آسانتر باشد آغازکرده کم کم بمعرفت مرکبات برسم وحتی برای اموری که طبعاً تقدم وتأخر ندارد ترتّب فرض کنم . » این دستور سوم مکمـل دستور دوم است و در حقیقت این دو لازم وملزوم یکدیگرند مثلا کافی نیست که بدانیم فلان ماشین اجزائش چیست پس ازآن طرزسواز شدن اسباب و ابزار وروابطی که اجـزاء موتور بایکدیگر دارند نیز باید دانسته شود .

٤ ـ شمارهٔ امور واستقصا : آخرین دستور دکارت چنین است که : « در هر مقام شماره امور واستقصا راچنان کامل نمایم وبازدید مسائل را باندازه‌ای کلی سازم که مطمئن باشم چیزی فروگذار نشده‌است » این قاعده درحقیقت مکمل قاعده اول است پس از تحلیل وترکیب بـاتوجه به‌روابطی که‌امور بـایکدیگر دارند بـاید به استنتاج پرداخت ، این استنتاج درصورتی صحیح است که افکار ومعانی چون حلقه های زنجیر بهم پیوسته باشند ودرآن حلقه مفقوده‌ای وجود نداشته باشد .[۱]

امروز باوجودیکه قسمت اعظم امور حقوقی واجتماعی جنبه کیفیتی دارند و

۱ـ برای توضیح بیشتر رجوع شودبه «گفتار درروش درست راه بردن عقل» دکارت ترجمه محمدعلی فروغی .

از قلمرو آمار بیرون می‌باشند ولی باوجود این‌روز بروز سعی میگردد باینگونه‌امور نیز جنبه کمیتی داده‌شود ، علوم ریاضی بکمك اقتصاد آمده وعلم آمار حقوق رادر طریق علوم تجربی انداخته است وشالوده دکترینهای‌حقوقی ومنابع رویهٔ های‌قضائی را اغلب اندازه گیری های کمّی وتحقیقات اقتصادی تشکیل میدهد .

درحالیکه حتی‌تا قرن هیجدهم اعتقاد براین بودکه علوم ریاضی واخـلاق و سیاست مدن ومانند آنها را بمجرد تعقل می‌توان یقین به حقیقت آنهاکرد ولی در علوم طبیعی تعقل واستدلال کفایت نمی‌کند وباید بمشاهده وتجربه پرداخت واین مطلب را ما درآراء جان‌لاك[1] فیلسوف انگلیسی می‌بینیم ولی بعد ها دامنهٔ تجربه به علوم حقوقی وسیاسی واقتصادی نیز سرایت‌کرد .

۹ - تکامل طرق‌اثبات درامورحقوقی وجزائی

از حیث دلائل درحقوق تاکنون به‌پنج دوره برمیخوریم که بدان ذیلا اشاره میشود .

۱ - دورهٔ باستان

دراین دوره مقبولیت دلیل وتعیین ارزش آن ، کاملا دردست رؤسای قبائل و ریش‌سفیدان طوائف بود ، واختیارات ایشان را حدی وحدودی نبود ،

۲ - دورهٔ مذهبی

دراین‌دوره نیز ارزش واعتبار دلائل بسته بنظر رؤسای مذهبی بوده است ، احکام بنام خداوند صادر میگردیده ، ومجرم ازطرف رؤسای مذهبی تعیین و معرفی ومجازات میشده است .

۳ - دوره دلائل قانونی ۲

دراین دوره مأمورین کشف بزه بهروسیله بود ، سعی میکردند از متهم اقرار

---

1 - John Locke (۱۶۳۲ - ۱۷۰۴)

2 - Phase des preuves légales

بگیرند ، زیرا اقرار واعتراف به‌گناه ملکه دلائل بود وشاه دلیل محسوب میشد ، این سعی برای اخذشهادت شهود نیز جریان داشت . بازجوئیهای خسته کننده ورنج دهنده ، حیله‌ها وتزویرها برای بدست آوردن اعتراف به‌جرم ، کاررا بآنجا کشانید که دراین سیستم رسیدگی‌جزائی (تفتیشی)[1] بنابرویه وسابقه‌ای‌که محاکم‌انگیزیسیون وتفتیش عقاید کلیسا بیادگار گذاشته بودند ، حبس وزجر وشکنجه وغیره بکارمیرفت ودادرسی بصورت غیرعلنی ، غیرتدافعی وغیرکتبی ادامه میبافت ! وبطور محرمانه برای گرفتن دلیل قانونی (اقرار ، گواهی‌گواهان) این‌کوشش به‌عمل می‌آمد .

ولی تحقیقات روانشناسی نشان داد که بسیاری ازاقرارها وشهادت ها از روی سهو یاعمد ، دروغ وبی‌اساس است ، زیرا علمای روانشناسی درطی تجربیات خود دریافتندکه اغلب این‌اقاریر بعلت تهدید یاتطمیع وفریب ونیرنگ ویا حتی بعلت قرابت نزدیك ویادوستی وعلاقه بسیار شدید به متهم ویا عشق به مجرم اصلی بوده است ، ویا دراثر امراض دماغی ازقبیل حس شهرت طلبی ومعروفیت میان مردم و یا بالاخره رهائی وخلاصی ازوضعیت نکبت بار زندان درسلول انفرادی وبازجوئیهای مفصل وطولانی که منجر به خستگی مغزی متهم میگردد وفشار روحی ناشی از آن‌و خلاصه بیرون شدن اززندان موقت وسلول مجرد ، به‌جای بهتر که محکومیت در زندانهای عمومی باشد ، همهٔ اینها ممکن است باعث اعتراف به‌یك جرم بی اساس گردد ! ویا بکذب ودروغ آن جرم وبزه را بخود نسبت دهد .

این اوضاع واحوال ناهنجار که یادگاری ازدادگاههای کلیسا بود ! ازاهمیت اقرار وشهادت کاست وازوسیله دلیل بودن وقانونی بودن وقاطع بودنش کنار رفت . کلیهٔ دلائلی راکه قانون پیش‌بینی‌کرده بود وبرطبق یك اماره قانونی تغییر ناپذیر برایش اعتبارقائل شده‌بود وهیچگونه‌قرینه وامارهٔای را درمقابلش مسموع نمیدانست درامور جزائی ازاثر افتادند ، زیرا همزمان بابسط علوم روانی ، برای اولین بار

---

[1] Système inquisitorial

نویسندگان بزرگی مانند ولتر درقرن هیجدهم این سیستم دلائل قانونی را موردانتقاد شدید قرار دادند ، زیرا آنرا مخالف عدالت وانصاف میدانستند .

اعتبار دلائل درحقوق اسلامی

از افتخارات حقوق جزای اسلامی اینست که شکنجه و آزار ومجازاتهای خودسرانه برای گرفتن اقراروااعتراف درآن وجود ندارد ، حقوق جزای اسلامی ، باتوجه بهاوضاع واحوال زمانی که تشریع گردید ، یکی از شاهکارهای قانونگزاری دنیا است ، درحقوق اسلامی چه حقوق مدنی وچه حقوق جزا اصولا باعینک عینی[1] به دعوی وجرم نگاه می کند واساساً جنبهٔ نفسانی و معنوی[2] آنرا مورد توجه و نظر قرار نمیدهد . اصل علنی بودن محاکم که درماده ۱۳۶ آئین دادرسی مدنی ایران[3] پیش بینی شده است درفقه اسلامی نیز تأکید گردیده که دادگاه علنی باید باشدوحاجب ودربان نباید داشته باشد وحتی ازدانشمندان برای مشاوره نیز دعوت بعمل آید ، درفقه اسلامی اقرار وشهادتی که شخص بااکراه داده باشد بهیچوجه مسموع نیست و حتی این مطلب درحقوق مدنی نیز لازم الاتباع است یعنی هرمعامله‌ای که از روی اکراه انجام شود موجب خیار فسخ برای طرف معامله که مکره بوده است میگردد، اصل تدافعی بودن استنطاق که بموجب آن متهم مجاز یامکلف بداشتن وکیل مدافع یا مشاور درمرحلهٔ بازپرسی است وازاصول مسلم دادرسی کیفری دنیای امروز است در حقوق اسلامی نیز پیش بینی گردیده است زیرا حق دفاع متهم مهمترین وثیقه ووسیله صیانت حقوق فردی واجتماعی است .

Objectif - 1
Subjectif - 2

۳- ماده ۱۳۶ : «جلسات دادرسی علنی است مگر درموردی که علنی بودن جلسه مخل انتظامات عمومی ویا مخالف اخلاق حسنه باشد که در اینصورت دادگاه می تواند مستقلا ویابدر خواست یکی از اصحاب دعوی ویابدرخواست دادستان قرار غیر علنی بودن جلسه را بدهد» .

۴ ـ دوره دلائل معنوی یا ایمان قاضی[1]

با انتقاداتی که از سیستم دلائل قانونی شد و اینکه افراد اغلب در مورد نشاندادن حالات روانی خود صدیق نیستند و یك نوع علامت را بکار نمی‌برند و اثبات اینگونه مطالب در روانشناسی فردی ، دوره دلائل معنوی و یا علم و وجدان قاضی جانشین دورهٔ قبل گردید و بارزشی که قانونگزار بهریك از دلائل داده بود و نظر قاضی را ذی مدخل ندانسته بود ، با نظر تردید نگریسته شد و بالاخره بآن خاتمه داده شد . قدر و قیمت دلائل در امر جزائی بسته بنظر قاضی محکمه گردید . این وضعیت همانطور که معلوم است در امور جزائی مجری و متبع است نه در امور مدنی ، والا در امور مدنی و مسائل حقوقی بخلاف امور جزائی قاضی محکمه در پذیرش و تعیین و ارزیابی دلیل و اختیار زیادی ندارد ، بلکه قانون رأساً این کار را بعهده گرفته است ، یعنی هرچند قاضی متوجه حقانیت یك طرف باشد ولی مدارك و دلائل طرف دیگر از نظر قانون قویتر باشد ، الزاماً باید حق را بجانب طرف دیگر بدهد و باصطلاح مُرّ قانون را اجرا کند . ولی در امور جزائی در دوره دلائل معنوی یا نظر قاضی ، دست دادرس محکمه باز است و اجبار و الزامی در قبول ورد دلائل ندارد . خود ، دلائل را سبك و سنگین می‌کند و براساس قرائن و امارات و لو اینکه اقرار بجرم هم شده باشد ؛ متهم را تبرئه می کند و در حکم خود نیازی باستدلال ندارد ؛ رأیش کلی است و هیچگونه مؤاخذه‌ای راجع بطرز استدلال از وی نمی‌شود مگر تحت شرایطی دیگر که ذکرش باعث تطویل است .

اما در اسلام گو اینکه حکم قاضی باید مستدل بوده و موافق با ایمان و وجدان و فعلیت دادن هرچه بیشتر عدالت باشد ، ولی اگر استدلال قاضی فقط خودش را قانع سازد بازمانعی ندارد یعنی قاضی فقط می‌تواند موافق علم خود حکم دهد .

---

[1] Phase des preuves morales et de l 'intime – l conviction

متهمین بجرم ودادرسان وقضات گاهی صدها فرسنگ ازیکدیگر فاصله دارند وبرخی از دادرسان ازاوضاع واحوال متهمین بی‌اطلاعند درحالیکه دادرسان باید مفصل ودقیق وباچشمانی باز بطور همه‌جانبه دربارهٔ زندگی وافکار ونحوهٔ اعمال و درستی ونادرستی اتهام تحقیق وبررسی کنند ، تاپس‌از این تحقیقات بتوانند حق را از ناحق بدرستی تشخیص دهند ، چه‌بسا که طی این تحقیقات جریان پرونده بکلی دگرگون گردد .

درخاتمه باید گفت که درقانون مدنی ایران طریقه دلائل قانونی پیش‌بینی‌شده مثلا درمورد اقرار (مادهٔ ۱۲۷۵ قانون مدنی) سوگند (ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی) اسناد رسمی یااسنادی‌که اعتبار اسناد رسمی بآنها داده‌شده مادام که نسبت بآنها ادعای جعل نشده‌است (ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی) وغیره همه ارزش دلائل را قانون تعیین کرده وبسته بنظر قاضی محکمه نیست درحالیکه درامور جزائی چنین نیست ، ولی بااینهمه نمی‌توان بطور مطلق گفت‌که طریقه دلائل حقوقی وجزائی متفاوت‌است زیرا درمسائل حقوقی‌هم گاهی اوقات مثلادرمورد تعیین ارزش‌گواهی یااهمیت قرائن واوضاع واحوال ، قاضی کاملا اختیار وآزادی دارد ودرامور جزائی گاهی اثبات‌امر جزائی بسته به‌تحقیق واثبات امرحقوقی است مثل جرم خیانت درامانت که‌تاودیعه تحقق پیدانکند جرم تحقق نیافته است لذا اثبات آن منوط وموکول بدادگاه حقوقی می‌شود (اناطه امرجزائی به‌حقوقی) .

۵ـ دوره دلائل علمی

کوششهائی‌که درزمینه جرمشناسی بعمل‌آمده‌است ودراثر ترقیات محیرالعقول ودرخدمت‌حقوق وعدالت درآمدن آنهاوموفقیت هائیکه دراین زمینه‌ها بدست‌آمده موجب شده استکه بعضی از حقوقدانان پیش بینی کنند که بتدریج حقوق جزا بکلی ازمیان میرود وقاضی جزائی جای‌خودرا بطبیب وجرمشناس خواهد داد بموجب این‌نظریه یك نوع طب اجتماعی جایگزین حقوق جزا خواهد شد .

مبنای این نظریه یک سلسله تجربیات علمی است که از اواخر قرن گذشته در درباره وقوع جرم از لحاظ ادله فیزیکی ، شیمیائی ، مکانیکی وغیره ومخصوصاً درباره عوامل شخصی واجتماعی جرم از لحاظ روانشناسی فردی و اجتماعی و انسان شناسی بعمل آمده است همانطور که درعلوم طبیعی ازوسائل مادی مانند دوربین و ذره بین و گرما سنج وهواسنج استفاده میشود درحقوق جزا نیز از پزشکی قانونی ، طب روحی ، استفاده ازحالات روانی متهم بوسیله دکتر روانشناس ،آگاهی ازسوابق وپیشینه اخلاقی و کیفری متهم بوسیله سجل کیفری ، استعمال ماشین کشف دروغ وبنض نگار[1] که بهنگام بازجوئی ازمتهم بکارمیرود زیرا درنتیجهٔ پرسشهائی که از متهم بعمل می‌آید ، ممکن است جریان خون مجرم سریع گردیده ، وضربان قلبش تشدید شود ودراثراین التهاب واضطراب درونی وآثار مشهود آن ، وضبط نوسانات حاصله به وقوع یا عدم وقوع بزه ازناحیه متهم پی برده شود چه این آلات وادوات عمل راخیلی بهتر ودقیقتر ازآدمی انجام میدهند ، ونقص حواس ظاهره وعدم ثبات عکس العمل ونقائص دیگری راکه درانسان وجود دارد ، وغالباً منشأ خطاواشتباه است درآنها وجود نداردوهمچنین بکاربردن هیپنوتیزم وخواب مصنوعی وبکاربردن استنوگرافی برای نوشتن کامل وصحیح سؤالات وپاسخهای دادرسان ومتهمین وگواهان که فعلا بصورت بسیار ناقص و بطور خلاصه توسط قضات بعمل می‌آید وهمچنین استفاده ازضبط صوت برای شنیدن مجدد استنطاق واستفاده ازوسائل مخابراتی سریع (تلگراف ، تلفن ، بی‌سیم ، فتوتلگرام وغیره) وتجهیزات ارتباطی مانند (اتومبیل ، راه‌آهن . هواپیما) وبهره‌برداری از فن عکاسی وانگشت نگاری[2] و استفاده از کارشناس دواساز و شیمی‌دان برای تجزیه لکه‌های خون ویاغذای مسموم وغیره استفاده ازکالبد شکافی تاازآثار وعلائم بطور

---

1 – Sphygmographe

2 – Anthropometrie انگشت نگاری که ازسال ۱۸۸۰ توسط دکتر برتیون فرانسوی (Dr . Bertillon) توسعه یافت .

دقیق وعلمی حدودمسئولیت مجرم معلوم گردد، ومؤسسات جدیدی بنام «آزمایشگاههای پلیس علمی» بوجود آمده که کمك بسیار مؤثری به ضابطین دادگستری وپلیس قضائی مینمایند البته این وسائل علمی اغلب برای تشخیص مصداق جرم ویـا سایر حوادث میباشد ولی ازلحاظ وضع قوانین ومفهوم جرم، قانون بقدرت خود باقی است، وحتی باهمهٔ اینها هنوز قاضی مکلف برعایت عقیده کارشناسان نیست ومی تواند عقیده آنان را ردکند زیرا کارشناسان ممکن است دچار اشتباه ویاتهدید و تطمیع شده باشند ولی بهرصورت ارزش کارشناسی بسیار زیاداست کارشناس مانند نوعی شاهد که وقایع و اطلاعات فنی را که قاضی قادر به تشخیص آنها نیست بدادگاه اعلام میدارد، درحقیقت خبره وکارشناس یك نوع شاهد بمعنی اخص است.

خلاصه کارشناسی[1] اعم ازطبیب، دواساز، مقوم، مهندس، معمار؛ محاسب وبانگدار وغیره وایجاد پلیس علمی، حقوق امروز را درجزائیات درمسیر دلائل علمی انداخته وادوار دیگررا تاحدودی به پشت سرگذاشته است.

---

1 - Expertise

فصل سوم

بحث وانتقاد پیرامون روش تحقیق حقوقدانان اسلامی

« کوتاهترین راه بطرف آینده همیشه
راهی است که از تعمق در گذشته میگذرد »
امه سزر
نقل از کتاب «نژادپرستی و فرهنگ»

۱ـ زمینه تاریخی

یکی از امتیازات روش تحقیق درقرون جدید توجه زیاد بروش مشاهده و تجربه است ، این روش درمیان مسلمانان درهمان روزگارکه اروپا درقرون تاریك عصراسکولاستیك‌دست وپامیزد ، رواج کامل داشته است . ابن سینا و زکریا درطب ، جابربن حیان درشیمی احمدبن کثیر فرغانی وشبان البتانی درمثلثات جدید وثابت‌بن قره در ریاضی ، زرقالی ، ابوالوفا وقره حرابی ونورالدین البطروشی وابن‌یونس درهیئت وحسن‌بن هیثم وقطب شیرازی وکمال‌الدین فارسی درفیزیك همه از طریق مشاهده وتجربه به تحقیق می‌پرداختند وقوانین وخواص طبیعی اجسام ومدارکواکب رارسم وکشف میکردند ، وایجاد رصدخانه در میان مسلمانان نیز بهترین دلیل بر توجه مسلمانان به مشاهده وتجربه است تاآنجاکه یکی از دانشمندان میگوید : «دانشمندان مسلمان مردان عمل بودند نه‌خیالباف وفرضیه ساز» فقط مسلمانان دریك رشته ازتحقیقات خودبه تقلید ازفیلسوفان غربی به‌توجیه وتاویلات فلسفی پرداختند وعلم کلام‌راکه مانند فلسفه مدرسی مسیحی بود ایجاد کردند وگرنه همواره راه علم ودین ازیکدیگر جدابود وفقیهان‌وفیلسوفان مسیر مخالفی راطی میکردند وحتی فیلسوفان مادی مذهب آزادانه درمحیط اسلامی به‌تحقیقات خود ادامه میدادند .

پس‌از ذکر این مقدمه کلی‌اکنون گوئیم‌که روش حقوقدانان اسلامی درتحقیق درزمینه فقه واصول ازاوائل ظهور اسلام تاکنون دچار دگرگونیها وتحولاتی شده که اجمالا اشاره میشود درصدر اسلام معانی واژه هائی‌که شارع بکار میبرد کاملا روشن بود و

بصرف استعمال شنونده پی بمقصد و منظور میبرد ، ولی بعدها بسبب تطورات و دگرگونیهائی که درزبان پدید آمد ناگزیر ازمباحثی شدند تامعانی لغات وجملات شارع راروشن کند ومقاصد آنرا آشکار سازد . امرونهی که شارع اسلام در ابتدابکار میبرد برای مردم آنزمان بسیار روشن بود ، وجوب ، حرمت ، استحباب ، کراهت و اباحه‌اش رادرك میکردند ولی امروز برای ماروشن نیست وابهام دارد و ناگزیر بحث درالفاظ واشتقاق لغات پیش‌آمد تامثلا در عقوداز استعمال الفاظ مشترك یاغیر صریح وهمینطور حقیقت ومجاز وغیره اجتناب‌گردد ، والادر بدو ظهور اسلام آنچه بیشتر اهمیت داشت قصد و نیت و ایمان بود ، زیرا که در اعتقادیات ، اصل «انماالاعمال بالنیات»[1] جریان داشت ، ودرقرار دادها ومقاوله نامه هااصل «العقود تابعةللقصود» لازم الابتاع بود ومسلمانان بالفاظ وعبارات که امروز اینقدر مورد اعتناست توجهی نداشتند ، ولی‌رفته‌رفته پس‌از رحلت حضرت رسول‌اکرم وصحابه دربارهٔ استنباط‌احکام، آراء وعقاید گوناگون ومتشتت پدید آمد ، وبدین طریق علوم دینی (فقه و اصول درمسائل عملی ، و کلام وفلسفه اولی یا ما بعدالطبیعه در مباحث اعتقادی) بوجود آمد .

ترجمه کتب فلسفه ومنطق ارسطو وکتب طب وریاضی از سریانی بزبان‌عربی دردورهٔ عباسی وبویژه درعهد منصور ومامون باین اوضاع و احوال کمك شایان کرد وبلکه خود موجد چنین وضعی‌بود ، فلسفه‌ای که دراسکندریه[2] تدریس میشدترجمه گردید و ترکیب آن که عبارت از فلسفه اشراق و مشاء بود ، باافکار شرقی ، طرز استدلال جدیدی‌درمیان مسلمانان ایجادکرد ، بطوریکه در اثر مطالعه کتب یونانی ترجمه شده ، درهرچیز به‌تحقیق وبررسی واستدلال میپرداختند . فی‌المثل درعلم‌کلام وفلسفه‌اولی درباره صفات‌خدابحث میکردندکه ارادهٔ‌خدا آیاعین ذات اوست یا مغایر

۱ـ وحدیث نبوی دیگر : «انمالکل‌امرء مانوی» .

2 – Ecole Alexandrie

باآن ؟ وياطلب واقعی عين اراده ميباشد ؟ اين تتبعات و بررسيها اندك اندك ، وارد حقوق گرديد . درمطالعات حقوقی نيز عينيت يا غيريت قصد و طلب مورد بحث واقع شد ، چنانكه عده‌ای بطرفداری‌ازمعتزله[1] معتقد به عينيت واتحاد طلب واراده شدند[2] وفرقه ديگر از حقوقدانان اسلامی كه طرفداری ازاشاعره[3] ميكردند معتقد بودندكه طلب واراده يكی نبوده وطلب غيراز اراده‌است ، از اين‌طريق می‌بينيم كه حقوقدانان اسلامی متدرجاً بصورت عقود وايقاعات يعنی به الفاظ وعبارات عنايت كرده وبرای هرعقدی الفاظ ويژه‌ای تجويز كردند وبه‌كم وكيف صيغ آنها پرداختند كه فی‌المثل فلان عقداگر بصورت صيغهٔ ماضی گفته شود صحيح وبصورت مستقبل باطل خواهد بود و ياغير نافذ است تاآنجاكه فعلا مباحث الفاظ نيمی ازكتب اصول‌را اشغال كرده است .

۱ــ معتزله فرقه‌ای در اسلام هستند كه پيرو مذهب اعتزال باادلهٔ متعددهٔ عقلی ونقلی ، سستی رای اشاعره را نشان داده وآنراردكرده‌اند ، مذهب اعتزال درآخر قرن اول هجری باواصل‌بن عطا ظهوركرده وبنيادش دردرجه اول براحكام عقلی گذاشته شده‌است . معتزله معتقدند به‌اينكه «عالم‌پس‌از خلقت اوليه به‌خود تفويض شده وارادهٔ خداوند در پيدايش حوادث جهانی دخالتی ندارد، اين فرقه بر عكس پيروان اشاعره سخت طرفدار اختيار ميباشند .

۲ــ آخوندملامحمدكاظم‌خراسانی درجلد اول كفايةالاصول می‌نويسد : «فاعلم ان‌الحق كماعليه اهله‌وفاقا للمعتزله‌وخلافاً للاشاعره هواتحادالطلب والاراده‌بمعنی ان‌لفظيهما موضوعان بازاء مفهوم واحد ومابازاء مفهوم احدهمافی الخارج يكون بازاءالآخروالطلب‌المنشاءبلفظای بغيره عين‌الاراده الانشائيه وبالجمله هماامتحدان مفهوماًوانشائاً وخارجاً» .ص۷۵

۳ــ اشاعره‌پيروجبردينی كه‌كه‌شعبه‌ايست ازجبر مطلق ياتقدير **Fatalisme** ميباشند ومی‌گويند وقوع‌كليه افعال‌بشر به‌مشيت الهی است و خود مردم هيچگونه تأثيری درحصول آن افعال ندارندنظير اين‌جبردينی ، «جبر هندسی» اسپی نوزا (Spinoza) فيلسوف اروپائی است اشاعره پيرو ابوالحسن علی‌بن‌اسماعيل اشعری ميباشندوی‌متولد بسال ۲۶۵ ومتوفی بسال ۳۳۵ هجری قمری‌است .

درقرن نوردهم میلادی توجه علمای حقوق اروپا نیز بموضوع قصد واراده جلب گردید ، مثلا علمای حقوق آلمان مانند فقها اراده ظاهری[1] را مناط اعتبار قرار داده وحال آنکه علمای حقوق فرانسه با توجه باصل حاکمیت اراده ، ارادهٔ حقیقی[2] راملاك ومنشا آثار حقوقی دانسته اند[3] .

حقوقدانان آلمان به پیروی از مکتب اصالت اجتماع از آنجاکه اراده را امر باطنی می پندارند ودرك آنرا جز بوسیله مظهر مادی و محسوس آن که الفاظ باشد میسر نمیدانند علیهذا اراده ظاهری وعینی راملاك ومناط اعتبار دانسته و بعکس علمای فرانسه به پیروی ازمکتب اصالت فرد به الفاظ جنبه موضوعیت داده اند ، درحالیکه علمای فرانسه الفاظرا ازباب طریقیت مناط اعتبار دانسته واراده واقعی وباطنی رامورد توجه قرار داده اند .

قانون مدنی ایران ازهر دو نظر پیروی کرده است (روح ومفاد مواد ۲۱۰ ببعد) هم از نظریهٔ اراده ظاهری وعینی که مطابق باعقیده علمای آلمان است پیروی کرده است که باروح تعالیم حقوقی اسلامی نیز مطابق است ودرجمله «العقود تابعة للقصود» گفته اند مقصود از قصد اراده ظاهری است نه اراده باطنی که عبارت باشد از آن اراده‌ای که در ضمیر خطور کرده است خواه مدلول ایجاب وقبول کاملا مطابق باآن باشد یا نباشد، درقانون مدنی ایران مواد ۱۹۱ - ۱۹۳ وذیل ماده ۳۳۹ - قصد انشاء راکه عبارت از قصد ایجاد باشد مناط اعتبار عقود میداند وحتی بیع را درمیان لالان به وسیله قبض واقباض (بیع معاطاتی) صحیح میداند این نشان اعتباری است که به قصد یعنی اراده واقعی داده است درحقیقت قانون مدنی هم اراده باطنی و هم اراده ظاهری را مناط اعتبار دانسته است اراده باطنی را از مواد ۱۹۱ و ۱۹۶ میتوان استنباط کرد که منطبق است باعقیده طرفداران اصالت فردکه منبع تمام تعهدات را اراده فرد انسان می‌دانند

Systéme de déclaration de la volonté – 1

Théorie de la volonté interne – 2

۳ـ هبه ووصیت درحقوق مدنی ایران دکتر موسی عمید ص ۳۵

وتنها متعهد را مختار درکاهش آزادی خویش می‌دانند ، یعنی آزادی‌یی‌که پشتوانه اش اراده خلاقه‌انسان است والفاظی راکه‌حکایت از اراده واقعی نکند پوستهٔ بی‌مغزی بیش نمی دانند ، ولی ازماده ۲۲۴ قانون مدنی که می‌گوید : «الفاظ عقود محمول است برمعانی عرفیه» می‌توان استنباط کردکه اگریکی از طرفین ادعـاکندکـه الفاظ عقد بیان کنندهٔ اراده واقعی اونیست بایدثابت‌کندکه الفاظ اودر معانی‌عرفی‌استعمال نشده است . ویابرطبق ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی ، اگر ارادهٔ ظـاهـری درسند رسمی یادر سندی‌که اعتبار آن درمحکمه محرزشده است بیان شده باشد ، خلاف آنرا با شهادت وامارات نمی‌توان اثبات‌کرد (ماده ۱۳۲۴)[1] .

۲ـ اشاره‌ای به‌مبحث‌آزادی اراده ازنظر حقوقی

در قدیم درمیان ملل واز آن جمله رومیان معاملات‌از اشکال وقالبهای معینی تبعیت میکرده است یعنی برای هرمعامله قانون گذار قالبی معین میکرد تاآن‌معامله درآن شکل وصیغه مخصوص انجام شود مثلا درحین معامله یاموقع دریافت وام‌طرفین شخصاً میبایست باپنج گواه ویك ترازو ویك شمش فلـز بحضور قاضی بروند و الفاظ معینی راالزبان لاتینی بصورت سؤال وجواب اداکنند ، این الفاظ باید حتی ازحیث زمان فعل باهم مطابق باشند ، تخلف از هریك ازاین تشریفـات بـاعث عدم نفوذ وبی اثر بودن معامله میشد ، امـا در صورت انجام تشریفات بیع و معامله قطعی و لازم‌الاجرا میگردید ، اگرچه روی اکـراه و تهدید واقع میشد ، شمش فلـز و ترازو یادگار دورانی است‌که هنوز پول مسکوك درمیان رومیان اختراع نشده بودکه درآن موقع شمشهای فلز بجای بهای مبیع درحضور حاکم وزن میگردید وبه وام گیرنده تحویل میشد .

۱ـ دوره مقدمانی حقوق مدنی دکتر ناصرکاتوزیان چاپ اول ص۱۸۴ به بعد شماره ۲۱۰ وفصل ششم همین‌کتاب گفتار مادرباره حقیقت شرعیه .

اینگونه تشریفات ناشی از مدینت‌های دوران باستان‌است که هنوز بشرفکرش پختهٔ وشکفته نگردیده بود ، والادراسلام بنا بمقتضای حدیث : «ان‌الله خلقك حراكن كماخلقك» «اصل ، استقلال اراده واحترام به‌شخصیت انسانی‌است باین معنی‌که‌ظهور کمال شخصیت انسان منوط به آزادی اراده اوست وقانون فقط‌باید جلوی تصادم‌اراده های آزاد رابگیرد تاناالی فاسدی براین آزادی مترتب نشود و مصالح جمعی فدای آزادی اراده فردی نگردد نگهداری تعادل بین مصالح اجتماع وآزادی فرد باقانون است وحفظ چنین تعادلی عملا میسر است عده‌ای از طرفداران استقلال اراده بطرف افراط رفته عقیده دارندکه هیچ تعهدی نیست‌که بدون‌اردهٔ افراد بوجود آید حتی‌در مورد مسئولیت مدنی اگر تخطی (Faute) وجود نداشته باشدفرض تخطی میشود ! یا مثلا ارث بردن از متوفی مبتنی بر وصیت مفروض است ! مخالفان استقلال اراده هم بطرف تفریط رفته‌اند وتاثیرارادهٔ فرد راحتی دریك مورد هم انکار کرده اند . در فقه اسلام هم ازآزادی اراده تحت عنوان اصل اباحه‌واصل برائت واصالة‌الحظر بحث شده است[1] » .

باری میتوان گفت تاثیری‌که حقوق اسلام ازعقود تشریفاتی وصوری برداشته است اینست‌که اینگونه تشریفات در میان حقوقدانان اسلامی هم با صورتهای دیگر رواج یافت ولی باید گفت‌که عقود درحقوق اسلامی رضائی یعنی بسته برضایت‌طرفین است وحق بااشخاصی باشدکه الف ولام اوفوابالعقود (آیه اول از سوره پنجم) راالف ولام جنسی میدانند نه عهدی[2] .

بهرصورت ، باتوجه به‌این مقدمات سابق الذکر معلوم میشود که حقوقدانان اسلامی بچه‌جهت در زمینه فقه واصول مطالعاتشان به‌پیروی از منطق ومکتب تفسیر

۱ـ ترمینو لوژی حقوق‌دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ص ۴۲ مکرر .
۲ـ حقوق مدنی ایران دکترسید علی شایگان ص ۱۰۵

تحت‌اللفظ کشانده شده‌است ، زیرا حقوق اسلامی درپیشرفت تمدن اسلام عامل بسیار مؤثری بوده و برای راهنمائی وهدایت مردم عمل به‌این قواعد واحکام را لازم وضرور میدانسته‌اند واین ضرورت عکس‌العمل رهائی ازمظالم دوران جاهلیت بوده که تعبد دراحکام ومبانی فقهی ، تا آنجا بود که خارج ازکتاب وسنت برهانی را جایز نمی‌دانستند ، واساساً هرمسلك ومرامی درابتدای ظهورش این تعبد درمبانی و احکام را لازم وضرور میداند .

مسلم است مبانی اسلامی که برپایه‌های عدالت وانصاف پایه‌گذاری شده‌ویکی ازعالیترین ودرخشانترین نظامهای حقوقی جهان است ، لازمه‌اش این‌بودکه مسلمانان باهرنوع تحقیق دیگر ازمبانی حقوقی خارجی مخالفت کنند ، اما مقتضیات‌زندگی واوضاع واحوال اجتماعی درتغییر وتبدیل است ، قواعد واحکام حقوقی نیز باید بااینگونه مقتضیات زمان هماهنگ باشد ، لذا دانشمندان درفقه اسلامی طریقه و روشی ابتکارکردند که باتوسعه اجتماعات هماهنگ باشد وهم احکام ومبانی دینی حفظ و صیانت گردد وآن بحث از الفاظ وتدوین علم اصول است . ولی این روش مطالعه‌که پیش‌از پیدائی ماشین‌صحیح‌ودرست بوده است پس‌از آن از صد سال پیش باینطرف ، جنبهٔ افراطی بخود گرفته ودرمان بخش همه نیازها ودردها نیست .

۳ ـ اشاره‌ای به مبحث آزادی‌اراده ازنظر فلسفی

جان‌لاك درباب اراده میگوید : چون مادگرگونی وتغییردرچیزی رامی‌بینیم ومشاهده می‌کنیم که چیز دیگری باعث این تغییر گردیده برای‌ما این تصور پیش می‌آید که امر دوم دارای توانائی برفعل وچیز اول دارای توانائی انفعال است و بهترین صورت برای ادراك این امر ، آنستکه شخص درخود مشاهده می‌کند که فکری یا عملی را می‌تواند بکند ومی تواند نکند ، و از اینجا تصور اراده حاصل می‌شود که توانائی برفعل یا ترك آن است وچون این اراده‌را بکار بیندازیم آنرا

عزم وقصد گوئیم .[۱]

واین همانست که شاعر فیلسوف جلال‌الدین محمد بلخی گفته‌است که :

اینکه گوئی این کنم یا آن کنم خود دلیل اختیار است ای صنم

فروغی درسیر حکمت می‌نویسد که : اروپائیان اختیار واضطرار را به اراده[۲] منتسب می‌کنند ومثلا میگویند آیا اراده انسان آزاد است یا مجبور ؟ ولی ماارادہ را ناشی ازقدرت واختیار میدانیم واگر بخواهیم عین تعبیر اروپائی را بگوئیم باید بگوئیم آیا انسان اراده دارد یا ندارد ؟ واین شق اخیر موافق است باگفتهٔ ایمانوئل کانت فیلسوف بزرگ آلمانی که میگوید اساساً اراده داشتن انسان نیازی باستدلال وبرهان ندارد واختیار را اساساً امری فطری میداند که هرکس درست تأمل کند خودرا مکلف احساس می‌کند[۳]

آنچه درانسان دارای اراده است باصطلاح فیلسوفان نفس (روح) است و از آنجاکه نفس یا روح تحت قوانین طبیعت نیست یعنی تحت قانون ترتب معلول برعلت نیست تاماشینی ومجبور باشد لذا آزاد است و انسان دارای اراده آزادخواهد بود .[۴]

۱- سیرحکمت دراروپاجلددوم ص ۸۱ چاپ چهارم

۲ - Volonté

۳- سیر حکمت دراروپا جلد دوم‌ص ۱۶۳ و ۱۶۴

۴- درفصل یکم همین کتاب درگفتار ماکس پلانك درباره‌اختیار اشاره‌شد ص ۹ و بعد .

ضرورت موجب یافتن راه‌حلهای عینی میگردد بر تراندراسل

۴ ـ پیوند و آمیختگی مطالب فقه و اصول بامنطق و فلسفهٔ ارسطو

برخی از فقهای اسلامی درروش اصول فقهی ، پابند منطق و فلسفهٔ کلاسیك بوده‌اند واین درزمان خود شاید یکی ازمحاسن ومزایای فقه اسلامی بشمار میرفته است ، ولی ـ همانطورکه قبلا یادآوری گردید ـ امروز حقوق جاری مردم بر اساس منطق صرف قرار ندارد ، بلکه باتجربه وعمل سروکاردارد وپدیده‌های حقوقی درمسیر مسائل عینی وکمی قرارداده شده‌است ، بدون اینکه اجباری درتبعیت فلسفه حقوقی ویژه‌ای لازم باشد ودکترینهای حقوقی شالوده‌اش برتعقل صرف قرارگیرد .

بعضی از فقهای اسلامی درروش منطقی کلاسیکی بحدی افراط میکردند که اصولا برای دانشجویانی که منطق ارسطوئی ومقداری ازفلسفه اولی نخوانده بودند، صلاحیتی جهت اظهار نظر یاراه یافتن بفقه را جایز نمیدانستند ، آمیختگی فقه با منطق ارسطوئی چنان بندها وقیدهائی بدست وپای فقه بست وچنان آنرا در حصار پرپیچ وخم دنیای اشکال منطق صوری زندانی کرد که هنوزهم حصار قرون‌وسطائی و اسکولاستیکی را نشکسته وآزاد نگردیده است ، همانگونه که اگر راجر بیکن و فرانسیس بیکن ودکارت واستوارت میل وغیره نمی‌بودند وحصار پولادین ارسطو را از هم نمی‌دریدند هنوز هم اروپا ودنیا درسیاهی وظلمت هزارساله فلسفهٔ کلیسا وارسطو دست وپامیزد وراه نجاتی نداشت واسیر همان تصورات بود .

تامس هابز[1] میگوید : « ... به‌جرأت می‌توانم‌گفت ما مغرب‌زمینیان تاکنون درخرید هیچ‌چیز چندان مغبون نشده‌ایم که در خرید کالای دانش یونانیان و رومیان... »[2] زیرا افلاطون می‌گفت اصل‌کلیات است‌که موجود واقعی است وجزئیات

۱ـ Thomas Hobbes (۱۵۸۸ ـ ۱۶۷۹)

۲ـ آزادی فرد وقدرت دولت دکتر محمود صناعی ص ۹۳

موهوم و بی‌حقیقتند وارسطو فقط جدائی کلیات را ازجزئیات در ذهن قائل بودنه در خارج ، ولی بهرحال درمیان اشکال استدلال آنچه بدیهی الاستنتاج بود استدلال قیاسی بود که ازکلی به‌جزئی‌میرسید ، لذا مطالعات جنبه درون گرائی پیداکرد و از ماده وعالم خارج دورگردید ، جنبه آزمایشی وعینی وخارجی نداشت ، درحالیکه منطق اسلامی بروفق قرآن واحادیث همه‌جا افراد را بعالم طبیعت ومادهومحسوس سوق میدهد وازخیالبافی برحذر میدارد وخلاصه این بزرگترین انحرافی بودکه در تاریخ اسلام درنتیجه تماس مسلمانان باافکار یونانی ایجاد شده‌است ، واساساً باید که معارف اسلامی ازمطالب حوزه های یونان اعم از مشاء واشراق وفلسفه مزدوجی که از اواخر نیمه‌اول سدهٔ یازدهم هجری تااواخر سدهٔ سیزدهم رواج داشته است تفکیك گردد .

ازطرف دیگر فقهای اسلامی تحت تأثیر تعصب وحساسیت حرفه‌ای شدید که باحُسن نیتی بیشتر میتوان‌بیك نوع اصالت ناشی‌ازحرفه تعبیرکرد اصول کلاسیکی فقهی تفکرشان را تحت تأثیر قرارداده وباین مناسبت ازتجدید نظرکردن که‌بسیار لازم وضروری‌است درموقعیتهای گوناگون وحوادث اجتماعی اجتناب ناپذیر وغیر قابل پیش‌بینی ، اجتناب میورزند وباین عامل باید اضافه کنیم‌که فقهای ماچون‌در عمل وپراتیك باحقوق مدتهاست که سروکار ندارند ، لذا اینگونه واقع بینی هادر مطالعاتشان دیده نمی‌شود ، واقعیتهای اجتماعی وحقوقی و اقتصادی یك عصر افکار علمای حقوق واقتصاد وجامعه شناسی آن‌عصر را نشان میدهد واین واقعیتها درمسیر تحولات خود افکارحقوقی واقتصادی عصر خودراتغییر میدهند بطور خلاصهٔ یك‌رابطه علت ومعلولی میان این رویداد های عصر باافکار آن عصر وجوددارد .

۵ ـ هدف وسیله‌را توجیه‌می‌کند

ازسوی دیگر اساساً قانون وسیله وطریق به مقصود است ، در اجتماع اصل غائیّت حکمفرما است نه علیت وسببیت ، وازاینرو احکام وحقوق اسلامی هم طریق

ووسیله اند برای رسیدن به‌مقصود که برقراری عدالت باشد ، این احکام مقصود وهدف نیستند بلکه مقصد بالاتر ازاین اصول واحکام است ، مقصد وهدف حقوق انسانیت انسان، ومفید بودن برای وی ، که همان فعلیت دادن به عدالت است ، میباشد ، همینقدر که یك فرع فقهی مصداق پیداکرد ، بدون توجه باینکه باصدق این فرع دریك مورد آیا عدالت اجتماعی وفردی هم باصدق آن حاصل شده است ؟ نمی توان گفت که غایت حقوق که انتفاع برای انسان وفعلیت دادن به‌عدالت است به منصهٔ ظهوررسیده است ، اینجا باید گفت که اینگونه فقیهان درچنگال فروع فقهی آنقدر اسیر مانده‌اند که از هدف وغایت ازاینهمه احکام واصول بازمانده‌اند ، درحالیکه حقوق از قانون پدید نیامده است بلکه قانون باید حقوق رارعایت کند و اجتماعات پیش از اینکه قانون بوجود آید دارای حقوق بوده‌اند وحقوق مقدم بر قانون است . یعنی هدف مقدم بر وسیله است ، یك وسیله بخودی خود ، نه خوب است ونه بد ، این هدف است که آنرا موجه یامحکوم می‌کند ، اگرقانون وسیلهٔ ظلم وانقیادقرارگرفت باید آنرا ازمیان برد چه « آنکس که درمقابل قواعدی که دشمن می‌سازد ، تسلیم شود ، هرگز پیروز نخواهد شد » ولذاست که درجنگ ، فقه اسلامی حیله راواجب می‌داند ، اما هدف را چه‌چیز توجیه می‌کند بقول لئون . د . برونشتین :[1] هدف را هم این توجیه می‌کند که قدرت انسان را دربرابر طبیعت زیادکند و اعمال قدرت برانسان راهم حذف نماید .

نگاهی به غزوات وسریّه های حضرت محمد کافی است که مدعای ما ثابت شود ، برای دردست گرفتن قدرت و نظام اجتماعی ، زدن کاروانها تجویز میگردد ، همان کاری که پس از استقرار نظام اسلامی بشدت محکوم است و حتی جزو جرائمی است که باگذشت شاکی خصوصی نیز قابل بخشش نیست یعنی جرم جنبهٔ عمومی دارد ، واین میرساند که حدود وتعزیرات وقصاص ودیات و بطور کلی قانون هنگامی لازم

۱ـ جهان نو ـ پائیز ۴۷ مقاله اخلاق آنها واخلاق ما

الاجراست که نظام اجتماعی مستقر ، باآن قانون منافات و تناقض نداشته باشد ، توجهی به معنای لغوی شرع وشریعت که به معنـای طریق و راه آب است مؤید نظر مـا است .

فقط مسأله پیچیده‌ای که برای فقهـای اسلامی اینهمه موجب دوری از کُنه وحقیقت اسلام شده است آنستکه اکثر هدف را باراه اشتباه گرفته‌اند و تا حدودی حق هم دارند چه هدف باراه بقدری بیکدیگر پیوسته‌اند که یکی بادیگری‌عوض می‌شود وباآن تغییر شکل می‌دهد وگاه اتفاق می افتد که یك‌راه تازه ، هدف تازه‌ای را پدیدار میسازد ودراین جاآنچه که عـامل اصلی و تعیین کننده است محرك ذهنی نیست بلکه فایده عینی عمل است .[1]

باری این اوضاع واحوال ناهنجار باعث‌شد که عده‌ای ازفقها که پیرو مکتب تفکیك بودند . بدون توجه بمنطق وفلسفهٔ ارسطو ،استدلالات عقلی را برای پیشرفت علم فقه ضروری بدانند .

ولی متاسفانه امروز طلاب حقوق اسلامی‌پس‌از طی چندین سال ، دورهٔ‌ادبیات عرب - آنهم بامتدچندصدسال‌قبل - وخواندن رساله هـای متعدد درمنطق ارسطوئی (از قبیل : حاشیه وشرح شمسیه) که اغلب بسیار مغلق نوشته شده وبرای دنیـای امروز که مطالب باید زودفهم وسریع‌الانتقال ونوباشد تا بتوان ازمابقی عمردرامور دیگر استفاده برد ، شایان ارزش نیست .

پس‌از طی این مرحله نوبت به فلسفه‌یونان میرسد (منظومه سبزواری ، شرح اشارات ، اسفار و...) همه وهمه برای صلاحیت ورود به تحصیل فقه و اصول که بصورت یك‌رشته حقوق تعقلی ، ذهنی ومنطقی درآمده است ! سپس دانشجو بـاکتب اصول (ازقبیل : معالم الاصول ، قوانین ، فرائد الاصول یـا رسائل ، کفـایه) که چندین سال بطول می‌انجامد روبرو میگردد ، وهنوز باید بسیار خوشوقت باشد ،

۱ـ دراین‌کتاب مابازدرباره‌این مساله مهم واساسی بحث خواهیم کرد .

زیرا که صاحب « کفایة الاصول » با پیراستن حشو وزوائد از قواعد اصولی راه دشوار وطولانی اجتهاد را درزمانی کم برای طالبان آسان وهموار کرد تا دراندك مدتی به مقام اجتهاد فائز گردند ![1و۲]

۶ـ کتب اصول فقه

آیا کتابهای یادشده در اصول ، متن حقوق اسلامی است ؟ البته خیر ، بلکه اکثر قواعد اصول فقه بخودی خود ، نه یك مبنی واصل حقوقی است و نه ازقواعدی است که بطور مستقیم به افعال انسان وابستگی داشته باشد . قواعد اصول فقهٔ فقط طریق استنباط حکم است همانطور که اصل بمعنی دلیل وبرهان است ، علم اصول فقه مباحث علمی وفلسفه حقوق رانیز دربر ندارد ، وبااین بخش ازحقوق اروپائی یعنی بخش علمی وفلسفی قابل انطباق نیست ، بلکه فقط اصول فقه با بخش متدلوژی یعنی روش شناسی حقوقی قابل انطباق است[1] .

۱ـ توضیح اینکه بنظر استاد محمود شهابی از زمان تالیف «معالم» تا تالیف «کفایه» اصول سه مرحله را گذرانده است ۱ـ مرحله بطؤ یا توقف ۲ـ بسط وتقدم ۳ـ تحریر وتلخیص وما اکنون درمرحله سوم هستیم .

۲ـ خوشبختانه درسالهای اخیر جدیت فراوانی میشود که کتابهای مقدمات حقوق اسلامی را با روشی نوین ازلحاظ آموزش وپرورش دراختیار دانشجویان بگذارند از همین قبیل است کتاب : اصول الاستنباط تالیف سیدعلینقی الحیدری چاپ اول سال ۱۹۵۰ وکتب دیگری بفارسی از قبیل : دانشنامه حقوقی ، ترمینو لوژی حقوق، مقدمه عمومی علم حقوق دکتر جعفری لنگرودی ومبانی حقوق دکتر موسی جوان وکلیات حقوق اسلامی محمد بروجردی عبده وتقریرات اصول وقواعد فقه محمود شهابی وملاك اصول استنباط دکتر محسن شفائی

۱ـ بعبارت فنی تر ، مسائل علم فقه جزئی هستند وازابتدا وبیواسطه باعمل سر وکار دارند ، ومسائل سایر علوم نیز ازمبادی قضایا برای استنباط احکام شرعی قرار میگیرند . وفقط صغرای قضایا دراستنباط احکام هستند ، درصورتیکه مسائل اصولی علت استنباط وکبرای قضایای استنتاجی هستند وازابتدا و بیواسطه باعمل سروکار ←

اصول فقه همچون فن منطق ارسطوئی که مقدمهٔ تحصیل فلسفه اولی بود ، مقدمه وکلید فقه‌است ، دراین کتابها ازقواعدی عقلی ولفظی بحث میگردد که برای استنباط احکام شرعی فرعی بکار میرود ، کتب فن درایه ورجال نیز برای رسیدن به مقام اجتهاد لازم است که درفصول آینده این کتاب دربارهٔ آن بحث خواهدشد ، سرانجام دانشجوی حقوق اسلامی پس‌ازطی این کتابها به کتب فقه میرسد (ارقبیل : شرایع‌الاحکام . شرح لمعه ، مکاسب وغیره) .

۷- انتقاداز کتب اصول‌فقه‌وروش تحقیق‌حقوقی

مطالب کتب اصول فقه بقدری پیچیده ومغلق ومفاهیم وکاوشهای ذهن باندازه ای دوراز زندگی روزانه است که کتابهای مزبور گوی سبقت رااز کتب فلسفه اولی‌در قرون وسطی ربوده است ، در کتابهای اصول انسان خودراغرق در موشکافیهای‌ملال انگیز ودرمیان جنگلی انبوه از مفاهیم پادرهوا وتصوری می‌بیند که گاهی خود را گم می‌کند وآنگاه بخود می‌آیدکه سالها عمر عزیز راتلف‌کرده است وفقط باقیل و

← ندارند ، ویابگوئیم که قضایای اصولی ، کلی هستند وشامل فردفردمردم ومکلفین بطورکلی میباشند ، درحالیکه قضایای فقهی جزئی وشامل حال‌یك فرد مکلف است . بطور خلاصه قاعده اصولی ازدلیل وحجت بودن ادله عقلی بحث می‌کندکه فی‌المثل این‌ادله کبراهای قیاس هستند ووسیله استنباط احکام شرعی فرعی میباشند، ومبین کیفیت تکلیف دراحکام ازحیث وجوب وحرمت وغیره نیستند ولی‌قاعده‌فقهی بااستفاده ازقاعده اصولی وکبری قراردادن آن ، ازنتیجه آن‌درقیاس فقهی تکلیف احکام‌را از حیث وجوب وحرمت معین می‌کند ودرحقیقت بادومقدمه یکی اصولی ودیگری فقهی به‌نتیجه میرسد وبنابراین درقواعد اصولی ، عقل‌اعتبار خاص و حاکمیت‌ویژه‌ای دارد ، درصورتیکه درادله فقاهتی چنین اعتباری چندان بچشم نمی‌خورد پس‌نتیجه درمسائل اصولی که‌کلی است برای مجتهد سودمند است‌که آنرا باخارج وعمل منطبق نماید ولی‌نتیجه قاعده فقهی‌برای مقلدنافع است ونیازی به زحمت‌تطبیق دادن‌باخارج ندارد ، در فصل ششم این‌کتاب درمبحث استصحاب دراین‌باره‌بیشتر توضیح خواهیم‌داد .

قال مدرسه وجدال دربارهٔ وجود ذهنی وبنای قصرهائی از تار عنکبوت درآسمان خیال دلخوش داشته است که شایسته-حقوق که بامسائل عملی وزمینی سروکار دارد، نیست، وفقط استعدادی فوق العاده وتاحد نبوغ میخواهدکه از عهده فهم این اصول فقه وتصورات وفروض خیالی آن برآید. تصورات وفروض عقلی که ناشی ازخیالات نویسنده است، طی ده قرن بحد اشباع دراین مقولات اطاله کلام شده که انسان در اعجاب وحیرت وبهت فرومیرود، ازاینهمه غوده سیهای ذهن وخیال.

مسائلی طرح میشودکه درعمل هرگز ممکن نیست انجام شود، بازار فرضیه سازیهای عجیب وغریب چنان درمیگیرد که اصل مطلب فدای این فروض تصوری میگردد - درمیان فقهای اسلامی شعور درك تناسب میان مسائل اصلا وجودندارد، برای مسائلی که درهمه عمر بدانها نیازی بهم نمیرسدودر صورت اتفاق ونیاز چندان امر مهم وخطیری نیستند، بیشتر حرارت وشدت بخرج میدهند، تامسائلی که بااجتماع وبشریت سروکار دارد وهرروز وهرآن جامعه با آنها مواجه است، نگاهی سطحی به کتب فقهی این مدعی را کاملا اثبات می کند اینهمه بحث در باره طهارت، غسلها، شکیات ومستحبات وغیره مدعای مارا اثبات مینماید.

درفن مباحثه نیز هیچگاه کوششهایشان مجهولی را معلوم نمی کندزیراهریك ازطلاب می کوشد تابردیگری غلبه کند و فضل فروشی نماید و برتری خودرا باثبات رساند ودلائل طرف مقابل راازروی حقیقت نمی سنجند، ولذااین خوی وعادت ثانوی شده وباعث میشودکه هیچگاه نتوانند بدرستی داوری کنند زیرا بیش ازآنکه سعی در فهم مطالب طرف مقابل کنند می کوشند استدلالی ولوضعیف برای بطلان عقیده طرف پیدا نمایند، آقای مرتضی مطهری می نویسد. «... افراط درمباحثه وشیوع علم اصول درعین اینکه یك نوع قدرت و هوشیاری در اندیشه طلاب ایجاد می کند یك نقص دارد، وآن اینست که طرز تفکر طلاب را ازواقع بینی درمسائل اجتماعی دورمی کند وبواسطه اینکه حتی منطق تعقلی ارسطوئی نیز بقدرکافی تحصیل وتدریس نمی شود؛ روش فکری طلاب بیشتر جنبه جدلی وبحثی دارد، واین بزرگترین عاملی است که

سبب می‌شود طلاب درمسائل اجتماعی واقع بینی نداشته باشند[1] » .

باری دکارت فیلسوف فرانسوی درگفتار درروش درباره فلسفه قرون و سطی می‌گوید : این جماعت ازبس به‌عقیده‌ای متعصبانه چسبیده اند مانندگیاه عشقه میمانندکه هیچگاه از درختی‌که بآن پیچیده‌اند بالاتر نمیروند بلکه غالباً چون بسر آن رسیدند بزیر برمیگردندوتنزل میکنند وهمین ترقی معکوس نصیب ابنای زمان ماست‌چه‌محققین سلف هریك مطلبی راموضوع تحقیق قرار داده وتحقیقاتش از بیاناتی که‌در تصنیفات خود نموده درست‌مفهوم میشود ولیکن پیروان‌او از بیانات اومیخواهند مشکلات دیگری‌راهم‌که مصنف متعرض آنها نشده بلکه شاید هیچ بخاطرش خطور نکرده‌ازبیانات اودریابند[2] .

بحث طولانی ومشکل «مقدمه واجب» بطوری‌که بیشتر علمای علم اصول هم معتقدند ثمره عملی ندارد ، ولی‌بااینهمه ازآن دست بردار نیستند ومدتها وقت دانشجویان رادربارهٔ آن تلف‌می‌کنند و نظائرآن زیاد است برای شاهد مثال قسمتی از مقاله آقای مطهری‌نقل می‌شود «... انصراف ازسایر شعب علوم اسلامی ازیك‌طرف وجذابیت وسرگرم‌کنندگی علم اصول ازطرف دیگر ، منشاءپیدایش عادتی درمیان فضلا واهل نظر شده که میتوان نام آنرا عادت «مساله سازی» گذاشت ، باین معنی که‌مسائلی رافرض‌وتخیل‌می‌کنند ودراطراف آن‌مسائل فرضی ببحث ومناظره‌میپردازند والبته ممکن است درهمهٔ عمربشر چنین فرضی واقع نشود ، امااز نظر اعمال قواعد اصولی جالب است‌که‌ببینیم جای کدامیك ازاصول چهار گانه : یعنی برائت واحتیاط وتخییر واستصحاب یابرخی قواعد واصول دیگر ازقبیل اصالة الطهاره یا قاعده فراغ وتجاوز است .

۱ــ بحثی درباره مرجعیت وروحانیت چاپ دوم ص ۱۷۵ مقاله مشکل اساسی در سازمان روحانیت مرتضی مطهری

۲ــ گفتار درروش درست راه‌بردن عقل چاپ چهارم ص ۱۶۸

وچون این اصول عملی درجائی جاریست که شکی درکار باشد ، واز طرفی موقعی معما انگیز میگرددکه یك علم اجمالی ومبهم هم درکار باشد ، لهذا در این مسائل فرضی وساخته شده ، «شك» و«علم‌اجمالی» زیادبگوش میخورد وگاهی درمیان این مسائل فرضی مسائل خوشمزه‌ای فرض میشودکه جالب توجه است ، مثلا فرض می‌کنیم شخصی وضوگرفت‌وبعد رفت داخل اطاق شد : بعدکه بیرون آمد علم‌اجمالی داردکه دروقتی‌که داخل اطاق شد یانماز فریضه‌اش راخواند پس تکلیفش ساقط است ویا بازوجه خودش مقاربت کردپس نه‌تنها تکلیف وفریضه‌اش‌ساقط‌نشده بلکه طهارتش (وضو) نیز باطل شده وباید برود غسل‌کند ونماز بخواند ، حالاتکلیف این شخص چیست ، برود احتیاطاً غسل‌کند وبعدهم فریضهٔ‌نمازرا اداکند ویابنابگذاردکه نماز خوانده وغسل‌هم نکند یاتنها غسل بکند ؟ حالا آیا چنین فرضی برای کسی اتفاق می‌افتدیا اتفاق نمی‌افتد مطلب دیگری‌است[۱و۲] » جای دیگر درهمین زمینه مهندس بازرگان می‌نویسد : «... یك‌روز درهفت هشت سال قبل بقصد محضر ودرك فیض مرحوم آیة‌الله بروجردی بخانه معظم‌له رفتم ودر مجلس استفتاء خصوصی وارد شدم. آقاهنوز به بیرونی تشریف نیاورده بودند ، ولی دور تادور اطاق ازعده‌ای مدرسین واز طلاب جوان وعلمای مسن پرشده بود ، مساله بسیار دقیقی باحرارت وتوجه تمام مورد بحث ومشاجره بودکه دریکی ازفتاوی آیة‌الله عنوان شده بود ، پس‌از چند

۱ـ بحثی درباره‌مرجعیت وروحانیت ص ۲۳۹ و ۲۴۰ چاپ دوم مقاله مرتضی مطهری

۲ـ محض نمونه یك مثال دیگر ازکتب اصول فقه : صبح یقین داشته‌ام که با وضو بوده‌ام ظهر فرارسیده ، شك‌دارم (ازجانب رافع) که جنابتی حاصل شده‌بوده یابولی‌خارج گردیده ؟ دراین‌موقع‌استصحاب کلی «خباثت معنوی» میان دو جزئی (جنابت‌وبول) وجود داردواستصحاب کلی می‌کنیم

بدیهی است تاشخصی منطق نخوانده باشد ، کلی‌رانتواند تصور کند ، فرق‌آنرا باکل وجزئی‌رادرکتب‌منطق‌نظری ، مطالعه نکرده‌باشد ، بحث استصحاب کلی‌راکه یکی ازاقسام‌استصحاب است نخواهد فهمید .

دقیقه‌ای توانستم اجمالا درك کنم راجع به‌کسی است که درخزانه حمـام مشغول غسل کردن‌است ولی‌در نزدیکی‌اومشتری دیگری بالنگی که‌در دست دارد واین‌لنگ‌غصبی است آب خزانه را تکان میدهد . آیا غسل آن شخص باطل میشود یادرست است ! تشریف آوردن آقا قدری بطول‌کشید وفرصتی شدکه باطراف با چشم و گوش تفحص نمایم . نظرم به‌دسته های نامه ها وپرسشهائی‌که رسیده و جوابهائی‌که برای امضای ایشان درزیل نامه هاآماده‌شده بود افتاد . تصادفا نامه‌ای رادیـدم (باصطلاح استراق بصری‌کردم) که نوشته بود . اینجانب فلان ... دانشجوی سال اول دانشکده پزشکی تهران جوانی مسلمان ونماز خوان میباشم ، مسائل واشکالاتی دارم‌که باعرض معذرت وادب ازمحضر آیة‌الله میخواهم استمدادنمایم ... سؤالات را بترتیب نمره‌گذاری‌کرده بود ، یکی‌از آنها راجع به امامت وظهورحضرت صاحب الامر بود . دیگری ایرادی بودکه مادیون نسبت بیکی ازاستدلالهای توحید می‌کنند ، سؤال‌آخرش‌کسب‌تکلیف راجع به عمل تشریح (کالبدشکافی) که جزومواد برنامه دانشکده پزشکی است و میخواست حرام یاحلال بودن این عمل‌وتعداد لزوم غسل مس میت‌رابداند ..

این سؤالات‌بنده‌را هم‌کنجکاوکرد وعلاقمندکرد ببینم چه جوابی درزیل نامه نوشته شده است بااجازهٔ فاضل محترمی‌که اوراق جلوی ایشان بود نامه رابرداشتم . باکمال تعجب دیدم محرر آقا یك دوسطر کوتاه قریب باین مضامین نوشته‌اند :

راجع بسؤالات اول ودوم خوب است هرکس بفـراخور فهم ومقام خـودحرف بپرسد . راجع بسؤال آخرهم به‌رساله عملیه مراجعه کنید ...

دود از کله‌ام بلندشد[1] » ! .

من نیز چند سال قبل کتابی دربارهٔ حقوق اسلامی نوشته بودم[2] ، ازآنجاکه اولین کارمن دراین باب بود واحساس نقص‌واشتباه درآن میکردم ، پس ازچاپ‌روزی

۱ـ مأخذپیش ص ۱۲۰ مقـاله‌انتظارات مردم‌از مراجع نوشته مهندس‌بازرگان

۲ـ «ارزیابی حقوق‌اسلام» حسین‌نجومیان چاپ شرکت انتشار تهران ۱۳۴۴

باشوق وامیدی فراوان کتاب را به‌محضر یکی از مراجع تقلید درشهر مشهد بردم ، پس ازمدتی معظم‌له ازاندرونی به بیرونی تشریف آوردند ، وحدودسه ساعت گذشت تا بالاخره نوبت با ینجانب رسید ، زیرا عده‌ای صورت استخاره داشتند و بعضی استفتائاتی درمورد مسائل عبادی میکردندکه جریان برخی ازآن مسائل بسیاردهنی وواهی وخیال انگیز بود ، باری از گوشه مجلس برخاستم وبااحترام خاصی بحضور معظم‌له رفتم و ضمن تقدیم کتاب گفتم که حضرت عالی نماینده و پاسدار وحافظ حقوق اسلامی هستید ، این کتاب هم در همین رشته نوشته شده است خواهشمندم اگر ضمن مطالعه باشتباهی یاتوضیحی وتکمیلی برخورد فرمودید ، در حاشیه کتاب یا جداگانه مرقوم فرمائید تادر چاپهای بعدی این تالیف که‌عنوانش فقه اسلامی است آن اشتباه تکرارنشود .

ایشان پس از اندك تاملی در جواب گفتند: البته شما این کتاب راهبهٔ مطلق می‌کنید یاهبهٔ معوضه ؟ بااین شرط هبهٔ شما معوضه ومشروطه است ، تصدیق می‌کنید اگر شرط ادانشود بینی وبین‌الله مسئول ومأخوذ خواهم بود .

در جواب گفتم : اختیار دارید ، این کتاب اهمیتی ندارد ، هرچه میخواهید حساب کنید ، من فقط خواهش کردم ...

حرف مرا بلافاصله قطع کرده گفتند : بازهم‌که نفهمیدی چه‌گفتم . اینکه هبهٔ معوضه شد ! .

گوئیا ایشان نفهمیده بودندکه هرکس درهرکاری غرض ومقصدی دارد ، اعمال بدون هدف ، خاص حیوانات ودیوانگان است ، درآن موقع بیاد داستان مردنحوی وکشتیبان درمثنوی مولوی افتادم‌که مرد نحوی واقعیات راندیده میگرفت و آنرا فدای حفظ اصول صرف ونحو میکرد ، ایشان‌هم از غایت‌میل به حفظ اصول ورعایت‌تقوی وزهد خشك ، ازآن طرف بام افتاده وبجانب دیگر افراط گرائیده بودند

بهرحال به‌طعنه گفتم : پس‌کتاب خدمت حضرتعالی باشد مشروط باینکه آنرا

نخوانید ! بعزم رفتن برخاستم که بروم باز با لحنی ملایم گفتند : راستی میخواستم بگویم که صبحها تاظهر من سخت گرفتارم و ملاحظه می‌کنید که اینجا چقدر شلوغ است ومن فرصتی ندارم ، دوهفته دیگر پس از نماز مغرب وعشا تشریف بیاورید شاید قدری گرفتاریم کمتر باشد تاراجع بآن باهم صحبت کنیم ، دو هفته بعد رفتم ، بازهمان مجلس بود وهمان اوضاع وتاساعت دهشب بطول انجامید ، زیرا ایندفعه ارباب رجوع استفتائات بیشتر بود ، موقع حرکت آقا گفتند : می‌بینید که چقدر گرفتارم ونمی‌رسم تاکتاب شمارا مطالعه کنم ، خوبست شما بلافاصله پس از نماز صبح به منزل تشریف بیاورید وخودتان کتابتان را صفحه به صفحه برایم بخوانید ، اگر مطلبی بخاطرم رسید بشماخواهم گفت !

ازجای برخاستم ورفتم چه دیگرموضوعی پیشنهاد می‌شدکه نه وقتش را داشتم ونه حوصله‌اش را .

همانطورکه قبلا نیز یاد آور شدم حساسیت حرفه‌ای وشغلی بسیار شدید نسبت به مفاهیم کلاسیك فقهی ، باعث شده است که درهرمطلبی بلافاصله توجهشان به همان موضوعات خاصی که فکر شان را دائماً مشغول داشته است ، معطوف گردد ، وبه ضرورتها وموقعیتها واوضاع واحوال خارج کمترین توجهی ننمایند . واین آلرژی شغلی ودرگیری وایمان زاهدانه به حفظ اصول بالاخص در امور حقوقی واجتماعی که با واقعیتهای عینی وخارجی سروکار دارد وقدری سعه صدر وبصیرت وبینش وسیع میخواهد ابداً تناسبی ندارد .

آنگاه اگر مجلس مباحثه طلاب را دیده باشید . ملاحظه خواهید کرد که چه جار وجنجالی راه می‌افتد وچقدر وقت تلف می‌شود ومطالب بسیار ساده در قالب اصطلاحات وتعاریف فنی چقدر مغلق وپیچیده جلوه می‌کند وفروض مختلفه روی یك تصور وخیال واهی وتعارض میان باب علم وعلمی ، اماره واصل وغیره باین مشکل افزوده وسادگی وسهولت فهم را ازمیان میبرد ، درحالیکه مسائل اجتماعی بدیهی ترو

ساده‌تر از آنستکه بخواهیم این اندازه دراطراف آن فلسفه بافی کنیم واساساً معضلات لاینحل اجتماع ما و نیازمندیهای این مردم اینها نیست ، وپیامبر اسلام نیز برای این روشی که فقها درپیش گرفته اند ، مبانی حقوقی این شریعت را بمردم ابلاغ نفرمود، آیا این کلیات وصور انتزاعی عقل وخیال که موضوعی برایش در دست نیست همان شریعت سهل وآسان وروشن است که پیامبر سفارش و تأکید میکرد که : « بُعثت بالحنیفة السمحة السهلة »[1]

پیامبر پیروان خود را از اشکالتراشی ها وجدلهای بنی اسرائیلی نهی میفرمود واگر مسائل عبادی وفردی شریعت اسلام تااین حد نیاز به بحث وموشکافی داشت ، درقرآن اینقدر به تفکر وسیر درمسائل طبیعی واجتماعی امر وفرمان داده نمیشد[2] ومردم را به خیال بافی درباره شکیات وغسلهای ترتیبی وارتماسی واستبراء وتنحنح و غیره دستور میدادند ، وجمله معروف پیامبر که : تفکر ساعة خیرٌ من عبادة سبعین سنه ! « اندیشیدن ساعتی بهتر از عبادت هفتاد سال است » علاوه براینکه مقام فکر را تا بی نهایت از عبادت بالاتر ووالاتر قرار داده مُفهم این هم هست که این تفکر با خیال بافیهای واهی درمسائل غیر عملی وشخصی فرق دارد ، افراط درقسمت‌های ذهن گرائی ودرون گرائی[3] بشر را ازمقصود ومنظور اصلی واساسی زندگی بکلی منحرف

۱ـ تساهل وتسامح یابردباری ومدارای دینی که بانگلیسی (Toleration) وبفرانسه (Tolerence) گفته میشود عبارت است ازتحمل عقاید مخالف و برد باری نشان‌دادن وبه مخالفت برنخاستن ونیز بدان‌تسالم نیز گفته‌اند درباره این‌جنبه ازمذهب اسلام مراجعه شودبه تمدن اسلام وعرب گوستاولوبون ترجمه فخرداعی ص ۱۵۷

۲ـ : اولم یتفکروا فی انفسهم ماخلق‌الله السموات‌والارض ومابینهماالابالحق... وان فی‌ذلك لایات لقوم یتفکرون و سنریهم ایاتنافی‌الافاق‌وفی‌انفسهم حتی یتبین لهم‌انه‌الحق ... قل‌سیروافی‌الارض فانظروا... که‌بسیارند .

3- Subjectivisme

ودور میسازد ، برعکس علم باید با واقعیتهای برون‌گرا وعینی[1] مطابقت داشته باشد ، علی علیه‌السلام فرمود : « العلم بلاعمل کالسهم بلاوتر » علم بی عمل چون کمان بدون زه است ، یعنی وسیله پرتاب ندارد ، پس بی‌فایده است ، علم با عمل باید توأم باشد تفکر باید مارا به مقصدی برساند والا هرچه بیشتر مارا درواديِ خیال رهاسازد ودنیای سرگرم کننده ومشغول کننده ایجاد نماید ، تفکر واقعی نیست .

وفیلسوفان گفته‌اند که کمال مطلوب درفلسفه نظری که به فکر و نظر تعلق می‌گیرد و به‌منزله صورت ودر فلسفه عملی که به عمل تعلق دارد به منزله ماده‌است و همانگونه که‌صورت بی‌ماده دارای ثباتی نیست علم بی‌عمل وعمل بی‌علم هم ضایع وتباه خواهد بود . وتا آنگاه که این علم مُلهم ومشوق اقدام وعمل وکارهای مثبت نشود وقرین انزوا وگوشه گیری است فائده‌ای بر آن بار نخواهد بود .

اینهمه بحث وجدل حاصل این گونه نظری بوده که فقها انسان را غایت نپنداشته‌اند بلکه وسیله انگاشته‌اند ، درحالیکه تمام احکام دینی وسیله‌اند وطریق وصول به غایتی هستند که‌آن غایت هم انسان است ، واگر ادای تکلیف می‌کند ، واجبات را بجای می‌آورد ، محرمات راترك می‌کند ، برای اینستکه حرمت انسانی اش محفوظ بماند ، که معنی تحقق‌عدالت هم همین است حساسیت شدید فقها درمورد احکام تاآنجا کشانده‌که اگرحکمی ازنظر مقتضیات زمانی ومکانی ، با فعلیت بخشیدن به عدالت منافی باشد ، آنان اجرای آن حکم را هدف وغایت می‌دانند و انسانیت انسان وحرمت بشری وعدالت گومباش . درحالیکه قرآن غرض‌ازبعثت انبیاراتحقق بخشیدن به اصول عدالت دانسته است .

درقرآن بیش ازهرچیز به اقامه عدل و حق وقسط تحریض شده است ، فقط لغت قسط که‌عبارت از سهم عادلانه است دربیش از ۲۵ آیه آمده‌است . فی المثل درسوره حدید آیه ۲۵ چنین‌آمده : لَقَدْ اَرْسَلْنا رُسُلَنا بالبَیِّناتِ وانْزَلْنا معهم الکتاب

---

[1] Objective -1

وَالمیزان لِیَقوم النّاس بالقسط وَاَنزَلنا الحَدیدَ فیه بأسٌ شَدید .

یعنی ما پیامبرانمان را با براهین محکم فرستادیم و باایشان کتاب ومیزان حق وباطل را ، تامردمان به عدل وداد ایستند وفرو فرستادیم آهن را که درآن سختی بی شدید است .

ابوالمعالی نصرالله بن محمدبن عبدالحمید از دانشمندان و ادیبان قرن ششم هجری درمقدمه کلیله ودمنه درتوضیح وتفسیر این آیه می نویسد :

« نظم این آیات پیش ازاستنباط ورویّت چون تباعدی مینماید که **کتاب و ترازو وآهن** بیکدیگر تناسبی ندارد ، اما بعد ازتأمل ، غبار شبهت وحجاب ریبت برخیزد ومعلوم گردد که این الفاظ بیکدیگر هر چه مناسبتر است و هر کلمتی را اعجازی هرچه فراتر ، چه بیان شرایع به کتاب تواند بود وتقدیم ابواب عدل وانصاف به ترازو وحساب ، وتنفیذ این معانی به شمشیر . »

ولی چه سود که غرور وغرض وتعصب که مخالف اصل تفاهم و تساهل اسلامی است ، مانع ازآنست که تجدید حیاتی درحوزه های علمی فقه اسلامی ودرکتب مورد تدریس بوجود آید وبدین دوران تاریك قرون وسطائی خاتمه داده شود ، و دو باره حقوق اسلامی درراه نشوءوارتقاء گام بردارد همانگونه که دراروپا بامجاهدتهای فیلسوفان ومردان بزرگی چون رُجر بیکن وفرانسیس بیکن انگلیسی ولئونارد دوینچی ایتالیائی ورنه دکارت فرانسوی و بسیاری دیگر اشتباهات پیشینیان برطرف گردید ودوباره از علم وفلسفه وحقوق کاخی باشکوه پی افکندند ، اگر چه این مهم باین سادگی نصیب آنان نگردیدوعده زیادی از دانشمندان وفیلسوفان زنده زنده سوزانده شدند ، عده ای تبعید گردیدند ونفی بلد شدند و گروهی هم ازترس مجال اظهار وجود نداشتند ، ولی بااینهمه این مشعلداران علم وفلسفه نهراسیدند و چراغ علم وفلسفه را روشنی بخشیدند وجمود ورکود فکر دوران اسکولاستیك را دو باره درمان کردند ودرمسیرواقعی انداختند وبساط کهنه را برچیدندوطرحی نودرانداختند

که انعکاسش امروز بقول حافظ سقف فلك را نیز شکافته و تحت سُلطه درآورده‌است.
بهرحال :

دولتی نیست که بی‌خون دل آید بکنار ، این کار هم فرع بر ازخودگذشتگی وعلاقمندی است اندیشیدن درراه علاج پیداکردن دشوار است ، افراد ضعیف‌الاراده ومحافظه‌کار وخودپرست جرأت فکر وشهامت اندیشه را ندارند وفقط خود را با خیالبافیها راضی نگاه میدارند وفقط منتظر میمانند تا دستی از غیب برون آید و کاری بکند ، اینان رشادت مواجه شدن باواقعیات وحقایق را ندارند وفقط‌خودشان را گول میزنند وباکلیات بافتن دلخوش میدارند واسیر جهالت وتعصبات خویشتن گشته‌اند ، درحالیکه دردنیای‌کنونی دردانشگاهها ، اکادمیها ، مؤسسات‌وکمیته‌های علمی وتحقیقی ازپنج ساعت صرف‌وقت ومطالعه ، طبق آمار دقیق وحساب‌شده بهره می‌گیرند ، وقت ارزش دارد وبیهوده نباید تلف‌گردد ، امروزعصرصرفه‌جوئی دروقت است ، دانشمندان درلابراتوارها وآزمایشگاهها شب وروز تلاش می‌کنند تا وسائلی برانگیزند واختراع کنند که زمان ومکان را ازجلو پای انسان بردارند و موفق هم شده‌اند درظرف چند ساعت ازیکطرف‌کره بطرف دیگرمسافرت می‌کنند وپس‌ازچند دقیقه که ازگذشتن حادثه‌ای می‌گذرد تمام دنیا ازوقوع آن مطلع میگردند نامه از امریکا بتهران دوروزه میرسد و....

بااین اوضاع واحوال « زمانه فرصت این‌کارها بما ندهد » ویك دانشجو در اجتماع کنونی دیگر تاب‌تحمل وپذیرش این روش مطالعهٔ تفننی را ندارد ، سبك تحقیقی که‌کوچکترین امعان نظری بواقعیات وحقایق مسلم زندگی ندارد ، چون پلی است که آنطرف آب ساخته باشند ، این تفنن همچون بازی شطرنج فکر را تقویت می‌کند وذهن را تشحیذ مینماید ولی باکمال تأسف این منطق صوری ونظری ارسطو ، حقوق اسلامی را ازسودمند بودن برای دنیای معاصر بدور ساخته است . این روش منطق صوری که عبارت از توافق ذهن باخود ذهن است توجهی به‌محتوی فکر ندارد بلکه اساس وشالوده اش متوجه اسلوب وشکل وساختمان اندیشه است .

بظرف وقالب تفکر توجه می‌کند نه مظروف و محتوی آن ، قوانین این منطق برای قالبها واشکال وضع شده‌اند نه محتوی . منطق جامد وخشك ارسطوئی بـا تعریفهائی مختصر ، بزعم خود حقایق مطلقی رابدست میدهد ، مثلا باگفتن : الانسان حیوان ناطق . تصور می‌کند که علم اولین وآخرین را درباره انسان ناشناخته دراختیار بشر گذاشته است ومجهولی‌را معلوم ساخته‌است .

درحالیکه درمنطق امروز اگرچه تعاریف مختصر مجاز است اما آنها حکایت ازتمام حقیقت نمی‌کند ، بلکه نسبی بودن تعریف بخلاف اظهـارنظر بعضی از مفید بودن ویا علمی بودن تعاریف نمی کاهد ، وانگهی اینگونه در بارهٔ انسان تعریف کلی‌کردن ، ظرفی بی مظروف یا پوستی بی‌مغز را میمـاند ، زیرا ذهن بدون توجه به‌عالم خارج که مرحله مقایسه وتجرید وتعمیم از مشاهدهٔ امور خـارجی است که مقدمه امر کلی بوده‌اند فقط توسط حافظه آنرا با لفظ تکرار می‌کند که : انسـان حیوان ناطق است ، بدون اینکه معنی آنرا بداند وآنگاه چقدر خطاها که ازاین مفاهیم کلی عاید نمی‌شود ؟ وچقدر ذهن را ازواقع ونفس‌الامر دورمیسازد ، زیرا قواعد منطق با همه‌درستی مجهولی را معلوم نمی‌کند وفایدهٔ‌آن فقط دانستن‌پاره‌ای اصطلاحات است ، زیرا قیاس ، استخراج نتیجه از مقدمات است و هرگاه مقدمـات معلوم نباشد ، نتیجه بدست نخواهد آمد ، وتنها باقواعد منطق نمی‌توان معلومی را بدست آورد ، حال اگر مقدمات درست باشد ، نتیجه خودبخود حاصل است ، زیرا که عقل سلیم وفطرت انسانی بخودی‌خود قواعد منطقی را بکار میبرد وباینهمه بحث وجدل نیازی ندارد ، باری اگر مجاهدتهای بیکن ودکارت نمی‌بود که پایه منطق ارسطوئی راازبُن قطع ساختند معلوم نبود که‌دنیا تاچه مدت دیگر هنوز می‌بایست درظلمت جهل وتعصب بسوزد وسیمای جهل علم نمای اسکولاستیك برافکار فرمانروا باشد .

امروز اگرچه درحوزه‌های علمیه حقوق اسلامی منطق ارسطوئی (حـاشیه و شرح شمسیه) تدریس میشود ، باید کتاب « روش درست راه بردن عقل » دکارت و

«ارغنون جدید» بیکن وخلاصه روش شناسی جدید نیز تدریس شود ، تا بدینوسیله راه برای کشف مجهولات وپیشرفت حقوق اسلامی بازگردد .

بااین وجود ، دیرگاهی است که قدرت منطق ارسطوئی روبه ضعف نهاده ، زیرا که درخارج ازذهن وخیال آدمی واقعیت‌ها وحقایق بسیاری دیده می‌شود ، که انسان باید بآنها توجه کند وازآنها الهام بگیرد ، منطق ارسطو قضایای ذاتی بودو لذا مجهولی را معلوم نمیکرد وفقط معنی خود موضوع بود ، اما جان‌استوارت‌میل[1] به قضایای عرضی توجهی تام‌کرد ؛ فی‌المثل‌گیاه جسم نموکننده است یك قضیه‌ذاتی است اماگیاه سبزاست یك قضیه عرضی است وچیز تازه‌ای بدست میدهد ، وازآنجاکه حقوق اسلامی برمبنای عدالت پی‌ریزی شده ، وغایت وهدفش فعلیت دادن به عدالت است وازطرفی دعوی ابدیت دارد ، ناگزیراحتیاجات ومقتضیات زمان را بایدمتضمن باشد وباآن قابلیت انطباق داشته باشد .[2]

---

1 - John Stuart Mill (۱۸۰۶-۱۸۷۳)

۲- درفرائدالاصول شیخ‌مرتضی انصاری وقوانین‌میرزای‌قمی و تقریرات میرزای نائینی‌وهمچنین کتاب «قواعدفقه» (ص ۲۰ تا ۲۵) محمودشهابی ، فی‌المثل درمبحث «شرط درمتن عقد» و بحث « اعتباری وانتزاعی» همه ازنظر تشحیذذهن ، بسیار دلچسب وجالب است . فکررا عجیب مشغول میسازدولی مثالها ومصادیق موضوعات بدرد زندگی روزانه نمی‌خورد .

فصل چهارم

لزوم انعکاس مقتضیات زمان درفقه اسلامی

۱ ـ مصلحت گرائی یامکتب اصالت‌عمل درحقوق اسلامی

ایجادکننده و نماینده مکتب اصالت عمل[1] ویلیام جمس[2] فیلسوف و روانشناس بزرگ امریکائی است ، وی ارزش معرفت را دراین میداند که در بارهٔ هرچیز به لحاظ مفید بودن و نتیجه‌ای‌که از آن عاید می‌شود قضاوت گردد ، وی‌عمل را ملاك و معیار حکم وقضاوت میداند ، وفکری را درست ومقرون‌به حقیقت میداندکه محقّق یعنی برای عمل ، مفید ودارای‌نتیجه باشد ، زیرا درعمل‌وتجربه است‌که فایده‌قانون وقانون‌گذاری معلوم میگردد ، وحق وناحق بودن آراء واقوال فقط بستگی به‌نتیجهٔ عملی وتأثیرآنها درزندگی اجتماعی دارد .

ویلیام جمس می‌گوید : « هرقولی را درهر مسأله ازمسائل که بنظر بنگریم هرقدر مهم ومعظم باشد اگر درآن موقع فرض‌کنیم جریان امور عالم موقف شده و بانتها رسیده وازاین پس دیگر هیچ امری واقع نخواهدشد ، درآنصورت خواهیم‌دید که بحث درآن قول بکلی بیحاصل است بواسطهٔ‌اینکه مربوط بگذشته میشود وآینده درپیش نیست تاحق وباطل آن قول تأثیری بیخشد »[3]

این مکتب مانند سایر مکاتب فلسفی مورد انتقاد شدید واقع شده است زیرا اولا وی حقایق نفس‌الامری قائل نیست ودراینصورت قضایای علمی و مسائل اخلاقی

---

1 - Pragmatisme

2 - William James (۱۸۴۲-۱۹۱۰)

۳ـ سیرحکمت دراروپا جلد سوم ص ۱۵۴

را بربنیاد محکم قرار نمیدهد زیرا دیگر تشخیص حقیقت با عقل نیست بلکه ملاك فایده عملی است ، ولذا هرچیز که بتواند احساسات وتمایلات وعواطف ما را ارضا کرده ومارا خوشحال سازد عنوان حقیقت پیدا خواهد کرد ، انتقاد دیگر از هانری برگسن[1] فیلسوف فرانسوی است وی‌می‌گوید : شاید مااولویت عمل راتصدیق‌کنیم ، اما خود این تصدیق کار فکر وعقل‌است ، فکر درعین‌حال که عمل را بر خود مقدم میدارد برتری خودرا نسبت بآن حفظ می‌کند ، درست‌است که عمل درنظر و فکر اهمیت قابل توجهی دارد ، ولی علت بودن را با مفیدبودن نباید اشتباه کرد ، نباید گفت صحیح است برای اینکه مفید است ، بلکه بـایدگفت چون صحیح است مفید خواهد بود وبهر تقدیر ، فکری که تجربه وعمل درپی نداشته باشد ، پوچ وفـاقد ارزش است . وآنگاه که فرضیه ویا تزی با تجربه وعمل تـأیید شود بصورت قـانون علمی درمی‌آید وازارتباط قوانین علمی بایکدیگر وتعمیم‌آنها نظریه یا تئوری‌فراهم میگردد که عبارتست از تحویل کثرت به‌وحدت .

از این‌رو بااینکه به مکتب اصالت عمل انتقاداتی‌شده معذلك درموردحقوق که با زندگی وعمل سروکار دارد این مکتب درخور توجه بسیار است ، تا آنجا که عصر حاضر را بعضی عصر پراگماتیسم واصالت عمل نامیده‌اند ، یعنی ضرورت ندارد که بدانیم بعضی دستورات وتعلیمات درست هستندیانه ؟ بلکه بیشتر امروز باین‌توجه دارند که درعمل مفیداست یانه ؟ البته اسلام باهرگونه طرزتفکری وعملی که بدون دلیل وبرهان باشد مخالف است وبرای آن ارزشی قائل نیست ، اخبارزیادی دراین مورد می‌توان ارائه داد که اگر اسلام مکتب اصـالت عمل است ، معذلك بـا آنچه جمس امریکائی گفته است کاملا انطباق ندارد ، اسلام درست نقطهٔ مقـابل مسیحیت است که درآن انزوا وگوشه گیری امری مقدس شناخته شده است ، زیرا از نظر مسیحیت هنگامی یك‌فرد بمقام قدس نائل می‌شود که قادر بانجام هیچگونه عملی

---

1 – Henrie Bergson (۱۸۵۹-۱۹٤۱)

نباشد که بتواند بدان مبادرت ورزد لذا باین عقیده می‌رسد که دراین‌هنگام اساس اینست که انسان خودش‌خوب باشد باین معنی که قادر بکار بدنباشد.[۱]

اسلام درچهارده قرن قبل منادی کار وعمل بود، درقرآن سوره ملك آیه ۲ آمده‌است که:

« آن‌کسی که مرگ وزندگی راآفرید تا شمارا بگرفتاری وآزمایش درآورده معلوم شود کدامیك درعمل بهتر هستید، درحالی که خدا صاحب عزت وبسیار خطا بخش است » وسوره کهف آیه ۷و۸ میفرماید:

« ما آنچه راکه درزمین است زینت وپیرایه‌قراردادیم تامردم را مورد آزمایش وابتلا قرار داده آنهارا که درعمل وکردار بهترند مشخص کنیم وهما نا که زمین و آنچه را برزمین است بالاخره بصورت هموار بی‌گیاه خالی درخواهیم آورد »

وسوره سبا آیه ۱۲ میفرماید: « ای‌خاندان داود بشکرانهٔ نعمتهائی که بشما ارزانی داشتیم کارکنید که مردم اندکی ازبندگان من شکر گذارند »[۲]

آیاتی‌که درآن‌عمل صالح وامربآن بصورتهارتهای مختلفه آمده است درقرآن بسیار است وذکرتمام آنهارا ضروری ندانستیم ولذابهمین بسنده کردیم؛ در روایات بسیاری‌که ازپیامبر وائمهٔ اثنی عشر رسیده است نیز قداست واصالت‌کاروعمل‌تأیید وتاکید گردیده است؛ پیامبر خود علیه انزوا و گوشه گیری‌قیام فرمودومردم‌را بروح اجتماعی داشتن وکار کردن در منتهای‌شدت امرفرمود.

در حدیثی میفرماید: «مردم خانواده منند؛ سود مندترین ایشان بحال‌مردم محبوبترین مردم برای منند[۳]» حتی از امام پرسیدند دین چیست فرمود عمل. عرض

۱ـ درحالیکه در اسلام اخلاق جنبه اجتماعی دارد نه فردی چه «خیرالناس انفعهم‌للناس» واین‌بااخلاق ازنظرمسیحیت متفاوت‌است

۲ـ درباره‌اهمیت‌کار دراسلام‌مراجعه‌شود به‌کتاب «کار دراسلام» مهندس بازرگان

۳ـ الناس‌عیالی انفعهم الیهم‌احبهم الی.

شدایمان بقلب وگواهی بزبـان چه ؟ فرمـود ایمان عمل قلب و شهادت عمل زبان است .

ودرحدیثی دیگر فرمود : «هرکس که صبح کند ودر کار جامعه اسلامی کوششی ننماید مسلمان نیست[۱] » .

وهمچنین درجائی دیگر فرمود : «مؤمنان به دین همانند اعضاء پیکری واحد میباشند ، آنگاه که عضوی از آن پیکر به ناله وشکوه درآیـد همگـی اعضاء ناله می کنند[۲] » .

ودر مقام مخالفت بار هبانیت کلیسا فرمودکه : «خداوندبرمارهبانیت رامقرر نفرموده است همانا رهبـانیت امت من جهاد درراه خداوند است[۳] » .

و در حدیث دیگر آمده است که : «همه شما به مثابه چوپان و گله داریـد وهمه شما مسئول یکدیگرید[۴] » که درآن لزوم تعاون وهمبستگی اجتماعی تأکید شده است .

۲ ـ لزوم همبستگی در کار

در دنیای کنونی نیز انزواگرائی اقتصادی واجتماعی محکوم ومنسوخ است، زیرا رسیدن به انزوای کامل یعنی بی نیازی ازدیگران[۵] واقتصاد دربسته ومحدودبسیار

۱ـ من اصبح ولم یهتم بامورالمسلمین فلیس بمسلم .

۲ـ المؤمنون کاعضاء جسدواحد ، اذا شتکی منه عضواشتکی منه الاخر سعدی نیز باتوجه باین حدیث میگوید :

بنی آدم اعضاء یك پیکرند — که در آفرینش زیك گوهرند
چوعضوی بدرد آوردروزگار — دگر عضوها را نماند قرار

۳ـ ان الله تبارك وتعالی لم یکتب علینا الرهبانیه انمارهبانیة امتی الجهادفی سبیل الله .

۴ـ کلکم راع وکلکم مسؤول ، عن رعیته

5 - Autarcie

دشواراست ، ژاپن در قرن ۱۹ یکبار توانست باین مرحله برسد اما ایالات متحده امریکا و بریتانیا هرگز نتوانستند با نزوای کامل برسند ، زیرا نیروهای تولیدی نمی‌توانند درحدود ملی بسیار تنگ خود تکامل یابند وسیاست قطع رابطهٔ نزدیك با ملتهای دیگر ، راه بهتری برای حفظ منافع ملی بشمار نمیرود و جایش را لزوم همبستگی اقتصادی گرفته است واین همبستگی در روابط اقتصادی بین‌المللی بر مبنای تقسیم کارکه پیشرفت تکنیك آنرا تشدیدکرده وتوسعه بخشیده است میباشد ؛ تقسیم کار امروز جنبه جهانی پیدا کرده است ، این هم بستگی مشترك کشورها به یکدیگر برمبنای بحث‌درفرضیه های مربوط به مبادلات بین‌المللی وتجارت بین‌المللی کارگذشته شده است[۱] » .

صنعت جدید از اهمیت رقابتی‌که در سابق معمول بودبسیار کاسته‌است وصنایع گوناگون ونواحی مختلفه دنیارا بمراتب بیش ازسابق بهم مرتبط نموده است ، امروز این فکرکه رقابت بیش ازهمکاری سود منداست‌کهنه ومنسوخ شده است و امروزهر ملتی‌که خواهان نعمت وفراوانی است باید بجای رقابت با سایر ملل همکاری کند ، نمونه این همکاریها درطرح مارشال ودر سازمان همکاری اقتصادی اروپائی و طرح کولومبو وامروز درسازمان ملل متحد ، شعبه خوار بار وکشاورزی و بسیاری دیگر دیده میشود .

۳ـ تحقیقات اقتصادی وحقوقی دردنیای معاصر

تحقیقات اقتصادی وحقوقی دردنیای کنونی باید براساس ومبنی ومتدعلمی و اطلاعاتی ازمسائل جاری اقتصادی وسیاسی باشد ، باید ازجمع آوری و ارزیابی آمار

۱ـ جهانی بین‌ترس‌وامید ، تیبور مند ترجمه خلیل ملکی و ناهماهنگی رشد اقتصادی و اجتماعی دردنیای معاصر تألیف‌دکتر عبدالرحیم احمدی ص ۳۰۴ و ۳۰۵ و بعد وسوسیالیسم ژرژبورژن وپیرلامبر ترجمه منصورمصلحی (مجموعه‌چه میدانم) ص ۲۹ پاورقی .

مناسب برای اخذ نتایج علمی استفاده کرد ، این کار متضمن بکاربردن کامل روشهای آماری تحلیلی برای اندازه گیری کمّی پدیده های اجتماعی است .

اما دربرابراین روشهای علمی وفنی امروز ، متأسفانه فقها وحقوقدانان اسلامی ابدا بروشهای جدید تحقیق درعلوم توجهی نکرده اند ، ولذافنومنهای جدید حقوقی عصر جدید درآثار وتألیفاتشان اثری برجای نگذاشته است . واز طرفی هنگامیکه رشته فقه واصول باینصورت ، کسب صلاحیت واطلاع واحاطه برآن ناگزیر اززحمت ومشقت ومرارت بیش از ۲۰ سال باشد ؛ بدیهی است که گرفتاریهای روز مره مجال اینهمه بحثهای تفننی را نمیدهد وبه مذاق مردم این زمان و نیاز مندیهای آنان این سبك تحقیق سازگاری ندارد ، امروز متدمطالعه باید نو ؛ فنی و علمی باشد ، منظور ازاینکه مطالعه بایدعلمی باشدآنستکه تخیل وتعقل هردوتابع مشاهده وتجربه و آمار های تحلیلی شوند ، زیرا امور محسوس و مشهودی که قابل آزمایش هستند اعتبار دارند ، و البته باین ترتیب علم پایه‌اش فقط بر جزئیات گذاشته خواهد شد ، و همانطور که میدانیم ادراك جزئیات علم نیست ولی منظور اینجا اینست که این جزئیات ما را به کلیات برساند و یا اینکه علم جزئیات را درتحت کلیات درآورد ، درمرحله علمی بدوا بامور مطلق و کلی پرداخته نمی شود ، زیراکه امر مطلق وکلی بمشاهده وتجربه درنمی‌آید وفقط به‌تخیل وتوهم درمی‌آیدکه آنها هم درروش علمی اعتباری ندارند ، زیرا درعلوم آنچه معتبرومسلم‌است امورنسبی واضافی است نه امور مطلق و کلی ، پس‌درروش علمی فقط فنومنها وپدیده هائی‌که خواصی عارضی دارند ومی توانیم آنهارا ببینیم و بسنجیم واندازه بگیریم مورد توجه قرار داده می‌شوند .

وقواعد وقوانین آنها کشف یاابداع می گردد ولذا بقول اگوست‌کنت فقط‌این مرحله است‌که می‌توانیم آنرا مرحله تحققی بنامیم والا در روشهای دیگر بیشترقوای تخیلی وتعقلی بکار می‌افتد ولذا دیدیم که در هزارسال دوران قرون وسطی افکار بشر صرف این کلی بافیها و تخیلات ومعقولات گردید و نتیجه‌ای ازآن دوران سیاه عائد

انسان نگردید واگرامثال بیکن و گالیله ودکارت پابمیدان نمی‌نهادند ، همانطورکه قبلا هم یاد آورشده‌ایم ، بشریت‌هنوزهم درهمان سیاهچال محبوس بود .

پس‌وقتی‌میگوئیم‌مطالعه‌بایدعلمی‌باشد: منظورازعلمی‌اینستکه اولا منظم باشد. اطلاعاتی پراکنده که نظامی راتشکیل نمیدهد ، یك مطالعه علمی‌را نشان نمیدهد .

ثانیاً علم باید براساس‌متدوروش معین باشد ، یعنی‌ابتدا محقق تجارب‌واطلاعات خویش‌را به مدد خیال نظام می‌بخشد (مرحله فرضیه) ودر مرحله بعد صحت وسقم آنهارا مورد تجربه قرار میدهد واگر مقرون به‌صحت بود قانون‌علمی پدید می‌آید، ودر مرحله چهارم از پیوند وآمیختگی چند قانون علمی ، نظریه پدیدمی آید ، ثالثاً علم باید قوانین واقعیت هارا بیان‌کند . ولی معذلك‌قوانین علمی در اثر مرور زمان تکامل می‌یابند وگسترش وژرفای‌بیشتری پیدامی‌کنند بطوری‌که هرقانون‌مکمل قوانین پیش‌ازخود میگردد[1] .

۴ـ مراحل‌سه گانه اگوست‌کنت :

اگوست‌کنت درتحقیقات خود درباب هیئتهای اجتماعی‌اروپائی می‌گویدسیاست یاحکومتی‌که مطابق بامرحله ربانی باشد ، دارای روح جنگی ونظامی است ، زیرا که حس‌خود پرستی مردم دراین مرحله غالب است شاهد مثال این مرحله دراروپا قرون وسطی‌است‌که مذهب کاتولیك رواج داشت پس‌از آن درقرون ۱۶ و ۱۷ و۱۸ مرحله فلسفی پیش آمددراین دوره احوال‌حکومتی وسیاسی مرحله حقوقی وقانونی راپیمود ومردمان دنبال تحصیل حقوق واختیارات رفتند .

واکنون‌که بمرحله تحققی[2] رسیده‌ایم احوال مدنیت در تحت تاثیر صنایع وپیشروی وچگونگی تولید ثروت وایجاد محصولات وکالای کارخانه ای‌است و تعیین

۱ـ زمینه جامعه‌شناسی آگ‌برن و نیم‌کف‌اقتباس دکتر آریان پورص۴۳وص۴۶

2 - Positivisme

تکالیف مقدم بر تشخیص حقوق واختیارات است و حـواس همه متوجـه حل مسائل اجتماعی ومناسبات کارگران وکارفرمایان می باشد که بچه ترتیبی باید مردم بتوانند کار کنند و نیز قوهٔ عقلیه خودرا پرورش دهندکه اساس ترقی مدنیت‌همانست[۱] .

۵ـ قرآن ازدریچه فکریك غربی

بعضی از محققین غربی‌ازجمله مستشرق فرانسوی ژول‌لابوم[۲] کتابی تحت‌عنوان تفصیل آیات القرآن[۳] تنظیم‌کرده است ودرآن از دریچه تازه ای به قرآن نگریسته که ازاین نظر تاکنون نیزازنظر اغلب‌مسلمین پنهان بوده است ، وی‌آیات رابرحسب موضوع دسته بندی وتفکیك نموده وهنگامی‌که فهرست کتاب را نگاه می‌کنید ودر هر موضوع تعداد وصفحاتی‌که آیات مربوطه‌را شامل است شماره و مقایسه می‌کنید بسیار قابل توجه وتعمق میباشد[۴] .

۱ـ درتهذیب اخلاق	۱۸۴	صفحه
۲ـ درعقاید	۹۶	«
۳ـ نظام‌اجتماع(ازدواج-خانواده-رحم-خدمه-قبیله-شوری - شرکت-دولت-ظلم-مالکیت‌ومالیات-قشون‌وجنگ-مقررات‌قوانین)	۹۱	«
٤ـ توحید	۸۸	«
۵ـ پیروزی (پیروزی-ابتکار- عمل- کومك‌الهی)	۸۴	«
۶ـ تورات	۸۴	«
۷ـ دین (پرهیزکاری - ایمان - اهل‌کتاب - روزحساب - قضاوقدر - گناه - توبه وغیره)	۷۵	«
۸ـ عبادات (نماز - روزه - زکوة - حج - مساجد وغیره)	۳۴	«

۱ـ سیرحکمت‌دراروپا جلدسوم ص۷۴

2 - Jules la Beaume

3 - Le koran analysé

۴ـ مرز میان دین وامورا‌جتماعی مهندس‌مهدی بازرگان

۹ـ محمد	۳۳	«
۱۰ـ تبلیغ	۳۲	«
۱۱ـ قرآن	۲۹	«
۱۲ـ ماوراء طبیعت	۱۶	«
۱۳ـ نصاری	۱۵	«
۱۴ـ شریعت (قصاص ـ عفو ـ وغیره)	۱۴	«
۱۵ـ بنی اسرائیل	۱۳	«
۱۶ـ علوم وفنون	۸	«
۱۷ـ تاریخ	۳	«
۱۸ـ تجارت	۲	«

«ازاین مقایسه آماری اجمالی اولا خوب فهمیده میشودکه معنی و برد «بعثت لاتمم مکارم الاخلاق» چیست وچقدر این مهمترین ماموریت پیغمبر ازمیان خواص و عوام مادور شده‌است .

ثانیاً فصل عبادات یادرحقیقت موضوعات فقه ورسا له هاکه تقریباً ۹۰٪ افکار واعمال ووظایف دینی مارا اشغال‌کرده اهمیت نسبی آن بلحاظ قرآن چقدر ضعیف است همچنین مسأله تبلیغ که بعضی‌ها آنرا در راس برنامه خدمات و تکالیف دینی قرار میدهند مرتبهٔ عقب تری را دارد . رابعاً آنچه مربوط به بحث فعلی میشود و چیزی که بتناسب تعداد آیات بلحاظ آورنده قرآن اهمیت اساسی دارد بعد تربیت اخلاقی وتعلیم فکری که‌هردوی اینها درحکم‌زمینه‌وپایه هستند امور اجتماعی یانظام اجتماع است[1] » .

درمورد مطالعات حقوقی نیز امروز حقوقدانان‌اروپائی آنرا از واقعیات و زندگی خارج نمیدانند تامتوسل به کلی بافی و تخیلات گردند و از همان مطلب

۱ـ مرزمیان دین‌وامور اجتماعی .

فوق‌العاده بدیهی وضروری وساده بازمانند .

۶ـ مکتب تفسیر تحت‌اللفظ

پیش‌ازاین درفصل دوم درباره مکتب تفسیر تحت‌اللفظ بحث کرده‌بودیم که‌در این مکتب کلیه اصول حقوقی را در عبارات قانونی مندرج میدانستند و جای هیچگونه تحقیق وجستجودرخارج ازمواد قائل‌نبودند ، این مکتب چون‌بااکتشافات ونیاز مندیهای قرن بیستم‌منافات‌داشت متروك گردید مطالعه روش فقهای اسلامی از نظر حقوقی تاحدودی یادآور این مکتب است ، ویکی از جهات توقف این رشته را نشان میدهد ، زیرا فقهاء احاطه کامل بدستور زبان و ادبیات عالی عرب را کافی میدانستند ، واصولی از منطق ازقبیل : مفهوم مخالف ، وجه شبه ؛ طریق اولی ، عکس قضیه ، عکس مستوی و برهان ضد و غیره را برای تفسیر اصول حقوقی بکار میبردند .

درعلم اصول ـ که سابقاً نیز یاد آور شده‌ایم ـ مبحث الفاظ‌که تقریباً نیمی‌از کتب مربوط باین فن‌را اشغال نموده ودر حقیقت از مبادی این فن بشمار میرود ، درباره وضع واقسام آن ، ترادف ، اشتراك (لفظی و معنوی) ، حقیقت و مجاز ، وجوب وایجاب ، منطوق ومفهوم ، عام‌وخاص ومسائل بیشمار دیگر به بحث‌میپردازند برای کلیهٔ این مباحث کتب قطوری نوشته شده ودر طی ده قرن بقدری در جزئیات وفروع مطالب کارشده‌که‌کمترسیستم حقوقی یی نظیر آن میتوان یافت ، مطالب فقه برمبنای‌تفسیر تحت‌اللفظ ازکتاب وسنت کارگذاشته شده واز حدود شمول آن خارج نمی‌گردد ، بدینگونه که درطرز تطبیق برامور خارجی و انطباق عملی با مقتضیات جدید درآن‌قصور وکوتاهی شده ومیشود ، درحالیکه درقواعد حقوقی غایت و کمال مطلوبی‌که هدف ازاین قواعداست فعلیت دادن بعدالت است‌وهمین عدالت ، محتویات قواعد حقوقی‌را باید تشکیل دهد ، همانطور که اشاره کرده ایم که در قرآن هدف ازبعثت انبیاء را فعلیت دادن به عدالت دانسته است .

درهمهٔ کتابهای فقه چیزی که وجود ندارد ، سیر درطبیعت ونگاه به احوال انسان ومقتضیات عصر است ، ازدنیای خارج ودوره‌های مختلف اقتصادی قطع نظر شده است درحالیکه روش مطالعه وتحقیق درهریك ازمراحل اقتصادی بادیگری متفاوت است ، قرآن بیش از هرکتاب آسمانی دیگر انسان را به تحقیق درباره احوال واطوار گذشته ، حال وآینده بشری برمبنای مکتب تحقیق تجربی سوق میدهد ، بدیهی است که انسان باستانی فقط درنواحی گرم میزیسته وهرفردی تقریباً دومیل مربع زمین برای تهیهٔ غـذای خود لازم داشته‌است ، ولی مراحل مختلفه زندگانی او پیشرفت او را برای تهیهٔ غذای خود نشان میدهد ، ابتدا مرحله پیدایش سلاحهای ساده‌است که وی را به شکار حیوانات وصیدماهی توانا می‌سازد (مرحله اقتصادصید وشکارماهی) وبعدمرحله اهلی کردن حیوانات پیش می‌آید (مرحله اقتصاد شبـانی) وسپس مرحلهٔ فلاحت و صنایع دستی کوچك پیش می‌آید (مرحله اقتصادکشاورزی وصنایع یدی) وبالاخره پس‌از مدتی بمرحله انقلاب صنعتی‌میرسد ، پس درهریك ازاین مراحل ورژیمهای اقتصادی ازقبیل : برده‌داری [۱] ، فئودالیسم [۲] ، کاپیتـالیسم [۳] و بالاخره سوسیـالیسم [۴] مطالعه وتحقیق بادیگری متفاوت است ، چه حقایق درعالم اجتماع و حقوق نسبی و اضافی است وجریانی تکاملی ودینامیك دارد ویا بعبارت بهترحقیقت بدون زمان‌پوچ و بی معنـی است ومـا این مطلب را در فصول آینده بیشتر باز و روشن خـواهیم کرد .

در دنیای امروز ، مطالعهٔ روحیات وعواطف وانگیزه‌های انسان درروانشناسی عمومی وبالاخص روانشناسی اجتماعی [۵] که موضوعش روابط فرد با جامعه و تاثیرات

---

1 - Le regime servage
2 - Le regime feodal
3 - Le regime capitaliste
4 - le regime socialisme
5 - Psychologie Sociale

متقابل آنها دریکدیگر است ، یکی ازرشته‌های ضروری محقق وکارشناس علم‌حقوق است ، زیرا نتایج علمی این تحقیقات دراصلاح اوضاع اجتماعی ووضع قوانین و مقررات مناسب ودرچگونگی اجرای عدالت مورد استفاده است . همچنین جامعه شناسی[1] که واضع آن اگوست کنت است وازمهمترین علوم اجتماعی شمرده میشود و اقسام‌گوناگون آن ازقبیل جامعه‌شناسی دینی ، اخلاقی ، حقوقی واقتصادی نیز برای محقق علم حقوق لازم‌است وبهمین سبب است که درهمه دانشکده‌های حقوق جهان، سوسیولوژی‌کرسی دارد وتدریس‌میگردد . وحتی‌روانشناسی فردی نیز برای‌یك‌قاضی وحقوقدان ضروری است زیرا قاضی‌بی که از طبیعت بشری بی‌اطلاع باشد هرگز در هیچ دعوائی صحیح قضاوت‌نخواهدکرد .

باید به‌کلیهٔ نیازمندیهای مادی ومعنوی مردم توجه وامعان نظرگردد ومعرفت کامل به جغرافیای طبیعی ، اقتصادی وسیاسی محیطی که درآن زیست می‌کنیم و برای مردم آن فتوی میدهیم ضرورت‌دارد .

درعصر حاضر ، مردم هیچگاه‌برای الفاظ وکلمات وبحث‌دراشتقاق لغات‌وآنچه به مفهوم ادبیات ومکتب تفسیر تحت‌اللفظ است . ارزشی قائل نیستند ، و زندگی خود را باآن‌قابل انطباق نمی‌دانند ، این ادبیات حقوقی[2] دردی‌رادرمانبخش‌نیست ، یك ماده قانون مدنی فرانسه[3] از۱۶۰ سال قبل تاکنون بدون اینکه تغییری‌درکلماتش

---

۱ – Sociologie جامعه شناسی ، تأسیس این علم از مفاخر اگوست کنت فیلسوف فرانسوی است (۱۷۹۸–۱۸۵۷) وهمچنین فلسفه تحققی Positive Philosophie نیز موجدش این حکیم میباشد ، ولی درقدیم جامعه شناسی‌با اخلاق همکاری داشته ودراسلام ازجمله کسانیکه بدان پرداخته ابن خلدون است که بگفته مرحوم دهخدا ، مونتسکیو روح‌القوانین را ازوی اقتباس کرده است ولی بااینهمه جامعه شناسی ازاگوست کنت ببعد بصورت یك علم درآمد ووی‌پایه جامعه شناسی‌علمی رابنانهاد .

۲ – Litèrature Juridique

۳ – قانون مدنی فرانسه معروف به کد ناپلئون از ۱۸۷۳ تا ۱۸۰۴ ضمن ۳۶ قانون بتصویب رسید .

داده شود تحت چندین سیستم اقتصادی وسیاسی قرارگرفته ولاجرم چندین گونه معنی ورویه قضائی یا تفقّه[1] دراطرافش بوجود آمده است ، البته این ادبیات حقوقی لازم است ولی کافی نیست ، اگر مجتهدی که اهل ایران نیست یا بایران نیامده ودست کم مطالعاتی دراوضاع واحوال این مرزوبوم ازهمه جهت ندارد ، آداب و رسوم ، عرف و عادت ووجدان حقوقی ، وآب وهوای طبیعی این کشور رانمیداند به جغرافیای سیاسی اقتصادی ، وطبیعی ونژاد وجامعه شناسی وانسان شناسی ما آشنا نیست ، بصرف اینکه ادبیات خوانده واصول ورجال ودرایه را میداند نمی تواند ونباید درمسائل حقوقی و اقتصادی ایران فتوی دهد ، حقوقدانی که ازروح علمی وسعه صدر وآزادی فکری که بالاخص درمسائل اجتماعی وحقوقی لازم وضروری است ، بی بهره است هرفکر تازه ای را نه تنها محتمل الصحه نمی انگارد بلکه بحکم تازگی مورد طعن ولعن وسب وشتم قرار میدهد .

دردنیای امروز ؛ مسائل حقوق خصوصی (مدنی ، تجاری ، کار و بیمه های اجتماعی ، جزای اختصاصی وغیره) که منفك وجدا ازحقوق عمومی وخط مشی سیاسی

---

1 - (La Jurisprudence) رویه قضائی که بمعنی تفسیر وتفقه در حقوق آمده ازجانب قضات محاکم درآراء صادره است واین یك وسیلهٔ علمی است برای رفع نقیصه های قانون ازقبیل ناتمام بودن یا ابهام یا اجمال آن، این کار اگر توسط دانشمندان صورت گیرد بدان دکترین (La Doctrine) گویند یعنی نظریات وعقاید علمای علم حقوق ومجتهدین درتفسیر قوانین که دارای ارزش علمی ومعنوی بسیاری است ، واگرتوسط قضات درعمل صورت گیرد بدان رویه قضائی گویند زیرا قانون هرچه قدر کامل باشد بازدارای سه نقیصه است ۱ - عمومیت ۲ - ثابت بودن ۳ - نارسا بودن نسبت به بعضی ازحالات واز این رو برای رفع آن ازمنابع دیگر حقوقی باید استمداد گردد که ازآن جمله دکترین ورویه قضائی است این دومعنی درسیستم حقوق فرانسه است ولی درسیستم حقوق کمان لو (Common Law) انگلیس برای دکترین و ژوریس پرودانس معنی ومفهوم دیگری است مراجعه شود به جلد دوم مبانی حقوق صفحهٔ ۱۵۰

واقتصادی باشد ، مورد اعتنا نیست ونمی‌تواند باشد ، زیرا در این عصر اقتصاد مادر سیاست[۱] ، وسیاست‌هم درحقوق وروابط افراد مردم بایکدیگر اثرات غیرقابل‌انکار و تردید دارد ؛ تحولاتی که متعاقب ماشینیسم دردنیا پدید آمد ، حقوق همه‌کشور ها را آنچنان تکان شدید داده‌است که می‌توان انعکاس تفاوت نیروی بازوی انسان را با برق وماشین بخار درحقوق نیز ملاحظه‌کرد ، تضادهای اقتصادی دردنیای امروزبدون استثناء موجب تضادهای سیاسی هستند که دنیارا به‌دوبلوك متخاصم تقسیم کرده‌است، وتااین تضادهای اقتصادی برداشته نشود محال‌است که اختلافات رفع گردد ، ماشین تسهیلاتی درامرحمل ونقل‌اشخاص واشیاء ایجادکرده‌که منجر به پدیدآمدن‌رشته‌های حقوق دریائی وهوائی ومقررات مربوط به‌راه آهن شده است و توسعه روز افزون تقسیم کار که‌احتیاجات اقتصادی آنرا بوجود آورده وناچار پدید آورندهٔ تخصیص و تخصص افراد دررشته‌های گوناگون از صنعت وکشاورزی وغیره میباشد . در تمام این رشته‌ها ، اجبارا باید به نظام اقتصادی وتکنولوژی جدید تسلیم گردید و از ماشین بهره‌برداری‌کرد ، امروز بدون تردید نمی‌توان مانند دوران گذشته با الفاظ وکلمات بازی‌کرد ، ودور خود حصارکشید ودررا برای همیشه بروی خود بست ، وآنگاه با کمال تعجب برای احتیاجات مردمی‌که خود درداخل این مرزو باروزندگی نمی‌کنند

---

۱ ـ برتراندراسل میگوید که این‌عقیده که‌سیاست تابع اقتصاد است در آثار کارل مارکس ازآنجهت پیدا شده که مارکس هنوز تحت تاثیر نحله‌عقلی (Rationalisme) قرن‌هیجدهم بوده وخیال میکرده است که آنچه مردم بیش ازهرچیز خواهان آن هستند ثروتمند شدن است ، پس‌ازاو تجربه نشان داد که چیزی هم یافت میشودکه‌مردم آنرا حتی از ثروتمند شدن‌هم بیشتردوست دارند وآن درفقرنگهداشتن دیگران است‌همینکه تجارت بین افراد بیشترتبدیل به تجارت بین‌ملتها شود ناچار قدرت نظامی درآن سهمی عظیم خواهدیافت وبهمین دلیل سیاست روزبروز بیشتر براقتصادیات غلبه پیدامی‌کند . امیدهای نو ترجمه دکتر سید علی شایگان ص۱۳۰

فتوی ورای داد واظهار نظرکرد . درست‌است‌که علمای اسلامی باسیاست بی‌پدرومادر امروز که برای ما چیزی جزبدبختی وفقرومسکنت بارمغان نیاورده است ، مخالف میباشند ، ولی سیاست اگر بمعنی جلوگیری ازظلم واجحاف ، جلوگیری ازتجاوز به حقوق انسانی وممانعت از استثمار وگسستن زنجیرهای بردگی باشد ، آن عین‌اسلام وبلکه ازواجبات وفرائض است وهرمسلمانی باید که درآن دخالت‌کند ، مسلم است برای مبارزه علیه همان سیاست بی‌پدر ومادر امروزکه دوثلث ازجمعیت دنیارا درفقر وفلاکت وعقب‌ماندگی نگهداشته است ، آگاهی واحاطه کامل بتمام‌اصطلاحاتش‌بتمام نقشهایش که تاکنون ایفاکرده برهمه وازآنجمله برحقوقدان اسلامی فرض است تا با بصیرت به اصول دیپلماسی بتوانند به اجتماع بهتر وبیشتر خدمت کنند .

دردنیای کنونی قابل دوام نیست که کلیه امور کارگر دردست کارفرماباشد و کارفرما حتی برکیفیت زندگی کارگر حکومت کند ، کارفرما بیجهت کارگر را بیکار نماید وتعیین مزد واجرت کارگر به میل کارفرما باشد ، وهیچگونه میزان وملاکی درکارنباشد ، گواینکه بااصل تسلیط موافق باشد وهراندازه درعالم اندیشه و صغری وکبرای منطقی صحیح باشد ؛ ولی بااین واقعیت مسلم که‌کارگر گرسنه است وتامینی ندارد موافق نخواهد بود ، این بحثهای اصل‌تسلیط ولاضرر[۱] بدون توجه باین‌نکته که طبقه کارگر ودهقان که اکثریت عظیم اجتماع امروز را تشکیل میدهند ، کوچکترین تامینی برعلیه خشکسالی وطغیانِ سیل وحریق و پیری و مریضی و سایر عوامل که موجودیت آنان را تهدید می‌کند ندارند ، برای این توده‌ها ، مسائل‌ناشی ازاین اصول تسلیط ولاضرر ، مانند ارزش یك بحث علمی است ، درنظر کسی که با طناب نازکی دربالای پرتگاهی بدارکشیده شده باشد ، چه ارزش عملی خود را این اصول ازدست داده‌است ، پافشاری به حفظ طرزکار وروش معمول مطالعه قبل ازدوره

---

۱ ـ درباره قاعده «لاضرر» واصل « تسلیط » وعقیده خودرا دراین‌باره درفصول بعد بیان خواهیم کرد .

ماشین بدون توجه به ملاك ها ومعیارهای جهان امروز ، قابل پذیرش ودوام نیست ، کسانیکه تحت شرایط اجتماعی اجبارا روزانه‌درمقابل دوازده ساعت‌کار یا بیشتر فقط پنجاه ریال یاکمتر مزد دریافت میدارند ، وهیچگونه بیمه‌ای وامیدی بزندگی خود وزن وفرزند ندارند این‌وضع بااصل‌اصیل حقوق اسلامی که فعلیت دادن به‌عدالت وانصاف است قابل انطباق نیست زیرااکثر اصول ومبانی کتاب وسنت دراسلام اصالت اجتماعی است و حتی اصل لاضرر در این مورد براصل تسلیط حاکم ووارد است .

در ایران بنا بمطالعات اداره کل نیروی انسانی وزارت کار درچند شهرستان، بیکاری از ۱۰ تا۲۷ درصد جمعیت فعال را دربرمیگیرد وجمعیت فعال عبارتند از افرادی که از ۱۵ تا ۶۵ سال سن دارند ، وآنهاهم‌که دارای شغل هستند دستمزدشان آنقدر نیست که غذای کافی بآنان وزن وفرزندشان برسد تاچه‌رسد به‌پوشاك ومسکن وبهداشت وفرهنگ .[1]

۷ - نظرخواجه نصیرالدین طوسی[2] درباره حقوق‌وضعی‌وطبیعی

خواجه‌نصیرالدین طوسی فیلسوف بزرگ دراخلاق ناصری میگوید : «..: و بیاید دانست که‌مبادی مصالح ومحاسن افعال نوع بشرکه مقتضی نظام امور واحوال ایشان بود دراصل یا طبع باشد یاوضع . اما آنچه مبدأ آن طبع بودآنست‌که‌تفاصیل آن مقتضای عقول اهل بصارت وتجارب ارباب کیاست بود وباختلاف ادواروتقلب سیر

---

۱ ـ آمار ذکرشده از «ناهماهنگی رشد اقتصادی» ص۲۳۵

۲ ـ خواجه‌نصیرالدین طوسی (محمدبن‌فخرالدین محمدرازی) ازبزرگان فیلسوفان ودانشمندان اسلامی است ، درشهرتوس خراسان به‌سال۵۹۷ متولدو در۶۵۴ هجری وفات‌یافت اغلب عمر خودرا درتبعید وزندان گذرانده‌ومعروف است که هلاکوخان بهنگام فتح قهستان اورا درسال ۶۵۴ هجری از زندان رها ساخته است وسپس رصدخانه معروف مراغه باکتابخانه مفصلی‌که دارای چهارصد هزارجلدکتاب بوده است بدستور این‌حکیم دائر گردیده‌است .

وآثار مختلف ومتبدل نشود وآن اقسام حکمت عملی است که یاد کرده‌آمد . و آنچه مبدأ آن وضع بوداگر سبب وضع اتفاق رأی جماعتی بود برآن‌آداب ورسوم خوانند واگر سبب آن اقتضای رأی بزرگی بود مؤید بتأیید الهی مانند پیامبر یا امامی‌آنرا نوامیس الهی خوانند واین نیزسه صنف باشد اول‌آنچه راجع بود باهرنفسی بانفراد مانند عبادات واحکام . دوم آنچه راجع بود باهل منازل به‌مشارکت مانند مناکحات ودیگر معاملات . سوم آنچه راجع بود باهل شهرها واقلیمها مانند حدود وسیاسات واین نوع علم را فقه خوانند وچون مبدأ این جنس اعمال وضع‌است بتقلب احوال‌و تغلب رجال وتطاول روزگار وتفاوت ادوار وتبدل ملل ودول درتبدل افتد واین باب‌از روی تفصیل خارج افتد ازاقسام حکمت چه نظر حکیم مقصور است برتتبع قضایای عقول وتفحص ازکلیات امور که زوال وانتقال بدان منطبق نشود و بـاندراس ملل و انضرام دول مندرس ومتبدل نگردد وازروی اجمـال داخل مسـائل حکمت عملی باشد ...»[۱]

منظور اینست که منشأ کارهای انسان یا وضع است یا طبیعت ، اگرسبب‌وضع اتفاق گروهی باشد رسوم وآداب است اگر نظر یك نفرمؤید بتایید الهی باشد شامل علم فقه است ازاحکام ، عبادات معاملات ، مناکحات وسیاسات ، این هر دو یعنی چه آداب ورسوم وچه احکام علم فقه به‌دگرگونی دولتها وتغییر ملتها دگرگونی می‌پذیرد وازاقسام حکمت که‌موضوعش احکام ثـابت ولایتغیر عقلی است خارج است ، امـا اگر برمبنای طبیعت باشد جزء حکمت عملی وثابت خواهد بود .

ملاحظه میشودکه این تقسیم بندی حقوق به حقوق مـوضوعه و حقوق طبیعی (فطری) درقرن ششم توسط حکیم توس باتقسیم بندی امروز حقوقدانان غـربی کاملا تطبیق میکند ، خواجه نصیرالدین قبل‌از مونتسکیومی‌زیسته است وقبل‌ازوی‌مبادرت باین تقسیم کرده است ، این‌تقسیم ازآنجا ناشی میشود که قوانین راآفریده‌اجتماع

---

۱ ـ اخلاق ناصری قطع‌کوچك ص۲۶و۲۷

بدانیم ولذامتناسب بااوضاع واحوال ومقتضیات وحوائج مردم ومتناسب بازمان ومکان خواهد بود ، مبنای قوانین که بنظر حکیم توس یاوضع است یاطبع ، درمورد طبع باید گفت منظورطبیعت انسان منفرد است زیرااگرمبنای قوانین مولود طبیعت اجتماع وزائیدهٔ شئون زندگانی اجتماعی باشد ، بازاین قوانین بااوضاع واحوال ومقتضیات زمان ومکان در تغییر خواهند بود ، اینجا باید به اصلی که علمای حقوق رم آنرا بصورت ضرب المثل درآورده اند ، اشاره کرد : «حقوق زائیدهٔ اجتماع وجامعه بشری است»[1] وارسطو ودیگر فلاسفه تقریباً همه بالاتفاق طبیعت انسان را مدنی و اجتماعی دانسته اند باستثنای تامس ها بز که بااین جمله مخالف است وی درحال طبیعی انسان را دشمن انسان میداند واین عبارت ازاومشهور است که انسان برای انسان گرگ است امّاجان لاك فیلسوف انگلیسی باعقایدها بز بمخالفت برخاسته وطبیعت بشری را باتسلط برنفس وآزادی واختیار ، برابر میداند ولذابرخلاف ها بز معتقداست که فقط هرکس برنفس خود حق دارد ، وبرمال وثروت هم حق تصرفش مشروط به دوشرط است یکی اینکه متصرف ، مال را به هدر ندهد وعاطل نگذارد ودیگر اینکه دیگران راممنوع ومحروم ازآن ننماید ودر هرحال حالت اعتدال ومیانه روی رامراعات نماید[2] .

به عقیده ژان ماری گویو[3] فیلسوف فرانسوی اخلاق نمی تواند انفرادی باشد بلکه بالضروره اجتماعی است چه ، اگر فرد درجماعت زندگی نکند ، زندگی وی چه معنی خواهد داشت ؟ ! .

پس بدینترتیب حقوق را باید باطبیعت اجتماع انسانها میزان کرد ، نه اجتماع را باحقوق ساخته فکر بشری ، باید محیط اقتصادی واجتماعی رابه قالب انسان بریزیم نه انسان را مجبور بقبول بعضی ازشرایط کنیم که هیچگونه باآن سازش ندارد ، بدون

---

۱ ــ قاعده حقوق رم «ubi Societas ، ubi jus est»

۲ ــ سیر حکمت دراروپا جلد دوم ص ۷۲ ببعد و۸۶ ببعد

3 - Jean Marie Guyau (۱۷۵۴-۱۷۸۸)

اطلاع ازحقوق جدید ومسائل اقتصادی وتعارض قوانین موضوعه کشورها وراه‌حل هاو قواعد پیش بینی شده دررفع اختلافات اتباع بیگانه درکشورها وبدون اطلاع ازآنچه درسازمانها ، کنفرانسها ، کنگره ها وآکادمیهای حقوقی دنیا می‌گذرد وبدون توجه باین‌که درکلیه کشورها امروز ، دستور «امرهم شوری بینهم» و «شاورهم فی‌الامر» را که اصل اساسی درامور است ، نصب‌العین قرار داده‌اند ، متأسفانه بنا بیك شیوهٔ خاص شرقی ، به‌تکروی و انزوا ادامه میدهند و هنوز میخواهند در دنیای امروز یك فرد درکلیهٔ رشته های حقوقی به تنهائی صاحب نظر بوده بطوریکه اعلم ومتخصص و مرجع شناخته شود ! غرب ازشرق جدائیش در اینست‌که غرب ازابتدا درپی واقعیت اشیاء بوده‌درحالیکه شرق درپی‌ایدئال وکمال مطلوب نظری رفته‌است ، پس‌لازم‌است که مردم عموماً وحقوقدانان خصوصاً درهمه جا از امور بین‌المللی وموقعیتی که‌کشور شان درمیان سایر کشورهای دنیا دارد بااطلاع باشند . سیاست «خود کفایتی» امروز دیگر مقدور نیست ، بشریت امروز بصورت یك خانواده درآمده است ، وحتی‌دور افتاده ترین ملتها نمی‌توانند خودرا ازدیگران جدا نگاه دارند .

۸ـ شورای فقاهت

پیشنهاد اصلاحی‌که دراین زمینه درسازمان علمی‌روحانیت بنظر میرسداینست که شورای‌فقاهت برمبنای اصل تخصص تشکیل گردد ، درعصرحاضرشخصیت های‌علمی قرون گذشته‌جای خودرا بآکادمیها ومجامع بین‌المللی ومؤسسات وسازمانها وکمیته‌های جهانی علمی وحقوقی داده‌اند[1] .

---

۱ ـ ازمیان مؤسسات بین‌المللی وجهانی چه‌آنها که بطور خصوصی تشکیل شده‌اند وچه آنها که ازطرف دولتها تاسیس گردیده‌اند فقط‌آنهاکه برای ایجاد وحدت حقوقی برای تفاهم بیشتر بین‌المللی وبالنتیجه کمك بیك صلح پایدار جهانی ازاواخرسده نوزدهم‌شروع بکارکرده‌اند۱۳۶مؤسسه دولتی وبیش‌از۱۰۱۹ مؤسسه خصوصی تاسیس شده‌واین فهرست‌را اتحادیه مجامع بین‌المللی‌در۱۹۵۷ تهیه‌کرده ازقبیل :سازمان‌بین‌المللی‌کار (تاسیس ۱۹۱۹) یونسکو (۱۹۴۵) مؤسسه ←

وحدت قاضی جایش‌را هیئت قضات گرفته‌است ، مطالعات روی برنامه و تحت سازمان ویژه‌ای بصورت شور دسته جمعی است ، بااین روش و طرزکار ، دانستنیها و تحقیقات یك فرد هراندازه‌هم‌که پردامنه باشد نمی‌تواند زیاد باارزش باشد ، دراینجا پیشنهاد شورای فقاهت تکامل عظیمی راکه پیشرفتهای سریع وشگرفی بدنبال دارد در حقوق اسلامی پیش خواهد آورد . زیرا زمان مازمانی است‌که فعالیتهای علمی بطور اجتناب ناپذیر به تخصص گرائیده است ، درنتیجه چون رای شخصی وفردی ازمیان رفته است ، ترس واحتیاط کاری نیزکمتر شده است ومسلماً هنگامیکه مسئولیتها تقسیم گردید بهمان اندازه جسارت وتهوروبی باکی که‌لازمه‌هرپیشرفتی‌است ، بیشتر خواهد گردید .

اخذ نتایج صحیح ومطمئن واجتناب از لغزش و اشتباه از اثرات مسلم شوری است[1] وحشت ازعوام‌الناس‌که فقهارا فوق‌العاده محتاط ومحافظه کار بارآورده ازمیان میرود ، مسائلی‌که شاید به‌سبب ترس از عوام‌الناس وایجاد بلواو آشوب ، باصطلاح فقهی درآن «توقف» اختیار می‌کنند ، وجود نخواهـد داشت ، فی‌المثل قمه زنی ؛ زنجیر زنی درقیام حضرت سیدالشهدا علیه‌السلام پس‌از اینکه یك بار از میان رفته بود ، دستهای اجانب دوباره آنرارونق دادند ، برای اینکه سندعدم رشد ماراتسجیل نمایند ، معهذا فقها در تحریمش «توقف» اختیار می‌کنند ، وباید گفت توقف شاید ازاینجهت هم باشدکه در مسأله قیام خونین حسین هاله‌ای ازتابو وجود داردکه‌همان اکثر مجتهدین رامیترساند که دراین مورد اظهارنظر نمایند ، واین یك‌موضوع بسیار

←

بین‌المللی رم برای وحدت حقوق خصوصی (۱۹۲۹) موسسه حقوق بین‌المللی (۱۸۷۳) کمیتهٔ بین‌المللی‌حقوق بحری «۱۸۹۷» آکادمی‌بین‌المللی حقوق‌تطبیقی «۱۸۲۴»وبسیاری،دیگربکتاب‌مقدمه حقوق تطبیقی دکترحسن افشار رجوع‌شود .

۱ ـ برای مطالعه بیشتر به مقاله « تقلید اعلم یاشورای فقاهت » مقاله سید مرتضی جزائری درکتاب « بحثی دربارهٔ مرجعیت وروحانیت » رجوع شود .

کوچك بود که من باب مثال ذکر شد والا مسائل بیشمار دیگر وجود دارد که یادآوری همه آنها موجب تطویل خواهد بود .

۹ـ روح زمان و مقتضیات عصر

آنانکه به علت حفظ وضع موجود ، روح زمان خود را درك نمی کنند ، و به انزوا جوئی می پردازند ، سریعاً محکوم به فنا خواهند بود ، و بدست خود گور خود را می کنند ، زیرا از مواجه شدن با واقعیتها هراس دارند ، پیشوایان اسلامی در این مورد دستورات بسیار جالب و ارزنده داده اند .

پیامبر اسلام فرمود : «نسیمهای رحمت الهی گاه بگاه می وزد هوشیار باشید که از آن نسیمها استفاده کنید یعنی از فرصتها استفاده کنید[۱]» در حدیث دیگر فرمود بر هر انسان خردمندی واجب است که عالم بزمان خود باشد و بداند در چه محیط و دوره ای قرار گرفته و حافظ زبان خود باشد[۲]» و در حدیث دیگر : «کسیکه بوضع زمان خود آشنا باشد اشتباهات ، وی را درخود فرو نمی برد و مورد هجوم حوادث نامطلوب قرار نمی گیرد[۳]» .

حضرت رضا نیز میفرماید : «مردم را به مصلحت دین و دنیای خود آگاه کنید» و نیز فرمود : «آنان را آگاه کنید به جریانهای خوب یا بدی که در آفاق دور دست برای عالم اسلام اتفاق می افتد[۴]» معذلك ، حقوقدانان اسلامی بنا به اقتضای محیط و طرز زندگی و نیاز بتأمین و تدارك هزینه زندگی خود و طلاب از راه سهم امام ، که بیشتر

---

۱ ـ « ان ربکم فی ایام دهرکم نفحات الافتعرضوا لها » نقل از گفتار عاشورا » ص ۸۷

۲ ـ « علی العاقل ان یکون عالما بزمانه ، مقبلا علی شانه ، حافظا للسانه» اصول کافی

۳ ـ « العالم بزمانه لاتهجم علیه اللوابس » اصول کافی

۴ ـ « توقیفهم علی ماراد من مصلحة دینهم ودنیاهم ویخبرهم بما ورد علیهم من الافاق من الاحوال التی فیها المضرة والمنفعة »

ازهمان عوام‌الناس وتودهٔ کاسب اخذمیشود ، اجباراهرکدام‌که درراس‌قرارمیگیرند، نظروسلیقهٔ عرف این مردم ارتجاعی‌را درفتاوی‌وخط مشی خود رعایت‌کرده ومی‌کنند وبضروریات زمان توجی ندارند شواهد مؤید این نظـر بسیار است ولـی دراینجـا بداستان مرحوم آیة‌الله شیخ عبدالکریم حائری اشاره می‌کنیم ، وی‌نخستین‌کسی است که لزوم تخصص درشعب فقه را عنوان‌کرد ، وقصد داشت علوم مقدماتی جدیدازقبیل خواندن ریاضیات وعلوم تجربی (فیزیك ، شیمی وطبیعی) وزبان‌خارجی‌را درمدارس قدیمه مرسوم‌کند ، مقدمات کارراهم تاحدودی فراهم‌کرد ، اماهنگامیکه این اقدام دربازار تهران انتشار یافت گروهی ازبازاریان عوام به‌قم رفتند و وی رااز ادامهٔ آن مانع شدند ، که ماسهم امام را برای تحصیل زبان کافران نخواهیم‌داد[1] .

باین کار عوام نباید اعتناکرد ، باید آنچه حق وحقیقت‌است اجراکرد ،آنجا که حق وجود ندارد ، زندگی بی معنی وپوچ ومسخره است ، میان حق وزندگانی توام بامعنی رابطـه ایست مستقیم ، اینگونه زندگی کردن که حق را فدای مطامع وخواهشهای نفس‌کردن ، بی‌ارزشترین نوع زندگی‌است . انسان اساس زندگیش بـر برروی شخصیت استوار گردیده نه براساس احتیاج ، امساك‌وافسارزدن به احتیاجات است‌که علم وهنر واقتصاد وهمه چیزرا بوجود می آورد ، این نوع زندگی اتکالی ، بی‌نقشه‌وبی‌هدف وخواست‌عوام راتااین حدرعایت‌کردن درخورکسانیکه داعیه‌رهبری وزعامت معنوی مردم را دارند نیست .

۱۰ ـ جواب‌اشکال

باتفصیل علم فقه واصول ومقدمات آن که‌زمان بسیار لازم دارد ، آیا تحصیل علوم جدید نیز ممکن و میسور است ؟ جواب آنستکه این امردر همه علوم جریان دارد ولی باتغییر روش تعلیم ومتدهای جدید تحقیق وسبکهای آموزش وپرورش تـازه

---

۱ ـ « بحثی درباره مرجعیت وروحـانیت » مقـاله آقـای مرتضی مطری چاپ‌دوم‌ص۱۸۷

که تمام همشان آنست که سرعت فهم را بوسائل سمعی و بصری و ساده نویسی وغیره تشدید نمایند و باملغی شدن این نظر که بایدیك نفر اعلم باشد وایجاد تخصص ، وتقسیم کار بطوریکه بجای یك نفرمجتهد اعلم درتمام رشته های فقه (عبادات . عقود وایقاعات، احکام وسیاسات) ده ها محقق ولی متخصص درهر شعبه بوجود آید ، و در برابر دانشگاههای بزرگ ، حوزه‌های علوم دینی نیز بصورت دانشکده‌ای همانند آنها درآید وگرنه با این وضع این نظام متقن ومستحکم حقوق اسلامی بفنا وزوال خواهد رفت، درفصول آیندهٔ این کتاب نشان داده خواهدشدکه راه علاج راچه از نظر سازمان علمی وچه از نظر روش فنی تحقیق ، متن حقوق اسلامی ، پیش‌بینی کرده است ، مکانیسم حقوق اسلامی به نحویست که درطی قرون واعصار متماوی روی مقتضیات زمان ومکان حرکت می‌کند وبرای همیشه ماشین حقوقی اسلام براق وروشن ونوباقی خواهد ماند ورنگ کهنگی واندراس درآن راه نخواهد داشت ، ولی متأسفانه عالم اسلامی درطی قرون گرفتار مصائبی گردیدکه ازآنجمله مغول وترك وسقوط اندلس و عناد و تعصب کشیشها وتحریك افکار ملی نژادی علیه مسلمین دراسپانیاکه پیشوایان مسیحی به قتل پیرو جوان ، مردوزن مسلمانان فتوی دادند ، وحتی فیلیپ دوم بفرمان پاپ بوضعی ناهنجار فرمان باخراج مسلمین ازسرزمین اسپانیا صادر نمود و لیکن قبل از اینکه مسلمانان بخارج شدن موفق گردند سه چهارم آنان بحکم کلیسا درخاك وخون غلتیدند وکسانیکه جان خودرا باهول وهراس از خطر مرگ رهانیدند بعدها بدستور محکمه تفتیش عقاید جملگی محکوم باعدام شدند ، بعدازفیلیپ دردوران زمامداری فردیناند شارل پنجم مسلمانان درفشار و محدودیت فراوان زیست میکردند در طول این مدت قریب سه میلیون مسلمان از دم تیغ تعصب وجاهلیت گذشتند[1] . وهنوزهم که هست نفوذ اجانب واستعمار وعقب نگهداشتن کشورهای اسلامی ، علت العلل تمام این بدبختیها است ، ودراین موقع که کشورهای اسلامی یاگرفتار نزاعهای داخلی ویاخارجی

---

۱ ـ تاریخ تحولات اجتماعی جلددوم .

بودند ، دنیای اروپا براثراختراع ماشین باسرعت مراحل ترقی وپیشرفت راطی میکرد وشرق را خواب گرانباری درگرفته بود ، والافقهٔ اسلامی قانون متحوّل ومتطوری است که احتیاجات زندگی روزانه درآن قابل انعکاس واستخراج است وهیچگونه متوقف و وراکد نمی‌ماند وحوادث جدید را بااصول ثابت خود وفق میدهد ؛ ولی همانطور که گفتیم به‌سبب موقعیت سوق‌الجیشی کشورهای خاور میانه ، درقرون اخیر و غفلت مسئولین امراین مرز وبوم وضع باینجاکشانده شد . ولی اکنون باید بیدارشد وباین آیات یاس و نومیدی خاتمه‌داد ، روح زمان‌رابابد درك کرد . دردنیای امروز اقتصاد درگردن حقوق رشته‌ای افکنده وبآنجا می‌کشاند ومی‌برد که خاطر خواه اوست ، تجارت بین‌المللی ، مردم را مجبور کرده‌تا بایکدیگر ارتباط داشته باشند ، هیچ کشوری نمی تواند مجزا ومنفك ازکشور های دیگر بحیات خود ادامه دهد ، قادر نیست درهاومرزهایش‌را بروی همگان ببندد ، تجارت‌بین‌المللی ، تهاترهای اقتصادی این همبستگی‌وارتباطرا تشدیدکرده است .

هرکشوری ناگزیراست بداند قراردادها ؛ مقاوله‌نامه‌ها وعهدنامه‌های بازرگانی وحقوقی وسیاسی روی‌چه اصول وملاکی درزندگی بین‌الملل تنظیم میگردد ، این نظر که دانستن حقوق داخلی کفایت خواهد کرد کاملا متروك ومنسوخ است ، و«حقوق تطبیقی» باروشن بینی اعجاب انگیز درپی واقعیتها ووراى خصوصیات ملی درپی کشف‌هم آهنگیها ومشترکات است ، مشترکاتی‌که همه اختلافات تجاری و غیر تجاری بااصول‌کلی وعمومی حقوق‌که مقبول ملل متمدن است حل و فصل گردد[1] ، دستورها وفرمولهائی‌که شاید هسته مرکزی واصلی تمام این تحقیقات ومطالعات‌همان اقتصاد وسیاست اقتصادی باشد .

۱۱ـ جمله معترضه

ارسطو فیلسوف یونانی علم حقوق را بنام علم سیاست نامیده است ، وسیاست

۱ـ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی داوری بین‌المللی لاهه‌بند ۳

راعلمی میداند که بموجب آن فضیلت را درانسان بتواند پدید آورد ووی را ازرذیلت مبری سازد ، ولی درعصر حاضر علم سیاست ازعلم حقوق جدا شده و تحت اصول و وقواعد دیگری قرار گرفته ودر بسیاری از موارد برای حفظ حقوق جماعت بکارمیرود ودر بعضی ازموارد برای بیچاره کردن جماعت وتحت تسلط قرار دادن آنان بکار میرود ، این سیاست نوع دوم رذیلت را در نهاد انسان پرورش میدهد زیرا اساس آن برحقیقت پوشی وعوام فریبی است . چه بسیار اتفاق می‌افتد که زمامداران سیاسی برای اینکه چشم عقل مردم را کورکنند آتش احساسات راشعله‌ور نموده وبدان دامن میزنند وجز تعریف وتمجید ازرژیم های فاسد ومقایسه های غیر منطقی کاردیگری ندارند یکی از نویسندگان مینویسد : «... فرض کنیم وصی و ولی بی وجدان طفل نابالغی در تربیت بدنی وروحی اوقصور کرده باشد واموال اورا نیز حیف و میل نموده باشد اما مثلا پس از ده‌سال که طفل طبیعتاً رشدکرده‌دائماقد و قواره اورا با گذشته مقایسه کند ، وهمچنین ازرشدفکری اودم بزند ، بعضی از مداحان رژیم فاسدهمواره مانند پیران فرتوت چشم بگذشته دوخته‌اند وآنچه راکه امروز واجد آن هستیم با آنچه درگذشته فاقد بودیم مقایسه‌می‌کنند»[1]

۱۲- اجتهاد و رخدادها

پس از ذکر جمله معترضه فوق برگردیم به مطلب اصلی که حقوق اسلامی باشد واینکه حقوقدانان اسلامی باهمه‌وسعت ومجالی که داشته‌ودارند وبااینکه دستشان باز بوده تا ازطریق «اجتهاد»درپیشبرد این حقوق تلاش کنند وتمام تحولات اجتماعی و حقوقی واقتصادی دنیای امروز رادرفقه هضم ومنعکس نمایند ، متأسفانه ازاین امتیاز وفرصت استفاده نکرده‌اند ، ومادر فصول آینده این کتاب طریق نیل به‌این مطلب را بطور فنی نشان خواهیم داد .

حکم مستحدثات جدیداجتماعی وحقوقی واقتصادی که تعدادش لاتعد ولا تحصی

۱- جهانی بین ترس وامید ص ۲۲۳ مؤخره مترجم «مرحوم خلیل ملکی»

است برعهده مجتهدان وحقوقدانان است که[1] «اماالحوادث الواقعه فارجعوافیهاالی رواة احادیثنا فانهم حجتی علیکم کما انا حجةالله علیهم» از قبیل : بیمه و انواع آن از قبیل : (بیمه عمر، بیمه ناشی از حوادث کار ، بیمه ثابت[2] وبیمه تعاونی[3] بیمه‌های اجتماعی کارگران وکارمندان دولت ، بیمه دربرابر بیماری‌وفقروپیری وغیره)

شرکتهای تعاونی تولید وتوزیع ومصرف وانواع آن ، سندیکالیسم[4] واتحادیه های مبتنی برحفظ منافع کارگران ، » حق‌اعتصاب کارگران ، اقتصاد ارشادی[5] اتاتیزم ، ملی کردن صنایع .

مقررات لایحه قانونی پزشکی ، قانون مجازات رانندگان ؛ مقررات بزه‌های راه‌آهن ، جرم‌شناسی علمی ، جرائم مطبوعاتی وحق تالیف ، وضع صادرات‌وواردات وتنظیم بودجه متعادل کشور ومیزان وملاك نسبت مقادیر آن ، شرکت الکتریسیته‌و برق ، و. . ده‌ها مطلب دیگر که‌متعاقب انقلاب صنعتی بوجود آمده است . این رُخدادهای جدید عصر راکه بدون شك تماما درحقوق اسلامی اصل و ریشه‌ای ثابت دارند ، باید وارد ماشین حقوقی اسلامی نمایند ، النهایه افرادی جامع ومتخصص‌در هردو علم لازم است ، تاباآگاهی وبصیرت کامل ازعهدهٔ این مهم برآیند . از چرخ وپره‌های ماشین حقوقی اسلام گذرانده ، تافعل وانفعال لازم را بنماید وسپس‌بصورت قانون اسلامی تجلی‌کند ، وبحث علمی وفنی آنسان‌که در کشور های غربی معمول است ، البته با حفظ ارزشهای شرقی ، درپیرامون آن بعمل آورند ، فی‌المثل حق

---

۱ ــ معنی حدیث چنین است : « واما دررخدادها بآنانکه گفته‌های مارا یادگرفته‌اند بازگردید آنان نمایندگان «حجج» من بشمایند ومن نماینده خدا بآنان هستم »

2 - Assurance à prime Fixe

3 - Assurance Mutuelle

4 - Syndicalisme

5 - Dirigisme

اعتصاب درچهار چوب حقوق اسلامی ،جنبه دیگری بخود خواهد گرفت ؛ « اداره بیت‌المال » با مالیاتی که‌از وسائل اقتصادی اخذ می‌کند ، نظارت تامه برکار ارباب حرف وصنایع خواهد داشت وجلو همه مفاسدی راکه درنتیجه عدم تعاون وهمکاری ایجاد میشود میگیرد ویا بیمه‌های اجتماعی بمفهوم امروزی‌کلمه درنظام حقوقی‌اسلام شاید معنائی نداشته باشد چه‌خود بخود تمام مردم دربرابر اداره بیت‌المال بیمه هستند وازطرفی مبنای معاملات بیمه‌گر محاسبه احتمالات است که خود یك نوع می‌توان آنرا معامله غرری دانست چه شانس واتفاق وتصادف در آن بیشتر دخالت دارد تا اراده وتصمیم وکار ، پس‌ممکن‌است باطل باشد ، حال درنظام اجباری‌دیگری مجتهد چگونه باید حکم دهد[1] ؟ نویسنده این سطور به لطف وظرافت مطلب توجه دارد ودرپی آنست که اینگونه بحث‌های اقتصادی و حقوقی جدید را درقالب اصطلاحات فقه اسلامی بحث وتحقیق کند ونظر اسلام را درهرمورد بیان نماید . تا تحولی درفقه بوجود آید وسیر پیشرفت فقه که متوقف مانده یعنی فقط آنچه از مبانی فقهی است بهمانصورت اولیه نگهداشته شده‌است ، باردیگردرراه پیشرفت بیفتد همانطور که یك‌بار دردوره عباسیان دربرخورد حقوق ومعارف اسلام با فرهنگ و وفلسفه یونان وحقوق رومی ، دانشمندان اسلامی پیوسته هوشیار ومواظب بودند تا از مبانی اسلامی در برابر جهان متمدن آنروز دفاع کنند ، واین بود که یکی از گرانبهاترین ذخایر معارف اسلامی رابیادگار گذاشتند ، اما متاسفانه اکنون دیگر به‌این دفاع نیازی نمی‌بینند وبا اقتصاد وحقوق غربی بیگانه‌اند و انحطاط نیروی معنوی اسلام ازهمین‌جا ناشی شده وایمان وشور وشوق‌رو به‌سردی‌گذاشته‌است زیراکه دیگر درحوزه‌های فقه اسلامی همانند دوره عباسیان بحث آزاد و در نتیجه اصطکاك عقاید وجود ندارد لذا فقط قالبهائی سرد وبی‌روح باقی مانده‌اند بدون اینکه این

۱ـ راه‌حل‌شرعی مسأله معاملات بیمه درفصل ششم‌این کتاب دربخش «نقش سنت‌اسلام دربرابر قرآن» خواهد آمد .

قالبها معنائی داشته باشد و بتواند در پیروان آتشی بر افروزد و انگیزه‌ای در عمق وجودشان راه یابد زیرا که این تعالیم بگونه ارث باینان رسیده و آنرا بدون شوق پذیرفته‌اند و این پذیرش برایشان «تجربه شخصی» نبوده است تا در درون شعله های مقدس اختلاف، عقاید و آراء مخالف سر برکشد و روشنی بخش محیط علم و دانش گردد و این حصاری که بدور خود کشیده‌اند بدرند و به فضای بازعلمی امروز وارد شوند.

۱۳ - نظریهٔ تکامل

وازسوی دیگر ماشینیسم عامل تکان دهنده حقوق غربی، بتواند بتناسب طرز کار وعمل دراین رشته بزرگ حقوق اسلامی واردگردد ودرتکامل فقه نقش مؤثری ایفا نماید چه «سنت دستگاه بشری تکامل است» همانطور که مشاهده سیر ترقی تدریجی انسان از مراحل صعب ودشوار اولیه وبدوی تا مقام ارجمند امروزی نیز مؤید این مطلب است، چه در طبیعت طفره جایز نیست بلکه انتقال ازهرمرحله‌ای به‌مرحله دیگر تدریجی الحصول بوده‌است، نظریه ترنسفورمیسم[1] یعنی تبدل انواع که ابتدا توسط لامارك[2] فرانسوی درآغاز قرن نوزدهم وسپس توسط چارلزداروین[3] انگلیسی با بیانی روشن وبااستدلالی قویتر بیان گردید دراین مورد بیاد می‌آید، لامارك تاثیر محیط را سبب تبدل انواع می‌پنداشت وداروین علاوه برتأثیر محیط، کوشش برای بقای نوع وانتخاب طبیعی وبقای اصلح را سبب تبدل انواع می‌دانست، بهرصورت درحقوق نیز تکامل وجود دارد، درقدیم توجه نداشتند که اجتماع بشری همواره در جنبش وحرکت ودگرگونی است، لذا شکل اجتماع را تغییر ناپذیر تصور میکردند، درحالیکه ازسده شانزده میلادی اجتماع را ازجهت بیرونی مورد مطالعه و تحقیق

---

1 - Transformisme

2 - Lamarck

3 - Charles Darwin (۱۸۰۹ - ۱۸۸۲)

قرار دادند ومتوجه بسیاری مطالب تازه درباره وی شدند ، دراجتماع هم هر ترتیب وهراوضاعی که بطور ناگهانی وطفره‌ای پیش‌آید ، هرچقدر هم خوب ومفید باشد ، اگربه مرور ایام وبصورت تحول‌تدریجی وطبیعی واقع نشود نتیجه مطلوب رانخواهد داد ودوام وبقائی نخواهدداشت .

۱۴ - همه‌چیزدرتغییر ابدی است

پس جامعه‌ای که‌درحال نمو وترقی است ؛ تنوع واختلاف نیز در آن وجود دارد ، حیوانات‌که درزندگیشان تنوع واختلاف وجود ندارد ، شخصیت هم وجود ندارد ، لذا حیوانات قادر بایجاد وآفرینش چیزی نیستند ، درانسان احساس ارزش‌و اراده وخواست وجود دارد که درحیوان وجود ندارد ، حیوان محکوم غریزه‌است ، ولذا درزندگیش تساوی ویکنواختی وجوددارد ، بقول لوکنت دونوئی محقق‌طبیعی دان فرانسوی « زندگی وتکامل چیزی جز توالی یك سلسله حالات عدم تعادل (یا تعادل ناقص) نیست وهمینکه درحالتی تعادل ورضایت حاصل شد موجود متوقف میشود ، وسیر تکامل او تعطیل میگردد » وخلاصه جامعه بشری از قانون تکامل که زندگی را حرکت وجهش ابدی میداند برکنار نیست ، واینجا باید بیکی‌ازایرادهای ماتریالیستهاپاسخ‌دادکه آنان معتقدین به الهیات را بیك اعتقاد ثبوت وسکون‌ورکود متهم میکنند ، بعقیده ماتریالیستهامعتقدین بالهیات همه‌چیزرا پایان یافته‌می‌پندارند واین موضوع راکه هرپایانی‌آغاز تکامل تازه‌ای است قبول ندارند ، داستان‌آفرینش جهان بدست خدا مفهومی ازهمین تصورات است که‌آنگاه که‌خدا کاری‌را بپایان رسانید ، دیگرکار تمام شده است ، درحالیکه درقرآن این‌گونه اعتقاد درباره خدا لعن وتوبیخ وتکفیر شده است : دراین آید : « وقالت الیهود یدُ‌الله مغلولةٌ غُلّت اَیْدیهِم و لُعِنوا بما قالوا بَل یداهُ مبسوطتان یُنفق کَیْفَ یَشاءُ »[1]

۱ـ سوره مائده آیه ۶۹

یعنی « یهود گفتند که خداکارهایش را بپایان رسانیده ودستهایش را برروبهم نهاده ودرزنجیر شده است ، بواسطه این گفتارشان لعن شدند ، ودستهای آنان مستحق زنجیر است ، بلکه خداوندگشاده دست‌است یعنی باقدرت است و آنگونه که بخواهد هرکاری را انجام میدهد »

درآیات دیگری همه چیز را درعالم درتغییر میداند وهیچ چیزرا پایدار و ثابت فرض نکرده است درسورهٔ انفطار میگوید : «آنگاه که آسمان شکافته شودو ستاره‌هافرو ریزند ، آنگاه که‌دریاها روان شوند وآنگاه‌که گورها زیر وزبرگردند» ودرسوره تکویر : «آنگاه که خورشید از روشنائی بیفتد وستارگان تیره وتار شوندو کوهها براه افتند ...» خلاصه نظریه تکامل[1] در معارف اسلامی اصلی مسلم شناخته شده ودراجتماع هم این اصل جاری است .

آن جامعه‌ای‌که از خود ابراز شخصیت نشان ندهد واصالت فکر وعمل نداشته باشد وحتی ازموفقیتهای دیگران مطابق اصل تقلید ، بهره برداری ننماید محکوم به فنا وشکست خواهد بود ، زیرا بشر شخصیتش در ایجاد وابداع است نه در مصرف فرآورده‌های دیگران وانگل وطفیلی بودن ، ودرقرآن هم که از آفرینش انسان به لفظ «خلیفه» یعنی جانشین تعبیر شده ، اشاره بهمان جنبه خلاقیت وآفرینندگی بشر است[2] .

برگردیم به بحث اصلی ، درحقوق اسلامی نیز ، هیچ چیز همیشگی و ثابت نیست ، وبیان : «شرع محمد مستمرالی یوم‌القیامه» اشاره بهمان اصل اساسی است که درهمه قوانین دنیا یادشده است‌که «اثر قانون نسبت بآینده است وقانون نسبت بما قبل خوداثر ندارد[3] » مقصود اینست‌که استمرار وبقاء احکام‌اسلامی درهمه از منه‌ثابت

1- Theorie de l'evolution

۲- آیه : «واذقال ربك للملائکه انی جاعل فی‌الارض خلیفة ... » سوره‌بقره آیه ۲۸

۳- بخشی از ماده ۴ قانون مدنی ایران .

ومحقق است ، واین حکم ملازمه با این مطلب ندارد که این احکام طریق تکامل و تغییر را نمی پیمایند ، پس باید کلیهٔ تئوریها و دکترینهای جدید اعم از اقتصادی و حقوقی ، همه درچهار چوب فقه اسلامی وارد گردد و نقش اجتهاد در حقوق اسلامی آنست که هرلحظه پدیده های جدید حقوقی واقتصادی را مورد تجزیه وتحلیل قرار دهد وارزش هرکدام را تعیین کرده وحدودی را که خروج ازآن پدیده‌ای را زیان‌آور میسازد تشخیص دهند ، وتعیین کنند که آیا تمام پدیده های اقتصادی عصر حاضر وارد در قلمرو فقه اسلامی میشود یاخیر ؟ یا فقط بخشی از پدیده‌های اقتصادی قابل هضم وانعکاس در حقوق اسلامی است ؟ ونیز مباحثی را نیز که اسلام در ۱۴ قرون گذشته بنا به ضرورتهای اجتماعی آن عصر ، تحت شرایط وقیود امضاء کرده و اکنون نه تنها مورد عمل ومبتلی به نیست بلکه ممکن است موجب بعضی توهمات سوء و بی اساس نیز گردد باید ازفقه اسلامی حذف شود تارفورم واصلاحیکه متناسب باعصر حاضر باشد بعمل آمده وازآنچه تاکنون موجب رکود وجمود فکری مجتهدین بوده جلو گیری شود وازاین رهگذر عمرگرانبهای عده‌ای طلاب علوم دینی نیز تلف نشود . که قرآن مجید نیز باتقلید ازپیشینیان وکهنه پرستی وسیر به قهقرا بکرات در آیات متعدد مخالفت نموده است ازجمله آیه ۲۱ از سوره مائده است که برای حسن ختام این فصل قسمتی ازآنرا نقل می کنیم : «موسی : ای طایفه من ... به قهقراء برنگردید که زیان کار خواهید گشت[1] » .

۱ـ **ولاترتدوا علی ادباركم فتنقلبوا خاسرین** » درباره این موضوع که دین اسلام دینی مترقی وپیشرو است وذکر آیات بسیاری که مشعر براین معنی است به توضیح وبررسی مصاحبه برتراند راسل وایت محمدتقی جعفری چاپ سوم ص ۱۳۰ تا ۲۱۰ رجوع شود .

فصل پنجم

همسنجی نظامهای حقوقی

«حقوق تطبیقی مانند نور افکنی است
که از خارج بنای حقوق داخلی را روشن
وریزه کاریهای آنرا مجسم میسازد»
پروفسور نی بوآیه
Niboyet

مبحث یکم
مذهب یا سیاست اقتصادی !

۱ـ منظور وارزیابی عنوان

منظور از دو عنوان فوق حقوق «اسلام وروسیه» است ، که دکتر حسن افشار آنرا برای «حقوق پیشرو» نمونه قرارداده وپیرامون ویژگیها واصول کلی آن باروش تطبیقی به بحث پرداخته است[۱]

از مشخصات این دوسیستم حقوقی بنظروی ، عدم تغییر اصول وپرنسیپهای آن است ، نسل حاضر وافراد نسلهای بعد به سبب نیروی فوق العاده تبلیغی آن ، اجباراً باید مطیع ومنقاد محض حقوق پیشرو بوده ودرحقیقت حقـوق مزبـور درپیشاپیش اجتماع حرکت کرده واجتماع پیرو بدنبال آن کورانه کشانده میشود ، بدیهی است که مشخصات ویژهٔ مکتب اسکولاستیك باجزئی تغییر دراین مورد نیز مصداق پیدامی کند وبااین فرض مطالعات وتحقیقات در زمینه این حقوق ، تفننی بوده وبرای اثبات درستی

۱ـ دکتر افشار در « مقدمه حقوق تطبیقی » ، حقوق اسلام وروسیه شوروی رابیك چوب رانده است درحالیکه بنظرما ، حقوق اسلامی پیشرو خـالص نیست و چنانکه درمبـاحث آینده یادآور خواهیم شد حقوق اسلامی دارای هردوجنبه پیشرو وپیرو است .

آن اصول میباشد ،آزادی اندیشه که بویژه درحقوق ازجمله ضروریات و بدیهیات است دراین دسته ازحقوق محکوم ومطروداست .

حقوق پیشرو با «فرض ارزش غیر قابل بحث اصول» فرصت هرگونه‌دگرگونی وتحول را ازافراد پیروسلب ساخته وبصورت‌الزام آوری ، فعالیتها وجنبشها ، واقعیتی جز «درجازدن» ندارند . واضح است که بااین اوضاع واحوال میدان عمل ومجالی برای تغییرات ویادست‌کم اصلاحات باقی نمی‌ماند ، حقوقدانان دراین نظام حقوقی، بیش ازکار اصول مسلمی را درافق ذهن دیده اند و بدنبال چگونگی تصدیق آن میگردند .

دکتر افشار می‌نویسد[1] : «... فردانسانی‌که در سایر دسته های‌حقوقی پیشرو حقوق میباشد دراین دسته پیرو تلقی میگردد . هرمطالعه حقوقی‌که ازطرف‌پیروان بعمل آید یابمنظور تطبیق اصول است باموارد یاتوضیحی است در خصوص اجرای حقوق مزبور ویابیشتر از نظرتوجیه وتمجید اصول موجود درآن حقوق میباشد ، تمایل عالمگیر شدن را نیز از مختصات حقوق دسته سوم (پیشرو) میتوان دانست ، بعلاوه این دسته ازحقوق درموقع ایجاد مخالفت شدید وعمیقی بااصول معمول سابق ابراز میدارند ؛ همین مخالفت در واقع علت موجودیت آنها میباشد . مهمترین و کاملترین نمونه حقوق مذهبی حقوق اسلام است ، درمدت ۱۴ قرن اصول حقوق اسلامی بخصوص درقسمت حقوق مدنی قابلیت تطبیق‌فوق‌العاده‌ای بااحتیاجات‌مختلف ملتهائی که ازلحاظ تمدن نیز تفاوت بسیار داشته اند نشان داده است ولی بدلایلی که فعلابحث آنها مورد نظر نیست امروز حقوق بسیاری ازکشورهای مسلمان‌منطبق باحقوق اسلامی نمیباشد . قوانین ترکیه وقانون جزای ایران نمونه‌ای از این عدم انطباق رانشان میدهد ، برای نمونه‌کامل حقوق سیاست‌اقتصادی، حقوق روسیه‌شوروی

۱ــ مقدمه حقوق تطبیقی ص ۶۵ و ۶۶

را میتوان ذکر کرد . زندگی بیش از یکصدو هفتاد میلیون[۱] ازمردم مستقیماً تابع حقوق سویت می باشد ، متأسفانه علل سیاسی وتبلیغی مانع بزرگی درراه مطالعهٔ علمی این حقوق ایجادکرده است ، این حقوق انقلابی که منظورش اجرای نظرات سیاسی واقتصادی خاصی است خصومت آشتی ناپذیری را باکلیهٔ دسته های حقوقی اعلام داشته است و وبهمین علت بیشتر مطالعاتی که از طرف پیروان ویادیگران درخصوص حقوق سویت بعمل آمده است ازشائبه اغراض سیاسی مصون نمانده است . بنظر سویتها همه چیز جقوق آنها باحقوق سایرین متفاوت است ، زاگویا دینسکی[۲] حقوقدان روسی میگوید :

«عقدبیع درسیستم سرمایه داری یك وسیلهٔ رقابت واستثمار است ... عقدبیع مایکی از وسائل اجرای برنامه سوسیالیستی است ، نتیجه بیع دراینجا تقویت ذخیره سوسیالیستی ومآلا توسعه روابط سوسیالیستی است ». درجای دیگر همین کتاب می نویسد: «حقوقدانان روسی درانتخاب فلسفه حقوقی آزاد نیستند وبدون استثناء از فلسفه‌ای که بناواساس تشکیلات حقوق روسیه پس از انقلاب بر آن نهاده شده است متعصبانه طرفداری می کنند ... انتقاد اصول مارکسیسم لنینیسم که در خارج ازروسیه ازساده‌ترین ومعمولی ترین امور است درداخل آن کشورمقدور نیست[۳] » .

بنظرما تحت عنوان واحد قرار دادن این دونظام حقوقی وذکر اشتراکاتی که یادشده ، همانگونه که درمتن ذکرگردیده است ، ناشی ازاینست که مطالعات دراین خصوص ازشائبه اغراض مصون نبوده ویامبتنی براشتباه بوده است ، زیرا از لحاظ وحدت روش تحقیق وعدم امکان انتقاد در این دو نظام حقوقی که یکی از ملاکهای

۱- این کتاب در ۱۳۳۶ خورشیدی نوشته‌شده است ، ولذا آمار مذکور با جمعیت فعلی روسیه شوروی (۱۳۴۸) منطبق نیست فعلا روسیه شوروی بالغ بر ۲۲۰ میلیون جمعیت دارد

Z agviadinsky - 2

۳- مقدمهٔ حقوق تطبیقی ص ۷۰

تحت عنوان واحد قراردادن است ، قدری قابل تأمل و بحث است ، همانطورکه در فصول گذشته درباره آزادی فکرونظر دراسلام بحث شد باید بگوئیم که بنا باصول کلیه‌ای‌که درحقوق اسلامی وجود دارد امکان هرگونه انتقاد را نشان میدهد ، مثلا این‌اصل‌که باید «صلاح‌حال جامعه مراعات شود»راه هرگونه انتقاد وتحول رابروضع تثبیت شده بازمی‌گذارد ، وهمچنین باتوجه باصل فعلیت دادن به عدالت درحقوق اسلامی امکان هرگونه قانون ومقررات تازه رابه مجتهد میدهد ، اسلام‌باباز گذاشتن باب اجتهاد امکان هرگونه تغییر وتحولی را در این حقوق پیش بینی نموده است ، پس نمی‌توان گفت‌که «هر مطالعه حقوقی‌که ازطرف پیروان بعمل آید یا بمنظور تطبیق این اصول است باموارد ، یاتوضیحی است درخصوص اجرای‌حقوق مزبورویا بیشتر از نظر توجیه وتمجید اصول موجود درآن حقوق میباشد» وماپیش از این در این کتاب بحث کردیم‌که‌چه درآیات قرآن وچه‌درروایات اسلامی همه جا ازاختلاف نظر علما ودانشمندان استقبال شده وآنرا رحمت دانسته اند .

واز طرف دیگر درحقوق اسلامی اصول‌کششدار دیگری که بمنزله راههای گریز ومحلهای انعطاف باشد وجود دارد تا بتوان جمود وتحجر را جبران نمود و علاوه براصول تابدار ، اعتبار عقل واجماع وعرف وعادت ، فقه اسلامی رامتضمن قابلیت انطباق عملی فوق‌العاده‌ای‌کرده ودراین میان ؛ اصول وپرنسیپها به‌مدد اجتهاد درمکانیسم حقوق اسلامی آنچنان کارمی‌کنندکه معایب حقوق پیشرو ونقائص آن‌در حقوق اسلامی ، بدون شك ، دیده نمی شود .

۲ ـ قلمرو دوحقوق

باری قلمرو ومحیط عمل نویدهای مذهب بسی وسیعتر ودرعین‌حال دورتر از حقوق سیاست اقتصادی است ، زیرا علاوه بر این دنیا تحقق آن نویدها و بشارتها دردنیای جاودان دیگری است که مؤمنان و طرفداران حقوق مذهبی را وادار به ازخودگذشتگیها وفداکاریها تاشهادت یاسعادت سرمدی‌می‌کند ؛ درصورتیکه،نویدهای

سیاست اقتصادی مربوط بهمین دنیا است واز آنجاکه ارزش وقیمت هرچیز بامدت نسبت معکوس دارد ، پس هرچه مدت وزمان تملك وحیازت ورسیدن بیك شیء یا یك وضعیت دورتر و بعیدتر باشد ناگزیر ارزش ومقدار آن بهمان اندازه کمترخواهدبود، امادرنویدهای این دنیااسلام باکمونیسم یکسان است ، ودراین مسأله اسلام تاآن حد باقتصاد اهمیت داده که آنرا مقدم برعبادات نموده است ، فقط علاوه براین دنیا ، به دنیای دیگری نیز نوید داده است که این را حقوق سیاست اقتصادی فاقد است ، پیامبر اسلام فرمود :

« خداوندا نان اجتماع مارا مبارك فرما زیرا اگر نان نباشد نه نماز خواهیم خواند ونه روزه خواهیم گرفت ونه سایر واجبات را بجای خواهیم آورد »[۱]

حتی کسی که بمعاش خود بانظر بی‌اعتنائی بنگرد بمذهب خود بی‌اعتناست (من لا معاش له لامعادله) واین دائره مسؤولیت تا آنجاست که دربرابر زمین قابل بهره برداری نیز مسئول می‌باشند که اگر سه‌سال زمینی رابدون استفاده گذارند ، صاحب آن نخواهند بود[۲] . پیامبر از حال شخصی ازمسلمانان جویاشد گفتند پیوسته‌مشغول عبادتست ، پیامبر پرسیدمخارج خانوادهٔ وی‌راکه میدهد ؟ گفتند : مامیدهیم ، فرمود همگی شماها ازاو بهتر وبرترید . وازطرفی دوربودن نوید های مذهب را ، نفوذ عمیق واصالت معنای آن نه‌تنها جبران میکند ، بلکه گذشت وفداکاری وشهادت را نیز بامعنی می‌نماید . احادیث دیگری نیز دراین مورد مؤید گفتار ما میباشد از

۱ــ فروع کافی حدیث نبوی : «اللهم بارك لنافی الخبز فانه لولاذلك ماصمنا ولاصلینا ولااقمنا حدود ربنا»

۲ـ سهل بن زیاد ، عن ریان بن الصلت ، اورجل عن ریان ، عن یونس عن العبد الصالح علیه السلام ، قال : ان الارض لله عزوجل ، جعلها الله رزقا لعبوده ، فمن عطل ارضا ثلاث سنین متوالیة لغیر علة اخرجت من یده ودفعت الی غیره ، ومن ترك مطالبة حق له عشر سنین فلاحق له» واحادیث دیگر بسیار است از آنجمله «من احیا ارضاً میتافهی له» و«الارض لمن احیاها و«الزرع للزارع ولوکان غاصباً» .

قبیل : « الدنیا مزرعة الاخره » دنیا کشتزار آخرت است ، و « لاتنس نصیبك من الدنیا واحسن کما احسن الله الیك » یعنی سهم و بهره خویش را از دنیا فراموش مکن وهمانگونه که خدا بتو نیکی کرد نیکی کن (قرآن مجید) وجملهٔ امام صادق : « لیس منا من ترك دنیاه لاخرته ولا آخرته لدنیا » یعنی آنکه دنیایش را برای آخرت رها می‌کند و نیز آنکه آخرتش را بدنیایش می‌فروشد از ما نیست .

وپیامبر فرمود : «کاد الفقر ان یکون کفراً » یعنی فقر شباهتی بسیار نزدیك به کفر دارد و نیز علی علیه السلام فرمود : « آنکس که معاش ندارد به روز جزا ایمان ندارد »

ازاینها که بگذریم بقول برتراند راسل : « از ظهور اسلام تا امروز امری بسرعت وشگفت انگیزی پیشرفت کمونیسم دیده نشده‌است »[1].

بسیاری این پیشرفت شگفت‌انگیز را معلول نیروی عقاید مارکس و پیروان وی که ازکینه وانتقام سرچشمه می‌گیرد میدانند ، ولی بنا به عقاید مارکس این کینه منطقی نیست ، زیرا وحشیگریهای سرمایه داران ، امری جبری ومقدر بوده است ، وهیچگونه به شرارت وخبث طینت افراد مربوط نیست ، عقاید مارکس عکس‌العمل مطالعهٔ درحال کارگران کارخانه‌های بریتانیا درسالهای ۱۸۴۰ تا ۱۸۵۰ میباشد ، در این سالهای وحشتناك ، که دراثر عقاید لیبرالیسم اقتصادی کارخانه های عظیم بکار افتاده بود ، گروهی درکارخانه‌ها بکار مشغول بودند ، درمیان آنان اطفال ، زنان نیز مشغول بکار بودند ، روزی تا چهارده ساعت وگاهی تا هفده ساعت کار در برابر دستمزدی بخور ونمیر ، درآن روزگار هنوز بیمه‌های اجتماعی کارگران وجودنداشت وقراردادکار عمومی نبود بلکه فردی وخصوصی بود ، ودربحرانها وتعطیل کارخانه‌ها یکمرتبه هزاران کارگر بینوا وبی‌گناه ازکار میماندند وهمان بخور ونمیرهم به‌آنان نمیرسید ، کینه واکنش طبیعی این‌اوضاع واحوال ناگوار بود ، مارکس این حقد و

۱- امیدهای نو ص ۱۷۹

کینه را بصورت اصلی ازاصول نظام عالم درآورد وآنرا منشأ کلیه پیشرفتها دانست ، قبل ازوی پیشوایان سوسیالیسم ازقبیل رابرت‌اون[1] وسن‌سیمون[2] وفوریه[3] نیزراههائی پیشنهاد میکردند ونسبت به‌عقل انسان حسن نیت نشان میدادند مارکس آنان را خیالپرست نامید ، عقاید او ازپیشینیانش خشن‌تر وقوی تر بود ، وی‌معتقد بود ، که عقاید سیاسی افراد مبین منافع طبقاتی آنان است ولذا سعی در تغییر این عقاید فایده‌ای ندارد درانقلاب کبیرفرانسه طبقه بورژوا یعنی متوسط ، طبقه‌اشراف وفئودال را واژگون‌کرد ، ودرانقلاب‌کمونیست طبقه کارگر میخواهد طبقه بورژوارابراندازد ودراین جنگ طبقاتی طبقه‌کارگرپیروزخواهدگردید، زیرا سرمایه‌داری ، آنگونه گسترش پیدا کرده است که‌اجباراً تعداد ثروتمندان را روزبروز کمتر وتعداد آنان که ازهمه‌چیز محرومند روز بروز بیشتر وبیشتر خواهدگردید ، به‌عقیده مارکس دراین‌نظام بالضروره ثروت نمی‌تواند عادلانه تقسیم وتوزیع‌گردد ، وفتح نهائی‌کارگر حتمی‌است ، حال‌اگرشخص عاقل باشد بطرف طبقه‌ای‌که‌برنده‌است روی خواهدآورد طبقه‌ای که روی‌کار خواهدآمد ودیکتاتوری پرولتاریارا بوجود خواهدآوردزیرا؛ عبور ازکاپیتالیسم بسوی کمونیسم یکمرتبه ممکن نیست ، در این میان گذرگاهی بنام سوسیالیسم ، که بردیکتاتوری طبقه کارگر محروم استوار است ، باید طی شود ،

---

1 - Robert Owen (۱۷۷۱-۱۸۵۸) انگیسی استوی Socialist Associationiste است .

2 - Saint Simon (۱۷۶۰-۱۸۲۵) فرانسوی است وی را بعضی پدر سوسیالیسم نامیده‌اند .

3 - Fourier (۱۷۷۲-۱۸۳۸) فرانسوی است وی نیز مانند اون سوسیالیست اسوسیاسیونیست است

۳ ـ افکار و آراء مارکس[1]

برای تحقیق و بررسی بیشتر حقوق روسیه لازم است که از نظریات فلسفی و عقیده‌ی مادی تاریخی[2] و منطق مادی[3] مارکس اطلاعاتی ولو اندك در دسترس خواننده بگذاریم ، از نظر فلسفی به‌عقیده مارکس جهان ازماده ساخته شده وقوانین مادی بر آن حکمفرماست ، خدا وروح وجود ندارد ، وجهان مادی را وابسته ذهن ما نمیداند یعنی اصالت تصوری[4] نیست ، ماده راهم بی‌حرکت نمی‌داند ، بلکه ماده از درون ودرذات خوددارای حیات‌وحرکت وجنبش است ، جهان هم جهان اضداداست، هرضدی باضد دیگر ترکیب می‌شود واز اجتماع آنها عنصر ثالثی پدید می آید ، خلاصه دنیا دنیای تغییر وتحول وتکامل است ، واگر نبرد وکشمکش نباشد ، تکاملی هم وجود نخواهد داشت ، ضمن این‌کشمکش ممتد گاهی یکباره شیء موجود جهش وخیز برمیدارد کمیت آن زیادگشته وحجم موجود به‌کیفیت تازه‌ای تبدیل می‌یابد ، وبدینگونه کمیت به کیفیت تبدیل گشته ، تکاملی حاصل میگردد ، وباز موجود جدید درعرصه تغییر وتغیّر قرارگرفته و باز باضد دیگری موجودی جدید پدید می آورند واین امر تابی‌نهایت یعنی تاابد جاری وساری است ، درعالم اجتماع نیز همین‌قانون وجود دارد ، همه موجودات درحال تغییر دائم بسرمیبرند وحتی یك لحظه سکون وجود ندارد ، دیالك تیك اصلا درفلسفه یونان بمعنی بحث و محاوره یعنی منطق وسفسطه بود وهراکلیت ازفلاسفه اواخر قرن ششم پیش‌ازمیلاد نخستین‌کسی‌است

---

1 ـ Karl Marx (۱۸۸۳ـ۱۸۱۸) آلمانی واصلا یهودی است ولی پدرش بدین پروتستان درآمده بود اثر معروف‌وی کتاب « Capital » درسه جلداست ، جلد اول آنرا خودش ودوجلد دیگررا پس‌از مرگش دوست‌وهمکارش انگلس (Engels) منتشر کرد ، این‌دودوست در۱۸۴۸ «مانیفست کمونیست»را تنظیم‌کرده ونشردادند .

2 ـ Matérialisme historique

3 ـ Dialectique matérialiste

4 ـ Idéalisme

که نظریه عدم ثبات موجودات جهان را بیان کرده است ، وسقراط نیز چون در بحث خود روش قابلگی را بکار میبرد یعنی حقیقت را از لابلای تشکیك ونفی و اثبات و تناقض ، استخراج میکرد ، روش وی‌را « دیالکتیك سقراطی » نامیدند ، دراین‌میان فلسفه راه درازی‌را پیمود تا هگل[1] آلمانی درروش فلسفی خود از نظریه هراکلیت یونانی پیروی‌کرد ؛ ودرباره روش‌استدلال ودیگر مسائل ازمکتب‌کانت آلمانی‌تبعیت میکرد ، او درباره روش تعقل عقیده داشت که انسان ابتدا ادراك دارد سپس تعقل ، درمنطق متعارف مردم که بفراخور درك عمومی است ، جمع اضداد محال‌است ولی‌در منطق عقلی چنین نیست ، عقل‌بادرك دومفهوم متضاد ومتناقض حقایق را درك‌می‌کند، مارکس این‌طرز فکر هگل را دنبال کرده ولی بعکس هگل ذهن وعقل آدمی را انعکاس واقعیات میداند یعنی اصالت تصوری نیست ، وبعقیده مارکس نه‌تنها درجهان موجودات مادی عالم هیچ چیز ثابت واستوار نیست ، بلکه درعالم فکر ومعنی نیز هیچ فکر ونظری ثابت نیست ، حقیقت مطلق وجود ندارد ؛ همهٔ چیز نسبی است ، واز اینجهت نخستین ایرادی‌که به‌عقاید مارکس میگیرند ، اینست که وقتی چنین است ، چگونه این‌نظریه را مطلق وازلی‌وابدی میدانند ؟ پس عقاید مارکس‌انعکاس اوضاع زمان ومراحل اقتصادی وتاریخی است ونمی‌تواند ابدی باشد .

۴ ـ نظامهای تاریخی

مارکس همه‌چیز را ازدیدگاه‌اقتصاد مینگرد ، وباصطلاح عامل اساسی واصلی وتعیین کننده تاریخ را درهر عصر اقتصاد میداند ، چگونگی تولید و پخش و تقسیم ومصرف ثروت وروابط کارگر وکارفرما درطول زمان جنبه های دیگر زندگی از قبیل دین واخلاق وفلسفه وعلم وادبیات وهنر را تعیین می‌کنند درست بعکس آنچه تاکنون تصور میکردند که روح وفکر است‌که گرداننده جهان وجامعه وپدیدآورنده

---

1 ـ Hegel (۱۷۷۰-۱۸۳۱)

هنر واندیشه واقتصاد وغیره است ، او معتقد است که حتی خدا نیز زائیده افکار اقتصادی است ، طبقه رنجبر خدا را برای تسکین دردها و آلام خودخلق کرده وطبقه ثروتمند خدا را بمنظور نگهداشتن طبقه رنجبر ساخته است تا ازآنان به‌نفع خود استفاده‌کنند ، خلاصه زیربنای جامعه را اقتصاد میداند وبس وهیچ عامل دیگری‌را قبول ندارد ، واین همان عقیده مادی تاریخی مارکس است که بیان وتفسیر تاریخ باشد ، اگر رژیم بردگی به رژیم فئودالیسم واگر رژیم ارباب رعیتی عهد فئودالیته به رژیم مزدوری دورهٔ سرمایه‌داری‌بدل شده است همه جبر تاریخ بوده‌است ، ومعلوم است که بااتکاء وانتظارکه ازنظریه جبر تاریخی میرودانسان ازهرگونه عمل‌واقدامی بازمی‌ایستد ، وازهرمسئولیتی شانه خالی می‌کند وآنرا تسلیم جبر تاریخ مینماید، زیرا رژیم بردگی قدیم مقدمه وعلت پیدایش رژیم ارباب ورعیتی‌قرون وسطائی‌بودو این‌رژیم‌در بطن‌رژیم بردگی نشوونماکرده ومتولدگردیده‌است،وباز آن‌خودعلت پیدایش رژیم سرمایه ومزدوری‌بوده‌است،وتمام این تکامل‌ها معلول‌تکاملی بوده‌است‌که در امر فنی ابزار کار ووسائل تولید رخ داده یعنی جبری بوده‌است ، پس رحم ، مروت ، محبت ، گذشت ، فداکاری ، عفت ، انسانیت همه زائیدهٔ اقتصاداست .

فقط تنها چیزی که وجود دارد جنگ طبقات است که پیشاهنگ رژیمهای گوناگون اقتصادی واجتماعی بوده است ، وتاریخ نشان میدهد که فتح همیشه با آنها بوده که ازلحاظ تعداد نفرات بیشتر وازلحاظ ثروت برعکس فقیر بوده‌اند ! وپس‌از سیر تکاملی تاریخ اکنون نوبت به سرمایه رسیده‌است .

طبقه سرمایه‌دار طفیلی طبقه‌کارگر است واز«کاراضافی» او استفاده‌کرده وحاصل دسترنج اورا می‌مکد ، حال‌این‌دوطبقه باهم‌درجنگند ، وتغییر تکنیك وتولیدماشینی ودگرگونی طرزتولید با تناقضاتی که بوجود آمده باعث تحریك میان این دو طبقه خواهد شد . ثروتها متمرکز ترمیشوند ، وکارگران‌هم روزبروز بیشتر درکانونهای کارگری دورهم جمع میشوند ، ولذا کاپیتالیسم ازدرون دارد رو بمراحل زوال و

انحطاط میرود واز بطن آن سوسیالیسم جوانه خواهد زد ، وسپس درآن اجتماع دیگر طبقه وجود نخواهد داشت وتمام این مراحل به‌عقیده مارکس خودبخودی واتوماتیك است .

اما از تئوری تاعمل میدانیم که‌فرسنگ‌ها راه است ، درروسیه‌شوروی بالاترین مراتب ازآن متخصصین درجه اول فنی نیست بلکه متعلق‌به نمایندگان صاحب‌قدوت حزب‌حاکمه است واین در امریکاوکشورهای اروپای غربی‌هم‌که یك‌کشور کاپیتالیستی هستند چنین است ودرعمل روسیه شوروی که ازنظر مرامی در جبههٔ مقابل امریکا قراردارد ؛ از نظر روحی واجتماعی رفته‌رفته ، دارد شباهتهائی باآن پیدا می‌کند ، حتی بنظر عده‌ای امروز فاصله فکری ونفسانی میان این کشورهم اکنون کمتر است تامثلا میان‌آمریکا وهندوستان که مرام وروش حکومتی‌مشابه دارند ، بنظر مارکس دولت جز وسیله‌ای دردست طبقات حاکمه برای استقرار وبقاء خودنیست ، وی‌عقیده داشت که‌درجامعه‌ای‌که طبقات درآن‌وجود ندارد بوجوددولت فقط درامور کم‌اهمیت اداری ودفتری نیاز هست ، ولی پس‌از انقلاب ۱۹۱۷ دیدیم که چنین نشده است ، وروز بروز نقش دولت دراین‌کشور قوی‌تر وپلیسی‌ترمی شود، واگر برای این‌سؤال وایراد جواب داده‌شود که انقلاب روسیه تاسالها گرفتار نبرد بانیروهای ضدانقلابی داخلی وخارجی بوده است ، این توجیه نیز قابل قبول بنظر نمیرسد ، زیرا مبارزه طبقه کارگر نباید دراین کشور هنوز وجود داشته باشد ، مگر وسائل تولیدکه‌اساس نظام طبقاتی است دراین کشور دردست عده‌ای سرمایه‌دار وصاحب کارخانه است که بتوانیم این توجیه را بپذیریم ؟ گواینکه اجبار دولت شوروی بتدوین قوانین پلیسی بسیارشدید ، حکایت‌ازاین امرمی‌کند .

بعقیده بعضی امروز درروسیه شوروی که یك قدرت بزرگ جهانی است روشهایش از آنچه درسایر کشورهای بزرگ جهان است چندان متفاوت نیست ، و روز بروز تفاوت‌کمترمیگردد ، شاید درآینده دوستان ودشمنان خود رابنابملاحظات ایدئولوژیك انتخاب ننماید بلکه برپایه ملاحظات سیاسی انتخاب‌کند واین‌بگواهی

تاریخ است که اغلب هدفی که ازجانب دکترین‌ها اعلام میگردد بهنگام عمل یعنی واقعیت بخشیدن بآنها چیزی متفاوت ازدکترین اصلی درمی‌آید ، زیرا بهنگام عمل عوامل دیگر تأثیر خودرا خواهند گذاشت ، وتطبیق دکترین باآن عوامل ؛ خط مشی دکترین را اکثر منحرف میسازد ، اگرنگاهی به تاریخ آداب ورسوم‌روسی بیندازیم ، می‌بینیم که رسوم روسی قبل ازانقلاب اکتبر عبارتند از : یك استبداد و تمرکز طبقه حاکمه ودوم تجلیل وتعظیم دربرابر رژیم .[1] واینجاست که این رسوم وآداب موروثی‌تمام نسلهای گذشته بر روی مغزهای آینده تأثیر خودرا می‌گذارند و وباصطلاح برای واقعیت بخشیدن به‌اصول ودکترین مجبور میشوند تا آنرا فدای تاکتیك نمایند وبااین نقض‌غرض شده‌است .

۵ ـ کیفیت بستگی طبقه به‌تولید جامعه

باوجود وجوه افتراق وامتیازی که افراد هرطبقه بایکدیگر دارند ، اما از ازجهت مالکیت وسائل تولید دارای وضع‌وموقعیتی مشابه یکدیگرند ، بدین ترتیب ازنظر مارکس درهردوره ای به دوطبقه اصلی برمی‌خوریم .

۱ ـ طبقه بهره‌کش که صاحب ابزار تولید است .

۲ ـ طبقه بهره‌ده که فاقد وسائل تولید است وبار تولید رابردوش دارد .

طبقه بهره‌کش ازجهت مجالهای زندگی وهم ازجهت نحوهٔ زندگی ، از وضع وامکانات وموقعیتی بسیار مناسبتر وراحت تر برخوردار است ، مجال زنده‌ماندن ، حفظ بهداشت وسلامت ، تحصیل علم ، درستکار ماندن ؛ تحصیل قدرت وامکان‌احراز مقامات شامخ جامعه برای طبقات بهره‌کش که ازقدرت مالی فراوان برخوردارهستند، بمراتب بیش ازافراد طبقه بهره‌ده وپائین‌اجتماع است ؛ واین همان مطلب عمیق‌است که پیامبر اسلام نیز فرمود : « خداوندا نان اجتماع مارا مبارك فرما زیرا اگر نان

---

۱ ـ جهانی بین ترس وامید ص ۱۱۴

نباشد نه‌نماز خواهیم خواند و نه روزه خواهیم گرفت و نه سایر واجبات را بجای خواهیم آورد» .

گفتم درهر دوره‌ای به‌دوطبقه اصلی بهره‌کش و بهره‌ده برمی‌خوریم ، اکنون به بررسی وچگونگی این نظر در آثار مارکس می‌پردازیم .

۱ ـ دوره‌گردآوری خوراك : دراین‌دوره که ازظهور انسان تاده هزارسال‌قبل ادامه داشته است ، ابزارها بسیارساده وتولید بسیار دشوار بوده‌است ، ولذا انسانها همانند حیوانات کارشان به‌جمع‌آوری خوراك می‌گذشته است ، بنظر مارکس دراین دوره چون انسانها بایکدیگر روابطی ساده داشته‌اند وازطرفی کمترکسی می‌توانست بیش از نیازخود غذابدست آورد ، لذا هیچکس سربارفرددیگر نمی‌گردید وجامعه، واحدی بی‌طبقه بود .

۲ ـ دوره تولید خوراك : مبدأ این دوره ازحدود ده هزار سال پیش شروع میشود ، دراین دوره انسان باتکامل ابزار سازی وکشف شیوه‌های کشاورزی ودامداری به تولید خوراك پرداخت ، دراین‌دوره انسان بجای اسیر طبیعت بودن ، طبیعت را تحت تسلط خویش درآورد وبجای گردآوری خوراك بتولید خوراك‌پرداخت ، دراین دوره‌است که محصول تولیدآدمی ازنیازمندی خودتولیدکننده‌افزون بود ، ولذا «تولید اضافی» امکان پیداکرد ، وبنابراین عده‌ای ازافراد جامعه توانستند بدون‌اینکه در عمل تولید ، نقشی داشته باشند ، ازدرآمد آن استفاده نمایند . ودر این دوره است که برای تولید دوطبقه بهره‌ده وطبقه بهره‌کش پیـداشد ، واین دوره که دوره تولید خوراك است خود دونظام را شامل است :

الف : نظام برده داری .

ب : نظام زمینداری .

الف ـ نظام برده‌داری : دراین نظام برده داران نه تنها از کار بردگان‌استفاده میکردند ، بلکه عملا مالك تمام وجودطبقه برده بودند[۱] .

۱ ـ مادر فصول بعد درباره نظام بردگی بیشتر بحث خواهیم‌کرد

ب - نظام زمینداری : براثر تکامل ابزار تولید وبویژه انقلاب صنعتی وافزونی شماره بردگان ، اداره آنان مشکل ودشوار شد ، ولذا براثر انقلاب بردگان ، نظام زمین‌داری بوجود آمد ، دراین نظام گواینکه طبقه بهره‌کش یعنی زمینداران وارباباں مالك وجود طبقه مولد یا رعیت نبودند ، اما ازدسترنج آنان استفاده میکردند ، و غیر مستقیم آنان‌را در موقعیتی بسیاروخیم وغیرانسانی نگاه میداشتند .

۳ - دوره تولید ماشینی : این دوره پس از رنسانس در اروپا و انقلاب صنعتی آغاز شد ، دراین‌دوره ، رعایا چون اربابان را مانع زندگی عادلانه خود می‌دیدند، سربرداشتندو با انقلابات واصلاحات ، حق خودرا خواستارشدند . دوره تولید ماشینی نیز دونظام را شامل است :

الف - نظام سرمایه داری .

ب - نظام جامعه داری (سوسیالیسم)

الف -- نظام سرمایه‌داری : دراین نظام ، سرمایه‌دار جای زمینداران ومالکان اراضی راگرفت ، ودوطبقه سرمایه‌دار وکارگر صنعتی جایگزین ارباب و رعیت قبل گردید وبارتولید بدوش طبقه کارگر یعنی طبقه بهره‌ده بود واستفاده به‌جیب‌سرمایه‌دار وطبقه بهره‌کش میرفت .

ب -- نظام جامعه‌داری : دراین نظام به برکت تکامل وسائل تولید و در اثر نهضتهای اصلاحی وانقلابی ، یك نظام سوسیالیستی را برای‌آینده بشریت نویدمیدهد بعقیده مارکس دراین نظام است که طبقات ازمیان میروند و جامعه بسوی نظامی بی طبقه (بهشت کمونیسم) پیش خواهدرفت .[1]

ژان پل‌سارتر در «نقد عقل دیالکتیکی» ایراد هائی به مارکسیسم کرده‌است بدینقرار :

---

۱ -- زمینه جامعه شناسی آگ برن و نیم‌کف ترجمه دکتر آریان پور ص ۴۲۱ وبعد

۱ ـ مارکسیست ها سیر اندیشه را تابع سیر تاریخ می‌دانند و این خطاست.

۲ ـ مارکسیسم برای آزادی ارادهٔ آدمی اعتباری قائل نیست و این اشتباه است .

۳ ـ آئین مارکس مقارن ومتناسب با فیزیك نیوتون ، زیست شناس قرن نوزدهم است حال آنکه اساس فیزیك نیوتون دگرگون شده وزیست شناسی تحول پذیرفته است .

۴ ـ اعتقاد به « جبر تاریخ » ازانسان آزاد ، موجود غافلی می‌سازد که در در انتظار مُعجز تاریخ دست روی دست خواهد نشست و مسئولیت در او کشته خواهد شد .[۱]

اما مارکسیستها درمورد این ایرادات با استناد به جمله‌ای از انگلس که می‌گوید: « برای فلسفه دیالك تیکی هیچ چیز نه مقدس است و نه مطلق و نه غائی ، لیکن تنها ماده است که ازلی و ابدی ومطلق است » بگمان خود پاسخ هرگونه ایرادی را درمورد لایتغیر وجزم وقطع انگاشتن این نظام ، میدهند وآنرا نظامی متغیر ومتکامل معرفی مینمایند. ودرمورد جبر تاریخی می‌گویند : « مقداری ازجبر که برای ما شناخته‌شده است ، اختیار نام می‌گیرد »

بهرصورت بحث وتحقیق دقیق پیرامون این فلسفه‌ها را ازمطلب اصلی دور میسازد ولذا بهمین بسنده می‌کنیم .

---

۱ ـ یأس فلسفی ص ۸۰ دکتر مصطفی رحیمی

مبحث دوم
حقوق عرف و سابقه

۱ـ مقدمه و قلمرو جغرافیائی

از نظر حوزهٔ جغرافیائی این حقوق شامل کشور های انگلوساکسون و توابع است ،ازقبیل : انگلستان ، ایرلند ، استرالیا ،زلاند جدید ،کانادا و کشورهای متحده امریکای شمالی وهمچنین هندوستان ،پاکستان،سیلان ، بیرمانی ، مالزی ، اسکاتلند واتحادیه افریقای جنوبی .

سنت‌ها . عرف‌ها ، آداب‌ورسوم درحقوق عرف‌وسابقه «کمان‌لو[1]» بسیارمقدس وقابل احترامند ، زیراروحیه وطرز فکر انگلیسی‌که موجد ومؤسس این نظام‌حقوقی است ، باقانون سروکار ندارد ، برعکس سنت وعادت است که در زندگانی اجتماعی مردم نفوذی بسیار عمیق گذاشته است ، گرچه فشار بیحد سنت و عادت معایبی نیز دارد ، امانباید ازنظر دورداشت‌که استحکام و استواری و ثبات جامعه انگلیسی بر اساس همین تاثیر سنت گذاشته شده است ، انگلیسی‌ها از «قانون نوشته» به مفهوم سایر کشورها متنفر وبیزارند ، زیرا میگویند وضع و تصویب قوانین که بایك قیام

Common Law - 1

وقعود درپارلمان صورت میگیرد ، بهترین عامل استبداد ومخالف آزادی ودموکراسی است ، زیرا بایك نشست و برخاست همهٔ عرف ها وعادت ها وکلیهٔ حقـوق مکتسبی که مبتنی بریك سیروسابقه ممتد تاریخی بوده بیکباره محوونابود میگـردد ، عرفی که درقرون وسالهای متمادی بآن خوگرفته و دلبستگی پیداکرده اند ، بااین وضعیت پیوسته درمعرض تزلزل بیرحمانه است . انگلیسی ها «قانون نوشته» ویا حقوق مدون رامخالف منافع وحقوق مردم میدانند ، وقانون راموجد حق نمیدانند ، بلکه عرف ورویه قضائی دادگاههارا موجد حق میدانند ، وبقـول بنتام[1] که حقـوق انگلیسی «حقوق ساختهٔقاضی[2]» است بنظرانگلیسی هاباروش قانونگزاری سیستم «قانون نوشته» حقوق مردم هرلحظه به خطرانهدام تهدید میشود وجنبه ثبات ودوام خـود را ازدست میدهد ؛ درصورتیکه در نظام حقوقی عرف وسابقه انگلیس مردم عملی را تکـرار کرده ودرخوی ومنش آنان جای گرفته و بصرافت طبع وازروی اختیار وآزادی کامل آنرا اجرا نموده وبه مرور ایام بآن دلبستگی پیدا نموده اند ، وهمین اعمال واجرای یك روش طی سالیان دراز ، کردار نیاکان واجدادشان رابیاد می آورد وقداست ومعنویت ویژه‌ای پیدامی کندکه بسادگی ازآن دست بردار نیستند ، وبقول یکی از دانشمندان «از عوامل اقتدار واعتبار ملت انگلیس که آنان راچندین قرن بصورت یك قدرت وسیاست درجه اول دنیا یایکی از آنها نموده ونگاهداشته است قدرت نظام حقـوقی

---

1 - Jeremy Bentham (۱۷۴۸-۱۷۳۲) یکی از فیلسوفـان و حقوقدانـان بزرگ انگلستان درقرن هیجدهم است ، وی سیاستمدار با نفوذی نیز بوده ودراخلاق وسیاست دارای عقایدی است . تعلیماتش دروضع قوانین اروپا تـاثیرات بسزائی کرده‌است بطوریکه نظریه بنتام وشاگردش جان استوارت میل دراصلاحات اجتماعی وقانونی بسیـار مؤثر بوده ونظرات این دوفیلسوف یکی ازارکان فلسفه لیبرالیسم درانگلیس گردید ، مهمترین کتابی که درآن بنتام افکار خودرا بیان کرده : « مقدمه‌ئی براصول اخلاق وقانون گزاری » است .

2 - « Judge made Law »

ولیبرالیسم انگلیسی است .

دستگاه قضائی انگلستان بلحاظ استحکام و استقلال ضرب المثل است ، دیدیم که چگونه در دیوان دائمی داوری بین المللی لاهه قاضی انگلیسی علیه دولت ، و منافع خودشان بسود ایران رای داد درحالیکه قاضی هندی چنین نکرد وقاضی روسی تمارض نمود ! برای یك انگلیسی قصاص بدون حکم محکمه قابل تصور نیست ، آنان از قدیم ژاندارك مغلوب واسیر جنگی خودرا اول محاکمه میکردند بعد میسوزاندند ! درجنگ بین المللی اخیر نیز دادگاه نورنبرگ راراه انداختند ، اگر سر ببرند باید باپنبه توسل بقانون ببرند[۱] !»

۲ـ زمینه تاریخی

بااینکه از ۱۸۳۲ ، حقوق انگلیس درمرحله تازه‌ای گام نهاده و وضع قوانین بظاهر مانند کشورهای «حقوق نوشته» که ازحقوق رم متابعت کرده اند ، شده است ، باوجود این طرز فکر حقوقدانان انگلیسی ابدا تغییری نکرده است ، وقانون پارلمان را درسیستم کمان لو انگلیس استثناء براصل میدانند ، ویا بصورت قانون خاصی است که پس از قانون عام وضع گردد وقضات دادگاهها قوانین پارلمان رافقط برهمان مورد خاص ومحدود ومعین خود آنهم بعنوان استثناء براصل ـ اعمال می کنند واصل عبارت ازعرفهای اعمال شده وتثبیت شده است .

خلاصه حقوقدانان انگلیسی بیش از هر حقوقدان دیگری باید تاریخ حقوق خودرا بداند زیرا حقوق انگلیس از تاریخ آن جدائی ندارد ، حقوقدانان هنگامی که کتابی درباره تفسیر قانون خاصی می نویسند برای توضیح وتفسیر آن قانون به تصمیماتی استناد می کنند که پیش ازوضع قانون وجود داشته است ، دادگاهها از اینکه قانون را

---

۱ ـ نقل به حذف واختصار از « آزادی هند » مهندس بازرگان ص۱۵۸ چاپ اول .

مانند سیستم کشورهای «قانون نوشته»فرانسه ، بلژیك و غیره دایره شمولش راوسعت دهند ، شدیدااجتناب می‌ورزند ، ولذا برای هر مورد تازه هرروز احتیاج به وضع قانون جدیدی است جان استوارت میل می‌گوید : «درانگلستان به علت اوضاع مخصوص سیاسی‌کشور ما ، هرچند یوغ سنت وعقیده برگردن ماسنگین تر است ، یوغ قانون سبکتر از آن‌است که دراغلب ممالك دیگر اروپا ، در کشور ما دخالت مستقیم قوه قانونگزار یاقوه اجرائی درزندگی‌خصوصی افراد برای‌مردم سخت ناگوار است ،

علت اینهم کمتر آن‌است‌که مردم به حق ، استقلال فردرا محترم می‌شمارند بلکه بیشتر بدان علت است‌که هنوز این عادت درملت مابه جامانده است‌که‌فکر کنند نفع دولت بانفع عموم منطبق نیست ، اکثریت مردم هنوز نیاموخته اندکه قدرت دولت راهمان قدرت ملت حس‌کنند وعقاید دولت راهمان عقاید ملت بدانند، وقتی چنین‌کنند آن وقت‌آزادی افراد به‌همان اندازه مورد تعرض دولت قرارخواهد گرفت که‌امروز مورد تعرض عقاید عمومی است[1] ...» .

بدیهی است‌که باآنچه درمورد ارزش قانون درحقوق عرف و سابقه انگلیسی گفته شد ، این تصورکه دراین‌نظام حقوقی ، قانون وجود ندارد معنی نخواهدداشت زیرا بعکس شاید هیچ کشوری مانند انگلستان کار خانه قانونگزاریش سرعت نداشته باشد ، هرسال صدها ماده قانون از پالمان انگلیس می‌گذرد ! ولی این‌قوانین همانطورکه یادآوری گردید - مفهوم ومعنایش باکشور های قانون نوشته فرق دارد ، این قانون درحقیقت «غلط نامه» کمان‌لو (عرف وسابقه) است ، آنهم درمورد محدود وزمان محدود ، والاعرف وسابقه بجز درمورد خاص‌که‌قانون باشد عمومیت خودرا از دست نمیدهد(زیرا قانون عام «عرف‌وسابقه» باوجود قانون‌خاص مباینتی ندارد ، مامن عام‌الاوقدخُصّ) پس‌یك‌قاضی انگلیسی باید راه‌حل موضوع مورد نظر را ابتدا در

---

۱ ـ درآزادی جان استوارت‌میل ترجمه دکتر محمود صناعی ص۲۲

عرف کلی قدیمی جستجو کند سپس برای اطمینان از عدم تغییر عرف مزبور به مجموعه قوانین مراجعه نماید ، واما عرف وسابقه نیز با آنچه در کشور های سیستم حقوق نوشته (مثل فرانسه) وجود دارد تفاوت بیّن و آشکار دارد ، زیرا عرف وسابقه یك عرف واقعی نیست بلکه عرف و سابقه منشور هائی است که در داد گاههای شاهی انگلیس تاسال ۱۱۸۹ زمال تاجگذاری ریشارد شیردل ازطرف داد گاهها اعمال شده و تثبیت گردیده ، بطوریکه گفته میشود ، کمان لوراقضات دادگاههادرعمل ساخته اند وبعد بعنوان یك عرف وسابقه تغییر ناپذیر باقیمانده وبهمین سبب است که حقوق انگلیس ازتاریخ آن جدانیست ، واغلب ممکن است قضات در حکم خود استناد به یك ماده از ازمنشور چند قرن قبل کنند وبعبارت دیگر دراین نظام حقوقی که هرسال صدها ماده قانون ازتصویب می گذرد قانون منبع درجه دوم حقوق است وحقوق انگلیس درخارج ازهر قانونی وجود دارد ، یعنی اگر قوانین حذف شدند حقوق انگلیس باقی خواهد بود ، برخلاف ممالك «قانون نوشته» که قانون منبع درجه اول ورویه قضائی وعرف منبع درجه دوم است ، درحقوق انگلیس عرف وسابقه تثبیت شده دادگاهها منبع درجه اول است ، بهمین علت گاهی تصفیه دسته جمعی انبوهی ازقوانین مصوبهٔ پارلمان انگلیس ضرورت پیدا می کند مثلا درسال ۱۸۶۱ یك قانون ۹۰۰ قانون را ازاثر انداخت ودرسال ۱۸۶۷ قانون دیگر ۱۳۰۰ ماده قانون را ملغی الاثر ساخت[1] .

بدیهی است که حقوقدانان طرفدار قانون نوشته این سبك را نمی پسندند ، وفرضاً اگر مقتضیات زمان ومکان ایجاب کرد ، که قانونی کهنه وفرسوده شده وناگزیر بلااجرا ماند ، بلحاظ اهمیت فوق العاده ایکه دراین سیستم ، قانونگزاری دارد و برای هدف ومنظور مقنن وروح قانون عظمتی خاص قائلند ، لذا بفوریت قوانین را از اثر نمی اندازند ورسماً آنرا لغو نمی کنند . اکنون اگر بادقتی ژرف وروشن باین دونظام حقوقی بنگریم ، خواهیم دید که کلیهٔ اختلافات ظاهری بوده ، زیرا حقوق

---

۱ ــ مقدمه حقوق تطبیقی ص۵۸

برای برطرف ساختن نیازهای توده‌ها و ناروائیها و تحت نظم قرار دادن و تعدیل کردن وکاستن ناهنجاری ها وستم‌ها ئیست که برانسان می‌رود، بنابراین اگر قانونی نتوانست منطبق بااحتیاجات روزانه مردم باشد ، خود بخود در عمل ملغی‌الاثرومراعی مانده ومحکوم بیك نوع نفی غیررسمی خواهد شد .

درخاتمه این مبحث باید توجه‌کرد که انگلیس ها به استدلال حقوقی کمتر توجه می‌کنند تا بواقعیت پدیده‌های مختلف اجتماعی ، زیرا هیچ تعمیمی و کلی‌یی جز اندکی حقیقت در بر ندارد لذا حقوقدان انگلیسی قواعد «کمان‌لو» را در مجموعه های مختلف حقوقی جستجو می‌کند ، سرفرد ریك پلك[1] نصیحتی راکه‌جدش درموقع شروع مطالعه‌حقوق باوداده‌است چنین نقل می‌کند : «من هیچگاه‌کتابی‌راجع بکلیات حقوق نخوانده ام . حقوق‌را بامطالعه مجموعه های آراء قضائی و تعقیب مباحثات حقوقی درداگاهها وتفکر راجع بآنچه خوانده بودم و تکرار آنچه شنیده بودم آموختم[2] » .

۳- اعتبار عقل درحقوق انگلیس ونیرنگهای‌قانونی

آنچه دراین گفتار درباره نظام حقوقی «کمان‌لو» مورد نظر است تااهمیت‌آن تاحدی روشن‌گردد شناساندن اعتبار عقل[3] درحقوق انگلیس است ، زیرا این امتیاز چه ازنظر تاریخ تکامل‌حقوق وچه‌از جهات دیگرکه تشریح خواهد شد ، نقش‌مؤثری را ایفاکرده ومی کند ، حقوق کلیسایاحقوق مذهبی ، نظرات حقوق رم ، آراء وافکار جاری زمان و ... از مجری ومصب عقل واردحقوق انگلیس گردیده است ،کلاههای نامشروعیکه باحیل قانونی ، بسرقانون می‌گذارند ، بااعتبار عقل ممنوع گردید ،

---

1 - Sir Fredrik Pollock

۲ - مقدمه حقوق تطبیقی ص۵۳

3 - Reason

زیرا این کار مخالف نظر معقول[1] بود .

فرمولها ودستورالعملهاکه‌محلهای‌گریز وانعطاف برای فرارازممانعتهای قانون درست می‌کند تاخود را ازپیچ وخم این‌ممانعتهارهانیده وبمقصود برساند ، از آنجاکه این کارمخالف عقل است دراین‌نظام حقوقی جریان ندارد .

البته این روش تخلص ازممنوعیتهای قانونی را درحقوق انگلیس نخستین بار دادگاههای انصاف[2] غیر قانونی تلقی کردند ، زیرابنابیکی از قواعد انصاف که‌هنوز ازمحاکم‌آن زمان بیادگار مانده این عمل ممنـوع گردید : «انصاف قبول نمی‌کند که یك قانون نوشته وسیله تقلب گردد[3]» مثلا اگر مدیون باحیله ، طلبکار را ازدین خود غافل نگاهداشته باشد نمی تواند از قانون مرور زمان استفاده کند .

طرق رهائی از تحریم قانون متأسفانه درحقوق اسلامی نیز ببعضی اجازه داده تاسوءِ استفاده های ناروا نموده وبهر نحوی‌که شده عمل حرام خودراجایز جلوه دهند ولواینکه تفسیرشان مستلزم نقض غرض وهدف قانون باشد .

در اصطلاح حقوق جدید اروپائی ، سوء استفاده ازحق یا یکنوع افراط در استفاده ازحق[4] ویا افراط علنی دراستفاده از حقی مورد حمایت قانون قرار نخواهد گرفت[5] مثلا هرگاه شخصی ده هزار تومان بدیگری بدهد وشرط نمایدکه پس ازیك سال ده هزار ودویست تومان بگیرد ، ازنظر حقوق اسلامی این شرط مبطل‌عقداست واین کار حرامست والبته رباست ومجازات وکیفر الهی وقانونی‌دارد ، ولی اگر پس از یك سال ده هزار تومان را باده هزار تومان و دویست تومان علاوه وپنج سیر نبات

---

1 - Reasonable

2 - Court of Equity

3 - « Equity does not allowa statute to be made an instrument of fraud . »

4 - Abus du droit

۵ - مبانی حقوق دکتر موسی جوان جلداول ص۲۰۱

معامله یا مصالحه کند[۱] ! جایز خواهد بود ! گروه کثیری از حقوقدانان اسلامی با اینگونه روشها و حیل قانونی مخالفند و آنرا با روح اسلام منطبق نمیدانند زیرا در قرآن در بارهٔ هیچ گناه و جرمی باندازه ربا بالحن شدید تأکید بحرمت نشده است .

در قرآن آمده است که : رباخواران با خداوند اعلان جنگ میدهند[۲] ، و بسیاری آیات دیگر که در حرمت ربا آمده است ، ولی دسته‌ای از فقهای اسلام بعضی از صور سفته را صحیح میدانند و هر کدام دلائلی دارند ، ولی بنظر میرسد که در حقوق اسلامی با توجه باعتبار عقل و با استناد باصل «العقود تابعة للقصود» که عقود و قرار دادها را تابع قصد و منظور طرفین معامله نموده است ، باین صورت سازیها خاتمه داده و وسیله بدست اشخاص زرنگ و کلاهبردار نمیدهد و اینگونه اعمال را جایز نمیداند ، و ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران نیز که مشروعیت جهت معامله را یکی از شرایط صحت آن دانسته است منطبق با اصول کلی و اساسی است که در هر معامله و تعهدی در حقوق اسلامی لازم و ضروری است .

۴ـ نیرنگهای قانونی در حقوق اسلامی

حیله شرعی بآن عملی گویند که مخالف مصلحتی که قانونگزار در نظر داشته است ، باشد ، وضمناً برای اینکه این مخالفت ظاهر و آشکار نباشد آنرا در قالبی شرعی و قانونی میریزند ، از جمله حیله‌ها یکی این بود که بنی‌اسرائیل از صید ماهی در روزهای شنبه ممنوع شدند چندی اطاعت کردند ، ولی ماهیها گویا این مصونیت را احساس کرده بودند ! و روزهای شنبه بیشتر از همه وقت در ساحل دیده میشدند ، بنی اسرائیل بفکر چاره افتاده و سرانجام گفتند تهیه مقدمات صید که منع نشده پس

---

۱ ـ مصالحه نمی‌تواند بکند زیرا بموجب ماده ۷۵۴ قانون مدنی ایران که متخذ از فقه شیعی است : « هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد »

۲ـ آیه ۲۷۹ از سوره بقره : «فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله و رسوله وان تبتم فلکم رؤس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون» .

آبگیرهائی ساختند که با دریا مرتبط بود وما هیهارا درروز های شنبه بوسائلی بآن آبگیرها ودامها سوق میدادند تامملو از ماهی میشد وبعد راه بازگشتشان را مسدود میکردند وصبح یکشنبه براحتی همه آنهارا صید مینمودند درقرآن درمورد اصحاب سبت آمده است که «واسئلهم عن القریة التی کانت حاضرة البحر اذ یعدون فی السبت اذ یاتیهم حیتانهم یوم سبتهم شرعاً ویوم لایسبتون لاتاتیهم سوره اعراف آیه ۱۶۳» و بشدت حیله هارا ممنوع کرده وگناه شمرده است داستان جنگ جنین وسرنیزه کردن پاره‌های قرآن نیز از کلاههای شرعی معروف است و همچنین کلاه دیگر درهمین جنگ بوسیله حیله گر معروف «عمروعاص» بودکه ابو موسی اشعری خشکه مقدس ابله‌را به عوامفریبی اشعث بن قیس کندی بعنوان «حکم» برحضرت علی تحمیل کردند که خود همین دوکلاه دراین جنگ منشاچه مفاسد ومظالمی شدکه جای بحثش اینجا نیست هنوز هم در دستگاه عدلیه ایران کلاههای قانونی بشدت رواج دارد و کلای دعاوی از قبل همین نیرنگها به نان وآب میرسند .

اما درقرآن تنها دلیلی که برای جواز حیله آمده داستان حضرت ایوب است که سوگند خورده بود که بعلتی زن خود را صد ضربه شلاق بزند ، و بعد بی تقصیری وی ثابت شد ، غمگین شد که باقسمی که یادکرده چه کند ؟ دستور آمد که یك دسته چوب صدتائی را بگیرد ویکبار به آن زن بزند .

« وخذ بیدك ضغثاً فاضرب به ولاتحنث » عده‌ای معتقدندکه این آیه درمورد حق الله است وآنرا درقلمرو حق الناس نمی‌توان تجویز کرد ، چه در مورد حق الله بنابر ارفاق وچشم پوشی است بخصوص که بی تقصیری زن محرزشده بوده‌است .مؤید این نظرهم آیه مربوط باصحاب سبت است که ذکرش گذشت ، اماگروهی ازحقوقدانان اهل سنت وجماعت حیله رابطور مطلق تجویز کرده اند ، وحیله باتقلب فرقش آنستکه حیله از نظر صوری ، قانونی است وحال آنکه تقلب از نظر صوری نیز جنبه قانونی ندارد .

یکی از این نیرنگها « بیع شرط » است ، که بدنیست به‌تاریخچه‌ای ازآن دراین‌جا اشاره‌ای بشود میدانیم که‌دربدو امر مقصود از بیع شرط ، دادوستد حقیقی بوده یعنی فروشنده (بایع) واقعاً قصدانتقال مال (مبیع) را به‌مشتری داشته است . النهایه برای پیش‌بینی بعضی حوادث که ممکن‌بود فروشنده را ازانتقال مال منصرف سازد ، فروشنده شرط‌میکردکه هرگاه درمدت معینی‌قیمت (یامثل‌ثمن) را به‌مشتری رد کرد ، حق فسخ و بهم زدن دادوستد را داشته باشد . پس ازمدتی که بیع شرط با همین حقیقت ساده درمیان مردم متداول بود ، نیازمندیهای مردم آنرا ازاین‌حقیقت منحرف ساخت ، چراکه معاملات ربوی حرام بود ؛ وافراد پولدار حتی بـا گرفتن وثیقه معتبرهم حاضر به قرض‌دادن نبودند ، لذا بیع شرطرا ازحقیقت اولیه منحرف ساخته و بدینوسیله بهره پول (ربح) را مشروع نمودند ، ازین روهرکس بپول نیـاز داشت ، ملك خودرا به بیع شرط ولی به‌قصد وثیقه به صاحب پول منتقل میکرد ، و ازآنجا که مقصود فروشنده قرض‌گرفتن به‌وعده معین بود نه انتقال حقیقی ملك ، لذا برای خود درمدت معین اختیار فسخ را قرار میداد ، و از سوی دیگر مشتری نیز مقصودش دادن قرض بااخذ وثیقه وگرفتن بهره بود ، لذامشتری‌هم برای مشروع‌جلوه دادن تنزیل ، مال (مبیع) را بخود فروشنده برای مدت معین اجاره میداد ، چیزی که بخوبی ازعدم‌قصدمعامله دراین‌امر حکایت میکرد ، تعیین مقدار مال‌الاجاره‌وثمن بود ، زیرا قیمت مقرر میان طرفین معامله‌هیچگونه تناسبی‌باقیمت واقعی مال‌نداشت ونه‌هم مال‌الاجاره بامنافع حقیقی عین‌مستأجره متناسب بود ، مثلا اگر کسی‌احتیاج به‌ده هزار ریال داشت ملکی را که چهل یا پنجاه هزار ریال قیمت داشت به صیغه بیع شرط به‌ده‌هزار ریال میفروخت وسپس‌آنرا بدویست ریال اجاره میداد ، معلومست که نه‌قیمت ، قیمت واقعی ونه مال‌الاجاره عادلانه است بلکه مال‌الاجاره معادل بـا بهره پول است که میان طرفین مقرر گـردیده درنتیجه این راه حل قـانونی وشرعی معاملات استقراضی همه مبدل به بیع شرط گردید ، ولی متاسفانه اگر درراس مدت

فروشنده که حقیقتاً قرض گیرنده وصورةً فروشنده بود ، موفق به رد قیمت ملك و اجاره بها نمیشد ، مشتری بجای اینکه ازقیمت ملك که درحقیقت وثیقه طلب وی بود ، معادل طلب خودرا بردارد و بقیه را بهفروشنده رد نماید ، به عقد بیع شرط واقعی استناد میکرد وتمام ملك را بهثمن بخس بالامیکشید ومالك میگردید ؛ واز آنجاکه فروشنده بدبخت هم درحال اضطرار تمام خیارات متصوره حتی خیار غبن فاحش را نیز ازخود سلب کرده بود نمی توانست مدعی خیار غبن گردد ، دربرابراین اوضاع ناگوار تاب مقاومت مردم بهنهایت رسیدوبرای جلوگیری ازمشتری های صوری یعنی قرض دهندگان بی انصاف ، درزمان ناصرالدین شاه فرمانی صادرشدکه بموجب آن دیوان خانههای عدلیه یعنی دادگاهها مجاز نبودند درمعاملات بیع شرط حکم دهند که مشتری تمام ملك (مبیع) را تصرف کند ، بلکه باید ازعین یا قیمت آن وجهی را که بهفروشنده داده بودند بامال‌الاجاره مقرر میان طرفین بردارند ومازاد متعلق بخود فروشنده باشد .

فرمان مزبور بجای ایجاد رفاه ، سختی تازهای پدید آورد ، زیرا دراثر آن پولداران حاضر نمیشدند بهاینکه بامعامله بیع شرط معمولی وجهی قرض دهند و ازقرض کنندگان تقاضامیکردندکه ملك را به بیع‌قطعی بآنها منتقل کنند ، النهایه چون قصدطرفین انتقال واقعی نبود ، مشتری صوری که قرض دهنده واقعی بود به فروشنده ظاهری که قرض‌کننده واقعی بودوکالت خارجی میدادکه هرگاه درسرموعد قیمت مال واجاره بهارا ، یعنی وجه استقراضی وبهره پول را ، رد ننماید از طرف مشتری وکالت داردکه تمام ملك رابخود انتقال دهد ، ! وبدینطریق معامله ازصورت بیع‌شرط که‌فرمان‌مذکورشامل آن‌میگردید، خارج و بصورت بیع‌قطع باشرط‌وکالت‌خارج درآمد .دراثر این نیرنگ قانونی جدید دادگاهها در صورت عدم انجام شرط مشتری را مالك قطعی میدانستند ، قانون مدنی ایران درماده ۴۶۳ برای جلوگیری از این وضعیت مقرر میداردکه :

« اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع بحقیقت بیع بوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود » بهرحال این قانون شکنی بوسیله قانون کارش بـآنجا کشید که نویسندگان قانون مدنی ایران به تبَع از بعضی آراء فقه شیعه ، صریحاً ارائه طریق برای تحصیل بهره وربح از سرمـایه‌ای که قرض داده میشود نموده‌اند ، مطابق ماده ۶۵۳ قـانون مدنی : « مقترض می‌تواند بوجه ملزمی به مقرض وکالت دهد درمدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معین از دارائی مدیون رادرهر ماه یادرهرسال مجاناً بخود منتقل نماید » درمقام طرفداری از این مـاده ممکنست گفته شود ماده اطلاق دارد ومقصود انشـاء حکمی برای امکان عقد وکالت در ضمن عقد قرض بوده است.

درجواب گوئیم اگر مقصود خاصی درکار نبود باید ماده درفصل وکالت‌می‌آمد وآنگهی هرکس می‌تواند بهشخص دیگر وکالت دهد که موضوع مشروعی را انجام دهد و چون قصد طـرفین امـر مـشروعی نیست پس چـنین و کالتی هم بـاطل است وچنین است راه حل قانونی دیگر درعقد صلح بموجب ماده ۷۶۸ قانون مدنی که‌از بحث آن می‌گذریم وبدین بسنده‌می‌کنیم .

۵ ـ محتوی عقل در«کمان‌لو» یعنی حقوق عرف وسابقه

ازآنجا که عقل امریست که ازنظرات وآراء زمان الهام میگیرد ودائرمدار تغییر وتکامل است ، لذا یك‌نوع خصیصه تغییر پذیری و انعطاف در حقوق انگلیس ایجادکرده‌است ، حاصل مطلب اینکه حقوق انگلیس ازمفاهیم عقلانی تغذیه می‌کند وبدینوسیله درخت تناور خود را بارورتر وغنی‌تر میسازد ، مطلب دیگری که باید یادآور شویم آنست که بسیاری ازفیلسوفان ازجمله اسپینوزا[1] حقایق عقلی رادرهمهٔ ازمنه امری ثابت ویکسان ولایتغیر میدانند وقائل به تکامل حقـایق عقلی نیستند ،

---

۱ ـ سیرحکمت دراروپا جلد دوم ص۴۵

این امر درست است ، اما عقل همیشه بهمه‌مطلب احاطه نمی‌یابد ، وانگهی مقتضیات زندگی درتغییرند ، ولذاحقایق عقلی هم به تبع آن درتغییر خواهندبود ، بهرحال عقل در حقوق انگلیس عبارتست از :

« نظریات جاری زمان ـ اعمال عرفهای تثبیت شده ـ هم آهنگی لازم بین تصمیمات قضائی ـ احترام اصولی که قبلا قبول ومرتباً اعمال شده است و... خلاصه عقل متوجه نفع دائمی اجتماع ، نفع ثبات حق وامنیت روابط قضائی میباشد .»[1]

اعتبار عقل حقوق عرف وحشی[2] را باتکنیك ویژه‌ای درتمدن جدید ، بدون ایجاد زحمت قابل اعمال‌کرد ، عقل حقوق عرف وحشی را به‌پیش برد وامروزحقوق انگلیس نمونهٔ یکی از عالیترین وعمیقترین دسته های حقوقی جهان است ، و در استرالیا وهندوستان وامریکا وکشورهائی دیگر وارد گردید وباوجودیکه درهندمانند استرالیا وامریکا بازمینهٔ بکر وباخلاء مواجه نگردید ، معذلك حقوق هند (قوانین مانو[3])را تحت نفوذ قرار داد وبه پیشرفت وگسترش آن فوق‌العاده کمك نمود .

---

۱ ـ مقدمه‌حقوق تطبیقی‌ص ۴۴

2 – Gostumier barbare یونانیان بسایر ملل‌غیر یونانی باربار می گفتندوآنان راوحشی‌ودشمنان یونان می‌دانستند ، وجه تسمیهٔ ملل غیریونانی باین اسم‌این بودکه چون‌یونانیان زبان آنان‌را نمی‌فهمیدند . تکلم و تلفظ آنان بگوش ایشان باکلمات بار ، بار ، طنین انداز میشدوکلمه باربار یعنی بیگانه در السنه اروپائی‌بتدریج مرادف باکلمه‌وحشی گردید ، سیر روابط وحقوق‌بین‌الملل دکتر متین‌دفتری ص ۳۱ وسیر حکمت‌دراروپا ص ۲۱ویونانیان‌وبربرها امیرمهدی بدیع ص ۷ و ۳۱ .

۳– قوانین مانو (Manou) ودهار مازاسترا (Dharmasastra) وسمریتی (Smriti) مجموعه های‌قدیمی حقوق هندرا تشکیل میدهد .

۶ ـ اعتبار عقل درداد‌گاههای انگلیس

گفته شد ، که آراء قضائی صادره ازمحاکم دارای اهمیت‌شایانی است بنحوی که منبع درجه‌اول حقوق انگلیس بشمار میرود وقاضی انگلیسی به رأی صادره مثلا ۷۰۰ سال قبل استناد می‌کند .

اکنون عقل باعوامل آن باعقل چندین قرن قبل‌که مقتضیاتی متفاوت‌داشته فرق دارد ، دراین مورد درحقوق انگلیس تکلیف دادگاه چیست ؟

موضوع اغلب باینطریق حل میگردد که قاضی وجه افتراقی میان دعوای مطروحه باحکم صادره دادگاه سابقه (کمان‌لو) پیدا مینماید وهنگامی که اثبات شد که این‌دو ازجهاتی باهم فرق‌دارند ، راساً مطابق عقل رأی میدهد وشاید بهمین علت است‌که بنتام درباره حقوق‌انگلیس میگوید : « قضات انگیس کمان‌لورا بهمان‌طریق که یك نفر برای سگ خود قانون وضع می‌کند برای ملت انگلیس وضع کرده‌اند »[1]

توضیح اینکه مطابق قاعدهٔ قدیمی حقوق رم که یکی از اصول کلی حقوق جزای امروز نیز هست « مجازات بدون قانون میسر نیست[2] » ودرنظام حقوق اسلامی نیز فقها آنرا به « عقاب بلابیان قبیح است » ویامدرك اصل برائت عقلی تعبیر کرده‌اند .

واساساً حقوق جزای امروز براساس دواصل یکی همانطور که گفته شد «اصل قانونی بودن کیفر[3] » ودیگری « اصل قانونی بودن جرم[4] » گذاشته شده است ، اصل

---

۱ ـ مقدمه‌حقوق‌تطبیقی‌ص۴۳

۲ ـ مدرك قبح عقاب بلابیان درحقوق اسلامی هم‌درکتاب وهم درسنت وهم مبتنی برعقل است درقران آیه «وماکنا معذبین حتی‌نبعث رسولا» ودرحدیث «الناس فی‌سعةمالا یعلمون» وچند آیه وحدیث‌دیگر ...

3 - Nulla Poena Sine Legc

4 - Nullum Crimen sine Lege

دوازدهم متمم قانون اساسی ایران میگوید : « حکم واجرای هیچ مجازاتی نمی‌شود مگر بحکم قانون » ماده دوم قانون مجازات عمومی ایران نیز می‌گوید : « هیچ عملی را نمی‌توان جرم دانست مگر آنچه که بموجب قانون جرم شناخته شده » و اصل سوم اعلامیه حقوق بشر میگوید :

«قانون بایستی منحصراً مجازاتی را برقرار کند که کاملا ووضوحاً ضرورت داشته باشد ، کسی نباید مجازات شود ، مگر بموجب مقرراتی که قبل ازارتکاب تصویب و منتشر شده باشد وقانونی اجراشود » .

بهرحال ، این اصول که یکی عنصر قانونی جرم ودیگری عنصر قانونی مجازات محسوب میشود ومطابق آن فقط عملی جرم است که قانون تصریح وپیش‌بینی کرده باشد - مطابق گفته بنتام - درحقوق عرف وسابقهٔ انگلیس وجود ندارد ، بلکه در حقوق انگلیس هرعملی که مخالف عقل وعرف جاری زمان تلقی شود ، بشدت محکوم و مجازات می‌گردد ؛ بطوریکه دیگران جرأت تکرارآنرا نخواهندداشت ، همانگونه که بهنگام تربیت سگ اگرخلافی ازاوسرزد چندمرتبه تنبیه میشود تا آنرا تکرار نکند ، وهمانطور که هیچگاه بسبب اینکه قبلا بسگ گوشزد نکرده‌ایم که فلان عمل رامرتکب نشود ، ازتنبیه وسرکوبی او صرفنظر نمی‌کنیم وبدنبال اینکه دراین مورد متن قانونی وجود دارد یا ندارد نمی‌گردیم ! دراجتماع انسانها نیز چنین می‌کنیم !

پس حقوق انگلیس حقوق پیرو است ، پیرو عرف متحرك وعقل زمان ، یعنی درحقیقت بدنبال اجتماع کشانیده میشود وخود رابا آن میزان می‌کند وترکیبی خاص ازحقوق مدون وحقوق غیرمدون میباشد .

در خاتمه باید اضافه کنیم که درانگلستان تفکیك قوای سه‌گانه (مجریه ، مقننه ؛ قضائیه) ازیکدیگر نسبی است نه مطلق ، زیراهیأت‌دولت درحقیقت کمیته‌ای از مجلس عوام است واعضای آن ازمیان نمایندگان آن مجلس انتخاب می‌شوند و

نخست‌وزیر خود نیز عضو مجلس عوام میباشد ، پس باینطریق مسلماً پارلمان یاقوه مقننه برهمه حاکم خواهد بود . بقول هرلدلسکی[۱] : « مواردی پیش می‌آید که‌میان تفسیر قاضی ازقانون وساختن قانون تشخیص مشکل می‌شود ، هراداره دولتی ناچار است خود قانون‌گزاری‌کند واغلب شغل قضاوت را نیز برعهده می‌گیرد »[۲]

H.J . Laski - ۱

۲- آزادی فردوقدرت دولت‌ترجمه دکتر صناعی ص ۱۳۱

مبحث سوم

قانون نوشته

۱ - زمینه ومقدمه

دراین فصل ماتاکنون نظام حقوقی « مذهب یاسیاست اقتصادی » و« عرف و سابقه» را که هریك نماینده یکی ازدسته‌های بزرگ حقوقی دنیا هستند تا آنجاکه لازم بنظر میرسید ، باختصار بیان‌کردیم ، اکنون بعنوان نمونه دسته «قانون‌نوشته» را که شامل حقوق کلیه کشورهای اروپائی (باستثنای روسیه‌وانگستان) وکشورهای امریکای لاتین وبعضی ازکشورهای آسیائی (ازجمله ایران) و افریقائی میباشد ، بیان وتشریح خواهیم کرد ، وبعنوان نمونه « حقوق فرانسه » را که قوانین کشور ما نیز بیشتر متخذ ازآنست برای بیان مطلب انتخاب می‌کنیم .

اصول حقوق فرانسه ازحقوق رم اقتباس گردیده است ، ایرینگ[1] حقوقدان معروف آلمانی درکتاب روح حقوق‌رم می‌نویسد : « اهمیت حقوق رم از جهت اینکه درموقعی منبع حقوق بوده‌است نیست ، بلکه ازنظر تغییرکاملی است که‌درتمام‌فکر حقوقی ماواردکرده است .

---

1 - Ihering

حقوق رم مانند مسیحیت عامل تحول دنیای جدید شده است »[۱] ایرینگ در جای دیگر کتاب مزبور در پاسخ این سؤال که « آیا تدوین قوانین جدید علامت زوال حقوق رم میباشد ؟ » چنین می نویسد : « همانطور که اهمیت مدرسه بعلت خروج شاگردانی که در آنجا تحصیلات خود را بپایان رسانیده اند کم نمی شود ، تدوین قوانین نیز از اهمیت حقوق رم نمی کاهد . چه از نظر اساسی وچه از حیث صورت ظاهر قوانین جدید برمبنای حقوق رم بناشده اند اثر حقوق رم بهیچوجه محدود بتأسیساتی که از حقوق رم گرفته شده است نمی باشد . فکر حقوقی ، روش ادراک و کلیه تعلیمات ما رومی است ».[۲]

۲ ـ قدرت قانون

بهرحال در این نظام حقوقی قدرت قانون از همه منابع دیگر حقوق بیشتر است وهمانطور که گفته شد ، کشور فرانسه مثال بارز این دسته محسوب میشود . نیرومندی قدرت قانون از نطق بالو بوپره[۳] رئیس دیوان کشور فرانسه در جشن صدمین سال قانون مدنی فرانسه در ۱۹۰۴ کاملا هویدا و مشهود است :

« ... من حقیقةً باور نمی کنم که کسی در مسائل حقوقی موفق به تصور موردی شود که قاضی برای حل دعوای مربوط به آن نتواند بکلمات مضبوط در قانون یا اصلی که در یکی از متن های قانون تثبیت شده است استناد نماید »

همچنین بالو بوپره میگوید : « وقتی عبارت قانون مبهم باشد قاضی و دادرس نباید درصدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانونگزار در صد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق نماید که هرگاه این قانون در عصر حاضر بتصویب میرسید قانونگزار از آن چه منظوری بایستی داشته باشد[۴] ؟ » .

---

۱ و ۲ مقدمه حقوق تطبیقی ص ۳۷ و ۳۸

3 – Ballot Beaupré

۴ ـ مبانی حقوق جلد سوم ص ۳۷۰

دراین نطق بالو بوپره به ضرورت آزادی قضات و دادرسان اشاره کرده و در ضمن همانطورکه‌ملاحظه میشود خارج از عبارات قانونی وخارج‌از نظر قانونگزار راهی برای تحقیق وجستجو پیش بینی نمی‌کند وهرگونه تفسیر و تعبیری را منوط ومحدود به عبارات قانونی میداند .

وخلاصه منظور اینست‌که در این رشته حقوقی تمام آراء محاکم و نظرات ، سرانجام‌بنحوی از انحاء باید بقانون منتهی گردد ، و هرجرم عنصر قانونی دارد ، وعقاب بلابیان قبیح است .

فرق میان یك حقوقدان[1] ماهروز بردست باغیر ماهر که باندازه کافی قوه و قریحه وشم قضائی ندارد . در همین مطلب آشکار میشودکه حقوقدان ماهر میتواند ازروح وفحوای ماده روی اصولی از قبیل تنقیح مناط و وحدت ملاك و غیره ، مطلب وحکم را استنباط واستنتاج‌کند ، زیرا حقوق پیش ازاینکه یك رشته از علوم باشد، یك‌فن وهنر خاصی است‌که قریحه وذوق واستعداد ویژه‌ای لازم دارد .

۳ـ حقوق علم است‌یافن ؟

گفتیم که حقوق فن وهنر است ، زیرا ذوق شخصی‌وآزمایشی‌که مستقیماً در ادراك صحیح دخالت‌می‌کند درآن‌اثر بسیار دارد ، بقول دکتر مندور «یك شیمیست اگر عناصر اولیه مایعی را بشمابدهد ونسبت ترکیب‌آن‌را نیزبگوید وحتی اگرشما طعم هریك ازآن عناصر راجداگانه چشیده باشید باز تاخود ازآن مایع نچشید طعم آن رانمی توانید احساس‌کنید زیرا مواد گوناگون ، هنگامیکه ترکیب میشوند ، خواص تازه ای می‌یابندکه پیش ازترکیب فاقد بوده اند ونیز اگر فرض کنیم زبردست ترین نویسندگان تا بلوئی را وصف کنند باز نمی تواند شما را از دیدن آن بی‌نیاز سازد[2] » .

Juriste – 1

۲ـ «درنقد وادب» دکترمندور ترجمه دکترشریعتی ص ۲۵

درحقوق نیز چنین است باید حقوقرا حس کرد ، چشید ، و این کار درعمل معلوم میشودکه عوامل گوناگون پیچیدهدریك دعوای حقوقی یاجزائی دخالت دارند وکشف حقیقت قضائی مطلب اینجا نیاز به ذوق دارد ، درست مانند دونفر نقاش که ممکن است هردو تابلوئی راروی اصول علمی صحیح کشیده باشند ، درصورتیکه روی یکی از دوتابلو هزار تومان ودیگری دوتومان ارزش گذاشته شود ، اولی علاوه براصول علمی ، هنر وفن وقریحه ذاتی نیز از خود نشان داده ، در صورتیکه دومی قسمت اخیر را فاقد بوده است .

این مطلب درمورد نوشتن وتحریریك داستان یایك اثر ادبی توسطدونویسنده که جهات علمی قضیه راخوب وارد باشند نیز کاملا دیده میشود و این نظررا تایید میکند و قلمروعلم وهنر را ازیکدیگر تفکیك وجدا مینماید ، و اساسا در هررشته ازعلوم وصنایع و ادب وفلسفه ، بدون داشتن ذوق وقریحه هرکس وارد شود رنج و زحمتی که میکشد بیهوده خواهد بود ، شاعری که ذوق نداشته باشد بد شعرمیگوید، ومهندس بی ذوقساختمان ناقص وزشتی ازکاردرخواهد آورد ، هزاران نفر ازمردمان درراه حکمت وفلسفه افتاده اند ومعلومات لازم رافرا گرفتهاند ، اما فقط عده بسیار معدودی بمقام والا رسیده اند وتوانستهاند فکری وطرحی نوارائه دهند .

درمیان حقوقدانان اروپائی ، ازاواسط قرن نوزدهم میلادی ، دربارهٔ علم یافن بودن حقوق ، بحث بمیان آمده ، وبیشتر نظرات براین اساس مبتنی است که اگر حقوقرا برپایه علم محض بپنداریم ، باز حقوق مانند فنی وهنری ویژه جلوهمیکند دراین مورد گفتهاند : «علم حقوق به معنای اخص عبارت ازبدست آوردن اصول و قواعد حقوقی وترکیب وآمیختن آنها از راه ترتیب وتنظیم علمی است .

اما فن حقوق عبارت ازتطبیق این قواعد واصول باموقعیت ووضعیت اتفاقات و حوادث اجتماعیاست[1] » باین تعریف ازفن که عبارت ازعمل و تطبیق باشد ، انتقاد

۱ــ مبانیحقوق جلد اول ص ۱۵۸

شده ، زیرا مطابق این تعریف ، درامرقضاوت توسعه وگسترش وتجدد در رویهٔ قضائی راه نخواهد داشت ، زیراعمل وتطبیق باید مبتنی برتعمق وتتبع افکاری باشد تاپیشرفت درحقوق حاصل شود ولذا تعریفی که بموجب آن : «حقوق را عبارت از فنی میداند که غرض وهدفش فعلیت دادن به‌عدالت‌اجتماعی است» برای‌آن مناسبتر تشخیص‌داده میشود ، حقوقدانان اسلامی نیز قبل‌از اروپائیان درتعریف علم وفن گفته اند :«علم رادومعنی میباشد ، یکی حقیقی وآن انکشاف وادراك حقایق ووقایع است ، دیگری تنزیلی که به‌فن موسوم‌گشته است ، این فـن عبارت از عنوانی است منتزع از جمیع مسائل علم واین انتزاع وقتی است که جهت وجدت درمسائل مزبور ملحوظ بشود و آن موضوع علم خواهد بود[۱] » .

از نظر دیگر علم‌مطلبی کاملا غیرشخصی یعنی متوجه واقع است[۲] درحالیکه هنر برعکس ذهنی وشخصی[۳] اشت ، ونشان وامضای هنرمند بـرآن خـورده است ، فرانسیس بیکن‌می‌گوید ، «هنرعبارت‌است‌ازانسان که برطبیعت‌اضافه شود[۴] » امیل‌زولا[۵] میگوید : «هنر عبارت است ازواقع ونفس الامرکه ازعینك شخصیت‌دیده شوده» دکتر مندور درتایید این نظر میگوید : «ذوق وسیله‌احساس است نه وسیله شناخت ، چه‌ ذوق عنصر شخصی است وشناخت یك امر عمومی . ملکه ای که ذوق‌را بشناخت بدل می‌کند تفکر است ، بوسیله فکر است که ذوق راقدرت وثبات می‌بخشیم و از صورت شخصی بشکل‌عمومی ومشترك ارتقاءمیدهیم[۶] » . بهمانگونه‌که ازمعرفت حسی به‌معرفت علمی دست می یابیم ، ذوق هم وسیله احساس است که بشناخت مبدل میگردد .

۱ـ مبانی‌حقوق ج۱ ص ۱۷۳

2 – Réaliste

3 – Subjectif

4 – « Ars homo additus nature»

5 – Emile zola

۶ـ درنقد وادب ص ۲۵ و ۲۶

۴ـ معنی عرف در نظام حقوقی «قانون نوشته»

درسیستم «قانون نوشته» دادگاه ممکن است گاهی حکمی را منوط به عرف کند ، دراینصورت مسلم است که این عرف باعرف درسیستم حقوق انگلیس فرق دارد، زیرا ارجاع بعرف دراین سیستم ، بواسطه این بوده که نص صریح قانون این ارجاع را الزام آور نموده ، پس درواقع وحقیقت قانون را اجرا کرده اند نه عرف را . خلاصه باید گفت که کلیهٔ آراء بنام قانون و باستناد قانون و بخاطر قانون اجرا میشود .

ولی باید اضافه کرد که امروز این روش طرفدار چندانی ندارد ، زیرا در اغلب کشورها ازجمله سویس ، قانون پیش بینی کرده واجازه داده تادرمواردی که متنی قانونی وجود ندارد ، وعرف وعادت مسلمی نیز در مسأله ودعوای مطروحه ، مورد اعمال مردم نیست قاضی خودرا بجای قانونگزار بگذارد و برمبنای عدالت وانصاف حکم دهد .

روشی راکه باید برطبق آن همه موارد رادرقانون جستجوکرد ، روش پروکروست گویند.[1] پروکروست دراساطیر وافسانه های یونان نام سارقی بوده که پس ازربودن اموال مردم، آنان را روی تخت خود میخوابانیده واگر قد مسافر بلند تراز تخت بود، زیادی بدن اوراقطع میکرد ، وهرگاه بعکس کوتاهتر بود ، باندازه‌ای آنرا میکشید تا درنتیجهٔ اتساع ، بدن هم قدتخت گردد ، این تشبیه اشاره به اجبار والزامی است که قضات کشورهای دستهٔ «قانون نوشته» بانطباق قانون باآراء وفتاوی خود دارند ونقش قانون و اقتدار آنرا نشان میدهد .

درباره دوروش ودواسلوب که قضات درعمل دارند .

۱ـ انطباق قانون بامورد .

۲ـ انطباق مورد باقانون ، مطلب زیر را لازم است یادآور شویم که درمورد

---

1 - Procruste

اول یعنی انطباق قانون بامورد یعنی دردرجه اول قواعد مدنی وحقوقی را درمدنظر قرار دهد وسعی کند تااتفاقات وحوادث واختلافات مردم رابـاآنها منطبق سازد ، در روش‌دوم‌که انطباق مورد باقانون باشد ، حوادث و خصوصیات دعوی را در درجه اول مورد توجه قرار میدهد وکوشش میکندتاقواعد ودستورهای قانونی را باآنها متناسب وهما هنگ نماید .

مسلم‌است‌که‌درروش‌اول‌دادرس‌ناچار است‌تاازاوضاع واحوال‌مسلم قضیه‌کم‌وکسر نماید‌تابتواند آنهارابه‌قالب‌قواعد ودستورهای قانونی‌قالب‌گیری‌نماید ، درحالیکه در روش دوم قواعد ودستور های قانونی را بااین اوضاع واحواع هماهنگ مـی‌نماید ، درروش اول ، قاضی ، فقط به اجرای قانون باهمه کلیت وعمومیت آن توجه دارد ، ولی درروش دوم نظر او به اتفاقات وحوادث برونی است ، تصمیم دارد به هر نحوی که شده ، از ظلم وتعدی جلوگیری‌کند واز زیان وضرر جبران بعمل آورد ، برای توضیح‌این مطلب مثالی را از «مبانی‌حقوق»که درهمین‌موضوع آورده شده می‌آوریم[1] : «فرض‌کنید شخصی براثر حادثه ای صدمه جانی‌دیده ، ناقص شده و برای تمام عمر ازکسب‌وکارمحروم گشته است ، ترمیم زیان وضررارا مطالبه‌مینماید ، قاضی درقضاوت ازطریقه اول خصوصیات حادثه ودعوی رابه یکی از قواعد مدنی‌تطبیق می کندوحکم قضیه را مینماید ، مقصود اوحل وفصل دعـوی ورفع اختلاف وقطـع خصومت است ولواینکه ناچار شود فقط نسبت به ضرروزیانهای مالی و مـادی و محسوس ومشهود کنونی تصمیمی‌گیرد ولی تضررات زیان دیدگان‌را برای زمان آینده‌که ازواقعیتهای مسلم میباشد ازنظر دور بدارد وازاحقاق حق ورفع تعدی از آن خود داری کندولی درطریقه دوم براثر توجه به واقعیتهای برونی ومطالعه دراثرات شوم حـوادث نسبت به زندگانی آینده ومستقبل زیان دیدگان مسئول حادثه رابه‌ترمیم آنها ملزم میدارد

۱- مبانی حقوق ، جلداول ص ۳۴۲ و بعد

ومورد را به عنوان نفی‌ضرر منطبق می‌نماید .

بعضی از قضات وداد رسان در دادگستری ما تصور مینمایند که احکام وقواعد حقوقی ازآهن وفولاد ساخته شده اند وباید در مقام تحقق و فعلیت نیز بهمان کلیت وعمومیت باقی بمانند از اینجهت دراجرای عدالت و داد رسی ناچار می‌شوند بعضی از اوضاع واحوال مسلم حوادث واتفاقات را از نظر دور بدارند و براثر آن احکام دادگاهها از واقعیتهای زندگانی و از مقتضیات مدنیت دور و غیر متناسب میگردند .

میدانید قاضی انگلیسی به چه طریق واسلوب قضاوت ودادرسی مینماید ؟ او عادت ندارد قبلا قواعدکلی را درنظر بگیرد وحکم‌قضیه را ازروی‌آن صادرکند بلکه اتفاقات وحوادث رادر درجهٔ اول مورد توجه قرار میدهد واحقاق و اجرای عدالت را به تناسب جزئیات وخصوصیات هرکدام معمول میدارد وحتی در مواردی که باید ازروی احکام ضمیر وپندار نیك‌ویاازروی قواعدعدل‌و نصفت قضاوت ودادرسی‌کنداین احکام وقواعد را به تناسب مورد وخصوصیات امر درنظر میگیرد ، بی آنکه به‌کلیات ودستورهای قبلی توجه نماید» .

باری در حقوق فرانسه یعنی نظام حقوقی «قانون نوشته» ، نقش قانون را از تشبیه زیر می‌توان دریافت : «حقوق دراین رشته همانند سیمی‌است‌که قانون همچون جریان برق از آن عبور می‌کند وبه محض اینکه جریان برق ازآن سیم قطع گردید برق‌هم خاموش میگردد یعنی اگر قانون را از حقوق نوشته جدا کنید از حقوق‌هم اثری باقی نخواهد ماند»

بااین وجود ، بدیهی است‌که درحقوق عرف وسابقه انگلیس روش پروکروست قانونی‌وجود ندارد ، وبقول بنتام که میگوید : «کلمات قانون را باید مانند الماس وزن‌کرد» .

در حقوق انگلیس قانون‌فقط درهمان مورد محدود ومضیق آنهم بعنوان استثنا

براصل (عرف‌وسابقه) اجرا می‌شود . درسیستم عرف وسابقه اگر قانون راحذف کنیم بحقوق هیچگونه لطمه‌ای وارد نمی شود ، درصورتیکه درسیستم قانون نوشته اگر قانون رابرداریم . ازحقوق چیزی باقی نخواهد ماند . خلاصه آنکه درسیستم قانون نوشته فرانسه ، منبع درجه اول قانون ومنابع درجه دوم وسوم عرف و عادت و رویهٔ دادگاهها وغیره‌میباشد . قاضی فرانسوی هرگونه راه حلی رادر قانون جستجومی‌کند وبقانون معانی‌یی میدهدکه نداشته‌اند ، ولی قاضی انگلیسی‌این کاررا با رویه قضائی (عرف وسابقه) انجام میدهد ، النهایه بادخالت عقل‌اگروجه‌شبه درموضوع مطروحه نبود ، خودرأساً حکم صادرمی‌کند .

فصل پنجم این‌کتاب‌که بررسی اجمالی پیرامون حقوق خارجی و همسنجی نظامهای حقوقی یعنی سیاست اقتصادی ، عرف وسابقه وقانون نوشته وفقه اسلامی بود بپایان رسید ، ولی درخاتمه این فصل این یادآوری را لازم میداند که حقوق هرکشور را همواره طبق اصول‌همان کشور ودر قالب وکادر همان حقوق بایدمطالعه کرد ، والااگربه کلمات‌قانون درحقوق انگلیس همان معانی‌یی راکه درحقوق فرانسه است بدهیم ، بهیچوجه بدرك واقعیت حقوق انگلیس نائل نخواهیم شد و شناسائی هیچ طرز تفکر و سیستم حقوقی‌یی امکان نخواهد داشت ، بلکه محال خواهد بود و بسیاری از اختلافات‌وتضادهای فکری ، ناشی‌از همین توجهات غلط است ، چنانکه شواهد زیادی می‌توان ارائه‌داد که دراثر عدم تفاهم‌اصول حقوقی ملل مختلف‌موضوع منجر باختلاف‌شده است‌چنانکه‌درجریان ملی شدن صنعت‌نفت‌ایران ، دولت انگلیس به دادگاه لاهه شکایت کرد ، دادگاه مزبور عرضحال دولت انگلیس را برای دولت ایران فرستاد ، درابتدا دولت ایران درلایحهٔ جوابیه‌پاسخی داده بودکه مطابق‌اصول حقوقی داخلی ایران بود وبموجب آن خودرا محق میدانست درصورتیکه بموجب همان جواب ، دلائلی‌که دولت انگلیس بآن نیاز مند بود ، برای آن دولت تحصیل گردید وچون جواب مزبور از نظر سیستم‌حقوقی قضات‌دادگاه کافی نبود ، لذاقراری

به‌ضرر دولت ایران و به نفع دولت انگلیس صادر گردید ، و لی پروفسور رولن[۱] حقوقدان بلژیکی وکیل مدافع ایران باکمال سهولت ازتئوری حقوقی ایران دفاع کرد و با آشنائی کامل به‌اصول حقوقی دادگاه بین‌المللی لاهه ، سرانجام رأی نهائی دادگاه مزبور توسط قاضی انگلیسی بنفع ایران صادر شد .

پس آشنائی بحقوق داخلی برای پیروزی در دادگاههای بین‌المللی کافی نیست . وبقول استوارت میل فیلسوف انگلیسی : « ... آنکس که فقط دلائلی برای دفاع ازخود یادگرفته است ، نمیداند چگونه از خود دفاع کند ، ممکنست دلائل اوقوی باشد وکسی نتواند آنهارا رد کند ، اما اگراوهم نتواند دلائل مخالف خودرا ردکند وحتی نداند که‌آن دلائل چه‌هستند . آن‌وقت موجبی ندارد که به‌هیچیك‌از دوعقیدهٔ مخالف معتقد باشد . درچنین وضعی راه عقلانی‌ای‌که می تواند درپیش‌گیرد این‌است که ازاتخاذ هرعقیده‌ای درآن باب خودداری‌کند واگر جزآن‌کندمعلومست یا ندانسته عقیده‌ای را پذیرفته است ویا مثل اکثر مردمان جهان آن‌عقیده رارجحان داده‌است که باتمایلات اوموافق تربوده‌است »[۲]

دراینجا باز برای توضیح بیشتر اضافه می‌نماید که‌فی‌المثل ، اگربه « عقل » درحقوق اسلامی همان معنی را بدهیم که عقل درحقوق انگلیس دارد ـ همانگونه که بعضی نیزمرتکب‌گشته‌اند ـ اشتباه جبران ناپذیری رادست زده‌ایم ، بحث این مطلب درفصول آینده خواهدآمد .

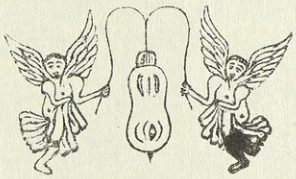
☆ ☆ ☆

تبصره : عنوان فصل‌پنجم «همسنجی نظامهای حقوقی» رامن‌به حقوق تطبیقی ویا حقوق مقایسه داده‌ام ، وبنظر میرسدکه برحقوق تطبیقی ومقایسه ترجیح داشته باشد . چه هم فارسی‌است وهم مفهوم را بهتر میرساند .

Prof . Rolin – 1

۲ـ درآزادی ، جان استوارت میل‌ترجمه دکتر صناعی ص ۸۷

شاید هم‌این رشته علوم تطبیقی‌درحقوق وادبیات وغیره دنباله همان فکر منطق مادی ودیالکتیکی باشد که بصورت اصلی علمی درآمده است که هیچ چیز رانتیجه خودش نمیداند بلکه دراین منطق هرپدیده‌ای نتیجهٔ وجود خویش باوجود دیگران است وهم دراین منطق اجتماع‌وارتفاع نقیضان محال نیست بلکه ممکن است .



فصل ششم

منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی

۱ - مقدمه

بررسی کتابهای حقوق اسلامی ، برای خواننده ، اعجاب آور وحیرت‌انگیز است ، زیرا کمتر نظام حقوقی یی دیده شده‌است که‌تا این‌اندازه درجزئیات وفروع مطالبش کارشده باشد .

اسلام با اعلام برسمیت نشناختن رهبانیت وانزوا ، اصول قوانین خودرا برای پی‌ریزی‌شالوده‌وزیر بنای اجتماعی‌که‌کوچکترین نیازها وغرائز وتمایلات انسانهایش نادیده گرفته نشده است ، باواقع بینی‌عجیبی ؛ بنیان نهاده ، وکاخ عظیم نظام‌حقوقی خودرا که میراثی گرانبها است ، پی‌ریزی‌کرده‌است .

حقوق اسلامی تنها ناظر بانسانها نیست ، بلکه برای انسان نسبت به‌حیوانات نیز تکالیفی تعیین‌کرده است ، که‌درهیچ مجموعه قانونی ازکشورهای متمدن ومترقی امروز ، نظیرش دیده نمیشود فی‌المثل حاکم شرع اسلام ، برای حیوانی که قابل‌بهره برداری نباشد ، درصورت امتناع مالك ، می‌تواند برای‌نگاهداری آن‌حیوان ،املاك ومتاع خانهٔ مالك حیوان را بفروش رساند ، وازاین قبیل مطالب در باره حقوق حیوان بسیار وجود دارد ؛ که انسان را مکلف بانجام آن ساخته است ، در حقوق اروپائی ، چون شخص ناظر بانسان وشخصیتهای حقوقی ازقبیل مؤسسات و بنگاهها میباشد ، ودر مورد صغیر غیرممیز ویا دیوانه ، بااینکه آزاد ومختار نیستند ، وفاقد اراده وشعورند ، معذلك دارای شخصیت حقوقی میباشند . دراین مورد ، در حقوق امروز دنیا گفته میشود ، مجنون وصغیر شخصیت حقوقی ذاتی دارد زیرا که ذاتاً دارای ارزش اجتماعی هستند ، ولی درمورد حیوان این ارزش عرَضی است ، زیرا

حیوان ذاتاً دارای ارزش اجتماعی نیست ! تا مقصد فردی حیوان ، بتواند با منافع اجتماع هماهنگ گردد ، بلکه این حقوق یکنوع حقوق تفویضی است.[۱]

اسلام تنها دینی‌است که درکلیهٔ شعب‌علم حقوق ، اعم ازحقوق خصوصی‌داخلی ازقبیل قوانین مدنی ، تجاری ، جزائی واعم ازحقوق عمومی داخلی وحقوق‌بین‌المللی اظهار نظرکرده وقوانین‌عمیق ودقیق خودرا بنیان نهاده‌است .

۲ - داوری دودانشمند وحقوقدان امریکائی

قبل از ورود به‌بحث پیرامون منابع وقدرتهای‌سازنده حقوق اسلامی ، بعنوان مقدمهٔ این فصل رشتهٔ سخن‌را به‌رابرت هوگوت جاکسون[۲] دادستان دیوان کشور ممالك متحدهٔ امریکا میدهد :

«... قانون درامریکا یك تماس محدودی با اجرای وظایف اخلاقی دارد ، درحقیقت یك شخص امریکائی درهمان حال‌که ممکن است یك‌فرد مطیع قانون باشد ممکن است یك فرد پست وفاسدی هم ازحیث اخلاق باشد . ولی برعکس آن ، در قوانین اسلامی سرچشمه ومنبع قانون ارادهٔ خداست ، اراده ای که برسول او محمد مکشوف وعیان‌گردیده‌است ، این قانون‌واین ارادهٔالهی تمام مؤمنین‌راجامعهٔواحدی

---

۱ - رسول اکرم فرمود : «مردی در راهی میرفت ، تشنگی براو سخت گرفت ، ازچاهی فرورفت وآب آشامید ، وچون بیرون آمد ، سگی را دید که زبان ازکام بیرون آورده واز شدت عطش گل وخاك نمناك زمین‌را میخورد ! دوباره بچاه فرورفت وکف‌خود را پرازآب نمود ودردهان خود نگاهداشت ، تا بالاآمد وسگ‌را سیراب کرد خداوند درپاداش عملش وی‌راآمرزید .

اصحاب گفتند : آیا دربهائم هم برای‌ما اجر و ثوابی هست ؟ فرمود آری درباره هرجانداری چنین است زنی‌بواسطه گربه‌ای که اورا بسته بودونه خود باوغذا داد ونه‌اورا رهاکرد بجهنم‌رفت»

۲ - Robert Houghwout Jackson «حقوق دراسلام» دکتر مجید خدوری وهربرت ج - لیبسنی ترجمه زین‌العابدین رهنما .

می‌شناسد ، گرچه ازقبائل وعشایرگوناگون تشکیل یافته ودرمواضع ومحل‌های دور ومجزای ازیکدیگر واقع شده‌باشند ، دراینجا مذهب نیروی صحیح وسالم التصاق دهندهٔ‌جماعت میباشد نه‌ملت وحدود جغرافیائی .

دراینجا خود دولت هم مطیع وفرمانبردار قرآن است ومجالی‌برای‌قانونگزار دیگری باقی نمی‌گذارد ، چه‌رسد بآنکه اجازهٔ انتقاد وشقاق ونفاق بدهد . بنظر مؤمن این‌جهان دهلیزی است بجهان دیگرکه جهان بهترباشد وقرآن قواعدوقوانین وطرز سلوك افراد را نسبت بیکدیگر ونسبت باجتماع آنها معین می‌کند تاآن‌تحول سالم را ازاین عالم بعالم دیگر تأمین نماید . غیرممکن‌است تئوریهاونظریات‌سیاسی ویاقضائی را ازتعلیمات پیامبر تفکیك نمود . تعلیماتی‌که طرز رفتار را نسبت‌باصول مذهبی وطرز زندگی شخصی واجتماعی وسیاسی همه‌را تعیین می‌کند ، این‌تعلیمات بیشتر وظیفه وتکلیف برای انسان تعیین می‌کند تاحقوق . یعنی تعهدات اخلاقی که فرد ملزم‌باجرای آن میباشدبیشتر مطمح‌نظراست‌وهیچ مقامی‌هم درروی زمین‌نمیتواند فرد را ازانجام آن معاف بدارد ، واگر ازاطاعت سرپیچی‌کند حیات آیندهٔ خود را به‌مخاطره انداخته است .

ازآنجائیکه امریکائیها اساس مذهبی ویافلسفی قوانین اسلامی را قبول‌ندارند اینطور فکر می‌کنند که هرچه براین اساس مبتنی گردیده نمی‌تواند نظر وتوجه مارا جلب بکند ، ولی حقیقت این‌است که همین سیستمی که غیرعملی قلمداد میشود ، اعمال بزرگی را توانسته است بطرز حیرت انگیزی انجام دهد .

اینطور بودکه نیروی‌حیات‌بخش والتصاق دهندهٔ آئین محمدی درظرف‌یك‌قرن پس‌از رحلت محمد ، قوم وعشیرهٔ اورا باآنکه فاقد یك دولت متشکل واقعی وفاقد یك قشون ثابت وفاقد آرمانهای سیاسی مشترك بودند ، معذلك قادرساخت‌برسواحل افریقائی مدیترانه استیلا بیابند ، اسپانیا را مغلوب سازند و فرانسه را مورد تهدید قرار دهند تافتح شارل مارتل درپواتیه بسال ۷۳۲ ... » دادستان دیوان کشور امریکا

درهمان کتاب درجای دیگر میگوید :

« ... مطلب عمده این‌است که ما تازه شروع کرده‌ایم به تشخیص این نکته‌که این مذهب که جوانترین مذاهب دنیا است ، فقهی ایجادکرده که حس عدالتخواهی میلیونها مردمی که‌درزیر آسمانهای سوزان آسیا وآفریقا وچندین هزار نفردیگر راکه در کشورهای امریکا زیست‌می‌کنند اقناع مینماید ، هرچند ممکن‌است‌ما نسبت بالهام مذهبی حقوق آنها مشکوك باشیم معذلك حقوق مزبور درسهای بسیار مهمی دراجرای قوانین بما می‌آموزد .

حالا موقع آن‌رسیده که دیگر خودمان را دردنیا تنها قومی ندانیم‌که عدالت را دوست میدارد ویامعنای عدالت را می‌فهمد ، زیرا کشورهای اسلامی در سیستم قانونی خود رسیدن باین‌مقصد را نصب‌العین خود قرارداده‌اند وتجربیات آنهادرسهای ذیقیمتی برای‌ما دربردارد ... »

« هاکنج » محقق معروف امریکائی واستاد فلسفه دانشگاه هاروارد درکتاب «روح سیاست جهانی » که درسال ۱۹۳۲ به‌چاپ رسیده دربارهٔ آینده فرهنگ‌اسلامی، پس‌ازآنکه بحث مبسوطی راجع باصول و مبادی فقه اسلامی و مذاهب فقهی معروف ایراد می‌کند ، چنین می‌گوید : « راه پیشرفت کشورهای اسلامی این نیست که از نظام‌ها وارزشهای غرب تقلید کنند وآنرا درزندگی خودشان به‌کاربندند ... عده‌ای می‌پرسند آیا دراسلام این نیرو وجود دارد که افکار جدیدی تولید کند و قوانین و دستورات ممتاز ومستقلی برای بشرعرضه بداردکه‌کاملا بااحتیاجات ومقتضیات‌زندگی جدید موافق باشد ؟

پاسخ اینست‌که درنظام اسلامی نه‌تنها هرنوع استعداد وآمادگی برای‌پیشرفت وتکامل وجود دارد بلکه قابلیت تطور نظام اسلامی ازبسیاری نظامهای دیگر بیشتر است . مشکل کشورهای اسلامی این نیست‌که درآئین اسلام ابزار پیشرفت نیست بلکه اینست که (متأسفانه) دراین‌کشور ها تمایل وارادهٔ لازم برای استفاده از این

ابزار پیشرفت وجود ندارد . من باکمال واقع بینی درك می‌کنم که شریعت اسلامی کلیه مبادی واصول لازم برای پیشرفت‌وتکامل را دربردارد »[۱]

۳ـ حقوق‌اسلامی درکنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی

این واقعیت که دانشمندی امریکائی بیان داشته ، تاکنون درچند کنفرانس جهانی نیزمورد تصدیق‌قرارگرفته است وبه عظمت ووسعت و قابلیت تحول فقه‌اسلامی تصریح گردیده برای نمونه‌به دوکنفرانس اشاره می‌کنیم :

درسال ۱۹۳۷ کنگره بین‌المللی حقوق تطبیقی در لاهه تشکیل گردید ، در این کنگره هیئتی از دانشمندان حقوق اسلامی شرکت داشتند[۲] .

ودوبحث بزرگ زیر را از نظر فقه اسلامی مطرح ساختند ومورد بررسی قرار دادند :

۱ـ مسئولیت مدنی وجنائی ازنظر اسلام .

۲ـ روابط وعلاقه فقه اسلامی باحقوق رومی .

پس از ایراد این بحثها ودادن توضیحات لازم دربارهٔ آنها ، کنگره‌قطعنامه‌ای صادرکردبدینقرار :

۱ـ فقه اسلامی‌یکی از مصادر قانونگزاری‌درجهان امروزمی‌تواند باشد .

۲ـ فقه اسلامی حقوق زنده ایست‌که صلاحیت کامل برای تطور و انعطاف دارد .

۳ـ فقه‌اسلامی مستقل است واز هیچ مکتب حقوقی دیگر گرفته نشده‌است .

۴ـ مسئولیت جنائی درفقه اسلامی جزء مراجع و مآخذ علمی کنگره قرار بگیرد وبعنوان یك‌مرجع حقوق تطبیقی شناخته شود .

---

۱ ـ دوسهائی ازمکتب اسلام سال‌نهم شماره۱۰

۲ ـ شیخ محمود شلتوت رئیس فقید دانشگاه الازهر مصر عضو این‌هیئت بود وبحثهای نامبرده‌راوی ایرادکرد .

۵ـ دردوره آیندهٔ کنگره ، زبان عربی ازجمله زبانهای رسمی کنگره قرار داده شود .

۴ـ هفتهٔ فقه اسلامی :

درسال ۱۹۵۱ میلادی نیز دانشکدهٔ حقوق پاریس ، هفته‌ای رابرای بررسی فقه اسلامی معین کرد ، مسئولان کار به‌دانشمندان جهان اسلام پیشنهاد نمودند ؛ نظرفقه اسلامی را درباره چند موضوع که نام می‌بریم اظهار بدارند ودر بارهٔ قسمتهای دیگر فقه اسلامی نیز اگر خواستند بحث کنند . موضوعات تعیین شده عبارت بوداز :

۱ـ طرق اثبات مالکیت درفقه اسلامی .

۲ـ موارد وشرایط ضبط املاك خصوصی برای مصالح اجتماعی وعمومی .

۳ـ مسئولیت جنائی .

٤ـ تاثیر متقابل مذاهب فقه اسلامی دریکدیگر .

رئیس کانون وکلای پاریس که ریاست این کنفرانس را بعهده گرفته بود ، در آخرین جلسه چنین اظهار داشت : «نمیدانیم میان فکری که سابقاً درباره جمود حقوق اسلامی وعدم صلاحیت استنادبه آن درمسائل نو ظهور وقوانین جدید داشتیم و آنچه دراین کنفرانس فهمیدیم وشنیدیم چگونه جمع کنیم ؟ دراین کنفرانس بدون تردید بما ثابت شدکه حقوق اسلامی از عمق واصالت ودقت خاصی برخوردار است ، دامنهٔ آن بسیار وسیع است وصلاحیت داردبه تمام احتیاجات وحوادث عصر ما پاسخ مثبت دهد» . هفته مخصوص فقه اسلامی پایان یافت درحالیکه این تصویب نامه را صادر کرده بود : بدون تردید ، فقه اسلامی این ارزش را دارد که از منابع قانونگزاری جهان حاضر قرار بگیرد ، دراقوال وآراء مختلف مذاهب فقه اسلامی ، سرمایه حقوقی فراوانی وجود داردکه مورد هرگونه اعجاب است ، فقه اسلامی درپرتو

این آراء می‌تواند جوابگوی همه احتیاجات زندگی جدید باشد»[۱]

۵ـ سخنی از برناردشاو

برنارد شاو[۲] نویسنده‌معروف انگلیسی نیز می‌گوید : «من همیشه نسبت‌بدین محمد بواسطهٔ خاصیت زنده بودن عجیبش نهایت احترام‌را داشته ام . بنظر من‌اسلام تنها مذهبی است‌که استعداد توافق و تسلط برحالات گوناگون وصور متغیّر زندگی‌و مواجهه با قرون مختلف را دارد ، چنین پیش بینی میکنم وازهم اکنون آثار آن پدیدار شده است که‌ایمان‌محمد مورد قبول اروپای فردا خواهدبود ، روحانیون‌قرون وسطی درنتیجهٔ جهالت یاتعصب ، شمائل تاریکی ازآئین محمد رسم میکردند ، او بچشم آنها ازروی کینه وعصبیّت ضدمسیح جلوه کرده بود . من درباره این مرد - این مرد فوق‌العاده - مطالعه‌کردم وباین نتیجه رسیدم‌که نه تنها ضدمسیح نبوده‌بلکه باید ناجی بشریت نامیده شود ، بعقیده من‌اگر مردی چون اوصاحب اختیار دنیای جدید شود طوری درحل مسائل ومشکلات دنیا توفیق خواهد یافت که صلح وسعادت آرزوی بشر تأمین خواهد شد[۳] »

۶ـ گفتاری ازروسو راسل

ژان ژاك روسو[۴] درکتاب «امیل» میگوید : « باآنکه عقاید دینی مراکشیشی درصحنه قلبم نهاده است ، ولی وقتی که دراحکام اصول وفروع دین ، خودرا نیاز مند به دلیل وبرهان می‌بینم بسراغ شرایع واحکام ودستورات دین اسلام میروم وحل

---

۱ ـ دولة‌القرآن تألیف طه عبدالباقی سرور ص۱۸۷تا۱۸۹ .

۲ ـ Bernard shaw

۳ ـ خداپرستی وافکار روز مهندس بازرگان واصل عبارت برنارد شاو نقل ازمقدمه کتاب « Mohammad a Postol of Allah »

۴ ـ روسومؤلف قرارداد اجتماعی Contrat Social امیل (Emile) و اعترافات ومنشأ عدم مساوات که تماماً بفارسی برگردانده شده‌است

مشکلات خودرا در آن دین جستجو میکنم» . وی در کتاب قرارداد اجتماعی می‌گوید «شریعت فرزند اسماعیل (محمد) که ازده قرن پیش برتمام دنیا حکمفرماست هنوز هم از عظمت مردان بزرگی که آنرا تدوین نموده اند حکایت می‌کند ، فلاسفه خود پسند و متدینین متعصب ولجوج این مردان بزرگ راحقه بازانی خوش طالع میدانند ولی مردسیاسی واقعی در تشکیلات ایشان قریحه بزرگی رامی‌بیند که موجد مؤسسات بادوامی است» [۱]

برتراند راسل نیز درمورد تمدن درخشان اسلامی میگوید : «در آن روزگاری که اروپا درقعر توحش میزیست ، علوم مختلفه ؛ فلسفه ، شعر ، هنرهای زیبا در چین وکشور های اسلامی رسوخ کامل داشت ، اروپائیان با وقاحت تمام این دوره را عصر تاریك میخوانند ، درصورتیکه تاریکی فقط منحصر باروپا بوده است ، درست بگویم : به‌اروپای مسیحی ، زیراکشور اسپانیاکه در تحت تسلط مسلمانان قرار داشت دارای تمدن وفرهنگ درخشان می‌بود [۲]» ازاین نمونه هاکه‌اعجاب دانشمندان آزاده و آزاد فکر جهانی رادربرابر اسلام نشان‌میدهد ، آنقدرزیاد است که موضوع کتابی جداگانه تواند بود ، بنابراین بهمین اندازه بسنده میکنیم .

☆ ☆ ☆

همانطووکه درفصل پنجم اشاره‌شد ، حقوق اسلامی ، حقوق‌پیشرو بوده ومقارن یاموازی ویاصددرصد پیرو فعالیتهای کور و بی‌هدف بشری نیست ، فعالیتهای‌اجتماعی که بسوی انحطاط وسقوط گام برمیدارد ، مورد تأیید وتصدیق وامضای اسلام نیست؛ حقوق اسلامی اعمال ورویه اجتماع‌را سبك و سنگین‌می‌کند ، برخی را قبول وبعضی رانکول مینماید ومطرودمیداند ، واجتماع دربسیاری ازموارد ، باید مقررات‌خودرا باقوانین این مکتب متوافق سازد ، حقوق‌اسلامی درآن قسمت‌که ناشی ازوضع‌است؛

---

۱ ـ قرار داد اجتماعی ترجمه زیرك‌زاده ص ۱۱۰ فصل‌قانون

۲ ـ توضیح وبررسی مصاحبه برتراند راسل ـ وایت ص ۱۷۰

همانطورکه پیش ازین یادگردید بقول خواجه نصیرالدین ، متبدل است ، و در آن قسمت‌که ناشی از طبع است ابدی‌است ، ودرهرحال ناشی از مقامی است مؤید بتایید الهی ، که‌وی این قوانین واصول رابریك نظم فطری پی‌ریزی‌کرده است ، بنیـاد این حقوق درفطرت وطبیعت دست نخورده بشری وعقل وتربیت انسانی‌گذاشته شده‌وکمال مطلوب وغایت وهدف آن‌استقرار عدل وداد است وغرض از انگیزش پیامبران فعلیت دادن بدان‌است .

نظام حقوق اسلامی‌قابلیت تحرك وتحول دارد ولی این تحول کور وبی‌هدف نیست ، تحول برای ارزشهای معنوی وفضائل وبرپای داشتن عدالت اجتماعی وفردی است ، ازینرو هرگاه تحول پیش‌از وقت‌مقتضی ، به حال اجتماع زیان آور باشد ، چنین تغییری برسمیت شناخته نمی‌شود ، اسلام برخلاف روح اکثر جوانان عصرماکه هرگونه سنت شکنی وطغیان وعصیان رابی‌هدف وکـورانه استقبال مـی‌کنند ، صحه نمی‌گذارد ، حقوق اسلامـی بجای خود نوگرا ومتغیر است . جنبشهای انقلابی‌و تند ونهضتهای اصلاحی وکند ، هردورا درصورتیکه مفید باشند ، امضا می‌کند ، اما این نوگرائی دارای غایتی است که فطرت وعقل بشر آنرا تاییدکند ، و ضمناً حس عدالتخواهی اجتماعی وفردی رانیز اقناع نماید ویا بعبارت دیگر پشت سرهریك از قوانین اسلامی یك اصل حقوقی موجود است وآن فعلیت دادن به‌عدالت است . حاصل سخن اینکه قانون زادهٔ احتیاجات بشراست ، النهایه‌نیازمندیهای بشربردوگونه‌اند ، گونه‌ای فطری ولا یتغیر که بقول خواجهٔ طـوس مبدا و منشاش طبع است مانند نیاز جنسی‌و نگهداری‌وحضانت طفل‌وانگیزه خویشتن داری یاصیانت‌ذات‌که هرمقننی که به طبیعت وفطرت بشر احاطه وآگاهی دارد وبفرهنگ وساختمان اجتماع و قوف دارد ، آنهارا تشخیص میدهد ومناسب باساختمان جامعه و مقتضیات آن ؛ تحت نظم وقانون درمی‌آورد ، وگونه ای متغیّر است مانندمعاملات (بیع واقسام‌آن) ، خلاصه حقوقی است انسان ساز ، نه زادهٔ انسان ، حقوقی‌است زاینده نه سترون ، وار آنجا که اثبات این مدعی‌مبتنی به دانستن ریشه های اصلی فقه (منابع حقوق) اسلامی‌است

ازین رو پیرامون هریك به بحث می‌پردازیم .

منابع وقدرتهای سازنده حقوق اسلامی

منابع وقدرتهای سازنده حقوق‌اسلامی ، عبارتند از :

۱ـ کتاب (قرآن).

۲ـ سنت .

۳ـ اجماع .

۴ـ عقل .

۵ـ قیاس .

۶ـ استحسان ومصالح مرسله .

۷ـ عرف وعادت .

مبحث یکم :
کتاب

۱ـ آیات حقوقی

قرآن نخستین منبع حقوق اسلامی است ، درحدودپانصد آیه‌ازقرآن ، متضمن قوانین اسلامی است .

ولی «اغلب آنها مربوط بآداب و تشریفات مذهبی میباشد وفقط درحدود هشتاد فقره آیات‌مربوط به مسائلی‌است‌که حقوقدانان‌غربی آنهارامواد قانونی تلقی‌می‌کنند» و «... دوم متون غیر قانونی درقرآن ومواعظ اخلاقی‌وحتی وعده های الهی بطور قیاس توجیه شده اندکه مقررات قانونی ازآنها بدست آیند»[1] بدین روش که حکم‌یك مورد رابه حکم مورد دیگر تشبیه‌کنند .

قرآن پایهٔ تمام قوانین‌اسلامی بشمار میرود وهمچون قانون اساسی منبع مقتدر وپرارج حقوق اسلامی است ودر حقیقت سایر منابع برای تکمیل یاتوضیح کلیات‌و اصول این کتاب است ، وشاید بتوان آنرا تشبیه کردبه تفاوتی که‌میان قانون‌اساسی کشورها باقوانین عادی وجود دارد ، قرآن نیز باسایر منابع نیز چنین‌است .

---

۱ ـ حقوق دراسلام ، ترجمه زین‌العابدین رهنما .

مطالب قرآن بقدری متنوع ودارای جنبه های متفاوت است ، که دراینجا به کلیهٔ آنها نمی‌توان اشاره کرد . از قبیل : سلاست‌وروانی ، بلاغت ورسائی ، فصاحت وشیوائی کلام ، ایجاز واطناب متناسب بامقام ، زیبائی اسلوب وآهنگ وموسیقی کلام که هماهنگ است با احساسی‌که میخواهد درانسان برانگیزد[۱] ، فواصل جالب وموزون جملات ، متضمن اسرار علمی ومباحث مشکل اجتماعی بدون کمترین اختلاف گوئی ؛ حاوی تاریخ‌ملل‌ونحل ، دارای‌امثال وحکم وداستانهای عبرت انگیز براهین محکم ، خطابیات‌وطرق‌اقناع مؤثر ، راهنمائیهای سودمند درامور نظامی ، عاری ازخرافات،دارای منطق قوی ، جذبهٔ‌اعجاب انگیزی‌که انسان را افسون وتسخیر می‌کند و . . .[۲] .

سرانجام کتابیست‌که محکمترین ودقیقترین وهمه جانبه ترین اصول حقوقی واقتصادی واجتماعی را متضمن بوده وقوانین مدنی وجزائی آن مبتنی برواقع بینی عمیق ومتناسب باطبیعت ونیاز بشر است . و دستورات و مقرراتش فوق تمام سخنان موسی وعیسی وسایر کتب دینی دنیا است .

۲ـ گفتاری چند ازبزرگان دربارهٔ قرآن

گیبون[۳] میگوید : «از اقیانوس اطلس تاکنار رود گنگ قرآن نه تنهافقط قانون فقهی‌شناخته شده است بلکه قانون اساسی ، شامل‌رویه قضائی ، ونظامات‌مدنی وجزائی،حاوی قوانینی است که تمام عملیات وامور مالی بشر را اداره می‌کندوهمهٔ

---

۱ ـ نمونهٔ آن هنگامی است که‌از برپا شدن قیامت خبرمیدهد ، شدت و خشونت مهیب موسیقی کلام‌را می‌شنویم ، « اقتربت الساعة وانشق‌القمر » در نقد وادب ص۲۱۳

۲ ـ درباره اعجاز قرآن ازجهت علم واخبار غیبی وغیره رجوع‌شود به ترجمه تفسیر المیزان جلد اول ص۷۰تا۹۱

۳ ـ Edward Gibbon (۱۷۳۷-۱۷۹۴) مورخ بزرگ که اثراو بنام « انحطاط وسقوط امپراتوری روم » نام دارد

این امور که بموجب احکام ثابت ولایتغیری انجام میشود ناشی از ارادهٔ خدا است ، و بعبارت دیگر قرآن دستور عمومی وقانون اساسی مسلمین است ، دستوری است شامل مجموعهٔ قوانین دینی واجتماعی ومدنی وتجاری ونظامی وقضائی وجنائی و جزائی . »[۱]

تامس کارلیل[۲] درکتاب قهرمانان وقهرمان پرستی[۳] میگوید : «.... اگر یکبار به‌این کتاب مقدس نظر افکنیم می‌بینیم حقایق برجسته وخصائص واسرار وجودطوری درمضامین جوهری آن پرورش یافته‌که عظمت وحقیقت قرآن بخوبی ازآنها نمایان میگردد واین خود مزیت بزرگی است‌که فقط به‌قرآن اختصاص یافته ودرهیچ کتاب علمی دیده‌نمی‌شود .»

گوته شاعر بزرگ آلمانی میگوید : « قرآن اثری‌است که بواسطه سنگینی عبارت‌آن خواننده دربادی‌امر رمیده میشود وسپس‌مفتون جاذبه آن‌میشود وسرانجام بی‌اختیار مجذوب زیبائیهای متعدد آن‌میگردد » .

۳ - پایگاه قرآن درقوای‌سه‌گانه

تامس هابز درکتاب لویاتان فصل بیست ونهم‌می‌نویسد : «... عقیده‌چهارمی که مخل‌اساس دولت‌است آنست که صاحب قدرت حکمرانی ، خود تابع قوانین کشور است ، راست‌است که‌همه حکمرانان تابع قوانین طبیعتند ، زیرا این‌قوانین ، خدائیند وازمردمان ودولتها کسی‌آنهارا دگرگون نتواند کرد . اما حکمران تابع

---

۱ - عذر تقصیر به‌پیشگاه محمد وقران تألیف جان دیون پورت انگلیسی ترجمه سیدغلامرضا سعیدی چاپ‌سوم ص۹۸

۲ - Thomas Carlyle (۱۷۹۳-۱۸۸۱) وی‌درمورد تاریخ معتقد است که روح تاریخ همان تاریخ رجال ومردان بزرگ است ، اوبه نقش قهرمان ونوابغ بسیار اهمیت میدهدوآنراعامل‌اصلی‌واساسی‌ومحرک‌تاریخ‌میشمارد اما این‌نظر کاملا صحیح نیست بلکه باید بعوامل دیگر نیز توجه‌شود .

۳ - Heroes and Hero - Worship

قوانینی که خود او یعنی دولت ساخته است نخواهد بود ؛ زیرا تابع قانون بودن یعنی تابع دولت بودن و تابع تجسم دهنده دولت بودن که شخص حکمران یعنی خود او است واین تابعیت قانون نیست بلکه آزادی از آن است . اگر بنابراین اشتباه ، قانون را برتر از حکمران قراردهیم ، باید قاضی راهم برتر ازاو بگذاریم وآن خود حکمران دیگری می‌شود که حکمران راکیفرخواهد داد و برای آن حکمران نیز باید حکمرانی بگماریم واین سلسله‌را بدین ترتیب ادامه دهیم که البته باطل است و نتیجه اغتشاش وانحلال دولت می‌شود »[۱]

ملاحظه میشود که تامس‌هابز بااستدلال اینکه تسلسل باطل است ، حکمران راتابع قانون نمیداند ، بلکه وی‌را تابع قوانین طبیعت می‌داند ، جان لاک فیلسوف انگلیسی برخلاف تامس هابز عقیده داردکه پارلمان برشاه تفوق و برتری دارد[۲] وعملا نیز درانگلستان ازسال ۱۶۸۸ ببعد تفوق پارلمان برشاه مسلم وقطعی گردیده است[۳] درنظام حقوقی اسلام نیز ، هم‌حکمران وهم قاضی هردو مطیع قانون باید باشند ، النهایه تابعیت این‌دو بنا به شغل وحرفه خود بایکدیگر فرق‌دارد ، قاضی یاکسی که کارش فن تطبیق وانطباق مصداق با مفهوم و یا استنباط حوادث جدید ازروی اصول حقوقی است ، حکمش درحقیقت حکم خدا است وحتی برحکمران نیز جاری‌است واین معنی درتاریخ اسلام بکرات دیده‌شده‌است که قاضی محکمه ای خلیفه را باین علت که‌از دستگاه خلافت خبری که مخالف شرع بوده میبرند ، از منصبش معزول مینماید ، وهمچنین درتاریخ اسلام میخوانیم که‌عربی ازحضرت امیر نزد خلیفه(عمر) شکایت کرد ، عمر حضرت علی راکه بزرگترین شخصیت عالم اسلام‌بود برای‌محاکمه احضار نمود مدعی ومدعی علیه را دربرابر خود نشانید ، پس از پایان محاکمه از

---

۱ ـ آزادی فرد وقدرت دولت ترجمهٔ دکترصناعی ص۱۰۷

۲ ـ ماخذ پیش‌ص۱۳۵

۳ ـ ماخذ پیش ص۳۵

حضرت علی علیه‌السلام پرسید که چگونه قضاوت کردم ؟ حضرت فرمود برخلاف عدالت !

عمر بسیار تعجب کرد پرسید چرا ؟

حضرت فرمود درضمن دادرسی مرا باکنیه‌ام ابوالحسن میخواندی واورا بااسم واین برخلاف مساوات وعدل بود ، قدرت قضات در اسلام بقدری بوده است که حتی درزمان بنی‌عباس نیز استقلال رأی عجیبی داشتند ، بطوریکه وقتی عده‌ای ازچارپا داران موکب خلیفه ازبابت اختلاف دستمزد نزد قاضی وقت شکایت می‌کنند ، قاضی خلیفه مقتدر آنزمان راکه منصور بوده احضار میکند وطلب چارپا داران را وصول مینماید ، درحقوق اسلامی ، بویژه امامیه اختیارات قضائی واداری حاکم شرع یا قاضی باندازه‌ای وسیع است که نمی‌توان آنرا باهیچ مقام عمومی امروز برابردانست .چه حکومت درشأن ودرصلاحیت پیامبر وامام یا منصوب ازطرف اوست .

یعنی کسی که تمام وظایف دولت (بمعنی عام‌کلمه) امروز را بعهده دارد .

یعنی اراده خودرا بصورت قانون الزام‌آورمی‌نماید ، وبوسیلهٔ قوهٔ قهریه آنرا بمرحلهٔ عمل درمی‌آورد .

پس معلوم میشود که درنظام حقوقی اسلام قدرت هیچیك ازقوای سه‌گانه بپایه قانون نمیرسد .

نکته دیگری که باید بگوئیم اینست که قوانین مدنی ومخصوصاً قوانین جزائی قرآن تا بعداز هجرت وتاوقتی که دکترین (عقیده) محمد کاملا پیشرفت نکرد تبلیغ نشد ، وحتی پاره‌ای ازاین قوانین تا پس از فتح مکه وحنین نشده‌بود ، از این مطلب بخوبی استنباط میشود که قوانین وحدود اسلامی فقط دراجتماع اسلامی قابل اجرا است [۱]

---

۱ ـ مااین مطلب را درص ۶۸ همین‌کتاب تحت عنوان هدف وسیله راتوجیه می‌کند ، توضیح داده‌ایم .

حدیث زیررا که علامهٔ مجلسی درجلد ۱۲ بحارالانوار آورده و ترجمه آن بقرار زیراست نیز این‌موضوع راکاملا تأیید می‌کند :

« ... محمدبن سنان گفت : من درخراسان نزد مولایم حضرت رضا علیه‌السلام بودم ومأمون آنحضرت را درسمت راست خود می‌نشاند ، اتفاقاً بمأمون خبردادند که مردی ازصوفیان دست بدزدی گشوده مأمون باحضار او فرمان داد ، پس چون در او بنگریست اورا مردی درکسوت زهد یافت که اثر سجده درپیشانی داشت .

مأمون گفت : اُف براین‌آثار زیبا وبراین کار زشت ! آیا باچنین آثار زیباو ظاهری‌که ازتو می‌بینم تورا بدزدی‌نسبت میدهند ؟

مردصوفی گفت : من اینکار را ازسر اضطرار کرده‌ام نه ازروی اختیار . و بهنگامی دست باینکار بردم که توحق مرا از خمس وازغنائم بازداشتی .

مأمون گفت : تو درخمس وغنائم چه حق‌داری ؟

صوفی گفت : خدای (عزوجل) خمس را به۶ قسمت‌کرد وفرمود : « وبدانید که هرغنیمت که‌بدست آورید ، خمس آن برای خدا و پیغمبر او وذوی القربی و یتیمان وبینوایان ودرماندگان درسفر است » و همچنین غنیمت را به ۶ قسمت تقسیم کرد وفرمود :

« غنیمتی‌که خدا ازاهل قریه‌ها به پیغمبر خود بخشید ، برای خدا و پیغمبر او وذوی‌القربی ویتیمان وبینوایان ودرماندگان درسفر است ، برای آنکه غنیمت تنها دردست وحوزهٔ توانگران شما بگردش نباشد . »

آنگاه گفت : پس‌تومراکه براه سفر درمانده‌ام وبینوا وتهی دستم وازجملهٔ حملهٔ قرآنم ، ازحقم محروم ساخته‌ای ! ؟

مأمون گفت : آیا من‌حدی ازحدود خدا وحکمی ازاحکام خدارا باین‌افسانه های تو ترک‌کنم ؟

مرد صوفی گفت : اول بکارخویش بپرداز وخودرا تطهیرکن وآنگاه به تطهیر

دیگران پرداز و نخست حد خود را بر نفس خود بران و آنگاه دیگران را حد بزن!

مأمون از حجت فروماند و روبحضرت رضا کرد و گفت :

تو در این باره چه میگوئی ؟

آن سرور فرمود : مقصود این مرد آنستکه چون تو دزدی کرده‌ای او نیز دزدی کرده !

مأمون از این سخن سخت برآشفت و آنگاه بمرد صوفی گفت : بخدا قسم دست تورا خواهم برید !

صوفی گفت : آیا تو دست مرا می‌بُری درصورتیکه توخود بندهٔ منی ؟

مامون گفت : وای بر تو ، از کجا من بندهٔ توشده‌ام ؟

صوفی گفت : از آنجا که مادر تو از مال مسلمانان خریداری شده ، و از اینجهت تو بندهٔ کلیهٔ مسلمین مشرق ومغربی ، تا آنگاه که تورا آزاد کنند ، ومن تورا آزاد نکرده‌ام ! ودیگر آنکه تو خمس رافروبلعیده‌ای پس نه حق آل رسول را اداکرده‌ای و نه حق من وامثال مرا داده‌ای ! ودیگر آنکه شخص پلید نمی تواند پلیدی چون خود را پاك سازد ، بلکه شخص پاکی باید تا آلوده‌ای را پاك کند ! و کسیکه خود سزاوار حد باشد بردیگری حد نمی‌راند مگر آنکه اول از خود شروع کند ، مگر نشنیده‌ای که خدای (عزوجل) میگوید :

« آیا مردم رابه نیکی فرمان میدهید وخویش رافراموش می‌کنید وحال آنکه کتاب خدا تلاوت می‌کنید ؟ آیا دراین کار فکر نمی‌کنید ؟ »[1]

دراینهنگام مأمون روبحضرت رضا کرد وگفت : رأی شما در بارهٔ این مرد چیست ؟

حضرت رضا فرمود خدای (جل جلاله) به محمد صلی الله علیه و آله فرمود : خدای راحجت

---

۱ ـ « أتأمرون الناس بالبر وتنسون انفسکم و کنتم تتلون الکتاب أفلا یتفکرون »

بالغه است وحجت بالغه حجتی است که چون بشخص نادان رسد ، همچون شخص دانا آنرا بفهمد ودنیا وآخرت قائم برهمین حجتند و اکنون این مرد بر تو حجت آورده است ؟

چون سخن باینجا پیوست مأمون فرمان داد تا مرد صوفی را رها کنند وخود روی از مردم بپوشید ودل درکار حضرت رضا علیه السلام مشغول داشت تا آنسرور رامسموم کرد وشهیدساخت »[1]

۴ ـ محکمات ومتشابهات درقرآن

قبل از بیان آیات محکم ومتشابه ، چند اصطلاح را لازم‌است تعریف کنیم:[2]

۱ ـ نص* : هرگاه لفظی غیر ازمعنی لغوی ، معنی دیگری نداشته باشد ویا دلیلی که دربرابر آن ، احتمال مخالف بذهن راه‌نیابد (مانند مدلول ماده ۱۱ قانون مدنی ایران) آنرا نص‌گویند .

۲ ـ ظاهر : هرگاه از لفظی دواحتمال برودکه یکی قوی ودیگری‌ضعیف‌باشد، قوی‌راظاهرگویند ودرمورداظهرسه‌احتمال‌وجوددارد که‌دواحتمال‌آن‌نسبت‌باحتمال‌سوم قوی تراست وبین‌این‌دو احتمال نیز یکی ازدیگری قوی‌تر باشد آنرا اظهر نامند .

نص* بمعنی وسیعتری‌هم بکار رفته که شامل اظهر وظاهر هم می‌شود یعنی در مقابل معانی مستفاد ازقیاس ووحدت ملاك وتفسیر قانون بکارمیرود ، باین معنی است که‌گفته‌اند : « اجتهاد درمقابل نص* جایز نیست » .

۳ ـ مُجمل : هرگاه ازدومعنی یکی بردیگری رجحان نداشته باشد و برابر باشند آن‌کلمه مجمل خواهد بودویابطورکلی ظهوردرمعنائی نداشته باشد (مانندماده ٤٦٣ قانون مدنی ایران) .

---

۱ ـ برهان قرآن : صدرالدین بلاغی ص۱۷۳

۲ ـ برای تعریف این چند اصطلاح علاوه برکتابهای اصول فقه از «ترمینولوژی حقوق» استفاده کرده‌ایم .

۴ ـ مأوّل : از لفظی هرگاه دو احتمال برود که یکی قوی و دیگری ضعیف باشد، همانطور که گفتیم قوی را ظاهر گویند وضعیف را مأوّل نامند یا بعبارت دیگر راجح را ظاهر و مرجوح را مأوّل نامند .

۵ ـ متشابه : هر لفظ یا عبارتی که نوعاً در تشخیص مراد گویندهٔ آن شبهه‌ای در ذهن خلجان کند ، خواه اینکه بعد از تأمل و بررسی و مراجعه و تفحص ، رفع شبهه شود خواه نشود آنرا متشابه گویند .

و یا بعبارت دیگر مشترك میان دو معنی مجمل و مأول را متشابه گویند .

۶ ـ محکم : عبارتی است که نسبت بمعنی خود نصّ باشد یعنی صریح و بدون احتمال خلاف باشد و یا بعبارت دیگر مشترك میان نصّ و ظاهر را محکم گویند.

در هر مورد از اصطلاحات فوق مثالی از قرآن می آوریم ، تا معلوم گردد که کدام محکم یعنی نص و ظاهر است و کدام متشابه یعنی مجمل و یا مأول است ؟ اینك چهار آیه را بطور نمونه ذکر میکنیم :

۱ ـ آیه ۲ از سورهٔ نور : « اَلزّانیةُ والزّانی فَاجلِدُوا کُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مائَةَ جَلدَةٍ »

یعنی « زن زناکار و مرد زناکار را هریك صد تازیانه بزنید » در وجوب تازیانه زدن نص است یعنی معنی دیگری عرفاً و لغتاً از آن احتمال نمی‌رود .

۲ ـ آیه ۴۲ از سورهٔ مائده : « السّارِقُ والسّارِقَه فَاقطَعوا اَیْدیهما »

یعنی « دستهای مرد دزد و زن دزد را ببرید » در وجوب بریدن دستهای مرد و زن دزد ، جمله ظاهر است بدین معنی که از کلمهٔ فاقطعوا دو معنی محتمل میگردد یکی جدا ساختن و دیگری مجروح نمودن ، پس دلالت آیه بهردو معنی محتمل است ولی چون معنی اول راجح است لذا گفته می‌شود که آیهٔ مزبوره ظاهر در آن است .

۳ ـ آیهٔ ۲۲۸ از سورهٔ بقره : « والمُطَلّقاتُ یَتَرَبَّصْنَ بِاَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ »

یعنی « وطلاق داده شدگان انتظار میبرند خودشان (عده نگاه میدارند) تا سه قرء »

این آیه مجمل ومُترددالمعنی است زیرا کلمهٔ قرء در لغت بدو معنی آمده است (طهُر - حیض) وچون هردو معنی متساوی یکدیگر هستند[1] لذا معلوم نیست که مراد ازآیه مزبوره ایجاب انتظارکشیدن تاخاتمهٔ سه طُهر (پاکشدن) است یا ایجاب انتظارکشیدن تاخاتمهٔ سه‌حیض ؟

۴ - آیه « یَدُاللهِ فَوْقَ اَیْدیهِمْ »

یعنی « دست خدا مافوق همهٔ دستهایشان می باشد » .

این آیه ازآیات متشابه است زیرا مسلم است که مراد از کلمهٔ ید معنی مصطلح آن نیست بلکه معنای دیگری است که تأویلاً ممکن است برما معلوم شود یعنی مراد ازآن معنی مأوّلی کلمه است نه معنی لغوی ومتعارفی آن .

۵- درحجیت قرآن

تردید نیست که آیات محکم را درهر زمان می‌توان مورد استفاده وعمل قرار داد چه‌نص وصریح باشد وچه ظاهر وراجح ، دراین مورد همه علما متفقند ، امادانشمندان اخباری عقیده دارند که هیچیك‌ازآیات قرآن چه محکم وچه‌متشابه قابل استناد نیستند وفقط باید همه آیات را اعم ازمحکم ومتشابه مطابق تفسیر ائمه معصومین که از راسخین درعلم‌هستند ، تفسیر کرد ، دلیل **علمای اخباری** ازاینقرار است :

تردید نیست که درقرآن آیات گوناگونی است که بعضی از آنها عام وبعضی دیگر خاص ، بعضی مطلق وبعضی مقید ، برخی ناسخ وبرخی منسوخ میباشند ،

---

۱ - زیرا دراین آیه « قروء » هم به ایام پاکی‌زن وهم‌به‌ایام ناپاکی‌زن (حیض) متساویاً دلالت دارد .

وجوداین کیفیات تقریباً میان همهٔ آیات قرآن محتمل است ولذا بالطبع معانی آنهارا مبهم وکلمات آنرا متشابه میسازد ؛ فی‌المثل آیه‌ای که ازلحاظ نص وصریح عام است ممکن است بموجب آیه دیگری تخصیص یافته باشد وآیه دیگری که ظاهرش افاده اطلاق میکند ممکنست بموجب آیه دیگری مقید شده باشد ، پس بهیچیك ازاین آیات نمی‌توان عمل کرد وازمعانی تحت‌اللفظی آنها نمی‌توان مراد ومقصود رااستخراج واستنباط کنیم ، بلکه برای فهم واقعی آنها باید تمام آیات را من‌البدوالی‌الختم بررسی کرده ویکایك را مورد توجیه وتفسیر قرار دهیم واین تفسیر هم باید از شخص معصوم که عبارت ازائمهٔ شیعه اثنی‌عشریه میباشند انجام گیرد ولاغیر ، زیرا بموجب اخبار بسیاری که بحد تواتر رسیده است مارا ازتفسیر قرآن ممنوع کرده اند :

۱ــ هرکس قرآن را بدلخواه خود تفسیر کند ، باید جایگاهش را از آتش مهیا سازد[۱] .

۲ــ «هرکس قرآن را برحسب میل ورای خود تفسیر کند ، افترازده است بر خدا بدروغ[۲]» .

۳ــ «هرکس قرآنرا برأی خود تفسیر کرده باشد پاداش نخواهد داشت و اگر بخطارود پس ساقط شده است ازارتفاعی بارتفاع آسمان[۳]» وچند حدیث دیگر .

این عقیده درمیان علمای اصولی (مجتهدین) قابل قبول نیست ، زیرا قرآن کتاب معماولغز نیست تا تمام کلمات آن مجمل ودوپهلو ومعانی آن غیر قابل ادراك باشد ، بلکه قرآن بزبان قوم وبرای هدایت مردم نازل گردیده واگر درکتاب اوامر ونواهی ودستورات و وعدووعید وداستانهای انبیاء ذکرگردیده همه آنها برای تفهیم مردم آمده است ، بی‌آنکه به‌تفسیر وتوضیحی ازجانب معصوم نیازی‌باشد .

---

۱ ــ من‌فسرالقرآن برأیه فلیتبوأ مقعده من‌النار .

۲ ــ من‌فسرالقرآن برأیه فقد افتری علی‌الله‌الکذب .

۳ ــ من‌فسر القرآن برأیه ان اصاب لم یوجر ، وان اخطأ سقط بعد من‌السماء .

علی علیه‌السلام درخطبهٔ نهج‌البلاغه میفرماید : «درود برپیامبر خداوندی‌که وی را همراه دلیل و برهان مبعوث گردانید تاجهانیان را آگاه سازد وقرآن را بروی‌نازل فرمود تابرحق راهنما باشد وبرحمت خداوند بشارت دهد[1] » .

وگفته علمای اخباری (اخباریون) صحیح نیست ، زیرا اگر همه آیات عموم ومطلقه ، درمظان تخصیص وتقیید باشد وباهمه صراحت در معنی بآنها نتوان اعتماد کرد ، قطعاًهنگام تحقیق وبحث ـ که از مقدمات کار اجتهاد درمسائل است ـ برعلمای اصولی (مجتهدین) مکشوف خواهد شد ، واما اگر تفسیر قرآن دربعضی ازاحادیث منع شده منظور آیات متشابه است که الفاظ آنهارا برمعانی یی غیر معنی حقیقی و یا غیر معنی عرفی حمل‌کنیم ، نه تفسیر آیات محکم‌که از ترجمه تحت‌اللفظی آنها می‌توان بمقصود پی‌برد ومشمول تفسیر برای نمیباشد .

اما درقرآن آیه ۵ ازسوره آل عمران که میگوید : «اوست‌که فرو فرستاد برتوکتابی راکه ازآن آیاتی محکم است‌که آنهااصل کتابند و دیگرهامتشابهند[2] » .

مراد از متشابه همانطور که گفتیم چیزی است که دلالت آن مردد ومجمل باشد ، لفظ متشابه از اینجهت متشابه است‌که معنی آن ظاهرا نسبت بمعنی واقعی مجهول است ، ومنظور ازلفظ محکم چیزی است‌که بانص وصریح مرادف ویکسان ویانسبت بآیه دیگر ناسخ باشد ، ومتشابه هنگامی است‌که به حقیقت امرانسان‌مردد باشد وقرینهٔ صارفه‌ای‌بظاهر نداشته باشد وچنانکه درباره محکم ومتشابه گفته‌اند : «المحکم مالم یشتبه معناه والمتشابه مااشتبهت معانیه» یعنی که متشابه سخنی است دارای معانی متعدد ومحکم چنین نیست .

---

۱ ـ « والصلوة علی نبیة الذی ارسله بالفرقان لیکون للعالمین نذیراً وانزل علیه‌القرآن لیکون الی‌الحق هادیاً وبرحمته بشیراً »

۲ ـ « هوالذی انزل علیك الکتاب منه‌آیات‌محکمات هن‌ام‌الکتاب واخر متشابهات »

میرزای شیرازی درجلد دوم قوانین باب ششم مقصد ثانی می‌نویسد :

«بعضی اخبار دلالت دارند که محکمات درآیات وقتی است که ناسخ باشند نه منسوخ . هرآیه‌که منسوخ باشد متشابه‌است ، منظور ازاینکه آیه متشابه راهانند منسوخ پنداشته اند برای اینست‌که عمل بهیچکدام جایز نمی‌باشد واگر محکم را باناسخ یکسان‌گرفته اند ازاینجهت است‌که هردو واجب العمل هستند» از آنچه تا کنون ازقول فقهای بزرگ نقل کردیم معلوم میگرددکه آیات متشابه را با مجملات یکسان دانسته اند وازاینجهت عمل بدان آیات راجایز نشمرده اند .

دکتر موسی جوان درکتاب بطلان قاعده استصحاب با این عقیده بمخالفت برخاسته ومی‌گوید[1] : «... این‌عقیده قابل‌قبول نیست زیرا علاوه ازاینکه دراحادیث واخبار به آیات متشابه استناد شده وازاین‌استناد احکام عالی وشافی‌ووافی بدست‌آمده است . اساساً درقرآن مجید می‌فرماید : «فان تنازعتم فی‌شیٍ فردّوه الی‌الله و الی‌الرّسول» یعنی «هرگاه دریك شئی بمنازعه پرداختید ، بقول خداوند مراجعه دهید» همچنین می‌فرماید : «یاایّهاالّذین آمنوا اطیعوالله و اطیعواالرسول واولی الامر منکم» یعنی قول خداوند وقول رسول وقول اولی‌الامر هرسه واجب الاطاعه میباشند ، مقصود از اولی‌الامر (بعقیده شیعه) ائمه‌اطهار است . بنابراین وقتی بایك آیه ویایك حکم شرعی سروکارداشته باشیم هرچند مجمل ومتشابه باشند باید درفهم معنی آنها کوشش نمائیم وازآنها استغاده‌کنیم وچنین نیست که باحتمال اجمال ویا مرجوح بودن از استفاده وعمل خودداری شود واین وظیفه مجتهد ودانشمنداست و بهمین جهت درحدیث نبوی آمده :

«انّ العلماء ورثةالانبیاء لم‌یورثوادیناراً ولا درهماًوانّماورثواالعلم» یعنی دانشمندان ورثه و بازماندگان انبیاء وپیامبران میباشند ودینار ودرهم بارث نبرده اند اماعلم به‌آنان بارث رسیده است .

---

۱ ـ بطلان قاعده استصحاب ص۱۹۲ وبعد .

حتی درقرآن آمده : انزلنا علیك الذکر لتبین للنّاس ما نزل الیهم» که خطاب به پیامبر است یعنی قرآن را برتو نازل ساختیم تاآنچه را که برای مردم نازل شده توضیح و تفسیر نمائی .

همچنین درآیه دیگر میفرماید : «انزل معهما الکتاب بالحقّ لتحکم بین الناس فیما اختلفوا» کتاب را خداوند بحق نازل نمود تا اختلافات را میان مردم فصل کند وحکم دهد .

همچنین میفرماید : «انزلنا الکتاب هدیً للمتقین» قرآن را برای هدایت و راهنمائی مردم نازل ساختیم» .

۶ـ نقش سنت دربرابر قرآن

اگر اجمال وابهام آیات درخود قرآن رفع نشده باشد ، سنت این نقش را خواهد کرد وحتی ممکن است آیه ای که مطلق است مقید سازد یا اگر عام است مشروط ومخصص نماید ، حال اگردرسنت چنین چیزی وجود نداشته باشد وازسنت معانی آیات قرآن روشن نشود وظیفه دانشمندان است که این وظیفه را بعهده گیرند .

ابهام درآیات متشابه دوگونه است :

۱ـ اجمال درمعنی لغوی الفاظ

۲ـ اجمال درمصادیق وموارد .

درمورد رفع اجمال ازمعانی لغات آیات قرآن سنت پیامبر اکرم رفع اجمال نموده است ، چند نمونه نقل می کنیم :

۱ـ درقرآن میفرماید : «اقیموا الصلوة» یعنی بپای دارید صلات را ، صلات بمعنی دعااست ولذا این آیه مجمل است ، رسول اکرم درتوضیح آن میفرماید . «صلّوا

---

۱ ـ مطالب وامثله این عنوان ازکتاب « بطلان قاعده استصحاب » ص ۹۴ ببعد اقتباس شده است .

کَما رأیتمونی اُصَلّی» یعنی «نماز گزارید آنگونه‌که نماز می‌گزارم» .

۲ـ درقرآن می‌فرماید : «وللله علی‌النّاس حج‌البیت» یعنی «برای خدااست برمردمان حج گزاردن خانه کعبه» آیه مجمل است ومقصود ازحج و ترتیب آن معلوم نیست رسول اکرم میفرماید : «خُذوامنی مناسککم» یعنی مراسم حج را از من فراگیرید .

۳ـ آیه قرآن میگوید : «حَرّمَ عَلیکُم‌الرّبوا» یعنی «ربا برشما حرام است» آیه مجمل است ولی‌حدیث‌نبوی رفع‌اجمال‌می‌کند: «الذّهب‌بالذّهب‌والفِضّه بالفضّه والتّمر بالتّمر والمِلح بالمِلح . مثلا بمثل فَمنْ زادَ و ازداد فقداربی واذا اختلفَ هذه الاصنَاف فَبیعُواکما شِئتم» یعنی «طلا دربرابر طلا ونقره دربرابر نقره وخرما دربرابر خرما ونمك دربرابر نمك مثل به مثل هرچند زیاده شود مشمول‌ربا خواهد بود . اما این اصناف واجناس هرگاه بایکدیگر اختلاف داشته باشند هرچه بخواهید داد وستد نمائید» .

اما قسمت دوم‌که اجمال درمصادیق وموارد است احادیث واخبار بیشمار است واین قسمت ازمجملات که درقرآن نقل شده قسمت اعظم آن درآیات مربوط به معاملات وامور معاشی وقوانین مدنی اجتماعی است که همه آنها از آیات متشابه مصداقی هستند ، وهیچکدام مربوط باعتقادات دینی وعبادتی نیست ، وخداوندکه میفرماید : الله نزل‌احسن‌الحدیث کتاباً متشابهاً» یعنی «خداوند آیات متشابهات را به نیکوترین کلام نازل نمود» زیبائی این آیات ، قسمت عمده‌اش مربوط باینست که هرکدام ازآنها موارد ومصادیق بسیاری را شامل شده‌اند ، واین مصادیق بهزمان شارع وائمه اطهار اختصاص ندارد ، بلکه اغلب از عرف وعادت ونیاز مندیهای مردم ومقتضیات زمان پدید می‌آیند ، واین آیات متشابه بااین تغییرات وتبدلات زمان‌که ناشی از مقتضیات تمدن هرعصری هستند ، قابل تطبیق وانطباق وعمل میباشند ، پیش بینی همه این موارد ومصادیق درزمان شارع اسلام نامقدور بوده است و بهمین علت

است که درقوانین قرآنی اجمال وابهام وجود دارد .

ودر سوره آل عمران آیه۵[1] که قبلا نیز یاد آور شده‌ایم ، آیات محکم را به صفت « اُمّ الکتاب» توصیف نموده است ، حقوقدانان اسلامی در تعبیر و تفسیر «اُمّ لکتاب» باشتباه رفته اند تا آنجاکه باندازه‌ای اختلاف نظر پیداکرده اندکه خود آیهٔ راجع به‌محکمات ومتشابهات‌راهم درردیف متشابهات قرار داده اند وحال اینکه مقصود باری تعالی این نبوده است که خود آیه راهم درردیف متشابهات قراردهد .

صفت «اُمّ الکتاب» رابه‌کثرت وقلت‌درآیات مربوط ساخته وگفته اندکه‌قسمت کثیر آیات‌قرآن از محکمات‌است اما متشابهات بخش قلیل‌راتشکیل میدهدهمانگونه که «اُمّ الطریق» بمعنی‌شاهراه است ومکه راهم‌که «اُمّ القُری» گویند، برای‌اینکه شهرعمده ومهم است .

این عقیده‌که عبارت «ام‌الکتاب» رابه کثیر بودن آیات ازحیث کمیت یعنی عدد میداند قابل قبول نیست بلکه حقیقت آنستکه آیات محکم تماماً دربارهٔ اصول عقاید (توحید ، نبوت ، معاد) و اصول دیگر اسلام است ، این اعتقادات همه جا در قرآن صریح وروشن‌بدون کوچکترین‌ابهام واجمالی بیان گردیده است ، وهمانطور که از لغت‌محکم که بمعنی استوار وثابت‌است معلوم میشودکه اعتقادیات دینی‌درباره مسائل مربوط به خدا ، نبوت ، معاد وغیره هرگز قابل تغییر وتبدیل و گسیختگی نیستند ودگرگونی درآنها راه ندارد ، اگرچه ممکن است‌دربعضی از احکام معاملاتی ومعاشی نیز صراحت وجود داشته باشد وجزومحکمات بشمارآیند ولی اساساً منظور ازآیات محکم مربوط بمسائل اعتقادی است .

همانطورکه گفتیم‌قوانین مدنی وجزائی‌اسلامی درقرآن ازآیات متشابه‌هستند، برای مثال چند نمونه ذکرمی‌کنیم ، معاملات بیمه درعصر رسول اکرم وحتی تاهمین

---

۱ ـ آیه ۵ سوره آل‌عمران . « هوالذی انزل علیك‌الکتاب منه‌آیات محکمات هن‌ام‌الکتاب واخر متشابهات »

قریب صد سال قبل هم درهیچ نقطه ازدنیا مورد عمل نبود ، اما امروزمعمول به است ودرهمه دنیا دعاوی‌مربوط‌بآن درداد‌گاهها پذیرفته میشود و بویژه‌در تجارت‌بین‌المللی وملی واردات وصادرات بدون بیمه انجام پذیرنیست ، اکنون حکم ایـن معامله را ازیك روایت ازروایات متشابه رسول اکرم استنباط می‌کنیم ، حدیث «المؤمنون‌عند شروطهم» که مسلمانان را‌به انجام شرطهای خود شان متعهد ووادار مینمایـد مـوضوع بیمه را می‌توان از‌مصادیق معاملات شرطی قرار داد[1] .

اینك چند مورد را ذکر می‌کنیم تاکاملا مطلب روشن گردد .

۱ـ آیه اول ازسوره مائده میگوید : «یاایهاالذین آمنوا اوفـوا بالعقود» این آیه موارد ومصادیق بیشمار می‌تواند داشته باشد ، ومجمل‌است ، عقد واجب الوفاء است اما معلوم نیست‌که از چه نوع عقدی باید باشد چه بسیار عقودی‌که دراثرعرف وعادت درمیان مردمان معمول شده‌وقبلا وجود نداشته است مشمول آن‌میگردد .

۲ـ «اوفوا بالعهود» یعنی بعهدهای خود وفا کنید معلوم نیست‌که عهـد ازچه نوع عهدی است یکطرفی است یادوطرفی ، فقهای امامیه عهود بدویه‌یکطرفی رالازم الاجرانمی دانند ، اما امروز بویژه در امور بازرگانی سفارش ویـاعرضه سفارش‌کالا دربعضی مـواردبی آنکه بقبول طـرف رسیده بـاشد طبق عرف و عادت لازم‌الاجرا است .

۳ـ حدیث معروف نبوی : «لاضررولاضرار فی‌الاسلام» یعنی هیچگونه ضرر و ضراری دراسلام نیست ، مبهم ومجمل است ، نوع ضرروزیان نامعلـوم است ، ضـرر درمال ، ضرر درحیثیت‌واعتبار ، ضررمستقیم یانامستقیم ، ضرر بمباشرت یابه تسبیت ضرر درنفس یاضرر دراطراف ، دعاوی مختلفه ضرر بسیار تابدار وگوناگون است[2] .

---

۱ ـ درمورد « شرط در متن عقد » به کتاب قواعد فقه محمود شهابی چاپ چهارم ص۴۴ تا۷۶ رجوع‌شود .

۲ـ دربارهٔ حدیث لاضرر درفصول آینده این‌کتاب بازهم بحث خواهیم‌کرد .

۴ـ حدیث معروف : «الناس مسلطون علی اموالهم» یك حدیث مجمل ومتشابه است وبا مقتضیات هرزمان قابل انطباق است ، وتاکنون درتفسیر حق مالکیت وقاعده تسلیط اشتباه میکردند وآنرا بنفع مالکان تعبیر می نمودند ، درحالیکه جمله «الناس مسلطون» به صیغه جمع بیان شده یعنی هدف مالکیت شخصی برای رسیدن به منافعی است که عموم مردم ازآن بهره مند شوند ، نه اینکه وسیله استثمار دیگران باشد و بموجب این حدیث همه مردم در هر لحظه وزمان بحالت جمع وباهم نسبت بمال خود تسلط دارند ، پس هرمالك موظف است که حق دیگران راحفظ کندوازانجام هرعملی که از تسلط دیگران بکاهد خود داری کند ، پس باین ترتیب درحقوق اسلامی بجای حق مالکیت باید وظیفه مالکیت تعبیرشود ، تا مالك موظف بانجام وظایفی درملك خود بنفع دیگران باشد ؛ پس حدیث لاضرر ولاضرار فی الاسلام درمفهوم و در ضمن همین حدیث الناس مسلطون علی اموالهم گنجانیده شده است وباآن تعارضی ندارد .

بنابراین آیات وروایات متشابه در احکام معاملاتی ومعاشی مردم ، دارای اهمیتی بسیار است واجمال آن اغلب درمعانی لغوی الفاظ نیست بلکه درمصادیق مختلفه آنهااست ، وبعلت اجمال وابهام نه تنها ازمورد عمل خارج نگشته اند ، چنانکه بسیاری ازفقهاچنین پنداشته اند ـ بلکه بالعکس به عمل حقیقت و نزدیکتر گشته اند ، وقرآن که متنی ثابت مینماید بخاطر همین آیات متشابه می تواند برای اجتماعات متحول ومتحرك که چه ازنظر کمی وچه ازلحاظ کیفی نیازهای مادی ومعنویشان تفاوت خواهد داشت ، جوابگو بوده باشد .

۷ ـ اختلاف درجه فهم آیات قرآن

بعنوان تتمه وتکمیل بحث درباره آیات محکم ومتشابه ، لازم است که از دیدگاهی دیگر نیز این مسأله بررسی گردد ، شاید به تحقیق مادراین باره کمك بیشتری نماید .

اساساً اختلاف درفهم وتفسیر آیات قرآن گاهی بسیاراساسی وریشگی است مثل اینکه بعضی تفسیر ها اخباری یااجتهادی یا تاریخی یاکلامی ویا ادبی وغیره هستند که هریك ازنظرگاهی متفاوت آیات را مورد بررسی قرار میدهند وگاهی اختلاف تا سرحد کفر وایمان اوج میگیرد ، فی المثل تفسیر صفی علیشاه را بـا تفسیر ابوالفتوح رازی مقایسه کنیم ، بچنین اختـلافی بر میخوریم . دکتر شریعتی در مقدمهٔ کتاب سلمان پاك [1] می نویسد :

«... یکچنین بافت درهم وچندلایه‌ای که فکراسلامی دارد ، بدان این مزیت رابخشیده است که درطول زمان ، باهمهٔ دگرگونیها وزیروروهایش وعلی رغم تغییرده علم ، درذوق ، درروحیه ودرارزشها ، وی میتواند یك بطن خودرا در برابر هر زمانی بازکند ویك بُعد ازمعانیش را نشان دهد .

مطالعهٔ مذاهب مختلف اسلامی کاملا مینمایاندکه چگونه دانشمندان گوناگون ، که هریك نسبت بدیگری دردورترین فاصله های فکری واعتقادی بوده است وحتی روشهای متناقضی بادیگری داشته‌است ، همه براحتی توانسته‌اند احتیاجات معنوی و فکری واخلاقی خودرا باقرآن برآورده کنند .

برزسی «زبان» اسلام این احساس را درآدمی بوجود می‌آوردکه درزیرظاهری که بچشمهای یك بُعدی می آید طبقات متراکم ومتعددی وجود دارد که برای دیدن آنها باید نگاههای دیگری داشت وشاید آنچه دراسلام عرفان نام دارد ـ صرف نظر ازکجیهائی که درمیان برخی ازعرفاهست ـ عبارت باشد ازکوششی که تیز بینان وژرف نگران خواسته‌اند رویه‌هارا بشکافند وباندرون اسرارآمیز وثروتمندکلمات وتعبیرات واشارات پاگذارند وباصطلاح سمبلها را(گرچه آنچه را من بُعد میگیرم باسمبل و سمبلیزه یعنی مدلول سمبل فرقدارد ، چه‌سمبل تنها علامت‌است وخود مستقلاواقعیت یا حقیقت ندارد) کنار زنند ودرماوراء آن بافقهای تازهٔ سرزمینهای بدیع برسند .

---

۱ ـ سلمان پاك ، لوئی ماسینیون ص۱۷ و۱۸

نماز یکی ازآن نمونه‌های چند بعدی است ، فقیه یك رویهٔ آن‌را می‌بیند ، جامعه شناس رویه دیگر آن‌را ، روانشناس رویه دیگر آنرا وعارف رویهٔ دیگر آنرا .

اینجاست که‌مـولوی درحسرت ازاینکه برایش میسر نشده‌است که آن بُعد پنهان تر نماز را احساس‌کند این جملهٔ سخت زیبا را بافسوس میگوید که :

«...وچون‌نمازعشاق‌میسر نشد بنماز عشا پرداختیم » از اینجاست که میتوان گفت تصادفی نیست‌که زبان همهٔ ادیان وبخصوص اسلام سمبلیك است و این حقیقتی است بسیار بزرگ ودرخور تعقل...»

از نظرگاه‌است‌ای عقل‌وجود اختلاف شیعه وگبر ویهود

۸ ـ چگونه‌کلمات تغییرمعنی می یابند؟

در جامعه‌شناسی بحثی‌است که چگونه کلمات تغییر معنی می‌یابند ؟ زبـان مانند هرموجود زنده‌ای درطول اعصار وقرون در معرض دگرگونیها و تغییرات قرار می‌گیرد .

اختلاف‌درچگونگی‌استعمال‌لغات‌پیش‌می‌آید ، بعضی‌ازاستعمالات‌ازمیان‌میرود واستعمال تازه‌ای جایگزین آن میگردد ، معانی وتعبیرات جدید برای الفاظ پدید می‌آید ، وعلت تمـامی این تحـولات وتغیّـرات‌را بـاید فقط درعوامل اجتمـاعی جستجوکرد[۱] .

اما اختلاف دیگر باصطلاح اختلاف بُعدی نیست ، اختلاف دردرجهٔ فهم‌است نه درخود فهم ومعنی .

دکترشریعتی‌می‌نویسد[۲] :

« پروفسور برك[۳] ، استاد من درکلژدوفرانس ، بعنوان مثال می‌گفت نان‌دارای

---

۱ ـ جامعه شناسی . دکتریحیی مهدوی ص۴۲و۴۳

۲ ـ اسلامشناسی ص۱۲۲

۳ ـ J . Berque

معنی روشنی‌است ، ولـی بی آنکه معنی آن تغییر کند ، گاه درجهٔ معنی آن بحدی میرسد که یك‌مسلمان وقتی ذره‌ای ازآن‌را افتاده می‌بیند بااحترام ،گوئی شئی‌مقدسی است ، آنرا برمیدارد ، پاك‌می‌کند ، میبوسد وجایگاه امنی را میجوید تـا آنرا در آنجا ازهرگونه اهانت وآلودگی مصون دارد ، درشعار معروف « نان برای همه »که لنین قبل از۱۹۱۷ درروسیه اعلام کرد ، باز درجهٔ معنی نان رامی‌بینیم که تـا حدی بالاگرفته‌است‌که حتی جانبازی وفداکاری وقیام برایش معقول وحتی لازم تلقی‌میشود به امثال رایج «حق‌نان‌ونمك» «مانان‌گندم خورده‌ایم» نگاه‌کنید .»

درجای دیگر می‌نویسد :[1]

« درجامعه شناسی بحثی است‌بنام (درجه معنی دادن) کلمات ، اصطلاحات و علامـات [2] ، بدین معنی‌که مثلا یك کلمه ، یك اسم درمراحل وشرایط وموقعیتهـای گوناگون دارای یك لفظ واحد ولایتغیر است ولی‌درهریك ازاین حالات درجهٔ‌معنی آن ، شدت وضعف ، تنگی ووسعت قلمرو آن معنی ، حقارت‌یا عظمت مصداق‌خارجی آن ، کیفیت تأثیر وچگونگی احساس وروح آن‌کلمه فرق‌می‌کند...

مثلاکلمه قلم ، آزادی ، انقلاب پیش ازانقلاب‌کبیر فرانسه دارای همان‌معانی بود که‌پس‌از آن ، اما درجه وکیفیت معنی وروح واحساس آن فرق کرد . پیش از انقلاب قلم ابزاری بود مثل میخ ، قندشکن ، ماله... وغیره آزادی تنها به حـالتی ازحالات گفته‌میشد ! گاه معنی تضمنی و التزامی دیگری هم از آن احساس میشد ، هرج ومرج ، بی‌قیدی ، بی‌بند وباری ، بی‌پرنسیپی ، بی تربیتی ، اشتقـاقـات کلمهٔ آزادی را درفرانسه نگاه کنید: Libertin . Libertinage (هرزگی و.) انقلاب اصولا یك کلمهٔ محکوم ومطروری بود مترادف عصیان ، طغیان ، حادثهٔشومی که همه چیزرا بهم میزند ، مصیبت وبلائی که بجامعه‌ای نازل میگردد و زندگی و

---

۱ ـ همـان‌کتاب ص۷۱ وبعد

2 - Dégré de Signification

امنیت ومقدسات رابهم میریزد واجتماع را ویران میسازد .

درزبان برخی ازوعاظ خودمان نگاه‌کنید ، همیشه یزید است‌که بعنوان‌اتهام به‌امام‌حسین ، اورا متهم به انقلاب وخروج می‌کند وبرای محکومیتش وی را عاصی وطاغی میخوانند وواعظ هم که این کلمات را باکیفیت معنی قدیمی‌آن تلقی‌مینماید، در صدد رفع این اتهامات برمی‌آید نه اثبات‌آن . درصورتیکه پس از انقلاب کبیر فرانسه ، قلم سمبل مقدس معنویت وفکر انسانیت میگردد ، آزادی وانقلاب چنان قداست وعظمتی می‌یابند که هرکس حتی بدروغ خود را بدان منسوب‌می‌کند .:»

باری درآیات قرآن هم اختلاف دردرجه فهم‌است . مثلامسأله‌اطعام به‌مسکین که درآیات بسیاری امرشده‌است مرتبه نازل وعرفیش همان مثلا نانی است که به گدائی میدهیم ، امامی‌توانیم همین اطعام را تا درجاتی عالیتر ترقی دهیم مثلاتأسیس نواخانه یادرمانگاه وبیمارستان‌مجانی ویا ازاینهم بالاتر تأسیس‌کارخانه وکارتولیدی وازاینهم ظریفتر وعالیتر درانتخابات شهرداری فعالیت کنیم ومثلا فلان شخص را که درزندگی معنی گرسنگی را دست‌کم می‌فهمد وانسانی شریف است روی‌کار بیاوریم، همهٔ اینها دریك معنی دقیق همان اطعام است ازاین بالاتر درمبارزات حزبی شرکت کنیم ، بازهم بالاتر ؛ درجنگی‌شرکت کنیم‌که درآن‌کشورهای سرمایه‌دار ومستعمره طلب را منکوب می‌کند ، می‌بینیم که‌اطعام چقدر اوج‌گرفته است .

مثالی دیگر ، درقرآن آیه ۹۳ ازسوره صافات میفرماید :

« أتَعبُدونَ ماتَنْحِتون » .

یعنی « آیا می‌پرستید آنچه‌را می‌تراشید » معنی ابتدائی آن همان بتهای خانهٔ کعبه است ولی‌امروز درقرن بیستم‌چنین‌بتی وجودندارد ، بشرامروزبت‌نمی‌تراشد اما ازآن هزاران مرتبه بدترش را می‌تراشد ، ابوجهل وابوسفیان اگردربرابربت خانهٔ کعبه عبادت میکردند لااقل درخارج خود را انسانی مستقل می‌دیدند ، ولی بشر قرن بیستم هیتلر رامی‌تراشد که فکر چندین میلیون نفررا تحت انقیاد و بردگی خود درمی‌آورد وفقط شش ملیون یهودی را بی‌گناه زنده میسوزاند .

مثالی دیگر درقرآن سورهٔ بلد آیه ۱۳ میگوید :

« فَكُّ رَقَبَةٍ او اَطْعامٍ ذی مَسْغَبَه » .

یعنی « آزاد کردن بنده‌ای » درجواب آیه قبل است که می‌پرسد « وچه‌دانی که آن راه دشوار ویاگردنگاه چیست ؟ »

باز معنی ابتدائی آیه همان آزادکردن برده‌هائیست که از افریقا می‌گرفتند ومی‌فروختند ، اما امروز آیا این آیهٔ سالبه بانتفاء موضوع است ؟ .

البته خیر -

بردگی تغییرشکل‌داده‌است ؛ استعماریکی ازاشکال بردگی است ، بوروکراسی یعنی سیستم اداری که انسان درچارچوب مقررات اداری شخصیت ومنش وآزادی خود را ازدست میدهد ، شکل‌دیگر بردگی است ، کارگری‌که‌درکارخانجات بزرگ فیلیپس فی‌المثل کارمیکند ، چه‌کارگر ساده وچه مهندس بصورت انسانی قالبی درمی‌آید که همه به‌یك‌گونه می‌پوشند ، یکسان‌کارمی‌کنند ، یکسان غذامیخورند. یکسان سینما میروند یکسان فکر می‌کنند !

درانتخابات فرانسه دوگل باتبلیغاتی که‌می‌کند استعمار فکری بوجود می‌آورد وچون مخالفینش دستگاه تبلیغاتی اورا دراختیار ندارند لذا رأی نمی‌آورند ، صدها نویسنده درباره‌اش کتاب می‌نویسند فیلمهادراطراف‌خدماتش‌تهیه‌می‌کنند ، روزنامه‌ها مجلات وغیره وغیره . ازاین‌بردگی‌هم بدترمی‌شود .

مارکس باهمهٔ نبوغ ودُهائی که‌داشت باز ازاین بلای بزرگ بردگی فکری مصون نمانده‌است ، درتمام آثارش درباره ارزش اضافی‌کار ودیگر مسائل اقتصادی بحث می‌کند ، ولی چون درزمان او تبلیغات کشورهای استعمارگر بنفع خودشان شدید بوده‌است لذا روی مسألهٔ استعمار چندان تکیه‌ای نمی‌کند وحساسیت بخرج نمی‌دهد .

بااینکه معلوم است که درزمان اودرکشورهای آسیائی وافریقائی ، امریکای

جنوبی ؛ استرالیا چه‌میگذشته است . ملاحظه می‌شود که آزادی بردگان تا بکجا معنی‌اش توسعه پیدامیکند ، همچنین‌گاهی عمل‌نکردن به‌اطعام مسکین برای‌استقرار وفعلیت دادن بعدالت ازمصادیق عمل کـردن بآن میشود ، (جمع نقیضین)[1]! بهتر است بامثالی توضیح دهیم ، پس‌ازاینکه‌طبقه سرمایه‌دارسرعقل‌آمد(راسیونالیزاسیون)[2] دریچهٔ اطمینانی روی انفجار وطغیان طبقه‌کارگر گذاشت تا از خطرانفجار این‌طبقه جلوگیری‌کند ، وآن ایجاد بیمه‌های اجتماعی کارگران و تعاونیهـا بود ، کارگر از حرارت اولیه افتاد ، کارگر احساس می‌کرد که استثمار شده ، اما فشار زیادی روی خود احساس نمیکرد چون‌باشوریدن واعتصاب،سنوات خدمتش ، بیمه‌هایش‌وزندگیش همه درخطر میافتاد ، ولی‌کارگر قبل از بیمه‌های اجتماعی مسألهٔ سنوات خدمت‌برایش مطرح‌نبود ، لذا شورش میکرد وحق خودرا میگرفت چه بااین شورش چیزی را از دست نمیداد .

---

۱ ـ درمبحث اصول عقلیه‌دربخش استصحاب باعتبار دلیل عقل (استصحاب حال عقل) این‌مسأله را ازنظر اصول فقه دوباره مطرح خواهیم‌کرد .

2 – Rationalisation

مبحث دوم :

سنت

۱ـ سنت از نظر لغوی وجامعه شناسی

سنت درمعنی لغوی ، روش . رفتاروکردار راگویند واز نظر جامعه شناسی : «رسمهای ریشه دار عمومی که به‌اقتضای کهنگی خوداز حرمت‌اجتماعی برخوردارند «سنت اجتماعی[1]» نام میگیرند»[2].

ویا بعبارت دیگر : «رسمی دقیق ومعتبر وعمومی که ازدیرگاه مانده باشد ، «سنت اجتماعی» خوانده می‌شود ، چنانکه بزرگداشت آب وآتش و بعضی دیگر ازمظاهر طبیعت از سنن جامعه های کشاورزی است[3]» سنت بطور کلی لذّت حرص انگیز به حفظ طرق معتاد است یعنی ، خاطرات ، یادگارها ومناسکی‌که از نسلی‌به نسل دیگر منتقل میگردد وافراد دربرابر آن حالت تسلیم واطاعت بخود میگیرند واین تسلیم بچند گونه است : تسلیمهای‌ارثی مانند صفاتیکه براساس توارث ویاعلل

---

1 - Social Tradition

۲ ـ زمینه جامعه شناسی ص ۲۳

۳ ـ همان کتاب ص ۱۲٤

دیگر ازپدر به پسر انتقال می یابدازقبیل : هوش ، شجاعت ، کودنی وجُبن وغیره،

تسلیم های اجتماعی : عبارتست ازاینکه همیشه‌اموری‌از نسلی به نسلی دیگر منتقل میشود وانواع واقسام دارد ازجمله یکی امور مذهبی است ، مثلا مناسك یك مذهب ازنسلی به نسل دیگر منتقل میگردد ویا سنن ملی‌که گاهی اخلاق را بصورت داستان وزمانی‌در قالب فرهنگ قومی[1] ویا مثلها افسانه ها وترانه ها وامثال وآئین های‌قومی عامیانه درمی آورند که همهٔ اینهاجزء سنتهای ملی‌هستند ویا سنتهای‌مربوط به حرفه وشغل که هرشغلی دارای سنتی است ، ویاورزش مثلا ورزشهای باستانی که هرکدام تشریفات وسنن وآداب ورسوم مربوط بخود دارند ، و بطورکلی رویه ها ، عرف ها وآداب ورسوم آن اجتماع را تشکیل میدهد .

۲- ویژگیهای سنت ازلحاظ جامعه شناسی

سنت جنبه تقدس دارد بجهت ارزشی‌که دارا میباشد ومردم آنرا بعنوان‌ودیعه خداداد ، حفظ وحراست می‌کنند ، سنت جنبهٔ استدامه دارد یعنی قرنها درمیان‌ملتی ممکن است رائج باشد ، سنت همیشه نمودار ومشخص آندسته است‌که آن سنت در میانشان متداول است ، وهمین‌باعث‌شخصیت‌آن جامعه میگردد ، مثلاشاهنامه نموداری ازایرانیان گذشته بوده وازاین نظرکه حاوی عقاید نیاکان ورسوم اجدادی وخرافات وممیزات آنزمان ایرانیان است ، مورد توجه خاص علمای علم‌الاجتماع میباشد و یا کتب ادبی وتاریخی دیگرکه یکی ازوسائل تحقیق عالم جامعه شناسی است ،سنت درمیان پیروان یك مسلك ولواینکه از ملت های گوناگون باشند خاصیت تشابه‌دارد مثلا لبنانی همان مناسکی را درفریضهٔ حج بجای میآوردکه مصری انجام میدهد ، همچنین «سنت جنبه بیگانگی[2] بخود می‌گیرد بدین‌معنی که گاهی فعالیتهای انسانی چنان نیروئی می‌یابند که از حیطهٔ تسلط انسان بیرون می‌شوند ومستقل از ارادهٔ او

---

۱ - فرهنگ قومی (Folklore)

2 - Aliénation

براو حکم میرانند وآنگاه بیگانگی انسان باخود آغاز میشود ، فوئر باخ عقیده داشت که مراسم ومناسك مذهبی دارای چنین خصوصیتی‌است[۱] » .

سنت نفوذش وابسته‌باشخاصی است‌که‌آنرا از زمان گذشته بزمان حال وآینده منتقل مینمایند ، وباصطلاح مثل فارسی «احترام امامزاده را متولی حفظ می‌کند» آنان‌که درسن وسال جلوترند ؛ بویژه پیران درهمان زادگاه اصلی خویش بوده واز کودکی تحت تأثیرواحترام نسبت ببزرگان خود بوده اند ، واز اینجهت از نسلهای بعد خویش‌نیز همین انتظار رادارند ، هرچه‌نفوذ این پیران بیشتر باشد ؛ دگرگونی بهمان اندازه کاهش می‌یابد، ولذا کسیکه زادگاه خودرا ترك می‌کند وبمحیطی‌جدید میرود ، وباپیران محیط تازه آشنامیگردد ، آنان نفوذ پیران زادگاه اصلی اورا ندارند ، وازینرو دراثر سرعت ارتباطات ومواصلات عصرما ، روزبروز ازقدرت سنتها کاسته میشود ، اثرسنت‌ورسوم‌دیرینه درانسانهای بدوی بیشتراست تاانسانهای متمدن، وهرچه‌ازمدنیت می‌گذرد نفوذش کمتر میگردد .

بویژه دراثرافزونی جمعیت درشهرهای بزرگ‌که بیشتر براثرمهاجرت‌خارجیان است ، این ضعف سنتها بیشتر بچشم میخورد ؛ در کشور های جوان مانند امریکا نفوذ سنت بمراتب کمتر است تا ممالك‌سالخورده مانند یونان وایران وامثال آن، همچنین شهرهای بزرگ مرکز افکار جدید ، مدو آداب اجتماعی جدید وشیوه های اجتماعی نو وتازه است ، درحالیکه شهرها واماکن‌کوچك بیشتر بگذشته توجه دارند واین جمله امام‌که میگوید :

(عَلیکُم بالسَّواد الاعظَم شاید دلیلش‌همین باشد)

بهر حال جامعه های متمدن امروز متدرجاً به شناسائی و تفاهم یکدیگر نائل شده ، و با فرهنگها و سنتهای متفاوت یکدیگر آشنا گشته اند ، و اگر بر

---

۱ ـ جنگ اصفهان شماره تابستان ۱۳۴۵ مقاله ژان‌پل‌سارتر درباره‌ادبیات ترجمه ابوالحسن نجفی ص۱۰

خلاف منافع مادیشان نباشد ، موازین فرهنگهای خودرا مانند موازین فرهنگهای بیگانه نسبی و متغیر می‌انگارند ، وبخصوص این وضع درشهرهای بزرگ بسرعت انجام می‌شود ، دلیل آنهم بسیار روشن است زیرا هرچقدر گسترش وتراکم جمعیت بیشتر باشد ، افراد کمتر تحت بازرسی و نظارت سنت ها ورسوم دیرینه قرار میگیرند، یك مقایسهٔ ، صحت این مطلب راتأیید می‌کند ، درشهرهای کوچك کافی است کسی بایکی ازسنتهای دیرین مخالفت کند ورفتاری مغایر باآن داشته باشد ، بشدت مورد ملامت قرار خواهدگرفت ، درحالیکه درشهرهای بزرگ چنین نیست زیرا گرفتاری در شهرهای بزرگ مجال نظارت بکاردیگران را نمیدهد ، وبقول یکی از جامعه شناسان :

«شخص درمیان جمعیت بهترمی تواند خودرا از انظار مخفی و پنهان سازد» همبستگی درمیان تعدادی قلیل بیشتر است تادرمیان تعدادی کثیر ، و بهمان نسبت کنجکاوی وتجسس درمیان افراد کم، بیشتراست تادر میان افراد بیشمار ، تمدن امروز فردیت افراد را می‌افزاید وآزادی واختیارشان را افزون می‌کند واز سوی دیگر چون تقسیم کارماشینی‌وتخصصی‌روز بروز بیشتر میشود ، باز بهمان نسبت همبستگی افراد بیکدیگر ویکنواختی ویکسانی ویاقالبی شدن فکر واندیشه‌وشخصیت آنهارا نیز افزون میسازد .

۳- عقیده ۱

بعضی عقیده را به غلط دربرابرسنت‌قرار میدهد ، ومیگویندداول دریك‌اجتماع سنت بوجود می‌آید واین سنت بیشتر درممالك عقب افتاده وجود دارد و هنگامیکه اجتماع قدری پیشرفت وترقی کرد واشخاص درخود احساس شخصیت‌کردند ، آنگاه عقیده بوجود می‌آید ، زیراکه عقیده ملازم باشخصیت است ولی درحقیقت عقیده دو جنبه دارد :

Opinion - 1

گاهی عقیده شخصی وفردی است که درروانشناسی مورد بحث قرار میگیرد وزمانی عقیده جنبه اجتماعی وعمومی بخود می‌گیردکه در جامعه شناسی موردبررسی قرار میگیرد .

۴ـ عقیده عمومی۱

عقیده عمومی قضاوتی است‌که مورد قبول عامه واقع شود ، عقیده عمومی را باشایعات نباید اشتباه کرد زیراکه شایعات جنبهٔ موقت دارند ، در صورتیکه عقیده عمومی جنبهٔ استمرار ودوام دارد .

خصائص عقیده عمومی عبارتند از : ۱ـعقیده عمومی دفعةً پیدا نمی‌شود بلکه افراد مردم کم‌کم‌و بتدریج آنرا می‌پذیرند وپس‌ازاینکه استقرار پیداکردجزء اعتقادات آنان میشود ، پس باین لحاظ عقیدهٔ عمومی یك امرخلق‌الساعه وزودگذری نیست بلکه بادوام واستمرار توأم است مانند نظر ایرانیان نسبت بـانگلیسی هاکـه همیشه بایك حس مرموز واستعمارگرانه ازطرف آنان توام بوده است و هراغتشاشی را از ناحیه آنان میدانسته اند، وبسختی استعمارگران می‌توانند این عقیدهٔعمومی را از میان ببرند .

۲ـ عقیده عمومی مستلزم فشار والزامی روی هیئت‌حاکمه است ، یعنی قـوه حاکمه مجبور است‌که از آن اطاعت وپیروی‌کند وگرنه مواجه باشکست خواهدشد ومنجر به قیام ملی از طرف پیروان ومعتقدان آن عقیده عمومی خواهد گردید .

۳ـ عقیده عمومی جنبهٔ شخصی افراد را تغییر داده و آنـرا تحت‌الشعاع قرار میدهد وچون کسی عقیدهٔ عمومی راپذیرفت بتدریج عقیده عمومـی جایگزین عقیدهٔ شخصی وفردی وی میگردد مثلا بعضی ازمردم آذربایجان علی‌رقـم عقـیـدهٔ شخصی خودکه مرام اشتراکی بود قیام کردند .

Public Opinion - 1

۴ـ عقیده عمومی ایجاد مؤسسه[1] واصل می‌کند و نهادهای اجتماعی و حقوقی بوجود می‌آوردو «نهاد اجتماعی» مؤسسه ای است بسیار پایدار که «کارکرد» اجتماعی آن برای جامعه بسیار باارزش وبا اهمیت است مـانند سازمانها وقـوا نـین دینی ، اقتصادی ، جزائی ، حقوقی وغیره .

پس باخصائصی که از عقیده وسنت بطور ایجاز واختصار نقل کردیم نباید عقیده راباسنت دربرابر هم قرار داد بلکه این دویك پدیدهٔ اجتماعی هستند که دارای یك مرکز هستند ، ولی سنت ؛ متراکم تر وعقیده تراکش کمتر است .

۵ـ نقش سنت هادر تحولات اجتماعی

از نظر قانونگزاری وحقوقی که بیشتر مطمح نظر ماست ، سنت نقش مهمی را ایفا می‌کند ، زیرا بسبب ارزش وقدرت الزام آور و بعلت ریشه های کهن که درمیان یك قوم‌دارد ، همهٔقانونگزاران بهنگام‌تقنین ، وکلیه قضات درموقع دادرسی مجبور از اطاعت سنت حقوقی واجتماعی هستند ، سنت حقوقی می‌تواند تاآنجا بر قرار بماندکه تاریخ نشان میدهد گروه زیادی ازمردم‌که خواسته اند گامی مخالف سنت ها بردارند محکوم بمرگ ونیستی گشته اند ولذا هرگز جامعه‌ای دیده نشده است که واقعاً توسط نهضتی که‌از بالاهدایت ورهبری می‌شودوهیچگونه زمینه اجتماعی ندارد ، اصلاح شود ، زمینه های اجتماعی وخـواست شدید مـردم نقش مهمی ایفاء می‌کندکه از آن نمی‌توان غافل بود ، ولی این نیروها که باعث تحـولات اجتماعی میگردند ، احتیاج به محرکهائی دارند تا این افراد نیروهای خود شان راهم جهت نمایند و درراه وصول خواستهای خود شروع باعمال فشار نمایند .

۶ـ جنبه های‌دوگانه‌سنت های اجتماعی

سنت همانند هرپدیده وامر اجتماعی هم دارای جنبهٔ مثبت وهم حاوی جنبه

---

[1] Institution Sociale

منفی است ، ازجنبه مثبت ، عبارتست از اینکه بشر نمی‌تواند کلیّه ارتباطات خودرا بااجتماع قطع کرده ؛ وتمامی مشکلات را بااندیشهٔ وخرد خود هموار سازد وبه تجربه شخصی بپردازد ، بلکه بدیهی است که باید عاقلانه ازمیوه تجربیات و ثمرهٔ معلومات پیشرفتگان که حاصل عمر ومیراثی ارزنده‌را بصورت سنن وعادات برای آیندگان گذاشته اند استفاده نماید والا بقول سعدی شیرازی :

مرد خردمند جهاندیده را — عمر دوبایست دراین روزگار
تابیکی تجربه آموختن — بادگری تجربه بردن بکار

بدیهی است که انسان از آنزمان که اجدادش زبان‌را اختراع کردند ، تاکنون، خودرا تابع ومطیع سنن قرار داده است ، زیرا اگرهرنسلی ، خواندن ، نوشتن ، حساب کردن وسایر علوم وفنون را میخواست خوداز نو ابداع کند ، معلوم است که مادرچه وضعی بودیم ؟ وازطرف دیگر سنتها ورسوم دیرینه‌پایه اساسی تشکیل‌هیئت اجتماع هستند ، این سنن ورسوم دروجدان ناخود آگاه افراد ودر اجتماع بصورت یکنوع الهام اجتماعی وجود دارد ، وحتی بنظر اکثر جامعه شناسان ، امور ناخود آگاه را باید ازمطالعه دررسوم وآداب دیرینه بازشناخت ، بطوریکه رسوخ و نفوذ این عقاید ورسوم بصورت یك اشراق درونی درنفس افراد تأثیر کرده است ولذا یك جامعه شناس نمی‌تواند ازآن بسادگی وسهولت‌صرف نظرکند .

اما بااینکه احترام سنت وپیروی ازعادات ورسوم تاحدی لازم وضروری است معذلك افراد نباید درآن افراط‌کنند زیرا افراط باعث نابودی ویادست کم رکودو جمود اجتماعات میشود ، خوشبختانه اجتماعات امروز سریعتر ازاجتماعات گذشته وضع خودشان راتغییر میدهند ، باری دلبستگی وعلاقه شدید به حفظ وضع موجود که همواره بشرآرامش طلب وپیرولذت وآسایش ازآن تعقیب می‌کندباعث میگردد که هرگونه نغمهٔ مخالف وناآشنارا - بحکم ناشناخته بودن - اگرخطرناك تلقی نکند دست کم سودی هم برآن مترتب نخواهدکرد ، وبهیچوجه حاضر نیست اجازه دهد

که این پدیدهٔ نودر محیط او نشوونما کند و نضج گیرد ، زیرا مردم اصولا در برابر تازه‌ها بدگمان هستند و گاهی نیز پیش از آنکه بتوانند خودشان را بآن تازه ها عادت دهند بسراغشان می آید ، یعنی زمینه انفعالی مناسب برای آن ندارند ، که در اینصورت موضوع مشکلتر خواهد شد .

سعدی بروزگاران مهری نشسته بردل بیرون نمی‌توان کرد الا بروزگاران

نتیجه قهری این کشمکش دوجنبه مثبت و منفی بازماندن جامعه از بعضی تحولات و تغییرات است که ضرورتهای اجتماعی آنرا ایجاب واقتضا میکرده است ، دراین میان از کشاکش دوجنبهٔ سنت جامعه مسیری را خواهد پیمود که قدرت و نیروی کشش آن افزونتر باشد ، وازاین رهگذر افراد اجتماع باز شناخته میگردند ، گروهی همواره پیشرو هستند ومخالف کهنه پرستی وسنت گرائی وخواهان طرحهای نو ، زیرا تابع سنت شدن بعقیده اینان صفاتی که لازمه شخصیت خاص انسانی است درانسان رشد نمی‌کند و بار ور نمی‌گردد ، خصائل انسان آنگاه مجال رشد می یابد که انتخاب راه با خود انسان باشد ، وازخود مایه بگذارد ، اگر عده‌ای نباشند که قوه ابتکار و ایجاد داشته باشند وراه نوی فراراه بشریت بگذارند ویا بآنچه حقیقت می‌پنداشته ایم با نظر تردید و بطلان بنگرند ، زندگی مرداب راکدی بیش نخواهد بود ، و این معنی با توجه باینکه دنیا هنوز تاکمال مطلوب فرسنگها راه دارد بخوبی قابل قبول است رأی و نظر گابریل تارد درباره تقلید و پیروی بسیار جالب است او می‌گوید « ... تاریخ را اشخاص بزرگ تغییر می‌دهند زیرا اشخاص کوچك هرگز احتیاج به تغییر بخاطرشان نمی‌رسد آنچه آنان را میراند ، سنت وعادات وعرف است ، اما مرد بزرگ احتیاج را در می‌یابد «فکر می‌کند» همه چیز را دگرگون میسازد و اگر موفق شود عدهٔ معدودی که باز برجسته‌اند ازاو پیروی میکنند ودر صورت موفقیت آنان موجی از پیروان و مقلدان از هرسوی بسوی آنان سرازیر میگردد »[1]

---

۱ ـ لذات فلسفه ویل دورانت ص۲۸۴

« یك متخصص علوم اجتماعی ازاهـل سوئد معتقد بودکه‌آدم «رادیکال» معتقد است که فرصت دزدرا بوجود می‌آورد درحالیکه آدم «محافظه کار» معتقد است که برعکس دزد است‌که از فرصتها استفاده میکند بنظر آدم رادیکال مسئولیت نقصهـای جامعه‌را باید بعهدهٔ محیط‌گذاشت یا بعبارت دیگر محیط را میتوان تغییر داد ، فرد وبنابراین جامعه را می توان بااصطلاح اجتماعی پاك ومنزه‌کرد ، شخص‌محافظه‌کار برعکس معتقد است که درمجموع نه‌محیط بلکه طبیعت است که افراد را آنچنانکه هستند میسـازد وهمین امـر بدبینی آنهـا را نسبت بـاصلاحـات اجتمـاعی توجیه میکند .

بنابراین اینان خود بخود به‌سیاست « بگذارید اقدام کنند[1] » یا هیچ نکنند متمائل میشوند ...»[2]

برتراندراسل دراین‌باره می‌گوید :

« درتکوین طبیعت بشر «نه دهم» تعلیم و تربیت مؤثر است ، و «یك دهـم» بقیه به‌خلقت مربوط می‌شود ، آن‌بخش مربوط به‌فرهنگ را می توان تغییر داد ، شاید روزگاری برسد ، که بخش مربوط به‌خلقت نیز درحیطه اقتدار علم درآید[3] »

وباز درجای دیگری می‌گوید :

« اگر بهترین انسانهای پانصدهزارسال قبل را درجوانی بدست آورده دریکی ازممالك امروز دنیا بمدرسه بفرستند درست مثل‌بچه‌های امروزما ازعهدهٔ‌کار برخواهد آمد ، بنابر این چیزی راکه آنها فاقد بوده‌اند مکتسبات‌است نه‌فطریات یعنی‌صفات مادرزادی .»[4]

---

۱ - « Laissez - Faire »

۲ ـ تئوری اقتصـادی وکشورهای کم‌رشد . پروفسورگونار میردال ترجمهٔ غلامرضا سعیدی ص ۱۴۵

۳ ـ آیا بشرآینده‌ای‌هم دارد ؟ ترجمهٔ منصورص۲۴۹

۴ ـ امیدهای نو برتراند راسل ص۳۰

برای حسن‌ختام خوبست که این‌سخن راهم ازویل دورانت بشنویم که :«عمل دوره جوانی اشتیاق شدید به افکار نوین است وآنرا وسیلهٔ ممکن و مقدوری برای تسلط بیشتری بر محیط می‌یابد ولی عمل دورهٔ پیری مبارزهٔ بیرحمانه است بانو خواهی ، این مبارزه میخواهد قدرت فکر جدید را پیش ازآنکه دراجتماع به‌مرحلهٔ عمل درآید بیازماید ، عمل دوره میانسالی تعدیل افکارنوین است با محدودیت‌های عملی ومی‌کوشد تابرای آنکه آنرا تا اندازه‌ای تحقق بخشد راههائی پیدا کند ؛ جوانی پیشنهاد می‌کند . پیری به مخالفت برمیخیزد ومیانسالی تکلیف واندازهٔ آنرا معین میسازد ، جوانی تسلط ادوار انقلابی است وپیری تسلط سنت‌ها و عادتهاست و میانسالی دورهٔ بنای مجدد است»[۱]

۷ ـ سنت درحقوق اسلامی

سنت درفقه امامیه عبارتست از :«گفتار یاکردار یاتقریر پیامبر یا یکی‌ازائمه» ولی درمذهب عامه اقوال وافعال صحابه وتابعین نیز جزوسنت میباشد .

درفن درایه به‌نقل وحکایت یکی ازاین سه‌امر نام «حدیث» و«خبر» داده‌اند، پس سنت به‌سه‌قسمت میشود :

۱ ـ سنت قولی یاگفتار معصوم .

۲ ـ سنت‌فعلی یاگردار پیامبر یاائمه اطهار را اگربرای بیان مطلبی ازمطالب حقوقی وعبادی انجام شده باشد مانند بیان شفاهی حجت خواهدبود .

۳ ـ سنت تقریری عبارتست ازاینکه فعل ویاترك فعلی که پیامبر ویایکی‌از ائمه برآن آگاه شده‌باشند ویا درحضورشان انجام‌شده باشد و از انجام آن جلوگیری وممانعت ننمایند وباصطلاح آنرا تقریر فرمایند ، چنانکه « مستفاد از تاریخ این است که درزمان پیغمبرﷺ برای انعقاد عقود متعارف (مانند بیع ورهن و اجاره و وغیره) صیغهٔ خاصی ازالفاظ درعقود بکار نمیرفت واین‌امر مورد نهی هم‌قرارنگرفت

۱ـ لذات‌فلسفه ص۴۹۷

بااینکه موضوع ازموضوعات شایع(عام البلوی) دربین مردم هم بود واین خود دلیل است که عقود درتحقق خود نیازی به صیغ مخصوص ندارند »[۱] و باصطلاح در حقوق اسلامی عقود رضائی هستند نه تشریفاتی وصوری ، درباره حدیث وخبر که حکایت ازسنت می کند در دوفن بحث میشود ، درفن «درایه» ازلحاظ چگونگی سلسلهٔ سند آن مورد بحث قرار میگیردولی درفن اصول فقه این کیفیت مورد نظر نیست ، بلکه دوامر درآن مورد گفتگو است .

۱ ـ خبری که درفن درایه اعتبارش به ثبوت رسیده آیا حجت است وباید به مفادش عمل کرد یا خیر ؟

۲ ـ آیا ظواهر الفاظ حدیث وخبر حجت است یانه ؟

در مورد دوم که آیا ظواهر الفاظ حدیث وخبر حجت است یا خیر مخصوص سنت نیست بلکه این بحث دربارهٔ ظواهر آیات قرآن هم شده است ومادر این باره دربخش محکمات ومتشابهات قرآن بحث کرده ایم وآن بحثهارادراینجا تکرار نمی کنیم ولی قبل ازبحث درباره خبرواحد ومتواتر وغیره لازم میدانیم که اجمالا دربارهٔ علت وجودی این منبع ازحقوق اسلامی توضیحی بدهیم .

۸ ـ علت وجودی سنت

علت وجودی این منبع ازحقوق اسلامی آن بودکه هرگاه دراجتماعات مسلمانان صدراسلام مشکلات ومسائلی تازه پیش می آمدکه ازحل آن عاجز می ماندند به صحابهٔ پیامبر ویا ائمهٔ اطهار رجوع میکردند وآنها دربارهٔ آن دستوراتی میدادندکه مجموعهٔ بزرگی بنام سنت یاحدیث ویااخبار وروایات ازآن گرد آمده است ، و از طرفی از ازآنجا که احکام باهمهٔ جامعیت وکامل بودنش موارد جزئی را متعرض نگردیده بود لذا باعث گردیدکه مردم درزمان پیامبر باو وبعد بائمهٔ اطهار (بنا بعقیده شیعه) و

۱ـ ترمینولوژی حقوق ، دکتر جعفری لنگرودی ص ۳۶۳

به صحابه (بنا بعقیدهٔ اهل تسنن) رجوع کنند ونتیجهٔ این مراجعات وپرسشها و پاسخها منبع درجهٔ دوم حقوق اسلامی گردید ، مجموعه‌های سنت درمذهب تسنن‌در شش‌کتاب که اکثر مؤلفین آنها ایرانی بودند فراهم گردید ، این شش کتاب بنام «صحاح‌سته» معروف است«صحیح» البخاری‌که غالباً بنام «صحیح»نقل میشود «صحیح» مسلم و آثار ابن ماجه وابوداود وترمذی ونسائی .

در مذهب‌تشیع در کتاب‌کافی، « من‌لایحضُره‌ُالفقیه»وتهذیب‌واستبصارکه کتب اربعه واصطلاحاً این مجموعه‌ها را جامع حدیث ویا جمع آنرا جوامع حدیث‌نامند که حاوی احکام مذهب جعفری است .

۱ ـ کافی : مؤلفش ابوجعفر محمدبن یعقوب‌بن اسحق کلینی رازی است که درقرن سوم هجری میزیسته است کلینی درتألیف این‌کتاب بیست سال رنج برده‌است کلینی درسال ۳۲۹ دربغداد وفات یافت وهمانجا مدفون‌گردید .

۲ ـ «من‌لایحضره‌الفقیه » مؤلفش‌ابی‌جعفر محمدبن علی معروف به شیخ‌صدوق می‌باشد وقریب سیصد تألیف نفیس ازوی نقل شده که‌از آنجمله کتاب مزبور است‌وی درسال ۳۸۱ دررری وفات یافته ودرمحلی که بنام وی «ابن‌بابویه» مشهور است‌مدفون گردید .

۳ ـ ابوجعفر محمدبن حسن‌بن علی‌طوسی معروف به «شیخ طوسی » در ۳۸۵ متولد شده و۴۰۸ بعراق رفته پنج سال شاگرد شیخ مفید وبیست وسه‌سال شاگرد سید مرتضی وسپس ۱۲ سال دربغداد برکرسی تدریس نشست سپس به‌نجف آمد و۱۲سال دیگر تدریس کرد تا وفات یافت (٤٦٠ هجری)کتاب «تهذیب» و«استبصار» ازجملهٔ تألیفات نفیس وی‌است .

از موارد اختلاف میان مذهب شیعه وسنی یکی درهمین جااست‌که اهل‌سنت وجماعت پس‌ازسه نسل بلافصل اززمان رسول اکرم ، به‌احادیث اعتمادی ندارند . ائمهٔ اربعه اهل‌تسنن عبارتند از :

۱ - ابوحنیفه نعمان بن ثابت تمیمی بالولاء کوفی که از نژاد ایرانی بوده سال ۸۰ متولد شده ودر بغداد سال ۱۵۰ در گذشت .

۲ - ابی عبدالله مالك بن انس بن مالك اصبحی سال ۹۳ هجری درمدینه متولد وسال ۱۷۹ همانجا درگذشت .

۳ - ابوعبدالله محمدبن ادریس بن عباس بن عثمان بن شافع شافعی هاشمی قرشی که درسال ۱۵۰ درفلسطین متولد شده درسال ۱۹۹ درقاهره درگذشت .

۴ - ابوعبدالله احمدبن محمدبن حنبل که در ۱۶۴ دربغداد متولد شده و در ۲۴۱ درگذشته .

بهرحال این چهارنفر مؤسس مذاهب چهارگانهٔ اهل سنت هستند ، پس ازائمهٔ اربعه ، اهل تسنن باب اجتهاد را مسدود نموده اند ، وحال آنکه شیعهٔ اثنی عشری آنرا مفتوح میداند وبراساس علم «اصول» و علوم دیگر که ذکرش گذشت ، احکام جدید مسائل تازه را با متدی خاص وفنی استنباط واستخراج می کنند که در فصول آینده بیشتر توضیح دراین باره داده خواهد شد .

این اخبار تا امام دوازدهم ادامه دارد وجزء عمدهٔ آن از حضرت امام جعفر صادق علیه السلام ششمین پیشوای شیعه است .

* * *

یادآوری این نکته لازم است که حدیث وخبر ازهمان آغاز و اوائل اسلام ارزش فراوان پیداکرد ومسلمانان نسبت بآن توجه فوق العاده از خود نشان دادند ، این توجه زیاد باعث شد تاعده‌ای ازمسمانان که ایمان قوی نداشتند ، بدون اینکه ازعواقب وخیم وخطرناك کارخود آگاه باشند ، سعی میکردند که بعضی از اصول اسلامی را بنابه سلیقه‌وذوق خود ، بدون داشتن هرگونه سوء نیت توجیه وتفسیر کنند وآنرا با احادیثی ولوجعلی به‌کرسی نشانده وتأیید و تثبیت نمایند وآنچه را وجدان حقوقی واعتقادات وآداب‌ورسوم دیرینه شخصی آنها ، ایجاب میکرد درقالب‌حدیث

درآورند ، وگاهی نیز سؤالات نابجا وراهنمائی کننده و سوق دهنده به مقصود و منظور اصلی سؤال کننده ، دراینگونه اخبار واحادیث ذی مدخل بوده ، تاآنچه را که قبلا بآن معتقد بوده‌اند باسؤال عطف دهنده‌ازامام بصورت حدیث صحه بگذارند ، بدیهی است دراین بازار آشفته ، آنها که ایمان درستی به مبانی اسلامی نداشتند ؛ برای دفاع ازمنافع مادی وسیاسی وگاهی اعتقادات شخصی خود ویا اساساً به منظور لطمه وارد کردن باسلام ، ازهیچگونه تلاشی ابا وامتناع نمی‌کردند .

زیرا که حدیث همان ارزش وحی الهی‌را داشت (سوره‌نجم آیه ۳ « ماینطق عن‌الهوی اِن‌هو الاوحیٌ یوحی » یعنی‌سخنی ازخواسته‌نفس خود نمی‌گوید ، هرچه میگوید وحی‌است که ازطرف پروردگار باو رسیده است) لذا افکار فردی خودشان را به‌اسم سنت جامیزدند ، این اوضاع واحوال ناهنجار بطور وحشت‌آور ، مخصوصاً درمذهب تسنن انجام گرفت که متفقٌ‌علیه همه‌دانشمندان اسلامی وغیر اسلامی است وحدیث شناسان وعلمای علم رجال وتاریخ برجعلی بودن بیش‌ازنیم‌میلیون ازاحادیث کتب اهل تسنن تصریح کرده‌اند .[۱]

این احادیث که بصورت انبوهی از کتب در آمـده بود ، برای عده‌ای از دانشمندان ایجاد کارکرد ، جمعی ازعلماء با افزار نقد وسنجشی‌که داشتند ازقبیل: ظاهر لفظ که بکلمات معصوم ویا پیامبر شبیه است یاخیر ؟ سلسلهٔ رواتی که‌حدیث را نقل کرده‌اند تا بمعصوم رسیده وبیوگرافی وشرح حال یك یك آنان و بررسی و تعیین‌درجهٔ ایمان وتقوای آنان تا ازطریق آن ، احادیث صحیح وسقیم را ازهم باز شناسند وعنوان غربالی را پیدا کرده بودتا درست ونادرست را درآن بریزند وازآن بگذرانند وتصفیه نمایند وازاین رهگذر علوم جدیدی بنام « علم رجال» و «درایه » پدید آمد . پس از ذکر این مقدمه اینك می‌پردازیم باقسام خبریاحدیث .

۱ــ الغدیر علامه شیخ عبدالحسین احمدامینی جلدپنجم .

۹ ـ انواع سنت درحقوق اسلامی

خبر یا حدیث بردونوع است : متواتر وغیر متواتر .

۱ـتعریف خبر متواتر : « هرگاه کسانی ، که بحسب عادت سازش آنها باهم ممکن نباشد ، از امری محسوس خبر دهند ، بطوری که خبر ایشان بخودی خود قطع آور باشد ودرشنوندگان تولید یقین کند آن خبررا بنام «متواتر» میخوانند[1] » پس تعداد نفرات محصور درعدد معین نیست ، همین قدرکه عادتاً اسناد کذب بآن داده نشود ، وآن یا ازطریق شنیدن باشد ویامشاهده نه استنباط عقلی ونظری ، البته خبر متواتر بسیار نادراست .

بعضی از ارباب مذاهب ، قطع آور بودن خبر متواتر را محل تردید قرار داده‌اند زیراکه « الخبر یحتمل الصدق والکذب » وچون احتمال صدق وکذب درآن میرود ، پس مفید یقین نیست ، لکن این گفته صحیح نیست ؛ زیرا اطلاعات روزانهٔ ماهم براساس همین اخبار است وبرای هیچکس میسر نیست که شخصاً همه اموررا شاهد وناظر باشد ومستقیماً خود ادراك نماید ، پس قسمت مهمی از این دانستنیها مطالبی است که ازدیگران شنیده شده‌است .

ما درروزنامه‌ها ، اخبار رادیو ، ویا افواهاً بطور متواتر اخباری وحوادثی را میشنویم و درما تولید قطع مینماید ، ودر تولید قطع آن جای هیچگونه تردیدی نیست .

خبر متواتر خود بردوقسم است

۱ ـ متواتر لفظی ۲ ـ متواتر معنوی

الف : متواتر لفظی هرگاه تواتر درلفظ حدیث بصورتی باشد که کلیه روات

۱ـ تقریرات اصول ، استاد محمود شهابی چاپ ششم ص ۱۱۰

آنرا بیك لفظ و بیك عبارت نقل کرده و کوچکترین اختلافی نداشته باشند آنرا متواتر باللفظ گویند مانند حدیث : « النّاسُ مُسَلَّطونَ عَلی[1] اَموالِهم » که مدلول مادهٔ ۳۰ قانون مدنی ایران است .

ب : متواتر معنوی هرگاه حدیث و یا خبر متواتر باشد اما در الفاظ و عبارات گوناگون یك معنی (کلاً یا بعضاً) در قالبها و جملات مختلف گفته شده باشد و آن معنی با توجه به عدد ناقلان بحد تواتر رسیده باشد آنرا متواتر بالمعنی گویند مانند مدلول حدیث (علَی الیَدِ ما اَخذَتْ حتّی تُؤدیَه)[1] که مدلول ماده ۳۰۸ قانون مدنی ایران نیز هست و به قاعده ید معروف میباشد .

۱۰ - شرایط اعتبار خبر متواتر

خبر متواتر باید دارای شرایطی باشد که بعضی مربوط به مخبرین و بعضی دیگر مربوط به مستمعین است .

اول : **شرایط مربوط به مخبرین :**

الف : از لحاظ عده عادتاً باید تعدادشان آنقدر باشد که کذبشان ممتنع بنظر برسد .

ب : مخبرین در تمام طبقات بحد نصاب مزبور رسیده باشند ، پس هریك از طبقاتی که واسطه روایت بوده‌اند چه در طبقهٔ اول یا دوم و یا سوم اگر کمتر از حد نصاب مزبور باشند خبر متواتر محسوب نخواهد شد .

ج : علم مخبرین از روی حس باشد یعنی آنچه را دیده و یا شنیده‌اند نقل کنند ، پس نقل مسائل عقلی و نظری اگرچه بحد تواتر هم برسد مفید علم نخواهد بود .

دوم : **شرایط مربوط به مستمعین .**

---

۱ - برعهده هر کس است (یعنی ضامن است) آنچه را که بنحو عدوان «عامدا یا جاهلا» گرفته پس بدهد .

الف : مستمع قبلا عالم به مضمون خبر نباشد که درآنصورت برایش تحصیل حاصل خواهد بود .

ب : مستمع عاری از تعصب وغرض ورزی باشد زیرا اگر کسی بچیزی قبلا بگونه‌ای مخالف خبر اعتقاد داشته باشد ؛ آن‌خبر دروی ایجاد قطع نمی کند مثل کسانیکه به معجزه اعتقاد ندارند خواندن اخبار مربوط به معجزات برای آنها چه سودی خواهدداشت ؟ .

۲ - خبرغیرمتواتر

هرگاه خبر بحد تواتر برسد آنرا خبر غیر متواتر گویند ، حال اگر عدهٔ روایت‌کنندگان آن دویاسه نفر باشند آنرا خبر واحد یا آحاد واگر بیش ازسه نفر باشند آنرا خبر مستفیض یاخبر مشهور گویند ونیز خبر مشهور برآنچه که برالسنه ساری وجاری است نیز گفته شده است ولوآنکه طریق آن یکی باشد یا اصلاطریقی نداشته باشد .[۱]

هرگاه باخبر غیر متواتر قرائن وامارائی توأم باشد که باملاحظهٔ آنها صادق بودن آن خبر مسلّم گردد این خبر چون مفید قطع ویقین است به عقیده همهٔفقهای شیعه حجت است ، لکن اگر مقرون بقرینه نباشد درآن اختلاف شده‌است .

گروهی آنرا حجت ندانسته اند زیرا میگویند چنین‌خبری مفید ظن واحتمال است وعمل به‌ظن هم درقرآن نکوهش شده ازجمله آیهٔ ۳۸ ازسورهٔ ۱۷ میفرماید : « آنچه برای تو نسبت بآن علم نیست ازآن پیروی مکن »[۲] وآیهٔ ۱۱۶ از سوره۶

۱ــ ترمینولوژی حقوق

۲ــ «لاتقف مالیس‌لك به‌علم»

میفرماید: « پیروی نمی کنند مگر گمان را و نیستند ایشان مگر آنکه به گمان حکم می کنند»[۱]

وآیه ۳۷ ازسورهٔ ۱۰ « همانا گمان چیزی را ازحق بی نیاز نمی کند »[۲] و علاوه براستناد به این آیات یکی ازفقها (متقدمین) درمورد عدم حجت بودن خبر غیر متواتر مقرون به قرینه ادعای اجماع کرده است .

گروهی دیگر که از متأخرین فقها هستند چنین خبری را حجت دانسته اند وبدلائل دسته اول پاسخ داده اند که آیات مربوط به نکوهش پیروان ظن معطوف به اصول دین است واستدلال کرده اند که پیروی از ظن دراصول دین تقبیح وزشت شمرده شده نه درمسائل فرعیه ، بخصوص درعصر ماکه زمان غیبت امام است وباب علم قطع ومسدود است چاره ای جز توسل به ظن نیست واین امر ازمستقلات عقلیه است زیرا « حجیت ظن بنا بحکومت عقل درحال انسداد قطع » این امر یکی از اموری است که حکم عقلی است وسپس دلائلی ازقرآن ذکر کرده اند که آیهٔ ٦ ازسورهٔ ۴۹ «هرگاه خبر بوسیلهٔ شخص فاسقی روایت شودلزوم قبول آن مشروط به تحقیق وتبیین است»[۳] مفهوم مخالف این کلام آنستکه هرگاه خبر بوسیلهٔ شخص عادلی نقل شود لزوم قبول آن مشروط به تحقیق وتبیین نمی باشد .

همچنین آیه ۱۲۳ ازسورهٔ ۹ « پس اگر مهاجرت نکنند ازهر فرقه طایفه ای تا اینکه تفقه کنند دردین وسپس بیم دهند قوم خودرا ؛ آنگاه که بسوی آنها مراجعت کردند شاید آنان قبول بیم آنان را نمایند »[۴]

۱ــ ان یتبعون الاالظن وانهم الایخرصون .

۲ــ ان الظن لایغنی من الحق شیئاً

۳ــ یاایهاالذین آمنوا ان جائکم فاسق بنبأ فتبینوا .

۴ــ فلولا نفر من کل فرقة منهم طائفة لیتفقهوافی الدین فلینذروا قومهم اذا رجعوا الیهم لعلهم یحذرون .

پس گروهی که علوم دینی را درخارج فرامیگیرند تاپس از بازگشت بموطن خویش قوم خود را بترسانند وعمل برطبق گفتار آنان برقوم واجب میگردد ، ودلیل براین که آیه برحجیت خبر واحد دلالت دارد آنست که هریك ازافراد آن گروه در مقام تبلیغ احکام شرعیه سخن بگوید یا حدیثی روایت کند آن سخن حجت خواهد بود ، وازسوی دیگر عمل بهخبر واحد ازصدر اسلام تا زمان ما معمول بوده است چنانکه پیامبر اسلام اشخاصی راباطراف ومیان قبائل میفرستاد تااحادیث راروایت کنند وآنها ازهمان یك نفر قبول میکردند وملاك عمل خود قرار میدادند . و حتی درعصر ائمهٔ اطهار نیز راویان شیعی ، احادیثی را از ائمه نقل میکردند که آن احادیث آحاد بود وعلاوه برجمع آوری به نقادی آنها میپرداختند وائمه باسکوت خود برعمل آنها صحّه میگذاشتند یعنی عمل بخبر واحد را تقریر میفرمودند .

۱۱ - شرایط اعتبار خبرواحد :

اعتبارخبر واحد درصورتیست که راوی آن دارای شرایط زیر باشد .

۱ - تکلیف : پس روایت مجنون ویا طفلی که بحد بلوغ نرسیده قابل پذیرش نیست .

۲ - اسلام وایمان : پس روایت غیرمسلمان وغیر مؤمن مورد قبول نمیباشد .

۳ - عدالت : که عبارتست از ملکه ای که نفس را از ارتکاب بمعاصی کبیره واصرار بمعاصی صغیره بازدارد وضمناً آنچه که عمل وترك آن بحسب زمان ومکان مخالف شأن شخص باشد از انجام آن خودداری نماید (رعایت مروت)[1]

٤ - حافظه : نیروی حافظهٔ راوی باید آنقدر باشد که بتواند متن حدیث را عیناً بدون اضافه ونقصانی روایت کند واگر حدیث بواسطه است اسم و خصوصیات

۱ــ درعلم حقوق برخی عدالت راهماهنگی انسان بانظام جهان دانستهاند و مابعدا درباره عدالت ازنظر اسلام بحث خواهیم کرد .

واسطه هارا نیز نقل نماید .

۱۲- جرح و تعدیل و تزکیه

اگر راوی به‌تقوی مشهور باشد ، همین اشتهار برای قبول روایت وی کافی است هرگاه به‌فساد اخلاق مشهور باشد برعکس ، همین اشتهار بفسق برای ردّ وی کافی است، اما اگر خصوصیات اخلاقی راوی مجهول باشد دراین صورت ازکسانیکه درباره وی اطلاعاتی دارند وضمناً عادل‌هم هستند اختبار میشود اکنون اگر برعدالت وی‌شهادت دادند (تعدیل و تزکیه) حدیث وی مقبول است واگر برعدالت وی شهادت ندادند و برآن ایراد گرفتند (جرح) درآنصورت حدیث‌وی‌مطرود میگردد لازم است‌کسانیکه به عدالت راوی شهادت میدهند(مُعدّل یا مزکّی) ویابرعدم عدالت گواهی میدهند (جارح) آنان نیز خودشان عادل ومطلع براحوال رجال خبرباشند وتعدادشان لااقل دونفر باشد وضمناً گواهیشان چه جرح وچه تعدیل مقرون به‌ذکر سبب باشد یعنی موجبات عدالت‌ودلیل آنرا بیاورند وفقطا کتفا باینکه‌فلان عادل نیست یعنی (تعدیل مطلق) نکنند وهرگاه عده‌ای راوی راجرح وعده‌ای تعدیل‌کردند قول جارحین مقدم است زیرا معدل قولش‌مبتنی برعدم مشاهدهٔ عمل خلاف است لکن قول جارح‌مبتنی برمشاهده خلاف ازوی است .

۱۳- نقل به‌معنی

روایت کلینی است از محمدبن‌مسلم که[1] : «بابی عبدالله‌علیه‌السلام عرض کردم من‌از تو حدیثی را می‌شنوم وبهنگام نقل آن عبارات راکم وزیاد می‌کنم ؟ حضرت فرمود : اگرمعانی آن‌را مراعات کرده باشی عیبی ندارد» .

۱- اصول فقه ، محمدرشاد ص ۲۱۴

۱۴- مرسل ومسند

چنانچه راوی حدیثی راکه از امام نقل می‌کند واسطه هامتصل وپیوسته باشند آن حدیث را مسند ولی اگر بیواسطه نقل کند وخوداو امام راندیده باشد یا بواسطهٔ نقل‌کند ولی‌واسطه را فراموش کرده یاآنرا عمداً ویاسهواً ترك کند آن حدیث را مُرسل گویند .

۱۵- انواع خبرواحد

خبرواحد به چهار دسته تقسیم میگردد : صحیح ، حسن ، موثق ، ضعیف

۱- صحیح : خبریست‌که راویان آن اثنی‌عشری وعادل وجامع شرایط روایت باشند وسند متصل وپیوسته بامام باشد .

۲- حسن : خبریست‌که سندآن بوسیله روایت کنندگان دوازده امامی به معصوم پیوسته شود لکن عدالت وعدم عدالت تمام آنها یابعضی ازآنها بدرجه ثبوت نرسیده باشد ، بهرحال فقهاء شیعه مانندفقهاء عامه بحدیث حسن عمل می‌کنند در صورتیکه قرائنی موجب تقویت آن گردد مانند حدیث دیگر .

۳- موثق یاقوی خبری است که سلسلهٔ سند آن‌پیوسته ومتصل به امام باشد ودرمیان آنان یك یاچند نفر راوی غیردوازده امامی‌که نزداهل حدیث مطمئن و مورد اطمینان (ثقه) شناخته شده‌اند بوده باشد وبقیه راویان ضعیف نباشند .

۴- ضعیف : خبری‌است‌که درسلسله سندآن‌شخص یااشخاص‌مجهول(ناشناخته) یااشخاصی که موردطعن‌وایراد هستند قرار گرفته باشد .

۱۶- بحثی‌پیرامون روش‌اخذگواهی‌درموردحدیث

تردید نیست‌که هرگواهی وخبری را نمی‌توان‌معتبر دانست ، بویژه آنگاه‌که پای مسائل اجتماعی وحقوقی درمیان باشد ازین روبه نقادی خبر ها وحدیث‌ها باید پرداخت . این ارزشیابی یادرمورد خود خبر وحدیث ویا گواهی است ویا مربوط‌به

امری که موضوع آنست ویامربوط بهشخص مخبر ومحدث ویاگواه است ، درموردخود گواهی وحدیث ، ازائمهٔ اطهاررسیده است که فرموده‌اند :

«اخباری که ازقول ما روایت می‌شود بهقرآن یاعقل خودتان عرضه‌کنید اگر منافات داشت بدیوارش بزنید والا بآن عمل نمائید» درمورد موضوع حدیث ازهمین روایت که یاد گردید می‌توان استفاده‌کرد ، حدیثی‌که مخالف قرآن واصول عقل ویا نوامیس مسلم طبیعت باشد مسلماً قابل اعتنانخواهد بود ، واینکه صورت حقیقت‌دارد یعنی متواتر است بازهم برای ماکافی نیست .

از دیدگاه دیگری نیز می‌توان احادیث را مورد مطالعه وتحقیق قرار داد در این مورد دکترشریعتی می‌نویسد : «.... اگر احادیث را ، که‌تاکنون ازنظر موضوع ویا میزان استحکام واعتماد سلسلهٔ اسناد طبقه بندی میکرده اند ، حدیث شناسان از نظر عمق وارزش فکری وغنای معنوی آنها طبقه بندی‌کنند شاید باین نتیجهٔ علمی پرارزش برسیم‌که هریك ازین طبقات احادیث‌بیك دسته خاص ازصحابه (راویان‌مباشر) ارتباط می‌یابدوبروشنی‌نشان داده میشودکه احادیثی‌که مثلا ازطریق ابوهریره‌رسیده است باآنچه سلمان‌وابن مسعود نقل می‌کنند همسطح‌نیست وگذشته ازآن بسیاری‌از مسائل را بابسیاری ازکسان درمیان نمی‌گذاشته اند وحتی می‌کوشیده‌اند تابعضی‌رااز آن بیخبر بگذارند وکنجکاوی آنان رادرفهم برخی از معانی بطرق مختلفی تضعیف کنند یارسماً آنرا محکوم سازند وبدین ترتیب یك درجه بندی دقیقی از اصحاب میتوان‌کرد که بکار تاریخ می‌آید .»[1] دومینیك سوردل نیز در این مورد پس ازذکر اینکه احادیث را درعلم درایه به موثق (صحیح) وتقریباً درست(حسن) وغیره تقسیم کرده اند می‌نویسد : «ولی این‌طبقه بندی‌بنظر دانشمندان اروپائی درست نیست‌زیرا دربسیاری از احادیث انعکاس عقیدهٔ‌جامعه های مسلمان درادوار مختلفه بچشم میخورد وفقط ازاین لحاظ است‌که احادیث درنظر مورخین منبع مدارك و اسناد مهم تاریخی

۱ـ سلمان پاك ، لوئی‌ماسینیون ترجمه دکتر شریعتی مقدمه مترجم ص ۲۰

بشمار میرود»[1] معلوم است که دیدگاه یك مورخ با یك فقیه فرق دارد ، وفقهای ما ازاین نظر به احادیث ننگریستند .

اما درمورد راویان وبحث دراطراف عدالت ویاعدم عدالت آنان (علم الرجال) وتعدد ویا فرد بودنشان باید باین ، نکته دیگری نیز افزود وآن اینست که معلم شود که در امر مورد روایت یعنی «حدیث» ذی نفع نبوده اند ، زیرا دراینصورت است که دلیلی نداشته است که مخالف واقع حدیثی را نقل کنند ؛ اینکه امروز هم درداد گاهها گواهی افراد ذی نفع رانمی پذیرند براساس همین مطلب است ودیگر اینکه اگر راویان مختلف ازشیعه وسنی درحدیثی که به نفع یك طرف وبزیان طرف دیگر باشد ، اتفاق داشته باشند دراینصورت اعتبار این حدیث تابی نهایت بیشتر میشود وهمچنین وقتی حدیثی از طبقات مختلفی از مردم که احتمال تبانی واعمال غرض در آنها کمتر برود نقل شود باز اعتبارش بسیار زیاد خواهد شد .

☆ ☆ ☆

۱۷- تقسیمی دیگر از احادیث

میدانیم که درقرآن درمورد اعتبار واهمیت سنت آیاتی آمده است ازجمله آیهٔ ۲۱ ازسورهٔ احزاب است که میگوید : «برای شما دررفتار وگفتار پیغمبر خدا سرمشقهای پسندیده ایست برای هرکس که بخدا و آخرت ترس یا امید داشته باشد[2] .»

دراینجا ما برای اینکه روشن کنیم که این تبعیت وپیروی ازسنت دارای چه حدودی است ، لازم دیدیم که مطالبی رادراین باره از نظر دیگری بیان کنیم وآن اینست که سنت بردوگونه است : اول سنتی که ثابت ولایتغیر است ومتن آن برای

۱- اسلام «مجموعه چه میدانم ؟» دومینیك سوردل ترجمه دکتر اسمعیل دولتشاهی ص ٦٥ و ٦٦

۲- «لقدکان فی رسول الله اسوة حسنة لمن کان یرجوالله والیوم الآخر»

همیشه مانند قرآن تبعیتش لازم میباشد ، مانند سنن مربوط به نماز ؛ روزه ؛ تحریم رباو بطور کلی اصول اساسی که هرگاه پیامبر اسلام آنهارا بجای می آورد برمانیزفرض و واجب بودکه همانسان برگزار کنیم .

دوم سنتی که تابع وپیرو مقتضیات روزگار ودوروگردش زمان بوده است واین یك قسم است که تحت تأثیر عامل عرف وعادت درمی آید که بالنسبه دارای دوامی است ودیگری از قبیل سنن مربوط بمعاشرت ویالباس وطرز اصلاح سروصورت است که امروز بدان «مداجتماعی[1]» گویند وآنان رفتار جمعی مکرری است که بقدر «رسم اجتماعی[2]» تثبیت نشده باشد ، فی المثل دراحادیث زیادی امرشده که تحت الحنك همیشه درزیر گلوافتاده باشد نه درجال نماز بلکه درهمهٔ احوال یکی ازآن حدیث اینست: «الفرق بین المؤمنین والمشرکین التلحی» یعنی فرق بین مسلمان و مشرك تحت الحنك در درزیر گلوانداختن است» عده‌ای ازاخباریین باین حدیث وامثال آن تمسك کرده میگویند همیشه باید تحت الحنك افتاده باشد .

ولی مرحوم فیض بااینکه باجتهاد خوشبین نبوده دروافی بباب الزی والتجمل اجتهادی دارد ، میفرماید : درقدیم مشرکین شعاری داشتندکه تحت الحنك را ببالا می بسته اند ونام این عمل را «اقتعاط» میگذاشته اند ، اگرکسی این کاررا میکرد معنایش این بودکه من جزء آنها هستم ، این حدیث دستور مبارزه وعدم پیروی از آن شعار را میدهد ، ولی امروز دیگر آن شعار ازبین رفته پس موضوعی برای این حدیث باقی نیست ، حالا برعکس چون همه تحت الحنك را ببالامی بندند ، اگرکسی تحت الحنك را درزیر چانه چرخ بدهد حرام است ، زیرا لباس شهرت میشود ولباس شهرت حرام است»[3] وبنا بحدیث نبوی که دراصول کافی نقل شده : «خیر لباس کل زمان لباس اهله» «نیکوترین جامه درهرزمان لباسی است که مردم آن زمان می پوشند»

1- Social fashion

2- Social custom

۳- بحثی درباره مرجعیت وروحانیت ص ۴۷ و ۴۸ چاپ دوم

واین دستور که حضرت علی (ع) خطاب به‌فرزندش میفرماید :

حسین اذاکنت فی بلدة غریباً فعاشر بآدابها .

ویادستور خضاب گذاشتن موی صورت که یك دستوری بوده در اوائل اسلام بهنگام غزوات تا پیرمردان ازدور درنظردشمن جوان جلوه‌کنندوروحیه خودرا ببازند، امروز دیگر این دستور بقوت خود باقی نیست ، زیرا آن مقتضیات وجود ندارد ، ویا در معاملات ، طرز خرید وفروش ازحیث وزن‌وکیل وعدد ، مثلا یکجا فلان‌میوه را عددی خرید وفروش می‌کنند وجای دیگر وزنی وهمینطور بسیاری از اعمال‌زندگی ما تابع مقتضیات زمان ومکانی است‌که در آن هستیم[1] .

ولذا بسیاری از حقوقدانان اسلامی عقیده دارندکه درامور معاشی ومعاملاتی حقیقت شرعیه همان حقیقت عرفیه است یعنی بنیاد حقوق واحکام دراین مورد در نیازمندیها وعرف آنان گذاشته شده است وتصرفات شارع در این احکام نفیاً میباشد نه اثباتاًومعنی آیه‌قرآن‌که : (احل الله‌البیع‌وحرم‌الربوا) : یعنی‌خداوندبیع‌را حلال وربارا حرام فرموده است ،همین‌است،وبقول آیة‌الله‌میرزا صادق‌تبریزی : «منشأصحت وبطلان درمعاملات وعبادات یکسان است و آن عبارت از اجتماع شرایط وقیود در نسبت ویا اختلاف دراین قیود است اما درعبادات حکم تعبدی وتکلیفی است ودر معاملات حکم عرفی و وصفی میباشد»[2] برای اینکه این نظریه فقیه فقید را بطور مشروح بیان کنیم ناگزیر ازذکر مقدمه‌ای درباره حقیقت ومجاز وحقیقت شرعیه و

۱ــ عبارت‌شرح لمعه درمورد لباس : «... وتزئین کل‌من‌الرجل والمرءة بمایحرم علیه‌کلبس‌الرجل‌السوار والخلخال والثیاب المختصه بهاعادةویختلف ذلك باختلاف‌الازمان‌والاصقاع ...» یعنی زینت‌کردن هرمرد وزن به‌چیزهائیکه بر آنها حرام است ازقبیل اینکه مردمثلادستبند وخلخال بدست وپای‌کند وعادتاً جامه‌ایکه ویژهٔ بانوان است بپوشد ، وانجام دادن‌اینگونه کارها به اختلاف ازمنه وامکنه تفاوت دارد .

۲ــ بطلان قاعدهٔ استصحاب دکترموسی جوان ص ۱۰۸

عرفیه میباشیم .

۱۸- حقیقت و مجاز

ازنظر لغوی هرگاه استعمال لفظ درموضوع له خودباشد یعنی امری باحقیقت خارجی آن منطبق باشد آنرا حقیقت گویند مانند استعمال لفظ شیر درمعنی حیوان درنده وهرگاه لفظ درخارج موضوع له بارعایت تناسبی و وجه شبهی استعمال گردد مانند اینکه لفظ شیردرمرد دلیر بکار رود آنرا مجاز نامند وجود این علاقه وارتباط میان معنی حقیقی یك کلمه ومعنی مجازی آن لازم میباشد والا استعمال لفظ درغیر معنی موضوع له بدون علاقه وارتباط غلط خواهد بود از باب نمونه بچندنوع از این علاقه‌ها اشاره‌می کنیم :

۱- **علاقه مشابهت** : که دومفهوم مختلف مانند شیر ومرد دلیر ازجهت صفات ممتازه بیکدیگر شباهت داشته باشند یا بعبارت دیگر میان معنی حقیقی و مجازی رابطه همانندی درصفتی موجود باشد مانند این شعرسعدی :

چوبازآمدم کشور آسوده دیدم پلنگان رهاکرده خوی پلنگی

۲- **علاقه‌حال‌ومحل** : که‌دردو مفهوم مختلف بکار میرودکه یکی محیط باشد ودیگری محاط ویا یکی درجوف دیگری قرار گیرد واسم یکی را بردیگری مجازاً می‌توان استعمال نمود مانند قریه واهل قریه که اهل قریه محاط ودرجوف قریه (محیط) قرار دارد دراین آیه : «واسئل‌القریه» یعنی ازاهل قریه سوال‌کن .

۳- **علاقه‌جزء وکل** : هرگاه لفظ جزء را درتمام کل استعمال کنیم آنرا علاقه جزء وکل نامند ، مانند رقبه راکه جزئی از بدن انسانی است بتمام انسان اطلاق نمائیم«اعتق‌رقبه» ویاکلمه «تن» درعبارت«کفالت‌تن» که ناظر به شخص‌مکفول‌عنه میباشد .

وبرهمین قیاس علاقه‌های مجاز ازقبیل‌علاقه‌سببیت‌ومسببیت، علاقه مجاورت، مشاکلت ، ظرف ومظروف ، شرط ومشروط تا آنجاکه بعضی تابیست‌وپنج علاقه ذکر

کرده‌اند وبدان محصور ساخته اند ، ولی محققان برای مجازات بوضع نوعی قائل نیستند ودرستی استعمال لفظ را درمعنی مجازی بذوق سلیم افراد مربوط میدانندولذا علاقه هارا به ۲۵ محصور نمی‌کنند .

دراصطلاح علمای بدیع مجازهائی راکه‌علاقهٔ آنهاعلاقه مشابهت باشداستعاره وبقیه را مُرسل نامند .

بدیهی‌است که استعمال الفاظ درمعنی مجازی خود نیاز بوجود قرینه دارند. زیرا اگر قرینه‌ای درکارنباشد لفظ بمعنی حقیقی خود صدق خواهدکرد پس وقتی می‌گوئیم « جمشید آتش‌گرفت » لفظ آتش‌گرفت حمل برمعنی‌حقیقی خودخواهدشد اما وقتی میگوئیم « جمشید ازخشم آتش گرفته‌بود » یعنی صورتش ازشدت خشم به سرخی برگشته بود .

حال باید دید که علاوه بروجود شرط علاقه میان‌دو معنی وشرط وجودقرینه درکلام آیا شرط‌دیگری نیز ضرورت دارد یاخیر ؟

بعضی علاوه براین‌دوشرط اجازهٔ واضع را نیز ضروری دانسته‌اند مثلا درآیه: « واسئل القریه » که کلمه قریه باعتبار وجود علاقه حال و محل در اهل قریه بکار رفته ، این استعمال را مختص کلمهٔ قریه میدانند که واضع واهل لغت تجویز کرده‌است و موارد مشابه را میگویند نمی‌توان بدان قیاس‌کرد که فی‌المثل گفت : « واسئل‌البیت » یعنی ازخانه بپرس که یعنی ازاهل خانه !

اما عده‌ای دیگر چنین شرطی را لازم ندانسته اند ومی گویند فقط کافی است که میان معنی حقیقی ومجازی تناسب باشد . زیرا همان علاقه وتناسب قهراً وتبعاً ارتباط وعلاقهٔ «درجه دوم» را بوجود خواهد آورد ، وبآنهم میتوان قیاس کرد ومنشأ ارتباط دو معنی فقط وجود تناسب است وبس ومنوط به‌اجازه واضع نیست .

بدیهی است هرگاه میان دو معنی تناسب نباشد استعمال آن درمعنی دیگر جایز نخواهد بود چنانکه ازلفظ شیر بجای مرد دلیر ، معنی‌گوسفند را منظورکنیم ، استعمال الفاظ مجازی پایه ومایهٔ کار شاعران وادبا است ودراین بکار گرفتن الفاظ

مجازی ابداً شاعران خودرانیازمند اجازهٔ واضع نمی‌دانند بلکه بصرف تناسب وعلاقه کلمه را بکار میگیرند ، وبوضع نوعی کارندارند ، وفقط تناسب راکافی میدانند واین تناسب چیزی است که جهت آن عرف مردم است یعنی عرف شاعران وادیبان که آشنا به الفاظ ولغات هستند واز مناسبات وارتباطات آنها آگاهی دارند .

۱۹ ـ حقیقت شرعیه (ماهیت قانونی)

پس از ظهور اسلام تغییرات وتصرفاتی درالفاظ ولغات زبان عرب پدید آمد زیرا شارع اسلام واژه‌هائی راکه قبلا درمعانی وضعی خود اختصاص داشتند در معانی جدیدی بکار برده‌است فی‌المثل کلمهٔ «صلوة» که تا آنوقت بمعنی دعا بود در معنی عبادت مخصوصی که دارای ارکان ورکعات ویژه‌ای بود بکار برد ویا لفظ «زکوة» را که بمعنی نمو بود برای ادای مخصوص ویا کلمه «حج» را که درلغت بمعنی مطلق قصد بود برای مناسك مخصوص بکار برد .

آیا این استعمال ها بطریق حقیقت صورت‌گرفته یا مجاز ؟ یعنی شارع آنها را ازمعانی اصلی خود نقل نموده ودرمعانی جدید وضع‌کرده است ؟ یا بقول‌آنان که معتقد به « اصالة عدم‌النقل » هستند ، بدون اینکه آنهارا ازمعانی اصلی منتزع سازد مجازاً با ضمیمه‌کردن قرینه درمعانی تازه بکار برده است ؟ بطورکلی دراین‌باره فقها به‌سه دسته تقسیم شده‌اند :

۱ - برخی معتقدند اصطلاحات فقهی را شارع برای معانی تازه بطور حقیقت وضع کرده واین الفاظ آنگونه که درشرع اسلام معنی میدهد قبلا نبوده وشارع برای معانی جدید وضع نموده است .

۲ - برخی دیگر را عقیده براینست که این اصطلاحات بطور حقیقت وضع نشده اند بلکه برخلاف معانی لغوی ویا عرفی بطور مجاز با ذکر قرینه بکار رفته‌اند ولی بعدها دراثر کثرت استعمال نیاز بقرینه ازمیان رفته‌است ،

۳ - گروهی را عقیده براینست‌که اصطلاحات وواژه‌های فنی حقوقی نه‌بطور

حقیقت و نه بطور مجاز استعمال گشته‌اند ، بلکه این الفاظ و اصطلاحات بویژه در بارهٔ احکام معاملاتی ومدنی مردم تماماً درهمان معانی لغوی و عرفی بکار رفته‌اند و از ناحیهٔ شارع اسلام تصرفاتی درماهیت معانی آنها اثباتاً بعمل نیامده‌است .

دستهٔ اول براع دفاع ازنظرخود باینطریق استدلال می‌کنند که آنچه ازکلمهٔ «صلوة» بذهن متبادر میشود ، نماز ، وآنچه از کلمهٔ «صوم» امساك واز «حج» مناسك مخصوص است وازآنجا که تبادر ، علامت معنای حقیقی است یعنی هرگاه لفظ بدون قرینه به معانی دلالت کند آن معنی حقیقت است پس معانی مزبوره حقیقت است و از آنجاکه این‌الفاظ را شارع ازابتدا ازمعانی اصلی نقل ودرمعانی مزبور استعمال کرده پس حقیقت شرعی میباشند :

استدلال این دسته مردود است زیرا اولا این تبادر مربوط به عصر وزمان‌ماست نه زمان شارع ، وازطرفی مقصود ما استعمالات شارع‌است نه استعمال های اهل شرع بعد ازصدر اسلام ، وبدیهی است‌که این اصطلاحات درصدر اسلام بدون قرینه‌بمعانی تازه دلالت نداشته‌اند .

دلیل دیگرشان « استقراء » است میگویند ماهرچه درآیات قرآن واحادیث بررسی می‌کنیم موردی را که این اصطلاحات درغیر معانی شرعی بکار رفته باشند نمی‌یابیم ، واگر موردی‌هم باشد بسیار نادر است[۱] ونمی‌تواند حکم‌کلی مارا ازمیان ببرد وبحکم « الظن یلحقُ الشّیٔ بالاعمّ الاغلب » حصول این استقراء ثابت است و دلیل بر ثبوت حقیقت شرعی است . این دلیل نیز مردود است زیرا موارد خلاف بیش ازحد ندرت است واساساً دلیلی نداریم که کلمات شارع همه‌جا بمعانی شرعی اطلاق شده باشند وحتی معلوم نیست که کلمات که درمقام استقراء جزو الفاظ بکار برده شدهٔ درمعانی شرعی محسوب گردیده حقیقةً درآن معنی استعمال شده باشند ،

---

۱ ـ مانند «فصل علیهم انصلوتك سکن لهم» یعنی دعاکن برآنهازیرا دعای تو باعث آرامش آنان است .

بلکه امکان دارد برحسب معمول زمان در معنای اصلی بکاررفته باشند ولی آنکه استقراء کرده درپیش خود آنهارا بمعانی شرعی حمل نموده باشد .

اکنون پس از ذکر این مقدمه نظریهٔ فقیه فقید میرزا صادق تبریزی را عیناً می آوریم : [۲]

«... بحث ونزاع دانشمندان راجع بوجود یا عدم وجود معانی و ماهیتهائی است که شارع برخلاف ماهیتها ومعانی لغویهٔ آنها وضع ویا استعمال نموده است ، بعضی وجود چنین معانی را منکر شده‌اند ، مقصود آنان ازاین افکار این بوده که در شرع اسلام ماهیتهای جدید وضع نگشته اند بلکه الفاظ بهمان معانی اصلیهٔ لغویه استعمال شده وشارع دراین استعمال فقط بعضی شروط وقیود در مرحلهٔ صحت وتعلق حکم به آنها افزوده است ونتیجهٔ چنین عقیده‌ای اینست که شارع احکام را نسبت به موضوعات ، وضع ویا شامل ساخته است ، امـا جعل واختراع بوسیلهٔ شـارع صورت نگرفته است .

چنین امری مانند اینست که سلاطین درعزل ونصب حکام و قضات ویادر تعیین مشاغل ومناصب ویادراعطای مالیت واعتبار برای سکه ها ویا درسلب مالیت واعتبـار از آنها معمول میدارند واین ترتیب درعرف مردم وعمل اشخاص نیز معمول ومرسوم است . تصرف شارع درسلب‌مالیت ازمُسکرات واز بعضی حیوانات وهمچنین دراینکه امری را جزء عبادت قرار داده است ازاین قبیل میباشد چنانچه فرضاً لفظ صلوة در عرف مردم ولغت بمعنی انعطاف وتوجه است واین عطف‌وتوجه هرگاه‌از ناحیهٔ‌خداوند نسبت بمردم باشد برحمت ومغفرت موسوم وهرگاه ازجانب عابدبخداوند باشد بلفظ تذلل ودعا نامیده میشود .

---

۲ ـ بطلان قاعده استصحاب ص۱۰۴ وبعد ، و آن ترجمهٔ از کتاب « مقالات الغریه » میرزا صادق تبریزی است .

بنابراین نامیدن نماز وادعیه مخصوصه درشرع اسلام به لفظ صلوة ازجهت قیام انسانی درمقام تذلل وخضوع درمقابل خداوند است . تصرف شارع دراینخصوص ازاینست که برای این لفظ عنوانی درجهت مخصوص عطا فرموده وازاقسام عبادات شمرده است . همچنین الفاظ صوم وحج وامثال آن بهمین ترتیب مقررگشته‌است .

عنوانی که درشرع برای عبادات عطاشده مخالفتی بامعانی لغویه وعرفیه نداشته است . ازاینجهت بدیهی است مقصود ازجعل ووضع شرعی دراین‌امور نه‌اینست که اختراع ذات وماهیت جدید شده‌باشد بلکه مقصود این بوده که امری را فردی از افرادِ ماهیت عرفیه قرار دهند . ازاین جهت وضع وجعل جدیددراین مرحله‌معقول نیست . اینکه بعضی از دانشمندان جعل واختراع ذات‌را اساساً منکر شده‌اند ناشی ازاین بوده است که تصور نموده‌اند مقصود از آن اختراع ذات است درصورتیکه معنی جعل ووضع‌درذات عبارت ازاعطای عنوان به ماهیتی است که قبلا بچنین‌عنوان اتصاف نداشته است مانند اعطای مالیت واعتبار بچیزی که قبلا مالیت نداشته است واعطای عنوان عبادت بچیزی که قبلا خارج ازعبادت بوده ویاعنوان صلوة و نماز بچیزی که قبلا شامل صلوة نمیشده است .

بدیهی است ماهیتهائی که در شرع اسلام وضع شده ازقبیل افرادی برای ماهیتهای عرفیه نفس الامریه میباشند وبرای امور عرفیه نفس الامریه نیز الفاظی در لغت وضع شده واین الفاظ نیز بحسب لغت عبارت از حقیقت میباشند ودر استعمال شارع نیز نسبت باین لغات هیچگونه مجازی ویاهیچگونه حقیقت جدید تعلق نیافته است ومعنی اصلی درهمهٔ آنها محفوظ است .

اختلاف دراین معانی بحسب اسباب واوقات واشخاص واحوال راجع‌برمرحله طلب است وهمه آنها از قیود هیئت وادات نسبت هستند . »

* * *

۲ـ تصرف شارع دراحکام عرفی

«... چنانچه درمحل خود توضیح دادیم معنی صحت وفساد درمعاملات نسبت به عبادات یکسان است ووضع لغوی نیز درهمهٔ عبادات محفوظ میباشد واز اینجهت عبادات بامعاملات تفاوتی ندارند. اما دراحکام عبادائی خصوصیتی است که دراحکام دیگر وجود ندارد وآن اینست که‌گرچه نسبت بمعانی اصلیهٔ لغات ؛ جعلی و وضعی در شرع تعلق نیافته است ولی وضع دراین امور ازنسبت محمول بموضوع صورت گرفته است ؛ چنانچه لفظ صلوة که معنی لغوی آن عبارت ازعطف وتوجه ودعااست به تنهائی موضوع حکم شرعی قرار نگرفته بلکه دعا وعطفی‌است‌که ازشرائط‌واجزای مخصوصه ترکیب یافته است ومقصود از جعل واختراع درعبادات همین است امـا در معاملات مقصود ازوضع وجعل غیرازآن میباشد.

برای توجه دراین‌تفاوت باید توضیحی دهیم ، اساساً جعل واختراع درماهیت را بسه قسم می‌توان تصور نمود :

یکم : اختراع ذات.

دوم : تعلق دادن عنوان جدید بماهیتی است که باختراع فردی از افرادآن منتهی شود.

سوم : تصرف راجع بموضوع حکم.

قسم اول محال است.[1] قسم دوم وسوم دربعضی عبادات‌میباشد. اما هیچکدام

---

۱ ـ دکترجعفری لنگرودی در «ترمینولوژی حقوق» در بارهٔ ماهیت می‌نویسد : « این اصطـلاح که از افزودن (ت) وتشدید یـا به آخر جملهٔ «ماهی؟» بمعنی «چیست‌آن» فراهم آمده است درفـارسی بآن گوهر (و در معرب آن جوهر) گفته میشود ازنظر فلسفی عبارت است از محمول بلا واسطهٔ برچیزی که تمام نمـای آن باشد. چنانکه گفته‌اند. « ماهیةالشیء تمام مایحمل علی‌الشیء حمل مواطاة من‌غیران یکون تابعاً لمحول آخر. »←

ازاین سه‌نوع تصرفات درشرع اسلام نسبت باحکام معـاملاتی صورت نگرفته است . چنانچه فرضاً در ذات بیع هیچگونه وضع واختراعی درشرع بعمل نیامده و چیزی راکه قبلا مشمول عنوان بیع نبوده درجزو آن قرار نداده‌اند ، همچنین اجزائی نیز برای بیع مخصوص جعل نکرده‌اند وازاین عنوان چیزی را بموضوع حکـم تعبدی شرعی شامل نساخته‌اند بلکه برای بیع وعقد آن احکام عرفیهٔ نفس‌الامریه‌ای‌است‌که ازجانب شارع منکشف شده است وتعلق این احکام برای مـاهیات و ذوات مشروط بشروطی گشته است .

مقصود ازبیع درعرف مردم عبارت ازتملیك است وچنین امر در شرع اسلام تعبدی نیست بلکه حکم آن بنفسه ثابت می‌باشد وشارع آن را مستقر ساخته یعنی از تأثیر آن نکاسته ومنع نفرموده‌است .

احکام عرفیه درمعاملات تماماً ازجانب شارع نفیاً ومنعاً قابل تصرف هستند نه اثباتاً زیرا این احکام بنفسه بدون اینکه ازنـاحیه کسی جعل شونـد بمـو ضوعات خودشان ثابت هستند .

ـ این تعریف که خلاصهٔ آن دربالا گفته شد باوجود درستی ابهام دارد یادست کم برای کسیکه سالها فلسفه نخوانده باشد دشوار است . فرق ماهیت بـا حقیقت آن است که درماهیت , لحـاظ هستی ونیستی نمی‌شود ولی حقیقت ، بامور موجود اطلاق میشود چنانکه پیش‌از پدید آمدن هواپیما یابیمه‌استعمال حقیقت بیمه یـا حقیقت هواپیمـا درست نیست ولی استعمـال ماهیت هواپیما یابیمه‌درست‌است . تعریف‌ماهیئت درفلسفه ازدشوارترین مبـاحث است بطوریکه باذکر یك‌یا چند تعریف برای نا آشنای بفلسفه درك‌آن دشوار است مانند این تعریف

Essence d' un Genre , ensemble des Propriétés

یعنی گوهریك‌نوع ، مجموع مختصات ومشخصاتی است که اورا متمایز از نوع دیگر می‌کند »

چیزی راکه شارع منع نموده ازحکم خود جدا ومنسلخ‌شده است وآنچه که منع نگشته است ازحیث تاثیر بحالت خود باقیمانده است و معنی قول خداوند باینکه «اَحَلَّ اللّٰهُ البیعَ وَحَرَّمَ الربّوا» وهمچنین معنی امضاوتنفیذ عبارت ازهمین است ، بعبارةاُخری احکام معاملاتی درشرع تماماًاز احکام عرفیه نفس الامریه‌میباشد نه احکام تعبدی ولی‌تعلق وترتب این احکام بموضوعات خودشان منوط بوجود شرائط وفقدان موانع است وشروط معاملات تماماً از قیود نسبت هستند ولوراجع به قضیه‌و معانی نفس الامریه باشند وباقضیه معقوله وقضیه نفس‌الامریه منطبق گردند .

بنا براین منشأ صحت وبطلان درمعاملات وعبادات یکسان است و آن عبارت ازاجتماع شرائط وقیود درنسبت ویا اختلاف دراین قیود است اما درعبادات حکم تعبدی و تکلیفی است ودرمعاملات حکم عرفی ووضعی میباشد»[1] .

اینجا توضیحات میرزا صادق تبریزی بپایان‌رسید ، این فقیه بزرگ درکتاب «مقالات‌الغریه» صریحاً می‌گوید : «عرف مردم از احتیاجات آنان پدید می‌آید نه از اطلاعات آنان به‌وضع»[1] بهر صورت این فقیه بزرگ ، واقعیّتها واتفاقات وعرف‌و رسوم دیرینه مردم‌ونیاز مندیهای آنان رالحاظ‌کرده وحقایق را از آن میان استخراج نموده است ، وی برخلاف عده‌ای ببحث ازمفاهیم ذهنی نپرداخته است .

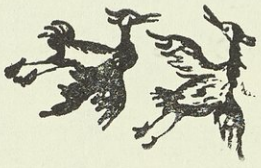
* * *

گفتگووبحث دردومنبع ازحقوق اسلامی ، کتاب وسنت‌تاآنجاکه این کتاب مجال داشت ، بپایان رسید ، این دومنبع را ریشه ها ومبانی ثابت ویا «اصل‌الاصول» نامند ومنابع دیگررا ریشه‌های فرعی وتبعی گویند .

۱ــ بطلاق‌قاعده‌استصحاب ، ص ۱۰۴ تا ۱۰۸ و مبانی‌حقوق جلد دوم ص ۱۳۸ تا ۲۳۲ مشروحاً نظریه میرزا صادق تبریزی بیان گردیده است .

۱ــ مبانی حقوق جلد دوم ص ۲۰۷

بطور خلاصه باید گفت چه در کتاب وسنت وچه درمنابع دیگر که ذاتاً از کتاب وسنت خاصیت تحرك بیشتری دارند ، اساساً حقوق اسلامی یك نظام قابل تحول وترقی بوده وهمچون انسان زنده که نشؤ وارتقاء دارد ، این نظام حقوقی نیز زنده است و درمسیر تکامل باسیر ترقیات بشری همگام است ، وهمین سر "بقاءودوام وجاودانی بودن این نظام حقوقی است .



مبحث سوم :
اجماع

۱- مقدمه واصل شوری

پیش از آنکه وارد دراصل مطلب یعنی اجماع از نظر حقوق اسلامی شویم ناگزیریم مطالبی را بعنوان مقدمه یاد کنیم ، دراسلام اصلی است که بصراحت دردو آیه بصورت دستور بیان گردیده :

۱- آیه ۳۶ از سوره شوری «وامرهم شوری بینهم»

۲- آیه ۱۵۳ ازسوره آل عمران«وشاورهم فی‌الامرفاذا عزمت فتوکل‌علی‌الله»

وعلاوه یك سوره ازقرآن بنام شوری نامیده شده است ، اصل شوری در امور عامه اجتماعی وحکومت امروز مورد قبول همه ملل متمدن است ، پیغمبر نیز روز قبل از جنگ اُحُدجلسه مشاورهٔ نظامی تشکیل داده‌بود ، دونظر از طرف کسانیکه درمجلس شور حاضر بودندابراز شدیکی اینکه مسلمانان ، مدینه را برای‌استقبال ازدشمن ترك نمایند ویا اینکه مدینه را سنگرقرار داده منتظر حملهٔ دشمن بمانند؛ نظر شخص پیغمبر این بودکه درمدینه بمانند زیرا درآنصورت مسلمانان، هم برای عقیده خواهند جنگید وهم برای‌حفظ ناموس وخانواده وشهروثروت خویش ، بهرحال

مخالفت آغاز شد ورأی گرفتند وپیغمبر دراقلیت ماند ولی‌تن به‌حکم اکثریت داد ، وقضایای بعدی نظر پیغمبر راتأییدکرد زیرا مسلمانان شکست خوردند وباز گشتند آیه ۱۵۳ ازسوره‌آل عمران بهیچوجه مخالفان‌پیغمبر را سرزنش نمی‌کند بلکه امر به مشورت مینماید عمر نیز برای رعایت همین اصل ، انتخاب جانشین‌را بـه شوری واگذاشت وعثمان بدینگونه انتخاب گردید ، علی‌علیه‌السلام نیز با «اخذآراء عمومی» یا باصطلاح آن زمان «بیعت عام» روی کارآمد واقلیتی راکه بوی رأی نـدادند ، آزاد گذاشت[1] .

حضرت علی‌هم مخالفتش باماجرای سقیفهٔ بنی‌ساعده بـدینصورت بـود که‌وی باشکل انتخابات که بصورت بیعت عام نبود ، مخالف بود والا آنحضرت بهیچوجه بااصل‌شوری مخالفت نکرد وشرکت درانتخابات بعدی‌که به‌زمامداری وی‌منتهی‌گردید دلیل صحه گذاشتن آنحضرت به اصل شوری درحکومت است .

بعلاوه حضرت درزمان زمامداریش درنامه‌ای‌که به معاویه می‌نویسد میفرماید «انّهُ بایعنی القوم‌الذین بایعوا ابابَکروعُمرو عُثمان عَلی ما بایَعُوهم فَلَمْ یکن للشاهدانْ یختار ولاللغائب‌ان یرد وانّماالشُوری للمهاجرین والانصار فان‌اجتمعُوا علی رَجُل وسَمّوهُ اماماً کان ذلك لله رضی فانِ خَرج من‌امرهم بطعن اوبدعةردوه الی ماخرج منهُ فان ابی قاتلوه علی اتّباعه فی‌سبیل‌المؤمنین» .

یعنی «آن گروهی‌که با ابوبکر وعمر وعثمان بیعت کردند بـامن نیز بیعت کردند وکسی نبودکه آنرا قبول نکند همانا شوری برای مهاجران و انصار است که

۱ـ اسلام شناسی دکتـر شریعتی ص ۳۹ وهمچین مقدمه ابن‌خلـدون تألیف عبدالرحمن‌بن خلدون ترجمه محمدپروین گنابادی جلداول چاپ بنگاه ترجمه ونشرکتاب سـال ۱۳۳۶ص ٤١٤ ـ درمسأله اجماع وتعیین «عشرهٔ مبشره» وپیمان بستن باآنها ازجانب عمربرای برگزیدن خلیفه بعدی وازمیان آنده تـن یکی نیز حضرت علی‌علیه‌السلام‌بود.

هرگاه اتفاق و اجماع کنند براینکه کسی را به پیشوائی برگزینند **همانا خوشنودی خدا نیز در آن خواهد بود ...** » بعلاوه حضرت علی علیه السلام باخلفای راشدین همکاری صمیمانه میکرد ، وبعدها هم می بینیم درقیام زید بن علی بن الحسین چهل هزار نفر با او بیعت کردند واورا بخلافت انتخاب نمودند ، تاوی دست بکار قیام زد یادر داستان عاشورا نیز همین بیعت را توسط نامه‌هاکه برای حضرت حسین فرستادند و با فرستادهٔ اومسلم بن عقیل نیز بیعت کردند تاآنحضرت دست بکار قیام خونین زد وغیره وغیره و درباره حدیث غدیر خم «مَن کُنت مولاه فَهذا علیٌ مولاه» باتوجه به کلمه دوپهلوی مولی بجای خلیفه نشان میدهد که پیامبر اسلام خود نمی خواست برخلاف نص «اصل شوری» درقرآن عملی انجام داده باشد .

واز طرفی چون خواست قلبی وی این بودکه پس از خودعلی رابجانشینی بر گزیند پس این جمله را توجیهی جز توصیه چیز دیگری نیست یعنی‌ای مردم علی‌را انتخاب کنید ، النهایه مخالفت شیعه باید ازاین باب باشدکه انتخابات درسقیفه درست وبصحت انجام نگرفته است ، نه اینکه جانشینی پیامبر را بصورت امری ارثی و انتصابی ازطرف زمامدار وپیشوای قبلی درآورند ویا آنرا ناشی ازارادهٔ پروردگار بدانند ، همانگونه‌که بعضی چنین پنداشته اند ومادر فصول آینده دراین باره بیشتر بحث خواهیم کرد .

درخطبه شقشقیه هم بااینکه بعضی آنرا منسوب بامام میدانند ویادست کم ، صورت حاضر آن‌را بااصل متفاوت می‌دانند ، معذلك امام به‌مصلحت اسلام در مورد سکوت خویش اشاره مینماید وصبر خویش را بمدت بیست‌وپنج سال دوران خلافت ابوبکر وعمر وعثمان توجیه می‌کند .

* * *

۲ـ تعریف اجماع از نظر حقوقدانان عامه (اهل سنت و جماعت) ۱

علمای عامه اجماع اهل حل وعقد یعنی مجتهدان را بـرا مـری از امور دینی حجت می دانند ، امام فخررازی اجماع راچنین تعریف کرده است : «اجماع عبارتست از اینکه اهل حل وعقد ازامت اسلام برامری ازامور اتفاق کنند[۲]» وغزالی گفته است: «اجماع عبارتست ازاینکه این امت برامری از امور دینی اتفاق کنند»[۳]

منشأ پیدایش این منبع حقوقی چند آیه ازقرآن واحادیث بسیاری از پیامبر اکرم است .

۱ـ خداوند درقرآن میفرماید : «وکذلك جَعَلناکُم اُمّةً وَسَطالِتکُونُوا شُهداء علی‌الناس» «یعنی شمارا امت وسط قرار دادیم تانسبت بمردم گواه باشید»وسط حالت اعتدال است هرکه راهم‌که خدا عادل گرداند از خطا مصون خـواهد بود ، بعقیده شیعه این آیه ازمتشابهات است ومراد ازامت ائمه‌علیهم‌السلام هستند .

۲ـ آیه دیگر : «فأن تنازعتُم فی‌شئی رُدّوهُ الی‌الله والی‌الرسول» یعنی «هرگاه درامری بمنازعه واختلاف پرداختید بحکم خدا ورسول مراجعه نمائید» مفهوم‌مخالف این آیه آنستکه هرگاه درامری اتفاق حاصل شد مراجعه بـه حکم خدا و رسول بی مورد است .

۳ـ حدیث نبوی «لایجتمع اُمتی علی‌الخطا» یعنی امت من‌هرگز تماماًمرتکب یك‌اشتباه نخواهند شد ، وحدیث نبوی دیگر «لم یکن‌الله لیجمع امتی‌علی‌الخطا» یعنی خداوند امت مـراجهت ارتکاب خطا در یکجا جمع نمـی‌سازد . وهمچنین حضرت میفرماید: «کونوامع‌الجماعه» باجماعت‌همراه باشیدو نیزمیفرماید : «یدالله‌مع‌الجماعه»

۱ـ به مذهب تسنن‌هم‌که «اهل‌سنت وجماعت» میگویند ازایـن نظـر است که اجمـاع درمیـان‌این دسته‌از حقوقدانان حجیتی‌خاص‌دارد .

۲و۳ـ تقریرات اصول استاد محمود شهابی ص ۱۱۴

یاری خداوند همراه جماعت است .

همچنین حضرت رضا علیه السلام درمورد اختلاف علما وپیروی از اکثریت استدلال فرمود «فان المجمع علیه لاریب فیه» .

٤ـ روایات زیادی حکایت داردکه درهر عصر وزمان باید امام معصوم وجود داشته باشد حدیث نبوی : «لایزالُ طائفة مِن اُمتی علی الحق حتی یقوم الساعه» یعنی از امت من تاروز قیامت یك طائفه برحق استوار خواهد بود . ازاین آیات وروایات چنین مستفاد میشودکه چون مسائل تازه‌ای‌که سابقه ای برایش نیست پدید می‌آید و کتاب وسنت بطور تفصیل جوابگوی آن مسائل نخواهد بود ، دراینگونه رویدادها اگر حقوقدانان اتفاق داشتند حکم متفق علیه حکم شرع خواهد بود .

٥ـ صریح آیه ۱۱۵ ازسوره نساء «ومَن یُشاقق الرَسُولَ مِن بَعد ماتَبَیَّنَ لَهُ الهُدی و یَتبع غَیر سَبیل المؤمنین نولّه ماتَولّی و نُصله جَهنّم وساءَت مصیراً» یعنی «کسیکه رسول خدارا زحمت ومشقت دهد پس ازآنکه ازبرایش هدایت ظاهر گردید وپیروی‌کند غیرراه گرویدگان را ، بازمیداریمش بآنچه‌دوست‌میدارد ودرجهنم می‌اندازیمش‌که بدبازگشتنی است» .

ملاحظه میشود که دراین آیه تخلف ازطریقه‌ای که مؤمنین اتخاذ کرده‌اند حرام ومستلزم عقوبت شناخته شده‌است ، پس‌اگر امت اسلام طریقی را درپیش‌گرفت وبرآن اتفاق کرد وآن راه ، راه‌صحیح خواهد بود وآن اجماع حجت است ، واین اجماع همانست که خلیفهٔ دوم عمر درابتدای امر بعنوان اتفاق اکثریت صحابه بر خلافت خود قرارداد وبدینگونه فقهای عامه‌آنرا اصلی ازاصول حقوقی قراردادهاند، ومحققان ازعامه وخاصه به حجت بودن اجماع اقرار واعتراف‌کرده‌اند النهایه راه‌این دودسته باهم مخالف است علمای عامه (اهل تسنن) به حجیت اجماع بخودی خود عقیده دارند اما علمای خاصه (شیعه) حجیت اجماع را ازاین راه میدانند که‌کاشف ازرأی معصوم است ، نه اینکه خود اجماع حجت است .

۲ ـ تعریف اجماع ازنظر حقوقدانان شیعه

حقوقدانان شیعه ازاجماع تعاریف متعددکرده اند ازجمله : « اجماع عبارتست از اتفاق گروهی از امت بطوریکه کاشف ازرأی معصوم باشد و یا گفتار معصوم را شامل باشد »[۱] .

وعده‌ای گفته‌اند : « اجماع عبارت است از اتفاق قاطبهٔ فقهای امامیه یك عصر درمسئله‌ای ازمسائل دینی »[۲]

موافق تعریف فوق : اولا اتفاق باید بطور کامل وبمعنی واقعی کلمه حاصل شده‌باشد یعنی اتفاق نظر مجتهدان اسلامی دریك عصر بریك مسألهٔ فقهی .

ثانیاً باید مطابق تعریف دوم اتفاق نظرازجانب حقوقدانان امامیه (شیعه) باشد پس اتفاق فقهای سایر فرق اسلام ملاك حجیت نخواهد بودهمانطورکه مخالفت آنان نیز اجماع مارا بهم نمی‌زند .

ثالثاً اتفاق نظر مجتهدان در امری همینکه حاصل‌شد مخالفت‌فقهای اعصار بعدنمی تواند آنرا ازاعتبار بیندازد .

رابعاً مسأله مورد اتفاق باید ازمسائل دینی باشد پس اجماع در مسائل عقلی یا لغوی‌وادبی وغیره‌مشمول این تعریف نیست .

پس بدیهی است‌که اجماع بخودی خود درمذهب شیعه حجت نیست ، بلکه حجت بودنش از اینجهت است‌که رای معصوم را دربر داشته یاکاشف ازآن باشد .

۴ـ مسأله عصمت

شیعیان به «اصل عصمت» پیامبران وائمه (اثنی عشر) اعتقاد دارند ، و آنان

۱ـ تقریرات اصول استاد محمود شهابی ص ۱۱۴

۲ـ صاحب‌معالم‌اجماع راچنین تعریف‌کرده : «هواتفاق‌من یعتبر قوله من‌الامه فی‌الفتاوی‌الشرعیه علی‌امر من‌الامورالدینیه» معالم ص ۱۶۴

رامصون از هرگونه خطامیدانند ومعتقدند که این گروه برگزیدهٔ خدا ، پاك وبی گناه وروئین ونفوذ ناپذیر درمقابل وسوسه های شیطان و خواهشهای نفس میباشند ، ازعلمای اهل تسنن نیز افرادی فقط بهعصمت پیامبران اعتقاد دارند نه ائمه وخلفای راشدین ، **شیخ محمدعبده** در داستان آدم وموضوع گناه وی گوید :

« اولا موضوع گناه وتوبهٔ آدم مانند سایر مطالب این داستان ازمتشابهات است وثانیاً می توانیم بگوئیم عصیان آدم پیش ازنبوت بوده است (والاتّفاقُ انّما هُوَ عَلی العِصْمة بَعدَ النُبوّه) »[1] این گفتار یکی از علمای اهل تسنن بود ، **علامهٔ مجلسی** درباب عصمت رسول اکرم دربحار این عبارت را ازشیخ **مفید** نقل می کند که ترجمه آن اینست :

« پیغمبران وامامان بعداز آنها ، درحال نبوت وامامتشان معصوم هستند و دنبال آن میفرماید اما پیغمبراسلام وائمهٔ بعد ازآن بزرگوار ازترك واجب ومستحب پیش از نبوت وامامت وپس از آن سالم بودند ... وراه درست این است که مابه کمال آن بزرگواران درعلم وعصمت درهنگام نبوت وامامت تردید نکنیم ..»[2] البته دراین دوقول که یکی از علمای اهل تسنن ودیگر از علمای شیعی است اختلاف بسیار محدود واندك جلوه می کند ، اما متاسفانه بعضی از علمای اهل تسنن حتی گناهان کبیره وسَفَه رابه پیامبران عظام نسبت داده اند واز اینطرف برخی راه افراط پیموده وحتی از نسبت ترك اولی هم به مقام پیامبران خواسته اند جلوگیری کنند و آیاتی را که جز بر ترك اولی دلالتی ندارد تأویل نمایند[3] . زیرا درروایات بسیاری آمده است که پیغمبر وامام دارای روحی است بنام روح القدس که اورا از معصیت وخطا ؛ حفظ ونگهداری می کند وآیات زیادی درقرآن هست که بهمین روح اشاره دارد : مانند آیه ۵۲ ازسورهٔ شوری .

۱و۲ ـ تفسیر نوین ، محمدتقی شریعتی مزینانی ص۶۲

۳ ـ تفسیر نوین ص ۶۲

« ونیز وحی فرستادیم بتو روحی ازامرخود ، نمی‌دانستی چیست کتاب و نه ایمان ولی آن را نوری گردانیدیم تاهدایت کنیم آنرا که خواهیم از بندگان خود وهمانا تو راهنمائی براه راست » ظاهر آیه دلالت دارد که خدا کلمهٔ روحی که جنبهٔ راهنمائی دارد به پیامبر القاء کرده است .

وهمچنین آیهٔ ۷۳ ازسورهٔ انبیاء وآیات دیگر نیز هست که از یاد آوری آن خودداری می‌کنیم .[1] واما آیاتی که درقرآن جنبهٔ عتاب دارد مثل عتابی که بواسطه روی درهم‌کشیدن پیغمبر از فقیر نابینائی درقرآن آمده است ، علاوه براینکه نشانهٔ صدق نبوت پیامبراست دلیل برمقام‌قرب وکمال پیامبر نیز هست‌که خداوندمیخواهد بندهٔ برگزیده‌اش به‌عالیترین فضائل اخلاقی آراسته گردد .

(اَدَّبنی رَبّی فَاَحْسَنَ تأدیبی) .

۵ - حجیت اجماع ازنظرحقوقدانان شیعی

حقوقدانان شیعی می‌گویند همانگونه‌که رأی یك فرد به‌تنهائی دارای‌اعتبار نیست ، رأی جماعتی که ازتك‌تك آراء این افراد تشکیل یافته نیز دارای اعتبار نمی‌باشد ، بویژه که اجماع آراء وفتاوی گوناگون مشورتشان با هم شرط تحقق اجماع نیست بلکه حقیقت اجماع گردآوری مجموعهٔ نظریات متفرق است ازنقاط مختلفهٔ ممالك اسلامی ، ازطرفی حجت دانستن اجماع مانند اینست که بگروهی حق تشریع ووضع‌قانون داده‌شود ، درحالیکه این حق مختص شارع‌است وواگذاری آن بدیگران مخالف ضروریات دین است ، وهمچنین اعتقاد به دلیل بودن اجماع مثل این است‌که خداوند درادارهٔ جهان وتنظیم وتربیت آن منتظر نتیجهٔ اجماع‌باشد تا اگر دانشمندان عصری امری را واجب دانستند خداوندنیز آنرا به‌تبع واجب

---

۱ - جلد نهم ترجمه تفسیر المیزان علامه محمد حسین طباطبائی ص۱۲۵ گفتاری پیرامون معنی «عصمت»

گرداند والاحرام ، واین ازمقام وشأن خداوند دور است .

محقق حلی در کتاب المعتبر میگوید[1] « بعقیدهٔ ما اجماع حجت است ولی بشرط اینکه منضم بقول معصوم باشد - بنابر این اگر صدها نفر ازفقهای ما درامری اژامور اجماع نمایند وآن اجماع ازقول معصوم خالی باشد چنین اجماعی حجت نمی‌شود لکن اگر دو نفر راجع بهمان امر فتوای مخالفی بدهند که یکی از آنها امام باشد در اینصورت قول آن دو نفر حجت خواهد بود ولی باز ، نه باعتبار اتفاق آنها با یکدیگر بلکه فقط باعتبار قول معصوم »[2]

پس بااین قول اجماع درمیان شیعه کان لم یکن وچیزی است که در حقیقت وجود خارجی ندارد .

حقیقت امر آنستکه از آنجا که اجماع درنظر اهل تسنن اتفاق اکثریت صحابه برخلافت ابوبکر بود وفقهای عامه آنرا اصلی ازاصول فقهی درآوردند که پیش ازاین نیز ذکر شد ، فقهای شیعه اگر بالصراحه حجیت اجماع را منکر میشدند بااصول مذهبی اهل سنت ومسألهٔ خلافت که پایه‌اش بر اجماع امت بود اصطکاك داشت لذا بالصراحه این کار را نکردند بلکه آنرا جزء ادلهٔ شرعیه بشمار آوردند النهایه بشرطی که کاشف از رأی معصوم باشد . ومعلوم است بااین بیان خواستند بی‌اساس بودن آنرا آشکار نمایند زیرا قول یك کودك نابالغ هم اگر کاشف از رأی امام باشد حجت است ولزومی به اجماع حقوقدانان نخواهد بود .

وبالاخره برفرض اینکه حجیت اجماع رابهرتقدیر قبول کنیم مشکلات دیگری در برابر ما وجود دارد ، وآن اینست که آیا تحقق اجماع ممکن است ؟ یعنی امکان

۱- محقق حلی (شیخ جعفر نجم‌الدین ابوالقاسم) درسال ۶۰۲ هجری قمری درشهر حله متولدشدودر ۶۷۶ درهمان شهر وفات یافت ازکتابهای او شرایع الاسلام مدارج الاصول والمعتبر است .

۲- اصول فقه محمدرشاد ص ۲۲۰

دارد ؟ زیرادرزمان های پیش تحصیل چنین اطلاعی بواسطه ابتدائی بودن وسائل ارتباطی ودرزمان حال نیز که وسائل ارتباطی سریع وجود دارد باز بواسطهٔ کثرت تعداد فقیهان که دراطراف پراکنده اند چنین اطلاعی غیر ممکن است زیرا آمارگیری برای تحصیل اجماع هیچگاه نشده ونخواهد شد ، معمولا اجماع را از مطالعهٔ کتب فقها بدست می آورده اند ، آنهم کتبی که در دسترس باشد یعنی همینقدر که درده یا بیست کتاب فقهی نظری را دیدندکه متفق علیه است ادعای اجماع درآن باره میکنند وحال آنکه بسیاری ازفقها اهل قلم وکتابت نبوده اند ونیستند ویا اگرکتابی نوشته اند آن کتاب درحوادثی ازمیان رفته است ویا درگوشهٔ کتابخانهٔ شخصی دفن گردیده است، ازطرفی مشکل دیگری که درتحقق اجماع وجود دارد آنستکه ازچه تاریخی و تا چه تاریخی عصری که اجماع درآن تحقق می یابد به پایان میرسد ؟ آیا می توان ابتدا وانتهای آنرا بطور دقیق تعیین کرد ؟ . می بینیم که مسألهٔ اجماع به بن بست میرسد .

۶ ـ کاشفیت اجماع

اهل سنت کاشفیت اجماع را ازرأی معصوم شرط نمی دانند و برای حجیت اجماع فقط از قرآن وسنت دلیل می آورند و نیازی به کاشف بودن از رأی معصوم نمی بینند .

شیعه برای حجیت اجماع ازقرآن وسنت دلیل نمی آورد زیرا بر میخورد به مسألهٔ خلافت ، شیعه ازینرو به کاشف بودن از رأی معصوم متوسل میگردد اما اهل سنت کاشفیت را شرط ندانسته اند ولذا نیاز به دلیل از کتاب و سنت خواهند داشت .

ولی حقوقدانان شیعه برای این کاشفیت راههائی ابداع کرده اند که در زیر به نقل آنها می پردازیم .

۱ - اجماع حسی : علمای امامیه ومخصوصاً قدمای ازآنان عقیده دارندکه ازآنجا که « هیچ عصری ازوجود معصومی خالی نیست » وچون کلیهٔ فقها ؛ کهمسلم درمیانشان باید فردی ناشناس ومجهول‌النسب باشد برامری اتفاق کنند ، حکم مورد اجماع مصون ازلغزش وخطا است ، زیرا شخص معصوم[1] (مجهول‌النسب) مسلم در میانشان خواهد بود ، واگر اجماعی از اشخاصی معلوم‌النسب و شناخته شده تحصیل گردد آن اجماع حجت نخواهد بود این اجماع راکه ازطریق حس بدان‌قطع‌حاصل خواهد شد **اجماع دخولی** نیز گویند .

۲ - اجماع لطفی : شیخ طوسی عقیده‌دارد حکم متفق علیه حکم‌خدائی است واگر اینطور نباشد یعنی نظر علما مخالف شرع الهی وآسمانی باشد برحکیم لطیف (خداوند مهربان) لازم است که بوسیله نمایندهٔ خود یعنی امام[2] آن اتفاق نظر را برهم زند وباصطلاح خرق اجماع‌کند وآنچه حکم‌الهی است به مردم ابلاغ نماید . زیرا خداوند حافظ ونگاهبان احکام خودمی‌باشد .

۳ - اجماع کشفی : آنست که بمحض وقوع‌اتفاق نظر دریك مسأله‌فقهی کشف میشود که آن نظر از امام علیه‌السلام گرفته شده ولی مخالفان این‌اجماع گفته‌اند که این استدلال درزمان حضور امام درست است نه‌درزمان غیبت .

۴ - اجماع حدسی : عقیدهٔ اکثر از متأخرین اینست که چون شیوه و روش خردمندان اینستکه درهیچ امری بنحو یاوه وگزافه چیزی نمی‌گویند ونظری نمی‌دهند بلکه همواره کوشش می‌کنند تاحکم خودرا مستند به‌گفتار ائمهٔ دین و اصول متخذ ازقرآن نمایند بخصوص که فقیهان مردمی زهد پیشه واهل صدق وصفا هستند پس قطع خواهد شد که آنها مدرك ومستند مسلّمی برای اظهار نظر خود

۱- واضح‌است‌که اگرامام‌شناخته شود وجود اجماع بی‌اثر خواهد بود زیرا قول امام همه‌جامناط اعتبار است .

۲- یعنی امام زمان ولی‌عصر علیه‌السلام .

داشته اند که ما بدان مدرك ومستند واقف نگردیده‌ایم ولی می‌توانیم به‌خود همین اتفاق نظر آنان متکی باشیم وبر وفق آن رفتار نمائیم واز راه حدس که ازیقینیات ششگانه واز مقدمات برهان‌منطقی‌است بوجوداجماع یقین حاصل نمائیم .

* * *

ملاحظه می‌شود که آراء چهارگانه درمورد حجت بودن اجماع بتدریج مترقی شده بطوریکه اگر بهمین طریق بازهم آراء دیگری پیش آید شاید روزی علمای حقوق شیعه نظری هماهنك باحقوقدانان اهل تسنن پیدانمایند .

۷ - اقسام اجماع

اجماع بردو قسم است :

۱ - **اجماع محصل** : اجماعی است که شخص آنرا ازراه استقراء آراء مجتهدان از اقوال ونوشته‌های آنان شخصاً وبدون واسطه تحصیل نماید ، برای این کار ازعلم آمار می‌توان کمك گرفت .

۲ - **اجماع منقول** : اجماعی است که وقوع آنرا شخص مورد اعتمادی که خودش آن اجماع را تحصیل کرده است اعلان کند و ما آنرا از اونقل نمائیم آنرا اجماع منقول گویند پس این اجماع نسبت بکسی‌که خود استقراءکرده وبدست آورده اجماع محصل ونسبت بکسی که از وی نقل قول می‌کند اجماع‌منقول نام دارد .

ازنظردیگر اجماع را به‌دوقسم تقسیم کرده‌اند .

۱ - **اجماع بسیط** : هرگاه‌دریك مسأله فقیهان یك عصر قول واحدی‌داشته باشند ، آنرا اجماع بسیط‌گویند .

۲ - **اجماع مرکب** : هرگاه فقیهان دریك مسأله دراعصار مختلف دو یا چندنظرابرازدارند بطورضمنی اتفاق برنفی اقوال بعدی کرده‌اند واین اتفاق برنفی

اقوال بعدی را اجماع مرکب نامند یعنی اجماعی است که از دسته‌های مختلف ومخالف تحصیل شده است .

۸ - نظریهٔ آیة‌الله میرزا صادق تبریزی درباره اجماع

مرحوم میرزا صادق تبریزی درکتاب مقالات الغریّه می‌نویسد[۱] :

« مطلب اجماع هرگاه عبارت از اتفاق همهٔ امت باشد معصوم نیز بدلالت تضمنی جزء امت بشمار خواهد رفت وداخل در سنت خواهد بود زیرا **وقتی قول امام ازقول امت جدا ومتمایز باشد موجب نخواهد داشت که‌اجماع و اتفاق جماعت بقول امام ضمیمه شود** واگر ازقول امت جدا نباشد ودر جملهٔ اشخاصی وافرادی بشمار رود که بحال آنان معرفت حاصل نیست وشناخته نمی شوند یك فرض غیرواقعی خواهد بود ودلیل وحجت دراینصورت قولی است که از مجموع اقوال امت متمایز نگشته است وقول وفتوای کل براجزاو بعض آن دلالت نخواهد داشت زیرا وجود کل از جزء آن مغایرت نداردویکی علت بردیگری بشمارنمیرود وهیچ چیز نمی‌تواند بامدلول نفس خود مخالف باشد .

چنانچه ده شخص که زیددرجزوآنان‌است بوجود زید دلالت ندارد ویادوخبر که یکی از معصوم ودیگری ازغیر معصوم است یکی بردیگری دلالت نخواهدداشت چه رسد باینکه هردو معاً حجت ودلیل بشمار روند .

بنابر این وجود قول امام درضمن مجموع امت در برابر سنت دلیل مستقل بشمار نمی‌رود .

اما راجع باین‌که اتفاق جماعت وامت بحسب حدس و ضرورت از موافقت رئیس جماعت حکایت نماید محل کلام است زیرا حدسیات ازاقسام ضروریات‌میباشند

۱- مطلب ایشان بترجمه دکترموسی جوان از کتاب بطلان قاعده استصحاب ص ۱۳٤ به‌بعد نقل میشود .

وآنچه حدس ومکاشفه را موجب شود دلیل بر امری نخواهد بود واتفاق رجال امت وجماعت با موافقت رأی وقول امام ملازمه ندارد مگر اینکه ثابت شود اتفاق جماعت درمورد حکمی است که دست بدست ویاخلفاً عن سلف ازامام رسیده باشد و این احتمال نیز یکنوع حدس است واین امر ملازمه ندارد قول وفتوای جماعت با قول امام موافق باشد .

بنابراین اجماع برطبق عقاید امامیه داخل درسنت و یا خارج از دلیل و حجت خواهد بود .

اما عقیدهٔ اهل جماعت وسنت راجع باینکه قول امت از خطا واشتباه مصون است ویا افراد جماعت درارتکاب خطا اتفاق نخواهند داشت دلیل مستقل بشمار می‌رود . »

۹ ـ خواست اکثریت یااجماع درحقوق اروپائی واسلامی

بدیهی است که «اجماع» درنظام حقوق اسلامی ، باآنچه در حقوق اروپائی به خواست مشترك انسانها ویا اکثریت مردم معروف است تفاوت دارد ، اجماعی که در فقه اسلامی مصطلح است « اجماع‌الائمه» یعنی توافق فقها ودانشمندان حقوق است ، اجماع ائمه ازروی ادله وبراهین ، النهایه این ادله چه قرآن و چه احادیث وچه استدلالات عقلی ویاعرف وعادت هرچه باشد باید مستند آن معلوم نباشد و الا آن اجماع را اصطلاحاً اجماع نخواهند گفت زیرا درآنصورت مدرك وملاك نظر درآن مسألهٔ فقهی همان مستند خواهد بود نه اجماع ، وبر این اساس بسیاری اجماعات درواقع اجماع گفته نمی شود ، اگر درآنها معلوم شود که مأخذ اظهار نظرچیست . پس اجماع دانشمندان حقوق است نه مردم عادی ، واگر همهٔ مردم روی زمین برروبهٔ

غیر حق وهوی وهوس روند ، مطابق آیات قرآن [۱] که از پیروی غیرحق نهی می‌کند رویه مزبور هیچگونه حجیت نخواهد داشت واساساً درموردخواست قاطبهٔ مردم یا اکثریت بحث است که آیا میل ونفرت اجتماع می‌تواند ویا صحیح است که برای همهٔ افراد قانون کلی باشد ؟ وآیا این باحق آن عدهٔ معدود از آورندگان بدعتهای مفید برای جامعه که دراقلیت قرارگرفته‌اند منافات نخواهد داشت ؟

وبقول **جان استوارت میل** : « زور وفشار بر آزادی عقیدهٔ افراد وقتی بنابر عقیدهٔ عموم باشد ، به مراتب زیان‌آور تراز وقتی است که بر خلاف عقیدهٔ عموم باشد .

اگر همهٔ مردم جهان جزیك نفر یك عقیده می‌داشتند و فقط یك نفر عقیدهٔ مخالف می‌داشت همهٔ مردم جهان به همان درجه حق نداشتند آن یك نفر راخاموش کنند که آن یك نفر اگر قدرت دردست او می‌افتاد حق نداشت همهٔ مردم جهان را خاموش کند ؟» [۲] وخواست اکثریت از آنجا محترم است که هرگاه افراد بنابرضایت قلبی خود داخل اجتماعی شدند وپیمان بستندکه هرچه اکثریت آن اجتماع تصویب کرد آنان نیز بدان گردن نهند از آنجاکه بمیل خود آزادانه درجمع آنها وارد شده است باید ازنظر اکثریت تمکین نماید والا برخلاف عدالت نیست اگر اکثریت اورا محکوم نماید واین نظر عده بسیاری از فیلسوفان است والا برخلاف قول **ژان‌ژاك‌روسو** که میگوید :

« اکثریت همیشه برحق واقلیت برخطا میباشد » [۳] باید گفت که این عقیده که درقرن هفدهم وبویژه درقرن هیجدهم عامل اصلی تکامل سیاسی ملل اروپائی بود امروز بالاخص درمیان فیلسوفان انگلیسی چندان طرفداری ندارد .

۱ــ آیات مربوط باین مطلب درقرآن فراوان است‌ازجمله آیه ۳۲ ازسورهٔ یونس‌و ۹ ازالصف و ۷۸ ازالزخرف و ۳ ازسوره‌والعصر .

۲ــ درآزادی جان استوارت میل ترجمه دکتر صناعی ص ۴۱ قطع جیبی

۳ــ حقوق اساسی دکتر قاسم زاده ص ۱۸

باری در نظام حقوق اسلامی نیز «اجماع الامه» که همان اتفاق دراموری مأنوس وخوب که عقل سلیم مردم هم آنرا قبول داشته باشد ؛ بوده است و بحکم اعتبار عرف وعادت درحقوق اسلامی معتبر خواهد بود چنانکه : «خُذ ألعَفْو وامر بالعرف[1] »فرمان به عرف میدهد که عبارت از «عادت تمام یا اکثر افراد یك مملکت است در گفتار یا رفتار معین »[2] . وتصمیمات حقوقی «اجماع الامه» اگر مخالفت اساسی باشرع انور نداشته باشد ومورد تأیید فقیهان اسلامی نیز باشد ، همانطور که گفتیم بحکم اعتبار عرف لازم الاتباع خواهد بود .

اصل دوم متمم قانون اساسی ایران که بموجب آن هیئتی مرکب ازپنج نفر ازمیان بیست نفر از علمای اعلام که مطلع ازمقتضیات زمان باشند بالاتفاق یا بحکم قرعه درهر دورهٔ تقنینی تعیین باید بشوند تامواد عنوان شده را بررسی نمایند براساس این نظر بوده است ، دراین اصل برای حجج اسلام ومراجع تقلید حق وتو و مقام و مصونیت فوق نمایندگان مجلس و و ژراء قائل شده است واصول ۱۵ و ۱۸ ، ۲۰ ، ۲۱ و ۳۹ و ۴۰ و ۵۸ متمم قانون اساسی همچنین شرع را حاکم وناظر برقوانین دانسته است[3] .

وازاین اصول قانون اساسی ومتمم آن وآنچه نیز تاکنون یادآورشده ایم فهمیده میشود که اسلام هرگونه روش بی بندو بارانه وهرگونه عرف وعادتی را صحه نمی گذارد وامضاء نمی کند واگردرصدر اسلام بعضی ازتأسیسات حقوقی و عرفهای معموله سابق راشرع اسلام بطورموقت امضاء نموده است ، ولی برای جبران آن ، صدها دستورالعمل وطرق عطف دهنده تشریع نموده تابتدریج طی زمان ومرورایام ، آن رویه ناهنجار وغلط از میان برود (ازقبیل برده گیری که ذکرش خواهدآمد) .

۱ـ وآیه ۱۸۰ ازسورهٔ بقره وبسیاری ازآیات دیگر که ارجاع به عرف و عادت شده است .

۲ـ مقدمهٔ عمومی علم حقوق دکتر جعفری لنگرودی ص ٦٦

۳ـ رجوع شود به قانون اساسی وکتاب حقوق اساسی دکتر قاسم زاده .

سقراط میگوید «وقتی میخواهیم دربارهٔ چیزی تصمیم صحیحی بگیریم ، شناسائی آن چیز باید دردرجه اول اهمیت قرار گیرد نه شماره‌وعدد»[۱] خلاصه‌اینکه آیا قانون باید بامصلحت واقعی مردم منطبق باشد یاخواست عموم مردم ؟ .

بنتام می‌گوید : «تأمین بزرگترین‌خوشی‌بزرگترین عدهٔ ممکن‌تنها میزانیست که دردست قانونگزار ومصلح اجتماعی‌هست وهرقانونی‌که خوشی عدهٔ زیادی راتأمین کند قانون خوب وعادلانه ایست وهر قانونی‌که ازآن تنها عده کمی متمتع شوند بدوستمگرانه‌ومردوداست» ولی‌معلوم‌نیست‌که منظور ازخوشی چیست ؟ آیا خوشی روحی ومعنوی است‌که لذتی پایدار است یاخوشی بدنی ومادی ، باتوجه باین دونظر یعنی نظرسقراط‌وبنتام‌معلوم میشودکه‌سقراط نظرباین داشته‌است‌که قانون باید مطابق عقل بوده ودرما نبخش انحرافات روحی واجتماعی باشد ، نه اینکه فقط بیشترین خوشی ولذت رابرای افراد جلب نماید .

جان‌لاك برخلاف جان استوارت میل در باره خواست اکثریت میگوید : «اگر نتوانیم تصمیم اکثریت راتصمیم همه اجتماع سیاسی محسوب داریم ناچاریم بگوئیم تصمیم اجتماع سیاسی‌بطورکلی تصمیم یکایك افراد است وباید به یاد داشت‌که دراجتماعی بسیار کوچکتر ازاجتماع سیاسی‌همیشه برای یك‌یاچند فردکاریا بیماری پیش می‌آید که آنها را از حضور درانجمن مانع می‌شود وگذشته ازآن همیشه در میان عده‌ای ازافرادکه باهم گردآمده‌اند اختلافاتی درعقیده پیش می‌آید وبنابراین اگر تصمیم اجتماع را منوط به اتفاق آنها درهمه امور بدانیم اجتماع قبل‌ازتشکیل شدن‌منحل‌شده‌است ، مثل‌کی‌تو (Cato) که درآمدنش به تآتر فقط به قصدخارج شدن بود»[۲] بهرحال تمایل وخواست اکثریت با بالارفتن سطح فرهنگ و دانش یك

۱ـ شجاعت «لاخس» بقلم‌افلاطون ترجمه دکتر کاویانی ودکتر لطفی ص ۱۸ ، سقراط‌دربارهٔ بطلان اجماع وخواست اکثریت دلائل بسیارجالبی دارد وآنرا ردمی‌کند .

۲ـ آزادی فردو قدرت دولت ص ۲۱۳

اجتماع بستگی مستقیم دارد .

اسلام هم که تعلیم و تربیت را در راس برنامه خود قرار داده ، جامعه را خود بخود بسوی روش خرد مندانه وانسانی سوق داده و میدهد .

تمایل وخواست اکثریت که در دنیای امروز علت پیشرفت کشورهای متمدن تلقی میشود ، خود معلول علت دیگری است وآن همانطور که ذکر شد ترقی رشد نسبی معارف وفرهنگ آن توده میباشد واینکه همهٔ مردم در وضع و تصویب قانون مثلا شرکت کنند تنها درمانبخش دردی نخواهد بود .

اینجا شواهد زیادی است که موضوع را تا اندازه‌ای روشن می‌کند ، معروف است که در کشور سویس درچندین سال قبل ، موضوع شرکت زنان در امور اجتماعی وسیاسی (وژارت ، وکالت وغیره) درمیان خودشان بآراء عمومی مراجعه شد و زنان سویس خود ترجیح دادند که امور سیاسی را به مردان واگذار کنند !

برای اضافه دستمزد کارگران نیز در سویس بآراء عمومی مراجعه شد ولی کارگران خود باین استدلال که چون این اضافه دستمزد وحقوق باعث ورشکستگی کارفرمایان وتعطیل کارخانجات خواهد شد و مآلاً مضر بحال آنان ومصالح عالی مملکت است ، از اضافه دستمزد صرفنظر نمودند![1] بدیهی است در کشور هائی که فرهنگ ودانش و آموزش وپرورش درسطح بلندی قراردارد ومردم به سیستم دموکراتیك وبامعنی آزادی

۱- هرچند از نظرگاه سوسیالیزم استدلال کارگران درباره افزایش دستمزد، ارتجاعی بنظر میرسد زیرا باعث کاهش ارزش اضافی طبقه کاپیتالیست میشود ولی نتیجه اضافه دستمزد عدم تعادل اقتصادی است وسرانجام بیکاری کارگران امتیازاتی را که درنتیجه اضافه دستمزد بدست آورده‌اند فسخ و هدر مینماید وبدینسان طبقه مزدبگیر درچهارچوب رژیم کاپیتالیست هرگز نمی‌تواند سطح زندگی خودرا ازیك حدمعین بالاتر ببرد . «قانون مفرغ دستمزد» رجوع شود به سوسیالیسم ژرژ بورژن وپیر دیمبر ترجمه منصور مصلحی ص ۵۰ تا ۶۰

آشنائی دارند و باصول دموکراسی[1] خوکرده وعادت نموده‌اند .

این طرز فکر استبعادی نداردوبسیار معمولی وعادی است وفقط درکشورهای کم توسعه یافته (عقب نگهداشته شده) این امر قدری بعید بنظر میرسدکه طبقه‌ای اساساً خودرا لایق حقی نداند ! ویا طبقه دیگر بواسطهٔپاره‌ای‌مصالح ازآن صرفنظر کند ، درسویس وکشورهای نظیرآن فرد فرد مردم درسعادت وشقاوت مملکت خودرا سهیم وشریك میدانند ولذا عوام فریبی وظاهر سازی وحقیقت پوشی نه خریدار دارد ونه‌رواج، بطور کلی اجتماع حد وقدر خودرا می‌شناسد واز آزادی سوء استفاده های ناروا نمی‌کند واحساسات شخصی وهوسهای خصوصی‌خودشان‌راقانون‌کلی نمی‌پندارند وبرای همه مردم الزام آورنمی دانند ، کشوری از پای درمی‌آید که در آن کشور بگفته حکیم فردوسی طوسی «سخن ها به کردار بازی بود» بجای جدیت درکار ، کوشش برای رسیدن به‌مقام ، بجای توجه به منافع عمومی وملی وکوشش برای‌حفظ وحراست آن ، جدیت برای دوشیدن مردم وبجای سیاست‌واقعی ، عوام فریبی‌وبجای تدبیر ، دروغ بکار برده شود .

ارسطو می‌گوید : «انسان حیوانی است سیاسی» منظور وی ازاین جمله اینست که انسان درصورتی انسان است‌که سرنوشت‌خودرا باسرنوشت جامعه یکسان بداند وبحکومت قانون تن دردهدوآنگاه‌که خودرا ازجامعه جدا دانست دیگراطلاق کلمه انسان براونمی‌توان کرد ، بلکه اویك حیوان بیش نیست ، ودرآنحال دیگر شخصیتی نخواهد داشت ، زیرا سرنوشت خودرا از سرنوشت همنوعان خود جدا فرض کرده‌است .

بشری‌که بی‌شخصیت گردید همهٔ امور زندگی خودرا به‌دست تصادف وقضا و قدر رهامی‌کند وخیال می‌کنداگرمثلافلان اتفاق روی نمیداد اوضاع‌او بصورت‌دیگری

۱-Démocratie حکومتی‌که درآن جمیع مردم‌درامر حکومت‌دخیل باشند وآنرا حکومت عامه نیز گویند .

درمی‌آمد، دراسلام همه مردم مسئول اعمال یکدیگرند، درحدیث نبوی است که: «همه شما به‌مثابه چوپان وگله دارید. وهمه شما ازگلهٔ خود مسئولید، پیشوامسئول ملت، مرد مسئول خانواده، زن‌مسئول خانه، خادم وکارگر مسئول مال وکار است همه شما به مثابه چوپان وگله دارید ومسئول گلهٔ خود! مثل شخصی‌که برحدودخدا قیام نموده ودرآن واقع است مثل گروهی است که دریك کشتی وارد شوند، دسته‌ای بالای آنرا اشغال‌کرده وگروهی هم قسمت پائین آنرا بگیرند و کسانیکه در قسمت پائین جای دارند همینکه آب برداشتند به سرنشینان قسمت بالاگذرکنند و بگویند چه مانعی داردکه مادرطرف خودمان سوراخی بوجود آوریم وباشما سرنشینان کاری نداشته باشیم! ... اگر آنهارا دربرابر خواستهٔ خودشان آزادگذارند همه هلاك می‌شوند واگردستشان رابگیرند همه نجات پیدا می‌کنند»[1].

پس سیستم خواست اکثریت وقتی برومیوهٔ نیکو خواهد دادکه فرهنگ و ومعارف دینی آن کشور توسعه یافته باشد ومردم پی‌به مسئولیتهای اجتماعی خود برده باشند.

باران‌که درلطافت طبعش‌خلاف نیست درباغ لاله روید ودرشوره زارخس

وبقول استوارت‌میل: «دراموراجتماعی، افراد باید مختار باشند؛ تااستعداد خود را بتوانند بروز بدهند اما درهیئت اجتماعیه فشار وتضییقی‌که از ملاحظه و رعایت افکار عامه برآزادگان وارد می‌آید، غالباً سخت تر ازاستبداد حکومت‌است راست است‌که عامه‌از خود رأی‌ندارند وتابع افکاری هستندکه مربیان وقائدان‌بایشان القاء می‌کنند ولیکن درد اینجاست‌که عامه غالباً کسانی رابرهبری اختیار می‌کنند که درعالم انسانیت چندان از خودشان برتر نیستند بااینحال افکاری درمیان ایشان

۱ـ حدیث ازبخاری وترمذی

غلبه می‌کند که احساسات لطیف اهل دل را خفه میسازد ومانع بروز وظهور آنها میشود وترقی عالم انسانیت متوقف وبطئی میگردد»[۱] .

درخاتمه این بخش بی‌مناسبت نیست که برای تکمیل مطالب گذشته باظهار نظر پرفسور گونارمیردال عالم اقتصادی بزرگ سوئدی به‌پردازیم وی‌می‌گوید : «درکشورهای پیشرفته حیله ها وتقلبات مختلف امکان داده است که تامراحل پیشرفته‌ای از جریان توسعهٔ حق رای سیاسی واقعی بطبقاتی محدود شودکه دارای سطح درآمد بالائی هستند لیکن این نوع «دموکراسی ناقص» کشش وجذبه خودرا از دست داده‌است .

درکشورهای کم رشد برای رسیدن بیك دموکراسی واقعی وحق رای آزاد و عمومی باید راهی طولانی پیموده‌شود .

درمرحله بینابین شکل حکومت آنها نوعی الیگارشی قانونی است ودر این سیستم هنگامیکه‌درصدد برآیند اشکال‌خارجی دموکراسی را اقتباس‌کنند معمولاً آنرا وارونه کرده‌تغییر شکل میدهند . درچنین‌جوامع عقب مانده‌ای وجود طبقات‌اجتماعی مانع ازاشاعهٔ آثار توسعهٔ اقتصادی که شرط اساسی رشد اقتصادی مداوم است ، میگردد .

نابرابری های موجودکه باشکال مختلف حفظ شده دراین کشورها از آن‌قبیل نیست‌که موجب تشویق پس‌انداز وسرمایه گذاری بشود ، مقایسه این وضع باوضعی که‌درآستانه رستاخیز صنعتی درکشورهای پیشرفته امروزی وجود داشت یك قیاس مع‌الفارق است .

کشور های کم رشد حتی دراین مرحله ابتدائی احتیاج به دموکراسی واقعی دارند تاموانعی را که‌درحال حاضر درراه توسعه اقتصادی وجود دارد ازبین بردارند ولی‌درعین حال ممکنست دموکراسی دولت‌را از انجام این وظیفه‌که‌مصرف‌را درسطح پائین نگاه دارد مانع شود ، درحالیکه این امر لازمه رشد سریع است . ازپشت‌عینك

۱- سیرحکمت دراروپا جلدسوم ص ۹۲

این ملاحظات بزرگ سیاسی است که باید تمایل به برقراری دیکتاتوری فعال از نوع فاشیست یا کمونیست را ، که در اغلب کشورهای کم رشد بروز می کند ، نگریست . اعم از اینکه حکومت شکل دموکراسی الیگارشی یا دیکتاتوری داشته باشد ، دولتی که مسئولیت تدوین برنامه واجرای آنرا بعهده میگیرد . در کشور های کم رشد دولتی ضعیف است وباسیستم اداری نارسا وگاهی فاسد کار می کند ... »[1]

* * *

۱ــ تئوری اقتصادی وکشورهای کم رشد ، پرفسور گونار میردال ترجمه غلامرضا سعیدی ص ۱۰۸ و ۱۰۹

مبحث چهارم :
عقل

«اگر درجهان کار تازه‌ای برای کردن نمی‌ماند ، آیا هنوزوجود عقل لازم بودآیا به همین علت نیست که کسانی که کارهای کهنه می‌کنند فراموش کرده اندکه چرا این کارهارا می‌کنند ودرکردن این کارها به‌رمهٔ گوسفندبیشترشبیهند تا به آدمیان ؟ بهترین عقاید ورویه ها کم‌کم انحطاط می‌یابند و ماشینی می‌شوند واگرپیوسته کسانی پیدانشوندکه ابتکار فکر آنها مانع شود که اساس این عقاید واعمال ماشینی شونداین مواد مرده درمقابل چیزی که واقعاً زنده است پایداری نمی توانندکرد وموجبی نیست که تمدنی که برآن مبتنی است نمیرد»[۱] .

جان استوارت میل

۱- آزادی فردوقدرت دولت ترجمه دکترصناعی ص ۳۵۸ .

۱ ـ مقدمه ومقام

در اسلام عقل پایگاهی بسیار ارجمند دارد ؛ روایات وآیات بسیاری ازقرآن وپیامبر وامامان نقل شده که درهمهٔ آنها تمجید وتحسین قراوان ازعقل گردیده است.

پیامبر اسلام فرمود :

« الدّینُ هُوَ العَقل ولادینَ لِمَنْ لاعَقْلَ لَهُ »[۱] یعنی دین همان عقل است وهرکه عقل ندارد ؛ دین ندارد .

ودر حدیث دیگر ازامام پنجم نیز آمده است که .

« اِنّما یداقُ اللهُ العِباد فِی الحساب یَوْمَ القیامَه علی قَدرِما آتیهم مِنَ العُقولُ فِی الدُنیا . »[۲]

یعنی خدا درروز قیامت بقدر عقل بندگان دقت درحساب آنها مینماید . و حدیث دیگر :

« اِنَّ الثَوابَ عَلی قَدرِ العَقْل » که ثواب بقدر عقل خواهد بود[۳] درحدیث دیگر :

« اِنّا مَعاشرالانبیاء نُکلّمُ النّاسَ عَلی قَدِ عُقُولِهِم »[۴] پیامبر فرمود ما گروه پیامبران باندازهٔ عقل وخرد مردم با آنان سخن می گوئیم . وباز در حدیث نبوی است که :

« تفکّرُ ساعةٍ خیرٌ مِنْ عِبادة سَبعینَ سَنَه » یعنی تفکر یکساعت از عبادت هفتاد سال بهتراست ، ودرحدیث دیگر :

۱ـ مستدرك الوسائل حاج میرزا حسین نوری (متولد ۱۳۲۰) .
۲ـ وسائل الشیعه شیخ محمدبن حسن حر عاملی (متولد ۱۱۰٤) .
۳ـ وسائل الشیعه حدیث ازحضرت صادق (ع)
۴ـ بحارالانوار مجلسی حدیث ازپیامبراکرم .

« مِدادُ العُلَماء اَفْضَلُ مِنْ دِماءِ الشُهَداء » مرکب دانشمندان از خون شهیدان برتر است ، واینکه اصول دین تحقیقی است نه تقلیدی ، وحتی دانشمندان اسلامی ایمان مقلد را مقبول درگاه خداوند نمیدانند ازآنجاست که به اندیشیدن و تعقل وتفکر به کرات درآیات قرآن وروایات بسیار امر شده‌است که نقل همهٔ آنها چند مجلّد کتاب خواهد شد واز حوصلهٔ این رساله بیرون است و همینقدر اشاره را کافی میدانیم ، بهرحال درمورد چهارمین منبع حقوق اسلامی یعنی عقل باید گفت که اهل سنت وجماعت بجای عقل « قیاس » را معتبر میدانند وحال آنکه شیعه بعضی ازقیاس هارا باطل میداند ، شیعه با یافتن وجه شبه درمورد مسألهٔ مورد حکم وبار کردن حکم مشبهٌ بها برمشبّه مخالف است ومبنای مخالفتش احادیثی‌است ، ازجمله حدیثی ازحضرت صادق به ابوحنیفه است که :

«لاتَقِس‌فَاِنَّ اَوَّلُ مَن قاسَ الشیطان حَیثُ قالَ : خَلَقْتَنی مِنْ نار وَخَلَقْتَهُ مِن‌طین [1] »

« قیاس مکن زیرا که نخستین کس که قیاس کرد شیطان بود ، جائیکه گفت : مرا از آتش واورا ازخاك آفریدی » وعارف وحکیم‌بزرگ جلال‌الدین بلخی شاید بهمین معنی نظر داشته است که‌گفته :

جان شوو از راه جان ، جان را شناس

یار بینش شو ، نه فرزند قیاس [2]

۲ - عقل وتجربه

کانت فیلسوف آلمانی میگوید : « اصحاب تجربه (مثلا هیوم) که تنهاحس را علم میخوانند برخطا هستند واصحاب عقل (مثلا افلاطون‌ودکارت) هم که تنها معقولات راحقیقت میدانند ومحسوسات رانمایش بی‌حقیقت میشمارند اشتباه کرده‌اند

۱- آیه ۱۱ ازسورهٔ اعراف

۲- مثنوی معنوی دفترسوم .

وکسانیکه‌اعتمادشان تنها به تعقل است مانند کبوتری هستندکه چون می‌بینند در پرواز برای پس‌زدن هوا باید بال بزنندوقوه بمصرف برساند وبال خود راخسته کند تصور کند که‌اگر هوا نبود بهتر پروازمیکرد ، غافل ازاینکه هرچند هوا یك اندازه مزاحم عمل اوهست ولیکن تکیه‌گاه اوست واگر نبود اصلا پرواز مقدور نمی‌شد »[۱]

ودرجای دیگر میگوید :

« خانهٔ عقل برای دریافت روشنی علم جز حواس روزنه‌ای ندارد وفهم وعقل جز اینکه از وجدانیات حسی انتزاع کلیات کنند کاری نمی‌توانند...»[۲]

کانت درنقادی عقل نظری ، دست عقل را درامور حسی وتجربی کوتاه‌وعاجز میداند ولی درعقل مطلق عملی یعنی درمبانی اخلاقی وحقوقی دست عقل‌را کاملا باز دانسته است .

فرانسیس بیکن فیلسوف انگلیسی دربارهٔ قیاس منطقی کلاسیك میگوید : « قیاس ذهن را مقید می‌کند نه امور را » وحال آنکه هدف علم شناختن امور و روابط آنهاست نه شناختن تصورات به کیفیتی که ذهن آنها را به هم مرتبط وتألیف کرده‌است ازاین‌رو قیاس بی‌فایده است .

دکارت فیلسوف فرانسوی درهمین‌زمینه می‌گوید : « قیاس مطلب تازه‌ای یاد نمیدهد ومجهولی را معلوم نمی‌کند بلکه تنهاکارش عرضه داشتن چیزی‌است که‌معلوم است ، پس روشی نیست که بوسیلهٔ آن بتوان به اختراع واکتشاف نائل‌شد»

استوارت میل نیز درارزش واعتبار قیاس تردید کرده‌است ، وآنرا نوعی‌دور یا مصادره‌به مطلوب دانسته است ، زیرا دراین‌نوع‌استدلال‌هم نتیجه مبتنی برمقدمات

۱ـ سیرحکمت درآروپا جلد دوم ص ۱۴۹

۲ـ سیرحکمت دراروپا جلد دوم ص ۱۵۷

است وهم مقدمات متکی به نتیجه است واین خود سبب ایجاد دورمی‌شود .[۱]

بهرصورت شیعه بجای قیاس اصولی ، عقل را حجت دانسته است وشاید نشانهٔ این مطلب باشدکه‌عقل مجال‌ووسعت بیشتری دارد ؛ زیرا قیاس محدوداست بموردیکه حکمی باشد تا بتوان قیاس کرد ولی عقل چنین محدودیتی راندارد ، بهرحال ، عقل درنظام حقوقی شیعه مقامی بس ارجمند دارد ، عقل باتوجه بسرشت وفطرت آدمی ونیاز واحتیاج‌جامعه به‌حفظ نظم ومصلحت اندیشی وطرفداری از مقتضیات‌معقول‌زمان وضرورتهای عصر ، عقل که قوه‌ایستکه شخص را بر استدلال و استنتاج توانا می‌سازد ودرست ونادرست بدینوسیله ازهم تمیزداده میشود ، اغلب وسیلهٔ تشخیص احکام‌درست ازنادرست میگردد ، تا ازآنچه سودمند است پیروی کند و از آنچه زیان آور است دوری جوید ، زیرا وجه امتیاز انسان از حیوان عقل است ولذا تنها راهنمای وی‌نیز عقلست .

عقل باتوجه باینکه نظام حقوق اسلامی برمبنای «فطرت» گذارده‌شده دراغلب اصول استنباط احکام بعنوان دلیل وسند برای ملاك حجیت آورده میشود ونتایج‌عقلی درامور قضائی وحقوقی مورد قبول شریعت اسلام است چنانکه معروف است :

«**کلما حکم به‌العقل حکم به‌الشرع**» وبالعکس ، یعنی هرچه عقل حکم کند شرع نیز بدان حکم خواهد کرد وبالعکس وهمچنین :

«**الشرع والعقل یتطابقان**» که این قواعد دراکثر ادله احکام زبانزدو بنام **قاعدهٔ ملازمه** مشهور است واین عبارت فقهـای اسلامی جمله‌ای از هگل فیلسوف آلمانی را بیاد می‌آورد که : « آنچه واقع ومتحقق است معقول است و آنچه معقول است متحقق است ، چه روشن است که آنچه واقع است نمی‌تواند واقع

۱ـ مبانی فلسفه دکتر علی‌اکبر سیاسی ص ۲۵۳ تا ۲۵۶ ، نکته‌ای راکه باید یادآورشد اینستکه قیاس ازنظر منطق کلاسیك باقیاس از نظر علم اصول فقه تفاوت دارد ومادرمباحث آینده مفصلا ازآن بحث خواهیم کرد

نباشد »[۱]

۳ ـ احکام عقلی واحکام‌شرعی

قوانین هرگاه ازعرف مردم‌سرچشمه گرفته باشند . بآنها قوانین عرفی وهرگاه ازناحیهٔ شرع بیان ووضع شده باشند قوانین شرعی وهرگاه در واقع و نفس الامر به موضوعات خود مستقر وپابرجا باشند قوانین عقلی نامیده میشوند مرحوم میرزا صادق تبریزی در «مقالات الغریه» احکام عقلی را که‌درذات ودر مرحلهٔ نفس‌الامریه است . ازجانب خداوند ثابت ومستقر میداند ، واحکام عرفی را قسمی‌ازاحکام عقلی میداند زیرا هردو درخارج اززات انسانی ودرنفس‌امور واشیاء بموضوعات‌خود تعلق‌یافته‌اند وتفاوتشان دراینست که احکام عرفی بنظر عرف مردم واحکام عقلی درخارج ازعرف ودرنفس امور استقرار دارد ، اما احکام عرفی بااحکام واقعی یعنی‌عقلی از بعضی‌جهات افتراق دارند وآن قابل تغییر بودن احکام عرفی است ولی احکام عقلی ثابت‌میباشند ومقصود ازاحکام عقلی این‌نیست که بدون مداخلهٔ عقل درواقع ثابت باشند ، عقل نه تنها درشرع اسلام نمی‌تواند احکامی را بوجود آورد ، بلکه درحقوق اروپائی‌نیز سازندهٔ حقوق نیست ، باید دربیرون ازنفس ودرخارج ذات انسان حقیقتی وواقعیتی موجود باشد تاعقل بتواند آنرا ادراك کند ، واحکام آنراکشف نماید وبعبارت‌دیگر عقل احکام را فهم می‌کند نه خلق ، عقل نیز درفقه اسلامی مانند رسولی باطنی‌است که انسان را به واقعیات رهنمون میگردد ، احکام‌عقلی بعضی نظری وبعضی ضروری هستند .

آنها که نظری هستند باستدلال احتیاج دارند وآنها که ضروری‌هستند بدون استدلال ذاتاً درنظر عقل حکم به‌آنها می‌شود مانند حکم به‌ادای دین ، ردّ‌ودیعه، حرمت ظلم ، که جزو «**مستقلات عقلیه**» اند وعقل رأساً بدانهاحکم می‌کندولی

۱ـ سیرحکمت دراروپا. جلد سوم ص ۲۵

در « استلزامات عقلیه » بوساطت حکم شرعی استنباط میگردند ؛ واینست معنی قاعدهٔ ملازمه که حکم شرع وعقل را یکی دانسته است .[۱]

باری یکی از حقوقدانان دربارهٔ عقل تشبیه جالبی دارد وی‌می‌گوید : عقل مانند فنری است که‌درماشین حقوقی کارگذاشته شده باشد ، بمنظور عبور این ماشین از اراضی ناهموارکه‌از سرعت حرکت هاکاسته وازضرر وفلج شدن ماشین ویابعبارت بهتر اجتماع جلوگیری نماید .

موریس هوریو میگوید : « هرچقدر امور اجتماعی به عناصر واجزای متشابه تجزیه شوند ، قاعدهٔ کلی‌تر درحقوق‌پدید می آید ؛ این‌حقوق مانندآئینه‌ای است که خود نیز به فعل می‌پردازد وهرچه درآن بتابد هم منعکس می کند و هم آنرا تغییر شکل میدهد واصلاح مینماید .

این حقوق درواقع برای توان واختیارات اشخاص مانند حدود می‌باشد ، اما همهٔ این تشابهات درجرگهٔ‌حقوق ازامورعقلانی است ، ازاین‌خاصیت عنوان‌مشروعیت درحقوق محسوس میباشد ، حقوق وقتی به صفت مشروعیت متصف خواهد بود که بسوی عدالت وبرای فعلیت دادن به احکام آن توجه یابد ، تردید نیست که غایت نیز یك‌امر عقلانی است»[۲]

دعوی جاودانی بودن حقوق اسلامی برهمین اعتبار عقل است وهدف وغایت در فقه اسلامی که استقرار عدل میباشد نیز برهمین مبتنی است ، این غایت واعتبار باعث میشود که پدیده‌های حقوقی تازه‌وتحولات اقتصادی‌ازمجرای عقل درچهارچوب حقوق اسلامی‌وارد ومنعکس گردد ، وازاین رو است که مسائل فقهی اکثر جنبهٔ تعقلی دارد ومسألهٔ تعبد دراحکام اسلامی تقریباً منحصر به‌عبادات است . یعنی‌کیفیت

۱ــ قول میرزا صادق تبریزی را دراین مورددربخش «سنت» راجع به‌حقیقت شرعیه قبلا نیز آورده ایم .

۲ــ مبانی حقوق دکتر موسی جوان‌جلد سوم ص ۲۳۴ و ۲۳۵

عبادات است که چنین ایجاب می‌کند .

اما در معاملات و امور حقوقی و سیاسی و اقتصادی مبنای اسلام همه بر مصالح عمومی و ملاکات عقلی است .

مونتسکیو درباره مکتب حقوق طبیعی می‌گوید :

« موجودات فردی و عاقل می‌توانند قوانینی داشته باشند که خودشان ساخته‌اند اما قوانینی نیز وجود دارند که آنان نساخته‌اند .

پیش از آنکه قوانین ساخته شوند روابطی میان افراد مبتنی بعدالت وجود داشته است ، اعتقاد به‌اینکه عدالت و بیعدالتی همان است که قوانین تحققی آن‌را امر یا نهی می‌کنند مانند این خواهد بود که گفته شود اشعهٔ یك دائره پیش از ترسیم محیط آن ، بایکدیگر تساوی نداشتند . این قانون بدوی و اصلی چیست ؟ این همال عقل انسانی است که بهمهٔ ملتهای کره زمین حکومت مینماید ، قوانین سیاسی ومدنی هرملتی باید باآن منطبق گردند »[1]

اما باید گفت که ازقاعده ملازمه چندان درعمل استفاده نشده‌وعلی رغم قول صاحب فصول :[2] « ما جَعَلَ الشارِعُ فِی‌الشَریعه اَمراً لیسَ بِعَمَلَ »دراثرافراط درشقوق تصوری وفرضی ، فقه را درمسیر منطق تجریدی وکلاسیك انداخته‌اندواین «فنر» ماشین حقوقی را که باید برای تسهیل حرکت ماشین و جلوگیری از فلج شدن وتحجُّر آن بکار رود ، برعکس آنقدر درغیر مورد حقیقی مصرف کرده‌اند که‌دیگر خاصیت فنر بودنش را دردست اندازها ازدست داده‌است .

۱ــ مبانی حقوق دکتر موسی جوان‌جلد اول ص ۸۵

۲ــ شیخ‌محمد حسین‌بن میرزا عبدالرحیم

۴ - اصول عقلیه یاعملیه

منطوق یك کلام عبارتست ازمعنائی که بیدرنك وبدون تفحص ذهن بخاطر مستمع خطور می‌کند ، اما مفهوم یك کلام عبارتست ازمعنائی که باتعقل وامعان نظر بیشتری حاصل میگردد چنانکه : « درمادهٔ ۲۴ قانون مدنی که میگوید : «هیچکس نمی‌تواند طرق وشوارع عامه وکوچه‌هائی راکه آخر آنها مسدود نیست تملك نماید»

اولا - منطوق عبارتست از : کوچه ای که آخرش مسدود نیست قابل تملك نیست .

ثانیاً - مفهوم عبارتست از : کوچه‌ای که آخرش مسدود است قابل تملك است هرعبارتی منطوقی دارد ولی لازم نیست که حتماً مفهوم هم داشته باشد چنانکه ماده ۱۰۰۳ قانون مدنی که می‌گوید : « هیچکس نمی‌تواند بیش ازیك اقامتگاه داشته باشد » فقط منطوق دارد ومفهوم ندارد »[1] ویا هرعمل که انجام دادن آن ، مقدمه انجام دادن یك تکلیف شرعی باشد آیا واجب است یانه ؟ فی‌المثل آیهٔ « واَقیموُ- الصّلوة » بلا درنگ مارا بوجوب نماز آگاه می‌سازد اما آیا مستلزم وجوب مقدمات نمازهم هست ؟ این استلزام احتیاج به تعقل وتفحص خواهد داشت .

عقل درمستقلات عقلیه همانطورکه قبلا نیز اشاره شد فطرتاً بآنها عقیده‌دارد مثل لزوم رد امانت وحرمت ظلم ، که درحقوق جدید اروپا ، مکتب حقوق طبیعی نیز عقیده داردکه هرکس در زندگانی اجتماعی درروابط با افراد دیگر وظایف و حقوقی داردکه از فطرت وذات وی‌پدید آمده است واین معنای فطری بودن حقوق درنظام حقوقی اسلام نیز بااین قسمت مطابقت دارد ، توسل به عقل واستناد به ادله عقلیه درحقوق اسلامی موقعی است که مابچیزی **علم اجمالی** داشته باشیم یعنی شك و تردید داشته باشیم وگرنه درهنگامی که به مسأله‌ای قطع ویاظن داریم بهمان قطع وظن باید

۱- ترمینولوژی حقوق دکتر جعفری لنگرودی

عمل کرد و این بهنگام **شك** است که باید به **ادله‌عقلیه** استناد نمود . قبل از بحث درباره ادله عقلیه لازم است که دربارهٔ هریك از قطع وظن وشك مختصر توضیحی بدهیم .

اول ـ قطع

حالتی نفسانی است که چیزی برای انسان معلوم باشد واحتمال خطادرآن نرود عمل برطبق قطع بضرورت عقل واجب است قطع یا **موضوعی** است و یا **طریقی** است ، هنگامی طریقی است که مثلا حکم شارع ویا قانونگزار به نفس موضوع تعلق گیرد مثل اینکه شراب بخودی خود حرام است وبدون توجه باینکه متعلق قطع بحرمت مکلف باشد ؟ تحریم میگردد دراینصورت وقتی مکلف به این قطع اطلاع حاصل می کند قطع طریقی نامیده میشود ودرحقوق امروزهم مانند قطعی است که درمواد قانونی قانونگزار آنرا موضوع حکمی از احکام خود قرار نداده باشد ولی گاهی حکمی باقید اینکه برموضوعی که آن موضوع متعلق قطع مکلف است تعلق می گیرد مثلا مایعی که برحسب قطع مکلف شراب تلقی می‌شود این باقید به قطع بودنش به شراب حرام میشود نه اینکه شراب واقعی باشد ، دراینصورت این قطع، قطع موضوعی نامیده میشود ودرحقوق امروز هرگاه قانونگزار قطعی را موضوع حکمی ازاحکام خود قرار دهد قطع موضوعی است .

مانند گواهی گواهان که موضوع تکلیف دادرس است درمورد فصل دعوی (ماده ۴۲۴ دادرسی مدنی) ولواینکه این قطع بعداً برخلاف واقع درآید واز این قبیل است قطع حاصل از امارات قضائی (ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی) ، درقطع طریقی شارع نمی تواند مکلف را از عمل بدان منع نماید زیرا این کار ناقض اصل تکلیف وتشریع است وهمچنین نمی‌تواند اعتبار قطع طریقی را منحصر ومحدود بقیودی سازد، ولی درقطع موضوعی باید دیدکه شارع وقانونگزار چه نوع قطع را موضوع حکم قرار داده است .

فی‌المثل دراینجا غیراز امارات وادله قانونی برای اثبات دعاوی اگر قاضی‌از راه دیگری قطع‌حاصل‌کرد فی‌المثل از طریق رمل واسطرلاب ویاخواب ورؤیا،چنین قطعی چون قانونگزارآنرا معتبر ندانسته است حجت نخواهد بود ، در حالیکه در قطع طریقی چنین نیست ازهر راه قطع حاصل گردد آن قطع لازم‌الاتباع خواهد بود .

دوم ـ ظن

حالتی نفسانی‌که از شك بالاترواز قطع کمتر باشد آنرا ظن یاگمان گویند بدیهی است که ظن ارائه واقع رانمی نماید وبخودی خود حجت نیست مگر آنکه عقل ویا شرع آنرا معتبر دانسته باشد ، حال اگر حجیت آن از طریق شارع اسلام مورد تأییدقرار گرفته باشد آنرا ظن‌خاص گویند مانند اماره تصرف‌که نشانه‌مالکیت است درماده ۳۵ قانون مدنی ایران «تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است‌مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» واعتبار خبرواحد ازباب ظن‌نیست بلکه ازباب اطمینان عادی است که کاملترین نوع ظنون است وشارع نیز خبرواحد وظواهر کتاب راحجت دانسته است بنابراین ظن حاصل از آنها ظن خاص خواهد بود ولی اگر ظن حجتش «دلیل انسداد» باشد ظن‌مطلق خواهد بود ودلیل انسداد آنستکه درهنگام غیبت‌امام که باب علم وادراك واقع مسدود است دراینهنگام ظن مطلق جانشین قطع میگردد و بحکم عقل حجت خواهد بود .

زیرا اگر ظن مطلق دراینهنگام حجت نباشد لازم می‌آید که احکام الهی که اکثراً مبتنی برادله ظنیه وامارات غیر علمی هستند متروك گردند ونمی توان در اینهنگام به اصل برائت ازتکالیف قانونی و الهی متوسل شد زیرا دراینصورت اکثر مقررات‌بدون عمل‌خواهد ماند وبصورت تعطیل درخواهدآمد ، ازطرفی عمل‌باحتیاط هم علاوه براینکه دلیلی بروجوب آن در دسترس نیست موجب زحمت وتکلف و یا عسرو جرح خواهد بود .

وامور زندگانی مردم را مختل خواهد کرد وبه سرگردانی و حیرت مردم خواهد افزود ، وچون شخص به ثبوت حکم وجوب ویاحرمت ، ظن حاصل کند واز طرفی قادر به کشف واقع نباشد ، بحکم عقل ملزم است که به ظن خود عمل نماید پس حجیت ظن خاص ، بحکم شارع وحجیت ظن مطلق بحکم عقل است .

سوم - شك

حالتی نفسانی است که ذهن میان دویاچند احتمال قرار گیرد وبهیچکدام از احتمالات نیز نتواند گرایش پیدا کند ، وعاجز شود از اخذ تصمیم ومردد ماند، زیرا اگر همینطور بدون ملاکی یکی از طرفین شك را بگیرد وعمل کند ترجیح بلامرجح لازم می آید ، دراین مورد را هبای قانونی وجود دارد که یکی از آنها امارات قانونی است مانند ماده ۳۵ قانون مدنی که قبلا ذکرش گذشت یکی دیگر ازراهها استنباطات قضائی است مانند قاعده «اخذ به قدرمتیقن»[1] که مخصوص موردی است که شك قابل برطرف کردن نیست مانند مورد ماده ۱۳۱۷ قانون مدنی ایران «شهادت شهود باید مفادا متحد باشد بنابراین اگرشهود باختلاف شهادت دهندقابل اثر نخواهد بودمگر درصورتی که از مفاد اظهارات آنها قدر متیقنی بدست آید» دیگر ازراههائی که برای رفع سرگردانی وحیرت وضع وتأسیس گشته است اصول وقواعدی است که براساس عقل استوار شده واز این حیث بآنها اصول عقلیه واز حیث اینکه مبنای عمل مردم میباشد اصول عملیه نامیده میشود .

این اصول بهیچوجه کاشف از واقع نیستند ، بلکه فقط به تکالیف ظاهری مردم ناظر میباشند ، یعنی شخص بهنگام شك وتردید ومأیوس شدن ازدرك واقع اگر بر طبق این اصول رفتارکند ، عقلا وشرعاً درحکم انجام حکم واقعی محسوب میشود

۱- درمورد قاعده اخذ به قدر متیقن رجوع شودبه «مقدمه عمومی علم حقوق» دکتر جعفری لنگرودی ص ۱۵۸

ولواینکه باواقع عملش مطابق نباشد ، برای اینکه تفاوت اصول عملیه باسایر دلائل معلوم وروشن شود به ذکر آنها می‌پردازیم :

۱ـ ادله قطعیه که بخودی‌خود افاده قطع می‌کنند مانند نصوص کتاب ، خبر متواتر وغیره .

۲ـ ادله ظنیه‌خاص : که‌افاده ظن‌وگمان میکنندمانند خبرواحد . ظواهرکتاب، شهادت دونفر عادل .

۳ـ ادله عقلیه اجتهادی : که افاده ظن مطلق مینمایند وبحکم عقل وازباب ضرورت معتبر شناخته شده اند مانند ، قیاس ، استقراء ، غلبه شهرت وظنونی‌که‌دلیل صحت آنها به استدلال «دلیل انسداد» است .

٤ـ اصول عملیه یاادله عقلیه‌که فقط بوسیله عقل تأسیس شده اند ومورد‌تأیید شارع نیز هستند درمیان این دلائل ادله قطعیه بخودی خود وادلهٔ ظنیه خاص بحکم شرع و ادله اجتهادی بحکم عقل حجت می‌باشند امـا اصول عملیه کاشف از واقع نیستند وطریق بسوی واقع نمی باشند بلکه فقط برای رفع سرگردانی وحیرت‌مکلفین وضع شده اند .

اصول عملیه‌برچهاردسته تقسیم می‌شوند

۱ـ اصل برائت .
۲ـ اصل احتیاط یاقاعدهٔ اشتغال .
۳ـ اصل تخییر .
۴ـ اصل‌استصحاب .

درحالت شك ، اگرحالت سابق چیزی معلوم باشد و تغییر آن حالت ، مورد تردید قرارگیرد ، حالت سابق را معتبر میشمارند ودرعمل فرض را بربقای حالت سابق می‌گذارند این عمل را درفقه استصحاب می‌نامند ، واگر حالت سابق وجود نداشتهٔ ویا اینکه وجود داشته است لکن مورد توجه قرار نگرفته در اینصورت یا

احتیاط درآن ممکن است یا نیست ، اگرممکن نباشد بآن اصل تخییر نـامند و در صورتی که‌احتیاط درآن ممکن باشد یااینست که‌دلیل عقلی یا نقلی برثبوت مجازات بهنگام تخلف‌ازآن واقع مجهول وجود دارد ویااینکه چنین‌دلالتی نمی‌کند درصورت اول اصل احتیاط ودرصورت دوم اصل برائت رادرعمل اجرامی‌کنند .

پس در قاعده استصحاب شك عارض گردیده است (شك ثانوی) ولـی دراصل برائت واحتیاط وتخییر شك ابتدائی است ، شك‌ابتدائـی گاهی درحکم وگاهـی در موضوع‌پدیدمی‌آید ، اگردرحکم باشد ، شبههٔحاصل را شبهه‌حکمیه‌واگردر موضوع باشد بآن شبهه‌موضوعیه گویند .

مثلا اگر شك دائر مدارمیان وجوب وحرمت یاحرمت واباحه بـاشد و منشأ این‌شك یافقدان نص (درحقوق امروز سکوت قانون) ویا اجمال نص وتعارض دونص ویا دوقانون باشد ، دراین مورد اصل برائت را اجرامی‌کنند و آنـرا شبهه حکمی گویند فقها برای شبهه حکمی مثال میزنندکه شك پیداشود دراینکه‌حکم مترتب‌بر فقاع حرمت است یااباحه ؟ وبرای شبهه موضوعی می‌گـوینـد شك‌باشد که آیامایع موجود دراین ظرف حاضر فقاع است یا آب مطلق ؟ ودرحقیقت شبهه موضوعی را با شبهه مصداقی بجای هم گرفته‌اند [1] .

درشبههٔ حکمی‌سه حالت متصور است :

۱- اگرشك میان حرمت از طرفی وکراهت یا اباحه یااستحباب ازطرف‌دیگر باشد دراینحال به عقیدهٔ دانشمندان اصولی اصل برائت وبه عدم حرمـت حکـم داده می‌شود اما بعقیده علمای‌اخباری عمل به احتیاط باید بشود واز ارتکاب آن اجتناب گـردد .

۱- درباره شبهه مفهومی ومصداقی ومـوضوعی وحکمـی رجـوع شودبه «مقدمه عمومی علم حقوق» ص ۱۶۱ ویـاترمینولوژی حقوق دکترجعفری

۲- اگرشك میان وجوب از طرفی وکراهت یا اباحه یااستحباب از طرف دیگر باشد دراینحال اجماع دانشمندان اصولی‌واخباری برجاری شدن اصل برائت وحکم به عدم وجوب است یعنی حکم به عدم تعهدوتکلیف درموضوع مورد شك داده میشود ودراینجا اصل ، آزادی اراده‌خواهد بود .

ودر حقوق جدید ایران هم‌به محض شك‌درتکلیف اصل برائت را اجرامی‌کنند زیرا تکلیف رانیازمندبه اثبات واحراز ودلیل‌می‌دانند چنانکه‌ماده ۳۵۶ آئین‌دادرسی مدنی می‌گوید : «اصل برائت است بنابراین اگرکسی مدعی حق یادینی بردیگری باشد باید آنرا اثبات‌کند والامطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه داده خواهد شد» .

۳- اگرشك میان حرمت ازطرفی و وجوب ازطرف دیگر باشد در اینصورت اگر منشأشك نبودن‌نص ویا مجمل بودن‌نص وقانون باشدبه عقیده اجماع‌دانشمندان (اصولی واخباری) اصل برائت است وبه مباح بودن آن حکم میگردد ، ولی اگر دونص یا دوقانون معارض وجود داشته باشد که ترجیحی یکی بر دیگری نداشته باشد اصل تخییر است یعنی عمل بهرکدام ازدوطرف شك جایز خواهد بود زیرا در این مورد اخیر باید عمل بیکی از دوطرف شك بشود واگر اصل برائت را جاری بدانیم باعث میشود که ازمفاد هردونص (قانون) اعراض گردد واین با تکلیف یقینی شخص مکلف‌مباینت خواهد داشت .

در شبهه موضوعی درشك ابتدائی بطور مطلق اصل برائت را جاری می‌کنند یعنی درتمام حالات سه‌گانه سابق‌الذکر (درشبهه حکمی) الزام قانونی بهیچوجه وجود ندارد مگر اینکه اصل دیگری با اصل برائت معارضه کند که در آنصورت اصل معارض پایه عمل مکلف خواهد بود .

اما اگر شبهه موضوعی مسبوق به علم اجمالی باشد یعنی اجمالا برحرمت یکی ازطرفین شبهه علم داشته باشد ولی بطور تفصیل نداندکه‌کدامیك ازمصادیق آن

مشتبه میباشد ، حال اگر آن مصداق یا فرد میان افراد کمی (قلیل) مشتبه باشدشبهه را اصطلاحا محصوره گویند واگر میان افراد بیشمار باشد غیر محصوره نامند .

در شبهه محصوره چون اجرای اصل برائت باعلم اجمالی منافـات دارد لذا عمل باحتیاط می‌کنند مثلا اگر در دوظرف که علم اجمالی داریم که یکی از آنها محتوی شراب است ، اگر اصل برائت راجاری نمائیم مخالف باعلم اجمالی است و چون بطور تفصیل نمی‌دانیم که کدامیك است لذا باید ازهردو اجتناب شود[۱] ویا در مثال بهتر وواقعی تر « مثلا عقدبیع موضوع آثار قانونی مخصوصی است این‌موضوع دارای مشخصاتی است که یکی از آن مشخصات تاریخ عقداست حال اگر دردفتر ثبت عملیات تجاری تاریخ بیع معینی قلم خوردگی پیدا کرده‌ومشتبه بین دوروز شده بـاشد این شبهه نه مفهومی‌است و نه مصداقی و نه حکمی بلکه صرفاً شبهه موضوعی است ، واگر موضوع بیع مذکور حیوان باشد مبدأ خیار حیوان ، مشتبه خواهد بود»[۲]

اما در شبهه غیر محصوره چون فردی‌که یقیناً حکم به‌حرمت‌در بـاره آن شده ومورد علم اجمالی است میان افراد بیشماری است و بجهت اختلاط تمیز و تشخیص آن ممکن نیست واصل برائت دراینجا بدین علت است‌که به علت حرمت یك فرد یاچند فرد ازآن‌نمی‌توان عملا افراد بیشماری راحرام دانست ، زیرا زیان آن بیشتر خواهد بود ومستلزم عسروحرج میباشد .

۱- مثال‌فقها ملاحظه می‌شودکه‌چقدر غیرعملی‌است زیرا اگرشراب باشد که ازبوورنگ آن‌معلوم خواهدبود مگراینکه بگوئیم داخل‌آب مقـدارکمی بطوری‌که تغییری درظاهرآن نداده بـاشد ریخته‌شده است .

۲- مثال ازترمینولوژی حقوق دکترجعفری لنگرودی

اثبات اصل برائت

واختلاف دانشمندان اصولی واخباری دراین‌مسأله

دربحث ازشبهه حکمی وموضوعی گفته شدکه اگر شك وشبهه میان حرمت از طرفی وکراهت یااباحه یااستحباب‌ازطرف دیگر باشد . «اصولی» ، برائت و«اخباری» اصل احتیاط یا اشتغال را عمل میکنند ، وفقط جائی‌که اختلاف داشتند همین مورد است ، وگرنه درسایر موارد مسأله اجماعی است .

مقتضای اصل برائت نفی حرمت وحکم براباحه است ومقتضای اصل اشتغال وجوب اجتناب‌است نه حکم برحرمت ، بنابراین دانشمنداصولی (مجتهد) با اجتهاد خود حکم براباحه میدهد درحالیکه اخباری توقف اختیارکرده واحتیاط می‌کند و ازآن اجتناب می‌نماید .

مجتهدین برای اثبات‌اصل‌برائت دلائلی آورده اند :

الف ـ کتاب :

۱ـ آیه ۱۶ ازسوره الاسراء «ما کنامُعذّبین حتّی نبعثَ رَسولاً» یعنی‌مادام که بوسیله پیامبران احکام را ابلاغ نکرده ایم کسی‌را عقاب نمی‌کنیم .

۲ـ آیه : «وما کانَ اللهُ لِیُضلّ قَوماً بَعدا ذْ هَدیهم حتّی یُبیّن لَهُم ما یتّقون» بموجب این آیه خدا هیچ قومی رابه خذلان نمی‌افکند مگر آنکه قبلا موجبات پرهیزگاری رابرایشان تشریح فرموده باشد .

۳ـ «مالکُم الاّ تأکُلوا ممّا ذکراسمُ اللهِ علیه وَقَد فَصّلَ لکُم ماحَرّمَ علیکُم» بموجب این آیه اشخاصی‌که ازخوردن گوشتها خود داری میکردندمورد سرزنش قرار داده شده‌اند «شما بچه سبب ازخوردن آنها خود داری می‌کنید و حال آنکه ما کلیهٔ محرمات را بتفصیل برای شما بیان کرده‌ایم» پس‌هرچه حرمت آن بصراحت بیان نشده حلال خواهد بود .

٤ـ «لا یُکلّفُ اللهُ نفساً الاّ وُسعَها ولا یُکلّف اللهُ نفساً ما آتیها لیَهلِکَ مَن هَلَکَ عَنْ بیّنة ویُحیی مَن حی» که همه اگرچه بطور ضمنی ولی برمقصود دلالت دارند :

ب ـ سنت[1]

۱ ـ « کُلُّ شیءٍ مُطلق حتّی یَرِدُ فیه نَهیٌ » یعنی همه‌چیز مباح ومطلق است تازمانیکه نهیی درآن وارد شود .

۲ ـ « کُلُّ شیءٍ لَکَ حَلالٌ حتّی تعرفُ انّه حرام » همه چیز برتوحلال است تازمانیکه یقین کنی که آن‌چیز حرام میباشد .

۳ ـ « ماحجب‌الله علی‌العباد فهُو موضوعٌ عنهم » هر چیزی را که خدا از بندگان خود پوشیده داشته (وحکمش را بیان‌نفرموده) آن چیز ازحساب آنهاکنار گذاشته خواهدشد .

۴ ـ « ایمّا امرء رکب‌امراً بجهالةٍ فلاشیٌ علیه » هرکس ازروی جهل‌مرتکب کاری شود حرجی بروی نیست . واحادیث بسیارکه ازجمله حدیث رفع باشدبراین مطلب دلالت دارند .

ج ـ عقل :

عقل « قبح عقاب بلابیان»را تأیید می‌کند گرچه این حکم عقل از آیات و روایات فوق نیز استنباط میگردد .

د ـ اجماع :

عده‌ای ازفقها نیز مدعی حصول اجماع در این امر شده وآنرا ازلوازم و وضروریات مذهب امامیه دانسته اند .

۱ـ اصول فقه محمد رشاد ص ۲۴۶ تا ۲۴۹

علمای اخباری دربارهٔ بطلان اصل برائت دلائلی آورده‌اند :

الف ـ کتاب :

۱ ـ آیه « لاتقف ما لیس لك به علم » یعنی : به‌دانش سخن‌گوی یادم‌مزن

۲ ـ آیه « وان تقولوا مالا تعلمون » آنچه را نمی دانید و بدان دانش ندارید مگوئید .

۳ ـ آیه « وان تنازعتم فی‌شیء فردوه الی‌الله والی‌الرسول » اگردربارهٔ امری اختلاف کردید آنرا بخدا ورسولش ارجاع دهید .

چنانکه از آیات فوق برمی آید درامور مشتبه چون به‌حکم واقعی عالم‌نیستیم اگر اظهار عقیده‌کنیم واصل برائت را عمل نمائیم وحکم براباحه دهیم برخلاف دستور آیات قرآن عمل کرده‌ایم پس باید عمل باحتیاط نمائیم و به‌خدا ورسول‌رجوع کنیم نه‌به عقل .

ب ـ سنت :

۱ ـ « اذا اشتبه‌الامر علیکم فقفوا عنده وردوه الینا حتی نشرح لکم ما شرح الله لنا » یعنی آنگاه که مطلبی برشما مشتبه شد پس توقف کنید دربرابر آن ورجوع کنید بسوی ما تا تشریح نمائیم برشما آنچه را که خدا شرح داده است .

۲ ـ « الامور ثلثة أمر بیّن رشده فاتبعه وأمر بیّن غیه فاجتنبه وأمر اختلف فیه‌فردوه الی‌الله عزوجل » یعنی امور برسه‌گونه‌اند امری که‌حقانیت آن آشکار است پس‌از آن پیروی کن امری که باطل بودنش هویدا است از آن اجتناب نما وامری که اختلاف پدید آمده است در آن ، پس آنرا بسوی خدا رجوع کن .

مفاد این دوحدیث لزوم توقف در برابر شبهات و یا احاله به کتاب و سنت است .

۳ ـ « الوقوف عندَ الشبهات خیرٌ منَ الاقتحام فی الهلکات » یعنی باز ایستادن دربرابر امور مشتبهه بهتراست از سقوط درمهلکه ها ، که این حدیث نیز لزوم احتیاط را میرساند .

ج ـ عقل :

بحکم عقل ، عملی که احتمال حُرمت درآن میرود ویا اینکه حکمش برما مجهول است باید از آن اجتناب ورزیم یعنی ذِمّه ما درمقابل این تکلیف اجمالی مشغول میباشد پس برای اینکه این مشغول بودن (اشتغال) یقینی را ، از خود رفع کنیم واز آن برائت حاصل نمائیم بضرورت عقل تحصیل برائت یقینی میخواهد واین برائت یقینی جزباعمل باحتیاط تحصیل نخواهد شد .

پاسخ دانشمندان اصولی (مجتهدین)

آیات وروایات استنادیه هیچکدام مستلزم منع عمل به اصل برائت نیست ، زیرا اصل برائت تنها دلیلش عقل نیست بلکه آیات وروایاتی است که بدان استدلال گردید ، ولذا درارجاع شبهه‌ها به اصل برائت مانند ارجاع آنست به کتاب وسنت، واما اینکه آیات وروایاتی هم عمل واظهار نظر در امور مجهول الحکم را منع کرده‌اند . مراد آنها بیان **احکام واقعی** است یعنی احکامی که فی‌حد ذاته و در نفس‌الامر هستند .

بیان اینگونه از احکام بدون علم کاری غلط وبرخلاف است نه تمسّك باصل برائت که از **احکام‌ظاهری** است یعنی مابه نفس‌الامر وواقع‌کاری نداریم فقط‌برای رفع سرگردانی در عمل خود را ناگزیر ازتوسل بدان می‌بینیم واما در مورد استناد به ادله عقلیه باید گفت درست است که « اشتغال یقینی مُبرء یقینی میخواهد »یعنی

برای اینکه ما قطع حاصل کنیم که تکلیف خود را درست انجام داده‌ایم باید به‌این برائت یقین داشته باشیم ، ولی این برائت یقینی در برابر احکام واقعی است نه‌احکام ظاهری ، مادربرابر احکام غیر صریح ومجمل هیچگونه تکلیفی واشتغالی نداریم تا برای رهائی از آن به تحصیل برائت یقینی احتیاج داشته باشیم وبالنتیجه مجبور به احتیاط گردیم .

اعتبار قضیه محکوم بها دراصل تخییر

درشبهه حکمی اگر شك میان حرمت ازطرفی ووجوب ازطرف دیگر باشد و منشأ شك هم تعارض دونص باشد اصل تخییر جاری است ومکلف درانتخاب هریك از طرفین شك مخیّر است ، اما همینکه یکی ازطرفین رااختیار کرد دیگر نمی‌تواند از آن عدول کند وطرف دیگر را اختیار نماید ، زیرا اگر این اختیار ادامه‌داشته باشد یعنی عملی که میان وجوب وحرمت است ، عملا تبدیل به مُباح گردیده وبا نفس تکلیف مخالف خواهد بود ، درحقوق جدیدهم « اعتبار قضیهٔ محکومٌ بها » (مفاد ماده ۹ آئین دادرسی مدنی و بند ٤ ازماده ۱۹۸ همان قانون) بدینصورت‌است که بمحض اینکه دادرس دادگاه حکم خود را صادر کرد وامضاء نمود قضیه مختومه تلقی شده وهیچ مقام رسمی نمی‌تواند آنرا تغییر دهد ، حکم قطعی است مگر طبق قانون ودرمراحل رسیدگی پژوهشی ویا فرجامی .

اصل استصحاب (اعتبار حالت سابق)

استصحاب درلغت بمعنی بهمراه داشتن چیزی وطلب همنشینی‌است ودراصطلاح عبارت است از معتبر شمردن ومحترم داشتن حالت ووضع یقینی سابق که بعداً دربقاء آن شك وتردید حاصل گردیده است پس اساس استصحاب بردوامر است :

۱ - یقین بوجود حالت سابق .

۲ - شك در بقاء آن .

مثلا مالکیت زید نسبت بقطعه زمینی درچندسال قبل ثابت ومحقق بوده است اما اکنون به‌علت چند سند ضعیف این مالکیت مورد شك وشبهه واقـع شده است ، بطوری‌که ممکن است این شك اساس مالکیت سابق را متزلزل سازد در این مورد بنا به‌اصل استصحاب می‌گویند که شك لاحق نمی‌تواند یقین سابق را کان‌لم‌یکن نماید ومالکیت یقینی زید را تا زمان حال استمرار داده وحکم به مالکیت وی‌میکنند .

آنان که قائل به حجیت استصحاب هستند می‌گویند شك لاحق نمی‌تواندیقین سابق را بی‌اثر نماید ولی مخالفین قاعده استصحاب می‌گویند یقین سابق باوجود شك لاحق تبدیل به یك ظن وگمان ابتدائی ومردد میان نفی و اثبات میگردد ، لذا آنرا باید مانند شکهای ابتدائی تلقی کرده وبرحسب اقتضای مقام اصل برائت یااحتیاط یا تخییر را درآن جاری‌کرد .

قبل ازبحث درمورد حجیت استصحاب وارزشیابی دلائل‌موافقین ومخالفین‌لازم است که تذکر دهیم که دراصل برائت واشتغـال وتخییر شك یك شك ابتـدائی بود درحالیکه درقاعده استصحاب یك شك عارضی ویا اثنائی است برای تفاوت این‌دوشك مثالی را که فقها می‌آورند ماهم ذکر می‌کنیم .

هرگاه مایعی دربرابر ما باشد که مشکوك میـان شراب وسرکه بـاشد ؟ ! بدون اینکه قبلا ما این مایع را دیده باشیم وبرچگونگی حالت سابق آن اطلاعی داشته باشیم درشراب یا سرکه بودن آن شك کنیـم ، این یك شك ابتدائی است و باید یکی ازسه اصل برائت یا تخییر یا احتیاط را درآن اجراکرد ، اما اگربرسرکه بودنش درسابق یقین داشته‌ایم واکنون شك کنیم این شك را شك اثنائی گویند ودر این مورد اصل استصحاب راجاری می‌کنند :

مطلب دیگر که تکرار آنرا لازم میدانیم آنست‌که استصحاب ازاحکام‌ظاهری است نه احکام‌واقعی . مثلا در مثال‌شك‌درمالکیت زید ، حکم به مالکیت که‌میکنیم یك حکم ظاهری است وممکن‌است درواقع ونفس الامر زید مالك قطعه زمین‌نباشد

واین حکم تا هنگامیکه خلافش ثابت نگردد معتبر خواهد بود ، ودراین حکم ، مالکیت زید نازل منزلهٔ مالکیت حقیقی وواقعی اواست یعنی باصطلاح فقها یك مالکیت تنزیلی است وهمانطور که گفته‌اند (**الاصل دلیل حیث لادلیل له**)یعنی اصل تاآن هنگام دلیل خواهد بود که دلیلی برای موضوع‌وجود نداشته باشد ، پس حکم استصحاب‌هم چنین است ، تا خلافش بوسیلهٔ دلیل دیگر ثابت گردد .

اقسام استصحاب

استصحاب را به اعتبارات متعدد تقسیم کرده‌اند که از میان آنها سه‌اعتبار از همه مهمتراست :

۱ - **اعتبارمستصحب** یعنی آن‌چیزی‌که‌متعلّق ماپوده (مانند مالکیت‌زید) ومورد شك واقع شده‌است .

۲ - **باعتبار دلیل** یعنی حکم یاموضوع ذی‌حکمی که سابقاً بطور یقین وجود داشته است‌اکنون مطابق کدام دلیل (کتاب ؟ سنت ؟ عقل ؟ اجماع ؟)طبق یقین سابق عمل کرده وبشك ترتیب اثر نمی‌دهیم ؟

۳ - **اعتبار منشأ شك** یعنی آن چیزی که باعث وسبب تزلزل یقین ما شده وشك را بوجود آورده است شك در مقتضی است یارافع ؟

اکنون به‌شرح مختصر هریك ازاعتبارات سه‌گانهٔ فوق می‌پردازیم :

۱ - اعتبار مستصحب

قبل از تشریح اقسام استصحاب ازنظر مستصحب ، ناگزیراز ذکر مقدمه‌ای‌است وآن حکم واقسام آن‌است .

حکم چیست ؟ از نظر منطقی حکم عبارتست ازنسبتی ایجابی یا سلبی که ما به موضوعی میدهیم ، مثلا درعبارت « پرویزداناست» پرویز محکوم علیه(موضوع) ودانا محکوم به (محمول) و«است» رابطهٔ میان موضوع ومحمول است که بدان

نسبت حکمیه‌گویند ، درمحاورات مردم هم حکم به دستور وفرمان تعبیر میگردد بطوریکه مردم باید آنرا عمل ویا رعایت کنند ، اما درفقه اسلامی حکم عبارتست از دستور درباره افعال مکلفان چه الزامی باشد مانند امر ونهی وچه غیر الزامی‌باشد مانند استحباب وکراهت واباحه .

اقسام حکم : حکم برسه قسم است :

یك - حکم عقل که عبارتست ازخطاب وفرمان عقل که بشر در زندگانی اجباراً باید ازآن اطاعت کند تا از لحاظ مادی و معنوی براحتی بتواند زیست نماید .

دو - حکم قانون که از طرف قوهٔ مقننه برای حفظ نظم وانتظام عمومی و مصالح کشور باید ازطرف افراد تابعهٔ مملکت اجراگردد .

سه-حکم‌شرع که دراصول مورد بحث است وآن فرمان الهی است کهواضع آن بوده وتوسط پیامبر ابلاغ و اعلام شده واین حکم بر دو قسم است : تکلیفی و وضعی .

حکم تکلیفی الزامی است که به افعال مکلفان (کسانیکه عاقل وبالغ ورشید باشند) تعلق میگیرد وشخص مکلف باید درانجام وترك آن مختار باشد پس اگرفاعل مضطر باشد درآنصورت تکلیف معنی نخواهد داشت وهمچنین باید قدرت انجام آن‌را نیز داشته باشد .

حکم تکلیفی برپنج گونه است : وجوب ، حرمت ، استحباب ، کراهت ، اباحه .

حکم وضعی خطابیست که به‌لحاظ حکم تکلیفی بافعال واعمال مکلفان تعلق می گیرد ومشروط بشرایطی که درحکم تکلیفی است نمی‌باشد و این خطاب متعلق باموریست که آن امور اسباب یا شرایط یا موانع حکم شرعی میباشند ، مثلا عقد نکاح که سبب اباحهٔ تمتع ویا طهارت که شرط صحت نمازو ویانجاست که مانع‌صحت

نماز است وبهمین جهت‌است که گفته‌اند محصول یا نتیجهٔ‌عقود وایقاعـات ـ طهـارت ونجاست ـ صحت و بطلان وامثال آنها جزو احکام وضعیهٔ شارع هستند و ضمناً باید توضیح داد که احکام مزبور مستقلا مجعول شارع نیستند بلکه از مقتضای خطابات دربارهٔ احکام تکلیفیه مستفاد میگردند .[1]

همچنین حکم شرعی ازجهت دیگر به کلی و جزئی و وجودی و عدمی تقسیم می‌گردد :

حکم کلی حکمی است کـه برای موضوعی که وجودش درتقدیر گرفته شده انشاء شده باشد مانند وجوب حج که دراول برای بالغ عاقل مستطیع ایجاد شده‌است بدون اینکه وجود خارجی موضوع حکم یا مکلف مزبور موردتوجه باشد یاحرمت شرب خمر برمکلفان فرضی‌الوجود است لکن همین احکام‌کلی درمرحلهٔ عمل‌وتطبیق بصورت جزئیاتی درمی‌آیند ومثلا مصداقی ازمصادیق نمازکلی برفرد مشخص ازافراد مکلفان واجب‌میگردد .

پس مراد از احکام‌کلی احکام درمرحلهٔ اولی و از احکام جزئی‌احکام درمرحلهٔ دوم است ، وهمانطور که سابقاً در فصل سوم این کتاب دربارهٔ مسائل فقهی و مسائل اصولی بحثی کوتاه کرده‌بودیم ، اینجا دوباره یادآور میشود که خطاب فقیه برخلاف شخص اصولی برمکلف حاضر است یعنی حکمش جزئی است درصورتیکه حکم‌شخص اصولی کلی است .

پس ازاین مقدمه برای روشن شدن مطلب مثالهائی را ذکر میکنیم .

۱ هرگاه ثبوت حکمی تکلیفی قبلا یقینی بوده وبعد بسبب نـاسخ غیر معتبری مشکوك گردد ، استصحاب حکم مزبور ه استصحاب کلی تکلیفی است .

۱ـ دراینکه احکام‌وضعیه‌بطور کلی ویـابطور جزئی قابل جعل هستند یـانیستند مورد خلاف‌است رجوع شود به‌کتاب‌قواعد فقه محمود شهابی ص ۲۹ و ۳۰ درباره عقیده شیخ انصاری ومیرزای نائینی .

۲ ـ هرگاه شخصی که روزه واجب دارد ، درائنـاء روز دراثر عـارض شدن بیماری احتمال دهد که شکستن روزه جایز است ولی باین شك واحتمال اعتنا نکند وحالت سابق را یقینی فرض کند استصحاب حکم جزئی تکلیفی کرده است .

۳ـ آبی که قبلا پـاك بوده و بعدبسبب ملاقات احتمالی بامتنجس مشکوك باشد استصحاب طهارت سابق استصحاب‌حکم وضعی است (شرط حکم) .

۴ـ حکم بر بقاء ملکیت متیقنه سابقه زید «استصحاب موضوعی وجودی»است چنانکه ماده ۳۵۷ آئین دادرسی مدنی ایران‌نیز راجع بهمین استصحاب وجودی‌است که می‌گوید : «درصورتیکه حق یادینی برعهده کسی ثابت شد اصل بقای آن است مگر خلافش ثابت شود» . مثلا اگر حسن بموجب سند معتبر مبلغی از حسین‌بستانکار باشد ولی‌حسین مدعی پرداخت بدهی خود گردد ، دراین مورد : اولا ـ حالت سابق که معلوم است مدیون بودن حسین است که سند مزبور دلالت برآن می‌کند .

ثانیاً ـ ادعای پرداخت ازجانب مدیون اگر مقرون بدلیل نباشد لااقل ایجاد شك برای دادرس میکند زیرا احتمال دارد که بدهکار راست گفته بـاشد همچنانکه احتمال دروغ هم‌میرود پس‌دراینصورت تغییر حالت سابق محل تردیداست وبنابراین حالت سابقه معتبراست ومعنی معتبر بودن حالت سابقه این است که بـدهی سرجای خود باقی است ومدیون محکوم بپرداخت آن‌است[1] » .

وماده ۳۵۶ آئین دادرسی مدنی نیز یك نمونه «استصحاب عدمی را در بردارد این ماده میگوید : «اصل برائت‌است بنابراین اگر کسی مدعی‌حق یادینی بردیگری باشد بایـد آنـرا اثبات‌کند والا مطابق ایـن اصل حکم بـه برائت مـدعی علیه داده خواهد شد » .

۱ـ مقدمه عمومی علم حقوق ص ۱۵۱

دکتر جعفری لنگرودی ذیل این ماده می‌نویسد : «حالت سابق هر دین وهر حقی عدم است یعنی هرحق وهردینی مسبوق به‌عدم میباشد زیرا هیچ حق ودینی ابدی نیستند ، وقتی شخصی مدعی حقی یادینی بردیگری میشود تادلیل نیاورد دادرس حق داردکه تردیدکند دراینکه حالت سابق (که عبارت ازمدیون نبودن خوانده است) تغییر کرده است ؟ ودر نتیجه خوانده بدهکار بخواهان گردیده است ؟ باوجود چنین شکی حالت سابق معتبر است ، ومعنی معتبربودن حالت‌سابق این است‌که حکم‌بضرر مدعی داده شود ومدعی محکوم گردد»[۱]

۲ـ اعتبار دلیل

حکم یا موضوع صاحب حکمی‌که سابقاً بطور یقین وجود داشته است اکنون اثباتش مطابق دلائل چهار گانه کتاب ، سنت عقل واجماع میباشد .

اول ، استصحاب‌باعتبار دلیل‌کتاب وسنت (استصحاب‌حال‌نص)

استصحاب‌احکامی‌که‌اثباتشان توسط کتاب وسنت است مانند و جوب گزاردن نماز درصورتیکه‌بقاءاین‌وجوب بواسطه احتمال طهر وحیض‌مشکوك‌گرددویااستصحاب حرام بودن اکل میته درصورتیکه بقاءآن بواسطه عارض‌شدن احکام اضطراراحتمالی مشکوك گردد .

دوم : استصحاب‌باعتبار دلیل عقل (استصحاب حال‌عقل)

استصحاب احکامی‌که اثباتشان توسط عقل صورت گرفته است مانند وجوب احسان واطعام مساکین ویا استصحاب حرام بودن ظلم درصورتیکه‌بواسطهٔ‌حاصل‌شدن بیم‌خطر وپیش آمدن اوضاع واحوال غیر عادی بقاء آن‌وجوب ویاآن حرمت‌مشکوك گردیده باشد ، امااگر این اوضاع واحوال وجریانات مشکوك نباشد واز مرحله شك

۱ـ مقدمه عمومی علم حقوق ذیل‌استصحاب عدمی .

بالاتر شود دیگر نمی‌توان مُتیقّن سابق را استصحاب کرد ومادر «مبحث اختلاف درجه فهم آیات قرآن» قبلاً بگونه‌ای دیگر این مطلب را یادآور شده‌ایم .

سوم . استصحاب باعتباردلیل اجماع (استصحاب حال‌اجماع)

استصحاب احکامی که اثباتشان توسط اجماع صورت گرفته است مانند کسی که آب نیابد می‌تواند تیمّم کنداین حکم اجماعی است حال‌اگر باتیمم شروع به‌نماز کرد ودر اثنای نماز آب یافت آیاحکمی راکه اجماع برای او مقرر داشته است ، می‌تواند استصحاب کند ونماز راتاآخر ادامه دهد وبپایان رساند ؟ اگرنماز رابپایان برساند استصحاب حال اجماع کرده است واگر نماز رابشکند وازنو وضو بگیرد و نماز گزارد برخلاف استصحاب حال اجماع رفتار کرده است .

ویا اینکه منوچهر درچند سال قبل حیات داشته وبعد بخارج ایران مسافرت کرده اما حیات‌وی‌درحال‌حاضر به علت قطع‌مکاتبه مشکوک‌شده است ؛ چون‌استصحاب حیات این غایب مفقود الاثر درفقه بوسیله اجماع ثابت شده است[1] استصحاب‌حیات وی را استصحاب حال اجماع‌گویند اگر این استصحاب رابنمائیم باید از تقسیم‌اموال وی درمیان فرزندانش خود داری نمائیم وزوجه اش نیز از ازدواج مجدد ممنوع باشد .

۳ـ باعتبار منشأشك

یعنی آن چیزی‌که باعث وسبب تزلزل یقین ما شده وشك رابوجود آورده است که از دوحال خارج نیست یاناشی از شك دربقاء مقتضی است یا ناشی ازشك‌در وجود رافع است .

۱ـ قانون مدنی ایران از ماده ۱۰۱۱ تا ماده ۱۰۳۱ احکام مربوط به غایب مفقودالاثر رابیان کرده است .

مقصود ازمقتضی چیست ؟مقتضی عبارتست از چیزی‌که درصورت عدم مانع بتواند منشا اثر شود ، مانند «قرار داد های خصوصی نسبت بکسانیکه آنرا منعقد نموده اند منشأ اثرونافذ است ، هرگاه مخالف صریح قانون نباشد » (ماده۱۰قانون مدنی) پس‌اقتضاء عقد منشأ اثربودن ومانع تأثیر آن مخالفت باصریح قانون است.

ویا مقتضی روشنی چراغ داشتن نفت است ونبودن مانع عبارت از عدم وزش باد است . پس اگرشك در داشتن نفت باشد آنراشك درمقتضی گویند واگرشك در وزش باد باشد آنرا شك دررافع گویند .

اعتبار شك درمقتضی رابسه دسته تکوینی ، شرعی و ملاکی،تقسیم می‌کنند و شك در رافع رابه شك درموجودشدن رافع وشك دررافع بودن موجودتقسیم‌مینمایند وهریك از اینها ممکن‌است ازجهت (شبهه حکمیه) باشد یااز جهت (شبهه موضوعیه) که از ذکر آنها صرفنظر می‌کنیم ونیز اقسام دیگری باعتبارات دیگری استصحاب‌را تقسیم کرده‌اندکه تمامی آنهارا بکتب اصول فقه ارجاع میدهیم که ذکـر همه آنها کتابی مفصل وجداگانه وقطور خواهد شد واز حوصله این کتاب بیرون است .

* * *

حجیت استصحاب

درباره حجت ودلیل بودن استصحاب عقاید بسیار مختلف ومتشتت است‌بعضی آنرا بطور مطلق ودرکلیه اقسام آن معتبر میدانند وبعضی دیگر بطـور مطلـق ودر کلیه اقسام آن غیر مُعتبر و بـاطل میدانند [1] وبعضی قـائل بـه تفصیـل شده انـد مثلا :

۱ـ حقوقدانان حنفی استصحاب عدمی را حجت دانسته واستصحاب وجودی‌را حجت ندانسته اند .

۱ـ از آنجمله دکتر موسی‌جوان‌است‌بکتاب «بطلان قاعده استصحاب» تألیف نامبرده مراجعه شود .

۲ـ برخی از دانشمندان اخباری استصحاب را در موضوعات جائز ودر احکام جایز ندانسته‌اند .

۳ـ عده ای استصحاب دراحکام جزئی را جایز ودرکلی معتبر ندانسته اند .

٤ـ **غزالی** استصحاب حال نص وحال عقل را جایز وحال اجماع را ممنوع دانسته است .

٥ـ اکثر حقوقدانان متأخر استصحاب حال نص وحال اجماع را تجویز وحال عقل رانهی کرده‌اندمانند **شیخ‌مرتضی‌انصاری** درفرائدالا صول ولی**میرزای‌نائینی** درتقریرات اصول با قول شیخ انصاری مخالف است :

۶ـ عده‌ای استصحاب ناشی ازشك درارفع راحجت و در بقاء مقتضی را غیر نافذدانسته اند .

خلاصه اقوال بسیار متعدد است وبحث وتشریح همه آنها دراین مختصر میسر نیست لذا فقط درباره حجیت وعدم حجیت استصحاب بطور مطلق بحث را منحصر میسازیم .

دلائل حجیت استصحاب :

۱ـ حکم‌عقل : عقل تازمانیکه قطع بزوال‌چیزی که درسابق یقینی بوده پیدا نکند ، آنرا همچنان باقی‌فرض مینماید ، نامه ای که برای شخص غایب که‌مدتهاست ازوی خبری نداریم ، می‌نویسیم ، نشانه‌آنست‌که وجود او را در حال حیات فرض کرده‌ایم ، این‌که تجاروی اعتباری‌که بامانت‌داری افراد می‌کنندوبرایشان از راه دوره نمونه جنس‌ویاکالاهای گران میفرستند براساس قاعدهٔاستصحاب است واین تاآنجاست که بعضی از فقها ادعا کرده‌اند که اگر اصل استصحاب معتبر نباشد اساس اجتماع بشری‌متزلزل شده وبهم خواهد ریخت .

* * *

۲- سنت

یکم - زراره‌از امام محمد باقر علیه‌السلام پرسید هرگاه خواب خفیفی برای کسی که وضوء دارد عارض شود هنگام نماز بایدوضوء را تجدید کند یانه ؟ امام فرمود که چشم ممکن است بخواب رود اما قلب وگوش بیدار باشد ، و اگر چشم وگوش بخواب رفتند وضوء مجدد واجب خواهد بود .

زراره پرسش دوم نمود ، امام پاسخ داد خواب باید چنان باشد که شخص‌پس از بیدار شدن بخواب خود یقین نمایدوفرمود «وَالاّ فَانّه علی یَقین مِنْ وُضُوئه ولا یَنْقُضُ الیقینَ بالشّكّ وَلكنْ یَنْقُضُهُ بیَقین آخر» یعنی چنین‌شخص بر یقین خوددر وضو باقی است . یقین بوسیله شك‌گسیخته نمی‌گردد ، لکن بوسیله یقین دیگرممکن است نقض وشکسته شود .

دوم - زراره از امام پرسید اگر گمان کردم قطره خون به لباس من اصابت نموده وجستجو کردم ومحل آن‌را نیافتم اما پس‌از پایان نماز درلباس خود مشاهده کردم باید نماز را ازنو بجا آورم یاخیر ؟

امام فرمود : محل قطره خون را باید شستشو دهی طاهر شود ولی نمازمجدد واعاده آن لزوم‌ندارد علت راپرسید ، پاسخ‌فرمود : «لانك‌کنت علی یقین من طهارتك فشککت ولیس ینبغی انْ تَنقَضُ الیَقینَ بالشّك ابَداً»

یعنی تودر طهارت خودیقین داشتی وسپس‌شك برتو عارض شد . هرگز سزاوار نیست یقین بوسیله شك گسیخته شود[1] .

۱- اینکه «لباس را بشوی ولی‌نمازرا اعاده نکن» فرمایش امام میرساندکه استصحاب ازاحکام ظاهری است یعنی به‌طهارت ظاهری اهمیت داده شده نه‌طهارت واقعی ونفس الامری .

سوم - درخصال صدوق روایتی از حضرت علی علیه‌السلام نقل شده است که فرمود: «مَن کانَ علی یَقینٍ فَشکٌ فَلیَمْض علی یَقینه فَانّ الشّك لاینقض الیقین» یعنی هرکس بحالت یقین باشد و شك بروی عارض شود باید برطبق یقین خود رفتار کند زیرا شك نمی‌تواند یقین رابشکند وازبین ببرد .

چهارم - خبردیگری ازحضرت علی علیه‌السلام نقل شده‌است که : «مَن کان علی یقینٍ فَاصابَهُ شَکٌ فَلْیَمض علی یَقینه فَانّ الیقینَ لایَدْفَعُ بالشّك» یعنی هرکس یقین درامری داشته باشد وسپس شك بروی عارض شود باید برطبق یقین خود رفتار کند زیرا شك نمی تواند یقین را زائل ومرتفع سازد .

پنجم - از علی بن محمدقاسانی روایت شده که در شهر مدینه کتباً راجع بروز شك درماه رمضان از امام پرسید ، باید روزه دراین روز بگیرد یانه ؟ .

امام فرمود : «الیقینُ لایدخُلهُ الشك صُم للرؤیة وَ اَفطرْ للرّؤیة» یعنی شك درکار یقین دخالت ندارد ، برؤیت ودیدن روزه بگیر وبرؤیت ودیدن افطارکن .

ششم - درخبر موثقهٔ عمار نقل شده که فرمود : کُلّ شیٍ لك طاهرٌ حتّی تعلم انّه قذر» یعنی هرچیز وهرشئی برای تو طاهر وپاك است تازمانی که به نجاست آن علم و معرفت حاصل نمائی .

هفتم - درخبر دیگر آمده‌است که امام فرمود الماء کُلّهُ طاهرٌ حتّی تعلمُ انّه قذر یعنی آب تماماً طاهر وپاك است مگر علم به نجاست آن پیداکنی .

هشتم - درخبر دیگر از موثقه عمار نقل‌شده است که امام فرمود : انشککت فابن علی‌الیقین‌قلتُ هذا اَصْلٌ قال نَعم ، یعنی هرگاه شك درامری برای توعارض شد بنارا بریقین بگذارگفتم : آیا این‌اصل است ؟ فرمود بلی .

۳- اجماع :

درچند مورداعتبار استصحاب اجماعی است :

۱- هرگاه یقین برطهارت سابق‌وشك درپدید آمدن نجاست‌ویا یقین برنجاست

سابق وشك در حصول طهارت‌داشته باشیم ، اجماعاً حالت سابقه را استصحاب‌می‌کنند.

۲ـ درمورد غایب مفقودالاثر تازمانیکه فوت وی محقق نشده برحیاتش حکم مینمایند .

۳ـ درمورد گواهی گواهان که لازم است گواه بر اساس مشهودات سابق خود شهادت دهد تاهنگامیکه خلافش ثابت نشده معتبر است .

قائلین به‌حجیت مطلق استصحاب می‌گویند چون اجماع فقها دراین مسائل ، معتبر دانستن یقین سابق است پس درهر جائی‌که یقین سابق موجود باشد استصحاب آن نیز لازم خواهد بود .

دلائل‌عدم حجیت استصحاب :

۱ـ استصحاب مفید ظن‌است نه قطع ، پس همانطورکه آیاتی[1] درقرآن درمذمت پیروی ازبرهانهای غیر علمی وقطعی وارد شده است ، لذا عمل باستصحاب هم بنابه مفاد آیات مزبور درست نیست .

۲ـ اخباری‌که دربارهٔ اثبات حجت بودن استصحاب نقل‌شده غالباً اخبار غیر متواتر (خبرواحد وآحاد) ویا خبر مستفیض هستندکه هیچکدام از آنها مقرون به‌قرائن وامارات نیستند که باملاحظه آنها صادق بودن خبرمسلم گردد .

درجواب ایراد اول حجت بودن ظن درحال انسداد قطع را مادر مبحث قطع قبلا آورده‌ایم (ص ۲۱۶ همین‌کتاب) ونیازی به‌تکرار آن‌نیست ودر پاسخ ایراد دوم نیز درمبحث خبرغیر متواتر ، حُجت بودن آن‌را تشریح کرده‌ایم ودراینجا از تکرار آن خود داری‌می‌کنیم امابعضی‌هم[2] قائل به تفکیك شده واستصحاب را در

۱ـ آیات واخبار درباره مذمت پیروی از ظن را مادرمبحث خبر غیرمتواتر نقل نموده ایم رجوع شود ص ۲۱۵ و ۲۱۶ همین‌کتاب .

۲ـ دکترموسی جوان‌درکتاب «بطلان قاعده‌استصحاب» باتمام ادله حجیت استصحاب بمخالفت برخاسته است ذکرتمام آن‌مباحث دراین کتاب ، نیازبه‌کتابی دیگر نظیرکتاب ایشان خواهد داشت لذاخوانندگان‌را به کتاب ایشان ارجاع میدهیم .

امور عبادی ازقبیل طهارت ونجاست ویا نماز وروزه صحیح میدانند اما درمسائل معاملاتی ومعاشی صحیح نمی‌دانند ، زیرا همانطور که از نقل احادیث مربوط به حجت بودن استصحاب برمی‌آید معلوم است که فاصله‌زمانی میان یقین سابق وشك لاحق مقرون ومتصل بیکدیگر است چنانکه درخبر یکم وضوء قبل از خواب مورد یقین بوده ولی درموقع خواب خفیف ، شك وشُبهه حاصل شده درخبر دوم درانثنای نماز قطره خون مشاهده شده وشك پدید آمده واین شك به زمان یقین‌متصل است .

درخبر پنجم درباره روزه آخر ماه شعبان شك پیداشده و در وجوب آن در ماه رمضان یقین‌است وزمان‌یقین‌وشك بهم مقرون ونزدیکند ودراین اخبار ازاستمرار دادن یقین سابق هیچگاه صُحبتی بمیان نیامده است ، واز طرفی چنانکه ملاحظه میشود این اخبار درامور معاملات وعقود وایقاعات وارد نشده‌اند پس‌قابل تسری باین نوع معاملات نخواهند بود بلکه درهمان امور عبادی معتبر خواهندبود .

درمورد حُجّت بودن استصحاب‌از طریق عقل عده‌ای وازآنجمله شیخ مرتضی انصاری باآن به مخالفت برخاسته است وی‌می‌گوید اگر موضوعی مورد حکم عقل واقع شد بزوال موضوع یا عروض شك برآن حکم‌عقل‌هم‌متزلزل‌میگردد وی‌میگوید اگر دلیل استصحاب عقل باشد ما استصحاب را جاری نمیدانیم زیرا دراحکام عقلی‌بر خلاف احکام نقلی وتعبدی شك وتردید وظن و وهم واجمال وابهام راه ندارد ، چه عقل قائم بالذات است وهیچگاه حکمی نمی‌کند مگر آنکه ازجمیع جهات بآن توجه نماید ، وموضوع آن حکم را ازهر بابت ثابت بداند .

یکی از ارکان استصحاب شك‌لاحق است درصورتیکه شك دراحکام عقلی‌اثری ندارد ، عقل‌که به‌حُسن وقبح موضوعی حکم صادر می‌کند موقعی است که از هر نظر آنرا بدقت بررسی کرده باشد .

حال اگر دراینهنگام که عقل باتمامی این احتیاطات لازمه حکمی صادرکرد پس‌از چندی بعضی‌ازشرائط حکم‌منتفی‌گردیدویا بمقتضادی‌حاصل شدن بعضی‌ازشرائط،

مادر بقاء آن حکم شك وتردید کردیم دراینحال چون بین موضوع ومحمول که تلازم وجود داشته واینك آن تلازم ازمیان رفته پس مسلماً موضوع حکم عقلی نیز متزلزل شده وبا متزلزل شدن بقای موضوع عقلی استصحاب جاری نخواهد شد ، وحال اگر ما باز هم استصحاب را جاری نمائیم درحقیقت بحکم عقل این کار را نکرده ایم ، زیرا هنگامی دلیل حکمی عقل وخرد باشد موضوع آنهم عقلی خواهد بود ، چه متزلزل شدن حکم مستلزم متزلزل شدن موضوع است .

وبعبارت بهتر موازینی که عقل برای صدور حکمی درنظر گرفته است همان موازین درموضوع آن حکم هم معتبر ومؤثر بوده اند وتزلزل حکم بواسطهٔ راه یافتن شك وتردید درآن ملازم باتزلزل موضوع آن حکم است بنابراین دراحکام شرعی که از احکام عقلی ناشی شده اند استصحاب جاری نمی‌شود .

عده‌ای واز جمله (مرحوم میرزای نائینی از این اشکال پاسخ داده اندکه اگر چه درفرض مذکور ، موضوع حکم عقل مشکوك شده است ولی شك درموضوع با ازمیان رفتن حکم عقل ملازمه ندارد ، زیرا ممکن است شارع به بقاء و استمرار فرمان عقل حکم نماید و نزد شارع حکم عقل با اینکه موضوعش مشکوك شده ، باقی باشد .

واما تفصیل جواب میرزای نائینی :

۱- تلازم ادعائی مورد بحث صحیح نیست وکلیت ندارد ، زیرا چنین نیست که هرچه باعث وسبب وجود موضوعی باشد همان خصوصیات مؤثر در وجود وقوام حکم تلقی شود زیرا مصالحی درحسن وقبح موضوعی مؤثر ند درصورتیکه آن مصالح درحکم آن موضوع صاحب اثر نیستند وامکان دارد که دلائل و جهاتی راکه ما باعقل خود ملاك اعتبار حسن وقبح موضوعی میدانیم این دلائل وجهات درحسن وقبح حکم آن موضوع مناط اعتبار نباشند و واقع ونفس الامر چیزدیگری باشد .

مثال : حکم عقل به قبح دروغی که از آن سودی عاید نمی‌شود از اینجهت است که به مصداق عدم‌النفع واینکه سودی برای شخص دروغگو ودیگران تصور نمی‌شود بگوئیم انسان بکاری که برای وی سودی ندارد اقدام نمی‌کند ولی درحالیکه امکان دارد مصلحت شرعی‌ازاین نظر نباشد ، بلکه اجتناب واحترازاز ضرر که حاصل‌دروغ است انگیزه ومحرك آن باشد نه‌عدم‌النفع .

بعبارت ساده تر اینکه چیزهائی‌که ملاك ومعیار افکار ماهستند درحسن وقبح امور معلوم نیست‌که همان ملاکها ومعیارها درواقع ونفس الامرکه ازآن تعبیربحکم شرع می‌کنیم جاری باشد تادر نتیجه نتوان استصحاب را دراحکام شرعی که دلیلش عقل است ، جاری نمود .

۲ـ حال اگر قبول کنیم که‌تمام جهات وخصوصیات واسبابی‌که مؤثر درصدور حکمی باشند تمامی آنها در بقاء موضوع آن حکم هم مؤثرند باز می‌گوئیم که ملاك حکم شرع اعم ازملاك حکم عقل است .

درمثال بالا دربارهٔ حرمت دروغ گوئیم حکم شرع ملاك ومعیارش درافقی وسیعتر وبالاتر ودریك سعهٔ صدری بیشتر قرار گرفته ، درآنجا عدم سود وعدم فائده ووجود ضرر تمامی درتحت آن حکم شرعی قرار گرفته‌اند ودرمتن واقع حکم‌شرعی اعم از حکم عقلی است .

یکی از حقوقدانان[1] استصحاب را از لحاظ سند ، نقلی وتعبدی میداند ومثال میزندکه شخصی مدتها مورد اعتماد ما بوده وما «یقین» بامانت او داشتیم و اموال خودرا نزدوی بامانت میگذاشتیم اگر بعدها به سبب دیدن بعضی اعمال و رفتار که حس اعتماد واطمینان مارانسبت بوی سلب‌کرد ودربقاء امانت او تردید وشك‌حاصل شدکه آیا هنوزهم امین است یاخیر ؟ آیا دراین روزگار می‌توانیم ترتیب اثر نداده وچشم بسته اموال خودرا به عادت سابق نزد وی امانت بگذاریم ؟

۱ـ حقوق یك‌عنصری دکترجعفری لنگرودی

دراین موردگوئیم درهر دو مورد چه درامانت اول وچه درتردید دوم استنباط ناشی ازعقل وجود دارد وملاك ومعیار «الظّاهرُ عنوان‌الباطن» دراول باعث شدکه ماوی را امین بدانیم ولی اعمال ورفتاری‌که حس اعتماد را ضعیف کرد اصل «الظاهر عنوان‌الباطن» را نیز ضعیف نمود و ملاك اولی دراینجاازمیان‌رفت ، چه‌هر پدیده‌ای درمعرض تغییر ودگر گونی است .

انسان هم بنابخوی وفطرت وعواطف واحساسات خود همواره دریك راه‌وروش ثابت وپابرجانمی‌ماند ، لذا این مثال نمی‌تواندمبنای‌عقلی استصحاب را زائل‌گرداند، امروزتجار روی اصل اطمینان واعتماد وسرعت تجارت می‌کنند .

وبایك تلفن ویایك تلگراف صدها هزار تومان مال‌التجاره رابرای یکدیگر می‌فرستند واگر چنین نباشد نظم اجتماعی بهم میخورد ، پس‌تنها دلیل استصحاب‌قول شارع‌که(ولاتنقُضُ الیقین بالشك)یعنی‌یقین‌را به‌شك‌نقض مکن. نیست ، بلکه‌مبنای‌عقلی نیز دارد . النهایه دراحکام عقلی‌هم‌شك وتردیدپس‌از زوال‌اسباب ولوازم‌آن حکم راه می‌یابد . صاحب کفایةالاصول[1] معتقد به دلیل عقلی استصحاب نیست زیرا میگوید عمل عقلا درمورد استصحاب خلاف آیات مربوط به مذمت ازپیروی ظن‌است .

یکی ازحقوقدانان‌درپاسخ می‌گوید[2] ، قبول‌کردن‌حجیت‌استصحاب ازخبرواحد کمتر نیست زیرا صاحب کفایه معتقدبه حجیت خبرواحدبودهٔ است وچون‌حجّت‌بودن استصحاب یکی از دلائلش اخباراست از اینجهت ازخبرواحد کمتر نیست ، زیراعمل نکردن به‌ماوراء علم‌باعمل‌به سیره‌وروش‌عقلا وازطرفی حجیت‌خبرواحد منافات‌دارد ، لذااگراعتباراستصحاب ازخبرواحد قویتر نباشد دست‌کم‌باآن مساوی است وهمانطورکه آیاتی که‌از پیروی غیر علم نهی‌کرده است مانع ازعمل کردن به مفاد خبر واحدنیست همانطورهم‌نمی‌تواند مانع عمل‌به‌سیره وروش‌عقلا شود ، النهایه حجت‌بودن‌استصحاب

۱ـ آخوند ملا محمد کاظم خراسانی

۲ـ دکترمحسن شفائی مؤلف «ملاك اصول استنباط» .

محدود به مواردی است و نمی توان برای آن کلیت واطلاق وعمومیت قائل شد وهمه جااز آن استفاده نمود .

دراینجا بحث مربوط به استصحاب را خاتمه میدهیم ومباحث دیگر آنرا از قبیل مجرای استصحاب ، تعارض دواستصحاب ، تعارض استصحاب با برائت ،استصحاب تعلیقی ، شرائط استصحاب وغیره وغیره را به کتب اصول فقه ارجاع میدهد .

قاعده فراغ و تجاوز

هر گاه مکلف عملی را بطور کامل انجام داد واز آن فراغ حاصل کرد ، سپس شك ودودلی بوی عارض شدکه آیا عمل را بطور صحیح انجام داده است یاخیر ؟

مُجاز نخواهدبودکه باین دودلی وشك اعتنا نماید ، مبنای این قاعده احادیثی است که دراین مورد رسیده یکی ازآنها اینست که امام فرمود :

«هرگاه ازعملی فارغ شدی ودرعملی دیگر داخل شدی شك تومنشأ اثر نخواهد بود» ودر حدیث دیگر : «هرگاه در جزئی از اجزای وضو شك کردی درحالیکه بجزء دیگر داخل شده ای شك تودر خور اعتنا نخواهد بودزیرا شك درصورتی قابل اعتنا است که هنوز بجزء دیگر تجاوز نکرده باشی» .

حدیث اول مبنای قاعده فراغ وحدیث دوم مبنای قاعده تجاوز است ، پس اگر کسی پس ازاتمام نماز شك کندکه آیا نماز را صحیح انجام داده ؟ طهارت داشته یا خیر ؟ وغیره این شك بعداز فراغ است وقابل اعتنا نیست واگر درائناء نماز یعنی در رکعت دوم شك کندکه آیا رکوع رکعت اول رابجا آورده اینهم شك بعداز تجاوز است وقابل اعتنا نیست .

درحقوق جدید ایران درماده ۱۵۵ آئین داد رسی مدنی قاعده فراغ داد گاه آمده است که : «دادگاه پس از امضای رأی حق تغییر آنرا ندارد» و ماده ۳۳۳ آئین دادرسی مدنی میگوید «کسی که راجع بمالکیت یا اصل حق ارتفاق وانتفاع اقامه

دعوی کرده است نمی‌تواند بعنوان تصرف عدوانی وممانعت ازحق طرح دعوی‌نماید» صرف‌نظر از تنافی‌یی‌که میان دعاوی مذکور وجود دارد واساساً مدعی طریقی راکه پیش گرفت مطابق قاعده تجاوزقطعی است، قاعده‌فراغ وتجاوز از احکام ظاهری‌است نه‌واقعی‌که درفصول آینده درباره آن بحث خواهد شد .

مبحث پنجم :

قیاس

حجت یا استدلال از نظر منطق کلاسیك عبارتست از تصدیقات معلومی که مارا به تصدیق مجهولی میرسانند ، وآن برسه گونه است : قیاس و استقراء و تمثیل

۱ـ قیاس آن استدلال راگویندکه ذهن را ازحکمی کلی به حکمی جزئی یا از اصل به‌نتیجه واز قانون به موارد اطلاق برساند مانند اینکه ازتعریف دائره نتیجه بگیریم‌که «شعاعهای دایره باهم مساویند» ویااینکه :

«هرانسانی فانی‌است» (کلی) «پرویز انسان است» (جزئی) پس «پرویز فانی است» (نتیجه) قیاس باعتبار شکل وهیئت وطرز ترکیب قضایای آن با یکدیگر به اشکال چهار گانه وباعتبار مواد تشکیل دهندهٔ قضایا به صناعات پنجگانه (برهان ـ خطابه ـ جدل ـ مغالطه ـ شعر) تقسیم میگردد .

وطبیعی ترین ومهمترین اقسام آن قیاس برهانی است‌که مقدماتش ازیقینیات تشکیل‌گردیده ومفید علم وقطع میباشد .

۲ ـ **استقراء** که عبارتست ازپی بردن بحقایق عمومی وکلی براساس تحقیق درحال جزئیات شناخته شده ومعلوم مانند اینکه از مشاهدهٔ انبساط فلزات مختلف‌در مقابل حرارت به نتیجهٔ کلی میرسیم که « حرارت فلزات را منبسط میکند » معلوم

است که این نتیجه بالضروره ازمقدمات بدست نمی‌آید زیرا مخالف عقل نخواهدبود که حرارت فلزی را منبسط نکند یا چگونگی انبساط باآنچه ما در آزمایشهای خود مشاهده کرده‌ایم فرق داشته باشد ، درحالیکه استدلال‌قیاسی نتیجه‌اش بالضروره‌است وغیر قابل تردید میباشد .

برای یافتن حکم کلی دراستقراء اگر تحقیق نسبتاً کامل باشد ودرحال‌یکایك جزئیات بررسی دقیق شده باشد آنرا استقراء کامل وتام گویند واگرفقط درحال‌اغلب واکثر تحقیق بعمل آید آنرا استقراء ناقص نامند .

۳ ـ تمثیل استدلالی است ازحکم جزئی‌به حکم جزئی دیگر ، مثل اینکه حکم کنیم که « کره مریخ مسکون است » بدلیل اینکه شباهت دارد به زمین که مسکون است وجه شباهتی را که میان دوجزئی وجود دارد «جامع» وجزئی اول را شاهد وجزئی دوم را غایب نامیده‌اند . علمای منطق برای استقراء ناقص وتمثیل که افاده ظن می‌کند ، ارزشی قائل نیستند .

قیاس ازنظر علم اصول

در علم اصول فقه قیاس باعلم منطق فرق بسیاردارد ، دراصطلاح علمای‌اصول قیاس عبارتست ازحکم نمودن به امری مطابق امر دیگر که مشترك‌العله میباشند و بارکردن حکم موضوعی برموضوع دیگرباعتباراشتراك آنها درعلت حکم ـ موضوعی که حکمش ثابت است اصل ومجهول را فرع وعلت مشترك (قدر مشترك) را جامع‌و یاعلت نامند ، فی‌المثل خمر وفُقّاع هردو مسکرند لکن درشرع حکم خمر بر حرمت آمده ولی از فقاع نامی برده نشده ، دراینجا خمر را اصل وفقاع را فرع و مسکریت را جامع نامند .

میان اصل وفرع که ازجهتی شبیه‌یکدیگرند ، جهات افتراق نیز وجود دارد پس درقیاس آنها بیکدیگر چند عامل لازم است :

۱ ـ سببی که بآن سبب وعلت حکم براصل یعنی موضوعی که حکمش ثابت است ، بارگردیده بهمان سبب هم به فرع بارگردد پس چون خمر بسبب مسکریت که علت تامه حکم حرمت آنست حرام میباشد درمورد فقاع هم بهمین‌علت حرام‌خواهد بود . نه بواسطهٔ شباهتشان درسیّال بودن ورنگ وطعم وغیره .

۲ ـ خمر وفقاع (آبجو) درمسکریت باهم متشابهند ، ولی دراینکه شراب از انگور وآبجو از جو گرفته میشود با یکدیگر متفاوتند ، دراینصورت ما هنگامی می‌توانیم حکم شراب را به خمر تسرّی دهیم که علت ، مطلق مسکر بودن باشد نه مسکر بودن از انگور ومقید باینکه ازانگور باشد .

۳ علت حکم درقانون بنحو قاطع مسلم باشد نه ازطریق حدس وگمان ، در اصطلاح علمای اصول عللی که ازراه حدس وتقریب کشف گردندعلل مستنبطه وعللی که بوسیلهٔ کتاب وسنت بیان شده‌اند علل منصوصه گویند .

حجیت قیاس

حقوقدانان اهل سنت وجماعت چه علت قیاس ازعلل مستنبطه و چه از علل منصوصه باشد آنرا حجت ودلیل دانسته‌اند و اینگونه استدلال کرده‌اند که اگرعلت حکمی خواه ازکتاب وسنت وخواه ازلحاظ حدس وتقریب احرازگردد ، این حکم برفرع نیز قابل تسرّی خواهد بود مانند حکم حرمت که به آبجو قابل تسرّی‌است زیرا علت حکم ، مُسکر بودن‌است وبرهرچیز دیگر که مست‌کننده باشد نیز حکم حرمت بار خواهد بود ، چه وجود علت مستلزم وجود معلول است عده‌ای از فقهااین‌استدلال رادرمورد علل‌منصوصه‌پذیرفته‌اندولی‌درموردعلل مستنبطه نپذیرفته‌اند زیرا علل‌مستنبطه قطعی نیستند تا به‌اعتبار آنها بتوان حکم اصل را دربارهٔ فرع نیز جاری‌کرد زیرا ممکن است که‌حدس وتقریب ما درآن مورد به‌خطا رفته باشد وآن علت که ما علت تامه ازنظر شارع می‌پنداشتیم ، علت واقعی نباشد .

عده‌ای دیگر ازفقهای شیعی وظاهریه ازاهل سنت مطلقاً حجیت قیاس‌را انکاه کرده‌اند استناد فقهای شیعی به احادیث بسیاری است که اغلب اخبار مستفیض و متواتر میباشد که هم ازطریق اهل سنت وهم ازطریق خاصه (یعنی امامیه) روایت شده‌است :

۱ ـ حدیث نبوی : « امت من هفتاد وسه فرقه میشوند وبزرگترین فتنهٔ آنها فتنهٔ قومی است که :

« یَقیسُونَ الأُمورفَیحزّمُونَ الحَلالَ ویُحللّون الحَرام » که در احکام بقیاس عمل مینمایند وحرام را حلال وحلال راحرام می‌کنند » .

۲ ـ حضرت صادق به‌کسی که عمل به قیاس مینمود فرمود :[1]

« لاتَقِسْ فانّ اَوَلُ مَن قاسَ الشیطان حَیثُ قالَ : خَلَقْتَنی مِن نار وَخَلَقتَهُ مِن طین » قیاس مکن زیرا که نخستین کس که قیاس کرد شیطان بود جائیکه گفت : مرا ازآتش واورا ازخاك آفریدی » .

۳ ـ روایت دیگر ازحضرت رضا علیه‌السلام است که از رسول اکرم نقل‌فرموده‌اند که : « ما آمَنَ بی مَنْ قَس برأیه » یعنی بمن ایمان نیاورده است کسیکه‌برأی خود قیاس نماید ،

٤ ـ حضرت صادق فرموده‌اند :[1] بول ومنی که از انسان خارج میشود قابل قیاس نیست دربول وضو لازم میشود ودرمنی‌غسل ، درروزه ونماز زن حائض روزه‌اش قضادارد اما نمازش قضا ندارد ، درباب زنا اقامهٔ چهار شاهد لازم است ولی درقتل دونفر شاهد عادل کافی است ، اقرار که مثبت دعوی است در نسب مثبت نیست ، در

۱ـ این حدیث قبلا نیز درابتدای مبحث چهارم این‌کتاب (عقل) آمده‌است .

۱ـ قول امام صادق به ابوحنیفه : «لوکان‌الدین یؤخذ بالقیاس لوجب علی‌الحائض ان‌تقضی‌الصلوة لانها افضل‌من‌الصوم» اگر قرار باشد که دین بوسیله قیاس اخذشود لازم‌است که‌قضای نماز برزن حائض واجب‌گردد زیرا نماز افضل ازروزه است .

کلیهٔ احکام شرعی بطوریکه شرعاً دستور داده شده باید عمل نمود و نمی‌توان قیاس کرد وحکم معلومی را باحکم غیر معلومی متحدالعمل قرارداد .

مثلا دراعتکاف نمودن شرط است که روزه‌دار باشد پس نمی‌توان قائل شد که نماز هم شرط است در اعتکاف اموری را شارع قابل نیابت دانسته است که شخص به نیابت دیگری بجا بیاورد ولی اعتکاف قابل نیابت نیست و نیابت بردار نخواهد بود ، دروکالت هم مواردی را شارع قابل توکیل قرار داده ودر اموری که مباشرت شخصی را شارع معتبر دانسته است مثل تطهیر و نماز واجب که وکالت و نیابت بردار نیست مگر درداعدورکت نماز طواف برای کسی‌که عاجز باشد صحیحاً بجاآورد ، مشهور قابل نیابت دانسته‌اند .

شروط وقیودی که شارع برای صحت وکالت و نیابت قرار داده که لازم‌الرعایه است مسائل مشکل که درباب وکالت است‌که درچه‌مورد وکالت نمودن جائز ودرچه مورد جایز نیست کمتر رعایت می‌شود البته درامور مشروع وکالت صحیح است ولی در امور غیر مشروع رانمی‌توان قیاس به‌امور مشروع‌کرد .[۲]

۵ ـ حدیث دیگر نیز درباب بطلان قیاس آمده‌است که : « دانش ابن شبرمه (ازقضات‌اهل سنت ومعاصر امـام صادق علیه‌السلام بود) دانش نیست ، گمراهی است او شرع را بقیاس واندیشهٔ خود می‌شناسد . حال‌آنکه مقررات شرع درمجموعه‌ای بنام جامعه گرد آمده است که رسول خدا صلی‌الله‌علیه‌وآله مطالب آنرا املاءکرد وعلی به خط‌خود نوشت ؛ تمام مقررات‌حلال وحرام درآن فراهم شده وجای سخن برای‌کسی نگذاشته است .

* * *

۲ـ رجوع‌شود به مجله کانون‌وکلاسال ۱۳۳۷ شماره‌مسلسل ۶۳ مقاله سید علی‌محمد مدرس

پیروان قیاس می‌خواهند راه حل مشکلات رادرقیاس پیداکنند ولی ازاین‌راه از مقصود شارع بدور می‌افتند.»[۱]

در توصیف جامعه درجزء دوم ازجلد اول کتاب وافی طی حدیثی چنین گفته اند:[۲]

« جامعه صحیفه‌ای است بطول هفتاد زراع وباملاء رسول خدا وخط علی، هرحلال وحرامی درآن ذکر شده است حتی غرامت خراش که بربدن کسی وارد آورند» نویسندهٔ کتاب « ترمینولوژی حقوق » می‌نویسد:

از فرق اهل تسنن فرقهٔ ظاهریه نیز مانند شیعه بااینکه فقدان نص را قبول دارند معتقدند که نیازی به قیاس نیست وباید ازمتون قانون بهروسیله غیراز قیاس، راه‌حل موارد سکوت را بدست آورد.

شیعه نیز موارد سکوت قانون را قبول ندارد ولی می‌گوید بعلت اختلاف نظر درامر امامت وخلافت بسیاری از مقررات مجال نشر وانتشار نیافته‌اند و این غیر از سکوت مقنن از تقنین درپاره ای از مسائل است وباین ترتیب کلیهٔ فرق اسلامی‌که باقیاس مخالفند نظر واحد دارند. بااین وصف ازمضمون احادیث منع قیاس دانسته میشود که پیروان قیاس حتی با وجود نص عام قانون هم دست به قیاس میزدند و بصاحبنظران رجوع نمیکردند وقضاءملعبهٔ اشخاص فاقد صلاحیت بود وحتی درموارد سکوت جای قیاس را نمی‌دانستند.

۱ـ «ضل‌علم‌ابن‌شبرمه. عندالجامعةاملا رسول‌الله «ص» وخط علی «ص» بیده ان‌الجامعه‌لم‌تدع لاحدکلاماً فیهاعلم‌الحلال‌والحرام. ان‌اصحاب‌القیاس‌طلبوا العلم بالقیاس فلم‌یزداد وامن‌الحق الابعدا اندین‌الله لایصاب بالقیاس» وافی - جزء اول‌از جلد اول‌ص ۵۸ - ترمینولوژی حقوق ص ۵۵۵ لغت‌قیاس.

۲ـ «صحیفة طولها سبعون ذراعاً بذراع‌رسول‌الله «ص» واملائه من‌فلق فیه‌وخط‌علی «ع» بیمینه. فیهاکل‌حلال وحرام وکل شیء یحتاج الیه‌الناس حتی‌الارش فی‌الخدش» مدرک‌سابق‌الذکر.

امور کیفری و مدنی را خلط میکردند . بهمین جهت شیخ بهائی درزبدة‌الاصول قیاس اولویت ومنصوص العله را جایز شمرده‌وبرای اثبات نظر خود باین حدیث‌استناد کرده است :

« سؤال از پیغمبر ﷺ شد که آیا خرمای تر را به خرمای خشك می‌توان فروخت .

پیغمبر پرسید وقتی که بیع تمام شد وخرمـای تر خشك شد وزن کل بیع (خرمای تر) ازوزن کل ثمن (خرمای خشك) کمتر می‌شود ؟ گفت آری ، پیغمبر فرمود این بیع درست نیست »[۱]

« روی همین اصل اکثر فقها اصل استصحاب راکه بحسب‌دلالت‌نص بسیارمحدود است بقدری توسعه داده‌اند که آنرا بصورت بزرگترین اصل‌حقوقی‌درتمام مسائل‌فقهی راه داده‌اند .

در اشتغالات بکارهای قضائی نمونه‌هائی بدست می‌آید که نص خاص وعام‌راه حل آنها را بدست نمی‌دهد واز قیاس‌گزیر نیست شاید امام ابوبکر محمدبن‌ابوسهل سرخسی بهمین مقام نظرکرده وگفته است :

(النصوص معدودة والحوادث ممدودة ... فهو دلیل ... علی‌ان القیاس‌حجة) یعنی نصوص محدود است ووقایع قضائی نامحدود است این است دلیل حجیت‌قیاس، بهرحال مسألهٔ قیاس ومسألهٔ افراط وتفریط غیرصاحبنظر دوچیزاست.»[۲]

از علمای حقوق شیعی (سید مرتضی حجیت قیاس را مطلقاً ردکرده است وی می‌گوید حرمت شراب بواسطهٔ مُسکر بودن مستلزم حرمت سایر مسکرات نمی‌گردد زیرا ممکن‌است ازنظر شارع اسلام مسکر بودن مختص شراب ، علت واقعی‌حرمت

۱- «سئل‌النبی‌عن بیع‌الرطب بالتمر . فقال : اینقص‌اذا جف ؟ فقیل نعم : فقال لااذا»

۲- ترمینولوژی حقوق ، لغت‌قیاس

باشد نه مطلق مسکر بودن هرمشروبی !

علامه درمقام ردّ گفتار سید مرتضی می‌گوید این‌گفته مانند آنست که‌پدری به فرزند خود بگوید ازاین‌گیاه مخور زیرا زهرآگین است ، بدیهی است که این کلام اقتضا دارد که هرگیاه دیگری هم که زهرآگین باشد مورد منع این پدر قرار گیرد ، علامه‌اخبارواحادیث درمورد منع قیاس‌رادرمورد تحریم قیاس به علل‌مستنبطه میداند نه به علل منصوصه ، ودربارهٔ اثبات حجت بودن قیاس منصوص العله ؛ علاوه بردلائلی که درپیش ذکر کردیم قضاوت عرف مردم وثانیاً لزوم ترتب معلول برعلت را دانسته اند . چه وقتی گفته میشود که شراب منوش زیرا مسکر است درنظرعرف علت مطلق مسکر بودن است‌نه مسکر بودن مختص به‌شراب ، پس همینکه این‌علت مسلم گردید حکم تحریم مسکرات دیگر نیز مسلم خواهد بود ، و این علت (مسکر بودن) باید بمعنی واقعی کلمه علت تحریم باشد بطوریکه اگر این خاصیت مسکر بودن ازشراب زائل گشت (فی‌المثل شراب تبدیل به سرکه شد) حکم تحریم هم زائل گردد .

اقسام قیاس‌اصولی

از اقسام قیاس آنچه میان فقهاء متداول است عبارتند از :

۱ ـ **قیاس منصوص العله** که علت‌حکم قانونگزاریاشارع درخودحکم بیان شده باشد ، محقق قمی میگوید : « این قیاس نیست بلکه نتیجهٔ این قیاس در حقیقت جزئی از مدلول عبارت قانونگزار است وخود شارع هم آنرا قیاس نخوانده است »[1]

۱ـ مقدمه عمومی علم حقوق ص ۱۰۸

علت حکم یا جامع که بدرجهٔ قطع و یقین برسد فرع هم که دارای همان علت یا جامع باشد حکم اصل بروی بار خواهد شد مثل شراب و آبجو که در پیش گذشت و یا درحقوق جدید ایران ماده ۲۱۸ قانون مدنی می‌گوید :

« هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار ازدین واقع شده آن معامله نافذ نیست » که علت حکم به عدم نفوذ معامله ، فرار ازدین است حال هرگاه ایقاعی (مانند ابراء) بهمین قصد صورت گیرد ، می‌توان قیاس کرد و آن را نیز باطل وغیر نافذ دانست ، به قیاس منصوص العله ، قیاس منقح المناط یا قیاس لِتنقیح المناط نیز گویند .

۲ ـ **قیاس مستنبط‌العله** ـ این قیاسی است که علت حکم ودستور خود را قانونگزار بیان نکرده باشد بلکه استنباط کننده از طُرُقی علت وضع وتشریع قانونی را استنباط نماید ، باین قیاس ، قیاس ظنی نیز گفته می‌شود .

اینگونه قیاسها را بیشتر حقوقدانان امامیه جایز نمی‌دانند زیرا «جامع» ویا علت حکم بطریق حدس وتقریب بدست میآید ولذاقیاس به اینگونه حدس وتقریب‌ها قطع‌آور نخواهد بود .

۳ ـ **قیاس اولویت** یا قیاس بطریق‌اولی وآن موردیست که علت بودن‌جامع در« فرع » قویتر از «اصل» باشد ، بطوریکه بطریق اولی درفرع هم جاری گردد چنانکه درآیهٔ : « لاتَقُل لَهُما افٍ » یعنی که بروالدین خود اُف مگوئید که سبك‌ترین نوع بی‌احترامی است ، پس بطریق اولی ضرب وشتم و دشنام هم ممنوع خواهد بود ، زیرا علت حرمت که قُبح آزار والدین است در فرع که ضرب وشتم باشد شدید تر ازاصل (اُف‌گفتن) است ،

این قیاس نیز بنظر محقق قمی وعده‌ای دیگر ازفقها قیاس نیست بلکه‌مفهومی ازعبارت شارع یا قانونگزار است که بگونهٔ دلالت التزامی امر فوق از آن مستفاد میگردد وامروز درحقوق جدید ایران که مدلول یك قانون را تفسیر موسّع می‌کنند

شاید مرادف بااین نظر باشد .

درخاتمه باید گفت که قیاس یك راه حل داخلی است یعنی بدون استمداداز عوامل خارجی ازقبیل مقتضیات حقوق طبیعی ویا مصالح اجتماعی راهی برای حل مورد سکوت قانون نشان میدهد ودرمورد تعارض میان قیاس ومصالح اجتماعی باید مصالح اجتماعی را مقدم داشت وآن‌قیاس را ترك‌گفت .

مبحث ششم

استحسان و استصلاح

از منابع حقوق اسلامی بنظر حقوقدانان اهل سنت استحسان و استصلاح است ، مؤسس استحسان ابوحنیفه است استحسان عبارتست ازاینکه حقوقدان بر حسب ذوق وبصرافت طبع خود اقرب بحق وعدالت را تشخیص دهد این تشخیص بنظر اهل سنت حجت است واگرچیزی را بنظر خود مخالف حق وقبیح شمرد آن امر حرام خواهد بود .

برای حجت بودن استحسان استناد به روایتی از پیامبر ﷺ می‌کنند که : « مارآهُ المسلمونَ حَسَنَ فهوعندالله حسن » یعنی هرچه‌که بنظر مسلمانان نیکو آید ، آن درنزد پروردگار نیز نیکو خواهد آمد ، اما آنچه از این حدیث فهمیده میشود آنستکه اتفاق جمیع مسلمانان برنیکو شمردن امری حجت است نه فتوای یك فرد، استحسان مسلمون نیکو شمرده‌شده ، نه استحسان یك‌فرد مُفتی .

اما پیروان مالك بن انس «استصلاح» را دربرابر جماعت حنفی وضع کردند، وآن مقدم داشتن مصلحتی برمصلحت دیگر است ، یعنی هرگاه متن قانون یا نص (کتاب وسنت) تصریح به رعایت مصالحی نکرده باشد باین اصل توسل می‌جوئیم . چنانکه حقوقدانان اهل سنت‌قاعدهٔ مرورزمان راازطریق استصلاح استنباط نموده‌اند

یادر باره بیماری که دوام حیاتش موجب سرایت مرض و بهلاکت افکندن عموم خواهد شد درشرع وقانون تکلیفی معین نشده‌است .

دراین مورد بموجب اصل استصلاح (مصالح مرسله)که باید جانب مصلحت عموم را رعایت کرد باید وی‌را به‌محلی بسیار دور منتقل کرد ویا بکلی وی را ازبین برد .

بنظر حقوقدانان مالکی اگر این اصل رعایت نشود لازم می‌آید که‌بسیاری‌از حوادث ورویدادهای جدید زندگی بدون تکلیف باقی بمانند ، شافعیان از اهل‌سنت با استصلاح مخالفند ، استصلاح هرگاه مخالف نص قانون باشد حجت نیست ، ولی حنبلیان استصلاح را مُخصِص قانون قرار میدهند ، یعنی قانون عام (نص) با وجود قانون‌خاص (استصلاح) منافاتی ندارد (مامِن عامٍ الا وقدخُصّ) .

مصالح مرسله بامقاصد عمومی شارع وقانونگزار موافق است ، ولی درقانون منعکس نشده است .

مصالح مرسله را به‌سه گروه عمده تقسیم کرده‌اند :[1]

۱ ـ **ضروریات** که عبارتست ازهر عمل وتصرفی‌که حفظ وصیانت دین‌وجان وعقل ونسل ومال متوقف برآن باشد که بآن‌ضروریات پنجگانه نیزمیگویند .

۲ ـ **حاجیات** که عبارتست ازهرعمل وتصرفی که انسان برای توسعه و گشایش امور خود ورفع حرج بآنها نیازمنداست مانند شکاری‌که برای معاش نباشد. عمل وتصرف مزبور برای حفظ ضروریات پنجگانه نیست وانسان می تواند با تحمل نوعی از مشقّت یاگذشت ازآنها چشم بپوشد

۳ ـ **کمالیات** وآن‌هرعمل وتصرفی است که ترك‌آن‌موجب دشواری‌درزندگی نمیگردد ولی انجام آن ازمکارم اخلاق وآداب نیك شمرده می‌شود مانند اعتدال و میانه روی درکارها ودر معاش وترك اسراف وزیاده‌روی .

۱ـ «ترمینولوژی‌حقوق» لغات ضروریات ، حاجیات ، کمالیات .

جمعی دیگر ازحقوقدانان اهل سنت «تأوّل» را اختیارکرده‌اند یعنی باوجود بودن نص صریح باز مجاز باشیم که مطابق ذوق وسلیقه شخصی «رأی» دهیم ، واضح است باین ترتیب که اجتهاد بصورت رأی شخصی درآید ، ازاساس دین چیزی باقی نخواهد ماند ، واین بی‌بندوباری درمذهب تسنن وعلل دیگر باعث شد که تدریجاً باب اجتهاد مسدود گردید وفقط خلفا وسلاطین وعلماء ، مردم را بطرف آراءوفتاوی چهار نفر ازمجتهدین بزرگ (ابوحنیفه ، شافعی ، مالك ، احمد حنبل) سوق‌دادند واین‌کار اول مرتبه درقرن هفتم هجری درمصر انجام‌شد ، ولی شیعه مدعی باز بودن باب اجتهاد است وبه بن‌بست‌گیر نکرده‌است بلکه پدیده‌های جدید را از روی اصول معتبر حقوق اسلامی بطوریکه دراین فصل به تفصیل بیان‌گردید ، استخراج میکندو دراثر اجتهاد فتوی درتحت تأثیر عوامل متغیّر زمان بتدریج باپیشرفت کاروان‌بشری ژو بتحول وتکامل می‌گذارد .

مبحث هفتم :

عرف و عادت

« عرف یك منبع زنده و جوشان حقوقی است که درهر حال وهر وضع ودرهر سیستم راه خود را بسوی آینده ادامه میدهد»[۱]

استاد دکتر حسن افشار

۱ - افعال

افعال آدمی آن دسته ازکیفیات هستند که قصد وآهنگ بسوی هدف وغایتی دارند ، ازحرکت (جنبش) موجودات تك سلولی تافعل (کُنش) انسانهاکه کاملترین نوع حیوانات هستند می توان حرکاتشان را بچهار دسته تقسیم کرد .

۱ـ حرکات انعکاسی : که جنبشی است غیر ارادی که درهمهٔ حیوانات واز جمله انسان دیده میشود وقتی اعصاب حشره‌ای را تحریك کنیم حیوان اعمال ساده‌ای را انجام میدهد که قابل پیش بینی است باصطلاح اعمال آنها قالبی است یعنی یکسان ویکنواخت وبا الگوی معینی صورت میگیرد هنگامی که روشنائی شدیدی راناگهان بچشم انسانی بیفکنیم مردمك چشم زیر تأثیر روشنائی خیره کننده حرکاتی از قبیل

۱ـ کلیات حقوق تطبیقی ص ۱۳۴

قبض و بسط عضلانی ازخود نشان میدهد .

۲ - حرکات غریزی : همانطور که در فصول پیش نیز از آن یادشد ، حرکاتی هستند که فطری هستند وازطرفی مستلزم تعلیم نیستند وهمچنین کمال فوری وثبات ویکسانی دارند ودرحیوانات مخصوصاً بایکنوع بی‌خبری از نتیجه وغرض ازآن حرکت توأم است مانند لانه ساختن پرندگان وعسل گذاشتن زنبور عسل. زیرا اولا پرندگان مثلا نیازی به آموختن پرواز ندارند وثانیاً وقتی گنجشکی برای اولین بار می‌پرد یك نوع کمالی درفعل اوهست یعنی نیازی به زفع نقائص وتکمیل افعال خود ندارد ، ثالثاً ازنتیجهٔ فعل خود بی‌خبراست :

جوجه از بیضه برون آید و روزی طلبد

وآدمی زاده ندارد خبر از عقل و تمیز

محقق معروف ، ویلر (Wheeler) نشان داده است که ارگانیسم وزندگی مورچه ازپنجاه‌میلیون سال پیش تاکنون تغییری نکرده است ، حال آنکه انسان و زندگی او درظرف چند صد هزار سال بارها دگرگون شده است [۱]

۳ - حرکات عادی : هرچه مغز دارای تکامل بیشتری باشد از حرکات غریزی وقالبی بهمان نسبت کاسته میگردد نوزاد موش از نوزاد پرندگان ناتوان تر است وپس‌از چند روز به استقلال میرسد معمولا در رفع نیازمندیهای خود تا دوهفته پای بند مادراست وآنگاه که ازموش به‌آدمی میرسیم پیچیدگی وتکامل‌دستگاه عصبی بیشتر میگردد ولذا اعمال غریزی بهمان نسبت بسیار کمتراست وبهمین جهت نوزاد آدمیان ازهمهٔ حیوانات بیچاره‌تر وناتوان تراست . ودوران طفولیت وی از همه طولانی تر میباشد ، حیوانات غریزه دارند و قالبهای معین رفتار را خود بخود دارا هستند ، اما انسانها باید آنها را بیاموزند وکسب عادت نمایند .

۱- زمینه جامعه شناسی آریان پور ص ۶۷

بعضی گفته‌اند که کودك دارای هستهٔ اصلی بسیاری از غرائز است ولی بعلت آنکه امکان‌پروراندن وتمرین آنها ازوی‌گرفته شده ویا باین جهت که والدین رفتار وی‌را درراههای دیگری می‌اندازند ، لذا هیچگاه این غرائز دروی‌رشد کامل‌پیدا نمی کنند فی‌المثل میگویند اگر کودك انسانی را درآب بگذارند بادست و پایش حرکاتی می‌کند که اورا درآب حرکت میدهد وخلاصه غریزهٔ شناکردن دارد ولی در اثر بکار بسته نشدن اندك اندك نابود می شود ، برای روانشناس هنوز این آزمایش ممکن نشده است که اگر کودکی را بحال خود رها کنند تابزرگ شود ، درآنصورت افعال او چگونه خواهد بود ؟ ! درموردافعال غریزی انسان‌میان روانشناسان‌اختلاف است بعضی بکلی منکر افعال غریزی شده‌اند وبعضی برعکس بسیاری از افعال انسان را غریزی دانسته‌اند .[۱]

بکار بردن روشهای خاصی‌رابرای رفع نیازمندیهای‌خود عادت‌گویندبطوریکه آن روش چنان جایگزین گردد که نتوانیم - هرچندکه ممکن باشد - بطریق‌دیگر آنرا رفع نمائیم ، ویا عادت مارا درراهی می‌اندازد که ناچاریم ازآن برویم و اگر بخواهیم ازآن برگردیم ، مصداق ترك عادت موجب مرض است را پیدا خواهیم کرد این نیروی عادت راانگیزه یاسائقهٔ ثانوی گویند .

ویلیام جمز.دروصف عادت مینویسد : « عادت‌چرخ عظیمی است‌که‌اجتماع را می‌گرداند وعامل مهمی است که دراجتماع پایداری ایجاد می‌کند ، عادت است که ثروتمندان را از طغیان تهیدستان حفظ می‌کند . شیوه‌های نا مطبوع و ناهموار زندگی را برکسان هموار می‌کند :

ماهیگیر ودریانوردرا درزمستان‌سرد دردریا وکارگرمعدن را درتاریکی‌معدن وروستائی فقیر را درزمستان سرد درخانهٔ فقیر روستائی خود نگه میدارد ، عادت است که مارا ازهجوم وحشیان بیابان وساکنان نواحی یخ زده قطبی حفظ می کند .

۱ــ اصول روانشناسی نرمان . ل . مان ترجمهٔ دکتر محمود صناعی ص ۹۷وبعد

مثل سرنوشت مارا محکوم می‌کند کار وحرفه ای را که یکبار انتخاب کرده‌ایم دنبال کنیم ، طبقات مختلف اجتماع را ازهم جدا نگه میدارد . حتی در سن ۲۵ سالگی می‌بینید آنکه وکیل دعاویست عادات حرفه خود وآنکه بازرگان یا پزشك است عادات صنف خود را کسب کرده‌اند .. »[۱]

نرمان‌مان پس از ذکر این جملات از جیمز میگوید شاید جیمز در اهمیت عادت راه مبالغه پیموده باشد زیرا اشخاص گاه عادات خود راعوض می‌کنند وگاه پیش آمدها بکلی زندگی آنان را در مسیر جدید می اندازد . اما منکر نمی‌توان شد که آدمیان درمقابل چیزهای نو مقاومت نشان میدهند واز تغییر وتبدّل وحشت دارند . کسانی که می‌خواهند رفتار آدمیان بزرگسال را تغییر دهند نباید از این نکته غافل باشند :

دکتر سیاسی عادت را چنین تعریف می‌کند :

« استعداد اکتسابی صدور حرکات یا تحمل تأثیراتی معین راعادت می‌نامند »[۲]

پس عادت فطری نیست بلکه اکتسابی است وثانیاً دوجنبهٔ مثبت ومنفی دارد ، مثبت است آنگاه که مراد صدور حرکاتی باشد که بتدریج از دشواریش کاسته میگردد مثل عادت خواندن ونوشتن ومنفی است هنگامی که تحمل تاثیراتی معین باشدمثل عادت به‌زندگی درمناطق معین وکارهای معین .

کیفیت تشکیل‌عادت

برای تشکیل عادت سابق براین تکرار را شرط لازم وکافی می‌دانستند حتی بعضی از حقوقدانان نیز درتألیفات خود ، هم‌اکنون این اشتباه را می‌کنند[۳] . ولی

۱ـ اصول روانشناسی ص ۱۰۴

۲ـ مبانی فلسفه دکتر سیاسی ص ۱۴۰

۳ـ ترمینولوژی حقوق ، لغت عادی Coutume

برخی ازدانشمندان روانشناس ثابت کرده‌اند که تکرار با اینکه به فعل آدمی مهارت ودقت خاصی می‌بخشد و به نیروی تکوین عـادت می‌افزاید هرگز شرط لازم و کافی نیست . زیرا هرفعلی خود آغاز تشکیل عادت است . اگر در مرتبهٔ نخست اثری از خود باقی نگذارد ، مرتبهٔ دوم حکم مرتبه اول را خواهد داشت وچنین است‌دفعات سوم وچهارم ... وهمچنین اگر کمال فعل وسود آن‌مورد توجه باشد ، باید تکرار توام با اصلاح حرکات باشد ، فی‌المثل اگرکسی که تمرین ساز زدن می‌کند هربار همان حرکات‌خشن وغیر ماهرانه را تکرار کند وبرای اصلاح حرکات خود کوششی بخرج ندهد هرگز موفق بفراگرفتن آن فن نخواهد شد ، بااینهمه نمی‌توان منکر فایده تکرار شد مخصوصاً که فواصل تکرار آنقدر دراز نباشد که موجب محو آثار قبلی گردد ونه زیاد کوتاه باشد که خستگی آور شود واستعداد هماهنگی بـا وضع جدید را ازانسان سلب نماید .

٤ ـ **فعل‌ارادی** : بآن فعلی گویند که « پس‌از تامل‌برای غرضی معین ومعلوم به اختیار ازشخص صادر می‌شود » پس فعل ارادی برخلاف فعل غریزی دارای‌غرض ونتیجه معلومی است‌وهمچنین‌دارای تامل‌واختیار میباشد ، فعل ارادی صفت اختصاصی زندگی انسانی است درحالیکه فعل غریزی صفت اختصاصی زندگی حیوانات است ، فعل ارادی لازمهٔ شخصیت انسانی است ، ودارای چهار مرحله است .

تصور ، تامل ، عزم واجرا . ۱

۲ ـ تعریف عرف

عُرف درلغت بمعنای شناسائی است اما دراصطلاح حقوق عبارتست ازعادتی که ناشی از عوامل فکری واختیاری باشد[۲] توضیح اینکه درتعریف عادت گفتیم که:

۱ـ برای توضیح مراحل چهارگانه فعل ارادی رجوع شود بمبـانی فلسفه ص ۱٤٥ تا ۱٥۰

۲ـ ترمینولوژی حقوق لغت عادت

« استعداد اکتسابی صدور حرکات یا تحمل تاثیراتی معین را عادت می‌نامند » حال تحقق عادت گاهی ناشی از عوامل طبیعی است مانند عادت بزندگی درمناطق مرتفع ویا عادت به مخدرات وغیره وگاهی ناشی ازعوامل فکری واختیاری است پس‌عرف اخص ازعادت است وباین معنی عادت اعم‌ازعرف است وعلاوه براین عرف عمل‌عادی ومکرر اغلب یا تمام افراد یك گروه است‌وحال اینکه عادت ممکن‌است‌عمل‌مکرر فرد باشد .

۳ ـ عوامل تشکیل‌دهنده عرف

عرف ازنظر حقوقی درکشورهای نظام « قانون‌نوشته » نظیرکشورهای‌فرانسه بلژیك ، ایران‌وغیره تحت دوعامل تشکیل میشود : عامل عملی ، عامل روحی

۱ ـ **عامل عملی** (عامل مادی) ، عبارتست از انجام دادن پیاپی ومکرر یك عمل برای حل مسائل زندگی ، پس عرف برپایهٔ تکرار استوار وپابرجا است . اگر به فقیری کمك نمودیم این عمل عرف نیست زیرا پایه عملی‌تکرار درآن وجودندارد در صورتیکه دررعایت نوبت دیگران مثلا درصف اتوبوس وسینما وغیره عامل‌تکرار وجود دارد :

۲ ـ **عامل روحی** (عامل معنوی) عبارتست از احساس اجبار والزام‌معنوی بهنگام اعمال وانجام یك عرف بدون اینکه حتی این عرف درمجموعهٔ قانون یا نظامنامه وآئین نامه ای ثبت وضبط شده باشد .

عرف به‌کمك اصول جدید اخلاقی وحقوقی می‌آید زیرااین اصول درابتدای پیدایش بصورت بارسنگینی هستندکه اجتماع باید خواه ناخواه آنرا تحمل کند ، ولی نیروی عرف وعادت است که این اصول را پس ازمدتی بصورت‌سهل العمل وقابل قبول در می‌آورد .

* * *

۴- تعریف عرف ازنظر حقوقدانان اسلامی

در اصطلاح فقها : « روش مستمر قومی است درگفتار یارفتار ، وآنرا عادت وتعامل نیز نامند .

لازم نیست همهٔ افراد یك قوم آن روش را داشته باشند تا عرف محقق شود بلکه کافی است که اغلب آنان دارای روش مزبور باشند وعـرف بهمین مقدار محقق‌میشود در صورت اخیر آنرا عرف غالب ودر صورت نخست آنرا عرف شایع مینامند .

عرف ، نیکو وبد میتواند باشد،شان قانونگذار امضای عرف بدو زیان بخش نیست ، باوجود قانون عام یاخاص ، عرف حجت‌نیست . (مادهٔسوم آئین‌دادرسی‌مدنی و مواد دیگر[1])

ماده ۵ - مقدمهٔ قانون مدنی فرانسه که فعلا حذف شده‌است میگوید : «عرف وعادت نتیجهٔ عمل متمادی‌ومکرری است که اثر قرارداد ضمنی ومشترك رامیان‌مردم پیدا نموده‌است »

۵- اقسام عرف

عرف باقسامی منقسم میشودکه ازآن جمله است عرف حکمی وعرف محلّی که ما آنرا درفصل بعد این کتاب دربخش راه حل عملی از طریق مراجعه به عرف‌و عادت ، تعریف خواهیم کرد .

همچنین عرف به اقسامی دیگر تقسیم میگردد ازجمله ، عرف لفظی ،عرف عملی ؛ عرف عام ، عرف خاص ، عرف قضائی ، عرف مذهبی ، عرف تجاری ،عرف صنفی . وما ازآن میان فقط به تعریف عرف لفظی وعملی که از همه مهمتراست

۱- ترمینولوژی حقوق لغت عرف

می‌پردازیم .

* * *

۱ـ **عرف لفظی** ، عرفی است که مدلول یك لغت یا یك عبارت را از محاورهٔ یك قوم که مورد قبول آنان باشد ، بدست می‌آوریم ، چه‌گاهی معنی لغوی با معنی محاوره‌ای فرق پیدا میکند ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران تحت تأثیر حقوق اسلامی می‌گوید : «الفاظ و عبارات طرفین عقد محمول بر معانی عرفی است» وما قبلاً در مبحث حقیقت شرعیه و تصرفات شارع در احکام عرفی ، نظریه میرزا صادق تبریزی را نقل کردیم که وی معتقد بود که وضع الفاظ تعیّنی است نه تعیینی ، یعنی اصل هر زبان در نتیجه تناسب ذاتی و طبیعی الفاظ با معانی پدید آمده است .

و نیاز مندیهای زندگی است که وضع لغات و الفاظ اصلی را سبب شده است و چون اصطلاحات فقهی از این الفاظ و لغات ترکیب یافته است لذا ریشه و بنیان حقوق بویژه در امور مدنی و معاملاتی ، در عُرف آنان واقع شده است و از این رو تصرفات شارع اسلام در این احکام و در این حقوق نفیاً خواهد بود ، نه اثباتاً ، یعنی آنچه ممنوع نشده باعتبار خود باقی است یعنی اگر شرایط و موجبات موجود بود و موانع (منعهای قانونی) مفقود بود آن معامله و یا آن وضعیت حقوقی معتبر و صحیح خواهد بود و معنی امضا و تنفیذ نیز همین است .

۲ـ **عرف عملی** ، عرفی است که از طرف اکثریت و یا قاطبه مردم پیروی شود و عناصر آن عبارتند از :

الف ـ «عرف عملی قاعده‌ای است که در مدتی نسبتاً دراز و مستمر در عمل رعایت شده باشد» .

ب ـ «قاعدهٔ مذکور بصورت قاعدهٔ موجد تعهد و تکلیف از نظر کسانی که آنرا

رعایت می‌کنند درآمده باشد ؛ مانند سکوت باکره درعقد نکاح که منهای دستور قانونگزاران از نظر عرف دلالت برقبول عقد نکاح داشته است» .

ج- «قاعده مذکور از طرف تمام یااکثر افرادیك قوم (خواه اهل تمام کشور یا اهل یك صنف معینی باشند) رعایت شده باشد[۱]» .

۶- فرق میان عرف‌ومد ۲

تفاوت میان عرف ومُد درعامل روحی است ، زیرا درمدعامل عملی تکرار وجود دارد ولی فشار واجباری احساس نمی‌گردد ، افراد مردم‌هرروز بهنگام بیرون شدن ازمنزل کراوات میزنند زیراکه کراوات مُد شده . و لی هیچکس فردی را برای اینکه کراوات نزده مؤاخذه نمی‌تواند بکند ، درحالیکه اگر عرف رارعایت نکند ونوبت دیگران را درصف اتوبوس محترم نشمارد مورد سرزنش قرار خواهد گرفت ودرحقیقت همین ملامت عمومی‌که ازاخلاق سرچشمه میگیرد ضمانت اجرای[۳] (سانکسیون) آن میباشد .

همچنین فرق میان عادت ومد تمیزی است‌که‌گابریل تارد[۴] یکی‌از علمای‌علم الاجتماع که ضمناً عالم حقوق جزانیز میباشد اظهارکرده‌است :

وی‌میگوید ، عادت ، تقلید گذشته است درصورتیکه مدتقلید آینده میباشد

۱- ترمینولوژی حقوق . لغت عرف‌عملی .

۲- Mode درمعنای فلسفی بقول اسپینوزا چنین است که : «عوارض جوهر راحالت (مد) میگوئیم یعنی‌چیزی‌که درچیزدیگر باشد وبتوسط اوتعقل شود» بقول حکمای پیشین اعراض که‌باید درموضوع باشند ، سیرحکمت‌دراروپاجلد دوم‌ص۳۱

۳- Sanction

۴- Gabriel . Tarde (۱۸۴۳ - ۱۹۰۴) قاضی و جامعه شناس معروف که انتقاداتی به مکتب‌نئوکلاسیك داردکه موردتوجه سایرعلمای حقوق جزاقرار گرفته‌است .

واین نیز نیروی بیشتر الزام کنندهٔ عادت را نسبت به مد میرساند ، چه عادت یك امر اجتماعی است ومامکلف از اطاعت عادات اجتماعی هستیم وعرف وعادت درلسان حقوقی همان حقوق غیرمدون است مدبیش ازعادت قابل تغییر است ودر معرض تحول قرار میگیرد ؛ واین قابلیت تغییر بیشتر درملتهائی است که درمعرض تحولات اجتماعی قرارگرفته اند ، ازاینرو قدیمی ها تقریباً مدنداشتند .

مد دارای ریشه فکری ژیاد مانند عرف وعادت نیست وبرای همین هم هست که کسی راکه پیروی از مد نکرده است کمتر تخطئه می کنند ، درصورتیکه درمورد عادت اینطور نیست .

مد مانند عرف وعادت مشخص اجتماع است مثلا مداشراف باطبقه متوسط و طبقه پائین فرق دارد ؛ هرکدام نمودار طبقهٔ خودهستند همانطورکه عادات درطبقات مختلف تفاوت دارد ، مدبیشتردرمیان ملل متمدن ظهور وبروز دارد درصورتیکه عرف وعادت اختصاص بهملل متمدن ندارد .

مد وعرف درجوامع بدوی که تقسیم کار وجود ندارد ، اگر هم پذیرفته شود بایکنوع فشار توام است درصورتیکه درمیان ملل متمدن این فشار بهمکاری وتعاون تعبیر میگرددکه یك امر اجماعی است .

همبستگی افراد بشر بیکدیگر یك ناموس طبیعی است نه یك قانون اخلاقی ، وزندگانی اجتماعی نیز بدون این همبستگی وتعاون غیر ممکن است ، از نمونه های این همکاریها ، همکاری اقتصادی ، بدنی ، عقلانی ، اخلاقی و غیره است ، مد یاباب روزناگهانی ، وعرف وعادت وآداب ورسوم از نمونه های بارز همبستگی اخلاقی هستند .

فرق میان «مدوعادت» با «عقیده وسنت» اینست که عقیده وسنت مربوط به طرز فکر واندیشه بوده درصورتیکه عادت ومد مربوط به عمل وپراتیك میباشد .فرق میان عادت وسنت آنستکه سنت همیشه متضمن ارزش معنوی خاصی است بطوری که

اگر انسان از آن تخلف نماید در باطن ملول وشرمگین است درصورتیکه عرف و عادت باین درجه دارای ارزش معنوی نمی‌باشد ازطرفی عرف وعادت ثباتش از سنت کمتر است[۱] .

۷ـ عقاید مخالف‌وموافق نسبت به‌قوه اجرائی عرف و عادت

از آنجاکه بحث عرف وعادت درحقوق دارای اهمیت فراوانی است ، لذا عقاید موافق ومخالفی نسبت به قوه اجرائی آن ابراز گردیده ، که دراین جا به اختصار بدان اشاره میشود .

اول : عقیدهٔموافقین‌عرف

برخی از حقوقدانان واز جمله طرفداران مکتب تاریخی (که دررأس آنان ساویی[۲] آلمانی قراردارد) عرف و عادت را ترجیح داده ومعتقدندکه عرف قابلیت تحول دارد وقانون‌ندارد ، همچنین هانری کاپیتان[۳] حقوقدان فرانسوی نیزدر نظریات خود از دانشمندان آلمانی پیروی نموده است .

حقوق بنظر مکتب تاریخی چون مبنای عرفی دارد امری قابل تغییر وتحول وتدریجی الحصول‌بوده ، مانند زبان‌است‌که باگذشت زمان‌بخودی خود ، تغییرمی‌کند ویك نفر حقوقدان ماهر مانندیك‌عالم دستورزبان قوانین را کشف‌می‌کند وازموازین وقواعد خقوق اطلاع پیدا مینماید ، نه اینکه وظیفه دار تغییر وتحول آن نیز باشد، یعنی اصول زبان را از نحوهٔ سخن گفتن مردم وقواعد شعر را از اشعار موجود در

۱ـ تفاوت عقیده وسنت را درهمین‌فصل مبحث دوم ذکرکردیم .

۲ـ Sovigny (نیمه اول قرن نوزدهم میزیسته است)

۳ـ نظریات‌کاپیتان رادر مورد عرف‌وعادت ازجلد دوم مبانی حقوق ص ۱۰۲ تا ۱۲۰ مطالعه‌نمایند .

آن زبان ، باید استخراج نمود ، یعنی حقوقدان باید اساس کارخودرا بر تجربیات و مشاهدات اجتماع بناگذارد نه اینکه اساس کارش دراستخراج اصول وقواعد تعقل صرف باشد ، نظر ساوی یی بطور خلاصه اینست که تدوین قوانین، حقوقرا بی حرکت وثابت نگهمیدارد ومنابع آنرا از میان میبرد ، ایجاد عرف دراین مکتب بوسیله وجدان مشترك مردم است پس ناگزیر منطبق بانیاز مندیهای اجتماع میباشد واز آنجا که هیچگونه اجبار والزام شدیدی بهنگام اعمال عرف درکار نیست بلکه افراد بصرافت طبع وازروی طیب خاطر بآن عمل می کنند . وباسرشت آنان سازگار است لذا بر برقانون برتری ورجحان دارد .

همچنین قانون دارای سه نقص عمده است :

۱ـ عمومیت ۲ـ ثابت بودن ۳ـ نارسابودن نسبت به بعضی ازحالات ومصادیق ، وحال آنکه عرف وعادت این نقائص را ندارد ، همینکه قاضی به عوامل موجده عرف ازجمله تکرار وبرابطهٔ علت ومعلولی آن توجه کرد وتشخیص دادکه عرف وجود دارد کارتمام است ، درحالیکه درمورد قانون چنین نیست زیرا بعضی ازموارد ویژه درزندگی انسان وجود دارد ، که درتحت یك قاعده عمومی نمی گنجد ، ثبات قوانین، گواینکه ازمحسنات آن شمرده می شود زیرا باعث می شودکه مردم بااطمینان عملی را انجام دهند واعمالشان دستخوش تزلزل نگردد ، ولی ازطرف دیگر زندگی در معرض تغییر وتبدل است ونمی توان آنرا تحت یك قاعدهٔ ثابت درآورد وجبران این نقیصه وقانون را اغلب رویه قضائی ودکترین بعهده می گیردکه ازمنابع تبعی وثانوی حقوق است . واین دومنبع علاوه براینکه وظیفه دار تطبیق قانون بانیاز مندیهای عصری است . برعهده دارد که هنگام سکوت و اجمال قانون نیز رفع اجمال و سکوت رابنماید .

واساساً این دسته را عقیده برآنست که حقوق به غیراز قانون است ، قانون درخدمت وپیروحقوق است وپیش ازاینکه مفهوم قانون وسازمان قانونگزاری دراجتماع پدید آید ، حقوق وجود داشته است وحتی درعصر حاضر چه بسا که حقوق از تحت

تسلط قانون خارج است .

واگرچنین نبود نیازی به رویه قضائی احساس نمی‌شد ، واگر تصور شودکه قانون مقدم برحقوق است لازم می‌آید که انسان قبل از پیدایش نظامهای قانونی وحکومتها بدون حقوق زندگی کرده باشد واین تصور، اشتباه محض است .

ازسوی دیگر قانون را افرادی‌که نمایندهٔ مردم تلقی میشوند وضع می‌کنند، فرضاً اگر وکلای واقعی وحقیقی مردم باشند ، بازدست کم مردم بطور مستقیم در وضع وتصویب قانون شریك وسهیم نبوده اند ، زیرا نمایندگان غالباً نظر و خواست مردم را تشریع نمی‌کنند بلکه مقاصد ومطامع ونظرات شخصی رابهنگام وضع قانون اعمال مینمایند ، زیرا شهوات وامیال واحساسات مردم ازعقلشان نیرومند تراست و درتعارض میان منافع شخصی وخصوصی بامصلحت وخیرعموم ، منافع شخصی راترجیح خواهند داد وپرواضح است‌که منافع فردی‌بامنافع اجتماعی‌اغلب قابل انطباق نیستند بطوری‌که هیچ قانونی از شائبهٔ اغراض ومنافع شخصی ویا طبقاتی مصون و محفوظ نمانده است ، ولی درحقوق عرفی وضع‌بدین منوال نیست ، مردم استقلال کامل دارند ونماینده نیز لازم نخواهند داشت ونتیجةً روح وافکار مشترك خودرا بکار میبرند نه زاده فکر شخص مقنن را ، بنابراین دوام واحترام قانون فقط تاآنجاست‌که برخلاف عرف وعادت نباشد .

دوم : نظرمخالفین عرف

برخی قانون را وسیله‌ای میدانندکه عقل انسانی آنرا تعبیه کرده است تا قواعد مبهم ونامعین عرف وعادت را صورت ثابت ومشخص بدهد ؛ و وظیفه حقوقدان را تطبیق وانطباق این قواعد واصول بازندگانی مردم میدانند ، قانونگزار قواعدعرف را در قالبهای مواد قالب گیری‌کرده وبادخالت عقل آن‌را تغییر شکل میدهد ومناسب ترین‌راه‌رابرای رسیدن به عدالت انتخاب می‌کند واین کار بسیار صعب و دشوار است ، واز قوه‌به فعل درآوردن قواعد عدل و انصاف وبرآن‌واقعیت برونی بخشیدن

فقط از عقل واراده‌ساخته است وبس ، ایندسته بیشتر طرفداران نحلهٔ قدیم ، وژوسطینین و ناپلئون جزواین گروه‌هستند .

بنظر طرفداران این مکتب حقوق امری لایتغیر وبدون تحول است ، لذا نسبت بارزش قانون آنقدر غلو میکردند وباشتباه افتاده بودندکه آنرا امری ابدی می‌پنداشتند ، ناپلئون بارها می‌گفت که قانون مدنی اوبمراتب بیش‌از فتوحات‌وی دوام خواهد کرد ، درجزیرهٔسنت هلن‌درپایان عمر ناپلئون چنین‌می‌گوید :«... افتخار من‌این نیست‌که درچهل جنگ فاتح شده ام‌آنچه راکه‌هیچ چیز محونخواهد کرد ، آنچه تاابد خواهد ماند قانون مدنی من میباشد ...» .

ایندسته به حکومت استبداد نیز ازاین لحاظ ایراد میگیرند که :

۱ـ قوانین دررژیم‌استبدادی مبتنی بر عرف وعادت‌است ولذا مبهم وناقص‌است

۲ـ ضمانت اجرای آن بعلت خودکامگی حکام بسیار ضعیف است .

مخالفین عرف وعادت می‌گویند درهیچ جامعه‌ای تاکنون وضع قانون دردست تمام افراد نبوده است وحتی تاسه قرن پیش برای‌افراد مردم‌حق شرکت دروضع‌قانون متصور نبود واساساً قانون را از جانب یك قدرت ماوراءالطبیعه والهی میدانستند ، بنحوی که افراد عادی را درآن راه نبود .

مخالفین عرف وعادت می‌گویند ، مقایسه عرف وقانون ، قیاس مع‌الفارق‌است ، زیرا قواعد عرف صراحت وروشنی ندارد درصورتیکه قانون تکلیف را روشن وقطعی می‌کند .

تامس‌هابز میگوید : «قانون وجدان همگانی است‌وهریك‌ازافراد پذیرفته است‌که قانون‌راهنمایش باشد ، اگرجزاین باشد ؛ بااختلافی‌که درتشخیص وجدانهای افراد مختلف وجود دارد ، واین جز اختلاف عقیده چیزی نیست ، ناچار دردولت پراکندگی راه می‌یابد وهرکس فرمان حکمران را فقط وقتی اطاعت می‌کند که‌این

فرمان در نظر اودرست باشد[۱]» .

وجان‌لاك دربارهٔ حقیقت آزادی سیاسی می‌گوید که : «فرد محکوم ارادهٔ متغیّر ، نامعلوم و خود سرانه فرد دیگر نباشد[۲]» وی درجای دیگر می‌گوید : «آزادی طبیعی انسان آنست که ازهیچ قدرت زمینی فرمان نبرد ودر زیر قانون یا فرمان انسانی نباشد وتنها تابع‌قانون طبیعت باشد .

آزادی انسان دراجتماع آن است که درزیر فرمان هیچ قدرت قانون گزاری نباشد مگر آن که خود باایجاد دولت به رضا ورغبت برپاکرده است ودیگر هیچ اراده وحکمی براو فرمان ندهد مگر آنچه هیأت قانون گزارکشور بنابروکالتی که از جانب او دارد تصویب کرده باشد ...

اما آزادی برای‌کسانی‌که زیر فرمان حکومت‌هستند آن است‌که برای‌زندگی خود قوانین مسلم ومشخصی داشته باشندکه درمقابل آن‌همهٔ افراد برابر باشند وآنرا قوهٔ قانونگزاری که برپاشده است ایجاد کرده باشد ، آزادی آنست‌که در حدود قانون بتوانم هرچه می‌خواهم بکنم ودراعمال خود محکوم وتابع ارادهٔ متغیر ، نامشخص‌وخودسرمرد دیگری نباشم ، چنانکه دروضع طبیعی آزادی آنست که تابع چیز دیگری جز قانون طبیعی نباشم .

این آزادی ازقدرت مطلق خود سرچنان ضروری است وچنان با اساس هستی مامربوط است که اگرآنرا ازدست بدهیم بقا وهستی خودرا از دست داده ایم ،زیرا حق بقای آدمی باخود اونیست‌که بتواند باپیمان بستن وبارضا ورغبت درقید بندگی درآید وخود را دراختیار صاحب قدرت مطلق بگذارد ... این وضع کامل بردگی است وآن چیزی نیست مگر وضع جنگ دائم‌بین‌فاتح قانونی‌واسیر ...[۳]»

---

۱ و ۲ ـ آزادی فرد وقدرت دولت ص ۱۰۶ و ص ۱۲۶

۳ـ آزادی فرد وقدرت‌دولت ص ۱۵۹

باری از بحث دور نگردیم ، مخالفین عرف وعادت میگویند ، تشکیل عرف کند وبطئ صورت می‌پذیرد وحال آنکه قانون بسرعت تدوین میشود .

بنظر ما حق اینست که گفته شود این دو منبع مکمل یکدیگرند وامروز در قوانین اکثر کشور ها واز جمله آلمان عرف جزو قوانین تعویضی است یعنی قانون مفسر ارادهٔ افرادی است که بهنگام بستن قرارداد تمام خصوصیات لازم را شرط نمی‌کنند وبصورت مبهم قرار دادی را منعقد مینمایند ، حال اگر اینگونه قراردادها را باطل اعلام نمایند مردم دچار عسر وحرج وزحمت ومشقت میشوند لذا درقانون مواردی پیش بینی شده که جانشین سکوت متعاملین گردد وماده اول قانون مدنی سویس ناظر بهمین معنی است که میگوید : «... درصورت فقدان امر قانونی قاضی ازروی حقوق عادی حکم خواهد کرد واگر عرف وعادت نیز وجود نداشته باشد ازروی قواعدی که اگر خوداو قانونگزار بود وضع میکرد حکم خواهد نمود» درفرانسه نیز مادهٔ ۱۱۶۰ قانون مدنی نظیر این ماده بیانی دارد .

بعضی به قانون مدنی سویس که اختیارات وسیعی به قاضی داده است ؛ ایراد گرفته وگفته اند که قاضی سمت بازرسی ندارد ، درحالیکه قاضی واقعاً بازرس است قاضی برای اینکه معلوم کند که عمل فردی مبنی بر تقصیر ویا بر خلاف اخلاق حسنه وجهت معامله مشروع بوده است یا نه ، باید درکردار ورفتار مردم تعمق و تحقیق کند ، ومادر فصل دوم این کتاب دراین موضوع مشروحاً مطلب را بیان کرده ایم و تکرار آن را دراینجا ضروری نمیدانیم .

بهرصورت قوهٔ اجرائی کدامیك از دوعامل عرف وقانون بیشتر است ، این خود بستگی به زمان ومکان ومقتضیات دارد . زیراکه حقوق باید با نیازمندیهای جاری افراد منطبق باشد ، همانطورکه پیش از این هم گفته ایم قانون در حقیقت تدوین عرف وعادت ، وجدان حقوقی ومشترك افراد ورویه قضائی وعلمی است ومبتنی بر زمینه های تاریخی یك ملت است چه اگر جز این باشد یعنی یك اصل حقوقی اگراز

نظر قانونگزار ناشی شده باشد باعتقاد بسیاری ازحقوقدانان ارزش آنرا نخواهد داشت که برای تحقیق و بررسی آن حتی یك‌دقیقه هم صرف وقت شود .

برای توضیح این معنی مثالی می‌آوریم فرض‌کنیم کاری مجاز بوده ولی بعداًاز لحاظ اخلاق ویابهداشت زیان آور تشخیص داده شده بعقیده بسیاری از حقوقدانان لازم نیست قانونگزار درمنع قانونی خود ، ترمیم و جبران زیان وارد از اجرای قانون‌را (درمورد منع آن امر) نیز پیش‌بینی‌کند زیرا قانونگزاربا‌وضع قانون در حقیقت قاعده‌حقوقی قبلی‌را که بخودی‌خود مشروع بوده بدان ضمانت اجرائی‌بخشیده است .

جبران زیان وضرر وارده دراثر قانون ، از طرف دولت وقتی لازم است‌که ورود زیان برخلاف اصول حقوقی باشد ولذا فرضاً سرمایه داری‌که از کار خانه و یا سرمایه خود برخلاف اصول بهره‌مند میشده وبهره مندی وی مضر به بهداشت و یا اخلاق مردم بوده ، وقانون جدید مضر بحال‌وی باشد درمطالبه جبران زیان وارد از این قانون محق نخواهدبود ، وبعضی از حقوقدانان گفته اندکه دولت درموردجبران زیان از اجرای قانون جدید باید تحقیق کندکه امور ممنوعه درزمان مجاز بودن آنها ، باقاعده حقوقی مطابقت داشته‌است یاخیر ؟ درصورت اول در جبران زیان مسئولیت خواهدداشت ودرصورت دوم مسئولیت ندارد ، پس اگرقانون تأسیس‌فاحشه خانه را ممنوع‌کند درجبران زیان مسئول نیست ولی‌اگر بعضی ازمشاغل رادرانحصار خود درآورد که تصدی مردم در آن مشاغل مخالف عدالت نبوده است درجبران‌زیان مسئول است .

۸ـ اعتبار وارزش‌عرف درنظام حقوق‌اسلامی

بنظر میرسدکه لزومی نداشته باشد که عنوان فوق‌را دوباره بررسی‌کنیم زیرا تاکنون این موضوع بررسی شده است ، که در حقوق اسلامی عرف یکی ازمنابع حقوق است وحتی درصورت تعارض میان عرف وقیاس ، فقها عرف را مقدم

می‌دانسته‌اند به این دلیل که قیاس مخالف باعرف جاری ، موجب عسر وحرج است ویا مخالف مصالح جامعه میباشد .

میدانیم که مال تعبیر عرفی ازوجود یك حق است ومفهومی جدای ازآن ندارد اما از طرفی حق تألیف نه باحق عینی منطبق است ونه باحق دینی ، چه موضوع آن شئی مادی نیست ، بلکه مربوط به مفاهیم ذهنی وابداع وآفرینش فکرشخص نویسنده است ، وازسوی دیگر دینی هم نیست که میان داین ومدیون باشد ، وباوجود این ، درعرف عام وبنا به مقتضیات عدالت وانصاف دربرابر تمام مردم دنیا قابل استناد است و باعنوان مالکیت شباهت تام وتمامی دارد ، پس بنا باعتبار وارزش عرف درنظام حقوق اسلامی می‌توان آنرا مشروع دانست ویا مسأله سرقفلی که امروز در عمل مورد پذیرش عرف مردم وحتی پشتیبانی دادگاههاست ، یك رُخداد تازه است اما بااینکه استفاده بلاجهت دراصول حقوق امامیه باعث تردید درمشروعیت موضوع میگردد معذلك درمورد سرقفلی بامراجعه به عرف وعادت مسلم این تردید ازمیان میرود که آنرا استفاده بلاجهت تلقی نمایند ، چه سرقفلی درحقیقت حقی است که شخصی برمشتریان دائم خوددراثر حسن سلوك واعتبار واعتمادی که بدست آورده پیدامی کند وخلاف عدالت وانصاف وعرف وعادت است که وی رااز حق خود محروم نمائیم[1]

تکرار این مطلب موجب ملالت خاطر خوانندگان خواهدشد ، فقط دراینجا باین نکته اشاره می کنیم که اعتبار عرف وعادت وعقل واجماع وقیاس درحقوق اسلام ایجاد قدرت شگرفی کرده است ، بطوریکه این نظام حقوقی درمیان ملتهای گوناگون زبانهای مختلف ، عادات ورسوم وسنن ملی واجتماعی متفاوت اجرا گردیده است ، ازاقصی نقاط افریقای سیاه تامنتهی الیه سواحل ژاپن مکان زرد پوستان حقوق اسلامی رفته واجرا گردیده ، بدون اینکه جنبه تحمیلی داشته باشد .

۱ــ دوره مقدماتی حقوق مدنی دکتر کاتوزیان ص ۷۹

این نظام حقوقی باامضاءکردن عرفهای محلی وارجاع قاضی به آنها و معتبر شناختن عقل واجماع واستصلاح واستحسان ، توانسته است ماشین حقوقی خودرا برای همیشه زنده ومتحرك نگاهدارد واز طرفی حقوق اسلامی دراعتبارعرف آنقدر افراط نکرده است که مخالف شئون انسان واصل عدالت وحرمت شرافت ذاتی آدمی باشد ، چه همانطورکه پیش از این گفته ایم حقوق مانند قوانین فیزیکی وطبیعی نیست که از اصل علیت وسببیت پیروی کند بلکه قوانین حقوقی از اصل غائیت تبعیت مینماید زیرا انسان را موجودی فاعل مختار وبااراده میداندکه مجبور نیست بلکه شخصیت وی بستگی بدان داردکه موجودی باشد آفریننده وخلاق وایجادکننده ، چه قرآن وی راجانشین خداوند درزمین معرفی کرده است و رمز این جانشینی فقط درهمین صفت خلاقیت نهفته است ، باری نقش عرف وعادت وعقل واجماع فقط ازکهنه وفرسوده شدن حقوق جلوگیری می کند وآنرا همواره درتطبیق وانطباق بانیاز مندیهای روز مردم ، متغیر ومتکامل نگاه میدارد ، فرمولها ودستورالعملهائی بدست میدهدکه خود را منطبق باروح زمان وپیشرفتهای عظیم جهان گرداند وجاهای گریز ومحلهای انعطاف برای پدیده های جدید اجتماعی باز کند .

حقوق اسلامی دراصول پیشرو است زیرا حقوقی کور وبی هدف نیست و تا آنجا که باین اصول که ناشی ازفطرت انسانی است لطمه وصدمه وارد نگردد پیرو میباشد واین تابع بودن چنانست که موجب پیشرفت وزنده ونوشدن آن گردد ؛ پس حقوق اسلامی هم مانند «کمان لو» حقوق عرف وسابقهٔ انگلیس منطبق با نیازمندیهای روز مردم است ومخالف جهت رود گام برنمی دارد ولی مانندحقوق انگلیس ازاصل علیت پیروی نمی کند بلکه حقوق اسلامی هدف وغایت دارد و آن حیثیت و شرافت انسان وتحقق اصل عدالت است ،

* * *

بنظر میرسد که **عرف وعادت بمنزلهٔ جلودار و پیشاهنگ قافله و عرابهٔ حقوقی است که ازدنبال وی باید بیاید . جلودار باید راه‌رابرای قافله آماده وهموار سازد ، نباید خود سد راه اوبشود ومانع‌رسیدن قافله بهدف ومقصد وغایت باشد**

جلودار نبایدمسیر اصلی قافله رامنحرف سازد ، جلودار نقش راهنماودستیار برای قوانین واصلاحات خواهد داشت ولذا نباید مخالف هدف اصلی عدالت انسانی گام بردارد .

حقوق اسلامی ، حقوقی ریشه‌دار ومتکامل است ، انسان ساز است ، نه زادهٔ انسان ، زاینده وسازنده است ، رکود وجمود وسکون درآن راه ندارد واجتهاد که بقول علامه اقبال پاکستانی :

« قوهٔ محرکه اسلام است» استمرار ودوام وسیر این حقوق را بسوی کمال تضمین می‌کند .

همانگونه که حکیم بزرگ طوس **خواجه‌نصیرالدین** حقوق اسلامی را قابل تغییر وتحول وتبدیل دانسته است که درفصول گذشته بدان اشاره‌شد ، حقوقی است که باعینك واقع بینی طبیعت‌بشری را نگریسته وازاین دریچه برایش دستور وقانون وضع کرده‌است .

ابوعلی سینا نیز درضرورت « اجتهاد» چنین‌می‌گوید[1] :

« چون اوضاع زمان متغیر است وپیوسته مسائل جدیدی پیش می‌آید ، از طرف دیگر اصول کلی اسلامی ثابت ولایتغیر است ، ضرورت دارد درهمهٔ عصرها وزمانها افرادی باشند که بامعرفت وبصیرت کامل درمبانی اسلامی وباتوجه بمسائل نوی که‌درهرعصر پدید می‌آیند پاسخگوی احتیاجات مسلمین بوده باشند»

۱ـ مجله زن روز شماره ۹۶ مقاله اسلام وتجدد زندگی آقای‌مطهری .

حقوق اسلامی برخلاف حقوق انگلیس هرعرفی را امضاء نمی‌کند حقوق انگلیس زادهٔ نیازمندیها وغرائز منحرف بشری است ووظیفه دار تعالی روانی ومعنوی انسان نیست . ولی حقوق اسلامی هیچگاه طریق سقوط وانحطاط اخلاقی را امضاء نمی‌کند ، بلکه بالاتروبرتر از اراده‌های فردی است و بی‌بند وباری بی‌حد و حصر انسانهای منحرف را صحه نمی‌گذارد ، رهبر اراده‌ها است وآنها را با اصول عدالت که مقصد است متوافق میسازد هدف ومقصد در آن عنصر اصلی وهسته اساسی است نه پیروی ازعرف وعادت شنیع ، حقوق اسلامی عنصر قانونی دارد در حالیکه حقوق انگلیس مطابق گفتهٔ بنتام عنصرقانونی ندارد وبر روی مقتضیات زمان ومکان از برخورد واصطکاک اجتماع ایجاد شده است[1] .

۱ـ آقای مطهری درمقاله زن درحقوق اسلامی درمجله زن روزشماره ۱۲۹ ۱۳۴۶/۶/۴ می‌نویسد : «... ملت انگلستان بدون اینکه انتظارقانونی شدن پیشنهاد آقای راسل رابکشد خودش مشکل را حل کرد ، امادولت انگلستان درست بر خلاف نظر آقای راسل عمل کرد ، بجای اینکه تکلیف زنان مجردرا روشن کند وحقی برای آنها دروجود مردان قرار دهد کاری کردکه زنان بیش از پیش از وجود مردان محروم گردند ، درهفته گذشته قانون «همجنس بازی» رابتصویب نهائی رسانید درتاریخ ۴۶/۴/۱۴ روزنامه اطلاعات خبرداد «لندن ـ مجلس عوام بریتا نیاپس از یك بحث هشت ساعته قانون همجنس بازی راتصویب کرد ومتن لایحه را برای تصویب نهائی به‌مجلس اعیان فرستاد» درده روزبعد یعنی ۴۶/۴/۲۴ نوشت : «مجلس لردهای انگلیس قانون «همجنس بازی» رادر شوردوم تصویب کرد ، این قانون که قبلا بتصویب مجلس عوام انگلیس رسیده بزودی ازطرف الیزابت دوم ملکه بریتانیا توشیح خواهدشد» درحال حاضردرانگلستان تعدد زوجات ممنوع است اما همجنس بازی رواست ، ازنظراین مردم اگر یك مرد برای زن خود «هووئی» ازجنس مرد بیاورد ، عمل شرافتمندانه وانسانی ومتناسب بامقتضیات قرن بیستم انجام داده است» .

درحقوق انگلیس حقوق را باید بامردم میزان کرد ولی درفقه اسلامی حقوق را تا آنجا بـاید بامردم میزان کرد که ازاخـلاق وتهذیب نفس واصول اصلی اسلامی منحرف نگشته باشند ، پس ازاصل غائیت پیروی می‌کند ، کور وبی هدف نیست ، تحول بخاطر نفس تحول نیست ، درست است که حقوق علم به واقعیتهای اجتمـاعی است . اما این واقعیتها با واقعیتهای مادی وطبیعی فرق دارد درواقعیتهای اجتمـاعی عنصر اراده واختیار وجود دارد واصل غائیت حکمفرماست درحالیکه در واقعیـات جهان طبیعت عنصر جبر وقانون علیت وسببیت وجود دارد ، ولذا حقوق به آینده نظر دارد ولی جهان طبیعت گذشته وحال وآینده درآن یکسان است ، زیرا که درطبیعت هدف وجود ندارد ، درطبیعت همانطور که درفصول قبل هـم یادآور شده ایم ، علت مقدم برمعلول است اما درانسان اول هدف است بعد وسیله برای رسیدن بآن ، در طبیعت همه‌چیز اسیر زمان ومکانند واز خود آزادی ندارند ، درطبیعت همه‌چیز روی سلسلهٔ مراتب است ولذا طفره محال است اما درانسان واجتماع نتیجه و پایان ابتدا نگریسته میشود و بعد از اول شروع می‌کند تا بآخر یعنی به‌همان نتیجه که ابتدا دیده بود ، برسد ، واین همانست که انسان راازحیوان جدا میسازد ، درحیوان پیش‌بینی وجود ندارد ، درصورتیکه درانسان وجود داردواینجا باید گفت که حقوق انگلیس احساس ارزش انسان را نادیده انگاشته وغایت وهدف را منظور نمیدارد وپیروی از قوانین علیت می‌کند درحالیکه حقوق اسلامی برای فعالیتهای بشری ارزشهای مثبت ومنفی، مقبول ومردود وضع کرده که هدف آنها رسیدن به عدالت اجتماعی کامل است .

مهاتما گاندی درمورد روش هند دربرابر فرهنگ وتمدن غربی میگوید :

« من دربند این نیستم که راه خـانه ام ازهرطرف بسته شود و پنجره‌های آنرا کورکند . من میخواهم که نسیم فرهنگ وتمدن کلیهٔ کشورها آزادانه از میان خانهٔ من جریان داشته بـاشد ، لیکن هرگز نمی‌گذارم که‌این باد مراباخود ببرد »

نظام حقوق اسلامی تاآنجا که مدنیت غربی برای انسانیت خیر و برکت وعلم وصنعت وحق وعدالت آورده است ، می‌پذیرد وآنهارا درماشین حقوقی خود هضم و قابل انعکاس مینماید ، ولی هرگاه باعلامت خطر و انحراف و انحطاط مواجه شد ، مسیر خود را بلافاصله تغییر خواهد داد .

* * *

فصل ششم این کتاب که خود حاوی هفت مبحث درپیرامون منابع وقدرتهای سازندهٔ حقوق اسلامی بود ، دراینجا بپایان رسید ، درفصول بعد دراطراف نقش عرف وعادت ووجدان حقوقی و دربارهٔ عدالت وفلسفه ارزش واجتهادومرزهای حقوق واخلاق بحث خواهیم کرد .

فصل هفتم

نقش عرف و عادت در حقوق

۱ - عرف جوهر حقوق است

عرف وعادت خمیرمایه وجوهرهٔ کلیهٔ نظامهای حقوقی دنیا است . امیل دورکیم[۱] میگوید :

« حقوق مانند جادهٔ میان دوده است ... » زیرا بهمان گونه که فاصلهٔ میان دوده دراثر آمد وشد اشخاص وعبوز ومرور فراوان ازحالت کوره راه بیرون آمده و متدرجاً دراثر مراودات پیاپی تسطیح گردیده وهموارتروصافتر وپهنتر میگردد ، بهمان طریق هم حقوق ازعرف وعادت مایه میگیرد واین نخستین منبع وسر چشمهٔ حقوق اندك اندك دروجدان حقوقی[۲] مردم جایگزین گردیده وبعدها بصورت یك

۱- Emile Durkheim (۱۸۵۸-۱۹۱۷) جامعه شناس فرانسوی است افکار وعقاید اووطرفدارانش رامجموعاً بنام مکتب جامعه شناسی فرانسه (Ecole Sociologique Francaise) مینامند .

۲- وجدان حقوقی (La conscience Juridique) درعلم حقوق درمقابل وجدان عمومی یا شعور مشترك وجمعی (La conscience Collective) درجامعه شناسی گرفته شده ، درجامعه شناسی اصطلاح وجدان عمومی که واضع آن دورکیم است عبارتست ازاحساسات وعواطف وافکاری که دریك اجتماع وجود دارد ، واین وجدان عمومی هنگامی ایجاد میگرددکه افراد گردهم جمع شوند ودراین مرحله وجدان عمومی فوق افراد قراردارد .

دورکیم بعدها به نقص تعریف خود متوجه گردید وگفت وجدان عمومی سرشتی است که دراثر اجتماع پدید می آید ودرافراد وجود ندارد زیراکه وی ←

تاسیس حقوقی[1] ویا قانون جلوه‌گر میگردد .

همانطور که برروی دره‌ها ورودخانه‌ها وجاده‌های میان دوده رفته رفته پل وسد" احداث میکنند وراهها رابهم‌وصل‌مینمایند ودرفواصل‌طرق وشوارع کاروانسراها ومهمانخانه‌ها بنا میگردد وکم کم راه شوسه مبدل بجاده آسفالته وراه آهن میگردد، بهمان ترتیب قوانین براساس وشالوده همین عرف‌ها پی‌ریزی میگردند ، وهرچه یك نظام حقوقی ازعرف بیشتر مایه بگیرد ، تواناتر وغنی‌تر میگردد وباسهولت بیشتری قابل‌اجرا میشود ؛ واین مطلب بقدری‌بدیهی است که جمعی ازحقوقدانان بعدازقانون سایر منابع حقوقی را نادیده انگاشته وجز عرف به‌منبع دیگری‌اعتناوتکیه ندارند زیرا مردم بهنگام رفع نیازمندیهای خود طریقی را به‌میل ورغبت تعقیب می‌کنند و آنقدر آنرا تکرار مینمایند تا روش مذکور پس‌ازگذشت ایام دروجدان حقوقی‌آنان رسوخ کرده وبصورت راه‌حل مشکلات تجلی کند .

درحقیقت بایدگفت که اجتماع پیش‌ازآنکه تحت یك سلسله مواد قانونی اداره شود وبتوان دربارهٔ آنان مطابق قانون دادگری کرد ، باید بعرف آنان توجه گردد .

← اول‌آنرا درون اجتماع وافراد میدانست ، بهرحال این وجدان‌عمومی اجتماع باهم ترکیب شده‌ودراثر ترکیب وفعل وانفعال آنهاحیات اجتماعی پدیدار میگردد . سایرجامعه شناسان هریك دراطراف وجدان عمومی بحثهائی‌دارند دورکیم برای تعریف جرم‌هم ازهمین موضوع استفاده کرده میگوید : یك عمل‌وقتی مجرمانه خواهدبودکه حالات نیرومندومعلومی ازشعور جمعی(وجدان عمومی) راجریحه دارنماید دورکیم‌وجدان عمومی‌را بارسوم دیرینه یعنی‌سنت (Tradition) مرتبط دانسته و نفوذ وقدرت وجدان عمومی را از رسوم دیرینه میداند .

1- Institution Juridique

بقول یکی ازحقوقدانان :

« عرف پیشقراول حقوق است وآنست که جادهٔ تحولات حقوق راصاف‌وآماده می‌کند تا قانون درآن جایگزین گردد . »

ژولین حقوقدان معروف رُم در تعریف ازعرف وعادت میگوید :

« عرف وعادت دیرینه عبارت ازحقوقی است که ازآداب وسجایای مردم‌پدید آمده واثر قانون را دارد . »[۱]

پروفسوگوچ میگوید :

« رسم وعادت پیش ازقانون وجود داشته است وضمانت اجرائی رسم وعادت همانقدر قوی است که ضمانت اجرائی قانون »[۲] زیرا گذشت زمان به‌آداب ورسومی که مردم عمل میکنند نوعی تقدس می‌بخشد .

ساوین یی درهمین معنی میگوید :

« ملت وجماعت مانند مجموعهٔ واحدی است که دردرون آن نسلهای متوالی به‌وجود می‌آیند وزمان حال رابه‌گذشته وآینده مرتبط‌میدارند . عرف ورسوم‌دیرینه در نگاهداری حقوق نظارت مینمایند . این رسوم وعرف ، ماترك ومیراثی است که از نسل به نسل بطور متوالی ونامحسوس نقل وانتقال می‌یابد وچون حقوق وابسته‌و منوط به‌موجودیت افراد نمیباشد قواعد آن خودبخود نگاهداری می‌شوند ودرمعرض تغییرات وتبدلات دائمی قرار می‌گیرند بنابراین عرف ورسوم دیرینه‌واجدادی عنصر برجسته‌ای ازحقوق را تشکیل میدهد . »[۳]

* * *

۱ـ میانی حقوق جلداول ص ۲۱
۲ـ آزادی فرد وقدرت دولت ص ۳۳
۳ـ مبانی‌حقوق جلددوم ص ۷۱

۲ - نظر چند فیلسوف دربارهٔ عرف

برتراندراسل[۱] درمورد عرف وعادت می‌گوید :

« عرف وعادت حتی برغرائز زورمند بشری از قبیل غریزهٔ جنسی نیز غلبه دارد مثال معروف آن حرمت زواج با محارم است که درقبائل وحشی حتی همه‌جا معمول ومتداول است زیرا که میخواسته‌اند حرمت زواج بامحارم را بخارج ازافراد قبیله هم سرایت دهند که قوانین پیچیدهٔ ازدواج با غیر اقارب را برقرار کرده‌اند »

اینجا باید افزود که فیلسوفان قاعده‌ای دارندکه می‌گویند : « القسر لایدوم» یعنی یك امر غیر طبیعی دوام پیدا نمی‌کند ، هرجریانی که غیر طبیعی باشد باقی نمی‌ماند وتنها جریانی که طبیعی است قابل دوام است زیرا هرکاری که بانظم‌عمومی وعرف وعادت ورسوم دیرینه مطابق باشدچون‌طبیعی‌است هرگز مورد سرزنش‌وملامت قرار نمی‌گیرد .

ارسطو دربارهٔ عادت می‌گوید :

« هرگاه یك امر اخلاقی که طبیعی انسان نبوده و باید کسب شود ، هرگاه این امر اخلاقی بدرجهٔ خوی برسد یعنی عمل بآن دشوار وشاق نباشد بلکه ازروی میل ورغبت انجام شود آنگاه گویند به درجهٔ عادت رسیده است وطبیعت ثانوی است »[۲]

نفوذ عرف وعادت تا آنجاست که حتی قانون الواح دوازده‌گانه (۳۶۲ قبل از میلاد) نیز براساس آن جمع آوری گردید ، یعنی اگر کسی بخواهد از عرف و عادت رومیان‌اطلاع‌حاصل‌کندکافیست‌که‌به‌الواح دوازده‌گانه‌مراجعه نماید وازمقررات بسیار وحشیانهٔ انسان آنروزی آگاه شود .

۱- امیدهای‌نو ص۸۱

۲- سیرحکمت دراروپا جلد اول ص۳۴

دراین الواح اگر انسانی آزار وزیانی ازهم نوع خود می‌دیده‌است مجاز بوده که بالاترین کیفر را به‌فاعل زیان وارد سازد ، ولواینکه فاعل زیان دیوانه یا طفل باشد ! ازاین‌رو درالواح‌صحبت ازقصد ونیت بمیان‌نیامده‌است ، وشروع بجرم‌وتوطئه وامثال آن مورد کیفر قرار نگرفته‌است زیرا انسان بدوی به‌علل واسباب یك‌اتفاق توجهی نداشته است .

وهمچنین ژوستی‌نین امپراطور روم برای وحدت دادن بقوانین اقوام تابعه و مستعمراتش مجموعه‌های قانونی مبتنی به‌عرف وعادت تدوین‌کرد وهیئت‌هائی درسال ۵۲۸ میلادی باین‌کار واداشت .

اساس قانون مدنی فرانسه (کُدناپلئون) نیز مقتبس از حقوق رم وعرف‌ژرمن بوده که طی چند قرن بطول انجامیده است .

باری آدمی تنها بااندیشه وعلم خود زندگی نمی‌کند بلکه بامقداری پندارها وآرزوها وعادات وعرفها که بیشتر برانگیزندهٔ فعالیتهای او هستند نیز سروکاردارد، هرقدرهم که انسان ازوجود آنها کم‌آگاهی داشته باشد وهراندازه‌هم‌این عرف‌وعادت وپندار وآرزو متناقض ، غیرطبیعی وتعصب آمیز باشد ، باژ وجود دارند ، وبراعمال ما وعکس‌العملهای ما تأثیر می‌گذارند ، واساس فلسفهٔ زندگی انسان را تشکیل میدهند ، انسانها اغلب‌این‌گونه از اعمال خودراکه بر اساسی‌غیر از اندیشه وعلم‌کار گذاشته شده است ، تنظیم نشده رها می‌کنند ، این‌گونه ازاعمال براساس افکارنیست یا دست‌کم براساس افکار آگاهانه نیست ، یکنوع احساس مبهم وشعور ناخود آگاه است که مردم آنرا از عقاید ورسوم متداول دراجتماع خویش جذب نموده و با تجربیات شخصی خود اندکی تعدیلش مینمایند ، وهمین مجموعهٔ درهم ازپندار هاو احساسها برایشان کافی است زیرا درآن چیزی از «عقل‌قرون» نهفته شده است .

پروفسور گونار میردال می‌نویسد :

« من ازقدرت ونیروئی که آداب ورسوم دراغلب‌اندیشه‌های تئوریك بطورکلی

ودرزمینهٔ امور اقتصادی بالاخص دارند ، بسیار متعجبم . حتی هنگامیکه بابداع خود ایمان کامل داریم معذلك کم وبیش در تحت تاثیر برخی ایده‌ها یابرخی نمود های فکری بسیار کلی که بازماندهٔ زمانهای باستان است قرار می‌گیریم :

دریك دورهٔ معین اندیشه وافکار دردکترین های معین متجسّم شده‌اند . ولی امروزه حتی درمواردی که‌این دکترین ها کاملا مورد قبول واقع نمی‌شوند و مردود هستند هنوز هم بشکل افکار فریبنده تاثیر قابل توجهی روی نحوهٔ تفکر مادارند . حتی دانشمندی که روزنهٔ تازه‌ای درتئوری اقتصادی بازکرده وکار خودرا معمولا از دریچهٔ فکری خاصی شروع می‌کند (وسرانجـام موفق میشود در اثر نبوغ و ارادهٔ فوق‌العادهٔ خود افکار فریبنده وکهنه را دور بریزند) درمسالهٔ دیگر خود مرتجع و سنت پرست باقی میماند .

افزارهای تحلیل ما درچهارچوب مرسوم این دکترینها ورجحانها گداخته‌شده است ما آنهارا درکار خود اجبارا بشکل طریقهٔ حل وفصل مسائل انتخاب کرده‌ایم. این تغییر شکل مسائلی را که ما مطرح می‌کنیم ونیز نحوهٔ طرح آنهارا تعیین میکند بنابراین آنها روی نحوهٔ تفکر ماتاثر ترمزکننده دارند واین فقدان اصالت‌همچنانکه گذشت بنوبهٔ خود تحقیق تجربی مارا تحت تاثیر قرار میدهد .»[1]

۳ - اصل‌ضرورت

بطوریکه ملاحظه میشودحتی درنظریات وعقایدنقش سنت ها غیر قابل‌تردید است ، واینستکه وجدان حقوقی مردم را اغلب نمی‌توان با تغییر قانون دگرگونه کرد زیرا که‌آن به‌بسیاری ازعوامل بستگی دارد :

افکار وعقایداخلاقی ومذهبی ، آداب ورسوم‌ملی ، سنتهای‌باستانی ، سطح‌تعلیم وتربیت عمومی ، پیشرفت اوضاع مادی واقتصادی ، آب و هوای محیط زندگی ، موقعیت جغرافیائی ، زبان... وغیره درایجاد وتحول وتکامل وجدان حقوقی مردم

۱ـ تئوری اقتصادی وکشورهای کم‌رشد ص۱۶۸

تاثیر بسزائی دارد . واز آنجا که وجدان حقوقی دارای جنبهٔ ثبات واستمرار ودوام است ، اغلب دیده می‌شود که در بسیاری ازمطالب حقوقی مردم کشور ما بایك طرز تلقی و توجیه زردشتی روبرو میشوند ، ظاهر کلام بوی اسلام میدهد ولی تفسیر و تعبیر براساس سنتهای باستانی نهاده شده‌است :

یکی ازحقوقدانان آنجاکه از دورنمای پیش‌از اسلام و تحولات اولیهٔ فقهی بحث می‌کند .

دراین باره‌که قانون بارشد نسبی وجدان حقوقی افراد اجتماع رشد کرده و راه تکامل رامی پیماید ودراین باره که فقهای اسلامی اغلب نتوانسته اند موفقیت‌کامل کسب‌کنند چنین می گوید : «هیچگاه‌از طریق‌استدلال نظری ، قانون بوجودنمی‌آید بلکه پس از بوجود آمدن قانون ، نظریهٔ عمومی درتوجیه آن بکاربرده میشود .

نیاز به توضیح نداریم که اصل ضرورت[1] راندرة بکار برده اند ومؤمن ساده دل وعادی مسلمان باآن مخالف است . مسلمان مؤمن درمورد بی غذائی دربیابان‌و مشرف به موت شدن چنین می‌گوید : «اگر ارادهٔ خداوندامروز بمرگ من تعلق‌گرفته خواهم مرد واگر خداوند اراده‌کند زنده خواهم ماند ومن چه خودرا به‌گناه خوردن محرمات آلوده‌کنم یانکنم درسرنوشت من تأثیر نخواهدکرد[2] .»

درصورتیکه بهنگام ضرورت واضطرار درحقوق اسلامی هیچ حرامی بحرمت خود باقی نمی‌ماند وکسیکه گرسنه ودرشرف هلاکت است بدون اذن مالك اصلی می‌تواند ازمال او بقدر سدجوع بردارد ، وبعد عوضش را باو بدهدودرهمین مورداست که‌گفته‌اند: «ماابیح للضرورة یتقدّر بقدرها» یعنی بقدررفع ضرورت میتوان‌مرتکب‌امر ممنوع گردید . ودرقرآن سوره بقره آیه ۱۷۳ میگوید : «فَمَنِ‌اضْطُرَّ غَیرَ باغٍ

۱ـ «الضرورات تبیح‌المحظورات» «ومامن شی الاوقداحله‌الله للمضطر» ودر حقوق اروپائی بنام‌حق ضرورت droit de nècessité معروف‌است .

۲ـ حقوق دراسلام تألیف‌دکتر مجید خدوری وهربرت ج لیبسنی

و لاعادِ فَلا اِثمَ عَلیه» یعنی هرکه بدون ظلم و تجاوز مضطر شود گناهی براو نیست، حدود اسلامی هم درزمینه شبهه جاری نمی‌گردد.

پس می‌بینیم که طرز تلقی مردم وسابقه ذهنی آنان تأثیر غیر قابل انکاری در اعمال یك تأسیس حقوقی دارد وحقوق نمی‌تواند ازاین طرز تلقی عموم دوروبرکنار بماند وقوانین حقوقی چه درزمینه اقتصاد وچه اخلاق، آنگاه دارای ویژگی وخصیصه قانون هستند که افکار وعقاید اجتماع (وجدان حقوقی) به‌لزوم اجرای آنها توجه حاصل نماید واین توجه باینصورت است که شعور جامعه برضد متخلف ازقانون عکس‌العمل ازخود نشان میدهد و این واکنش را احساس می‌کند واز اینجاست که قوانین باید بطور دائم ضمانت اجرا داشته باشند واین ضمانت اجرا درابتدا بصورت انتقام شخصی واحقاق حق خصوصی[1] بوده وکم‌کم بصورت کنونی یعنی احقاق حق از طریق قانونی درآمده است.

تحولات دائمی حقوق کشورها، دنبالهٔ تغییرات گذشته آنهاست، حقوق تجارت امروز بوسیله عرف وعادت وآداب ورسوم بازارهای مکاره قرون وسطی بوجود آمده، واین عملکردهای مردم که دراثر احتیاج آنان را وادار براه حل وارائه طریق کرده بود موجب پیدایش حقوق تجارت شد، مثلا بازرگانانی که درقرون وسطی باهم روابط تجاری داشتند برای اینکه به علت ناامنی راهها خطری متوجه سرمایه ودارائی و اموال آنان نگردد برای طلبکاران خود برات برای بازار مکارهٔ سال بعدویا چندماه بعدرا صادر میکردند، وازاین راه هم حمل ونقل پول که درآنزمان بیشتر پولهای فلزی (طلا ونقره) بودآسان میشد وهزینه ای جهت آن برای طرفین بوجود نمی‌آمد وهم اغلب باصدور برات بازرگانان که طرف معامله وداد وستد بودند تهاتر میکردند وصورت برات، چك، سفته، بروات بین‌المللی، چکهای مسافرتی وغیره شکل و صورت تکامل یافتهٔ همان راه‌حلهای چند قرن‌قبل است زیرا این حقوق برمبنای همان

1- Justice privé

عرفها بناگذاشته‌شده‌واکنون نیز با نیاز مندیهای جدید بسرعت‌راه تکامل و توسعه را میپیماید . والا حقوق تجارت درقدیم بخشی ازحقوق خصوصی (حقوق مدنی) بودکه به‌علل زیادی بویژه از جهت بوجود آوردن سرعت که‌لازمهٔ امورتجارتی است وتقویت اعتبار که درامر تجارت نهایت‌لزوم را دارد ازحقوق مدنی جداگردیده است وخودرا از تحول بطیٔ وکند حقوق مدنی آزاد ساخته است :

درعصر حاضر نیز اگر قانونی بتصویب میرسد این‌قانون‌یك پدیدهٔ کاملاجدید وتازه نیست ، بلکه همان عملکردها وپراتیك هاست‌که بصورت مدون تنظیم شده است . حاصل اینکه نیاز مندیهای بشرکه بصورت وجدان حقوقی وعرف وعادت‌نضج پیدامی‌کند ومورد پذیرش همگان قرار میگیرد .

قانونگزاران آنرا بصورت قرارداد ، مقاوله نامه ، عهدنامه و بالاخره میثاق های بین‌المللی ویابصورت مواد قانونی (کُد) درآورده وتصویب مینمایند ، دراینجا حقوق تجارت بعنوان نمونه ومثال ذکر شد والاّ این وضع درتمام نظامهای حقوقی‌و کلیه رشته های حقوقی جریان دارد . بقول **لئون‌دوگی** : «چیزی‌که در اجتماعات معاصر یك قاعده را به خاصیت حقوقی متصف میدارد ، نه از تصمیم قانونگزاران ، بلکه ازاین است‌که شعور وخود آگاهی افراد جماعت‌ولو بطور مبهم وغیر واضح‌لزوم اجرای این قاعده را احساس نماید .

چه بسا قواعدی‌است‌که جزءقوانین بتصویب‌رسیده ولی هنوز از قواعد حقوقی شمرده نمی شوند وچه بسا از قواعد حقوقی است‌که میان مردم‌موردعمل واقع‌شده‌اند بی آنکه درقوانین تحققی وارد باشد»[۱] .

وهمین‌امر است‌که امورحقوقی وقانونگزاری رااز مسیر تاریخی خودبهیچوجه جدا نمی‌سازد ومانند بسیاری ازپدیده‌های علمی ازسوابق ممتدی مایه وریشه میگیرد ویك حقوقدان ناگزیر است که ریشه های آنرا از لابلای تاریخ گذشته پیداکند

۱ـ مبانی حقوق جلد سوم ص ۳۳۸

تا بتواند بهتر بدرك حقوق یك ملت نائل شود .

چه بسا قوانینی که فقط روی بعضی از ملاحظات سیاسی واجتماعی وضع شده‌اند بطوریکه یك نفر خارجی که منبع اطلاعاتش منحصر به مواد قانونی باشد از خواندن آن مواد باشتباهات فوق العاده شگفتی دچار می‌شود وهیچگاه بدرك حقوق آن مملکت نائل نخواهد شد .

در نظام حقوق اسلامی هم در باب معاملات (عقود وایقاعات) مثلا در بیع هیچگونه وضع واختراعی درشرع بعمل نیامده وچیزی راکه قبلاً مشمول عنوان بیع نبوده شامل عنوان بیع قرار نداده اند .

همچنین اجزائی نیز برای بیع مخصوصی جعل ننموده اند وازاین عنوان چیزی را به موضوع حکم تعبدی شرعی شامل نساخته‌اند بلکه برای بیع وعقد آن احکام عرفی نفس الامری ای است که از ناحیه شارع منکشف شده است و تعلق این احکام برای ماهیات وذوات مشروط به شروطی گشته است ، مقصود از بیع درعرف مردم عبارت از تملیك است وچنین امر در شرع اسلام تعبدی نیست بلکه حکم آن بنفسه ثابت میباشد وشارع آنرا مستقر ساخته یعنی از تأثیر آن نکاسته ومنعی نفرموده است .

احکام عرفی درمعاملات تماماً از ناحیه شارع نفیاً ومنعاً قابل تصرف هستند نه اثباتاً زیرا این احکام بنفسه بدون احتیاج به‌اثبات وجعل از ناحیهٔ کسی به موضوعات خودشان ثابت میباشند[1] » و .. معنی آیه قرآن که : «احل‌الله‌البیع وحرم‌الربوا» و معنی امضاو تنفیذ نیز همین است .

میرزا صادق تبریزی درمقالات الغریه سرانجام می‌گوید «فالاحکام المرتبه علی‌المعاملات کلها عرفیة نفس الامریّه لامجعوله شرعیّه تعبدیّه» یعنی درعبادات احکام تعبدی وتکلیفی است ولی درمعاملات حکم عرفی ووضعی میباشد» .

۱ــ مبانی حقوق جلد دوم ص ۲۲۸

۴ـ مطالعهٔ وجدان حقوقی از خلال تاریخ

یکی از جامعه شناسان می‌گوید : «وقتی نوزادی متولد میشود ، جامعه ارث چندین هزار ساله خویش را به وی تفویض می‌کند» و یا حال مملو از گذشته و آبستن آینده است زیرا اخلاق و روحیات یك ملت زائیده حیات گذشته و تاریخ آن ملت است و پایه ها و بنیانهای اخلاقی آینده نیز توسط کسانی که در این عصر (حال) زندگی می‌کنند پی‌ریزی میشود ، همانطور که ما با بنیانهای اخلاقی گذشته تا حدودی زندگی می‌کنیم .

مطالعه تاریخ حقوق کمك شایانی باین امر می‌کند و سرچشمه های وجدان حقوقی و طرز تلقی مردم را در برابر یك قانون نشان میدهد . یك بررسی اجمالی حقوق ایران از خلال تاریخ ادعای مارا روشن می‌کند ، فی‌المثل نظریهٔ الهی[1] مربوط به پیدایش دولت که هنوز در قانون اساسی ایران (بصورت موهبت الهی) دیده میشود از همین موارد است .

مثال دیگر در حقوق خصوصی طرز فکر نیائی (پدرشاهی[2]) است که هنوز حتی درمیان زنان روشن فکر جامعه مادیده می‌شود و یکی از آن‌ها اهمیت زیادی است که به نوزاد پسر میدهند ، که از هر حیث مبتنی بر یك سابقه چند هزار ساله است ، توضیح اینکه در حقوق زردشتی ازدواج ، انواع مختلفه ای دارد : (پادشازن ، ایوکزن ، چاکرزن ، خود سر زن) که ازدواج پادشازن نیز نبوبه خود شقوق مختلف دارد و آن اینکه اگر دختری اولاد منحصر بفرد خانواده ای باشد و پس از ازدواج پسری بیاورد ، فوراً بپدر تقدیم و وارث نیای مادر و یا پسر منتسب به پدر مادر خویش میشه و از این رهگذر دختر امتیازات مذهبی و حقوقی فراوانی کسب میکرد و جزو پادشا

1- Divine rights of kings

2- patriarcat

زن یازنان ممتازه می‌گشت وحتی اگر «خودسرزنی» که ازدواجش برخلاف میل اقوامش بوده است وباین سبب خود سرزن نامیده میشد .

اگرپسری می‌آوردکه کبیر می‌شد وبهنگام رشدازدواج سابق مادرش رابجای اقوام مادر که آنرا ردکرده بودند اجازه وتصدیق وتأیید میکرد ! مادرش جزو زنان ممتازه میگردید وحقوق زن ممتازه را کسب میکرد وبنظر تحقیر نگریسته نمی‌شد وحقوق زن ممتازه را دارا میشد از قبیل : ادارهٔ اموال شوهرپس از مرگ او ، زن ممتازه (پادشازن) فقط ارث میبرد وزنان دیگر فقط مهر وجهیزخود را میبردند ؛ فرزندزن ممتاز ه دوبرابر فرزندان زنان دیگر ارث میبرد ! وبالاخره فقط پادشازن می‌توانست به‌فرزندخواندگی از جانب نیای خانواده‌مناسك ومراسم مذهبی انجام‌دهد.

پرفسور بلوشه[1] درکتاب معروف خود «تاریخ حقوق مدنی جمهوری آتن» میگوید : «تقریباً درتمام قوانین ملل قدیمه‌که ازنژاد آریائی هستند اصل وقاعدهٔ عمومی‌که حکمفرما بوده عبارت ازاین است‌که فقط اولاد ذکورارث می‌بردند و زنان ازحق ارث محروم بودند»[2] و[3] وازاین مثالها فراوان میتوان یافت ، فی‌المثل اسلام‌در ایران ، رنگ وصبغهٔ ایرانی دارد وبااسلام درکشورهای عربی تفاوت بسیار دارد .

* * *

1- Bleauchet

۲- ارث درحقوق مدنی ایران دکترموسی‌عمید ص ۱۴

۳- دربارهٔ حقوق زن‌درفصل هشتم مفصلا بحث‌خواهد شد .

۵ - وجدان حقوقی وقوانین تأسیسی وامضائی

«نیروی واقعی قوانین مذهبی در اینستکه مردم
بآنها اعتقاد دارند وحال آنکه نیروی قوانین بشری
در ترس ووحشتی است که مردم از آن قوانین دارند»
روح القوانین **مونتسکیو**

امروز اطلاع از آنچه در کشورهای دیگر می‌گذرد وزعمای قوم با مشکلات ناشی از آن مواجه هستند، کمترین سودی که داشته باشد اینستکه از اشتباهاتی که بعضی از کشورها مرتکب آن شده‌اند وخسارت وجریمه آنرا به‌قیمت گزاف پرداخته‌اند جلوگیری می‌کند. مثل بعضی قوانین که بصورت کالائی وارداتی ترجمه و تصویب میشود وهیچگونه زمینهٔ داخلی ندارد وریشهٔ آن دراین مرزوبوم قوام نیافته است معلوم است که افراد به هزاران طریق ووسیله متوسل میشوند تا بامر ممنوع قانونی مبادرت ورزند. وبدینوسیله اثر قوانین تحمیلی را نقش برآب می‌کنند وعوارض و ابتلائات زیان آورتری ببارمی‌آورند زیراکه آن‌قانون ازطرفی با منافع آنان برخورد دارد وازطرف دیگر وجدان حقوقی آن‌اجتماع هنوز آماده پذیرش نیست، یك ضرب‌المثل فرانسوی می‌گوید:

«قفل برای آدم حلال زاده است»

قانون هم برای فردی است که فرزنداصلی وواقعی اجتماع خود باشد، وگرنه آنکس که میراثی (وجدان حقوقی) از اجتماع به ارث نبرده است، قفل رامی‌شکند ویا ازدیوار بالامیرود وراه فرار ازممانعت قانونی پیداکرده وبطریق دیگر کار خود را می‌کند.

پس دانستن سیر تکاملی وجدان حقوقی درمسیر تاریخ یك ملت برای درك مرتبهٔ حقوقی‌یی که آن‌جامعه درآن زیست می‌کند ضروری‌است، زیرا قوهٔ الزام آور

واجبارکنندهٔ وجدان حقوقی ازمواد قانونی بیشتر است وسخن ارنست رنان[۱] راست است که :

« بهترین مربیان کسانی هستند که از مقتضیات زمان خود کاملا آگاه باشند واوصاف زندگی دوران خود رابخوبی بشناسند وازلذائذ ومحنتهای آن برخوردار وآزرده شوند » ، وعلت عمدهٔ شکست قوانین مخصوصاً قوانین جزائی آنست که آن‌را کسانی نوشته‌اند که بابدبختی وبیچارگی آشنا نبوده‌اند .

اسلام افراد را قلباً آماده‌می‌کند تا قوانین خود را تحمیل نکرده باشد . و از اینجاست که ابتدا ایمان وتقوی را سفارش می‌کند وبعد عمل را برطبق قوانین فرمان میدهد ، درست برخلاف بسیاری از احزاب امروز که افراد را ازلحاظ اعمال خارج از برنامهٔ حزب ، آزاد می‌گذارند ، وتقوی را مورد توجه قرار نمیدهند.[۱]

آیهٔ ۱۳ ازسورهٔ حجرات مفهم همین معنی است :

« قالَتِ الاَعرابُ آمَنّا قُلْ لَمْ تُؤمِنوُا وَلکن قُولُوا اَسْلَمنا ولَمّا یَدخُلِ الایمان فی قُلوبُکم ...»

« اعراب گفتند که ایمان آوردیم بگو (ای‌پیامبر) که ایمان نیاورده‌اید بلکه بگوئید اسلام آورده‌ایم وهنوز ایمان درقلوب شما داخل نشده‌است... »

وجدان حقوقی باتکامل وتحول اجتماع ، متکامل ومتحول است ، شرایط زندگی اجتماعی مانند زندگی فردی ، نوزادی ، نورسی ، جوانی ، پیری و بالاخره فرتوتی ومرگ دارد وهرکدام ازاین مراحل اقتضائی دارد که نمی‌توان مخالف آن گام برداشت والا عادلانه نخواهد بود .

فی‌المثل جامعه‌ای که اقتصاد خانگی وصنایع یدی دارد ، نمی تواند قبل از اینکه خود صنعتی شود ، مقررات اقتصادی یك جامعهٔ ماشینی وسوسیالیستی راتحمل کند : ویا مثلا یك کشور بزرگ صنعتی ویك کشور عقب افتاده (نگهداشته شده)

۱- Ernest Renan (۱۸۲۳ - ۱۸۹۳)

اگر هردو تحت‌عنوان تساوی متعهد شوند که بوسیلهٔ اقدامات گمرکی وضع واردات، صنایع خودرا حمایت نکنند واز اصل رقابت آزاد پیروی نمایند ، پرواضح است که کشور صنعتی نیازی بدین حمایت ندارد واین تساوی فرضی درعمل بضرر کشور عقب مانده خواهد بود ، اینگونه تساوی غیرعادلانه است ، واگر برطبق آن عمل شودعدالت پایمال خواهدگردید ، بیك‌چوب راندن‌خلاف عدالت‌است ، طفل‌شیرخوار اگرخورش قیمه بخوردمی‌میرد ، تکامل وجدان حقوقی ، تکامل عدالت فطری است و ما می‌خواهیم که باین عدالت ازدیدگاه واقع بینی نگاه کنیم نه ازدیدگاه‌ایدئالیسم. زیرا که قانونی اگر بطور ملایم وپس ازانتظار زیادوآمادگی جامعه برای آن ، وضع گردد بسیار بادوام تر خواهد بود ازقانونی‌که هیچگونه استحقاق وشایستگی‌پذیرش درمیان جامعه نسبت بآن وجود ندارد .

۶ - سخنی چند درباره عدالت

عدل چه بود وضع اندر موضعش
ظلم چه بود وضع در نا موقعش
نیست باطل هرچه یزدان آفرید
از غضب وزحلم وز نضج و مکید
خیر مطلق نیست زینها هیچ چیز
شر مطلق نیست زینها هیچ چیز
نفع وضر هریکی از موضع است
علم ازین رو واجبست و نافعست

فیلسوف بلخ جلال الدین محمد مولوی
- مثنوی - دفتر ششم

کتاب **جمهور افلاطون** از نخستین کتبی است که کوشش اصولی ومنظمی برای بدست دادن تعریف عدالت درآن به چشم میخورد ، وی عدالت را درجامعه در نظر میگیرد وتحقق عدالت را باتوجه به مکتب اصالت فرد (اندیویدوالیسم) منافی میداند ولذا از نظر تحقق عدالت ، افلاطون معتقد به اصالت اجتماع است .

برعکس ارسطو که وی معتقد باصالت فرد است ، وبرای اجتماع خارج از افراد ارزشی قائل نیست واساساً فرق میان فلسفه اشراق وفلسفه مشاء در همین امر بخوبی مشاهده میشود ، افلاطون پس از بحثهای بسیار باین نتیجه میرسد که عدالت عبارتست ازاینکه بهرکس هرچه حق اوست بدهند .

ارسطو عدالت را بیك اعتبار وبمعنی اعم شامل کلیهٔ فضائل میداند ، زیرا هرکس مرتکب یکی از رذائل شود درحقیقت ستم کرده است ، بویژه دراموری که بدیگران تأثیر کند ، وی عدالت را کیفیتی نفسانی دانسته است امـا عدالت را بمعنی اخص « عبارت از برابر داشتن اشخاص ودادن بهرکس آنچه حق اوست » میداند .

البته بنظر ارسطو چنین نیست که همه به تساوی سهم ببرند بلکه باید تناسب

رعایت گردد ؛ از نظر ارسطو عدالت بردوگونه است :

عدالت توزیعی وعدالت تعویضی .

ارسطو می‌گوید ظلم وانظلام رذیلت است وعدالت عبارت از حد وسط ومیانهٔ آن دو است وعادل کسی‌است که میان اشخاص نسبت به استحقاق وشایستگی آنان تناسب را درنظر گیرد وآن بیشتر درعدالت توزیعی باید رعایت شود یعنی در مقام بخش جوائز واجر ومزد وشئونات ومناصب ومانند آن .

نوع دوم عدالت تعویضی است که درمقام حکومت وداوری درباب معاملات و دادوستدهای مردم به‌کار میرود ، ودر این باب بنظر ارسطو باید برابری رعایت شود نه تناسب ، وشایستگی واستحقاق درآن تاثیری ندارد وقاضی بهنگامی که میان‌دو نفر نابرابری وظلمی به‌وقوع پیوسته‌باید برابری را برقرار سازد ، اگر کسی جرمی مانند قتل یادزدی مرتکب شده است باکیفر ؛ ظالم را از تمتعی‌که برده است محروم مینماید ، واگر درامور مدنی باشد باید زیان وضرر را جبران وترمیم کند ، در حقیقت قاضی آنچه را که بطرف کثرت افزوده شده است می‌کاهد .

البته ارسطو می‌گوید چون قضاوت بوسیلهٔ قانون انجام می‌پذیرد ودر قانون احکام کلی است وبرهمهٔ کیفیات احاطه وشمول ندارد لذابعضی ازاوقات رعایت‌انصاف از جمود بر قانون یعنی اجرای عدالت بهتر خواهد بود .

اما به تعریف افلاطون که عدالت عبارت است از اینکه بهرکس هر چه حق اوست بدهند .

بقول برتراندراسل[1] این ایراد وارد است که ازین تعریف دور لازم می‌آید، زیرا که مفهوم حق روشن نیست وعدالت شناختنش مبتنی به شناختن حق است ، واگر حق را عبارت ازخدمتی بدانیم که هر شخص به جامعه میکند باز در ارزیابی

۱- امیدهای نو ص۱۱۵ الی ۱۱۹

این خدمت دچار اشکالات فراوانی می‌شویم ، راسل یك نفر نانوا را با یك خوانندهٔ اُپرا مقایسه می‌کند ومی‌گوید شما بدون کار خوانندهٔ اُپرا می‌توانید زندگی کنید ولی بدون عمل نانوا نمی‌توانید ، پس باینجهت باید گفت که نانوا بجامعه خدمت بزرگتری می‌کند ، ولی هیچیك از دوستداران موسیقی باشما هم‌عقیده نخواهد بود ، اگر مفهوم استحقاق را اساس معنی عدالت قرار دهیم ، ممکن نیست قاعدهٔ منظم و مرتبی برای عدالت بدست آید ، جز درصورتیکه استحقاق را مبتنی برمساوات کنیم همانطور که ارسطو درعدالت تعویضی چنین کرده است .

راسل می‌گوید :

« سابقاً یعنی در ازمنهٔ گذشته برین عقیده بوده‌اندکه شخص هرچه زورمندتر است استحقاق او بیشتر است[۲] ، ولی این عقیده دراثر نفوذ دموکراسی روز بروز بیشتر مورد اعتراض واقع شده است ، اگر چه معتقدین امروز دموکراسی مساوات را اساس « عدالت » قرار میدهند باوجود این درتعریف عدالت همیشه چیزی از مفهوم استحقاق هم وارد می‌شود .

در حقیقت «عدالت» مفهومی است که راجع بآن عقاید اغلب مردم بی اندازه مغشوش و«درهم برهم» است .

بعقیدهٔ غالب‌مردم نسبت بدرجات استثنائی‌شایستگی یاتقصیر باید عمل استثنائی انجام داد این اشخاص پاداش اعضاء دولت را که خدمت برجسته‌ای انجام داده‌باشند تایید می‌کنند وبندرت اتفاق می‌افتد که عقیدهٔ آنهاهم دربارهٔ مجازات جنایتکاران صرفا مبتنی براصل انصراف آنها ازارتکاب جنایت باشد .

۲- توسیدیدمی‌گوید : «طبیعت بشری پای‌عدالت راآنجا بمیان می‌کشد که‌هر دوطرف ازلحاظ قدرت بیك اندازه باشند ودرغیر اینصورت آنکه‌مقتدر است فشارمی‌آورد وآنکه ضعیف است تحمل می‌کند» نقل‌از چگونه‌جاه طلبی یونان‌را ازمیان برداثر توسیدید .

بعقیدهٔ طرفداران پرحرارت سرمایه داری تجاری که ثروت‌های عظیم بدست آورده‌اند بعلت مفید بودن کارآنها مستحق آن ثروت هستند. بنظر من این نظر افراطی بآسانی قابل دفاع نیست.

ولی بطور کلی باید اذعان کرد که اگر اعمال خوب را پاداش دهند و بعکس کارهای بدرا مجازات کنند برای جامعه مفید است. بنابراین تصور نمی کنم بتوان مساوات «صاف‌وساده» را توصیه کرد بلکه بنظر من این‌گفته صحیح است که هرعدم مساواتی را باید نتایج مفیدهٔ آن موجه ومطلوب کند نه کیفیت نظری استحقاق یا تقصیر. اگر بوسیلهٔ پاداش دادن به جنایتکاران بهتر از مجازات کردن آنها بتوان‌از وقوع جنایات جلوگیری نمود من طرفدار پاداش دادن بآنها می‌شوم.»

راسل درفایده و نفع اجتماعی مجازات وکیفر آنقدر راه مبالغه می‌پیماید که می‌گوید: «می‌توان جامعه‌ای را تصور کرد که درآن تمام جنایتکاران محکوم‌راکه مردم خیال می‌کنند بدار آویخته شده‌اند درحقیقت بیکی از جزائر زیبای دریای جنوب (اقیانوس اطلس) انتقال داده باشند وآنها درآنجا با فراغ بال خوش وخرم روزگار بگذرانند.

تنها ایرادی که باین وضع می‌توان داشت اینست که روزنامه نویس زرنگی مطمئنا حقیقت مطلب را کشف خواهد کرد. والا تصور نمی‌کنم این ایراد که در چنین دستگاهی جنایتکاران خوشبخت خواهند شد وارد باشد، زیرا اگر ضرورت انصراف از جنایت نباشد خوشبختی آنها هم مثل خوشبختی سایرمردم مطلوب‌است.

بنابر این تصور می‌کنم بایدگفت عدالت مستلزم‌مساوات است مگردرمواردی که ثابت شود عدم مساوات مفید بحال جامعه است. هنوز دنیا در هیچ سرزمینی بعدالت حتی بهمین معنی محدود هم نزدیك نشده است هنوز عدم مساواتهای نفرت انگیز نژادی که مهمترین آنها رفتاریست که نسبت به یهود وسیاه پوستها وجوددارد هنوز درحق زنها ـ حتی‌درانگلستان ـ ظلم وستم روامیدارند، زیرا اصل مساوات‌مزد واحد برای کار واحد دربارهٔ آنها رعایت نمی‌شود.

هنوز ارث که مزایائی بفرزندان اغنیا میدهد برقرار است . درتمام این موارد عدم مساواتی وجود دارد که اصل مفیدبودن نمی تواند آن را توجیه کند . این قبیل عدم مساواتها را باید ظلم شمرد وهرجا قانون از آنها حمایت می کند باید درصورت امکان قانون راتغییر دادنه ازاینجهت که ظلم عقلا مذموم است بلکه باینجهت که ظلم عملا ایجادخشم وکینه می کند وموجب ناپایداری وتزلزل جامعه میشود وحال آنکه استقرار وآرامش اجتماعی هدف اساسی قانون است» .

دربارهٔ عدالت نظر کانت آلمانی اینست که «عدالت هرعملی است که بنیادش براین باشدکه آزادی هرکس باآزادی همهٔ کسان سازگار بوده باشد وبنا براین حکم کلی دراین باب اینست : چنان عمل کن که آزادی توبرطبق یك قاعده کلی باآزادی همه مردم سازگار شود[1] » .

سایر فیلسوفان وحقوقدانان هریك تعاریفی ازعدالت دارند که یادآوری آنها موجب تطویل خواهد گشت ولذا بهمین اندازه بسنده کرده وبه تعریف عدالت درنظام حقوق اسلامی می پرداریم .

۷ـ عدالت درنظام حقوق اسلامی

عدل یکی از اصول پنجگانه دین اسلام است ، وقضات ودادرسان بهنگام داد رسی باید قواعد عدل را مورد توجه قرار دهند زیرا بنا بدستور قرآن : «وَاِذا حَکَمْتُم بینَ النّاسِ اَنْ تَحکُمُوا بالعَدلْ» واز طرفی درمورد گواهی برای ؛ گواهان صفت عدالت ضرورت دارد همچنین حاکم شرع وقاضی ومجتهد وامام جماعت باید عادل باشند .

قرآن صریحاً می گوید :

«لاترکَنُوا الی الّذینَ ظَلَمُوا) یعنی به ستمکاران اعتماد نکنید ویا «انْ

۱ـ سیرحکمت درارو پاجلددوم ص ۱۶۹

جائکُم فاسِقٌ بنبأٍ فَتَبَیَّنُوا» یعنی هرگاه شخص فاسق (غیرعادل) از امری گواهی داد از حال آن تحقیق و تجسس نمائید بطوریکه در تعریف ارسطو و افلاطون مشاهده شد عدالت فضیلتی نفسانی بود که حدوسط را میان ظلم و انظلام باید برگزیند و افلاطون تهذیب در قوت غضب را شجاعت و تهذیب در نیروی شهوت را عفت و تهذیب در نیروی عقل را حکمت میدانست و هماهنگی میان آنهارا به فضیلت عدالت نام نهاده است پس باین ترتیب تعریف عدالت در نظر این دوفیلسوف جنبهٔ نفسانی داشت درصورتیکه در نظام حقوق اسلامی تعریف عدالت بیشتر جنبهٔ برونی وواقعیتهای عینی دارد . در روایت موثقهٔ سماعه می گوید :

« هرکس درمعامله ورفتار بامردم ظلم نکند ودرگفتار باآنان دروغ نگویدو از وعده تخلف ننماید عدالت دراو پدید می آید »

« مَنْ عامَلَ النّاس فلم یظلمهم وحدثهم فلم یکذبهم ووعدهم فلم یخلفهم کان ممن ظهر عدله » .

وخلاصه ترك جمیع جرائم وگناهان بزرگ واصرار نورزیدن بر جرائم کوچك (لاکبیرة مَعَ الاِستغفار ولاصَغیرة مَعَ الاِصرار) و رعایت مروت را عدالت دانسته‌اند . ومروت را اتصاف باموری دانسته‌اند که ترك یافعل آنها بحسب زمان و مکان وشان شخص، پسندیده باشد .

پس مفهوم عدالت درنظام حقوق اسلامی یك مفهوم عملی وواقعیتی بیرونی است ، واز آنجا که دراسلام اصول کلی‌یی است که همواره مصلحت جامعه را بر مصلحت فرد مقدم میدارد هرگاه قانونی رعایت مصلحت اجتماع را بیشتر از فردکرده باشد لازم الاتباع خواهد بود . این مطلب پیش ازاین نیز در این کتاب مورد بحث قرار گرفته است ولذا از یادآوری مجدد دلائل عقلی ونقلی آن خودداری میگردد.

* * *

۸ - راه‌حل عملی قضات ازطریق مراجعه به عرف وعادت ووجدان حقوقی

نظام حقوق اسلامی بکرات قاضی را برای حل مسائل حقوقی ارجاع به عرف وعادت داده است مجموعهٔ قانون مدنی ایران که شامل ۱۳۳۵ ماده ومحتوی سه جلد میباشد (جلداول دراموال جلد دوم در اشخاص وجلد سوم درادلهٔ اثبات دعوی) ، درحقیقت تقلید یاترجمه قسمتی ازحقوق اسلامی است وبقول یکی ازحقوقدانان : « شرح لمعه وشرایع ومکاسب ازکتبی است که دائماً نویسندگان قانون مدنی درمد نظرداشته‌اند»[1] بهرتقدیر صرفنظر ازموادی که بدون تصریح ماده دراثر اختلاف نظر درتفسیر آن ، عرف وعادت حل مشکل میکنند ، موارد زیادی درمتن قانون صریحاً ارجاع به‌عرف وعادت ومتعارف ومعمول بلد داده شده‌است

نویسنده موارد رااحصاء کرده وذیلاشماره‌های موادی‌که این ارجاع به عرف درآنها داده شده بترتیب نقل مینماید:

۵۴- ۶۸ - ۱۰۷-۱۲۵-۱۳۲-۱۴۱-۱۶۴-۲۰۲-۲۰۴-۲۲۰-۲۲۱-۲۲۴-۲۲۵-۲۷۹-۲۸۰-
۳۳۲-۳۳۶-۳۴۲-۳۴۴-۳۵۶-۳۵۷-۳۵۸-۳۵۹-۳۶۹-۳۷۵-۳۸۲-۳۸۶-۴۱۷-۴۲۶-۴۸۶
۴۹۰-۵۰۸-۵۲۱-۵۲۴-۵۳۶-۵۴۲-۵۴۹-۵۵۳-۵۹۳-۶۱۲-۶۳۲-۶۳۹-۶۴۱-۶۴۶-۶۶۶
۶۶۷-۶۷۶-۸۷۲-۹۵۰-۹۵۱-۹۵۲ از هرهیجده ماده‌بطوریکه‌ملاحظه میشودیک‌ماده ارجاع بعرف شده‌است درجلد اول قانون مدنی که شامل ۹۵۵ ماده است و مخصوصاً جلد اول قانون مدنی بیشتر ازجلد دوم وسوم تحت تأثیر فقه اسلامی ومتخذو مقتبس ازآن است .

در جلد دوم وسوم که کمتر ازفقه اسلامی اقتباس گردیده وبیشتر تحت تأثیر قوانین اروپائی است این ارجاع کمتر بچشم میخورد ومواد ارجاع جلد دوم و سوم بقرار زیراست :

۱- حقوق مدنی دکترسیدعلی شایگان ص ۳۸

(۹۶۱-۹۶۲-۹۶۳-۹۶۴-۹۶۵)این مواددرمسألهٔ تابعیت بقوانین بیگانه‌ارجاع شده وارجاع به‌عرف‌درجلد دوم : ۱۰۱۹-۱۰۳۶-۱۰۳۷-۱۰۶۵-۱۰۹۱-۱۱۰۷-۱۱۳۱ ۱۱۶۲ ودرجلد سوم : ۱۲۷۳-۱۳۱۲ .

وازهمین‌مختصر میتوان حدس زدوتعدادآنرا تعیین نمود . این‌ازنظرکمّی‌بود ازنظر کیفی هم مواد ۱۰ و۲۱۹ قانون مدنی که مبین نوعی اصالة الاباحه یـا اصل حاکمیت اراده‌است بطورکلی‌مبین اصل‌نسبی‌بودن‌قرارداد هامیباشد و قوانین تعویضی یاتفسیری که‌جای سکوت متعاملین را پرمی‌کنند وطرفین می‌توانند مخالف آن بـا یکدیگر قرار داد به بندند درمواد دیگری ازقانون مدنی دیده می‌شود واساساًعرف وعادت هرگاه مخالف بااصول ونُصوص حقوق اسلامی نباشد حجت است .

برای مثال چند مورد را ذکر می‌کنیم ماده ۱۳۲ قانون مدنی می‌گوید :

« کسی نمی‌تواند درملك غیر تصرفی‌کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف وبرای رفع حاجت یا رفع ضرر ازخود باشد » پس اگرکسی درخانهٔ مسکونی‌آهنگری کند ، همسایه‌حق‌خواهد داشت‌اورا به‌خودداری‌ازاین عمل وادارد زیرا عرف مردم اجازه چنین‌کاری را نمیدهد .

از موارد دیگر اختلاف نظر درمسائل حقوقی است‌که عرف وعادت به‌کمك قاضی می‌آیند فی‌المثل ماده ۱۸۱ قانون مدنی میگوید :

« اگر کسی کندو یامحلی برای زنبور عسل تهیه کند زنبور عسلی که در آن جمع میشوند ملك آن شخص است همینطور است حکم کبوتر که در برج کبوتر جمع شود »

در مورد این ماده اشکال است که آیا تملك کندو یاکبوترها ازباب «حیازت مباحات » است‌که غیر مستقیم ازجمع شدن آنها حاصل میشود ویاباعتبار «تبَعیّت» زمین وملکی است که کندو وبرج درآن قرار دارد وبتبع ملك به ملکیت درمی‌آید زیرا تملك کندو اگر درنتیجه اصل حیازت باشد درموقـع فروش آن ملك کندو و

برج جزو مبیع (ملك) نخواهد بود مگر اینکه درعقد بیع شرط شده باشدو برعکس اگر تملك آنها تبعاً للملك باشد جزو مبیع است وبدون اینکه درعقد شرط شده باشد جزو مبیع است اینجا عرف وعادت محل به‌کمك قاضی می‌آید ورفع اشکال می‌کند. زیرا مطابق مادهٔ ۳۵۶ قانون مدنی هرچیزی که برحسب عرف وعادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود.. داخل درمبیع ومتعلق به‌مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد واگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند» واگر مطابق عرف کندوی عسل وبرج کبوترها از توابع ملك محسوب شوند داخل درمبیع خواهد بود[1].

عرف حکمی وعرف محلی

نکته‌ای که باید دراینجا تذکرداد اینستکه عرف درحقوق اسلامی محلی است یعنی ممکن است نظر قاضی همدان با قاضی قوچان درمورد ارجاع به عرف و عادت بلد فرق پیداکند درحالیکه درحقوق فرانسه عرف حکمی است یعنی درتمام نقاط مملکت یکسان بوده ویکسان عمل میشود وموارد عرف معلوم است.

این محلی بودن عرف درحقوق مدنی ایران نیز تأثیری است که ازفقه‌اسلامی درحقوق ما بجای گذاشته شده است وقابلیت انعطاف‌این حقوق را میرساند.

راه حل عملی دیگر مراجعه‌به وجدان حقوقی است، ویك حقوقدان‌ورزیده باید بدان توجه بسیارکند، ازباب مثال اگر فرض شود که قاعدهٔ «جهل بحکم رفع تکلیف نمی‌کند» باقاعده «عدم جواز عقاب بلابیان» معارضه کند، زیرا از نظر قانون اصولا جاهل مقصر وجاهل قاصری برسمیت شناخته نمی‌شود، لذا این تعارض ممکن است[2].

۱ـ بعضی نیز بدون نیاز بعرف وعادت تملك ازاین‌قبیل راهم ردیف افتادن درآلات صیدمثل توروتله دانسته وآنرا **حیازت‌مباحات** گرفته‌اند بحقوق‌مدنی مصطفی عدل چاپ هفتم ص ۱۰۲ وحقوق مدنی دکتر امامی جلد اول‌ص ۱۵۶ مراجعه شود.

۲ـ درحقوق اسلامی جاهل بردوگونه است قاصر مانند شخصی‌که درمیان ایلات وعشایر وده‌زندگی می‌کرده وامکان استماع احکام را نداشته است دراین←

باری راه‌حل را وجدان حقوقی میدهد ، باینطریق که‌اگر بهانهٔ جهل بحکم را ملاك قرار دهیم همهٔ بزهکاران برای فرار ازمجازات بدان متعذر می‌گردند وچون وجدان حقوقی جای این خلاء یعنی جهل به حکم را پرمی‌کند وعقاب وحرمت آن عمل جزء وجدان حقوقی‌اجتماع گردیده است ، مطابق قانون باید مجازات‌گردد ، زیرا حقوق زیر سازش دراین مورد طرز تلقی ووجدان حقوقی اجتماع است‌وتأسیس حقوقی نیز دریك معنـای دقیق عبـارت ازتحت نظم درآوردن همین وجدان حقوقی است .

۹ ـ علت وجودی قوانین تأسیسی وقوانین امضائی

درادواری‌که بشر درجنگلها وغارها بسر میبرد وازگوشت خـام ومیوه هـای درختان تغذیه میکرد ، قانون جنگل که حکومت بازور وغلبه باشد حکمفرما بود ، ولی باپیشرفت تمدن ، اندك اندك درروابط خصوصی افراد قوه الزامی قـانون زور ، رو به ضعف نهاد ، زیرا بشر درآن واحد هم فردی مستقل وهـم فردی عضو جـامعه شد ، وچون هردوحس عمیقاً در او ریشه داربود ، لـذا قوانین اخلاقی وحقوقی را وضع کرد واجتماعات تحت اصول وقواعدی درآمدندکه بساطت وسادگی قوانین‌اولیه را نداشت ، وهرچه برتمدن می‌گذشت پیچیدگی قوانین هـم بهمـان نسبت بیشتر میگردید . افراد اجتماع بدون اینکه‌احساس‌کنند که تحت چه‌قواعد وقوانینی‌اداره میشوند ، دراثر ضرورت ـ ونه‌تنها برپایهٔ انتخاب خود ـ دروضع بالنسبه آرامی‌زندگی میکردند وشاید هنوز بعضی برای مباحث حقوقی چندان ارزش واهمیتی قائل‌نباشند، ولـی همین افـراد بهنگام مواجـه شدن بـاظلم وبی عدالتی ، وجود قـانون را حس خواهند کرد .

← مورد رافع‌تکلیف است ولی درمقصر که باوجود امکان درپی تحصیل‌حکـم نبوده رافع تکلیف نیست .

مونتسکیو میگوید : « بعضی گمان برده‌اند که نیك وبد وداد وبیداد بکلی تابع وضع است یعنی درهیئت اجتماع هرچه را منع کنند زشت میشود وهرچه را جائز کنند زیبا خواهد بود ولی البته چنین نیست واین سخن مانند آنست که بگویند متساوی بودن ونبودن شعاعهای دایره بـاختیار مهندس است وپیش از آنکه کسی دایره رسم کند شعاعها همه متساوی نبوده‌اند »[1]

این سخن میرساند که اجتماع بدون قانون وضابطه نمی‌تواند به حیات خود ادامه دهد وبالضروره این نظام ، سرسری وازروی هوی‌وهوس نیست ، زیرا همانگونه که درمنظومهٔ شمسی ، خورشید نقطهٔ مرکـزی را تشکیل میدهد وسیر ستارگان را درمسیر مخصوصی می‌اندازد وقـانون جـاذبهٔ عمومی براین نظـام حکومت دارد ، همـانگونه نیز درزندگی بشر حـق وتکلیف وعـدالت از افسارگسیختگی وبی نظمی جلوگیری می‌نماید وهماهنگی وتناسب وزیبائی پدیدار میگردد ونمی‌گذارد که نظام جامعهٔ انسانی ازهم بپاشد وفروریزد ، واین مطلب ازغـایت وضوح وروشنی در نظر بعضی پنهان مانده است که اجتماع انسانها تحت قـانون اداره میشود ، وحتی بعقیدهٔ برخی ازفلاسفه ریشهٔ این نظم درتشکیلات طبیعی مردم است واگر حکومتها روزی رسماً ملغی گردند باز این نظم وجود خواهد داشت زیرا این نظم دروابستگی هـا و منافع متقابل افراد یك اجتماع وجود دارد که همه را بیکدیگر مانند سلسلهٔ زنجیر متصل ساخته‌است .

در زندگی مورچه‌ها وزنبورها وموریـانه‌هـا بقدری دروظـایف ، تخصص را گنجانده‌اند که هرعضوی درمیان اجتماع آنها وظیفهٔ اجتماعی مخصوص بخوددارد ، بدیهی است هنگـامیکه زندگی این حیوانات که ارسطو آنها را جـانوران سیاسی خوانده است ، وحیوانات دیگرکم وبیش قوانین ودرسایهٔ آن نظم وانضباط وجودداشته باشد ، به اهمیت حقوق درزندگی بشر وقوانین حاکم برآن ، بیشتر پی‌خواهیم برد ؛

۱ـ سیرحکمت دراروپا جلد دوم ص ۱۰۷

چگونه ممکن است تصور نمود که اتومبیلی ، پیچ ومهره‌هایش درجای خود بدرستی نصب نشده باشد ومعذلك بتوان بدون احساس خطر ازآن استفاده کرد ؟ وحال آنکه اجتماع ، بدون هماهنگی پیچ ومهره‌هایش ، بدون وجود حق وقانون بحیات خود ادامه دهد ؟ همانطورکه بماشین بدون مکانیسم نمی‌توان اطمینان کرد وازسواری آن بهره برد . اجتماع بدون مکانیسم نیز قابل دوام نخواهد بود . حدیث نبوی : « الملك یبقی مع الکفر ولا یبقی مع الظلم »

النهایه چون مردم خود بخود آسایش فردی وامنیت نسبی دارند ، اصول و قوانین حاکم براین نظام را احساس نمی‌کنند . تشکیل اجتماع نیازهائی بدنبال دارد واین احتیاجات تقسیم کاررا ایجاب می‌کند واثر قهری تقسیم کار اصل تخصیص و تخصص ولزوم روابط ودرنتیجه ، قوانین حاکم بر ارتباطات است تا آنهارا تحت نظم درآورد .

پس قانون رشتهٔ استوار ومحکمی است که ازابتدای پیدایش مدنیت وجود داشته وتا اجتماع انسانها باقی باشند ، قانون نیز بالضروره باقی خواهد بود ، و بهمانگونه که بشریت درعرصهٔ زمان ومکان بپیش میرود وحرکت تکاملی وسیرصعودی ونزولی دارد ، قانون نیز همانگونه مراحل را می‌پیماید وهمین نوسانات ودرجات تدریجی نقص وکمال ، قوانین را به دوبخش تأسیسی وامضائی منقسم کرده است .

اول ، قوانین تأسیسی : قوانینی هستندکه بشر خواه بنابه فطرت و عقل خود آنرا کشف ودرك کرده وخواه بوسیلهٔ پیامبران بصورت وحی نازل گردیده ، بهرحال مبتنی بر پیشینه‌ای نبوده‌است ، یعنی درعرف وعادت وقوانین موضوعهٔ قبلی وجودنداشته است مانند قانون رضاع که پیامبر اسلام تأسیس کرد وقبلا وجود نداشت، توضیح اینکه هرگاه یك پسر ودختر که ازپدر ومادر مختلف باشند شیر یکدیگر را بدانگونه بخورند که ازآن گوشت بروید و استخوان سخت گردد ویا تعداد دفعاتش پانزده شیرخوردن ویا دریك شبانه روز متوالی باشرایط دیگر که درآن جمع باشد،

میان آن پسرودختر حُرمت ایجاد میشود وخواهر وبرادر رضاعی یکدیگرخواهند بود وقانون «پسرخواندگی» یا «تبنّی» که بموجب آن قبل از اسلام کسانی که‌پسری را ازقبیلهٔ دیگر بفرزندی قبول میکردند که وارث او میگردید پیغمبراسلام این رویه را ازبین برد ودرعوض تأسیس جدیدی انشاءفرمود.

دوم قوانین‌امضائی : قوانینی هستند که علی‌رغم تغییرات و دگرگونیهای اجتماع ، این قوانین ریشه وبنیان وشالوده‌ای عمیق دراجتماع دارندکه‌قانونگزاران جدید آن مواد اساسی را الزاماً تصویب وامضاء می‌کنند ، زیرا که بجهت مصالحی نمی‌توان آنهارا ازمیان برداشت واگر برخلافش عمل کنند هستهٔ اصلی و مرکز ثقل نظام اجتماعی را ازهم پاشیده‌اند وبامخالفت شدید وجدان حقوقی افرادمواجه خواهند شد .

۱۰ ـ اصل‌علیت واصل غائیت (فلسفهٔ ارزش)

همانطورکه‌پیش‌ازاین‌درفصل‌چهارم این‌کتاب‌درمورد نظریه خواجه‌نصیرالدین طوسی دربارهٔ حقوق وضعی وحقوق طبیعی توضیح دادیم ، قوانین حقوقی مانند کلیهٔ پدیده‌ها ورُخدادها ، دائر مدار تطور و دگرگونی وتکامل است ، النهایه بعضی از قوانین ازافعال غریزی ناشی میگردند وفطری‌هستند واز اینجهت دارای یکنوع‌ثبات ویکسانی میباشند ، ولذا در همهٔ ادوار زندگی بشر موجودند وفقط کیفیات و خصوصیاتشان دگرگونه وعوض میگردد مانند زناشوئی وحضانت ونگهداری طفل‌که میان انسان وحیوان برای حفظ نوع وپرورش اولاد مشترك است ودرتمام ادوار معتبر بوده النهایه دچار تغییراتی ازحیث کیفیت گردیده است اینگونه قوانین که بقول خواجه طوسی بشر بصرافت طبع وفطرت ، بقاء ودوامش را لازم‌دانسته ، هرمقننی و شارعی مجبور است تا آنرا امضاء کند والاپلش آنطرف آب‌خواهد بود .

* * *

نمونه این قوانین مربوط به ارث و حقوق خانواده در روسیه پس از انقلاب است که پس از سال ۱۹۴۴ برطبق قوانین جدید روسیه از قوانین قبلی خود عدول و عقب نشینی کرد و گرایش بسوی کشورهای سرمایه داری نمود و علت آن افزایش تعداد صغار مجرم بود که طبق آمار دقیق ، نتیجهٔ از هم پاشیدگی نظام خانواده بود[۱]

بهرحال این قوانین که منشأ غریزی یا فطری دارند به تبدّل ادوار و اعصار متبدل نمیگردند . گو اینکه در شروط و قیودش که باصل مطلب که عملی غریزی است آسیبی و لطمه‌ای نمیزند بنا به مقتضیات زمان و مکان تغییراتی بدهد و گاهی هم همانطور که یادشد فلسفه این تصدیق و امضاء سنن فطری نیست بلکه مصالحی موقت این مماشات را ایجاب مینماید . قوانینی که در اجتماع بشری ریشه فطری دارند مانند قوانین عالم طبیعت و ماده تابع قانون علیت و سببیت میباشند زیرا ناظر به اعمال ارادی که جنبه خلاقیت و آفرینندگی و لاجرم تغییر و تکامل دارند نمی باشند ، مقصد زناشوئی خود زناشوئی که عمل غریزی و هدف حضانت طفل ، خود آن است گو اینکه این عمل غریزی منجر به بقاء نوع باشد .

در عالم طبیعت قانون جاذبه عمومی و امثال آن و اعمال غریزی حیوانات هدفشان در خودشان میباشد برعکس اعمال ارادی انسان که هدفش در خارج از خود است، و همین است که بانسان شخصیت میدهد زیرا **در طبیعت قانون علیت و سببیت در کار است و در عالم اجتماع و انسان قانون غائیت و فلسفه ارزش حکمفرما است** و بقول حافظ «فکر هر کس بقدر همت اوست ».

فکر اگر سازنده بود نیازی به همت ، از خودگذشتگی ، فداکاری و عشق نبود، فکر مانند استدلال ریاضی ۴=۲×۲ روابط موجود را بیان می‌کند ، نیروی پدید آورنده و خلاقه نیست ، و در نظام اجتماعی تغییری و تبدیلی را سبب نمی‌شود ، برعکس

۱ـ کلیات حقوق تطبیقی دکتر افشا ص ۱۰۵ ببعد

احساس ارزش دراراده نفوذ می‌یابد واورا وادار بـه عمل می‌کند احساس ارزش از آنچه هست خبر نمی‌دهد و وضع موجود را تبیین نمی نماید ، بلکهٔ آنچه را ازنو باید بوجود آید وهستی بخش آن گردد ، بیان می‌کند ، ناظر به مقصد وهدف است در حالیکه فکر ناظر به علت وسبب میباشد ، فکر آنچـه‌راکه هست نشان میدهد وکاری نداردکه عمل‌هم باید بآن بشودیانه ؟

بقول شاعر :

جز بخرد مند مفرمـای کار گرچه عمل کارخرد مند نیست

واز آنجا که فکر درمقام قضاوت وداوری و نظر به‌درستی و نادرستی کار، ندارد بلکه به‌کشف آنچه هست می‌اندیشد .

مولوی میگوید :

پای استدلالیان چوبین بود پای چوبین سخت بـی‌تمکین بود

درطبیعت‌هدف‌ومقصد نهفته‌و نامعلوم است یکنوع بی‌خبری‌از نتیجه‌درعالم طبیعت وحیوان وجود دارد حیوان برطبق غریزه درمواقع معین به کارهائی وادار میگـردد بدون اینکه نتیجهٔ آنها رابداند ، زندگی حیوان بی‌معنی است زیرا غایتی ندارد ، همانطورکه زلزله ، سیل وجریان رود خانه غایتی ندارد این رُخدادها معلـول علتی است وهرگاه آن علت وسبب تحقق پیداکند وجود آنها غیرقابل اجتناب است ، اما درزندگی بشر **ودرفلسفه‌ارزش‌معلول مقدم برعلت‌است** یعنی اول غایت و هدفی را درنظر می‌گیرد وبآن ارزش میدهد وبعد درپی وسیلهٔ رسیدن بآن است .

واین نقش‌احساس ارزش تاآنجاست‌که **شوپنهاور** بطورافراطی حقیقت‌جهان را اراده وخواست انجام کارمیداند وفقط اراده را اصل میداند وبقیه امور را عارضی می‌پندارد[1] .

۱- سیرحکمت دراروپاجلد سوم ص ۴۸

قوانین طبیعت مانند قوانین ریاضی جنبه (a priori) دارند یعنی قبل از تجربه وجود دارند[۱] ولذا هدفی ندارند درحالیکه قوانین اجتماعی چون هدف دارند ، محصول تجربه میباشند ؛ درطبیعت پی علت ودر انسان پی هدف باید گشت ، هنگام بیماری کودك عشق باو ، برانگیزندهٔ ما برای اقدام به معالجه است ودانش ، شناخت وسائل رسیدن به بهبودی است ، عشق بفرزند معلول است و علت اقدام به معالجه است ولی در ذوب شدن برف وجریان سیل متعاقب آن ؛ علت مقدم بر معلول است ، ایمان همان احساس ارزش است واین سخن عیسی درست است که برای سعادت ونجات انسان اول ایمان لازم است سپس عقل ، وحتی قرآن نیز درسومین آیه ازسوره بقره ایمان به غیب راشرط لازم رستگاری وهدایت دانسته است ، عقل وسائل مادی انسان راآماده می کند وایمان سعادت معنوی وی رافراهم می سازد ، حیوان که مسئولیت ندارد برای اینکه تحت قانون علیت وغریزه رفتار می کند اما انسان که مسئول قرارداده میشود واحساس گناه می کند اگر ازانجام تعهد غفلت ورزد ، باین علت است که تحت قانون علیت نیست .

برتراندراسل می نویسد : «فلسفه طبیعت یك چیزاست وفلسفه ارزش چیزدیگر ، هیچ چیز منحوس تر ازدرهم آمیزی آنها نیست ، آنچه راکه به عنوان خوب تشخیص میدهیم ، آنچه راکه دوست میداریم ، هیچگونه رابطه ای با آنچه که وجود دارد ـ که به فلسفه طبیعت متعلق است ـ نمی تواند داشته باشد : ولی هیچکس نمی تواند مانع ماشود از اینکه بدین یا بدان ارزشی قائل باشیم . بدان بهانه که این چیزیك قانون طبیعی را بیان می کند ، ما ، بدون چون وچرا ، جزئی از طبیعتی هستیم که امیال ، آرزوها وترسهای ما ـ همسان باقوانینی که فیزیکدان به کشف آنها می پردازد ـ آفریده است . بدین معنی ماجزئی از طبیعت هستیم ، ماوابسته به طبیعت می باشیم .

۱ـ درفصل اول وفصل ششم همین کتاب قبلا درین مورد بحثی کرده ایم .

بالاخره مامولود ومحصول قوانین طبیعی بوده و به تدریج هم دستخوش وقربانی آنها می‌شویم ...»

« .. دنیای وسیع تاآنجاکه مابه مدد فلسفهٔ طبیعت آنرامی‌شناسیم نه خوبست ونه بد ؛ وهم خودرانیز صرف آن نمی‌کند که مارا بدبخت یاخوشبخت سازد»وسپس می‌گوید : « ... ولی درفلسفه ارزش اوضاع واژگون شده است ـ طبیعت فقط جزئی ازآنچه راکه قادربه تصورش می‌باشیم نشان میدهد .

هرآنچه‌راکه حقیقی ومجازی باشد می‌توان ارزیابی کرد ومعیاری هم وجود ندارد که بوسیله آن ثابت‌کنیم ، این ارزیابی اشتباه‌آمیزاست ، ماقضات‌تام‌الاختیارو غیر قابل انکار ارزش هاهستیم وطبیعت دردنیای «ارزش» جزئی بیش نیست . بـدین ترتیب مادرجهان ازطبیعت جلو می‌زنیم ، دردنیای «ارزش» طبیعت خود خنثی‌است، نه‌خوب است ونه‌بد ، نه‌شایسته ستایش است نه مستوجب‌سرزنش ، این مائیم که‌ارزش را خلق می‌کنیم وامیال ما هستندکه جویای آنند ، دراین قلمروئیکه برآن‌سلطنت داریم . اگر دربرابرطبیعت تسلیم شویم‌نزول‌مقام می‌یابیم . برماست‌که تصمیم بگیریم یك زندگی پرهیزکارانه داشته باشیم»[1] .

شاعر عارف ، حافظ دراین باب می‌گوید :

توکز سرای طبیعت نمی روی بیرون　　کجابـه کوی طریقت گذرتوانی‌کرد

* * *

۱۱ـ قوانین‌تأسیسی وامضائی‌دراسلام

ازمبحث اصلی دور افتادیم ، پس‌از این مقدمه طـولانـی اینك میگوئیم که نظام حقوق اسلامی ازآنجاکه دعوی جاودانگی دارد ، باید هردوگونه قـانون را ـ چه قوانین تأسیسی وچه قوانین امضائی ـ واجد باشد ، قوانین تاسیسی را ، ازاینجهت

۱ـ چرا مسیحی‌نیستم ؟ برتراندراسل ص ۶۶ تا ۶۸

که بنا باقتضاء تکامل اجتماعات ، خواه درزمان حیات پیامبر وخواه زمان حال ، ضرورت پیدا می کندکه نواقص وکمبودهارا بوسیله مقرراتی جدید ؛ تدارك نمایند، برای تایید این مدعی ، یاد آور میشودکه فی المثل برای ادارهٔ جامعه بهحکومت اسلامی اختیاراتی داده شدهکه اگر زکوة برای رفع نیاز مندیها ، کافی نباشد ، بسته به مصالح عمومی ، قوانینی تصویب کنندکه بموجب آن ازسود ویااصل سرمایهٔ سرمایه داران مالیات اخذ شود ، ودراین مورد بر خلاف زکوة حدودی هم تعیین نگردیده است[۱] .

پس اگر فرض شودکه اختلاف طبقاتی و نیاز مندیها باندازهای شدید وزیادباشد که ازگرفتن زکوة تعادل ایجاد نگردد ، ومردم ازامکانات مساوی بهره مند نشوند ، بحکم ضرورت که روایات وآیات دربارهٔ آن بسیاراست ، بایداز آن گروهی کهسرمایه ومنابع اقتصادی اکثریت راتملك کرده اند ، تحدید مالکیت ومصادرهٔ اموال گردد .

نویسنده شرح لمعه می نویسد : «اگر گرسنه خطر مرگ تهدیدش کند ،میتواند ازکسی که غذا دارد بگیرد واگرامتناع ورزید ، آدم مضطر میتواند باوی بهستیزه برخیزد ، اگرشخص مضطر درمبارزه کشته شد شهید ومظلوم است ودیهٔ خون وی به عهدهٔ صاحب غذاست واگر صاحب غذاکشته شودخونش هدر خواهد بود[۲] » .

جملهای نیز از ابوذر است که گفت : «عجب دارم ازمردمی که فقررا درخانه می بینندو بروی مردم شمشیر نمی کشند» . وهمچنین اساساً دراسلام مالکیت نسبی و

۱- ان الله عزوجل فرض من اموال الاغنیاء للفقراء مایکتفون به الفقراء ولو علم ان الذی فرض لهم لایکفیهم لزادهم وانما یؤتی الفقراء فیما اتوا من منع حقوقهم لامن الفریضه ... ودرحدیثی دیگر ازامام صادق که میفرماید : ان الله عزوجل فرض فی اموال الاغنیاء حقوقاً غیرالزکوة فقال : «والذین فی اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم» الذاریات آیه ۱۹ ، معارج آیه ۲۴ وتاآخرحدیث که حاوی فرائض دیگری است که درقرآن نیز آمده است .

۲- شرح لمعه کتاب اطعمه واشربه اضطرار بخوردن میته .

محدود است و انسان مالك مطلق و تام‌التصرف درزمین ومنابع وفرآورده های آن نیست تابهر صورت که بخواهد درآن تصرف و تملك نماید .

۱۲- مالکیت دراسلام

دراینجا برای تأیید بیشتر قسمتی از نظر یکی‌از حقوقدانان اسلامی‌را عیناً نقل می‌کنیم : «چون معنای مالکیت اختیار وقدرت درتصرف است وقدرت و اختیار انسانی محدود است نمی‌تواند خودرا مالك‌مطلق ومتصرف‌تام‌الاختیار بداند .

این قدرت مطلق وتصرف کامل ونافذ فقط برای خداوند است‌که انسان وهمهٔ موجودات را آفریده وپیوسته آنها را درتصرف خود دارد . بنابراین مالکیت انسان درحد ارادهٔ حکیمانهٔ او وعقل واختیار وآزادیست که بانسان عطاءکرده : قل‌اللهم مالك الملك توتی‌الملك من‌تشاء وتنزع‌الملك ممن تشاء (آل عمران آیه ۲۶) ولم یکن له شریك فی‌الملك (اسراء - ۱۱۱[۱])

اینگونه آیات شخص موحدرا دائماً متوجه وهشیار باین حقیقت مینمایدکه جهانیکه خودجزئی ازآنست پیوسته درتصرف قدرت قاهریست‌که مالك بحق اواست. آیات دیگری درقرآن کریم صریح است باینکه زمین ومنابع آن ازآن‌خداونداست واواست که آن را مسخر انسان ساخته وانسان دراین تصرفات جانشین (خلیفه) پروردگار است :

«والارض‌وضعها للانام - الرحمان» «جعل لکم الارض‌فرشاً - بقره» «سخرلکم

۱- بگو : خداوندا : تومالك ملکی (ملك‌بضم : قدرت وسلطه برشی یاچیزیکه مورد تصرف وسلطه است) این‌ملك‌رابهرکه خواهی (مطابق حکمت خود)میدهی وازهرکه خواهی می‌ستانی . دراین‌تصرف‌مالکانه هیچگونه‌شریکی برای اونیست

مافی الارض - حج ۶۴»[1]

«ثم جعلناکم خلائف فی الارض - یونس ۱۴» «هوالذی جعلکم خلائف فی الارض - فاطر ۳۹»[2].

«مضمون این آیات ومانند آن بیان جانشینی (خلافت) انسان در زمین است تااین جانشین دستور وارادهٔ صاحبجای را انجام دهد. «وانفقوا مما جعلکم مستخلفین فیه. حدید آیه۷» «وآتوهم من مال الله الذی آتاکم - نور آیه ۳۳» «وامددناهم باموال وبنین. اسراء آیه ۶». «ویمددکم باموال وبنین، نوح. آیه ۱۲»، «ایحسبون انما نمدهم به من مال وبنین ... مؤمنون آیه ۵۵» «وترکتم ماخولنا کم وراء ظهورکم انعام؛ آیه ۹۴»

یعنی انفاق نمائیداز آنچه شمارادر آن خلیفه ساختیم. بدهید بآنهاازمالیکه خداوند بشما داده؛ امدادکردیم آنهارا به مالها وفرزندان، امدادمی کند خداوند شمارابه اموال وفرزندان، آیا پندارندکه ما آنهارا بوسیله مال وفرزندان امداد می کنیم ... آنچه تصرفش را دراختیار شما گذارده ایم، پشت سر گذارده اید.

این آیات صریح دراین استکه مالك مطلق فقط خداوند است، اوستکه این حق را درحد خلافت (جانشینی از خود) بانسان انیان (هبه)، امداد (نیروی ادامه زندگی) کرده وتحویل (واگذاری تصرف مالکانه)، نموده، ونیز قرآن صریحاً ملك زمین را برای خداوند دانسته «و ارض الله واسعه - زمر، آیه ۱۰» «فذروها تأکل فی ارض الله - اعراف آیه ۷۳ - هود آیه ۶۴»[3]

۱- وزمین را برای همهٔ مردم وضع کرد (فرودآورد ودردسترس قرارداد) زمین را برای شما گسترده وآماده گرداند. انچه درزمین است مسخر شما گرداند.

۲- سپس شمارا خلیفه های درزمین گرداندیم. اوست کسیکه شمارا خلیفه گان زمین گرداند.

۳- زمین خدا پهناوراست. بگذارید آن (ناقه صالح) درزمین خدا آزاد بچرد.

برطبق این اصل (مالکیت نسبی ومحدود) که مستفاد از نصوص قرآن است ، آدمی مالك مطلق وتام‌التصرف درزمین ومنابع آن وفرآورده های ازآن نیست ؛ تاهر قدر وهر طورکه بخواهد درآن تصرف کند ، درواقع مال مال‌الله وانسان خلیفة‌الله وبنده اوست ؛ بعبارت دیگر چون این خلافت برای همه است فرد وکیل ونایب جمع میباشد وتصرفاتش باید درحد خیرومصلحت عموم باشد .

بااین نظر مالکیت محدود ، مقیّد ، عاریتی وتفویضی است . مقابل این نظر مالکیت مطلق ، آزاد وریشه دار ، وبی‌قید وشرط میباشدکه ازآثار آن استحکام ریشه های آن‌در نفوس وهدف بلکه معبود واقع شدن آنست تاآنجاکه گاهی مال وروابط اقتصادی ؛ خالق وپدید آورندهٔ همه شئون معنوی واجتماعی بحساب می آید ازاین اصل اساسی ، این احکام‌اصولی‌دربارهٔ علاقه وروابط مالکیت سرچشمه میگیرد:

۱ـ زمین ومنابع طبیعی ملك خاص هیچ کس‌نیست (نه‌فرد ونه اجتماع) فقط سرپرست مسلمانان (امام ، ولی عصر) برحسب مصلحت عموم برزمین ومنابع آن‌نظارت دارد(اصل اباحه وعدم مالکیت خصوصی جز درموارد ویاشرائط خاص) .

۲ـ افراد در حد تصرفات مفید وعمل مثمردارای حق خاص ومحدود درتصرف زمین ومنابع طبیعی آن ، وحق مالکیت درمنتوجات‌وکالاها می‌شوند .

۳ـ فقه‌اسلامی برای احراز مالکیت واعمال مفیدی که منشأ آنست تعریف و وشرایط خاصی دارد .

٤ـ منابع طبیعی (انفال وفیئی) نباید درتصرف واختیار افراد وطبقهٔ خاصی قرار گیرد وکسی هم نمی تواند دیگران‌را باشرایط خاص ازبهره برداری ازآنهاجلو گیری نماید .

٥ـ پول وفلزاتیکه وسیلهٔ مبادله کالاها وتقدیر ارزش آنها میباشند نباید در دست افرادی متمرکز وگنجینه شود تابااین وسیله قدرت یابند ومنابع‌حیاتی وضروری ووسائل زندگی دراختیار صاحبان قدرت قرار گیرد و وضع طبیعی وعادلانهٔ کار

وتوزیع مختل شود .

۶ـ درحدود اصول واحکام اسلامی اگر فرآوردهٔ اشخاص ازنقـد وجنس بحد نصاب معین‌رسید ، یادرزمان‌معینی افزایش یافت مالیات مستقیم‌وثابت (زکوة ،خمس) بآن تعلق میگیرد .

۷ـ سرپرست اسلامی (امام ، ولی‌عصر ، نواب) برحسب مصلحت عمومی‌حق تصرفات دراموال وبستن خراج وتعیین حدآن برزمین هاومنابع طبیعی دارند .

۸ـ سودها واموالیکه ازمعاملات نامشروع (ربا ، قمار ، بخت‌آزمائی) یـا از کالاهای مضر یاغیر مفید بدست آید موجب مالکیت نمی شود .

۹ـ محجورین وسفهاءدراموال خود ، حق تصرف ندارند .

۱۰ـ تحریم مصارف درراه بیهوده وزیانبخش بفردواجتماع که این تحریم‌خود مانع جلب ثروت نامحدود ونامشروع است[1] .

آقای طالقانی سپس می‌نویسد : «منشأ این احکام وناظروحاکم برآنها بیش از اصل گذشته ، اصولی از قرآن وسنت وعقل وعرف است مـانند اصل : «لاتـاکلوا اموالکم بینکم بالباطل - بقره آیه ۱۸۸»[2]

اصل : «کیلاتکون دولة بین‌الاغنیاء منکم - حشرآیه ۷»[3] اصل : «لاتؤتوالسفهاء

---

۱ ـ اسلام ومالکیت ، سید محمود طـالقانی ص۱۴۳تا۱۴۷ چاپ‌چهـارم

۲ ـ اموال خودتان را درمیان خودتان بـباطل نخورید (باطل،بیهوده وبی نتیجه وبدون عمل متمر ـ کلمهٔ «بینکم» وتکرار ضمیر«کم» گویا اشاره‌باین استکه اموال ازجهتی مورد تعلق حق‌عمومی ودرمیـان باید باشد تاهرکسی در حد حق واستحقاق بآن دسترسی داشته باشد) .

۳ ـ تاآنکه فیئی (منابع عمومی طبیعی) درمیان ثروتمندان دستگردان نشود . (گرچه این‌آیه درمورد فیئی است ولی مبین این اصل اساسی است که ثروتهای عمومی نباید درانحصار طبقه خاصی درآید .)

اموالکم اتی جعل الله لکم قیاماً - نساء»[۱] اصل : «اوفوا بالعقود- مائده»[۲] اصل: «لاضرر ولا ضرار فی الاسلام ، حدیث نبوی»[۳] اصل : «الضرورات تبیح المحظورات ، حدیث یا اصل عقلی وعرفی» .

اصل : «رفع ضرر اقل واخص برای جلوگیری از ضرر اکثر واعم - اصل عقلی وعرفی» واصل : «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالا- حدیث[۴]» مجموع این احکام اصولی واین اصول تشریعی وعقلی وفروع منشعب از آن بصورت قرار دادهای مالی واقتصادی متکی برایمان و قدرت اجرائی درمیآید»[۵] برای تشریح اینکه چگونه دراثر تغییرات اوضاع جهان مقرراتی نو لازم وضروری است وقوانین تأسیسی بچه علت درحقوق اسلامی پیش بینی شده اند وذکر مثال آن درباب مالیاتهای جدید علاوه برزکوة وخمس این فصل مارا به بحث مالکیت دراسلام کشانید وازمبحث اصلی دور شدیم ، برای پایان دادن باین مبحث پس ازذکر علت تشریع قوانین تأسیسی اکنون گوئیم قوانین امضائی هم درنظام حقوق اسلامی پیش بینی شده است زیرا اجتماع بخودی خود ، پای بند باصول وقوانینی است ، به سنتها ورویه ها وعرفهائی خوگرفته ، پس لازم است قانونگزار اینگونه اصول وقوانین را ولو بطور موقت امضاء کند تا شالوده وارکان اجتماع ازهم نپاشد ، النهایه باید منتظر بماند تازمینه لغو ونسخ قطعی آنها

---

۱ ـ اموال خودتان را که خداوند وسیلهٔ قیام زندگی شما قرار داده بدست سفیهان ندهید (دراین آیه اموال را نسبت بهمه و سیلهٔ قیام معرفی کرده که نباید بدست کسانیکه سفاهت مالی دارند داده شود).

۲ ـ به پیمانها وقراردادها وفادار باشید .

۳ ـ دراسلام نه ضرر است ونه ضرار .

۴ ـ مؤمنان پابند شرایط وقراردادهای خودهستند مگر آنچه حرامی را حلال یاحلالی را حرام کند .

۵ ـ اسلام ومالکیت ص۱۴۷ و ۱۴۸ وجلد هفتم ترجمهٔ تفسیر المیزان ص۲۸۸ تا ۳۰۱ بحثی تحت عنوان « اموال دنیا متعلق بتمام مردم است ».

فراهم گردد .

زیرا اگر جزاین باشد دراجتماعی که خود آماده‌پذیرش اصلاحی نیست‌مانند زخمی‌که پیش ازوقت نشترزده شود اثرسوء باقی خواهد گذاشت و موجب اختلال‌نظم وتباهی بیشر ارکان اجتماع خواهدگردید .

۱۳ـ امضاء بردگی دراسلام

همانطورکه دربارهٔ قوانین تأسیسی به مثالی دربارهٔ مالیاتهای جدید مبادرت کردیم وناگزیراز بحثی‌پیرامون اسلام ومالکیت گردیدیم ، همانگونه هم‌درباره‌قوانین امضائی ومثال بارزآن که بردگی باشد بحثی رادر اینجا لازم میدانیم .

میدانیم که بردگی ابتدادرانگلستان (درسال ۱۸٤۰) وسپس‌درفرانسه‌وهلندلغو شدوپایان‌به «جنگهای انفصال» امریکا که بردگی درامریکای شمالی و جنوبی یکسره لغو شد ، اما همانطورکه میدانیم ماشینیسم درازمیان بردن برده‌گیری نقش‌تام وتمامی داشته است وبقول **ویل‌دورانت** : «آزادی بردگان بدست انقلاب نیست بلکه بدست اختراعات است» زیرا باپیشرفت تشکیلات‌کارگری‌وبکاربردن ماشین ، چنان‌ازوابستگی بربازوان انسانی کاسته گردیدکه ما تصورآن راهم نمی توانیم بکنیم و لذا دیگر داشتن برده بصرفه‌اقتصادی‌نبودبقول **مارکس** : «درکمین‌هرحادثه بزرگی عوامل‌اقتصادی نشسته است ، گاریس بخاطر اخلاق برضد برده داری قیام نکرد وآنجا که لینکلن بردگان را آزاد ساخت اقدام جنگی بود برای ضعیف ساختن جنوب ، اوخود به صراحت می‌گفت‌که اگربابرده ماندن غلامان صلح میسر می‌شد آنها را بهمان حال بردگی می‌گذاشت ، جنوب می‌خواست از شمال جداشود زیرا از مالیات ضرر می‌دید وامید نداشت که‌برکنگره مسلط شود .

شمال میخواست‌که جنوب رانگاه دارد زیرابازاری بود برای فروش‌محصولات صنعتی شمال ومنبعی بود برای تهیهٔ مواد خام وغذا . غایات اخلاقی درنظر هردو

طرف مانند روپوشی بودند . درهر وضعی ودرهر حالی غایت ومقصد احتیاجات مادی است وجمله بندیهای اخلاقی سرپوش وروپوش است[۱]» :

مارکس می‌گوید :«انقلابهائی که کامیاب میگردند فقط امضای سیاسی موفقیتهای قبلی است[۲]» ودراین مورد ما باعقیده مارکس موافقیم که بردگی یکی از پدیده‌های قبل از دوران ماشین است ، النهایه نباید از نظر دور داشت که بردگی اگر از نظر فردی از میان رفته است جای خودرا به بردگی دسته جمعی داده ، یعنی به استعمار (کهنه و نو) داده است . تاهمان کشوری که درامر الغاء بردگی پیشقدم بود ، درمستعمرات هندوستان ، افریقای جنوبی ؛ استرالیا وسایر کشورهای دیگر که دراستعمار نهانی انگلیس بوده‌اند ، درامر بردگی دسته جمعی بیدادکند :

قبل از لغو بردگی اگر اشخاص درمنزل یامزرعه برای کارشخصی خود برده یا کنیز داشتندولی امروز آنچنان که در بعضی از نشریات نقل شده است ، دراردوگاههای کار اجباری برخی ازکشورها ، میلیونها نفر بجرم محکومیتهای سیاسی وحتی عادی، از جمله دررژیم استالین ، بوضع هولناکی بسر میبرده اند ؛ دراین اردوگاهها استالین از این افراد برای نیروی کار بسیار ارزان جهت برنامه های اقتصادی با بیگاری گرفتن زندانیان استفاده میکرد ؛ بقول هربرت اسپنسر: «اگر درمدنیتهای بدوی مردم آدم خوارند یاافراد رابه غلامی میگیرنددر مدنیت های جدید ملل را میخورند و اقوام و قبائل رایکسره بنده وغلام میسازند وتاوقتیکه جنگ موقوف نشده تمدن جزیك رشته مصائب وبلیات چیزی نیست وزندگانی آسوده ومدنیت عالی وقتی صورت میگیرد که جنگ متروك ومنسوخ شودواین موقوف است براینکه هیئت اجتماع بشری ازحالت جنگجوئی به حالت پیشه‌وری درآیدکه حیثیت واعتبار وآبرومندی به اشتغال به پیشه‌ها وکارهای مسالمت آمیز باشد ... »[۳] .

---

۱ ـ لذات فلسفه ص۲۷۹

۲ ـ لذات فلسفه ص۲۷۶

۳ ـ سیرحکمت دراروپا جلد سوم ص۱۱۲

دیگر بردگی فکری است که درفصول گذشته نیز ازآن یادشده است ، فرهنگ غربی می کوشد تادرهرزمینه اعم ازجامعه شناسی واقتصاد ومردمشناسی ، تسلط خودرا برجوامع عقب نگهداشته شده ، توجیه نماید ، فی المثل درمورد مسأله تبعیض نژادی ومشروع جلوه دادن بهره کشی قوی از ضعیف آنرا یك برتری طبیعی جلوه داده است

درحالیکه هرگونه استدلالی که برعلیه آزادی انسان بعمل آید ، محکوم و مردود است ، آزادی انسان چیزی نیست که آنرا بتوان باهیچ استدلالی ردکرد ، انسان نسبت به آزادی خود **علم حضوری** بیواسطه دارد واین حس را بااستدلال منکر نمی توان شد ، اسلام ازاین حیث تمام مردم را زن ومرد ، سیاه وسفید ، آزاد ومتساوی الحقوق دانسته است ، پیغمبر فرماندهی سپاهیانی که درآن سران عرب و مهاجروانصار بودند به زید وسپس بفرزند جوان وی اُسامه که غلام وغلامزاده بودند واگذارکرد ، وفرمود : «اگر غلام حبشی فرمانده وامیر شما شود تا قانون خدارا اجرا می کند باید ازوی اطاعت کنید ؟ » .

بیشتر مقربین ونزدیکان حضرت علی علیه السلام از غلامان وموالی (غلام آزادشده) مانند «میثم تمار» بودند ، قرآن تمام مظاهر امتیازات واختلافات حقوقی ونژادی را ازریشه محو نموده وهمه جاخطابهای قرآن درباره دعوت بحقوق عمومی انسانهااست وهیچگونه توجهی به رنگ ونژاد وطبقه وثروت وقدرت ننموده است ازطرفی اسلام تمام طرق برده گیری را که قبل از ظهورش درمیان همهٔ ملل عالم مُجری بود ملغی ساخت وفقط اسیرگرفتن جنگی را ـ که هنوزهم ضرورت آنرا ایجاب می کند ـ امضاء کرد ، ازسوی دیگر اسلام نمی توانست درآن روزگار بردگی فردی را بکلی ملغی سازد لذا برای بردگانی که درکشورها وجود داشتند ، قوانینی وضع کردکه آنرا خود بخود بصورت یك لغو غیررسمی درآورد ودستورات بسیار مؤکدی برای محبت ببردگان صادرکرد ، و مقرراتی ایجادکرد که از طریق آنها بردگان بتوانند خود ، خود را آزاد نمایند ویاراهی برای آزادی آنها وجود داشته باشد مثلا «مکاتبه» آنست که

طی قراردادی میان برده وصاحبش ، برده تعهد می‌کندکه درمقابل‌تادیه مالی‌صاحبش اورا آزادکند ومستندآن‌آیه۳۳ سورهٔ‌نور است‌که :

«آن‌کسانی ازمملوکهای شماکه درخواست (مکاتبه) دارند ، باآنها نوشته ردو بدل‌کنید اگر درآنان خیری (رشدی یا مالی) میدانید وازآن مال خداکه بشما داده بآنان بدهید» .

برطبق این‌آیه همینکه برده‌ای دارای رشدمشهود یارشد مالی گردید ، واجب یابقولی مستحب مؤکد است‌که صاحبش بقرار داد مکاتبه تن‌دردهد واگر ازتادیه‌مال برده ناتوان بودبیت‌المال ازسهم زکوة باید وی‌راآزاد نماید .

همچنین «تدبیر» که آنهم عبارتست ازوصیت بآزادی‌برده پس‌از فوت مالك ، گرچه درزمان حیات ، مالك می‌تواندازاین وصیت برگردد ولی فرزندان چنین‌برده‌ای که پیش از برگشت مالك ازوصیت خود متولد شده‌اند ؛ آزادند .

وهمچنین «سرایت» که اگر بهر علتی اعم از مکاتبه یا تدبیر یانذر وغیره جزئی ازبرده‌ای آزادشد این آزادی نسبت بسایر اجزاء وی نیز سرایت می‌کند ، ویا اگر صاحب کنیزی ازاو صاحب فرزندی شود ، حق فروش ازوی سلب میگردد وهمچنین برای «نذر» و «کفاره قتل» و «کفاره روزه» و «کفاره تخلف ازسوگند ونذروعهد» برده آزاد میگردد و این موارد از موارد آزادی اجباری بـردگان است .

تاریخ نشان دادکه درامریکا برسرالغاء بردگی جنگهای خونین چند ساله در گرفت وهنوزنیز پس از تصویب نامه لینکلن در ۱۸۶۳ مشاهده می‌کنیم‌که چه مظالمی برسیاهان درامریکا وارد میشودکه نقل آنها موجب اطناب است ، دیدیم کـه چگونه کندی جان خودرا برسر تامین حقوق سیاهان گذاشت ، حال باید باسلام حق دادکه درابتدای ظهور بصورت رسمی ویکسره بردگی را الغاء نکند .

درمورد اسرای جنگی هم یادآور میشود که علاوه بـراینکه جنگ از نظر

اسلام بخاطر اختلافات طبقاتی و نژادی و منطقه‌ای و یا اغراض سیاسی و اقتصادی نیست، باید گفت که اسرای جنگی امروز هم وجود دارند و در اسلام حکم اسرای جنگی بستگی به صلاحدید زمامداران و مصلحت جامعهٔ اسلامی دارد بطور کلی سه موضوع را میتواند پیشنهاد کند:

۱ـ بدون قید و شرط آزاد نماید همانطور که در متون تواریخ اسلامی هم آمده است که رسول اکرم در پایان بیانش در فتح مکه به اسیران فرمود: اِذْهَبُوا اَنْتُمُ الطُّلَقا یعنی بروید، همه شما آزادید.

۲ـ باگرفتن مبلغی غرامت حکم بآزادی آنان، صادر نماید.

۳ـ حکم به برده بودن کنند. و حکومت اسلامی برای هرسه امر اختیار خواهد داشت.

جان لاک درباره بردگان (اسیران جنگی) می‌گوید: «... اما نوع دیگری خدمتگار هست که ما آن را برده میخوانیم و او کسی است که در جنگ مشروعی اسیر شده است و بموجب قانون طبیعی در قدرت آن که براو پیروز شده در آمده است، این مردان چون با شرکت در جنگ از حق خود نسبت به هستی خویش صرف نظر کرده‌اند به تبع آن، حق آنها نسبت به آزادی و اموال هم ساقط شده است و چون در وضع بردگی به سر میبرند و حق تملك چیزی را ندارند، آنها را نمی‌توان اعضای جامعه سیاسی محسوب داشت، چه منظور اصلی از تشکیل جامعهٔ سیاسی حفظ اموال افراد آن جامعه است»[1].

* * *

۱ ـ آزادی فرد وقدرت دولت ص۲۰۲

۱۴- حسن ختام

درخاتمه به نقل مطالبی از حضرت علی(ع) برای حسن ختام این مقال می‌پردازیم : «روزی امام ضمن یك‌سخنرانی عمومی گفت : ای‌مردمان ازآدم کسی برده یاکنیز بدنیانیامده ، مردم همگی آزادند (سخنی که‌بعدهاازژان‌ژاك‌روسومعروف گشت) ولیکن خداوند پاره‌یی ازشما رابیش ازپاره‌ی دیگر نعمت بخشیده پس‌کسی که‌ابتلائی داردباید شکیبائی درخیرپیشه سازد وبدین فضیلت شکیبائی برخدای عزیز منت ننهد . توجه کنید اکنون چیزی رسیده است وماهیان سیاه وسرخ تسویه قائلیم وبه‌مساوات تقسیم خواهیم کرد . مروان دراینجا به طلحه وزبیر گفت علی‌دراین‌سخن جزشما بکسی نظرندارد (یعنی‌میخواهدبشما تعریض کندکه امتیازی درتقسیم ندارید ونخواهید که نیست) آنگاه امام شروع کردبه تقسیم وبهریك سه دینار میداد و به مردی از انصار سه دینار داد ؛ سپس‌غلام سیاهی آمد وباونیز سه دینار داد .

مردانصاری گفت :

یاامیرالمؤمنین این برده یی بود که دیروز آزادش کردم من و اورا مساوی قرار دادی !

فرمود : من‌درکتاب خدا نظرکردم برای فرزندان اسماعیل نسبت به‌فرزندان اسحاق برتری یی نیافتم (یعنی اصولا برای امتیاز نژادی درقرآن که ملاك شریعت ماست چیزی نیافته ام پس‌احترامی باین خواسته‌ی‌خرافی وامتیاز جاهلی نمی‌گذارم)[۱]

---

۱ ـ سرود جهشها ، محمد رضا حکیمی ص۱۰۴ و عیناً متن عربی را نیز برای مزید اطلاع می‌آوریم : « خطب امیرالمؤمنین(ع) فحمدالله واثنی‌علیه ثم‌قال : « ایهاالناس ان‌آدم لم یلد عبدا ولا امة وان‌الناس کلهم احرار ولکن الله‌خول بعضکم بعضا فمن‌کان‌له بلاء فصبر فی‌الخیر ، فلایمن به علی‌الله‌عزوجل الاوقد حضرشئی ونحن مسوون فیه بین‌الاسود والاحمر . فقال مروان لطلحة والزبیر : ماارادبهذا غیرکما ـ قال : فاعطی کل‌واحد ثلاثة دنانیرو اعطی رجلا من‌الانصار ثلاثه دنانیر وجاء بعد غلام اسود فاعطاه ثلاثه دنانیر فقال←

همچنین حضرت علی علیه السلام هنگامیکه به‌شهر انبار رسید ، مردم مطابق عادت دیرینه که در برابر حکام وپادشاهان تعظیم میکردند و بخاك می‌افتادند ! در برابر وی مراتب تعظیم را ازحد گذراندند ، حضرت فوق‌العاده ناراحت شد وفرمود : این چه کاری است که می‌کنید ؟

گفتند : این رسم ماست که سرداران وفرمانروایان را بدینگونه احترام می‌کنیم .

حضرت فرمود : بخدا قسم ، فرمانروایانتان ازاین کارسودی نمی‌برند وشما هم نه دردنیا ونه درآخرت ازاین کار مشقت بار وبیحاصل ، طرفی نمی‌بندید ، چقدر زیانبار است رنجی که کیفر بدنبال دارد وچه بسیار سودبخش است راحتی یی که ایمنی ازآتش بهمراه دارد .[1]

زهره افسر رشید اسلام درجنگ قادسیه بارستم‌فرخزاد فرمانده ارتش ایران روبرو گردید ، رستم ازوی پرسید : دین اسلام چیست ؟

زهره درجواب‌گفت : اعتقاد بخدای یگانه وپیامبری محمد .

رستم پرسید دیگر چه ؟

زهره گفت : « اِخراجُ العِباد مِنْ عِبادَةِ العبادِ اِلی عِبادَةِ اللهِ وَالنّاسُ بَنوا آدَمَ وحَواء اِخوةلاب واِم » اسلام آئینی است که‌مردم را ازبندگی افرادی‌مانند خودشان نجات میدهد وآنان را منحصرا بندهٔ خدا میسازد ، همهٔ مردم فرزندان‌آدم وحوا وازیك پدر ومادر هستند .

ودر سورهٔ آل عمران آیهٔ ۵۸ نیز آمده است :

←الانصاری : یا امیرالمؤمنین هذا غلام اعتقته بالامس تجعلنی واياه سواءاً ؟ فقال: « انی نظرت فی کتاب الله فلم اجد لولد اسماعیل علی ولد اسحاق فضلا » .
روضه کافی ص۶۹ چاپ آخوندی .

۱ ـ ترجمهٔ نهج‌البلاغهٔ سید علی‌نقی فیض‌الاسلام ص۱۰۹۴

« یا اَهْلَ الکِتاب تَعالَوا اِلی کَلِمَةٍ سواءٍ بَیْنَنا و بَینَکُم اَنْ لانَعبُدَ اِلاّ اللهَ و لانُشرِکَ به شَیئاً ولا یَتَّخذ بَعضُنا بَعضاً اَرباباً مِن دُونِ اللهِ ..:» یعنی بگو ای اهل کتاب بیائید به کلمهٔ راستی که میان ما ومیان شما یکسان است ، اینکه نپرستیم مگر خدارا وشریك نیاوریم برای اوچیزی را وبرخی ازما برخی را ارباب بغیر از خداوند نگیرد .»

همچنین حضرت علی علیه السلام در نهج البلاغه میفرماید : « لاتَکُنْ عَبْدَ غَیرِکَ وَقَدْ جَعَلَکَ اللهُ حُرّاً »

یعنی « خودرا برده دیگران مساز زیرا خدا ترا آزاد آفریده است[1] . » در کلیه کتب فقهی نیز از زمان ظهور اسلام تاکنون بابی به عنوان « کتابٌ فی الرقیّه » (کتاب دربردگی) دیده نمی‌شود ، بلکه درتمام کتب فقه اسلامی اگربابی هم دراین خصوص باشد « کتابٌ فی العِتق» یعنی کتاب درآزادکردن برده نوشته شده‌است .

در خاتمه این نکته نیز یادآوریش لازم است که یکی ازانتقاداتی که مابه کتب درسی حوزه‌های علمی داریم اینستکه قسمتهای مربوط به بردگی در کتب فقه امروزی باید حذف شود ، زیراکه همهٔ آن‌مسائل ، بآنصورت که مورد بحث‌وبررسی قرار میگیرد ، امروز سالبه بانتفاءِ موضوع است و این علاوه برسوء تفاهماتی که ممکن است برای برخی خرده‌گیران ایجادکند ، اساساً جز اتلاف وقت ثمر دیگری ندارد . چه درکلیه مباحث وابواب فقهی ازبیع واقسام آن ، اجاره ، مزارعه ، مساقات ، شرکت ، وکالت ، مضاربه ، نکاح وطلاق ، ارث و وصیت راجع به عبد و برده نیز به‌بحث می‌پردازند ، درجواب‌انتقاد من‌یکی ازمراجع تقلید مشهدفرمودند که این نقطهٔ ضعفی نیست زیرا فرضاً اگر فردی به‌کشوری برود که در آنجا از مسلمانان واهل‌کتاب (یهودی ، مسیحی ، مجوس) نباشند فی‌المثل یکی ازشهر های ژاپن یاچین یاهند ویا یکی از بلاد افریقا ، بهرصورت چون نمی‌تواند بازنان غیر

---

۱ – ترجمهٔ نهج البلاغه فیض‌الاسلام ص۹۲۰

اهل کتاب ازدواج نماید ، تنها راهی که بنظر میرسد که این شخص بحرامی نیفتد راه مِلکیت است یعنی پیش خود برای آن زنان عنوان ملك (برده) فرض نماید ! همچنین بسیاری از مباحث مربوط به‌برده درسایر قسمتهای فقهی مورد استفاده و استناد است . مانند «اَلْوَلَدُ لِلفِراش» که در مورد عبد آمده است ولی درمسائل مربوط به غیر عبدهم ازآن استفاده میشود .

ازجمله مسالهٔ شرط درمتن عقد است که‌ازروایتی مربوط به‌عبد استفاده‌میکنند مانند روایت صحیحه حلبی :

کنیز شوهرداری را عایشه آزاد می‌کند ، اقوام شوهر برعایشه شرط کرده بودند که ولاءعتق (یعنی‌شخص آزادکنندهٔ برده ، اگر برای برده وارثی نباشدوارث اوست) ازآنِ عایشه (که آزادکنندهٔ برده بود) نباشد ولی هنگامیکه ازرسول اکرم استفسار میشود ، میفرماید :

« اَلوَلاءُ لِمَنْ اَعْتَقَ وَشَرطُ اللهِ اَسْبَقَ » یعنی ولاءازآنِ آزادکننده است وشرط‌خدا ازشرط درمتن عقد شما پیشتراست ، ویا اگر شخصی کنیزی را آزاد کند ولی ضمن آن شرط نماید که فرزندش برده باشد این‌شرط نیز مخالف کتاب‌و سنت و باطل است .

بیش ازاین ، این‌بحث مفصل مارا‌ازمطلب‌اصلی دورمیسازد ، لذا بهمین‌مختصر اکتفا گردید ، گواینکه بعضی از انحرافها درمطالب علمی به تکامل موضوع‌اصلی و اساسی وغنای مُحتوای آن می‌افزاید .

* * *

برای مطالعهٔ بیشتر دربارهٔ بردگی

۱ ـ بردگی موریس لانژله ترجمهٔ فضل‌اللهی
۲ ـ تاریخ آلبرماله ترجمهٔ حسین فرهودی
۳ ـ کلبهٔ عموتم هریت بیچراستو ترجمهٔ منیر جزنی (مهران)
۴ ـ روح القوانین مونتسکیو ترجمهٔ مهتدی
۵ ـ اسلام و مالکیت طالقانی
۶ ـ برهان قرآن بلاغی
۷ ـ ترجمهٔ تفسیر المیزان علامهٔ طباطبائی
۸ ـ لذات فلسفه ویل دورانت

فصل هشتم

درزمینهٔ حقوق‌زن

۱ ـ زمینهٔ تاریخی

بطورکلی درمطالعات تاریخ حقوق برای حقوق زن سه‌دوره قائل‌گردیده‌اند :

اول - دوران توحش و بربریت و بت‌پرستی :

در این‌دوره زن جزو انسانها محسوب نمیشود ودرست همان رفتاری را با او میکردند که با حیوانات انجام میدادند ، زن مانند برده خرید و فروش میشد و اساسا درحکم یك کالای باارزگانی ومال‌التجاره بود در این دوره در عربستان پدران دختران خود را زنده بگور میکردند واگر بمردی گفته میشد که زوجه‌اش دختر بدنیا آورده است صورتش ازخشم وغضب برافروخته میگردید[1] وآنرا توهینی بزرگ ونابخشودنی بخود تلقی میکرد ، این وضع دراجتماعات مختلف آنزمان باشدت و

---

۱ ـ اذا بشر احدکم‌بالانثی ظل وجهه مسودا وهو کظیم یتواری من‌القوم من سوء مابشر به ایمسکه علی‌هون ام یدسه فی‌التراب ؟ الاساء ما یحکمون سوره نحل آیه ۶۱ و۶۲ یعنی آنگاه که مژده داده شود یکی از ایشان به مؤنث چهره‌اش سیاه میگردد درحالیکه خشم براو مستولی میگردد (کظیم‌یعنی خشم خود را پنهان میداشت تاکسی ملتفت نشود که دختری پیدا کرده) مردد بود میان دوکار (ازبدی خبری که بوی رسیده‌بود) آیا بانهایت خواری وپستی اورا نگهداری‌کند یاآن کودك را زیرخاك مدفون سازد ؟ هان آگاه باشیدکه چه‌اندازه بد وغلط قضاوت وحکم میکردند .

ضعف و باکمی تفاوت جریان داشت .

زنان فقط برای اینکه کارهای منزل را انجام دهند وجودشان لازم شمرده میشد و به‌اصطلاح جزو وسائل خانه بودند .

دراین دوره پدیده اجتماعی « الحق لمن غلب »[۱] حکومت میکرد یعنی هرکه قدرت وزور بیشتر داشت حق هرگونه تحکم ودستوری را نیز داشت و چون نوعاً زور وغلبه بامردان بودلذا دوران پدرشاهی وسیطره مرد باشدت هرچه تمامتر بردنیای آن روزگار حکمفرمائی میکرد چه مردان برای تحمل شدائد آماده‌تر بودند .

دوم : دوران تمدنهای کهن و باستانی مصر ، یونان ، ایران، کلده ، آشور ، هند ، چین وغیره وپیدایش مذاهبی که غالبا برپایهٔ یکتاپرستی استوار بودند تعدیلی دروضع زن بوجود آوردند وافکار و نظریات مصلحین وپیامبران درجهت ازدیادحقوق وامتیازات زن کشانده‌شد ولی همان سلطه وحکومت مردکماکان برقرار وبجای خود محفوظ بود چه دراین دوران فئودالیسم وحکومت خانخانی وملوك الطوایفی بشدت فرمانروائی میکرد واین وضع خود ازبین برنده حقوق زن بود و نمیگذاشت که زن ازحالت بردگی وزبونی وخواری بیرون آید .

---

۲ ـ الحق لمن غلب ، یك قانون علمی نیست بلکه‌یك پدیده اجتماعی‌است که ازآن تعبیر به قانون جنگل شده است وامروز هم درروابط ملل حکمفرمائی میکند زیرا حکومتی فوق دول وجود ندارد تادولتها را به سرجای‌خود بنشاند وبقول تامس هابز « پیمانها بی‌شمشیر کلماتی بیش نیستند وقدرت آنرا ندارند که ازآدمی حفاظت‌کنند » واین وضع خواهد بود تاآنگاه‌که حکومت‌جهانی‌واحد بردنیا مسلط گردد امادرروابط خصوصی انسانها با یکدیگر بتدریج این امر مورد قبول واقع شد که زور نباید از طرف اشخاص در دعاوی اعمال گردد بلکه فقط برطبق قانون وازطرف قوهٔ قضائیه باید بکار رود وباین ترتیب‌زنان از تحت تسلط مردان به‌نسبتی که هردواسیردولت گردیدند خارج‌شدند .

زن مانند دیوانگان وسفیهان از تصرف دراموال خود ممنوع ومحجوربود و اصولا برای وی حق تملکی وجود نداشت و بطریق اولی نیز نمیتوانست در امور اجتماعی دخالتی داشته باشد .

از قدیمیترین قانونگزاران حمورابی[1] دختران را با وجود پسران از ارث بکلی محروم میدانست .

در اروپای قرون وسطی نیز همین وضع جریان داشت زن وقتی بخانهٔ شوهر میرفت همه چیز خود را ازدست میداد ومحجور میگردید ومالك هیچ ثروتی نبود در حقیقت شخصیت وی درشوهرش مضمحل وهضم میگشت وعجب اینجاست که بعضی از علمای حقوق برای توجیه این وضعیت وحدت و همبستگی معنوی را که در اثر ازدواج بوجود میآید دلیل آن میدانستند چه بعقیدهٔ آنها ازدواج یك « همکاری مادام الحیات»[2] است :

میگویند استقلال زن درامور مالی با ماهیت ازدواج متباین بوده و سازگار نیست وعدم استقلال زن از نظر اقتصادی باین وحدت معنوی میان زوجین کمك مینماید .

---

۱ - هامورابی (همورابی) Hamourabi یکی ازپادشاهان قدیم بابل است که درحدود ۱۹ قرن قبل ازمیلاد مسیح ویا بقولی (۲۰۰۳ تا ۱۹۶۱ ق.م) ویا پنج قرن قبل از حضرت موسی فرمانروائی داشته و برای نظم مملکت خود قانونی ترتیب داده ودرالواحی برروی سنگ نقرکرده است که آنرا اقدم شرایع عالم میگویند این الواح بعدها ترجمه گردیده است ازنظر جزائی نظام قانون حمورابی مبتنی برقصاص وانتقام شخصی است بعضی نیز قوانین تورات موجودرا متخذ ومقتبس ازآن میدانند .

۲ - Consortium omnis vitae درحقوق رم ازدواج را کنسرسیوم یا شرکت مادام الحیات میگفتند رجوع شود به کتاب حقوق بین الملل خصوصی دکتر محمد نصیری ص ۴۰

درحقوق اسلامی زن درامور مالی خود کاملا استقلال دارد ولی همانطور که گفتیم درحقوق یونان ورم وژرمن وتاچندی پیش درحقوق غالب کشورهای اروپاژن مانند صغیر ومجنون ازتصرف دراموال خود ممنوع بوده است در انگلستان که‌سابقاً شخصیت زن کاملا درشخصیت شوهر محو بود دوقانون یکی در سال ۱۸۷۰ ودیگری درسال ۱۸۸۲ میلادی بنام « قانون مالکیت زن شوهر دار » از ژن رفع حجر و منع قانونی کرد در ایتالیا قانون سال ۱۹۱۹ زن را ازعداد محجورین خارج کرد ودرقانون مدنی آلمان (۱۹۰۰ میلادی) ودرقانون مدنی سویس (۱۹۰۷میلادی) زن مانند شوهر خود اهلیت تمتع واستیفاء ازحقوق مالی را پیداکرد ، قانون مدنی سویت (ماده ۱۰۰ وبعد) نیز از زن رفع حجر کرد وقانون ۱۹۳۸ درفرانسه تا حدی حجر زن شوهردار را تعدیل‌کرد .

هنوزآثار این عدم‌استقلال[۱] مخصوصاً درقوانین مدنی پرتغال واسپانیا وفرانسه مشهود است وبرای توجیه این وضع همانطور که یادآور شدیم گفته میشود که تمام اموری‌که با وحدت معنوی میان‌زن وشوهر منافات داشته باشد باید ازسر راه‌برداشته شود ویکی ازموانع، استقلال زن ازنظر دارائی ومالکیت است . وچون مرد آشنائی بیشتری‌با مسائل اجتماعی واقتصادی دارد باید روابط‌مالی خانواده را وی اداره‌کند .

میگویند مرد وزن بااینکه منافع مشترك دارند ، تعقل وتفکری جداگانه دارند ولذا درامر زناشوئی واختلاف ، اراده یکی بردیگری باید حکومت کند و چون مرد تواناتر ومقتدرتر بوده است این‌امر بدو واگزار گردیده‌است ، ولی‌درنظام حقوق اسلامی بااینکه « الرجالُ قَوامُونَ عَلَی‌النِساء » وریاست خانواده بامرد

---

۱ ـ رژیم مالی زوجین فعلا درفرانسه به چهار طریقه‌است . ۱ـتفریق‌کامل ۲ ـ طریقهٔ جهیزی ۳ ـ عدم اشتراك ٤ـ اشتراك ، برای توضیح بیشتر رجوع‌شود بکتاب متعه وآثار حقوقی و اجتماعی آن ص۲۴۰وکلیات‌حقوق تطبیقی‌ص۱۹۵ و حقوق زن در اسلام واروپا ص۱۸۲قطع جیبی

است ولی این ریاست محدود است وزن درآنچه حق شخصی اوست ازقبیل تصرف در اموال ودارائی ومالکیت ومعاملات ،آزاداست وشوهرراحقی بروی نیست .

باری دراروپا چون حقوق متخذازمذهب کاتولیك تعدد زوجات وتاسیس طلاق را قانونی نشناخته است وفرقهٔ مزبور باآن مخالف بوده وعملا زمام امورحقوقی را مذهب کاتولیك بعهده داشت واثرات این مذهب در حقوق عرفی مسلم وقطعی بود لذا اشکالات زیادی این نظام حقوقی بوجود نمیآورد ولی بعدها که نظام فئودالیسم جای خود را به نظام سرمایه‌داری داد وفرقه پروتستان دراثر ضرورت اجتماعی نظام جدید بوجود آمد وعدم وجود طلاق اشکالات وناراحتیهای فراوانی ایجادکرد کشورها تحت شرایطی مجبورشدندکه تاسیس طلاق را رفته‌رفته بپذیرند وچون وجود طلاق باعدم استقلال اقتصادی زن منافات داشت ازین رو زن استقلال اقتصادی پیداکرد چه‌درغیر اینصورت مرد ممکن بود هرچند صباحی ژن خود را طلاق‌داده واموال اورا تصاحب کند وزن‌دیگری بگیرد وکار به‌زنالت وناجوانمردی بیانجامد علیهذا برای‌جلوگیری ازمتزلزل شدن اساس وبنیان خانواده واجتماع کم‌کم بزنان استقلال اقتصادی‌داده‌شد واین اوضاع واحوال اجتماعی در اروپا تا همین اواخر قرن نوزدهم میلادی ادامه داشت وحتی بعقیده‌گروهی از حقوقدانان قانونی هم که پس ازجنگ جهانی اخیر رفع حجر اززن شوهردار دراداره اموالش کرده هنوز ازفرضیه خارج نگشته‌وجامهٔ عمل بخود نپوشیده است.

درامور اجتماعی انگلستان مهد آزادی دنیا تاسال ۱۹۱۸ زنان دارای حق رای نشدند ودر۱۸۶۷ دیسرائیلی قانونی به مجلس برد که بموجب آن کارگران و اشخاص فقیر نیز حق شرکت درانتخابات پیداکردند وتا آن‌زمان فقط یك‌میلیون نفر ازجمعیت انگلستان پارلمان کشور را انتخاب میکرد[۱]

۱ــ آزادی فرد وقدرت دولت ص ۲۵۹

حتی در انگلستان قانونی که اززمان تیول بیادگار مانده‌است همهٔ فرزندان را ازارث محروم میکند وفقط پسرارشدرا وارث رسمی وقانونی میشناسد دلیل‌توجیه کنندهٔ این قانون اینستکه اگرهمه ارث ببرند ثروت پراکنده شده وبه هدر میرود ! درحقیقت این قانون نگهبان اشرافیت وفئودالیسم است واریستوکراسی را ترویج می‌نماید . اما دراسلام زن ومرد درحقوق بایکدیگر متساویند ودرآفرینش نیزهمه ازیك پدر ومادر مشترك بوجود آمده‌اند وقانون ارث اسلام درتعدیل ثروت وتوزیع آن نقش عمده‌ای دارد .

در تاریخ میخوانیم « درمجامع عیسوی مذهب اسپانیا وایتالیا (کاتولیکها) درچگونگی وسنخیت روح زن بحث میکردند وبالاخره بعد ازمدتی بحث و تنقیح چنین نتیجه میگرفتندکه بین تمام زنان فقط حضرت مریم علیهاسلام انسان ودارای روح خالد است وبقیهٔ زنان برزخ‌میان انسان وحیوانند . »[1]

ازمطالعه وتحقیق دراین مطالب‌که درکتب تاریخ‌فراوان‌است سر عدم‌استقلال زن از خلال تاریخ کاملا روشن میگردد .

افلاطون بااینکه با جرات وشهامت فراوانی درآثار خود ازبرابری زن ومرد دفاع‌کرده است معذالك درطبقه بندی موجودات جهان نمیدانسته است زن را درکجا جای دهد اما ارسطو که تحت تاثیر تعصبات روزگار خود بود ونمیتوانست خودرا از حیطهٔ نفوذ آنها خارج سازد زن را ناقص میدانست وزنان وبندگان را محکوم به اسارت میکرد وآنان را سزاوار دخالت درامور عمومی نمیدانست وحتی میگفت نسبت زن به مرد مانند نسبت غلام به مولای خود ونسبت بدن بەروح‌است .

بند دهم وهفدهم ازوصایای دهگانهٔ تورات (سفر خروج) نیز زنان را در ردیف چارپایان واموال غیر منقول ذکرکرده است .

۱ـ حقوق زن‌دراسلام واروپا دکتر حسن صدر ص ۵۷

سوم- پیدایش آئین اسلام ونقشی که این‌دین از نظر تساوی حقوق زن ومرد داشته واثرات غیر قابل انکاری که درسایر نظام‌های حقوقی دنیا گذاشته است بسیار قابل تحسین ودرخور هرگونه تمجید وستایش‌است .

اسلام درمرحله اول قطع رابطهٔ شدید باگذشته را که بهم گسیختگی وتلاشی اجتماع میانجامید روا ومصلحت ندانست چه سلامت روحی جامعه تا حدود زیادی‌در اتصال ودوام سنت‌های آنست لذا نتوانست بکلی وضع اجتماعی را دگرگون سازد بلکه ابتدا درآن وضع تعدیلی بوجود آورد ، رفتار پیامبر با دختر خود فاطمه و با زنان خود ازمحبتی سرشار وحس احترامی بی‌اندازه حکایت میکرد و آیاتی هم که درجهت ازدیاد حقوق زن در قرآن آمده است میرفت که دنیا را وارد در خط مشی دیگری اندازد ولی دنیای آنروز برای این رفورم واصلاح اجتماعی آماده‌نبود وبسادگی حاضر نبود ازروش اجداد ونیاکان‌خود دست بردارد ؛ لذا باهر ناشناخته‌ای مخالفت میکرد وبه‌همین مطلب است که لکنت دونوئی اشاره میکند :

« رهبران مذاهب بدون اینکه تعلیمات خود را ازنو بسازند مجاهدات‌وافری نمودند ولی نتیجه‌ای که ازآن بدست آمد آنقدر نبود که انحطاط اخلاقی مردم جهان را متوقف سازد زیرا موانع واشکالات زیادی عوام‌الناس درکار تبلیغ این رهبران وپیامبران بوجود آوردند وسدراه آنان شدند» .

اسلام برای نخستین بار امتیازات مالی وسیعی بزن همانند مرد داد که‌هنوز همانطورکه پیشتر یادگردید دربسیاری ازکشورهای‌پیشرفته ومتمدن جهان همانندش وجود ندارد حتی‌امروز ماده ٤ قانون تجارت فرانسه تصریح دارد باینکه زن‌میتواند تجارت‌کند بشرط اینکه شوهر مانع نگردد والبته شوهر ممکن است با تجارت زن مخالفت‌کند واین بطور مطلق است ومقید بشرطی هم نیست درصورتیکه در حقوق اسلامی زن درارائی خود و تجارت کردن استقلال دارد ؛ استقلالی مطلق و بدون شرط .

قرآن دراین مورد میگوید « لِلرِّجالِ نَصیبٌ مِمّا کَسَبُوا و لِلنِساء نَصیبٌ مِمّا اکتَسَبْنَ »

یعنی زن ومرد بیك‌سان از آنچه اکتساب میکنند بهره‌مند میشوند .

ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی ایران میگوید : « حرفه وصنعتی که زن بآن اشتغال دارد نباید منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد » پس زن آزاد است وشوهر بدون دلیل نمیتواند مانع حرفهٔ وی‌بشود .

ملاحظه میشود که‌قانون‌مدنی وقانون‌تجارت‌ایران‌تحت تاثیرفقه اسلامی بسیار مترقیتر ازقانون فعلی کشور فرانسه است . اسلام دخالت زن را درهمهٔ امور مجاز دانسته است زیرا وی‌را بشری متساوی‌الحقوق باسایر انسانها میداند .

اسلام هنگامی ظهورکردکه دنیا درتاریکی جهل وبربریت وسقوط وانحطاط همچون محتضر ونیمه‌جانی دست وپا میزد ومشرف به‌موت‌بود .

اسلام بهرگونه استبداد وخود کامگی وتفرعن وتکبر مبارزه نمود ورژیم فئودالیسم وخانخانی ازنظر ایدئولوژی اسلام محکوم و مردود است گرچه در عمل جز درزمانی محدود ودرمیان‌گروهی معدود عمل نگردیده است معذالك اسلام‌نخستین مکتبی است‌که بافئودالیسم مبارزه آشتی ناپذیری را اعلام‌کردچه این رژیم علاوه بر زیانهائی که داشت ازبین برندهٔ آزادی وحقوق ژن‌بود وبدین‌ترتیب بااعلام برسمیت نشناختن آن بدیهی است که تاچه حد قدم بزرگی درراه احیاء حقوق انسانی زن مسلمان خصوصا وزنان تمام جهان عموما برداشته‌شد .

۲ ـ تعدد زوجات

هنگامی که بسیر تاریخی حقوق توجه میگردد معلوم میشود که هرقانون ابتدا باچه موانع ومشکلاتی روبرو بوده است تا بتواند آن وضع آشفته را به مقتضای زمان سامان دهد وتعدیل کند ومثلا تعدد نامحدود ونامتناهی و دلبخواهی

زوجات را تحت شرایطی محدود ومشروط نماید زیرا دنیای آن‌زمان هنوزآماده‌درك این واقعیت نبود عربستان بهنگام ظهور اسلام درشدت کفر وعناد ونفاق ولجاج ضرب‌المثل بودبطوریکه یادآوری‌آن ، شخص را به وحشت میاندازد وناگزیروی‌را دربرابر صعوبت کار وبردباری وزحمات طاقت فرسای پیامبر اکرم به تعظیم وتکریم وا میدارد .

پیامبر دربرابر آن قوم وحشی ناگزیربود که ابتدائاً قدری مماشات ومدارا کند وروش تسامح وتساهل پیش‌گیرد کیفیت وضع وتشریع قوانین اسلامی همه مؤید این وضع است چه وجدان حقوقی مردم نمیتوانست یکباره قوانین اسلامی را هضم نماید .

البته واضح است که این مماشات تنها بجهت انس وعادت نبود بلکه پاره ای مصالح وملاحظات دیگرنیز درکاربود مانند برده‌گیری‌که اوضاع اقتصادی واجتماعی وتربیتی مقتضی لغو آن بطور کلی نبود ولی اسلام بیشتر جامعه را تحریص و تشویق کرد تا درموارد مختلف وبه بهانه‌های گوناگون بردگان راآزاد کنند ودر اعمال و رفتار نیز با آنان بطریق نیکو رفتار نمایند .

باری ظهور پیامبر اسلام وتاثیر دکترین عالی و مترقی آن در بهبود بخشیدن وضع اجتماعی عرب تاثیر شگرفی داشته است .

گوستاولوبون مینویسد :

« ظهور پیامبر اسلام در ۶۲۲ میلادی درعربستان بوقوع پیوست ودر مدت ۱۵ سال اعراب را آناً چنان تغییر داد که همه باهم متحد شده و از زنده بگور کردن دختران وجنگ وچپاول وغارت دست‌کشیده واز صدزن گرفتن تبری وبیزاری نمودند »

اسلام درمدت ۲۳ سال همهٔ نهادهای اجتماعی وسیاسی اجتماع اعراب و حتی امپراطوری ایران را تغییر شکل داد وجای آن نهادهای زشت و ناقص یك زندگی

هماهنگ ومترقی را جایگزین کرد بطوریکه قبل از آن هرگز وجود نداشته‌است حکم شرعی تعدد زوجات در آیهٔ سوم ازسورهٔ نساء است که میفرماید :

« وَاِنْ خِفْتُمْ اَلاّ تُقسطُوا فی‌الیتامی فَانْکِحُوا ماطابَ لَکُم مِنَ النِساءِ مثنی وثُلث ورُباعَ فَاِنْ خِفْتُم اَلاْ تَعْدِلُوا فَواحِده ...»

یعنی « واگر میترسید که دربارهٔ یتیمان به عدالت رفتار نکردهٔ باشید پس آنچه برایتان نیك باشد از زنان دو ، سه وچهار بگیرید واگر میترسید که عدالت نکنید پس یکی .»

وآیهٔ ۱۲۸ از سورهٔ نساء میگوید :

« وَلَنْ تَستَطیعُوا اَن تَعدلُوا بینَ النِساءِ وَلَو حَرَصْتُم فَلا تَمیلُوا کُلَّ المَیل فَتَذَرُوها کَالمُعَلَّقَة ».

یعنی « هرگز نمیتوانید میان زنان عدالت نمائید واگرچه بر عدالت کردن حریص باشید ، پس میل نکنید تمام میل (یعنی همهٔ توجهتان را بیکی منحصر نسازید بطوری‌که دیگری بکلی محروم ماند) پس بگذارید او را چون محبوس (یعنی نه بیشوهر که آزاد باشد ونه شوهر دار که از لوازم آن برخوردار گردد .)

این آیات تفسیر بردار است یعنی اگرچه ابتدا درجواز تعدد زوجات‌صراحت دارد ولی دنباله آیه آنرا مشروط باجرای عدالت درمیان‌آنان مینماید وچون‌اجرای عدالت با تعدد زوجات مانعة الجمع است بتصور بعضی آیه ، تعدد زوجات را با این شرط تعلیق برمحال کرده است یعنی امر معلّق غیر ممکن است درجواب‌سیره پیامبر اکرم وائمه میگویند که رفتار رسول اکرم مختص خود آن‌حضرت بوده‌است وباصطلاح آنرا در ردیف خصائص النبی دانسته اند ومیگویند :

کار پاکان را قیاس ازخود مگیر گرچه باشد در نوشتن شیر شیر

اما موافقین تعدد زوجات میگویند محال است که‌فردی که از خردمندی‌عادی

برخوردار باشد اول امری را اجازه دهد وحتی بگوید دو ، سه و چهار زن بگیرید واگر ترس عدم عدالت داشتید یکی .

بعد بگوید هرگز وابدا نخواهید توانست عدالت کنید ! تاچه رسد بوحی و وکلام الهی پس عدالت درآیهٔ اول بمعنی عدالت دررفتار از قبیل نفقه وکسوه وسایر وظایف زوجیت است وعدالت دوم که هیچکس نمیتواند داشته باشد میل وعلاقه‌قلبی است بطور تساوی که قرینه‌اش درخود آیه هست که هرگز نمیتوانید زنان را برابر دوست بدارید پس میل خود وهمهٔ توجهتان را بیکی منحصر نسازید که‌دیگری بکلی محروم ماند .

بعضی نیزفلسفهٔ تعددزوجات را دراسلام درباره‌یتیمان میدانند ، چه‌همانگونه که طرح مسألهٔ‌تعدد زوجات در مورد عدالت دربارهٔ یتیمان است همانطور هم این مسأله ناظربه افرادیست که درجنگهای پیامبر کشته میشدند واغلب عائله ای بی سرپرست باقی میگذاشتند و در اینجا ضرورت داشت که مردی که سرپرستی آنان را به عهده میگیرد عنوان پدر خانواده را نیز داشته‌باشد تا محبت بیشتری‌در باطن خود نسبت به‌آنان احساس کند ودربارهٔ یتیمان بازمانده از شوهر اول زن به عدالت رفتار نماید وآیه را بدین نحوه تفسیر می‌کنند که مقصود از عدالت ، عدالت در رفتار با یتیمان است نه بازنان .

آمار زیر علت تعدد زوجات را توجیه میکند «درفرانسه درمقابل هر ۱۰۰ دختر نوزاد۱۰۵ پسر بدنیامیآید ولی درعین‌حال تعداد زنان ۱/۷۶۵/۰۰۰ نفر ازمردها بیشترند باآنکه‌جمعیت‌فرانسه درحدود چهل میلیون نفر بیشتر نیست سبب این‌موضوع اینست‌که پسرها مقاومتشان دربرابر امراض کمتر ازدخترهاست ازاینجهت پنج‌درصد آنها تاسن نوزده سالگی ازبین میروند وبقیه از ۲۵ تا ۶۵ سالگی همینطور روبه نقصان میگذارندکه‌دراین وقت‌یعنی ۶۵ سالگی‌درمقابل ۱/۵۰۰/۰۰۰ زن ۷۵۰/۰۰۰

مرد بیشتر باقی نخواهد ماند»[۱].

پرفسور «پیتر مداوار» استاد جیوان شناسی و تشریح مقایسه‌ای دانشگاه لندن درتائید این نظرمینویسد «بهمین جهت وجهات دیگر نسل مرد درجهان نسبت بزنان رو بنقصان است[۲]».

یکی از قضات و حقوقدانان مینویسد «دراتازونی امریکاطبق سرشماری سال ۱۹۵۷ تعداد مردان ۱۸ ساله ببالا ۵۴/۵۹۰/۰۰۰ نفر وتعداد زنان ۱۸ ساله ببالا ۵۷/۲۵۷/۰۰۰ نفرمیباشد ودرفرانسه نیزطبق آمار رسمی تعداد زنان ۱/۱۰۰/۰۰۰ نفربیش از مردان است»[۳].

صرفنظر از اینها جنگها وکارهای سنگین مردان‌که اغلب درمعادن ، تونلها کارخانه ها ، باعث تلفات میشود موجب نقصان تعداد مرد برزن میگردد . درجنگ جهانی اول ودوم روی هم درحدود ۵۵ میلیون نفر از سربازان جوان کشته شدند ودرحدود ۵ میلیون نیزناپدید گردیدند علاوه براین خاصیت تولید نسل در مردان تقریباً همیشگی است یعنی یك‌مرد گاهی حتی درسن ۱۰۰ سالگی نیز میتواندتولید نسل‌کند وحال‌آنکه زنان درحدود ۵۰ سالگی قدرت تولید مثل را ازدست میدهند روی این حساب ازهنگامی‌که زن از بچه میافتد تاآخر عمر مردکه‌نیروی جنسیش کاملا آماده تولید است شاید تاچهل سال طول بکشد ، مرد باید از خاصیت طبیعی تولید نسل محروم باشد ! باین عوامل تعدد زوجات عامل اقتصادی‌را نیز باید اضافه کردکه درصورتیکه مردی استطاعت مالی فراوان داشت وتوانست ازچندزن بطور شایسته مواظبت کند اجازه داشته باشد زن بگیرد ویادربعضی مردان‌که دارای نیروی جنسی فوق‌العاده سرکشی هستند بطوریکه زن‌در مدت‌عادت ماهانه یا درایام حاملگی

۱ـ روزنامه اطلاعات ۳۵/۹/۱۱ و ۳۹/۹/۱

۲ـ کیهان ۳۸/۱۲/۳

۳ـ طلاق وتجدد هادی مهدوی ص ۳۵

وزایمان ومریضی نمیتوانندخود را قانع سازند ولذابرای این افراد استثنائی چاره‌ای جز تعدد زوجات نیست ونیزگاهی پیش‌میآیدکه زنی عقیم یعنی نازاست و بعلت‌شدت علاقهٔ زن وشوهر ویا عواملی دیگر مانع از اجرای طلاق میشود آیا انصاف است‌که مرد از نعمت داشتن اولاد محروم بماند ویا زن ممکن است بامراضی گرفتار شودکه همبستر شدن باوی ممنوع گردد شوهردر این موردتکلیفش‌چیست؟[1] .

باین مواردکه همه تجویز کنندهٔ تعدد زوجات هستند باید غایب مفقودالاثر شدن زن‌را نیز اضافه‌کنیم چه تا ازوی خبری نشود اگر مردحق نداشته باشد تاحکم موت فرضی وی‌زن‌دیگری اختیارکند واقعا تکلیف شاقی برای اوخواهد بود .

حاصل اینکه علت تجویز تعدد زوجات مبتنی بریك واقع بینی عمیق است .

برتراندراسل مینویسد «قواعد اخلاقی نبـایستی آنچنان بـاشندکه سعادت غریزی را ناممکن سازند . مسأله‌درمورد پراتیك تك همسری اجباری دراجتماعی‌که تعداد افراد مذکر ومونث آن برابر نیستند شکی‌نیست که درایـن شرایط اجباراً از قوانین اخلاقی موجود تجاوز میشود .

ولی وقتی‌که اطاعت ازقوانین موجب کاهش شدید سعادت اجتماعی میگردد و وقتیکه تجاوز ازقوانین صورتی بهتر ازرعایت آنها پیدا میکند آنوقت زمان آن‌فرا رسیده است‌که قوانین موجود را عوض‌کنند .

اگر این‌کار عملی‌نشود بسیاری‌ازکسانی‌که درجهت مخالف منافع اجتماع‌گام برنمیدارند خویشتن را دستخوش ریا وبدنامی میبینند . کلیسابه سالوس وریـا ، که خراج چاپلوسانه ایست‌که نثار قدرتش شده ، کاری ندارد . مع‌الوصف این نه بدان مفهوم است‌که میتوان برهر کاری بادیده اغماض نگریست»[2] .

۱ـ مکتب اسلام شماره ۱۲ سال ششم

۲ـچرامسیحی نیستم ؟ برتراندراسل ۸۷

اسحق تیلر درخطبه‌ایکه دریکی از کلیساهای شهر های آلمان ایـراد کرد چنین گفته‌است «راست است‌که ظاهرا مسیحیان بیش ازیك‌زن نمیگیرند لکـن همه میدانیم‌که پشت پرده زواج ودر نهان بطرز شرم آوری باچندین زن‌ارتباط نامشروع دارند» .

درسرتاسر اروپا وامریکا تعدد زوجات اگر قانوناً منع شده ، ولی عملا وجود دارد ، النهایه این منع قانونی وحرمت ایجاد ناراحتیهای شدیـد روحی واجتمـاعی کرده ومیکند ومنجربه عصیان وطغیان عصبی وفکرگناه‌که زائیده آنست میشودکـه نه تنها جامعه را به‌فحشاء و بی‌بند و باری بی‌حد وحصرسوق میدهد بلکه شخصیت انسانی رابشدت پائین آورده وسرکوب ومنکوب مینمایـد .

مسأله تعدد زوجات دراروپا علاوه برعکس‌العملها بصورت روابط نامشروع و یا باصطلاح آزاد ، عکس‌العملهای دینی هم داشته است ازآن جمله پیدایش‌فرقه‌ای بنام مُرمنها[1] میباشد مؤسس آن جوزف اسمیت (۱۸۴۴ - ۱۸۰۵) است که از اصول عقاید آن مجاز شمردن تعدد زوجات است وهنوز پیروان این فرقه درایالت یوتا در آمریکا وجود دارند[2] .

حقوق اسلامی عملی راکه نمیتوان عملا تحریم کرد ، تحریم نمیکند وباآن به مبارزه برنمیخیزد ودرخلاف جهت‌رود وفطرت گام برنمیدارد غرائز زور مندبشری را ناچیز وپست نمیانگارد بلکه باصحه گزاردن ومشروع جلوه دادن آن ، با واقع بینی آنرا راهنمائی کرده وتحت نظم قرار میدهد واز عصیانها وفسادها جلـوگیری مینماید ؛ دفع فاسد بافسد نمیکند . زیرا اسلام‌دین رهبانیت وانزوا و کناره گیری نیست در **تفسیرابن کثیر** وبسیاری از منابع دیگر آمده است‌که پیغمبرﷺ فرمـود «حُبِّبَ اِلیَّ مِنْ دُنیاکُم الطیبَ وَالنِساء وَجُعِلَت قُرة عینی فی‌الصلوة» یعنی از

۱- Mormons

۲- آزادی فرد وقدرت دولت ص ۳۹۷

دنیای شما بوی خوش وزنان برای من خوشایند است وروشنی دیده‌ام درنماز گذاشته شده‌است .

ملاحظه میشودکه دراین کلام پیامبر احساسات جنسی چنان محترم داشته‌شده که باپاکیزه ترین بوئیدنیهای دنیا وبا نمازکه عالیترین نقطه صعود وترقی روحی بشر است برابر نهاده شده است .

همچنین پیامبر برای توضیح بیشتر دراهمیت این احساس فرموده‌است که«شخص دربرابر مباشرت وعمل جنسی باهمسر خود ، ازطرف خدا مأجور ومثاب خواهدبود وچون مسلمانان از سرتعجب عرضه داشتندکه ای‌رسول خدا آیا فردی ازما دربرابر کام گرفتن مأجور خواهد بود ؟ فرمود : مگرنه چنین‌است‌که هرگاه کام خودرا ازراه حرام میجست گناهکار بود ؟ پس‌بهمین‌قیاس درصورتیکه کامرانی خودرا از راه حلال قرار دهد اجر وثواب خواهدبرد» .

ویل‌دورانت درمورد تعدد زوجات مینویسد«درحقیقت تعدد زوجات درزمان جنگ نوعی فضیلت است زیرا با برکت وخیرفرزندان زیاد همراه است هنگامی‌که درقبیله نظمی اجتماعی نبود وقبایل همواره درکشمکش ونزاع بودند مرگ مردان از زنان بیشتر بود وتعدد زوجات نتیجه طبیعی تفوق حدودی جنس ضعیف بود .

برای زن ، داشتن قطعه‌ای ازمرد بهتر از نداشتن همهٔ آنست اکتفا بیك زن‌از نتایج استقرار صلح وآرامش درقبیله است»[1].

درجای دیگر مینویسد «درآن روزگاران قدیم جنگ وتلفات امـری پیوسته ودائمی بود واز اینرو مرگ برمردان‌زودتر از زنان تاخت میاورد . چند زنی‌اقدام خام وخشنی بودکه مردان از چنگ جنگ ومهالك جسته برای سرپرستی از زنان که عده‌شان بیشتر از مردان بود بعمل میآمد . چون زنان کودکان خودرا تاچندسال شیر میدادند وتاآنگاه‌که کودك را از شیر بازنگرفته بودند ازآمیزش‌جنسی پرهیز

۱ـ لذات فلسفه ویل دورانت ص ۸۵

میکردند مرد صلاح درآن دیدکه‌جفت متعدد داشته باشد تا نیازمندیهای دائمی اورا برآورند . بعلاوه‌چند زنی بیشتر ازیك‌زنی فرزندبیارمی‌آوردودرروزگاری که‌حوادث و بیماریها و جنگها مـردم را همیشه بستوه میآوردند داشتن فرزند زیـاد نعمت و برکت بود»[1] .

ملاحظه میشودکه ویل دورانت مسأله یتیمان رابه هنگام جنگها وسرپرستی آنان پیش بینی کرده است همانگونه‌که آیه مربوط به تعدد ژوجات نیزهنگام طرح مسأله یتیمان نازل گردیده است .

باری درست است‌که امروز افکار واحساسات تحت‌تاثیر روح‌عصرقرارگرفته‌اند و در این میان تبلیغات سوء مسیحیان برضد اسلام مزید برعلت گشته و با تعدد زوجات به مخالفت برخاسته‌اند وشاید بتوان قبول‌کردکه حیثیت‌زن نیز مقتضی‌است که جز با ازدواج دائم ومردهم بایك ژن زناشوئی وزندگی نماید ولی همانطور که بیان کردیم موجبات بسیاریست که باعث میگردد مردان ، ژنان متعدد داشته باشند.

۳ـ تأسیس‌حقوقی متعه یاازدواج موقت

امروز مشاهده میشودکه فحشاء وروابط نامشروع شیوع بسیار پیداکرده است واین ازدیاد فحشاء بمراتب بیشتر به حیثیت زن‌لطمه وارد میآورد تـا قانونی که‌به ارتباط موقت جنبه شرعی بدهد واز اختلاط نسب جلوگیری نموده وآنـرا تحت نظم وارتباط درآورد .

برتراندراسل مینویسد «درعصر حاضر سن‌ازدواج‌بدون اختیار بتاخیرمیافتد صدتادویست سال قبل تحصیلات دانشجو درهررشته‌ای که بود تا ۱۸ سالگی‌تمام‌میشد ودراین‌سن‌ازازدواج برخوردار میگردید ولی درعصرحاضر بـزحمت میتوانـد درسن بیست‌وهشت سالگی ادعای تخصص دررشته‌ای بنماید وبعداز ۲۹ سالگی تازه بایددر

۱ـ لذات فلسفه ویل دورانت ص ۱۷۵

صدد تهیه شغل برای امرار معاش خود برآید و بزحمت در دهلیز سن ۳۰ سالگی شاید بتواند ازدواج کند ، ودر نتیجه ازسن بلوغ تا ۳۰ سالگی ۱۴ سال که سنین بحرانی جوانی و نمو غریزه‌ی جنسی ، رغبت سرشار بزن وصعوبت مقاومت دربرابر تمایلات غریزی است فترتی حاصل میگرددکه دراین فترت جوانان به بهانهٔ تحصیل علم و کسب دانش از بهترین لذایذ عمر محروم میگردند .

این زیان را دانش آموزی عصر جدید بآنها وارد آورده ومیآورد درصورتیکه درسابق دانشجویان از این زیان درامان بودند برای جبران این ضرر وزیان ورفع این نقصان چه بایدکرد ؟ یا باید جوانان را از تحصیل محروم و بآنها بگوئیم در آغاز عمر ازدواج نمائید ، این امر غیر ممکن است وخلاف حکم خرد وعقل است ویا باید بآنها اجازه دهیم قوای غریزی خودرا درمراکز فحشاء مصرف نمایند ، این امر مستلزم بروزامراض مقاربتی وشیوع سوزاك وسفلیس وشانکروعقیمی جوانان خواهد بود ویا باید دراوایل بلوغ بجوانان اجازه ازدواج دائم دهیم این هم باعلم باینکه جوانان شغلی دردست ندارند و بی‌پولند غیر ممکن است فقط دراینجا یك فرض ممکن است وآن فرض اینستکه قوانین مدنی برای این بخش حساس از عمر یکنوع ازدواج موقتی رابرای دختران وپسران درنظر بگیرند که هم‌دارای مشکلات ناراحت کنندهٔ ازدواج دائم و بدوش کشیدن بارزندگی نباشد وهم‌دختران وپسران جوان درپرتوآن از مفاسد گوناگون روابط نامشروع جنسی محفوظ بمانند»[1] .

برتراندراسل جای دیگر پیشنهاد قاضی بن لیندزی[2] . راکه سالیان متمادی رئیس دادگاه اطفال دنور[3] امریکا بوده واز نزدیك با حقایق زیادی آشناگشته است تائیدمینماید لیندزی ازدواج رفاقتی رابرای جوانان پیشنهاد کرده بودکه تقریبامعادل با تاسیس (متعه) درقانون اسلام است ولی متاسفانه جامعهٔ غربی هنوز بآن درجه از

۱ــ زناشوئی واخلاق برتراندراسل

2- Ben B. lindsey

3- Denever

واقع بینی نرسیده است که مشکل فحشاء وروابط آزادو وجود هزاران طفل متولد از زنا را باراهی خرد مندانه حل نماید[۱] .

۴ـ آمارهای وحشتناك تائید کننده

روزنامه کیهان شماره ۵۳۵۶ ـ ۴۰/۲/۴ مینویسد «ازهر پنج دختر انگلیسی یك نفر آنها از مجرای حرام حامله است ، سالیانه بیش از ۵۰ هزار سقط جنین در آن کشور میشود ، طبق سوابق موجود دراداره اطلاعات ورادیو در سال ۱۹۶۰ تعداد ولدالزناهای امریکاکه ازروابط غیر مشروع ، رابطه آزاد جنسی بدنیا آمده‌اند چهارصد هزار نفر میباشد درحالیکه در۱۹۳۸ تعداد کودکان نامشروع این کشور ۳۰,۰۰۰ نفر بوده‌اند یعنی درظرف سی‌ویك سال ۳۷۰/۰۰۰ نفرزیاد شده‌است ودرسال ۱۹۶۰ بشرح گذشته‌فقط در دانشگاهها ودبیرستانهای آمریکاسیصدوهشتاد هزارولدالزنا بدنیا آمد .

خانم (ام ـ کا) درمجله بانوان امریکا مینویسد علت این ازدیاد ولدالزنا دو امر است :

۱ـ آزادی بیش‌از حد جوانان ودانشجویان دانشگاهها .

۲ـ عدم مسؤولیت جوانان ونبودن قانون سهل وساده ای که بتوانند رابطهٔ جنسی آنان را مشروع تلقی نماید . مشارالیها پیشنهاد شرائط سهلی رابرای قانون ازدواج جوانان مینماید که‌عبارة اُخرای متعه است ...»[۲]

ویلموانلون[۳] استاد دانشگاه امریکا واز نمایندگان‌اسبق پارلمان که‌مطالعاتی

۱ـ زناشوئی واخلاق ص ۸۷

۲ـ متعه وآثار حقوقی واجتماعی آن ص ۳۳۲ وبعد

3- H . Willemvanloon

در روان‌کاوی وامور جنسی و مسائل اجتماعی دارد طرح ازدواجی بصورت پیشنهاد بدین شرح به‌پارلمان امریکا داده‌است « تجربه وقوانین علمی روانی ثابت کرد که مردان وزنان پس‌از مدتی که‌از عمر زناشوئی آنها طی میشود دیگر برای یکدیگر تازگی ولذت جنسی نشاط‌آوری ندارند ازاین نظر ممکن است به انحرافات جنسی متمایل شوند .

چنانکه احصائیه‌ها وآمارها نشان میدهد که‌تا ۶۵/۳ درصد مردان زن دار به زنان خود خیانت کرده وبازنان دیگر آمیزش وارتباط برقرارکرده‌اند وهمچنین زنان ، برای خاتمه‌دادن به‌این انحرافات وازطرفی سبك‌کردن بار های زناشوئی دولت باید زناشوئی موقتی را نیز که طرفین تحت شرائطی بمیل یکدیگر انتخاب‌و تاهر مدت که مایل بودند آنرا امضاءکنند بپذیرد .»[1]

ذکر این موارد وآمارها باعث تطویل‌کلام وخستگی است ، ازاین نمونه‌ها بسیار است دراینجا باید به مشکل نگهداری وتعلیم وتربیت کودکان بی‌گناهی که زائیدهٔ روابط آزادند ویکی از مصیبتهای بزرگ اجتماعی جامعه غربی است اشاره کرد چه این اطفال برای دولت ازنظر روحی افرادی پرعقده واغلب جانی وقاتل و دزد بار میآیند زیرا ازمهر وعواطف پدر ومادر وکانون خانواده بی نصیب بوده‌اند . علاوه براینکه نادیده گرفتن غرائز بشری وانکارطبیعت انسانی ، مردم‌را عاصی و یاغی علیه تمام مقررات میکند و واکنش‌آن همان مکتب‌های فلسفی بی‌بندوباریست که ارتباط نامشروع را مباح‌گردانیده ، النهایه هم زن وهم مرد در خود احساس گناه وخفت میکنند وطفل مولود ازاین رابطه‌را یا با سقط‌ازمیان میبرند ویا پس‌از تولد تحویل سازمانهای نگهداری فرزندان طبیعی[2] میدهند .

برتراندراسل مینویسد :« غریزه دارای حقوقی است واگرما بیش‌از حدمعین

۱ـ حقوق وحدود زن‌دراسلام ص۱۸۱

2- Enfant Naturel

نسبت بدان شدت بخرج دهیم با انحراف ژیرکانه‌ای تقاص میگیرد بهمین جهت وقتی که اشتیاق به یك زندگی سعادتمند داشته باشیم باید محدودیت ظرفیتهای انسانی را در مد نظر داشته باشیم»[1]

پس باید گفت که هیچ مصلح وهیچ پیامبر وفیلسوفی آنچنان که پیامبر اسلام طبیعت بشری را شناخته است پی به سرشت انسان نبرده‌است شارع اسلام با شناخت همه‌جانبهٔ انسان قوانین خود را وضع کرده است .

۵ - سوء استفاده ازقانون تعدد زوجات

درخاتمه باید اشاره کنیم که هرحقی ممکن است درمعرض تجاوز وسوءاستفاده قرارگیرد وتعدد زوجات نیز یکی ازهمین امور است ، درایران قبل از اسلام هم به تصریح « مادیکان هزار دستان » که کتاب حقوقی مهم عصر ساسانی بوده‌است ومحتوی هزار ماده قانون بوده وهمچنین به‌تایید تاریخ ، تعدد زوجات بی‌حد وحصرهم تجویز شده وهم عملا وجود داشته است .

استراین[2] مینویسد « مادیها قانونی دارند که بموجب آن پادشاهان بایدچند زن داشته باشند وسلاطین مجاز نیستند که کمتر از ۵ زن بگیرند وطرز فکر طوری است که زن پادشاه نیز آنرا جزو افتخارات لازمهٔ خود میداند که شوهر آنان هرچه ممکن است بیشترزن داشته باشند» .

مطابق تائید تاریخ آداب ورسوم اولیه ایران دست‌کم برخی از تاثیرات خود را حتی تازمان مادرملت ایران باقی نگهداشته‌است، دراجتماع ایران اغلب مشاهده میشود که افرادی روی سابقهٔ ذهنی قبلی بدون رعایت شرایط وقیود و حتی بدون رعایت بضاعت مالی بخاطر ارضای هوسها وشهوات خویش به تعدد زوجات مبادرت

۱ـ چرامسیحی نیستم ؟ برتراندراسل ص۷۴

۲ـ دکتر نصر عبارت را ازاسترابن نقل کرده است . استرابن حدود ۴۵۸ قبل از میلاد بدنیا آمد ودر ۴۰۵ فوت گردید کتاب جغرافیای وی بسیار معروف است .

میورزیده‌اند .

اگر اسلام با اینهمه ، تعدد زوجات را تجویز کرده ولی در استفاده از این حق نباید تا آنجا افراط کرد که مخالف اخلاق گردد ، سوء استفاده از این حق همانقدر مذموم وپلیداست که‌هر عمل حرام دیگر ، واین مطلب نه تنها درمورد عقد ازدواج است بلکه درمورد سایر عقود وایقاعات ومعاملات نیز جاری‌است .

مبحث خیارات درحقوق اسلامی بدین علت وضع شده‌که افراد دراستفاده از حقوق خود راه مبالغه نپیمایند وعملشان مخالف روح شریعت اسلامی که همه جا عدل وانصاف را مطمح نظر قرار داده است نباشد وبوسیلهٔ جعل خیارات به حمایت افراد ازبی‌عدالتی در نابرابری عوض با معوض (مبیع وثمن) و ترمیم وجبران آن بر میخیزد واساسا تفسیر وعمل به قانون نباید مستلزم نقض غرض (که دراینجااستقرار عدالت اجتماعی است) باشد ، چه تناقض گوئی از شارع مقدس اسلام بسیار بعید بنظر میرسدکه ازطرفی هدف وغایت ازقوانین‌را استقرار عدل بداند ، وازسوی‌دیگر باوضع قانون متناقض بااین هدف آنرا برهم زند ، در حقوق نیز هرگاه تفسیری از قانون بشود که متضمن نقض غرض‌باشد آنرا کان‌لم یکن وباطل دانسته‌اند.[1]

۱ـ برای مطالعه بیشتر دربارهٔ حقوق‌زن‌علاوه برکتبی‌که درپاورقی این‌فصل آمده به‌کتب زیرمراجعه‌کنید :

(۱) ارزش زن ، خانم‌دکتر قدسیه‌حجازی

(۲) بررسی جرائم زن درایران ، خانم‌دکترقدسیه حجازی

(۳) زن‌درحقوق ساسانی ، دکترناصرالدین صاحب‌الزمانی

(۴) شبکه تحریم جنسی‌دکتر ناصرالدین صاحب‌الزمانی

(۵) روح زن ، خانم‌ویرجینیا لومبروزو ، ترجمه‌پری‌حسام‌شهرئیس

فصل نهم

نقش اجتهاد دررشد وتوسعهٔ حقوق اسلامی

۱ ـ اجتهاد چیست؟

کتاب وسنت را جزو منابع وریشه های اصلی و ثابت ولایتغیر می‌شمارند که باصطلاح امروز جنبـه استاتیك[1] دارند یعنی امـوری هستندکه لازمهٔ وجـود نظام حقوقی اسلام بوده وانتظام هیئت این نظام بستگی بوجود واعتبارآن دارد ولی ما در فصل ششم این‌کتاب دربحث از منابع وقدرتهای سازندهٔ حقوق اسلامی بیان کردیم که بویژه درآیات وروایات متشابه اختلاف درجهٔ فهم معنی ازنظرگاههای متفـاوت در ازمنه وامکنه مختلف وبالاخص درنقل‌گفتار فقیه فقید میرزا صادق تبریزی درمبحث حقیقت شرعی ، حتی درهمین دو منبع بظاهر ساکن و لایتغیر خاصیتی انعطاف پذیر و متکامل دیده میشود .

از دومنبع‌کتاب وسنت‌که بگذریم این دلیجان وماشین حقوقی بوسیلهٔ اسبهای نیرومند وموتورهای قوی (عقل ، اجماع ، قیاس ، استحسان واستصلاح ، عرف) مجهز بوده ودر قرون و اعصار متمادی اصول اساسی این نظام را بدنبال می‌کشیده و درمسیر راههای پر پیچ و خم تحولات و دگرگونیهای اجتمـاعی آنرا از هرگـونه دست انداز وبن بستی حفظ وحراست مینموده است . این موتور های نیرومند منابع و ریشه های متحرك ومتحولند و جنبه دینامیك[2] دارند .

1- Statique

2- Dynamique

اجتماع این منابع این نظام را آنچنان ساخته است که تا ابد چرخهایش بتوانند کار کنند و هرگز فرسوده وکهنه نشوند و با مدنیت متکامل و نیازهای متطور و رُخدادهای متنوع همواره هماهنك وقابل انطباق گردند و معنی دعوی جاودانگی این نظام بنظرما از همین جا ناشی است ، (شرعُ محمدٌ مستمرٌ الی یُوم القیامه) ویا (حلالُ محمدٌ حلالٌ الی یُوم القیامه و حرامهٌ حرامٌ الی یُوم القیامه) زیرا منابع عقل و اجماع و قیاس و عرف اموری هستند که لازمه تحولات نظام حقوقی بوده و ترقی وپیشرفت هیئت این نظام بسته بوجود و معتبر شناختن آنهااست حاصل و نتیجهٔ این منابع ، اجتهاد یا مکانیسم حقوق اسلامی است ، چه اجتهاد در لغت به معنی رنج بردن و سختی کشیدن است و بنا به تعریف علامه « اجتهاد ، بکار بردن همه توانائی وطاقت است در راه تحصیل گمان نسبت بحکمی شرعی » از روی دلائل کتاب و سنت و اجماع و عقل و غیره .

تعریف های دیگری از اجتهاد شده است که از ذکر آنها خودداری میگردد و در اینجا بفرق میان مجتهد و فقیه می پردازیم . مجتهد احکام را از راه قواعد علم اصول استنباط می کند اما فقیه عالم به احکام شرعی فرعی از روی دلائل تفصیلی آنها است مجتهد استنباط کننده و فقیه عالم به احکام است ، قید شرعی فرعی برای آنستکه احکامی که از شرع رسیده است وبدان متکی است مورد علم فقیه است نه احکام متکی به عقل ، و فرعی هم برای آنستکه قواعد اصولی ،کلی و عقلی است و احکام مورد علم فقیه ناظر بجزئیات است .

مجتهد یا صاحب نظر در حقوق اسلامی علاوه بر عاقل و عادل بودن باید در دستور زبان عرب برای فهم کتاب وسنت و علم تفسیر قرآن ودرایه و رجال و منطق وکلام و مقداری ریاضیات و هیئت در مورد مسائل ارث و تعیین جهت قبله باندازهٔ کافی وارد باشد .

منابع زنده و سرچشمه های لایزال حقوق اسلامی موجب ایجاد راه حلهای متناسب با اوضاع زمان بوده بنحویکه باز بودن طریق اجتهاد همه تحولات و

رخداد ها را در این نظام قابل هضم و انعکاس کرده مانند کارخانه‌ای که از یك سو مواد خام داخل شده و از سوی دیگر پس از گذشتن از چرخ و پره های آن بصورت محصول و منتوج خارج گردد و از این رو به ایدئولوژیهای صد در صد خالص وارداتی و تحمیلی که هیچگونه زمینه و میراث حقوقی و فرهنگی محلی ندارند، نیازی نخواهد بود و آنچه درمورد اجتهاد بیان کردیم با کنفرمیسم[1] بمعنی اصولی که برحسب آن از روی راحت طلبی و فرصت جوئی، شخص خود را با اوضاع محیط تطبیق میدهد فرق دارد، زیرا کنفرمیسم خفه‌کننده و محو کننده ارزشهای مدنیت انسانی است، واقع بینی آنستکه به مکاتب و ایدئولوژی ها باتوجه به اولویت عمل، توجه گردد، و واقعیاتی راکه از پدید آمدن رخدادهای جدید نتیجه شده‌اند درچهارچوبهای بقدر کافی متحرك حقوق اسلامی قرار دهند.

در تجزیه و تحلیل اجتهاد و مکانیسم حقوق اسلامی که آنرا قابل انطباق با زمان و مقتضیات عصر چه بطور اجمال وچه بطور تفصیل مینماید یادآوری این نکته لازم است که این انطباق که تغییری را نیز متضمن خواهد بود از خارج تحمیل نمیشود بلکه در محتوای ذاتی حقوق اسلامی ایجاد گشته و از آن سرچشمه گرفته، رشد و نضج نموده و تکامل یافته است و لذا حکمی به «غیر ما انزل الله»[2] با این توجیه نخواهد بود، چه خود این تغییر؛ حکم خدا است[3]

۱- conformisme یا Social conformity که عبارتست از انطباق ویا «همنوایی اجتماعی» که این خصلت راسازمانهای اجتماعی اکثرا باقتضای وظایف خود، طبق موازینی تحمیلی برای اعضای جامعه فراهم می‌آورند.

۲- آیه ۴۹ سورهٔ مائده: «ومن لم یحکم بما انزل الله فاولئك هم الکافرون»

۳- مفاد حدیث حضرت صادق (ع): «علینا ان نلقی الیکم الاصول وعلیکم ان تفرعوا».

۲ ـ اقسام اجتهاد

الف ـ اجتهادمطلق وآن در شخصی فراهم میگردد که در همهٔ ابواب فقه (عبادات ، معاملات ، احکام ، سیاسات) بدون استثناء بتواند احکام وحوادث واقعه‌را بوسیلهٔ امارات واصول معتبر استنباط و استخراج نماید .

ب ـ اجتهاد متجزی در مجتهدی است که قدرت استنباطش بـه برخی از ابواب فقه به‌کمال رسیده باشد درمورد اجتهاد مطلق که هم نسبت به شخص مجتهد و هم نسبت بمردم حجت است هیچگونه اختلافی نیست اما در مورد اجتهـاد بروجه تجزی اختلاف است ، نظرکسانی‌که اجتهاد به تجزی را حجت ندانسته‌اند شاید در زمان خودشان صحیح بوده است ولی این نظر در دنیای امـروز عملی بنظر نمیرسد میدانیم‌که از دو قرن پیش پیدایش نظریه جدید ، تقلید اعلم (مجتهد مطلقی‌که از همه‌دانشمند تر باشد)که بهنگام‌خود از جهت تمرکز دادن سازمان رهبری فقه‌امامیه بسیار مترقی و پیشرفته بود ، بوجودآمد ، ولی مانند هرپدیده این نظریه نیز سیر خود را کرده و امـروز نمی‌تواند بدون هیچگونه تغییر وضع و شرایط کماکان باقی بماند .

اکنون این‌نظریه باید جای خودرا به‌شورای فقاهت بدهد ، شورای‌حقوقدانان متخصص درشعب مختلف تاتبادل نظر درفقه اختلاف انظار را ازمیـان ببرد وحقوق اسلامی را تخصص ، توسعه وترقی دهد ، دراین زمان دربرابر روش دنیـای متمدن درتحقیقات وتتبعات ناگزیر از پیروی ویاتجدید نظر هستیم ، وعدم تبعیت و تجدید نظر نشانه آن است‌که این رشته رابعنوان «تاریخ حقوق» مورد مطالعه قرار میدهیم نه‌یك دانش زنده و حقوق مورد عمل درمسائل جاری ، واگر تجدید نظری دراین میان بعمل نیاید وفقها همانطور سرگرم افکارگذشتگان بوده ویکنفر بخواهـد درهمهٔ ابواب فقـه با اینهمه توسعه و پیشرفتی‌که درعلوم حقوقی بوجود آمده ، متخصص

واعلم باشددیر یازوداین سازمان حقوق اسلامی ناگزیراست، رسالت خودرا بکاردانشگاهی کشور واگذار کند وخودازصحنه رخت بربندد . آقای سید محمودطالقانی این ضرورت رابخوبی احساس کرده وچنین می نویسند :

«باتوسعه وتکامل پیوشته‌ی مباحث وابواب فقه واصول ، فروع ومباحث فقه هریك تخصصی خواهد شد ، آنوقت مجتهدین برای انجام مسئولیت شرعی خود درمسائل جادثه ومورد اختلاف ، احتیاج بمشورت را (مـانند متخصصین دررشته هـای توسعه یافته‌ی همه شئون) بیشتر درك خواهندکرد ، دراین دوره‌که اکنون شروع شده آراء فردی دراینگونه مسائل خود ناشی‌از غرور واستبداد دررأی میباشدکه درشریعت‌مقدس اسلام مطرود است»[1] پس بااین مقدمات باید گفت‌که اجتهاد به تجزی ضرورت زمان ماست ومجتهد علی‌الاطلاق شدن درجمیع رشته هـای حقوقی امـری است که ازواقع دوراست .

۳ـ تخطئه‌و تصویب

درحقوق اسلامی دومکتب پیداشده‌که هرکدام نیزطرفدارانـی دارد ، مکتب اول «تخطئه» نام‌دارد وآن اینستکه حکم شرعی واقعی درهر مسأله از فروع فقهی یکی بیش نیست ؛ النهایه مجتهدین درکوشش خود برای استنباط آن ممکن است به خطا روند ویا واقع را احراز نمایند درصورت اول بنابمفاد حدیث یك اجرودرصورت دوم یعنی احراز واقع وطریق درست دو اجـر خـواهند داشت (لِلمُصیبِ اَجْران وَلِلمُخطی اَجرٌ واحِد) طرفداران این مکتب که از حقوقدانان شیعی هستند بنام مخطئه نامیده میشوند مکتب دوم‌که بیشتراز حقوقدانان اهل سنت وجماعت میباشند معتقدندکه‌هرچه را حقوقدانی پس‌از کوشش خود استنباط نماید حکم واقعی والهی

۱ـ بحثی درباره مرجعیت وروحانیت ص ۲۰۲ همچنین درفصل چهارم این کتاب درمبحث «شورای فقاهت» مطالبی را یادآور شده‌ایم .

آن همان خواهد بود که او در اثر اجتهاد خود بدست آورده است و تصور خطا و اشتباه در مجتهد صحیح نیست .

پیروان این مکتب را مصوبه نامند ؛ بهرحال ، غرض از نقل این دو مکتب نشاندادن سعهٔ صدر و بلند اندیشی شارع نظام حقوق اسلامی است ، زیرا پشتگرمی و جرأت دادن به اظهار نظرهای مختلف به مجتهد از این بهتر نمی‌شود که درصورت وجود خطا باز هم مأجور باشند .

۴- تقسیم حکم بواقعی وظاهری

وحکم واقعی به عناوین اولی و ثانوی و ... [۱]

درفصل ششم مبحث چهارم در بخش استصحاب (اعتبار مستصحب) درباره حکم واقسام آن بحث شده است و تکرار آن زائد است ، اما اینجا فقط به حکم واقعی و وظاهری می‌پردازیم .

حکم واقعی اولی آنست که موضوع آن صرفاً افعال مکلفان باشد مانند وجوب اداء دین وزکوة و غیره حکم واقعی ثانوی آنست که موضوع آن افعال مکلفان باشد النهایه بعداز عجز ازعمل به تکلیف اولی . حکم ظاهری حکمی است که ازامارات و وقرائن استنباط واستخراج گردد (مانند قاعده تجاوز وفراغ) اکنون پس از ذکر این مقدمهٔ کوتاه گوئیم که یکی از موارد ومصادیق جنبه کشش‌دار وپرتاب بودن حقوق اسلامی همین بحث عناوین نخستین ودومین وسومین و ... است .

بنحوی که بموجب آن مستحدثات اجتماعی وتکالیف افراد به عناوین گوناگون احکام جداگانه پیدامی‌کند ، حکم واقعی همانطورکه گفته شد مانند وجوب اداءدین

۱- بحث عناوین اولیه وثانویه فقیهان ، ما را بیاد نظامهای نهادی نخستین ونظامهای نهادی دومین در جامعه شناسی می‌اندازد . رجوع شود به زمینه جامعه شناسی ص ۲۶۹

که متضمن مصلحت اکید مردم است و اراده افراد برخلاف آن نافذ نخواهد بود ، و وحکم ظاهری هم مانند قاعده تجاوز وفراغ که پس از اتمام عملی ، هرگاه شك و دودلی نسبت بصحت وسقم انجام آن پیش آید بموجب روایات وارده ، باین شك نباید اعتنائی کرد وعمل انجام یافته را باید حمل برصحت کرد ، گواینکه درواقع ممکن است عمل درست انجام نشده باشد ، وبطور کلی تمام احکامیکه در اصول عملیه مسبوق بهشك است وبرای رفع سرگردانی مکلف وضع شده ، باواقع ممکن است تطبیق کند یانکند ، وبرای ازمیان بردن وسواس وتردید همهٔ احکام ظاهری وضع شده است .

اما حکم واقعی اولی مانند حرمت تشریح اجساد مردگان ، که در نظام حقوق اسلامی عملی حرام شمرده شده است وحکم اولی وواقعی آن حرمت است اما دانش پزشکی بدون تشریح نمی تواند به پیشرفتهای خود نائل گردد ویادر برخی از موارد که فوت شخصی مشکوك بنظر میرسد از نظر کشف حقیقت ، تشریح بدن لازم وواجب است وحتی پس از دفن میت نیز نبش قبر ضرورت پیدا خواهد کرد در اینجا حکم واقعی ثانوی وجوب تشریح خواهد بود وبدین ترتیب ملاحظه میشود که قطعیت (دگماتیسم) درحقوق اسلام راه ندارد وهیچ عملی بطور مطلق نهی نشده است مثال دیگر حکم واقعی اولی دراسلام آنست که : «تناسَلُوا تَناکَحُوا» یعنی «ازدواج کنید و تولید نسل نمائید» اما اگر غیرمحدود ساختن موالید موجب زیان شدیدی درجامعه باشد محدود ساختن آن مباح ، بلکه واجب خواهد شد ، زیرا توسعه بدبختی وجنگ وهمچنین غیرممکن ساختن حل بسیاری از مسائل اقتصادی واجتماعی بستگی به محدود ساختن زادوولد در بعضی ازممالك دارد ویا حکم واقعی اولی طلاق دراسلام کراهت شدید بلکه نزدیك بحرمت است اما همین حکم بهنگام ضرورت بقوت خود باقی نیست وسنت جاریه پیشوایان دین شاهد این مطلب بوده است ، پس درحقوق اسلام ، هیچ چیز ثابت ولایتغیر نیست ، درفصول گذشته باین مطلب طی استناد باحادیث و آیات قرآن اشاره شده است ودراینجا برای

تأیید مدعای خود حدیث دیگری را از حضرت رسول اکرم نقل می‌کنیم که :
«شمادرعهدی زندگی می‌کنید که اگر تنها یك‌عشر ازاحکام رامتروك بدارید به هلاکت‌خواهید رسید ، ولی عهدی‌خواهدآمد که اگر بیك‌عشر آن احکام عمل‌نمایندرستگار خواهند شد[۱]» .

واحادیث مؤید این موضوع بسیار است ، این احادیث نشاندهندهٔ این مطلب است که عناوین ثانویه‌ای دراعصار وازمنهٔ بعداز رسول اکرم خواهد آمد که احکام واقعیهٔ ثانویه تحت‌آن عناوین مصداق پیدا خواهدکرد ویا حتی در زمان واحد هم یك موضوع چند عنوان میتواند پیداکندهمانطورکه درمثالهای‌گذشته یادگردید واین عناوین اکثراً عناوین عسروحرج وضرر واضطرار وضروزت است که درفصول گذشته بآنها اشاره شده است ودراینجا یادآور می‌شویم که فی‌المثل محدود ساختن‌زادوولد حکم واقعی ثانویش تحت اصل لاضرراست زیرافرض اینست‌که اجتماع ازآزادساختن زادوولد ضررمی‌بیند وجلوگیری ازاین ضرر جز ازطریق محدود ساختن آن میسّر نیست ، ویا در دادوستد حکم اولی‌آن لزوم است ولی‌اگریکی ازطرفین مغبون گردد این لزوم تحت قاعده لاضرر حکم ثانویش جواز خواهد بود وطرف مغبون می‌تواند عقد (بیع) رابهم بزند .

۵ـ مصلحت شخصی و نوعی

این عنوان نیزیکی دیگر از مصادیق وموارد انعطاف پذیری حقوق اسلامی است مثلاوقتی شخصی کالای خودرا ازبیم غرق شدن‌کشتی دردریا می‌اندازد ، البته معلومست‌که حکم اولی وواقعی آن حرمت است زیرا اتلاف مال بدون بیم خطرکاری است‌حرام ، اما چون اینجا مصلحت جانی ونوعی ایجاب کرده است حکم حرمت مبدل به وجوب میگردد ، ویااگرشخصی باغی داشته باشدکه ازاشجار گوناگون‌غرس

۱ـ مشکوة‌المصابیح

شده ، درحالت عادی هیچکس حق ندارد وی رامجبور بفروش آن اشجار نماید ، ولی هرگاه سیلی آمد ومردم باخطر آن مواجه گشتند وبرای جلوگیری ازسیل وایجاد سدبه چوب واشجار نیازمند بودند ، بدیهی است که مصلحت نوعی مقتضی است که علی رغم میل صاحب باغ ، چوبهای آن راکنده وآن اشجار رابرای رفع سیل مورد استفاده قراردهند .

این حکم ثانوی نیز ناشی ازقاعده لاضرراست ، بدیهی است پس از رفع خطر آنان که ذی نفع بوده اند ، باید قیمت عادلانه اشجار رابصاحب ملك بپردازند واین مطلب ازباب مثال بود والا این حکم دروقوع زلزله ؛ قحطی وامراض مسری وغیره به اعتبار خود باقی است .

پس عملی راهمواره نمی توان مجاز دانست وهمواره هم نمی توان ممنوع شمرد وتشخیص این مطلب نیازبه بصیرت واطلاع کافی از اوضاع زمان وروح عصر خواهد داشت که قبلا بدان تذکر داده شده است وهمین دقت وباریك بینی است که اجتهاد را درحقوق اسلامی دارای مرتبه ای بسیار بلند ساخته است ، زیراکه آن فرع بربینش اجتماعی بسیار ودور اندیشی وحزم وفراست فراوان است تاحکم هرموردی که پیش می آید چنان داده شودکه نه اصل فدای فرع گردد ونه اجتماع بخاطر نفع افراد ویاخود سری آنان زیان ولطمه ببیند ، ونتیجة نقض غرض شود .

مثلا هیچ چیز دراسلام باندازهٔ وفای بعهد وپیمان تاکید نشده است که (اَوْفُوا بالعُهُود) ولی اگر دراثر پیمانی اجتماع اسلامی ازهم پاشیده شودو آسیب ببیند ، آن پیمان کان لم یکن وباطل است واینکه حقوقدانان اسلام دربارهٔ شرط باطل ومبطل عقد بحث فراوان کرده اند ، باین جهت است که از آزادی عقود (قرادادها) نقض غرض نشودو بدلیل آزادی ، حقوق اجتماع وحقوق فرداز بین نرود ، درداد وستدهامی بینیم موارد بسیاری ازخیارات پیش بینی شده است تا دراثر دادوستدی که مبتنی براشتباه یا اکراه یاخدعه ونیرنگ وغیره بوده ، شخص دربرابر امری قرار نگیردکه هیچگاه

نتواند آنرا برهم زند ویا جبران نماید ، تاآنجا که درعقد زناشوئی که‌مقدسترین ومورد اهمیت ترین عقود است اگر یکی ازطرفین مایل بادامهٔ آن نباشد ، طلاق‌را تجویز کرده است زیرا ادامهٔ چنین عقدی نقض غرض ومخالف منافع فرد و اجتماع است .

در مورد مصلحت این نکته را باید توجه نمود که‌گاهی مصلحت مشخصی که موجب وضع قانونی بوده ، ممکن‌است بعدها تغییر کند . آیا قانون را باید با مصلحت قدیم یاجدید ؟ کدامیك تفسیر نمود ، مثلادرمورد نکاح بادختر باکره‌حدیثی از پیغمبر است که « اِذْنُها صماتها » یعنی سکوت آن دختر مُبین رضایت وی می‌باشد ، مبنای وضع‌این‌قانون عرف زمان شارع بوده که‌دختران باسکوت ، رضایت خودرا بیان میکرده‌اند ، ولی امروز بخصوص درشهرهای بزرگ این عرف تغییر کرده است : آیا بازهم باید سکوت را علامت رضا دانست ؟

عده‌ای از حقوقدانان‌اسلامی وازجمله قاضی ابویوسف[1] عقیده‌دارندکه‌هرگاه عرف تغییر کند قانون هم که برمبنای آن کارگذاشته شده است تغییر خواهد کرد چه قانون‌تابع مصالح اجتماعی است‌نه مصالح‌اجتماعی تابع قانون ؛ واصل«الضرورات تُبیحُ المَحظورات»که حدیث‌واصل‌عقلی وعرفی است باین‌معنی است‌که‌ضرورتهای اجتماعی باعث عقب زدن الزامات قانونی می‌گردند در تاریخ اسلام شواهد بسیاری درتایید این‌اصل وجود دارد ازجمله نماز که واجبی درهمهٔ قرآن در اهمیت بپای آن نمیرسد ، بهنگام ضَرورت ، بتاخیر می‌افتد ، آنهم نماز عصر را بعد از نماز عشاء گزاردند وپیغمبر نیز این اصحاب را نکوهش‌نکرد (سنت‌تقریری)درمحاصرهٔ بنی قریظه پس ازوقعهٔ خندق ، مؤذن ندادر میدهد که : « هرکه شنوا و فرمانبردار است ، نماز عصر را جز دربنی‌قریظه نگذارد » وچون‌گروهی گرفتار امور شخصی بودند ونتوانستند عصر را به‌بنی قریظه برسند ناچار نماز عصر را پس از نماز عشا

۱- مقدمهٔ عمومی علم حقوق ص ۴۳

گزاردند.[۱]

موضوع دیگر اجتهاد ابوذر غفاری بود درمورد نماز ، وی می‌گفت در مسجد شهری که مانند معاویه‌یی برآن حکومت کند نماز مقبول درگاه خدا نیست پس برای رفع مانع عبادت می‌کوشید و باصطلاح اصولیین برای اشتغال یقینی برائت یقینی می جست ، امام میفرماید :

« یا اباذَر اِنَّك غضبت للله فارجُ مَن غضبت له » علی این عمل را غضب برای خدا ودر راه خدا میداند که برای حق فقرا دربرابر خلیفه بخروشند و آنرا بر هر عبادتی مقدم دارند .[۲]

۶ ـ قاعده لاضرر و قاعده تسلیط

در حقوق اسلامی اصول وقواعدی‌وجود داردکه قابلیت انعطاف فراوان‌دارند ازقبیل : اصل عدم‌عُسرو حَرَج (لاعُسرَ ولاحَرَجَ فی‌الدین) اصل ضرورت که پیش ازاین مورد بحث قرارگرفت اکنون اصل‌لاضرر وتسلیط را بطور اختصار مورد مطالعه قرار میدهیم .

شأن نزول قاعده لاضرر چنین است‌که سَمُرَةِ‌بن جندب درخت خرمائی در خانهٔ یکی از انصار داشت ، گاه وبیگاه بی‌اجازهٔ صاحب منزل وارد خانه میشد و بسوی‌درخت خود میرفت ، مرد انصاری ازسمره درخواست‌کردکه هنگام ورودا‌جازه بگیرد . سمره اعتنائی نکرد لذا انصاری شکایت نزدرسول اکرم برد ، آنحضرت‌سمره را احضارکرد وجریان شکایت را بوی فرمود ، سمره‌گفت آیا درراه ورودی که حق من‌است اجازه بگیرم ؟

۱ـ اسلامشناسی دکترعلی‌شریعتی‌ص ۲۱۸

۲ـ سرود جهشها محمد رضا حکیمی ص۱۰۶

حضرت فرمود : درخت خودرا بیش ازآنچه ارزش دارد بفروش . سمره بهیچ قیمتی حاضر بفروش نشد . حضرت رسول فرمود :

انّك رَجُلٌ مُضارٌ ولاضَرَرَ ولاضِرار فی الاسلام یعنی تو مردی زیان رسانی وضرر وضراری دراسلام نیست وبانصاری فرمود :

درختش را قطع کن وبسوی وی بینداز .

این حدیث بحد تواتر رسیده وبعضی تا ۱۸ روایت در بارهٔ آن آورده‌اند و همچنین حدیث نبوی دیگر :

« کُلُّ شیءٍ یَضُرُّ بطریق المسلمین فَصاحِبُهُ ضامن » یعنی هر چیزی که درطریق ومعبر مردم زیانی را سبب شود صاحب آن ضامن است .

فقها مبنای خیار غبن را ازقاعده «لاضرر» استخراج می کنند ، زیرا شخصی که دردادوستد مغبون شده است ، باستناد این قاعده حق رجوع به‌طرف مقابل دارد ، قاعده لاضرر درماده ۱۳۲ قانون مدنی ایران نیز منعکس است باین عبارت :

« کسی نمی‌تواند درملك خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شودمگر تصرفی که بقدر متعارف وبرای رفع حاجت یارفع ضرر از خود باشد . »

از مجموع عقاید گوناگونی که درمورد این قاعده ذکر شده چنین استنباط میشود که دراسلام هرگونه خسارت مادی ومعنوی باید جبران شود ، این قاعده با مقررات حقوق اروپائی موافقت کامل دارد ، بدینگونه که درعصر حاضر در مجامع حقوقی اروپا این قاعده را بعنوان یك پیشرفت وتحول درحقوق تلقی می‌کنند ، زیرا اکثر فیلسوفان اروپا حتی آنان که پیرو مکتب اصالت فردهستند ، معتقدند که اگر فردی بواسطهٔ اعمالی که می کند به منافع دیگران لطمه بزند دربرابر اجتماع مسؤول است وازلحاظ نفع اجتماع ، مشروع است که وی‌را مجازات کنیم ویاجبران خسارت مادی ومعنوی را ازوی بخواهیم وتعیین نوع مجازات هم برعهدهٔ اجتماع است که برای حفظ منافع خود ازآن استفاده کند ، البته این حق برای اجتماع نیز محدود بحدودی است زیرا مثلا کسی که دشغلی که شاغل فراوان دارد سرآمد

دیگران گردد ودر رقابت براقران پیشی‌گیرد ، موجب زیان افراد دیگر شده‌است . معتقدین به لیبرالیسم اقتصادی این زیان را بسود بشرمی دانستند و زیان دیده ها را مستحق هیچگونه مطالبهٔ‌خسارتی نمی‌دانستند مگر آنکه سود او بوسائل نا مشروع ازقبیل فریب وتقلب وزورباشد واین نوع زیان‌هم درنتیجهٔ تقصیر فردنیست . لذافرد مقصر نیست بلکه این زیان معلول تشکیلات اجتماعی است که نتوانسته بود راه حلی صحیح برای اینگونه زیانها پیش‌بینی‌کند لذا می‌بینیم که مکاتب اقتصادی دیگری‌در اروپا ظهورکردند .

پس اجتماع نباید اجازه دهد که گروهی با نادیده انگاشتن سود اجتماع ، زندگی خودرا اداره نمایند .

مثلا اگر افراد برای فرار ازمالیات باصل مالکیت متوسل گردند ! درمقابل اصل مالکیت ، اصل لاضرر را قرارداده وباین استدلال‌که امروز باید اصل مالکیت هرچه بیشتر برای نفع جامعه محدود گردد از توسعهٔ بی‌حد و حصر آن ممانعت بعمل آید .

همچنین در مورد اصل تسلیط واصل آزادی مبادلات ، چون آزادی مبادلات بضرر کشورهای توسعه نیافته وبسود آنهائیست که ازهمه بیشتر توسعه یافته‌وصنعتی شده اند . لذا بموجب قاعده لاضرر که وارد وحاکم بر قواعد دیگراست این‌آزادی مبادلات باید بموجب یك نقشهٔ صحیح‌ویاکار مطابق نقشه محدود شود ، باید ازواردات اشیاء لوکس وغیر ضروری ومصرفی بکلی ممانعت بعمل آید وصادرات تشویق گردد و درعوض صنایع تولیدی ، تشویق وپشتیبانی شود ، واردات‌باید منحصر بماشین‌آلات وتجهیزات صنعتی‌گردد .

مثالی دیگر : اگر شخصی وجهی به‌تاجری بپردازد که درظرف چهار ماه هر موقع دسترسی به مبیع داشت تحویل دهد ، پس از دوماه کالا وارد گردد وتاجر با اعتراف باین‌دادوستد فقط بمنظور تقلیل ارزش متاع‌ودرنتیجه اضرار شخص‌خریدار

از تحویل جنس بفروشنده امتناع کند ، تاجر مطابق قاعده لاضرر مسؤول است .

مثالی دیگر : شخصی بدون اینکه نفعی ازاقامه وطرح دعوائی درداد گستری داشته باشد ، بمنظور زیان به مدعی‌علیه دعوائی اقامه کند ، دراینصورت نمی تواند ازحقوق خود درداد گستری استفاده نماید ولی اگر این ضرر بشخص طرف با نفع جامعه تصادم پیداکند نفع اجتماعی مقدم است مثلا رقیب انتخاباتی می‌تواند معایب طرف خودرا برای مردم افشاکند .

در روایت معتبری نقل شده که هرگاه شاهدی گـواهی دهد که شوهری فوت نموده است وحاکم براثر شهادت شاهد عقد ازدواج زن را با مرد اجنبی جاری سازد ولی بعدا شوهراول ازمسافرت مراجعت نماید ودرنزد حاکم حضور یابد وازاین‌راه کشف شود که گواهی شـاهد مزبور خـلاف واقـع ودروغ بوده است ، دراین صورت شاهد به قاعدهٔ تسبیب ضامن خواهد بود که غرامت وزیان شوهراول راترمیم نماید به‌این ترتیب که مهریهٔ زن را به‌پردازد وبدینوسیله جبران ضرر مادی ومعنوی اورا تاحدی بنماید .

مطابق اینگونه روایات که ازباب مثال ذکرشد وبسیار فراوان است، هرکس حق دارد ازثروت خود مادام‌که بکسی زیان وارد نیاورده‌است بهره‌مند گردد ولی آیا حق خواهد داشت که این ثروت را تبدیل به ارزخارجی کند ودر بـانکهای خـارج حبس نماید ؟

باتوجه باینکه این‌کار نه‌تنها به اجتماع فعلی‌این کشور زیـان میرساند بلکه ضررش متوجه نسلهـای آینده نیز هست ، مطابق قاعده لاضرر این‌کار حرام است و یا مثلا درمورد وقف ، نظر واقف ومقصودوهدف وقف باید دارای ارزش اجتماعی و مفید باشد ، حال دروقف اگر چنین سود وارزش وجود نداشته باشد ، آیا باید به ارادهٔ واقف ترتیب اثر داد وعین موقوفه را راکد وبی‌حرکت گذاشت یا اینکه بـاید منظور واقف را بااوضاع واحـوال جدید ومقتضیـات عصر همـاهنگ ومنطبق نمود ،

اینجا ابتکار عمل باحقوقدان وقاضی است که مطابق روح حقوق اسلامی ازیك ضرر اجتماعی جلوگیری کند وعین موقوفه را در راهی که نفع اجتماعی در بر دارد بکار اندازد .

اما روایتی که مبنای اصل تسلیط است از حضرت رسول اکرم بدین مضمون نقل شده که :

« الناس مسلطون علی اموالهم » یعنی همهٔ مردم بمال خودشان تسلط دارند ؛ این حدیث را بسیاری ازحقوقدانان اسلامی به اصالت فردی تعبیر کرده‌اندو حتی ماده ۳۰ قانون مدنی ایران آنرا بگونه فردیّت ترجمه کرده است ودر نتیجه حق مالکیت را حقی مطلق پنداشته ، درحالیکه چنین نیست وحقوق درفقه اسلامی همه نسبی واضافی ومحدود هستند ؛ درمقام توجیه قاعدهٔ تسلیط باین معنی بلا فاصله ، حکومت اصل لاضرر را عنوان کرده ورفع تعارض را باینوسیله خواسته‌اند بنمایند، اما اگر قدری دقیق شویم خواهیم دیدکه میان این دوحدیث ابدا تعارضی ومنافاتی بچشم نمی‌خورد ، زیرا تسلیط به صیغهٔ جمع آمده‌است (مسلّطون) وصاحبان تسلط نیز به لفظ جمع آمده (الناس) بخصوص که خود کلمهٔ ناس جمع است ودر اینجا الف ولام هم که اگر برای استغراق وفراگیری همگان باشد کاملا مدعای مارا باثبات میرساند که این قاعده اصالت جمعی است نه فردی یعنی همهٔ افراد مردم در هیئت اجتماع نسبت بمال خودشان باهم تسلط دارند وهرگاه تسلط فرد از تسلط جمیع بکاهد ویا درمورد بهره‌مندی ازحقوق شخصی بزیان دیگران منتهی شود برخلاف قاعده تسلیط خواهد بود پس این قاعده به‌اجتماع اصالت میدهد ودرحقیقت عنوان لاضرر که اینهمه ازآن فقها برای رفع تعارض باقاعده لاضرر استفاده‌می‌کنند در متن اصل تسلیط گنجانده شده است نه اینکه درخارج آن باشد تا آنرا حاکم ووارد براین اصل بدانیم ودرحقیقت این دواصل یا دوقاعده مؤید یکدیگرند وازیك اصل ناشی شده‌اند وآن اصل عدالت واصالت اجتماعی است پس هرگاه فرد درحین استفاده ازمال خود بدیگری

ضرر برساند درحقیقت ازتسلط اوکاسته واین حرام‌است .

خلاصه اینکه همه‌وقت نفع اجتماع برنفع فرد مقدم است وحتی نفع‌فرد در اسلام دربرابر نفع‌اجتماع به‌پشیزی شمرده نمیشود .

* * *

دراینجا بحث ازاصول کششدار را پایان میدهیم واضافه می‌کنیم این اصول وقواعد بواسطهٔ جنبهٔ انعطاف پذیری[1] حقوق اسلامی را با تحولات اجتماعی منطبق‌و سازگار می‌نماید ، ومنشأ موارد بسیاری ازرُخدادهای جدید شده است ، هر کدام از این اصول وقواعد عامل تکان‌دهنده ومتکامل این نظام حقوقی بشمار می‌آیند که می‌توانند موضوع کتب فراوان قرارگیرند که فعلا ازحوصلهٔ این کتاب خارج است، فقط باید متاسفانه بگوئیم که ازاین اصول مترقی بالاخص از دورهٔ پدیدآمدن‌اقتصاد مبتنی برماشین استفاده نشده است .

۷ ـ مسألهٔ تقلید

لزوم پیروی جاهل ازعالم ازبدیهیات است ، درهمهٔ شؤون عمل برطبق نظر خبره وکارشناس که مرجع تقلید در امور مردم هستند ، جاری ولازم الاتباع است ، حتی پزشکی که پس از طی دوره‌عمومی ، متخصص چشم پزشکی‌است درسایرامراض که درآن تخصص ندارد به متخصص مراجعه می‌کند ، درداگاهها قضات برای اجراز حقیقت قضائی یك دعوی گاهی مجبور بمراجعه به خبره وکارشناس میگردند ، بسط وتوسعه‌بی‌حدوحصرعلوم‌روزبروزاین مطلب را بدیهی تر نموده است ، درحقوق‌اسلامی هم هرگاه مجتهدین متعدد وازحیث علم وپرهیزگاری برابر باشند ، تقلید از هریك

1- Elasticité

از آنان جایز است ولی هرگاه یکی دانشمندتر و دیگری پرهیزگارتر باشد ، در اینجا اجماع حقوقدانان اسلام بر آنست که رجحان و برتری در تقلید از دانشمندتر است زیرا وسیلهٔ استنباط احکام شرعی دانش است نه تقوی .

مسألهٔ دیگری که باز متفق علیه است آنستکه هیچکس نمی‌تواند ابتداء از میت تقلید کند ، ولی با اجازهٔ مجتهد زنده به عقیده برخی می‌توان در مسائلی که درزمان حیات مرجع قبلی از وی تقلید کرده وعمل نموده است ، بعد از فوت او نیز باقی بماند ، این مسأله لزوم اجتهاد درشخص زنده جنبهٔ تحرک حقوق رامیرساند والا معنی نداشت که دراین مورد این اندازه پافشاری شود .

درحقیقت اجتهاد یك فن تطبیق وانطباق است واساسش برآنستکه هر مسألهٔ جدید را بااصول کلی حقوقی تطبیق کنند وازمجرای اجتهاد ، حقوق رابسط وتوسعه دهند وسر ادعای جاودانگی حقوق اسلامی برهمین نکته مبتنی است و دعوی عدم اختصاص آن به‌نژاد و ملت ویا منطقه وناحیهٔ خاص نیز ازهمین جنبه آب می‌خورد .

۸ ـ علل توقف ورکود درحقوق اسلامی

تشریح علل وموجباتی که موجب توقف ورکود حقوق اسلامی شده بسیارمفصل واحتیاج به بررسی تاریخ اجتماعی واقتصادی وسیاسی ممالك اسلامی دارد که از حوصلهٔ این کتاب بیرون است ، درفصول گذشته گاهی بدان اشاره‌ای کرده‌ایم .

دراینجا همینقدر یادآور می‌شویم که روحانیت شیعه از دورهٔ صفویه ببعد ، روز بروز برقدرت ونفوذش افزوده می‌گشت تااینکه ، یکباره در برابر هجوم اقتصاد ماشینی وتغییر رژیم ازاستبداد به مشروطه خودرا باخت وکنار نشست .

دکتر باهری درکتاب حقوق جزای عمومی می‌نویسد :

« عملا دولت مستقل از مذهب اداره مملکت وامور عمومی و وضع و اجراء قوانین را دراختیار گرفت واولیاء مذهبی درامورذی‌مدخل نشدند ، شاید بعضی تصور

کنند که علت این بوده است که تبعیت ازقواعد اسلامی مغایر با تکامل اجتماعی است وقوانین یك جامعهٔ مترقی را نتوان باآنها منطبق نمودوفقه، کافی برای رفع احتیاجات ونیازمندیها نیست اما این تصور بکلی باطل است ، زیرا سر چشمهٔ حقوق اسلام نمی‌خشکد ، حقوق اسلام منحصر بدستورات وقواعد قرآن ویا سنتهای نبوی نیست، اجماع وعقل نیز دومنبع زنده ودوسرچشمهٔ زلال حقوق اسلامی است از این‌دومنبع قواعد وقوانینی که متناسب باوضع زمان واحتیاجات عصری باشد میتوان بدست‌آورد، ولی این‌کار فرع برکوشش وعلاقمندی است .

باکمال تأسف علمای دین مانخواسته اندوازعهدهٔ این مهم برنیامده‌اند ، وقتی رویهٔ روحانیون مسیحی را باروحانیون اسلامی مقایسه می‌کنیم سر توجهات باطل را درمی‌یابیم .

جامعه روحانیون ما نسبت‌بمسائل زمان بی‌علاقه بوده وهرگز در صدداستنتاج واستنباط احکامی که مربوط به موضوعات بدیع وجدید است نیستند در حالیکه جامعهٔ روحانیون مسیحی درمقابل هرمسألهٔ اجتماعی‌که طرح می‌شود حکم متناسبی که از اصول مسیحیت استنباط مینمایند تعیین واعلام می‌کنند ... درحالیکه ارباب مذاهب دیگر که اصولا نسبت بمذهب اسلام ارتجاعی بشمارمیروند بدینگونه‌کوشش می‌کنند همراه تحولات زمان خودرا متناسب ومنطبق با احتیاجات جامعه سازند ، جامعهٔ روحانیان اسلام باکمال تأسف درمورد تحولات زمان انزوا اختیار کرده و از اظهار نظر درمسائل خود داری واحتیاط می‌کند . »[۲]

اجتهاد ، افتخار وامتیازی است که میان مذاهب دنیا ، اختصاص به مذهب اسلام دارد ، ولی بالاخص از دورهٔ تحولات صنعتی واجتماعی وعلمی غرب تاکنون ازاین امتیاز بهره برداری نشده است ، نگاهی به‌کتب فقه واصول‌که فعلادرحوزه‌های دینی تدریس می‌شود ونظری برساله‌های عملیه مجتهدین ازعصر صفویه تاکنون‌ادعای مارا تأیید می‌کند ، رساله‌ها درمسائل عبادی مانند طهارت ، نجاست ، غسل ، دعا ،

حیض و نفاس ، شکیات نماز، حج ومناسك آن که وضع ثابتی دارند و شرایط و موجبات آنها کمتر درمعرض تغییر وتبدّل است بحد اشباع موشکافی می‌کنند و در مسائل معاملات وخمس وزکوة وجهاد وغیره که وضع وشرایط آنها از زمین تا آسمان تفاوت پیداکرده بازهم‌بهمانگونه ازچندین قرن‌قبل تاکنون تغییری مشاهده‌نمی‌شود، مجتهد اعلم پس‌از نیم‌قرن رنج ومشقّت وتحمل مشکلات فراوان بااحتیاط ووسواس شدید گاهی یك علی‌الاحوط را به علی‌الاقوی ویابالعکس تبدیل مینماید .

نمونهٔاین‌کار ، روشی است که عده زیادی ازمراجع درابتدای مرجعیت خود بدان دست میزدند وآن‌این بودکه به‌رسالهٔ «جامع عباسی» شیخ بهائی[1] حاشیه‌ای‌زده ودربرخی ازصفحات بهمانگونه‌که ذکر شد نظرخودرا نوشته ومهروامضاء کرده اند، زیرا درفرصت‌کم مجال تألیف رساله ای جداگانه‌راانداشته اند .

ازباب مثال «صراط‌النجاة» شیخ مرتضی انصاری را میرزا محمد حسن شیرازی معروف به میرزای بزرگ (مجتهدی‌که حکم به‌تحریم تنباکو داد) در ۱۲۹۹ حاشیه زده ومیرزا محمد تقی شیرازی نیز همان رادر ۱۳۲۶ قمری مجدداً حاشیه زده است .

درحاشیه برخی ازصفحات چنین دیده می‌شود «علی‌الاحوط میرزا ، مشکل است مگر آنکه‌ازحد جهر بیرون شود میرزا . عدم عفوقویست میرزا علی‌الاقوی‌میرزا» وسایر موارد ...

۱ـ تدوین قانون (La codification) برای اولین بار درزمان شاه عباس‌وبامروی توسط شیخ بهاءالدین محمد عاملی و شاگردش نظام ساوجی بصورت کتاب «جامع عباسی» بزبان فارسی صورت گرفت ، شیخ بهائی آنرادر ۱۰۳۲ هجری قمری یعنی حدود سیصدوپنجاه‌وهفت سال پیش نوشته وهدف تدوین این‌کتاب بطوریکه ازمقدمه آن‌برمیآید علاقهٔ خاطر شاه‌عباس به‌نشر مقررات فقه‌اسلامی در میان مردم بوده است .

«منهج الرشاد» شیخ جعفر شوشتری را آخوند ملامحمد کاظم خراسانی و آیة‌الله سیداسماعیل صدراصفهانی وسید محمد کاظم طباطبائی وشیخ‌عبدالله مازندرانی متوالیاً حاشیه زده‌اند (۱۳۲۸ هـ . ق) .

«ذخیرة المعاد» شیخ‌زین‌العابدین مازندرانی را نیز سید محمد کاظم‌طباطبائی یزدی ودیگران حاشیه زده‌اند . وبدینقرار درزمان حاضر رساله (توضیح‌المسائل) حاج‌آقا حسین‌طباطبائی بروجردی را از جمله آیة‌الله شاهرودی حاشیه زده وحاشیه‌را دریك ورق کاغذکه در ۱۷ مسأله اختلاف نظر جزئی دارد ، جداگانه بچاپ رسانیده ونظر خودرا درمورد آن مسائل پس از ذکر شمارهٔ مسأله یاد آور شده والبته آنهم مانند همان نظراتی است که قبلا یادآور شدیم یعنی علی‌الاقوی‌تبدیل به علی‌الاحوط شده است .

یك سیراجمالی از چهار قرن قبل ، زمان تألیف جامع عباسی تاکنون نشان میدهد که هیچگونه‌تحولی دراین‌رسائل ایجادنشده وتغییرات بسیار جزئی و ناچیز ومبتنی براحتیاط و وسواس بوده است : این وضع درباب عبادات وامور فردی‌که‌جنبهٔ ثبات دارند قابل توجیه است ؛ امادر ابواب دیگر قابل توجیه نیست .

این رساله‌ها بیاد چندین قرن قبل عربستان‌که زراعت ودرختکاری منحصر و محدود به غلات وخرما بوده و وسائل نقلیه راشترواسب تشکیل میداده ، احکام‌زکوة فقط شامل گندم ؛ جو ، خرما ، کشمش (مویز) واز حیوانات شتر وگاو وگوسفند و ازسنگهای قیمتی طلا ونقره بانصاب معین میباشد ، دیگراز برنج ، قهوه ، چای ، پنبه ، چغندر ، ومرغداری‌وکشت دانه‌های نباتی‌برای روغن ونباتات‌طبی برای‌استفاده در داروسازی وصنایع ماشینی دائم التزایدکه همهٔ شؤون‌بشر امروزی را دربرگرفته است وصنایع نفت وپتروشیمی وازوسائل‌نقلیه اتوبوس، راه آهن وهواپیما وغیره هیچگونه ذکری‌نمی رودکه آیا حکم‌این مواد وپدیده هاچیست وآیا مشمول‌کدامیك ازمواد حقوق اسلامی است ؟

درباب نظام وظیفهٔ عمومی (جهاد) وقوانین ارتش ومالیاتها وحقوق مالی (زکوة خمس ، غنیمت وفیٔ وجزیه) حقوق کیفر عمومی واختصاصی (حدود وتعزیرات وقصاص) هیچکدام مسائل روز در آنها انعکاسی ندارد ، انواع شرکتهای تجاری وغیر تجاری امروز ، کارتل ها ؛ تراست ها ومسائل ناشی از آنها دراین رساله ها بچشم نمی‌خورد، بنحوی که یك نفراگر بتاریخ تحریر کتاب نگاه نکند ، آنرا برای مسلمانان پیش از رنسانس وتحولات غرب خواهدپنداشت ، ویاتوهم خواهدکردکه‌شاید اسلام هم‌مانند مسیحیت به حفظ رابطهٔ خلق باخالق اکتفا کرده ویا همچون شریعت موسی غیرقابل تحرك وتکامل بوده ومتحجر باقی‌مانده است ، درحالیکه‌اسلام‌ازصحنهٔ مسائل‌اجتماعی وحقوقی روز دور وبرکنار نیست واین توقف ورکود باید جبران شود وگرنه نتیجه تراکم این قصور هاوتقصیرها موجب ابدی شدن جمود وبیحرکتی شده وبهانهٔ بی‌معنی بدست آنانی میدهدکه مدعی اندکه سنگینی دائم التزاید مسائل ومشکلات حقوقی عصر ، اصلا نمی‌تواند دراین نظام حقوقی قابل حل باشد واین سیستم حقوقی با جمودی که‌دارد ازحل آنها عاجز است [۱]

۱ــ دکتر افشار در«کلیات‌حقوق تطبیقی» ص ۹۳ ضمن‌بحث دربارهٔ حقوق هند ، می‌نویسد : «اشتباه‌انگلیسی هادرابتدا این بودکه تصورکردند ، حقوق هندو مانند حقوق اسلام یك حقوق مقدس‌لایتغیری است» درحالیکه درست هفت صفحهٔ پس‌ازآن (ص ۱۰۰) می‌نویسد : «درمدت ۱۴ قرن اصول حقوق اسلامی بخصوص‌در درقسمت حقوق مدنی قابلیت تطبیق فوق‌العاده‌ای بااحتیاجات مختلف ملتهائی‌که از لحاظ تمدن نیزتفاوت بسیار داشته اند نشان داده است» وهمچنین درصفحه ۱۳۳ درباره عامل عرف‌می‌نویسد : «وجود عرف درحقوق اسلام ازدلائلی‌است‌که ازنظرفنی این‌حقوق را بااحتیاجات مختلف‌ملل متنوع درهرزمان‌وباهر درجهٔ ازتمدن منطبق وسازگار میسازد»،این‌دومطلب بنظر متناقض میرسد ، چه جائی حقوق اسلامی لایتغیر وجائی‌قابل تطبیق بازمانهاوملتهای گوناگون معرفی شده است .

وباید آنهم‌مانند مسیحیت‌به حفظ رابطهٔ خلق باخالق قناعت نماید . وازآنجا که عدم انعطاف نشانه ای ازکم رشدی وانعطاف نشانهٔ رشد وکمال یك موجود است، پس‌عدم وجود انعطاف دراین رساله ها علامت نقص‌وکم‌رشدی این‌نظام‌است ، بـرای توجیه این اوضاع عده‌ای می‌گویند عوامل بسیاری‌که خارج از قلمرو واقعـی وعلمی روحانیت بوده است‌باعث نفوذ درحوزه های علمی شده حتی درانتخاب کتب ومسائل مطرح شده دخالت کرده‌اند .

علما نیز بافشار آن عوامل وعوام بازاری‌آگاهانه وناآگاهانه بسوی این‌وضع کشانده شده‌اند ، وضع عمومی مملکت وعوام مردم که ازدانش بهره ای ندارند وهم اینان هستندکه به‌رسالـه ها عمل می‌کنند ونقص سازمان علمی روحانیت وغیره‌دراین عقب نشینی مؤثر بوده اند .

ولی بقول **اسپینوزا** فیلسوف معروف «هرچیز عالی ، هم مشکل است وهم کمیاب ودیر یاب» این ناروائیها وآیات یـأس‌که اغلب برای سرپـوش گذاشتن روی وظیفه وپیداکردن محمل برای کاهلی ها است نمی‌تواند عذری قابل قبول شمرده‌شود واین وضع نابسامان راتوجیه‌کند وحکم برائت ذمـه به نفع آنان صادر نمـایـد که روح زمان رادرك نکردنـد ، فـرصتها را مغتنـم نشمردند وبه‌مبارزه منفی پرداختند! باینصورت‌که همه چیزراتحریم‌کردند ، خدمت در دادگستری ونشستن برمسند قضارا تحریم کردند . حتی‌رادیو وتلویزیون را نیزخریدن وفروختن ونگهداشتنش‌راتحریم کردند ، بجای اینکه بسلاح زمان مسلّح گـردنـد ، همـانگونه‌کـه واتیکان مرکز کاتولیکهای‌جهان‌فرستنده رادیودارد ، روزنامه یومیه‌ای‌داردکه درسال ۱۸۶۱میلادی تاسیس‌شده واکنون تیراژ آن متجـاوز از ۳۰۰/۰۰۰ نسخه درروز است وعـلاوه بر آن درهر ماه درحدود ۵۰ نوع نشریه ومجله ، باچند میلیون تیراژ چاپ ودرسراسر عالم‌پخش می‌کند ، انجیل‌رابه‌بیش از هزار زبان ترجمه‌کرده‌اند وفقط درسال ۱۹۳۷

سه مؤسسه پخش و نشر انجیل درامریکا ۲۳/۰۷۳/۴۱۴ جلد انجیل پخش کرده اند[۱]

«علاوه برداخل اروپا وامریکامبشرین مسیحی در آسیا وافریقا ودور افتاده‌ترین نقاط دنیا ، ازتمام وسائل جدید برای پیشرفت مسیحیت استفاده می‌کنند ، سینما ، تلویزیون ، رادیو ، روزنامه ، مجله ، کتاب ، کنفرانس ، حزب ؛ مدرسه ، دانشگاه ازبهترین وسائل تبلیغی آنانست .

مبلغین مسیحیگری . فقط در توکیو پایتخت ژاپن که متجاوز از ۹ میلیون نفر جمعیت وسی‌دانشگاه و ۲۰۰/۰۰۰ نفردانشجو دارد ، پنج دانشگاه تاسیس کرده‌اند که جوانان ژاپونی راباتسهیلاتی بتحصیل تشویق کرده ودرضمن به مسیحیت دعوت مینمایند»[۲] .

مسیحیان بدون شریعت وقوانین‌حقوقی درهر مورد برروی خلأ محض وزمینهٔ خالی برای پدیده های جدید اجتماعی وحقوقی حکم صادر می‌کنند ومی‌کوشند تا نشان دهندکه تعلیمات عیسی بااوضاع اجتماعی واقتصادی جدید بشری قابل انطباق است و مثلا مسائل اقتصادی جامعهٔ جدید ازقبیل بیکاری وفقر را ازمیان برخواهد داشت !

سوسیالیسم مسیحی که درنیمهٔ قرن نوزدهم پس‌از شکست نهضت چارتیزم (۱۸۴۸) پدیدار شد ، نمونه‌ای ازاین کوشش است ، آنان بدون اینکه سوسیالیسم خودرا از افکار مارکس ولنین ملهم بدانند ، ازاخلاقیات کتاب مقدس استخراج میکردند ، این نهضت‌که جانشین سوسیالیسم غیردینی شده بود ، صورت سیاسی‌قوی وباقدرتی رابخودگرفته بود ودرمیان احزاب سیاسی آلمان ، اتریش ، فرانسه ، ایتالیا ودیگر کشورها پایگاهی‌خاص یافته بود . وگاهی بنامهای دیگرمانند «حزب‌سوسیال دموکرات مسیحی» نامیده شده است کلیسای کاتولیك رم (واتیکان) وفرمانهای پاپ

۱ـ آمار مذکوز نقل ازمقدمهٔ«مذهب‌دراروپا» نوشته‌مهندس بازرگان ص۸و۹

۲ـ مذهب دراروپا ص ۸و۹

درمورد وضع کارگران ، زندگی خانوادگی ، وظایف کارگر وکارفرما ومساله مزد و کاربه روشن شدن ووسعت وقوام نظریات سوسیالیست مسیحی کمك بسیار کرده‌است، خلاصه اینکه طرفداران این حزب معتقدندکه دربرابر نظام سوسیالیزم‌مادی مارکس می‌توان یك نظام سوسیالیست مسیحی خلق کردکه‌از «فساد» سرمایه داری ومادیگری برکنار باشد .

حال چقدر توانسته‌اندباین فکر جامهٔ عمل بپوشانند بحثی دیگرست ، منظور مانشاندادن درستی ویا نادرستی وتحقق ویا عدم تحقق نیست ، بلکه فقط میخواهیم بگوئیم‌که دیگران‌چه می‌کنند وماچه می‌کنیم !

* * *

حقوقدانان اسلامی تاپیش از پیدایش تحولات‌اقتصادی واجتماعی دوقرن‌اخیر، مقرراتی دربارهٔ اجاره از اصول حقوق اسلامی استخراج نموده‌اندکه بسیار جالب و مورد تحسین است اما بسیاری ازآنها اکنون دیگر قابل‌عمل نیست مثلا فقهامی‌گویند «مورد اجاره ممکن است اشیاء یاحیوان یاانسان باشد[1]» !

این جمله دراعصار قبل‌از ماشین ابدا تعجبی نداشت ، ولی امروز این هرسه احکام ومقررات جدا دارند ، حقوق کار وبیمه های اجتماعی‌کارگران بامسائل‌زیادی که درقبال کار کارخانه ها وجود دارد ازقبیل : ساعات کار ، سن کارگر ، کارشب ، کاراطفال کارهای مشکل وحوادث ناشی ازکار ونقش سندیکا ها واعتصاب وفشار طبقه کارگر درجلب توجه افکار عمومی وحتی بسرکار آوردن حکومتهای مساعد بامنافع

۱ــ این جمله ترجمه بلاتصرف‌فقه‌است که درماده ٤٦٧ قانون مدنی ایران نیز منعکس‌است قانون مدنی به‌تقلید ازفقهاازماده ۴۶۸ تا ۵۰۷ درباره اجاره‌اشیاء واز ۵۰۷ تا ۵۱۱ درباره اجاره حیوانات‌واز ۵۱۲ تا ۵۱۴ درباره‌اجاره اشخاص موادی‌را بیان‌کرده است .

کارگر ، بحرانهای اقتصادی وعوامل پدید آورندهٔ آن ازقبیل قیمت تمام شدهٔ کالا ، میزان دستمزد ، تخلفات ، سازمانهای بین‌المللی کار ، قراردادهای دسته جمعی و بسیاری دیگر :... همه جای مقررات محدود «اجاره انسان» راگرفته است .

درعصر حاضر اکثر افرادی که درحوزه های صنعتی مشغولند بصورت ابزار و آلت ماشین درآمده وبطور اجبار یا اختیار زندگی یکنواخت وکسل کنندهٔ ماشینی وقالبی را ادامه میدهند ، زندگی قالبی که هرگونه فردیت منش ، و تنوع عقاید و کردار را که لازمه تمدن وفرهنگ بشری است از میان میبرد ، زندگی یی که افراد مانند بردگان برای دولت ناچارند کار کنند و پرورش روحی و ارزش افراد محدود ودر جداقلی نگاهداشته می‌شود تا تسلط جابرانه دولت برآنان میسر گردد ، دنیای ماشین که درآن شخصیت افراد فدای تخصص میگردد وکلیه استعدادهای فردی در زیر چرخ ماشین مستهلك میشود ، واین مرحله‌ای است جبری که باید همچون پلی باشتاب ازآن گذشت ، بی‌آنکه برروی آن درنگ کنیم بی‌آنکه ازماشین وحشتی داشته باشیم چه برای تعالی وتکامل اجتماعی صنعتی شدن امری ضروری است .

دنیای ماشین خواهان انترناسیونالیست شدن (بین‌المللی‌شدن) همه چیزاست، خواهان بدور افکندن چهارچوب وحصار ملی واز میان بردن مرزهاست ، تایکی ازتضادهائی راکه نتیجهٔ اقتصاد دولتی است ، برایش راه حلی ایجادکند وبدینوسیله سایه شوم وهولناك جنگ راکه بر جهان امروز سایه افکنده بزداید ، دراقتصاد و بازرگانی طرفدار «بازار مشترك» است ، خواستار حاکمیت بین‌المللی است که سازمان ملل نویدی ویا نطفه‌ای ازآنست ، امروز سرحدات ومرزهای اقتصادی دامن‌گستر، درقلمرو کمپانیها ، تراستها وکارتلهاست[1] ، فقها درباب شرکت بحد اشباع بحث کرده‌اند ولی کلیهٔ آن مباحث مربوط به شرکتهائی است که قبل از پی بردن به نیروی ماشین

۱ــ به «غربزدگی» مرحوم جلال آل احمد ، برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید .

دردنیا معمول بوده است .

امروز یك ماشین جای چندین هزارکارگر را گرفته ومسالهٔ بیکاری رابوجود آورده است .

کابوس هراسناك ماشینیسم امروز یکی ازبزرگترین نقاط ضعف علمای‌اقتصاد دربرابر علمای علم‌الاجتماع است ؛ زیرا بیکاری براثر ماشین ویا بعبارت دیگر بی نیازی بکارگر براثر بکارگرفتن ماشین مهمترین مسألهٔ‌اجتماعی روزشده‌است .

۹ - تاثیر اجتماعی ماشین[۱]

« درنیمه دوم قرن بیستم درساحل غربی قاره امریکا یك کارخانه تهیه مواد شیمیائی تنها با کمك یك نفر مهندس اداره میشود وتنها درشهر نیویورك با بکار گماشتن آسانسورهای خودکار ۴۰/۰۰۰ تن از نگهبانان آسانسور ها از کار بیکار شده‌اند ودر مؤسسات آمارگیری ۵۰ تن آمار گیر بااستفاده ازدستگاههای‌الکترونیك همان کاری‌را انجام میدهند که تا ده سال پیش توسط ۴۱۰۰ کار شناس انجام می‌یافت .

یکی از آخرین اختراعاتی‌که بتازگی ببازار آمده است ماشینی است‌که (ترانسفوربوت) نام‌دارد . بتوسط‌این ماشین که بامغزالکترونیکی کارمی‌کند می‌توان اصولا دستگاه‌اداری را از یك مؤسسهٔ اقتصادی حذف‌کرد ، زیرا این‌دستگاه به‌تنهائی قادراست‌که هم درساعات ورود وخروج‌کارگران نظارت‌کند وهم - حقوق آنهارا باکسر جریمهٔ بیمه‌غیبت بپردازد - وهم‌کلیه نامه‌ها را ماشین‌کند وبانصب یك یاچند دستگاه فرعی از عهدهٔ انجام هرکاری که‌تصور رود برآید ... مهمتر ازمسأله صلح - بعقیده عده‌ای (اتوماسیون) یاخودکاری است‌که قلب صدهاهزار نفر رادرحال حاضر می‌تواند

۱- آمار نقل ازکیهان هفته دی‌ماه ۱۳۴۱ ترجمه‌ازتئودور ایروین .

بلرزه درآورد ، جان . اف . کندی رئیس جمهور امریکا فاش کرد که در ایالات متحده طی دهسال آینده باید هرهفته ۲۵۰۰۰ محل کار خالی تازه بوجود آید تا بتواند کار-گرانی راکه بتدریج از کارخانه های خودبی کار شده اخراج میگردند مشغول گرداند و بقول اوتاپایان دهه (۶۰) این بزرگترین مشکلی خواهد بود که دولت های امریکا باآن مواجه خواهند گشت .. »

زندگی ماشینی وصنعتی ناگزیر ملاکها ومعیارهای دیگر لازم دارد ، ودیگر نمی توان به همان ملاک های قرون وسطائی ورسوم کهنهٔ آن اکتفا کرد .

ماشین هرجاکه میرود کلیهٔ رسوم اجتماعی واقتصادی پیشین را ازمیان میبرد ، ماشین اقتصاد شبانی وروستائی را از ریشه قطع میکند ، صنایع محلی و دستی قدیم ازقبیل دوك دستی وچرخ ریسه ها ، آسیابهای آبی وبادی ، نمد مالیها ، شعربافیها و اوضاع خیش وگاوآهن ومالهٔ وکلدر وداس وابزار وادوات عهدقدیم همه در مقابل اقتصاد ماشینی وکشاورزی مکانیزه فنی ومدرن تاب تحمل ندارند ، اجارهٔ اشیاء و حیوان درحقوق هوائی وفضائی بین المللی وحقوق بحری بین المللی[1] ، مقررات وجرائم مربوط براه آهن وغیره بامباحث اجاره اشیاء وحیوان درکتب فقهی ، تفاوت بسیار دارد .

۱ــ ترقیات علمی وصنعتی درساختمان اجتماعی تحولاتی درپی داردکه بیکباره بسیاری ازتئوریهای حقوقی را ناگهان قابل خدشه ساخته و هرروز فصل جدیدی در علوم وابسته پدیدار کرده است ، با اختراع کشتی بخاری درنیمه اول قرن نوزدهم حقوق بحری بین المللی وباپرواز برادران رایت (Wright) باهواپیما بسال ۱۹۰۳ حقوق هوائی وبا پرتاب نخستین ماهواره بنام «اسپوتینگ اول» از طرف دانشمندان شوروی درسال ۱۹۵۶ سرآغاز حقوق فضائی بین المللی پدید آمد وهمچنین اززمان هوگوگروسیوس هلندی تاامروز حقوق بین الملل مراحلی راگذرانده است ازجمله پس از افکندن بمب اتمی برهیر وشیماوناکازاکی وپس ازآن که امریکا وروسیه بمب ئیدروژنی هزاران بارمخوفتر ازبمب اتمی ساختند حقوق بین الملل درراهی دیگر افتاده که باخط سیر گذشته بکلی متفاوت است .

فقها دراجارهٔ اشیاء وحیوان، مثال از اسب وشتر والاغ میزنند واحکام آنرامورد بررسی وکنجکاوی قرار میدهند .

وجالب توجه اینجاست که آنچنان باحرارت وصمیمیت تدریس و بحث میشود که گوئی فردا میخواهند دربارهٔ مسائل آن به دادرسی پردازند ومسند قضارا اشغال کنند!.

این سبك مطالعه دیگر کاری ازپیش نمی برد ، مطالعه باید براساس مسائل جاری زمان بوده وبه منظور ومقصود صریح وروشن وسودمند باشد ، دراسلام مصرف نیروها اعم ازمغزی، عضلانی وغیره درراههائیکه نفعی برایش متصور نیست حرام است .

وامتیاز اجتهاد وقتی دارای ارزش است که ازقوه به فعل واز نظر به عمل رسد وبا واقعیت تطبیق داشته باشد وگرنه اگرمطالعه وتحقیق از نوع « تقریرات نائینی » وامثال آنها بسبك عهدقدیم باشد که اگر هزاران کتاب هم آنچنان نوشته شود نه در شناسائی حقوق اسلامی به دنیا اثری خواهد داشت ونه از اینهمه بحثهای پیچ درپیچ نفعی برای اجتماع حاصل خواهدشد، فقط دانش آنان به مصرف تغذیه خودشان میرسد وپس از عمری زحمت ، یك فقیه ارجمند آلت دست یك عده افراد استخاره گر وچهارتا مسأله درامور عبادی است که اینهم نوعی احتکار فضل ودانش است .

فصل دهم

مسؤولیت مدنی و کیفری درحقوق اسلامی

۱ ـ حقوق اسلامی به‌واقیعتهای برونی توجه دارد

کتابی بنام « علل انحطاط مسیحیت درمشرق‌زمین » توسط یکی ازمسیحیان نوشته شده‌ودرآن‌مطالبی‌را به‌اسلام‌نسبت‌داده‌است‌که ابداً با واقعیت‌وحقیقت‌دین اسلام موافق نیست وازجمله :

« اسلام مردم را باقصد ومنظور آنها داوری می‌کند ، نه با اعمال آنها ، چنانچه باین‌هم درانجیل متی باب پنجم اشاره‌شده است »

این مطلب بکلی غلط است ، زیرا اسلام بیشتر به اعمال توجه دارد . قرآن می‌گوید :

« فَمَنْ یَعْمَلْ مِثْقالَ ذَرَّةٍ خیراً یَرَهُ و مَنْ یَعْمَلْ مِثْقالَ ذَرَّةٍ شَرّاً یَرَهْ » سورهٔ زلزال آیهٔ ۷و۸ .

یعنی هرکس باندازهٔ خردلی عمل نیك انجام‌دهد پاداش آنرا می‌بیند وهرکس باندازهٔ خردلی عمل بد انجام دهد نیز جزای آنرا خواهدید .

ونیز پیامبر فرمود :

« النّاسُ مَجْزِیّونَ بِاعمالهم اِنْ خَیراً فخیرٌ وِاِنْ شراً فَشَر » یعنی مردم بوسیلهٔ اعمالشان پاداش داده میشوند ، پس اگر اعمال نیك داشته باشند پاداش نیك والا پاداش بد خواهند داشت .

وازاین قبیل احادیث بسیار است که این مطلب را تأیید می‌کند ، دراینجا برای تأیید بیشتر لازم میداند که بیکی از افتخارات حقوق اسلامی اشاره‌شود وآن مسأله ضمان قهری درفقه اسلامی ومقایسهٔ آن با حقوق اروپائی است ، موضوع الزامات یا مسؤولیتهای‌مدنی[1] غیر قراردادی درحقوق اسلامی بنام ضمان قهری نامیده شده است واین نوع مسؤولیت درحقوق اسلامی کاملا مدعای‌مارا تأیید مینماید .

۲ ـ کلیات پیرامون مسؤولیت مدنی

در علم حقوق مسؤولیت مدنی هنگامی است که شخص یاکسیکه تحت‌مراقبت یا ادارهٔ شخص است ویاحتی اشیائی‌که تحت حراست وی هستند ، خسارتی بدیگری وارد سازند وهمچنین هنگامی‌که شخصی براثر تخلف از انجام تعهدات ناشی از قرارداد موجب زیان دیگری گردد ، مسؤول است وباید این زیان ها را جبران و تلافی نماید .

مسؤولیت مدنی‌اصطلاحی‌است‌درمقابل مسؤولیت کیفری .

مسؤولیت مدنی بردوگونه است :

۱ ـ مسؤولیت‌قراردادی:

۲ ـ مسؤولیت خارج ازقرارداد .

۱ ـ مسؤولیت قراردادی[2] : هرگاه کسی تعهد انجام کاری بکند و یا تعهد خودداری ازانجام امری را بنماید ، درصورت تخلف از تعهد مسؤول خسارت طرف مقابل خواهد بود .

---

1 – Responsabilité Civile
2 – Responsabilité Contractuelle

۲ ـ مسؤولیت خارج از قرارداد : هرگاه کسی بدون تعهد و قرارداد موجب وارد شدن ضرری به‌غیر گردد مسؤول خواهد بود ، درفقه اسلامی باینگونه مسؤولیت ضمان قهری گویند ، درحقوق اروپائی بآن مسؤولیت تقصیری[1] گویند .

مسؤولیت تقصیری یا مسؤولیت ناشی ازتقصیر درحقوق‌اروپائی مبتنی بر نظریه تقصیر است وما فعلا بشرح آن میپردازیم .

۳ ـ تئوری تقصیر [2]

بنابر نظریه تقصیر ، فاعل زمانی مسؤول خسارات ناشی از فعل خودمیباشد که مرتکب تقصیری شده‌باشد وتقصیر رکن اصلی واساسی مسؤولیت وی بشمار میرود ولذا دارای دوشرط است یکی اینکه باید قابلیت مسؤولیت را داشته باشد پس صغیر غیر ممیز ومجنون از دائرهٔ مسؤولیت خارج هستند .

شرط دوم اینکه تقصیر نموده باشد وتقصیر هم عبارت است ازرفتار ننمودن آنگونه که باید رفتار شود و اینجا ملاك عمل ، اشخاص محتاط میباشند .

تئوری تقصیر از حقوقدانان رومی گرفته‌شده چنانکه اولپین[3] حقوقدان‌رومی این موضوع را درمجلدات حقوقی خود یادآور گردیده است ، این‌تئوری تا ابتدای قرن بیستم یعنی تاحدود هفتاد سال قبل چه درامور کیفری وچه دردعاوی مدنی مجری ومعمول بوده است چنانکه ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه میگوید :

« هرگونه عمل شخصی که زیانی را بدیگری سبب شود ، کسی راکه زیان‌از تقصیر او وارد شده به ترمیم آن ملزم میدارد » وماده ۱۳۸۶ قانون مدنی فرانسه می‌گوید :

---

1 – Responsabilité délictuelle
2 – Théorie de faute
3 – Ulpien

«صاحب عمارت مسؤول زیانی است که از خراب شدن آن به‌کسی واردشود مشروط به اینکه خرابی در نتیجهٔ قصور او در مواظبت و یا براثر وجود عیبی در ساختمان آن حادث شده باشد» بنابراین قانون مدنی فرانسه شرط اصلی درضامن بودن اشخاص را ارتکاب تقصیر دانسته وازین رو دراین قانون دربارهٔ مسؤولیت مدنی طفل یادیوانه ذکری بمیان نیامده است ودادگاهها درعمل بواسطهٔ فقدان شعور، آنان را ازترمیم ضرر وزیان معاف دانسته اند ودرماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه در مورد مسؤولیت پدر ومادردرمورد اعمال زیان‌آور اطفال صغیر ومربیان ومعلمان نسبت به‌دانش‌آموزان، گواینکه دربارهٔ تقصیر ذکری نرفته است ولی دادگاهها درعمل صدور تقصیر را در بارهٔ والدین ومربیان مفروض دانسته اند، زیرا که درمواظبت ویانظارت آنان تقصیر کرده‌اند.

تئوری تقصیر به‌سه امر واثبات آن درداگاه ناظر بود:

۱ - وجود خسارت[1].

۲ - تقصیر طرف.

۳ - رابطهٔ علیت میان تقصیر طرف وخسارت[2].

۱ - وجودخسارت: درمورد خسارت یادآور میگرددکه‌خسارت بردوگونه است مادی ومعنوی.

خسارت مادی آنستکه شخص ازنظر مادی متضرر شود، اگر شخصی اسبی تندرو داشته باشدکه درتمام مسابقات اول میشده، نزدیك انجام یك مسابقه، توسط شخصی مجروح گردد دراینجا شخص باید زیان جرح را بپردازد ولی خسارت آتی و احتمالی که امکان برنده شدن باشد باوی نیست، ولی اگر خسارت احتمالی نباشد بلکه‌قطعی باشدمسؤول پرداخت زیان‌خواهد بود، مانندکارگری‌که دراثر ضرب وجرح

---

1 - Ia domage
2 Causalité

شخصی در بیمارستان بستری میشود و پس از مداوا مدتی نیز بر اثر آن جرح از کار کردن ناتوان میگردد ، در اینجا چون این خسارت قطعی است ضارب علاوه بر مدت معالجه در بیمارستان مسؤول مدتی که ناتوان از کار کردن شده نیز هست .

اما خسارت معنوی زمانی است که علاوه برزیان مادی ضرر معنوی و روحی بر شخص وارد آورد مثل پاشیدن اسید بصورت دوشیزه‌ای که بدان سبب زیبائی خود را از دست داده و از یافتن شوهر دلخواه محروم مانده‌است ، در اینصورت شخص مجرم باید خسارت معنوی وی را که عبارت از نیافتن همسر دلخواه است بپردازد برخی را عقیده براینست که زیان معنوی قابل تقویم بپول نیست ، ولی بهر صورت تا حدی جبران خسارت را مینماید و یا در مورد اهانت و توهین و افترا در روزنامه (اینها جرم مدنی نیستند بلکه جرم کیفری میباشند) فرد مجرم ملزم است که بخرج خود در روزنامه اعلان کرده و رفع شبهه از افراد بنماید و این جبران مادی جرم کیفری است والا طبق قانون مجازات هریك از جرائم (اسید پاشیدن ، توهین و افترا وغیره) مجازاتی دارد .

درحقوق اسلامی درمبحث سیاسات «دیه» پیش‌بینی شده مثلاً هرگاه صغیر در اثر ارتکاب خطا مرتکب قتلی گردد ، پدر مقتول حق مطالبه دیه دارد .

اگر مفهوم دیه را تجزیه و تحلیل کنیم واضح میشود که هدف شارع در الزام به تأدیه دیه جبران خسارت معنوی پدر است والا فوت فرزند شاید زیان مادی بحسب ظاهر متوجه پدر نکند ، چه از زمان فوت ببعدوی را از مخارج فرزند بی‌نیاز میسازد ! البته خسارت معنوی فروض مختلف دارد ، ازقبیل :

هتك حرمت ؛ افتراو بهتان ، جریحه‌دار کردن محبت وغیره .

۲ـ تقصیر طرف یا رکن موضوعی : یعنی باید ازشخص عملی صادر گردد که آن عمل جنبهٔ تعدی و تجاوز داشته‌باشد والا اگر شخصی در مرز خود مشی کند ولو اینکه بدیگران ضرر برساند مسؤول نیست پس اگر بنگاه تبلیغاتی ازجنس و کالای خود تعریف کند ، حق مشروع اوست چه تبلیغ امروز از لوازم تجارت است ولی اگر

هنگام تبلیغ از جنس سایرین انتقاد کند تعدی کرده و مقصر وخطا کار شناخته میشود .

۳ـ رابطهٔ علیت ـ باید خسارت مستند به شخص بوده ورابطه علیت بین شخص وزیان وارده باشد مثل اینکه کشتی رانی که باید هردو چراغ را درشب روشن سازد اگر یکی ازچراغها براثر اهمال ناخدایاخرابی خاموش بماند وباکشتی دیگری که ناخدای آن مست باشد تصادف کند آیا ناخدای کشتی اول مسؤول است ویااینکه تمام مسؤولیت بعهدهٔ ناخدای دوم است ؟ دراینجا سه نظریه وجود دارد :

۱ـ نظریه تساوی شرایط یاعلیت اتفاقی، دراین نظریه کلیهٔ عوامل مؤثر درایجاد خسارت مسؤولند ودراین جریانات اتفاقی، مثلاً اگر یك عامل شخصی وسایر عوامل طبیعی باشد مسؤولیت متوجه هردواست . پس درمثال سابق الذکر ناخدا درهرصورت چراغ را روشن میکرد یانمیکرد بعلت مستی ناخدای دوم تصادم روی میداد ولی خاموش بودن چراغ هم یکی ازعوامل بوده ونمیتوان آنرانادیده گرفت .

خلاصه دراین مکتب هیچیك ازاسباب به تنهائی نمی تواند زیانی رابیارآورد وباصطلاح فیلسوفان علت تام باشد ، بلکه وجود تمام آنها برای ورود ضرر ضروری است . وهمه درشرایط مساوی درایجاد زیان سهیمند ، ومیان آنها وخساراتی که ببار آمده رابطهٔ تسبیب وجود دارد ، مطابق این نظریه ، هرکس دراثر تقصیر خودیکی از اسباب ورودزیان راموجب گردیده باشد ، دربرابر زیان دیده مسؤولیت خواهد داشت .

۲ـ نظریه علیت تامه میگوید مسؤولیت متوجه عاملی است که خطای مهم واصلی رامرتکب شده ودیگری بری از مسؤولیت است ، پس اگر جراحتی به فرد ضعیفی وارد آید وآن شخص به سبب ضعف فوت کند ضارب مسؤول نیست .

خلاصه دراین مکتب گفته اندکه از میان اسباب باید آنرا برگزیدکه بطور متعارف وسیر عادی امور سبب ورود ضررشده است ، وبرعکس اموری را که برحسب اتفاق منجر بآن شده اند جزواسباب نباید بشمار آورد .

۳ـ نظریهٔ سبب نزدیك و بی‌واسطه؛ بموجب این نظریه نزدیکترین علل عمده است که درواقع باید سبب خسارت بشمار رود . زیراکه تقصیر گاهی چنان باعوامل دیگر بهم آمیخته است که نمی توان آنرا به مُقصّر منسوب کرد ولذا باید میان اسباب دور و نزدیك فرق گذارد دراین مورد «پوتیه» حقوقدان فرانسوی مثالی دارد وی‌میگوید : «دامداری گاوی راکه مبتلی بیکی از امراض ساری است وهیچ ارزشی ندارد میفروشد ، ودراثر سرایت آن مرض گاوهای خریدار نیز میمیرند . این دو خسارت چون بطور مستقیم ناشی از تقصیر فروشنده است باید جبران شود ، ولی خریدار نمی‌تواند زیانهائی راکه دراثر شخم نزدن زمین و فروختن محصول یا توقیف اموال خود متحمل شده است ازاو مطالبه‌کند ؛ زیرا ممکن بود حوادث دیگری هم مانع زراعت و باعث کمبود محصول او میشدند »[۱]

فرانسیس بیکن ، فیلسوف مشهور انگلیسی ، می‌گوید : برای علم‌حقوق ، قضاوت دربارهٔ تمام علت ومعلولهاواثر های هریك بردیگری وظیفهٔ تمام نشدنی‌است، وبهمین جهت بعلت مستقیم و بی‌واسطه اکتفا می‌کند»[۲].

دراین مورد یاد آور می‌شودکه تقصیر دارای دوجنبه است : جنبه بیرونی و جنبه درونی،جنبه بیرونی تقصیر همان اقدام به عمل خطا ویاترك تکلیف است ، ودر این مورد تقصیر حتماً قصد زیان را لازم نخواهد داشت بلکه عدم رعایت احتیاطات وپیش بینی‌های لازم نیز تقصیر خواهد بود ، اعم‌ازاینکه رعایت نکردن آنها بصورت مثبت (تعدی) ویا منفی (تفریط) وترك عمل باشد مثل اهمال متصدی نجات غریق‌در وظیفه‌خود و ... زیراکسیکه قادراست کلیهٔ احتیاطات‌لازم رابنمایدفقط یك فردایدئال وخیالی استودر حقوق‌هم ملاك ومعیار افراد عادی ومتوسط هستند نه افراد استثنائی وفوق‌العاده ، اما جنبه درونی تقصیر اینستکه شخصی‌که ایجاد خسارت می‌کند باید متوجه باشد که عمل اوموجب خسارت دیگری میشود ، یعنی باید دارای قوه ممیزه

---

۱ و ۲ ـ دوره مقدماتی حقوق مدنی دکتر ناصرکاتوزیان ص ۲۶۴ و بعد

باشد پس شخصی که فاقد قوهٔ ممیزه است مانند دیوانه وصغیر غیرممیز درصورت وارد ساختن خسارت آیا مسؤولند یاخیر ؟ .

رویه قضائی کشور های اروپائی تاپنجاه سال قبل براین بودکه شخص فاقد قوهٔ ممیزه را مبری ازمسؤولیت اعلام کنند ؛ ولی امروز بیشتر جانب مصلحت رادر نظر میگیرند وعدالت را موردتوجه قرار میدهند تاپیروی ازتئوریهای خشك ، ومثلا درمورد زیانی که از دیوانه وصغیر ناشی میشود ، ولی یا محافظ وی را به جبران خسارت وادار می کنند واگر ولی یا محافظ احتیاطات لازم راهم انجام دهند وبازهم خسارتی از جانب محجور واردشود اگر محجور متمول باشد باید جبران خسارت را بنماید :

حقوقدانان اروپائی تا اواخرقرن نوزدهم تقصیر رابچهار دسته تقسیم میکردند:

اول - خدعه وتقلب وآن تقصیر ازروی عمد وبداندیشی است .

دوم - تقصیر شدید وآن تقصیر ازروی لاابالی گری شدید وعدم مراقبت و مواظبت است . بطوریکه حتی اشخاص لاابالی نیز در کار خود آنرارعایت مینمایند.

سوم - تقصیر خفیف ،که شخص دررفتارخود از مراقبت ومواظبتی که هرشخص متوسط وعادی نسبت به کار خود معمول میدارد غفلت نماید .

چهارم - تقصیر بسیار خفیف کهشخص در رفتار خود نسبت بدیگری مراقبتی راکههرشخص محتاط نسبت بهکار خود معمول میدارد انجام ندهد .

ولی همانطورکه میدانیم عنوان تقصیر از جنبه درونی و داشتن قصدو عمد درارتکاب جرم و وارد ساختن زیان درحقوق مدنی از اواخر قرن نوزدهم جای خودرا به تئوری دیگری داد ، توضیح اینکه ، عملی که من غیر حق بکسی ضرری وارد آورد ، اگر ازروی قصد باشد جرم نامیده میشود، جرم هم بردوگونه است جرم جزائی وجرم مدنی .

* * *

جرم جزائی تقصیری است که درقانون پیش بینی شده و مجازاتی برایش درنظر گرفته شده است مانند جرم سرقت ، قتل عمد، ضرب وجرح وغیره .

جرم مدنی آنستکه درقانون عنوان خاصی نداشته باشد ، حال اگر عامداً بدیگری خسارت واردآورده باشد مرتکب جرم ، واگرغیر عمدی باشد مرتکب شبه جرم شده است ، شکستن پنجرهٔ همسایه اگرعمدی باشد جرم مدنی و اگر غیر عمدی باشد شبه جرم مدنی محسوب است ، دادستان ؛ جرم وشبه جرم مدنی رانمی تواند تعقیب کند بلکه بایدفقط جبران خسارت وارده را ازمجرم بخواهد ، یعنی تاخسارتی روی نداده باشد جرم وجود خارجی ندارد لکن بمحض ورود خسارت مجرم مقصرو مسؤول خواهد بود ، ازاواخر قرن نوزده درمورد جرائم مدنی توجهی بآنچه مرتکب میخواسته است بکندنمی شود ، بلکه فقط توجه باینستکه مرتکب چه مبلغی خسارت وارد آورده است وباید جبران شود وحقوق مدنی رفته رفته تئوری تقصیر را ترك نموده وعنصر ریسك رابجای تقصیر پذیرفته است ، وتوجه ازقصدونیت عامل خسارت منصرف ومعطوف بخسارت ومیزان آن شده است ، درحالیکه درمسؤولیت جزائی[1] (جنحه وجنایت) چنین نیست درآنجا موردتوجه قصدونیت است ودر موارد استثنائی بجای قصد، بی احتیاطی نیز پذیرفته میشود ، حتی درموزد جرائم جزائی اگر تصمیم بارتکاب شد وعملیات اجرائی آن شروع گردید هرچندکه خسارتی هم وارد نیاورده باشد ، معذلك گاهی قابل تعقیب است ، زیرا قصد مجرمانه خطرناك است وباید مجازات شود تاجرم درنطفه خفه شود ومجال تظاهرپیدانکند ، پس درمسؤولیت جزائی ، اطفال غیر ممیز ومجنون جزائاً قابل مجازات نیستند یعنی مسؤولیت کیفری ندارند وفقط اولیاء آنان ملزم بجبران خسارت مدنی می باشند .

---

1 - Responsabilité Penal

۴ ـ تئوری ایجاد خطر یا زیان احتمالی ۱

بموجب تئوری تقصیر درمسؤولیت مدنی ، مسبب یا فاعل زیان در دادگاهها می‌توانست به سه امر زیر توسل جسته ورفع مسؤولیت ازخود بنماید ؛

الف ـ خسارت دراثر اجرای حق قانونی متوجه طرف زیان دیده شده‌است .

ب ـ قوه قهریه (فرس ماژور) علت واقعی عمل موجب خسارت ، بوده است .

ج ـ علت خسارت ناشی از فعل شخص زیان دیده بوده نه فعل طرف دیگر.

اثبات خلاف این سه امر درداگاه کار آسانی نبود ، چه فی‌المثل اگر بازوی کارگر کارخانه‌ای را استوانهٔ دندانه دار ماشین قطع میکرد وی نمی‌توانست علیه صاحب کارخانه ادعای جبران خسارت کند ، زیرا مطابق تئوری تقصیر ، ضرر نمی‌توانست بصاحب کارخانه مستند گردد ، زیرا عامداً این ضرر به شخص کارگر وارد نشده بود ، تا مسؤول باشد و قوانین مدنی اروپا می‌گفت ببینید عمد داشته است یا خیر ؟

از طرفی کارگر مزبورکه فی‌الواقع میخواسته است سنگریزهٔ میان دندانه‌های ماشین را بردارد ـ چه اگر می‌گذاشت بگذرد ، چند ردیف سوزن می‌شکست و زیان فراوان به‌کارخانه وارد می‌آمد ـ دراثر همین عمل خیرخواهانه ، ماشین بازویش را می گیرد واژ نوك انگشت تا شانه وی را خرد می‌کند ، کار متوالی وخستگی‌آور متجاوز از ۱۴ ساعت در روز به ازدیاد اینگونه ضایعات و تلفات کمك میکرد .

۱ـ Théorie de Risque یعنی خطر کردن ودل بدریازدن ، چه کسی که ازدل بدریازدن مبهراسد میترسدکه پای خودرا ازساحل قدری جلوتر گذارد ولذا چنین شخصی هرگز قادربشنادر دریانخواهدبود ، دراسلام مفهوم «من له الغنم فعلیه الغرم» یعنی کسی که سودی میبرد باید خسارت راهم تحمل کند ، مفهم نظریه ریسك است .

در چنین اوضاعی صاحب کارخانه در دادگاه عنوان میکرد که در اثر بی‌فکری و بی‌احتیاطی خود کارگر این اتفاق روی داده تا از وی غرامت مطالبه ننمایند، کارگران دیگر هم از ادای شهادت بنفع کارگر ناقص و مجروح خودداری میکردند چه می‌دانستند که نفعشان در جانبداری از کدامیك از طرفین دعوی است.

از سوی دیگر کارگر آنقدر امکان مالی نداشت تا بتواند وکیلی برای خود دست و پا کند، در این میان کارگر را پس از اینگونه حوادث بیرون میکردند، چه دادگاه باین استدلال که زیان وارده نتیجهٔ اهمال و تقصیر خود کارگر بوده رأی بر برائت صاحب کارخانه و بی‌حقی کارگر صادر میکرد.

آمار نشان میداد که حوادث ناشی از کار در ساعات نخستین کمتر از پایان روز بود، چه در ساعات آخر روز قدرت عضلانی و فعالیت فکری و کنترل عصبی کارگر ضعیف میشد و منجر باینگونه صدمات و تلفات می‌گشت و در این میان عائله کارگر در پریشانی و در پرتگاه نیستی و گاهی فحشاء فرو میرفتند، تا اربابان حرف و صاحبان کارخانه بیشتر بتوانند بسرمایه های خود بیفزایند، این وضع در تمام کارخانه ها و معادن و محیطهای کارگری حکمفرما بود، وجود این اوضاع باعث انتقادات شدید از جانب مکتب سوسیالیزم که تازه در دنیا پدید آمده بود، شد.

تئوری تقصیر زادهٔ حقوق رم بود، زیان دیده اکثراً از عهده اثبات تقصیر طرف بر نمی‌آمد، چه تقصیر امری درونی و مخفی است و اثباتش از عهدهٔ انسان بیرون است این تئوری از اواخر قرن نوزدهم باینطرف جای خود را به تئوری ریسك داد معهذا هنوز تئوری تقصیر در مواد ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه بچشم میخورد و مواد مزبور به عنصر عمد در مسؤولیت مدنی کار دارد و از مسؤولیت درونی (Subjective) پیروی می‌کند. وفقط رویه قضائی نقص قانون را جبران کرده و رفته رفته این سیستم را ترك نموده و عنصر ریسك را بجای تقصیر پذیرفته است. و از قصد و نیت فقط در امور کیفری پیروی می‌کند، و در مسؤولیت مدنی از جنبهٔ بیرونی (Objective) پیروی مینماید.

امروز حقوقدانان اروپائی پیدایش تئوری ریسك را پیشرفت فوق‌العاده‌ای در علم حقوق دانسته و با تمجید از آن یاد می‌کنند ، تاآنجاکه برخی ازحقوقدانان این قاعده را مربوط به نظم عمومی[1] دانسته و هرگونه توافق وشرط خلاف آنرا بی‌اثر و غیر قانونی می‌دانند .

این جهش در حقوق اروپا برای نخستین بار توسط **پرفسورسالی**[2] در رساله‌ای بنام « حوادث‌کار و مسؤولیت مدنی »[3] درحدود شصت سال قبل بیان گردید همانطورکه‌گفتیم تئوری ریسك یا زیان احتمالی زائیده ماشینیسم بود زیراکه ماشین‌و کارخانه خطرات‌و صدمات بسیاری برای‌کارگران‌ایجاد میکرد وچون‌کلیهٔ این‌خطرات که اغلب غیرقابل جبران بود بخاطر نفع مادی و معنوی شخص صاحب کارخانه و صنعت بود ، پس وی نیز باید خسارت ناشی از عمل‌کارگر را جبران مینمود ،زیرا که ضمانت‌کارگر و رانندهٔ ماشین و مسؤولیت‌مباشرورعایت‌قاعدهٔ(مَنْ اَقدَم) ویا ملاحظهٔ قاعده و عنوان عدم النفع برای فضیلت دادن بعدالت با توجه به اینهمه مخاطرات‌مالی وجانی‌کافی نبود ؛ لذا مسؤولیت رابطرف مالك‌کارخانه متوجه ساختند و اقوی بودن او را نسبت به مباشر زیان مورد توجه قرار دادند .

۵ ـ مسؤولیت مدنی در نظام حقوق اسلامی

حقوق اسلامی اساساً جنبه برونی و عینی دارد و تئوری ریسك راکه زائیده ماشینیسم است‌در۱۴ قرن قبل بیان‌داشته‌است ،اسلام می‌گوید «مَن اَتلَفَ مالَ الغیر فَهُوَ لَهُ ضامن)یعنی « هرکس‌مال‌دیگری راتلف کند برآن اتلاف ضامن است » و

---

1 - L ' ordre publique
2 - Raymond Saleille
3 - Les accidents du travail et le Responsabilité Civile

باید خسارات را جبران کند ، وبنا بقواعد حقوق اسلامی ، « مَنْ لَهُ الغُنم فَعَلَیهِ الغُرم» یعنی کسیکه غنیمت را میبرد غرامت را هم باید بپردازد ، درحقوق اسلامی قاعده تلف عبارت است ازمیان رفتن مال با دخالت مستقیم وتسبیب از بین رفتن مال با دخالت غیرمستقیم مالك یا شخص دیگر است ، قاعده تلف مستفاد ازچندین احادیث است .

و در حقوق اسلامی مسؤولیت کارگر را بطرف صاحب کارخانه و مالك ماشین متوجه میسازد واقوی بودن وی را نسبت به مباشر زیان درنظر میگیرد ، ودر مورد تلف نمی‌گوید که عامد بوده است یا خیر ؟ - به جنبه عینی و مشهود قضیه کار دارد و اینکه کدامیك از طرفین دعوی برای دادن غرامت وخسارت ازلحاظ مادی قویتر و وضعش مناسبتر است ، درعصر حاضر که تولید ماشینی کلیهٔ اوضاع زندگی انسان را تحت تسلط خودگرفته و عیبی بظاهر کوچك وقابل پیش بینی ممکن است سبب بسیاری ضایعات وخسارات گردد حتماً باید ارباب صنایع دربرابر اینگونه غفلتها مجازات گردند وهم جبران خسارت مادی و معنوی کارگران را بنمایند ، کارگری که براثر ترکیدن دیك بخار ویا سقوط ازآسانسور وایجاد حریق وهزاران اتفاق دیگر برای یك عمر دیده ازحیات خود فرو می‌بندد ویا مادام‌العمر معیوب وناقص العضو درگوشه‌ای می‌افتد نمی‌توان بقانون خشك رومی تئوری تقصیر ، که بیش از دوهزار سال از وضع وتدوین آن میگذرد استنادکرد

باید دید مصلحت وعدالت چه امری را ایجاب میکند ، قاعده اتلاف ومباشرت درحقوق اسلامی انتساب زیان به فعل انسانی است اما قاعدهٔ تسبیب درحقوق اسلامی اعم ازآن است یعنی اگردیك بخار منفجر شود و زیانی جانی یا مالی وارد گردد قاعده تسبیب کافی است که مسؤولیت را متوجه شخصی نماید که سبب زیان از ناحیه او ایجاد شده است . و بصرف اثبات ضرر بدون اینکه نیازی به لزوم اثبات تقصیر مرتکب باشد میتوان خسارت را ازصاحب فعالیت (کارخانه) گرفت .

این یکی ازده‌ها تحولی است که ماشین درحقوق بوجود آورده ؛ قانون مدنی فرانسه (مصوب ۱۸۰۴) وقانون مدنی آلمان (مصوب ۱۸۹۷ که در ۱۹۰۰ بموقع اجرا گذاشته شد) باوجودی که‌هردو تحت تأثیر شدید حقوق رومی قرارگرفته‌اند و ازنظر اساس فکر حقوقی ومنبع اختلافی ندارند ، معذالك ازنظر زمان تدوین‌درست یك قرن باهم فرق‌دارند ، قانون مدنی آلمان‌تحول بزرگی را بنام ماشینیسم در بر دارد ، درحالیکه قانون مدنی فرانسه ازآن برخوردار نیست واصول جدیدی که در قانون مدنی آلمان مشاهده می کنیم تماماً نتیجهٔ همین‌تکان خوردن حقوق‌است ؛ ولی همانطور که‌گفتیم درحقوق فرانسه ؛ رویه وتفسیر قضائی وتوجه به فعلیت دادن به اصل عدالت این نقیصه را جبران کرده است .

یکی ازحقوقدانان[1] دربارهٔ این موضوع که فرق مذهب باحقوق اینست که حقوق بیشتر ازمذهب تابع اقتصاد می‌باشد میگوید :

« مذهب برخلاف بعضی ازفرضیه‌های حقوقی اصولاً جبران خسارت بدون تقصیر را تجویز نمی‌کند[2] . » درحالیکه بدون استقراء کامل منطقی بطور کلی یك نظر غیر منطقی ابراز شده ، چه‌این نظر درموردمذهب‌یهود ومسیح ممکن‌است‌مصداق داشته باشد ؛ اما درمورد مذهب اسلام اساساً صادق نیست .

* * *

۱ـ مقدمه حقوق تطبیقی‌ص ۱۷ و ۱۸

۲ـ «کلیات حقوق تطبیقی» دکترحسن افشار درحقیقت‌چاپ چهارم «مقدمه حقوق تطبیقی» است که متأسفانه‌چاپ‌کتاب حاضر (زمینه حقوق‌تطبیقی) به‌نیمه‌رسیده بودکه درتهران ملاقاتی با دکترافشار دست داد ، وموفق بدریافت این‌کتاب از معظم له گردیدم در «کلیات حقوق تطبیقی» استاد نظر خودرا اصلاح کرده‌اند ، بدینصورت‌که «توضیح فوق‌جنبهٔ مادی ومعنوی حقوق ومذهب را آشکار مینماید وعلت این راکه حقوق نمی‌تواند باندازهٔ مذهب متوجه نیت افراد باشد بیان‌می‌کند» و دیگر اشاره‌ای نمی‌شود باینکه «مذهب برخلاف بعضی از فرضیه های حقوقی اصولا جبران خسارت بدون تقصیررا تجویز نمی‌کند» .

پیامبر اسلام درچهارده قرن پیش گوئی تمام اوضاع و احوال زندگی امروز را میدیده ودر آنزمان قانونی را وضع کرده که تاپنجاه سال پیش نیز اروپائیان بآن پی نبرده بودند ، وحقوق اروپا پس ازگذشت دوهزار وهفتصد سال ازسیر حقوق بپایه کنونی رسیده است ، حقوق رُم ازهشت قرن پیش ازمیلاد مسیح تطور خودرا آغاز کرد ودرقرن ششم میلادی مدوّن گشت ودرحقوق اروپائی مراحل تکامل را پیمود تا درقرن بیستم باین مرحله رسیده‌است ، درحالیکه مبانی حقوق اسلامی درچهارده قرن قبل اکثر اصول ترقیات حقوقی کنونی را واجد است .

توضیح اینکه ضمان قهری از بیست وهفت قرن قبل تا کنون سه مرحله را گذرانده است :

۱ ـ مرحلهٔ بدوی ، دراوائل حقوق رومیان مبتنی برتسکین حس انتقام - جوئی بود .

۲ ـ اصل تقصیر درزمان ژوستینین ومقارن با ظهور اسلام پدید آمد ، و در حقوق اروپائیان تا اواخر قرن نوزدهم میلادی منعکس بود :

۳ ـ اصل تسبیب یا مسؤولیت برون ذاتی درقرن بیستم .

اما اصل تسبیب درفقه اسلامی ازابتدای امر تشریع شد ودرمسؤولیتهای مدنی غیر قراردادی هم ازاصول حقوقی رومی وهم ازاصول حقوقی قدیم اروپا متفاوت گشته وازین رو مبانی حقوق اسلامی بهیچوجه باحقوق اروپائی اختلاط پیدا نکرده‌وحقوق اروپائی مجال نفوذ وتأثیر درحقوق اسلامی را نداشته‌است .

خوشبختانه قانون مدنی ایران تحت تأثیر حقوق اسلامی درمواد ۳۲۸ تا۳۳۵ وهمچنین درمادهٔ ۱۲۱۶ که ترجمهٔ بلاتصرف فقه اسلامی است درمورد مسؤولیت از تئوری برون گرا وعینی تسبیب پیروی نموده‌است .

مادهٔ ۳۲۸ قانون مدنی ایران درمورد قاعدهٔ تلف میگوید :

« هرکس مال غیررا تلف کند ضامن آن‌است وباید مثل یا قیمت آن‌رابدهد

اعم ازاینکه ازروی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد واعم از اینکه عین باشد یا منفعت واگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است » .

وماده ۳۳۱ قانون ایران درمورد قاعدهٔ تسبیب می گوید :

« هرکس سبب تلف مالی بشود باید مثل یاقیمت آنرا بدهد واگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید ازعهده نقص قیمت آن برآید . »

وماده ۳۳۲ میگوید :

« هرگاه یکنفر سبب تلف مالی را ایجادکند ودیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود مباشر مسؤول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد بنحوی که عرفاً اِتلاف مستند باو باشد . »

پس باتوجه بآنچه درمورد قاعدهٔ لاضرر وغیره تاکنون گفتیم ملاحظه میشود که اسلام به مکتب اصالت اجتماع (سوسیالیزم) نزدیکتر است چه تفاوت مکتب اصالت اجتماع از مکتب اصالت فرد درهمین است که در اولی عنصر برون گرائی (برون ذاتی) بر عصردرون گرائی مقدم است ولی درمکتب اصالت فرد بعکس آن است .

برای مطالعهٔ بیشتر این فصل رجوع شود به کتابهای:

۱ ـ حقوق جنائی دکتر عبدالحسین علی‌آبادی .
۲ ـ حقوق مدنی دکتر سید حسن امامی.
۳ ـ مبانی حقوق دکتر موسی جوان .
۴ ـ دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی دکتر ناصر کاتوزیان .
۵ ـ کلیات حقوق تطبیقی دکتر حسن افشار.
۶ ـ آئین دادرسی کیفری دکتر محمدعلی هدایتی .
۷ ـ قانون مدنی ایران .
۸ ـ شرح لمعه زین‌الدین بن نور الدین عاملی معروف بشهید ثانی .
۹ ـ مطالعات نظری وعملی درحقوق جزا پروفسور گارو ترجمهٔ دکتر نقابت.

فصل یازدهم

مرزهای حقوق و اخلاق در فقه اسلامی

۱ ـ ارتباط حقوق واخلاق

قلمروحقوق ، دردنیای امروز ، تـا آنجـاست که بتوان برای آن ضمـانت اجرائی[1] تصور کرد پس‌ازاین رو قواعدی‌که درزمان ومکان خاص توسط اکثریت مردم لازم‌الاتباع شمرده‌شده‌اند ، ولی دارای ضمانت اجرای قانونی نیستند ودر زمره‌قواعد اخلاقی شمرده میشوند .

ضمانت اجرا عبارت ازقدرت عمومیست‌که پشتیبان وحامی مقررات قانونیست واز اینجهت حقوقدانان ، حقوق بین‌الملل را ناقص دانسته‌اند ، زیرا تاکنون‌ضمانت اجرای مؤثری نداشته‌است ، چه ایجاد جامعهٔ ملل ومتعاقب آن تأسیس سازمان ملل متحد ومؤسسات وابسته بآن اعم ازفرهنگی ، اقتصـادی ، سیـاسی وغیره چنـانکه مشهود ومحسوس همگانست ، نتوانسته‌امنیت بین‌المللی را آنگونه‌که شایسته‌وبایسته است حفظ وتأمین نماید ، وباکمال تأسف درراه صلح جهانی موفقیت کاملی حـاصل نکرده است . زیرا یکی ازارکان حق راکه قوهٔ اجرائی بـاشد ، فاقد بوده است و حاکمیتی فوق حاکمیت دولتها وجود نداشته تا قواعد حقوق بین‌الملل را اجرانموده وبدان جامهٔ عمل بپوشد .

---

1 - Sanction

ازسوی دیگر حقوق اروپائی جنبهٔ تهذیب نفس‌واخلاق جامعه را بعهده‌ندارد ولذا تا اندازه‌ای منظور آن پیشگیری ازجرم وبزه نیست بلکه بیشتر هدف اینست که دعاوی ازمیان برداشته شود یعنی بفصل خصومت توجه شده است و احقـاق حق واقعی معمولا درمرتبهٔ دوم قرارگرفته است ، کمال مطلوب ومقصد آنستکه دعـاوی هرچه بیشتر بوجه سهل‌تر وسریعتری پایان پذیرد ودر نتیجهٔ این وضع آنان که‌توانائی وقدرت مادی ومعنوی بیشتری دارند تاوسائل بهره‌برداری ازقواعدتشریفاتی راتوسط وکلای مدافع فراهم‌کنند ، همواره موفقیت بیشتری راکسب خواهندکرد .

همچنین درحقوق اروپائی ، حقوق در خلأ تحقق نمی‌یابد وصورت خـارجی بخود نمیگیرد واین اصلی‌است که‌علمای حقوق رم آنرا بصورت ضرب‌المثل‌درآورده‌اند که « حقوق زائیدهٔ اجتماع وجامعه بشری‌است » یعنی خارج ازاجتماع اساساً فرض حق وتکلیف بی‌معنی‌است .

پس اگر شخصی درجزیره‌ای مرتکب جرمی شود وسپس افراد آن جزیره آن محل راتخلیه کنند وازآنجا کوچ نمایند بطوریکه‌هیچ کسی درجزیره بـاقی نماند جزهمین شخص‌تبهکار ، حقوق امروز فرض حق وتکلیفی برای وی نمینماید و او را مجازات نمیکند .

اما ازنظر مکتب فلسفی امانوئل‌کانت آلمانی‌که درحقوق معتقد بعدالت‌مطلقه است وبرای احساس‌تکلیف واطاعت ازقانون‌اصالت خاصی قائل‌است وی‌عدالت‌اجتماعی را بدون قید وشرط وبطور مطلق تاکیدکرده ومیگوید جرم وعدم ایفاء تکلیف ایجاد یك لوث اخلاقی درروح مجرم‌میکندکه باید بوسیلهٔ مجازات پاك‌گردد ونفع‌اجتماعی که درعصر حاضر ازکیفردادن مورد نظراست وی آنرا براساس مکتب عدالت مطلقه مورد توجه قرار نمیدهد .

درنظام حقوق اسلامی نیزبتهذیب نفس وپاکیزگی روح‌واخلاق بیش‌ازهرچیز ارزش داده شده‌است ، چه غرض ازبعثت پیامبران ازطرفی تحقق عدالت اجتماعیست

که لازمهٔ تعالی روانی افراد بشراست وازسوی دیگر عروج انسان بمرتبهٔ ملکوتی و علو روح است .

پس درحقوق اسلامی باخلاق اهمیت بسیاری داده شده وآنرا یکی از وسائلی دانسته که درپیشگیری جرم وجنایت بسیار مؤثر بوده وخواهد بود .

بنتام میگوید :

« اگر حقوق واخلاق یك مرکز دارند ، یك محیط ندارند » یعنی مرکز و منظور اصلی ازاینهو یك امراست که آسایش وسعادت بشر باشد اما اینهو دارای قلمروهای متعدد هستند ، یکی ضامن اجرا دارد ودیگری ندارد در حقوق اسلامی قواعدحقوق واخلاق ازیکدیگر انفکاك ناپذیر ندو یك محیطدارند یعنی حقوق هم ناظر باخلاق وهم ناظر باستقرار عدالت اجتماعیست ولذادرکلیه کتب فقهاسلامی ازقدیمترین ادوارتا کنون نخستین بابی که فقها ازآن بحث کرده اند باب عبادات است وبندرت دیده شده که کتابی این بخش را مسکوت گذاشته باشد وهمین مقدم داشتن این باب بر ابواب دیگر (عقود وایقاعات واحکام وسیاسات) میرساندکه دراین نظام حقوقی عبادت یکی ازضمانت اجراها وهم یکی از وسائل پیشگیری جرم وجنایت محسوب میگردد .

درحقوق اسلامی غیرممکن است که یك فردکه مطیع قوانین کشوریست ازلحاظ اخلاقی فردی پست وفاسد باشد درحالیکه درکشورهای اروپائی این امر نه تنهاغیر ممکن نیست بلکه اکثر چنین میباشد. درحقوق اسلامی نحوهٔ زندگی شخصی واجتماعی هردو تعیین گردیده وازهم قابل تفکیك نیست وهردو دارای ضمانت اجرای دنیوی واخروی بوده واعمالیکه مورد شکایت ستمدیده قرار گیرد تحت تعقیب قانونی قرار خواهد گرفت .

از سوی دیگر این مطلب که ضمانت اجرا یکی از ارکان تشکیل دهندهٔ حق باشد ؛ مورد قبول همهٔ حقوقدانان نیست یعنی حقوق وضمانت اجرای آن دوموضوع جداگانه اند چه ممکنست حقوق وجود داشته باشد درحالیکه فاقد ضمانت اجرا باشد .

رجود حق بیشتر بسته بایمانی است که مردم نسبت به حقانیت آن دارند و همچنین قواعد اخلاقی هم ازطرفی کاملا بدون ضمانت اجرائیست و حتی در اکثر قوانین فعلی دنیا قراردادهائی را که برخلاف اخلاق حسنه باشد ازنظر دادگاهها غیر قابل ترتیب اثر اعلام داشته‌اند .

چنانکه مادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی ایران میگوید :

« محکمه نمیتواند قوانین خارجی ویاقراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده ویا بواسطهٔ جریحه‌دارکردن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف بانظم عمومی محسوب میشود بموقع اجراگذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولا مجاز باشد »

وهمچنین ماده ۶ آئین دادرسی مدنی ایران میگوید «عقود وقرار دادهائی‌که مخل نظام عمومی یابرخلاف اخلاق حسنه است درداگاه قابل ترتیب اثر نیست» واز این قبیل‌درقوانین کشور های‌خارجی نیز دیده میشود وازاین طریق بسیاری ازمطالب اخلاقی متدرجاوارد حقوق گردیده اند فی‌المثل درقوانین ، قاتل مُورّث را ازارث ممنوع نموده‌اند واین امردرهمه قوانین ازخلاق منبعث گشته است ویا درحقوق کار وبیمه های اجتماعی‌وتعاونیها مقررات مربوط‌بکاراطفال وزنان وغیره ازقواعد اخلاقی الهام گرفته است .

درحقوق اسلامی ازمواردی که فقها متعرض آن شده اند نفقهٔ بهائم وحقوق حیوان است درصورتیکه درحقوق سایر کشور هااساساً حقوق ازروابط انسانها بحث میکنند وحقوق حیوان مربوط بکتب اخلاقیست امـا درحقوق اسلامی حتی ضمانت اجرای دنیوی علاوه براُخروی‌برای آن مقررگشته است چه حاکم‌شرع برای‌حیوانی که قابل بهره برداری نباشد ، درصورت امتناع مالك ، میتواند برای نگاهداری‌آن حیوان ، املاك وحتی متاع خانه مالك حیوان رابفروش رساند .

ازجهات دیگر ارتباط حقوق واخلاق ، سیر تحول جامعه است که موجب‌تغییر

عرف وعادت وآداب ورسوم واخلاق وسنن میشود وناگزیر اینگونه تحولات درحقوق تأثیر قطعی دارد ، درحقوق امروز همان طورکه گفته شد قوانینی که مربوط بنظم عمومی واخلاق حسنه باشند جزو قوانین امری محسوب میگردند یعنی ارادهٔ افراد نمیتواند برخلاف آن قرار دادی را منعقد نماید درحالیکه قوانین دیگرکه فاقداین جنبه هستند ، ازجمله قوانین تعویضی یاتفسیری بوده وافراد میتوانندآزادانه برخلاف آن قرار دادهای خصوصی خودرا منعقد نمایند .

درنظام حقوق اسلامی هم بااعتبار عرف وعادت واخلاق این دگرگونیها در تحول حقوق تأثیر قطعی خواهد داشت چه عرف وعادت از منابعی سرچشمه میگیرد کهازآنجمله اصول عالیه اخلاق است که **هوریو**[1] حقوقدان معروف فرانسوی ازآن تعبیر باصول فوق انسانی[2] میکند چه نیروی اصول اخلاقی گاهی به حدی استکه بنظر برخی میتواند مدرك حکم دادگاه قرار گیرد مثلا اگر مسلم شودکه شخصی مرتکب تقلب گردیده ودرقانون فرضا نصی دراین مورد نباشد قاضی میتواند وبرا محکوم نماید .

البته هراندازه که **وجدان اخلاقی** اجتماعی درسطح عالیتری قرار گیرد ، بهمان اندازه نیز تأثیر آن درحقوق بیشتر خواهد بود اینجا باید اضافه کرد که وجدان اخلاقی باوجدان روانشناسی فرق دارد ، **وجدان روانشناسی** میگویدافراد جامعه دارایچه حالات وصفاتی هستندوحال آنکه وجدان اخلاقی میگوید چه حالات وصفاتی باید داشته باشند ازموارد تأییدکننده اعتبارمقررات اخلاقی درفقه اسلامی همچنین اعتباریست که این حقوق باقرار وگواهی وحتی بسوگند داده است (سوگند درفقه بچندگونه منقسم گشته که عبارتند از : سوگند جزء بینه ، سوگند استظهاری وقسامه وسوگند نفی العلم وسوگند بتی) همه اینها نشان دهندهٔ آنستکه

1-Hauriou

2 - Superlegalité

اخلاق درحقوق اسلامی دارای اهمیت بسزائیست وحال اینکه دردسته های حقوقی دیگر بسوگند چندان ارزشی داده نمیشود .

همچنین ازموارد تأثیر اخلاق درحقوق یکی‌رشته حقوق جز است ، فی‌المثل درعنصر مادی جرم‌درجرم ترك فعل ویافعل ناشی ازترك فعل مشاهده میشود ، مادری که از شیردادن طفل خود داری کند و آن‌بچه بمیرد ویاشخصی که میتواند نابینائی‌را راهنمائی‌کند وازاین کار امتناع نماید ودراثرآن نابینا سقوط کند وبمیرد واز این قبیل موارد ، کسی‌که قصور وکوتاهی کرده مجازات میگردد.چنین موارد ازجمله تکالیف اجتماعیست وهمهٔ این تکالیف ازاخلاق ریشه ومنشأگرفته‌اند وهمچنین اینکه در مجموعه های قوانین دیده میشود که هرچه مخالف اخلاق حسنه است مخالف نظم عمومی نیز هست وبالعکس ، این مطلب عبارت اُخرای همانست‌که در کلیه قراردادهاهدف نبایدنامشروع باشدودرحقوق مدنی‌دراینباره تحت‌عنوان مشروعیت جهت معامله وداد وستد بحث گردیده است .

ازجهات‌افتراق همچنین میان حقوق واخلاق اکنون بیك مورد دیگر اشاره میشود وآن‌همانستکه مفاهیم‌اخلاق بیش ازمفاهیم حقوق متغیر ومتحول است.نهادهای جامعه وافکار عمومی درهرزمان ومکان وضع خاصی دارد ودر هرعصر اکثریت مردم درزندگی اجتماعی پایبند اصولی هستند که ممکنست دراعصار دیگر چندان بدان از خود علاقه نشان ندهند ولذا مفهوم متغیر اخلاق ، حقوق راهم بتبع خود تغییر میدهد چه‌اخلاق ازوجدان الهام میگیرد وحکم وجدان بسیار متنوع است ، گاهی به احسان ونیکوکاری دعوت میکند زمانی بعبادت وپرستش وعشق میخواند ووقتی‌هم بعدالت‌خواهی‌ودادگری ، توده های انسان را برمیانگیزاند ، درحقوق همین‌انگیزش بسوی عدالت ، الهام بخش ومنبع حقوق است ودرحقیقت قواعد مربوط باین بخش است‌که اساس نظام حقوق اسلامی است .

تحقق بخشیدن بعدالت درهرزمان راه وروش مقتضی همان زمان‌را دارد ودنیا

را باید همواره درحال تحرك تحت مطالعه قرار داد نه درحالت سکون وثبوت ، هربرت اسپنسر میگوید «هنگامیکه کمال مدنیت نسبی است کمال اخلاقی هم نسبی خواهد بود اما البته باین دلیل که کمال مطلق اخلاقی موکول بکمال مطلق مدنیت است نباید از کمال نسبی اخلاقی صرف نظر کنیم و برای پی بردن باصول این کمال نسبی هم باید همواره اصول کمال مطلق را پیشنهاد همت خود داشته باشیم پس درامر اخلاق نیز باید مانند کلیهٔ امور جهان معتقد بتکامل باشیم»[1] درحقوق اسلامی قوانین ردبان ووسیلهٔ نیل بهدف ومقصد هستند هدف نیز استقرار عدالت است وهم اعتلای روح واخلاق فردی است والبته دراین میان قوانین که وسیله وطریق رسیدن بمقصود هستند نیز مورد اعتنا میباشند چه اگر برای رسیدن بعدالت اجتماعی از بیراههٔ ظلم و تعدی عبور کنیم بدون تردید سرانجام ، چندان رضایت بخش نخواهد بود بلکه عاقبت الامر کار ببیداد و بالنتیجه بشکست وانحراف ازهدف اصلی منتهی خواهد گشت .

۲ـ وظیفه وقلمرو حقوق

نقش حقوق وحوزهٔ عمل آن ، درنظام اسلامی ، رهبری اجتماع بسوی فضیلت اخلاقی وعدالت اجتماعی است دراین نظام هم زندگی پرهیزگارانه و هم راه حلهای عاقلانه برای تحقق عدالت ضروری است اسلام هم ناظر بروح وهم وناظر ببدن است حقوق نقش رهبر را داردکه رهبری همهٔ ارزشهای مادی ومعنوی رابعهده میگیرد مکتب جامعی است ودرواقع مانند کارخانه‌ایست که تمام قسمتهای مختلف آن بیکدیگر متصل ومربوط است آنسان که خراب شدن وتباهی یك مهره یا پیچ باعث فلج شدن واز کار افتادن تمام دستگاههای کارخانه میگردد ، حقوق اسلامی نیز تمام اصول ومقرراتش بیکدیگر وابسته ولازم وملزومند .

۱ـ سیر حکمت دراروپا جلد سوم ص ۱۱۳

برتراندراسل میگوید «چینیها درسپیده دم تاریخ خود در مسیر رودخانهٔ زرد ، خاك ریز هائی ساختند . حال آنکه‌درآسیای غربی ، چنانکه در داستان‌نوح دیده میشود ، زندگی پرهیزگارانه را درمان شناختند درمورد آتشفشانیها نیز همین نظررا داشتند وآنرا بابیانی ادیبانه درشرح نابودی سدوم والغموره عرضه‌کردند . تا امروز این دونوع تئوری ، نظریه چین ونظریه آسیای غربی بهمین صورت متناقض بحیات خود ادامهٔ داده‌اند ولی سلطه نظرچین بتدریج افزایش یافته است .

باری پیشرفتهای بسیار جدید حاکی است‌که زندگانی پرهیزگارانه (بمعنای ملایمتر ازسابق) برای بقاء نوع‌بشر بهمان اندازه لازم است‌که ساختمان خاك ریزها ضرورت دارد[۱] » .

این دونوع تئوری درحقوق اسلامی توأماً وجود دارد ، دراین نظام قوانین بدون اخلاق فردی ناقصند وماهرچه هم‌که دستگاه مجهز وبی عیب ونقصی برای‌قضا ودادرسی بابودجه های هنگفت برپا کنیم بازاین قوانین توسط افراد بشر باید اجرا گردند ومعلوم‌است که یك‌نفر قاضی‌که معتقد ومؤمن‌بارزشهای اخلاقی نباشد تاچه‌حد برای جامعه خطر ناك است ، پس عبادت و زندگی پرهیزگارانه از این رودر اسلام بدان اهمیت واعتبار داده شده تافکر گناه وجرم ازریشه قطع گردد .

ازنظر اسلام یك فردکه مرتکب قتل نمیشود نباید باین علت باشدکه بشدت ازآن عمل پرهیز میکند بلکه باید ازاینجهت باشدکه اندیشهٔ قتل بخاطرش خطور نکرده است ، باین ترتیب آنچه بدواًبحکم اجبار قانونی ایجاد گشته متدرجا جزء خصلت وفطرت وملکهٔ اخلاقی میگردد ودیگر آنرا بعنوان یك عامل محدود کنندهٔ آزادی واختیار احساس نمیکند ، بلکه بخودی‌خود بدون احساس اجبار وفشار این خصال نیك عادت میگردد ، عبادات درایجاد چنین وضعی ، نقش بسیارمهمی راایفاء میکنند واین وضع را درقبال همهٔ جرائم وجنایات پدید میاورند عبادات دراسلام

۱ـ آیابشر آینده ای‌هم‌دارد برتراندراسل ص ۱۱

تنها نماز نیست بلکه روزه . خمس وزکوة وحج وجهاد وامر بمعروف ونهی از منکر نیز درشمار عباداتند زیرا در همه آنها قصد قربت بخدا شرط صحت عمل است .

باری روانشناسی وروانکاوی که از نتایج آن خود آگاهیست ، امروز متاسفانه نتوانسته است اینگونه رذائل اخلاقی وبدبختیهای اجتماعی را ریشه کن کند وآگاهی بماوراء خودهم ، که بشررا قادر بکشف قوانین ونیروهای طبیعت کرده است بازظلم وفقر را ازدنیا برنینداخته است پس ناگزیر باید اذعان کنیم که تنها راه نجات همان تکیه گاه معنوی وزندگی پرهیز کارانه است که بهترین راه برای صفا وتعالی روح وکمال معنویست .

عبادت هدف مکتب «اقدامات دفاع اجتماعی» راتأمین میکند مکتب دفاع اجتماعی مکتبی است که پس از نحلهٔ عدالت مطلقه ونحلهٔ تحققی بوجود آمد. بموجب این مکتب مجازات در مبارزهٔ با جرم اثری ندارد وازاین رو **انریکوفری درلایحه قانون جزای ایتالیا مجازات راحذف کرد** وبجایش اقدام وتامین اجتماعی را قرار داد ، وی میگفت همانگونه که کمال مطلوب دانش پزشکی مداوا ومعالجهٔ پس از واگیری امراض نباید باشد بلکه پیشگیری وجلوگیری از پیدایش وانتشار مرض باید وجههٔ همت پزشکان باشد چنانکه امروز نیز با از میان بردن عوامل واگیری و سرایت چه ازلحاظ مجهز ساختن محیط داخلی بدن (تزریق واکسن وغیره) وچه از نظر محیط خارجی کوشش میشود که علت اصلی بروز وظهور امراض را باوسائل علمی نابود سازند ، بهداشت وبهداری جای پزشکی را میگیرد وبهمان نسبت که بهداشت پیشرفت میکند ، پزشکی بمفهوم درمانی آن کاهش میابد واین دوباهم نسبت عکس دارند .

بهمین گونه ، درحقوق منظور غائی ونهائی مجازات وکیفر ، پس از ارتکاب بزه نباید باشد ، بلکه محوکردن عوامل جرم وجههٔ همت وکمال مطلوب آن بایدباشد، زیرا جامعه بخاطر دفاع ازخود باید ازوقوع وارتکاب مجدد ومکرر جرم جلوگیری

کند واین امررا درحقوق جزا سیاست جزائی[1] گویند .

این سیاست جزائی ونحلهٔ تأمین اجتماعی بدون ضمانت اجرای معنوی دین میسر نمیگردد .

بقول هفدینگ «دین حفظ ارزشهاست ، بدون ضمانت اجرای دینی ، اخلاق فقط یکنوع حسابگری است » اگر جوانی دریابد که جهنمی در کار نیست در ورطهٔ هلاك خواهد افتاد ، اخلاق عاری از ضمانتهای دینی نمیتواند بملتی آن تقوا وتسلط بر نفس را که ضروری دوام وثبات یك ملت است بدهد .

اگر ضمانت اجرای مذهبی گرفته شود اجتماع دچار هرج و مرج ؛ فساد ، جنایت وخودکشی خواهد شد .

بقول یك نفر هندی :

« اخلاق بدون دین مانند آتش است که ازدورگرمی نمیبخشد »

وبعقیدهٔ **گابریل تارد** « زندگی شریف واحترام‌آمیز بعضی ازبیدینان مدیون تأثیر ونفوذ مداوم تربیت دینی آنهاست »

و **کارلیل** این معنی را دنبالهٔ نور مسیحیت میداند ، همچنین رنان بهمین معنی اشاره میکند آنجا که جملات مشهور خودرا مینویسد : « مادرسایهٔ یك سایه زندگی میکنیم ، اما مردم پس‌از ما درچه زندگی خواهندکرد ؟ »

اگر دنبالهٔ این‌نور مختصر نیز ازمیان برود آنها چگونه برشهوات ودواعی و محرکات دروغ ودزدی وقتل مسلط خواهندشد ؟

رنان نتیجه میگیرد که « دین یك وهم ضروری است » .

دوستویوسکی بزرگترین داستان عالم‌را نوشت تا ثابت‌کند که‌چگونه‌انسان پس‌از ترك خداشناسی اسیر پنجهٔ دیو میگردد .[2]

1- La politipue Criminell

۲- لذات فلسفه ویل‌دورانت ص ۴۷۸

ازمبحث اصلی دور نشویم ،گفته شدکه حقوق باید جنبهٔ پیشگیری داشته‌باشد وازسوی دیگر بنظرگروهی ازدانشمندان حقوق‌جزا ، کیفردادن بتنهائی کافی نبوده وخوب ازبوتهٔ آزمایش بیرون نیامده‌است .

افلاطون از نخستین کسانی است‌که‌گفت قوانین جزا باید برای تنبیه واصلاح حال مجرم باشد نه کینه‌جوئی وآزار وانتقام وازین رو دربارهٔ جنایت‌کاران میگوید که باید به‌بیمارستان فرستاده شوند .

وجان‌لاك میگوید : «کیفری که بمجرمی‌روا میداریم باید متناسب باشد با گناهی که کرده‌است ومیزان کیفر عادلانه آنست که برای ترمیم‌آسیب وجلوگیری‌از وقوع جرم مجدد کافی باشد ودیگران را ازکردن آن جرم بیمناك‌کند .»[1]

ولی متاسفانه مشاهده میشود که دراکثرکشورهای دنیا ، رژیم زندانها ، بزهکاران را تأدیب وتهذیب نکرده ، بلکه برجسارت وتهور وبیباکی آنان افزوده است ، مجازات ازانحطاط اخلاق نتوانسته‌است جلوگیری‌کند و ما در تنظیم حقوق فردی واجتماعی بوسیلهٔ وضع قوانین کیفری نتوانسته‌ایم بکمال مطلوب برسیم . پس باز میرسیم باینکه باید افراد بنحوی تربیت شوند که ازدرون خود عوامل جرم و فساد را محو نمایند ومسلم است که این امر جز درسایهٔ تعالیم مذهبی وانجام‌مناسك وعبادات دینی میسور نبوده ونتیجهٔ مطلوب را نخواهد داد .

مطلب دیگری که لازم است یادآورشویم‌آنست‌که ازنظر مکتب تحققی[2] هرگاه اختلالی دروظایف الاعضاء ایجاد گردد ، موجب بیماریهائی میشود که‌گاهی عرضی‌و گاهی اکتسابی است ودرواقع بفساد اخلاق مربوط بوده وسلب مسؤولیت از بزهکار نمیکند وزمانی نیز این اختلال دراساس دماغ وشعور مجرم بوده که البته نسبت به

۱ــ آزادی فرد وقدرت دولت ص ۱۴۶

۲ــ positivisme که به‌حقوق موضوعه یامثبته نیز تعبیر شده حقوقی است که درمیان مردم به تحقق رسیده ومورد عمل باشد .

شدت وضعف آن‌حدود مسؤولیت مرتکب تفاوت پیدا میکند ، بنحویکه اگر این اختلال آنقدر شدید باشد که مجرم را فاقد قصد واراده‌و باصطلاح حقوق جزا فاقد عنصر معنوی جرم ، نماید ، دراینصورت اساسا مجرم را بجای زندان باید روانهٔ تیمارستان یا بیمارستانهای روحی وروانی کرد تا اینگونه بیماریها که ریشه‌های این نوع جرائم هستند تحت معالجه ودرمان قرارگیرند .

درنظام حقوق اسلامی نیز افرادی که دارای عقل وشعور کامل نباشند و یا آزادی واختیار نداشته باشند مشمول قوانین جزائی نیستند وحدود وکیفرهای اسلامی فقط دربارهٔ شخص عاقل وبالغ ورشید وجایزالتصرف و مختار اجرا میگردد . ولی البته دراین نظرکه مجرمین ممکن است بیمار باشند نباید آنچنان افراط کرد که‌هر جانی ازنظر شعور وعقل ناقص تلقی شود ولذا نتوان وی‌را مجازات کرد ، بلکه اگر اینگونه بهانه‌ها درمورد تبهکاران بطور مطلق پذیرفته شود ، فساد وتباهی روزافزون میگرددوآنان‌که میل بفساد وتباهی دارنددزهرمورد درصورت شناخته شدن وبچنگ عدالت افتادن ، جرم خود را ناشی ازبیماری جلوه خواهند داد تا ازمسؤولیت و در نتیجه از مجازاتشان کاسته شود ویابکلی ازکیفر معاف‌گردند .

ازسوی دیگر اگر رفتار درزندان بدان پایه جنبهٔ انسانی وخیرخواهی داشته باشد که هرزندانی بطور رایگان وبدون رنج از تربیت عالی وآسایش‌ورفاه بهره‌مند گردد دراین‌صورت همهٔ مردم بجنایت گرایش پیدا خواهند کرد پس مجازات بطور قطع باید جنبهٔ پیشگیری داشته باشد .

دکتر باهری درکتاب حقوق جزای عمومی مینویسد :

« درکمون حقوق اسلام قواعد واصولی وجود دارد که تحولات زمان قابل انعکاس در فروع احکام باشد وهرگاه تحولات جامعه ازطریق صحیح واصولی درفروع حقوق جزای اسلامی انعکاس پیداکند ، دفاع اجتماعی قابل تأمین است ، حقوق جزای اسلام اصولاً امروز درعربستان سعودی اجرا میشود و توانسته است امنیت

اجتماعی را حفظ کند بدیهی است عین قواعد مزبور بدون تصرف در فروع احکام در جوامع متحول و مترقی قابل هضم نیست ولی هرگاه همراه تحولات تکنیك حقوق جزای اسلامی نیز درحرکت بوده وفروع احکام را متناسب بااوضاع واحوال زمان تغییر دهد بدون شك حقوق جزای اسلامی خواهد توانست دفاع اجتماعی را بنحو مطلوبی میسر سازد »

ازسوی دیگر همانطورکه بارها گفته شده است ، حقوق اسلامی یك حقوق علمی والهی است ولذا ناظر بهمهٔ شؤون است امروز بعضی براساس تخصص علمی خود بابرخی ازمطالب آن ممکنست مخالف باشند ولی آنان بطور مجرد وانتزاعی آن موضوع را بررسی کرده اند وآنرا درنظام جامع الاطراف وبهم پیوستهٔ حقوق اسلامی مطالعه نکرده اند . فی المثل ممکنست باقطع دست دزد مخالف باشند اما ضرراقتصادی زندانها وعدم تأمین دفاع اجتماعی ناشی ازآنرا ودهها مضار دیگری که از رژیم زندانها ناشی میگردد نمیبینند وبعلاوه متوجه این نکته مهم نیستند که تمام قوانین اسلام درمحیط ونظام اجتماعی اسلامی قابل اجراست وبهمانگونه که در قرون اولیه اسلامی بندرت مشاهده شده است که دستی قطع شود درنظام اسلامی فعلی هم درصورت ایجاد چنان خواهد بود .

آلکسیس کارل[1] درکتاب « انسان موجود ناشناخته» موقعی که ازرژیم زندانها انتقاد میکند موضوع جراحت یکی ازاعضاء بدن را مطابق با کیفیات مخففه ومشدده جرم پیشنهاد میکند که تقریبا با آنچه حقوق اسلامی درمورد جرم سرقت میگوید هماهنگ است .

۱- Dr . Alexis Carrel فیزیولوژیست وجراح وزیست‌شناس معروف فرانسوی (۱۸۷۳ - ۱۹۴۴) نویسندهٔ کتابهای انسان موجود ناشناخته ، راه ورسم زندگی ، نیایش وکتبی درطب وبرندهٔ جایزه نوبل .

الکسیس کارل مینویسد « بالاخره برای ما مسئلهٔ حل نشده انبوه فراوان افراد معلول وجنایت کار باقی میماند که چون بـارگرانی بردوش بقیه اجتمـاع سنگینی میکنند ؛ مخارجی که برای زندانها وتیمارستانها وحفاظت مردم دربرابر دزدان اجتماع ودیوانگان صرف میشود چنانکه میدانیم سرسام آور است .

از طرف ملتهـای متمدن برای حمـایت این موجودات تبهکار وزیـانبخش ، اقدامات ناچیزی شده است چنین افرادی رشدافراد طبیعی را نیز مانع میشوند ، ضروری است که این مسئله ، ازنزدیك مورد مطالعه قرارگیرد ، چرا اجتماع مسئلهٔ جنایتکاران ودیوانگان را بشکل دیگری که مقرون بصرفه باشد ، حل نمیکند ؟ گـرچه هنوز نمیتواند پاك را ازناپاك ومجرمین حقیقی را ازآنهاکه اخلاقاً بیگناهند ، جداکند وقادر بقضاوت درباره آدمیان نیست ، ولی باید دربرابر عواملی که برای موجودیتش خطرناکند خودرا حفظ کند ، چگونه میتواند ؟...محققا با بنای زندانهای بزرگتر و محکمتری ممکن نخواهد بود ، همانطوریکه تندرستی افراد باساختمان بیمارستانهای بزرگتر ومجهز تری تامین نخواهد شد .

ما دیوانگی وجنایت را جز با شناسائی کامل انسان وبا اوژنیسم[1] ویاتحولی در روش تعلیم وتربیت وشرایط اجتماعی خود نمیتوانیم ازمیان برد ، ولی در انتظار چنین روزی باید دربرابر جنایتکاران یك راه علمی درپیش گرفت .

شاید میبایستی زندانهارا ازمیان برداشت و بجـای آن مؤسسات کوچکتر و کم خرجتری ایجادکرد ، برای تنبیه مقصرینی که گناه بزرگی مرتکب شده‌اند چند ضربهٔ شلاق ویابطریق علمی‌تری ، یك عمل کوچك وچندروز اقامت دریك بیمارستان کافی خواهد بود»[2]

۱- Eugenisme علم اصلاح نژادبشر

۲- انسان موجود ناشناخته ص ۳۳۰

آیا الکسیس کارل همان مجازاتی را پیشنهاد نمیکند که اسلام درچهارده قرن قبل درمورد سرقت تجویز کرده بود ؟ النهایه با قیود وشروط وحد نصاب معینی از مال مسروقه وضوابط دقیقتری که شرح آن ازحوصلهٔ این گفتار بیرونست وهم مادر مقام بیان آن نیستیم . فقط درمورد کیفرقطع دست باید گفت که اسلام به‌طول زندگی بیشتر توجه کرده‌است تابعرض آن .

توضیح آنکه هرکسی مایلست فی‌المثل یك بند انگشت نداشته باشد وآزادانه دراجتماع زندگی کند وماهها وگاهی سالها محصور ومحبوس زندان نباشد ، ولی قوانین بشری ازطول زندگی میکاهند وسالها فردی‌را درزندان گرفتار میکنند وقطع چند بند ازسرانگشت را مخالف حیثیت وشؤون سارق میدانند وحال آنکه زیانهای زندان بیشمار است از آنجمله عدم وسائل رفع نیاز جنسی که غالبا منجر بارتکاب همجنس بازی میشود که صدبار بیشتر بحیثیت‌وشؤون انسانی لطمه وارد میآورد ، زیانهای‌اقتصادی‌که بربودجهٔ اجتماع وارد میآورد وهمچنین نداشتن اثرتامین‌اجتماعی ازنظرپیشگیری‌ازارتکاب مجددجرم وتنبیه‌تبهکاران وارعاب آنان درموردرژیم زندانها کاملا مشهود است‌چه مجازات زندان پنهان ازدید افراد اجتماع‌صورت میگیردولذا اثری را که ازلحاظ‌ایجاد رُعب‌وترس‌وگرفتن عبرت‌درافراد بزهکار باید داشته باشد ، فاقد است‌درحالیکه‌قطع‌دست‌چنین نیست وهمهٔ این جوانب درآن رعایت شده‌است .

پس فلسفهٔ حقوق جزای اسلامی هم ناظر باجرای عدالت وهم ایجاد ترس و ارعاب ازمجازات شدید وخشونت مجازات وازطرفی هم اصلاح‌وتهذیب‌مجرم میباشد وازسوی دیگرمجازات جنبهٔ عینی وبرون‌گرائی دارد واز سوی دیگردرموردمجرمین سیاسی (که‌بحث آن نیاز بمقالهٔ جداگانه‌ای دارد) قائل بارفاق وچشم پوشی شدید است .

* * *

دانشمندان وحقوقدانان بزرگی امثال گاروفالو[۱] وسزارلومبروزو[۲] وانریکوفری[۳] وفیلسوفانی چون سقراط وهربرت اسپنسر ودیگران همگی میگویند :

انسان طبیعتاً جنایتکار نیست ، بلکه عواملی ازجمله محیط اجتماعی وی را وادار بارتکاب آن میکند وبشر را درورطهٔ هلاك ونیستی میافکند والا تکامل بشر بسوی اخلاق عالی وتعالی روانی ، امری حتمی است وانسان دراین راه پیش میرود تا جائی که خودخواهی وخود پرستیش به غیردوستی ونوع پرستی مبدل میگردد .

اسپنسر میگوید :

«درزمان مایك فردتربیت یافته‌ای که‌ازلحاظ مادی‌متوسط‌الحال‌باشد ، بهیچ‌وجه نمیتواند خودرابراهزنی واشتغال بکارهای زشت وپست حاضرکند وبرای عمل باین فضیلت احتیاج بریاضت ومشقتی ندارد وچه رذائل اخلاقی تدریجاً محکوم بزوالند وترقی وتعالی اخلاق مسلم ومحسوس است » ونظیر آنرا الومروزو درکتاب «انسان جنایتکار »[۴] آورده وگفته‌است که فساد اخلاق وازدیاد جرائم در اثر اعتیاد بالکل ، افیون ، وامراض مقاربتی است که دراثر آن نوزاد سفیه ومجنون و فاقد استعداد می‌گردد .

۱- Garro Fallo ازنمایندگان‌بنام مکتب تحققی (اثباتیون) درحقوق است .

۲- Cesar Lombroso طبیعی دان‌وجرم شناس ایتالیائی قرن نوزدهم وی‌معتقد است‌که همه بزهکاران بیمارانی هستندکه قوهٔ اراده رامرض ازآنان‌سلب کرده است .

۳- Fnrico Eerri وکیل‌دادگستری واستاد حقوق جزا دردانشگاه رم بوده وکتابی بنام «افقهای‌جدید درعدالت جزائی» نوشته وتعبیر جامعه شناسی جنائی را اوبرای نخستین باربکار برده‌است .

۴- L' homme Criminel ، که در ۱۸۷۴ منتشر شده‌است .

دراثر چنین عقایدی حقوقدانان جزائی میگویند ازفقر بوسیله ایجاد کار و تعلیم وتربیت اجباری وهمگانی باید جلوگیری کردو بااعتیادات مسموم که موجب اختلالات عصبی میشود ودر نسل نیز اثر سوء میگذارد ، باید مبارزه کرد .

برای پیش گیری ازجرم ، بحثهای فلسفی وپیچیده ودور ودرازجبر واختیار ، عدالت مطلق ویا نسبی ویاوجود یاعدم مسؤولیت وکشف علت ارتکاب جرم فایدهٔ عملی ندارد ، زیرا غور وتفحص دراین مباحث نتایج نامطلوبی بارآورد ، ازین رومسائل حقوق جزارا بافرض ارادهٔ آزاد و اختیار مورد تجزیه وتحلیل قرار دادندو بحثهای جبرواختیار را بعهدهٔ فیلسوفان گذاشتند . دردنیای کنونی باید باتوجه به عوامل محیطی واجتماعی وفرهنگی واقتصادی وغیره درپی کاهش عده جنایتکاران بود، چه محیط اجتماعی اگر فاسد باشد فرضاً اگر مجرمی درزندان یادارالتادیب موقتاً اصلاح گردد همینکه بمحیط فاسدقبلی بازگشت ، جرم وجنایت راخواه ناخواه دوباره ازسر خواهد گرفت .

تربیت خانوادگی درکاهش دادن جنایات سهم بزرگی دارد : درخانواده‌ای که پیوسته میان زن وشوهر دعوی ومنازعه وکدورت است وچشمهای فرزندهمواره شاهدگریه‌های مادر وطغیان پدر است ، کودك معنی کانون گرم خانواده ومحبت را نخواهد چشید وروح وی ناسالم وپرعقده خواهد بود چه دراینگونه خانواده ها بشخصیت وی توجهی نشده وحتی این محیطوی را فردی طاغی ویاغی بارخواهند آورد .

درخانواده‌ای که پدر هرشب مست از مجلس باده گساری برمیگردد ویا بااعصابی خسته وناراحت از مجلس قمار بازگشته ویا بنام آزادی معاشرت وتجدد طلبی پدرو مادر خود را تانیمه های شب در شب نشینی‌ها سرگرم قمار ورقص ومشروب خوری ببیند وو .... مسلم است که اطفال اینگونه خانواده ها اعتیاد به‌الکل وقمار وانحرافات جنسی رابارث خواهند برد ؛ صرفنظر از اینکه اینگونه اعتیادات از نظر توارث در نسل تاثیر قطعی دارد ، خلاصهٔ سخن اینکه اجتماعیکه خود ازخرد مندی و تعادل و

احسان و نیکوکاری و تهذیب نفس بوئی نبرده است ، چگونه میتواند بنسل بعدی اینگونه فضائلی راکه خود ازآن بهره‌ای ندارد ، القاءکرده ومیراث گذارد . همچنین فیلمهای زننده وضد اخلاق وعفت ومجلات ورنگینینامه های تجارتی و رمانهائی که قهرمان داستانش را معمولا یك‌دزد ناموس تشکیل میدهد وبجای ایجاد حس تنفرو انزجار نسبت به تبهکاریها ، هوس و وسوسهٔ اینگونه اعمال جنایتکارانه را بیشتراشاعه میدهد وحتی ارائهٔطریق مینمایدازروابط نامشروع میان زن‌ومرد باآب وتاب‌فراوان حکایت میکنند ، مسلم است‌که اینگونه عوامل درایجاد میل بجنایت وعصیان وطغیان تأثیر قطعی خواهند داشت والاکسی بانشریات سودمند مخالف نیست ودرلزوم‌فیلمهای آموزنده نیزشك وتردیدی ندارد .

عامل اقتصادی‌نیز درایجاد جرائم ازعوامل بسیار مؤثراست وتأثیر عظیم‌فقررا بهیچوجه نمیتوان انکارکرد (کادَ الفَقْرُ اَنْ یَکُونَ کُفراً .حدیث نبوی) و (اَلمُلکُ یدومُ مَعَ الکُفر ولا یَدومُ مَعَ الظُلم .حدیث نبوی) عامل اقتصادی زیر بنای اجتماع است وهرقدر اجتماعی ازنظر رفع نیازهای مادی خود موفقتر باشد ، بهمان نسبت ازسلامت روح وآرامش فکر بیشتر برخوردار خواهد بود .

عدم تعادل درآمد هاوبیکاری وولگردی‌جوانان‌ونداشتن‌روزنهٔ امیدی‌بآینده‌ای روشن وفشار طبقاتی شدید وایجاد عقدهٔ حقارت ناشی ازعدم تساوی شرایط اقتصادی وامکانات‌اجتماعی ایجادحس‌کینه‌وانتقام علیه طبقات مرفه وبرخوردار میکندوهمگی آنها بفساد نسل وبی‌بند وباری وانحرافات وارتکاب جرائم ازقبیل کشیدن چکهای بی‌محل ، دزدی‌کلاهبرداری‌وغیره منجرمیشود .

۲ـ آمار های تایید کننده

طبق تحقیقات روپنویچ ۸۰ درصد از صغار تبهکار متعلق بطبقات فقیر و پائین اجتماع‌هستند و وی‌فقط ۱۷ درصد از کودکان تبهکار رامتعلق به طبقه بالای‌اجتماع

میداند ، البته معلوم است که این موضوع علاوه بر عامل اقتصادی مربوط بوضع تربیتی و آموزشی نیز هست که این عامل تربیتی و آموزشی خود بیشتر معلول وضع اقتصادی است چه فقر است که نمی‌گذارد اطفال بافرهنگ و باتربیت بارآیند .

دختران خانواده های بیسامان ازفقر و بی‌سرپرستی و بی‌توجهی اکثر به بدنامی وفحشا کشانده میشوند و بعد بچنگ دلالان ومقاطعه کاران فحشاء ومؤسسین معروفه خانه ها افتاده و براه سقوط واضمحلال و بمنجلاب بدبختی فرومیروند .

این اوضاع واحوال باعث میشود که روز بروز امنیت اجتماعی درمعرض تهدید شدید و بی‌نظمی وهرج‌ومرج قرار گیرد ومالیاتهای گزاف از مردم گرفته شود تا این نابسامانیهارا سامان بخشند بدون اینکه نطفهٔ آنرا نگذارندمنعقد شود ، درست مانند کسی که بخواهد باپشهٔ مالاریا مبارزه کند بجای خشکاندن باتلاقها وپاشیدن گردهای سمّی ، یکی‌یکی پشه هارا بادست بدیوار خانه بمالد که جز کثیف کردن دیوار نتیجه‌ای نخواهد داشت ، آیا کارپلیس‌فضائی دردنیای امروز شبیه باین تمثیل نیست؟ ازیك سو بنام آزادی ومساوات افراد درنحوهٔ زندگی هرگونه بی‌بند و باری را آزاد میگذارند واز سوی دیگر بودجه‌ای سنگین بردوش اجتماع تحمیل‌میکنند تامخارج زندانها ، پلیس ومامورین آگاهی وقضات ودستگاه دادگستری رافراهم نمایند .

پس بهترین قانون همان است که همه جانبه وجامع باشد واز هر نظر توجه داشته باشد تاروح را تزکیه کندو تنها بقانون تکیه ننماید بلکه باوجود قانون بتهذیب نفس بپردازد تا مردم بتوانند درمحیطی مافوق قانون زندگی کنند وعلاوه براطاعت قانون حتی باحسان و نیکوکاری و تعاون بپردازند .

حقوق اسلامی باقوانینی که برای تعادل ثروت وضع کرده وامری که به استقرار عدالت نموده و تاکیدی که برای عبادت بیان داشته است منظور مکتب دفاع و تامین اجتماعی را بسهولت تامین خواهد کرد ، چه همانطور که گفته شد قوانین بتنهائی نمیتوانند صلح وآرامش را برقرار سازند مادام که مردم قلباً وروحاً پاك نشده و نسبت

بیکدیگر محبت پیدا نکرده‌اند وتاروح جرم‌وجنایت وطمع وحرص ازمیان نرود، قوانین کاری ازپیش نخواهند برد وبرای پاکی شهوات نفسانی پاکی قلب لازم‌است و پاکی قلب‌جز باعبادت‌پروردگار میسر نخواهد بود پس‌هم باید محیط پاك شودوهم باید فرد از درون آماده‌گردد ، اسلام‌مجازات راراه منحصربفرد برای‌مبارزه باجرم ندانسته‌وحتی درعین‌تجویز قصاص وانتقام ، عفوو بخشودگی‌را نیزمجازدانسته است .

الکسیس‌کارل میگوید «فقدان نیایش در میان ملتی برابر است بـا سقوط قطعی آن‌ملت ... اجتماعاتی که احتیاج‌به نیایش را درخـود کشته انـد معمولا از فساد وزوال مصون نخواهند بود ... چنین‌بنظر میرسد کـه نیایش انسانها راآنچنان رشد میدهدکه جامه‌ای‌که وراثت ومحیط به قامتشان دوخته است برایشان‌کوتاه‌گردد ملاقات پروردگار آنهارا ازصلح وآرامش درون لبریز میسازد بطوریکه شعشعهٔ پرتو این صلح ازچهره شان نمودار است وآنرا هرجاکه روند باخود میبرند»[1]

ویلیام‌جمس فیلسوف‌آمریکائی نیز درکتاب«تحقیق در چگونگی انواع سیر باطنی انسان» مطالبی نظیر گفته های کارل دارد . وتأثیر دعارا هم جمس وهـم کارل بصورت علمی دربهبود بخشیدن بیماریهای صعب‌العلاج بروش تجربه وآزمایش اثبات کرده اند . مؤسسه پزشکی لورد[2] مواردزیادی ازشفای‌امراض بوسیلهٔدعا را درامراض سل استخوانی،صفاقی ، پوستی وحتی سرطان وغیره جمع آوری‌کرده است[3] پس‌مکتب تربیتی اسلام باایجاد ایمان‌بخداومعاد ودستور باشاعه کارهای خیر ونهی ازمنکرات آنگونه تنظیم شده‌که عبادات امور اجتماعی‌را تقویت میکنند واجتماعیات ، عبادات عملی بشمار میروند ، اما باکمال تأسف‌دراوضاع واحوال کنونی درکشور ما باایجاد

۱ـ نیایش دکترکارل ص ۱۷ و ۲۱

۲ـ Lourde

۳ـ انسان موجود ناشناخته ص ۱۵۹

حس تجدد پرستی و تقلید ناقص و کورانه وسطحی از ظواهر تمدن فرنگ ، روزبروز ازقوهٔ ضمانت اجرائی والزام کننده تعالیم اخلاقی ومذهبی کاسته میشود و اجتماع بسوی لجام گسیختگی شتابان گام برمیدارد ، تاآنجاکه دروصف ایـن عصر بعضی گفته‌اند : «**عصر مسکنت ایمان و وحشت از بی‌ایمانی**» .

آمارها نشان میدهدکه از حدود چهل سال قبل تاکنون منحنی جرائم بنحو وحشتناکی سیرصعودی را طی‌کرده است تقریباً درسال ۱۳۰۷ درعـدلیه تهران فقط یك شعبهٔ بازپرسی وجود داشت وآنهم بخوبی‌ازعهدهٔ رسیدگی بپرونده های مرجوعه برمی‌آمد ، اما اکنون متجاوز از ۶۰ شعبه بازپرسی درداد‌سرای تهران دائر است و معذالك دراثر ازدیاد سرسام‌آور جرائم بازپرسان‌از رسیدگی به‌انبوه‌پرونده هاخسته هستند وشکایت دارند .

* * *

ذیلا آماری متخذ ازادارهٔ کل آمار قضائی وزارت دادگستری نقل‌میشود. این آمار ، کارکرد قضات استان‌مرکز ، تهران وحومه (ورامین - گرمسار - شمیران) را از سال ۱۳۳۸ تاآخر سال ۱۳۴۳ که شامل پرونده های مدنی - کیفری ومتفرقه میشود نشان میدهد .

سنوات	موجودی اول سال	پرونده‌های وارده یکساله	پرونده‌های مختومه یکساله	موجودی آخر سال
سال ۱۳۳۸	۶۲۴۲۶۵	۳۰۵۳۰۵	۲۹۰۸۸۳	۶۳۸۶۸۷
» ۱۳۳۹	۶۳۸۶۸۷	۳۰۵۷۵۰	۲۸۳۵۵۱	۶۶۰۸۸۶
» ۱۳۴۰	۶۶۰۸۸۶	۲۶۳۹۴۹	۲۴۰۹۴۲	۶۸۳۸۹۳
» ۱۳۴۱	۶۸۳۸۹۳	۳۴۷۷۶۴	۳۴۲۷۹۳	۶۸۸۸۶۴
» ۱۳۴۲	۶۸۸۸۶۴	۲۷۷۵۴۸	۲۷۷۵۲۹	۶۸۸۸۸۳
» ۱۳۴۳	۶۸۸۸۸۳	۲۹۵۳۹۱	۲۹۷۰۳۷	۶۸۷۱۶۲

درکشور های دیگر نیزوضع جرائم سرسام آور است ، هرروز روزنامه های کیهان واطلاعات افزایش آمار جنایات را درممالک‌مختلف نشان میدهند ، نمونه‌دادن وجمع آوری وتجزیه وتحلیل آن آمارها از گنجایش این گفتار بیرونست فقط برای نمونه چندآمار رادرزیر نقل میکنیم :

روزنامهٔ اطلاعات (۴۶/۷/۲۷) چنین‌مینویسد:

«ساز مان‌اف. بی آی (امنیت فدرال) امریکااعلام‌کردکه‌وارد قتل ، سرقت،

تجاوز بزنان وچاقوکشی درسال گذشته یازده درصدافزایش یافته و بهرکوردسه میلیون وسیصد و پنجاه هزار رسیده‌است از سال ۱۹۶۰ ببعد جمعیت امریکا ۹ درصدافزایش یافته است درحالیکه موارد جرائم وجنایات ۹۶ درصد بالا رفته‌است .

این افزایش بیشتر درحومه شهرهای بزرگ مشاهده میشود . دریکسال اخیر ۱۰۹۲۰ فقره جنایت درامریکا روی داده ازهر صد نفرمـامور پلیس ۱۲ نفر مـورد حمله قرار گرفته و ۷۵ نفر آنها کُشته شده‌اند . همچنین درمدت یکسال تعدادباز-داشت شدگان باتهام حمل مواد مخدره قاچاق‌نسبت بسال ۱۹۶۶ ، ۲۸ درصدونسبت به شش سال گذشته ۸۲ درصد افزایش یافته است .

سازمان اف .بی. آی‌درگزارش خود دولت امریـکا ودادگاههای محلی را از خطر عفو زندانیان وتخفیف کیفر آنها برحذر داشته‌وخاطر نشان ساخته است که‌هفتاد وپنج درصد زندانیانی‌که درسال ۱۹۶۳ باسپردن تعهد اخلاقی آزاد شده‌اند درمدت دوسال اخیر به اتهام ارتکاب‌جرائم مختلف بار دیگر بازداشت گردیده‌اند » .

طبق آمار منتشره درآمریکا «درهر ۲۵ ثانیه یك‌جرم بزرگ اتفاق میافتد در هر ۲۴ ساعت‌سی‌قتل‌نفس، ۵۰ عمل‌منافی عفت باقهروغلبه، ۷۳۰ فقره سرقت بـزرگ وبالغ بر ۳۰۰۰ دزدیهای کوچك وبطور خلاصه بالغ بریکمیلیون وپنجاه هزارجرم درسال رخ میدهد[1] » .

روزنامه اطلاعات ۴۰/۵/۸ مینویسد «درگزارشی‌که(هاور) رئیس‌ادارهٔ آگاهی آمریکا منتشر ساخت یاد آورد شدکه درسال ۱۹۶۰ تعداد جرائم وجنـایات افراد در آمریکا بالغ بر ۱/۸۶۱/۰۰۰ بوده است که نسبت بسال گذشته چهـار درصد افزایش پیداکرده است هاور درگزارش خود افزودکه اگر جرائم وجنایاتی که درسال ۱۹۵۰ درآمریکا روی داده با سال ۱۹۶۰ مقایسه‌کنیم می‌بینیم‌که درطول ده سال اخیر ایـن

---

۱ ـ کتـاب روح‌بشر ناصرالدین صـاحب‌الزمانی ص۳۲

رقم ۹۸ درصد افزایش یافته‌است درحالیکه درهمین مدت جمعیت امریکا فقط ۱۸در صد زیاد شده است .»

این آمارها نشان میدهد که تاریخ بشر ، علی‌رغم همهٔ قدرتها وزمینه های مساعد ، به قهقرا برگشته است انسان متمدن بفساد وجنایت میگراید ، وعلاوه بر این آمارهای جنایات فردی ، هرروز ما شاهد جنایات دسته جمعی ملل متمدن به کشورهای عقب نگهداشته شده آسیا وافریقا وامریکای لاتین‌هستیم .

جنگ ویتنام ، الجزایر وغیره ازمظاهر رُسوای این ملل بـاصطلاح متمدن است که روی امثال چنگیز وتیمور وآتیلا را سفیدکرده‌است .

* * *

لازم نیست که آمار وحشتناك روزنامه هارا نقل کنیم ، یك‌نظر به سرسرای کاخ دادگستری تهران ویاهر شهرستـان دیگر کافی است که صحت این مطـالب را تـأیید کند ؛ اگر قـانون دارای نفع اجتمـاعی نبـاشد چه سودی بر آن مترتب تواند بود .

کارل‌می‌نین‌جر روانشناس وروان‌پزشك نامی معاصر امریکا دربرابرگروهی‌از حقوقدانان وکیفرشناسان بزرگ درانتقاد ازفلسفهٔ جزائی اظهار داشت « اگر نظریهٔ شما درست میبود ، ومجازات بصورتی که شما طرفدار آن‌هستید موجب عبرت‌میشد، اینك بایستی جرم وجنایت ازجهان ریشه‌کن شده‌باشد »[1]

کانت وژوزف دومستر از بنیانگزاران مکتب عدالت مطلقه هستند ، اما انتقادی که از این مکتب شده اینست که قاضی نمیتواند به وجدانیات افرادپی‌ببرد ودانای باسرار نهان فقط خداست ،

بلی قاضی میتواند عدالت را اجراکند ولی عدالت نسبی نـه‌مطلق ، که آنهم

۱ـ راز کرشمه ها دکتر صاحب‌الزمانی ص ۱۲۵

بستگی بزمان ومکان دارد .

باید توجه کرد که از نظر کانت آلمانی علم وادراك ما از پدیده ها و حوادث بدانگونه نیست که این ادراك بر حقایق امور منطبق گردد ، بلکه امور بر ادراك ما منطبق میشوند ومعلومات ما بدانگونه است که ذهن ما اقتضا دارد ، یعنی پدیده‌ها وعوارضی راکه درك میکنیم در واقع و نفس الامر چه هستند ؟ نمیدانیم ، زیرا ذهن ما برای دریافت آنها قالبهائی دارد که آنهارا در آن قالبها میریزد ومعلومات ما در حقیقت قالبگیریهای ذهن از امور است واین کیفیت در ادراك ما چاره ندارد و ناگزیر چنین است خواه درست باشد خواه نادرست ازاین رو مذهب کانت را اصالت تصور[1] یعنی انکار واقعیت اشیاء دانسته اند ، درحالیکه نباید اشتباه شود .

کانت مانند برخی از سوفسطائیان نمیگوید حقیقتی درکار نیست وهرچه هست وهم وپندار وعدم وهستی نماست بلکه می‌گوید ما ذوات را درك نمیکنیم و فقط عوارض آنهارا درمییابیم وبرای ما حقیقت همین است .[2]

بنتام صاحب تألیفات متعددی است که ازجملهٔ آنها کتاب « مجازاتها و پاداشها »است .

وی یکی از بنیانگزاران مکتب فایدهٔ اجتماعی است واز اینرو او را میتوان یکی از علمای حقوق جزا دانست وی درمجازات متوجه فایدهٔ اجتماعی آنست بنظر او چون اجرای کیفر هزینه‌هائی برای اجتماع دارد لذا هرگاه جامعه ازآن فایده ای نبرد اجرای آن کیفر چه لزومی خواهد داشت ؟ درمجازات او طرفدار شدت عمل است زیرا هراس وترس مجرمین ازتصور مجازاتهای سنگین وزندانهای طولانی باعث میشود که ازارتکاب واقدام بجرم خودداری کنند .

۱ـ Idéalisme

۲ـ سیر حکمت دراروپا جلد دوم ص ۱۴۰

قانون باید آنقدر مفید باشدکه از تعداد جرائم بکاهد تا حدودی حقوق‌فردی رعایت شده وداد مظلوم گرفته شود وهم وجدان جامعه که جریحه دارشده تسکین یابد وهم قوانین بنحوی باشد که از تعداد مجرمین بکاهد و جنبهٔ پیشگیری داشته باشد ومردم را بارزشهای اخلاقی آگاه گرداند وگرنه بصرف‌اینکه هواخواهان‌مکتب تحققی مسؤولیتی برای مجرمین قائل نباشند ویا آنان را دارای مسؤولیت خفیف بدانند نه باواقع تطبیق میکند ونه عملی‌میباشد چه همانطورکه گفته شد ملل‌مترقی دنیاازاین‌روش‌نتیجهٔ‌معکوس‌گرفته اند .

نظام حقوق اسلامی براین پایه است که باید بافقر وفاقه و تنگدستی و جهل مبارزه کرد وموانع ازدواج را ازمیان برداشت وآنرا تسهیل کرد، بافساد و تبهکاری ورشوه ومنافیات عفت وقمار وباده‌گساری وخودکشی ویأس ونا امیدی بشدت مبارزه نمود واین مبارزه نباید بدانگونه باشد که اصل را رها کنند وفرع را کیفردهند.

زن‌ومردی‌که مرتکب زنامیشوند آزادباشند اما دلال ورابطه را جریمه‌نمایند ویا قمارخانه دار را مجازات نقدی کنند ولی به قمار باز وزانی‌کاری نداشته‌باشند ، این روش جامعه‌ای سالم بوجود نمی‌آورد درحقوق اسلامی علاوه بردلال وواسطه و قمارخانه دار بـا نفس عمل به مبـارزه میپردازد وآزادی لجـام گسیخته را مستمسك قرار نمیدهد .

حقوق اسـلامی یك حقوق مداخله گراست وبرای فرد در این مورد ارزشی نمینهد واصالت را برای اجتماع قائل است ، ازابتدا اجازهٔ فروش مشروبات‌الکلی‌را نمیدهد تامجبور باشد دستگاهی عریض وطویل با مخـارج هنگفت ایجـاد کند تـا جرائم قتل وضرب وجرح را پس‌ازوقوع تعقیب کرده کیفردهد .

حقوق جزا از ارفاق بحال مجرم ورعایت وی نتیجهٔ خوبی نگرفته است لذا مکتب تأمین ودفاع اجتماعی اکنون علمدار بسامان رسانیدن نابسامانیهاست .

۴ ـ قصاص در حقوق اسلام

مکاتب حقوق جزا اغلب قصاص را عموماً وقتل را خصوصاً مورد اعتراض قرار داده‌اند ومجازات اعدام را درمورد قتل عمد ازسنگدلی وبیرحمی دانسته‌اندکه‌مورد تنفر طبیعت وشعور ووجدان آدمی است ومعتقدند که اگر قتل موجب از میان رفتن یك فردشده قصاص نیز فردی دیگر بآن میافزاید ، پس باید تربیت و فرهنگ عمومی بالا رود تااین رذائل اخلاقی ریشه‌کن گردد وضمنا برای اینکه جمع میان حقین هم شده باشد یعنی حق اجتماع وحق صاحب خون (ولی دم) باید مجرم را درمورد قتل عمد بحبس ابد که نتیجهٔ آن با اعدام مساوی است‌محکوم‌نمود! .

ولی قرآن درسورهٔ مائده آیهٔ ۳۵ میگوید :

اَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَیرِ نَفْسٍ اَوْ فَسادٍ فِی‌الاَرض فَکَاَنَّما قَتَلَ النّاسَ جَمیعاً وَمَن اَحیاها فَکَاَنَّما اَحیَاالنّاسَ جَمیعاً .

یعنی « هرکس کسی‌را بکشد بدون اینکه او کسی را ازوی‌کشته ویا فسادی درزمین نموده باشد مانند آنست که همهٔ مردم را کشته باشد وهرکس که یکنفر را از مردن رهائی دهد مانند آنست که همهٔ مردم را از مرگ نجات داده‌باشد»

این حکم مطابق فطرت انسان است چه فطرت میگوید هرگاه شخصی آهنگ جان ماراکند وجز باکشتن وی راهی برای رهائی نباشد دراینجا بی‌درنگ باید آن فرد را ازمیان برد ازسوی دیگر ازنظرذات وطبیعت انسانی فرقی میان یك فرد وافراد دیگر نیست یعنی یك فرد از انسان برابر باهمهٔ انسانهاست ، چه اگر فردی بدون حق ازمیان برود درحقیقت نسلی‌که‌ممکن است‌درصورت زنده بودن‌وی‌بوجود آیند تا لایتناهی ادامه می یافت وازطرفی این یکنوع احترام بارزش آدمی است‌که وی‌را برابر باهمهٔ انسانها قرارداده چه اگر فردی در حد اقل مرتبه از حیث ارزش

انسانی قرار گیرد باز دریك فضیلت ممکن است موجودی با ارزش باشد و باین ترتیب همان فضیلت را با تمام انسانها برابر نهاده است .

ویا هر فردی بقول کانت ازحیث انسانیت یعنی عقل ، وجودیست مستقل ومقصود، بالذات وچون حاکم بر اعمال خود میباشد وحکمش کلیست یعنی قانون است پس قانون گزار است وازاین رو بباکلیهٔ نفوس دیگر برابر خواهد بود واین همان قاعدهٔ سوم اخلاقی کانت است که میگوید « چنان رفتار کن که از قانون گزاری تو (یعنی از ارادهٔ عقلی تو) دستورهائی برآید که با استقرار غایات مطلق سازگار باشد .[1]

بعقیدهٔ هگل فیلسوف بزرگ « مجازات برای تأدیب نیست بلکه جبران نقض حق است پس دربعضی مـواقع اعدام شخص هم درمقام جزا رواست بخلاف بعضی که مجازات را برای تأدیب میدانید وبنابراین اعدام رادرسیاست کاری بی اساس میشمارند. چون منافات میل وارادهٔ شخص باحق یعنی ارادهٔ کل ازمیان رفت وارادهٔ نفس باقانون وحق منطبق شد اخلاق ونیکی کردار میشود پس حق که امری برون ذاتی است چون برگشت وامری دوران ذاتی شد اخلاق خواهد بود دراخلاق عمل که بیرونی وپدیدار است تنها منظور نیست، نیت که پدیدار نیست ودرونی است معتبر است واخلاقی آنست که دلش بر درستی وداد وبرطبق آنچه قانون ونظام مقرر داشته است گواهی دهد و نفع وسود را تابع خیر سازد »[2].

بهر حال ، دردنیای امروز ملل روی غـریزه حب وصیانت ذات با آنچه که حیات را درمخاطره انداخته باشد بمبارزه برمیخیزند تـاچه رسد که قتلی واقع شده باشد .

برای منافع مادی ومقاصد پلید سیاسی خود دست باستعمار واستثمار زده ودر این راه از انهدام میلیونها نفر انسان بخود نمیلرزند .

۱ـ سیر حکمت دراروپا جلد دوم ص۱۶۲

۲ـ سیرحکمت دراروپا جلد سوم ص ۳۷

در مسابقات تسلیحاتی هرروز میلیونها دلار صرف میکنند تا از یکدیگر پیشی گیرند .

طبق اصل طبیعی « عکس‌العمل » که وقایع تاریخی وجبر زمان نیز آنرا صحه میگذارد ، عملا خود را هرچه بیشتر دربرابر خطرات احتمالی مجهز میسازند هزاران‌گونه اعمال خلاف انسانی دربارهٔ همنوع‌خود مرتکب میشوند وبرای منافع اقتصادی وبازار فروش ازهرگونهٔ سیاست ظالمانه‌ای ابائی ندارند .

بیاد بیاوریم دوبمب اتمی را که بر فراز شهر هیروشیما و ناکازاکی انداختند وبدین ترتیب درسال ۱۹۴۵ یکی از ناجوانمردانه ترین جنایات را که بشریت از یادآوری آن بخود میلرزد مرتکب‌شدند ، چه‌در۱۹۱۹ درکامبریج دانشمندانگلیسی معروف«دوترفورد» ، اتمرا تجزیه کرد ویك ربع قرن پس از آن ، فقط یك واحد اسلحه که قدرت تجزیه شدن اتمرا دراختیار داشت متجاوز ازیکصد هزار انسان را خاکستر کردوبیشتراز این عده‌را برای‌همهٔ عمر ازشکل وقیافه انداخت وهمهٔ این کارها درظرف چند ثانیه اتفاق افتاد .

درجنگ‌بین‌الملل دوم‌مبلغ۱/۱۱۶/۹۹۱/۴۶۳/۰۳۴ دلارصرف‌کشتار یکدیگر کرده‌اند که باید برآن مبلغ ۲۳۰/۹۰۰/۰۰۰/۰۰۰ دلار خسارت که به املاك خصوصی وارد آمده نیز اضافه شود[1] وهم اکنون مخارجی که صرف تسلیحات میشود اگر واقعاً درمورد مبارزه با عقب ماندگی اقتصادی که اینهمه برای جهان امروز ضروری است بعمل آید فقر وفاقه وبدبختی ازجهان رخت برخواهد بست .

جنگ اول جهانی سی‌وسه کشور جهان را با جمعیت مجموع یکمیلیارد و پانصد میلیون نفر درشعاع خود قرار داد عدهٔ تلفات به‌ده میلیون‌نفر بالغ شد وبیست میلیون نفر زخمی ومعلول ومسموم شدند .

۱ـ جامعه شناسی ساموئل کنیك ص ۵۵۰

جنگ دوم جهانی هشتاد دوصدکلیه ساکنان روی زمین را درشعاع خودگرفت درارتش دولتهای وارد درجنگ مجموعاً یکصد وده میلیون نفر خدمت میکردند شصت میلیون نفرکشته ومعیوب شدند بهای جنگ معادل ۲۲۳ میلیارد لیره‌انگلیسی برای جهان تمام‌شد[۱] .

در دورانی که ما زندگی میکنیم بررسی‌های علمی نشان میدهد که نزدیك به دوسوم افراد بشردرگرسنگی دائم بسرمیبرند ونزدیك به دو میلیارد نفوس بشری وسیله‌ای دراختیار ندارند تااز چنگ این مصیبت رهائی یابند[۲] .

برتراندراسل مینویسد :

«ملتهائی که سرگرم جنگ سردند سالیانه سه هزار میلیون پوند (قریب ۶۶ هزار میلیون تومان) یا درهر دقیقه ۶۶ هزار پـوند (قریب یك‌میلیون وچهارصد وپنجاه ودوهزار تومان) درراه تدارك‌آدمکشی خرج میکنند .

ببینید این هزینهٔ گزاف تا چه‌حد میتواند سطح رفاه آدمیان را بالا ببرد . بیش ازنیمی از مردم جهان غذا به مقدار کفایت نمیخورند . نه بدانجهت که لازم است اینطور باشد بلکه بدانجهت‌که ملتهای ثروتمندترجیح میدهند به‌کشتن‌یکدیگر مشغول باشند تا به ملتهای فقیرتر یاری کنند که سطح زندگی خودرا ترفیع‌دهند. تا وقتی طرز فکر ما این باشد که امروز هست یگانه چیزی‌که مارا ترغیب میکند به ملتهای فقیر کمك‌کنیم امید جلب یاری آنان درجنگ سرداست . چرانباید ثروت ما صرف جلب یاری آنان برای تامین صلح شود؟»[۳] .

بحث پیرامون این مطالب به درازا خواهدکشید و مـارا از مطلب اصلی دور

۱ـ حاکمیت دولتها دکتر حسن ارسنجانی ص ۳۳۹

۲ـ ناهماهنگی‌رشداقتصادی واجتماعی دردنیای‌معاصردکتر عبدالرحیم‌احمدی ص ۱۲۵

۳ـ برتراندراسل ،آیا بشر آینده‌ای هم دارد ؟ ص ۲۴۲

خواهد کرد . گفته شد مکاتب حقوق جزا درعصر حاضر قصاص را مورد اعتراض شدید قرار داده اند وهمین گروه که مقابلهٔ به مثل را ظالمانه میدانند . وتا این اندازه دل رحیم هستند دیدیم که چه بروزگار بشر درآورده اند .

وآنچه درباره تربیت میگویند که باپیشرفت آموزش وپرورش مردم خود بخود از مقابلهٔ به مثل در مورد قتل وضرب وجرح نفرت پیدا خواهند کرد .

باید گفت اتفاقاً اسلام هم درعین تجویز قصاص عفو وبخشش را از جانب صاحبان خون وشاکیان تجویز نموده است .

فَمَنْ عُفِیَ لَهُ مِنْ اَخیه شَیْءٌ فَاتِّباعٌ بالمَعروفِ واَداءٌ اِلَیه باحسان
(بقره آیه ۱۳۶)

پس اگر افراد بآن درجه از اخلاق عالی برسند که عفو وگذشت واغماض را اختیار کنند وگرد مقابلهٔ به مثل وکینه وانتقام نگردند ، اسلام نیز بدانها کاری نخواهد داشت ولی فقط اسلام ابتدائاً ومنحصراً محبت وگذشت را تجویز نمیکند وآنرا دستور نمیدهد چه اینکار باواقع منافات دارد .

ترحم برپلنگ تیز دندان ستمکاری بود باگوسفندان

اینجا بایك مقایسه اجمالی میان اسلام ومسیحیت واقع بینی اسلام محرز میگردد آیات ۳۸ تا ۴۱ از باب ۵ انجیل متی میفرماید «شما شنیده اید که چشمی به چشمی و دندانی در مقابل دندانی ، لیکن من بشما میگویم باشریر مقاومت مکنید بلکه هر که برخساره راست تو تپانچه زند دیگری را نیز بسوی او بگردان واگر کسی خواهد باتو دعوا کند وقبای ترا بگیرد عبای خود را نیز بدو واگذار . وهرگاه کسی ترا برای یك میل مجبور سازد دو میل همراه او برو» .

صرفنظر ازاینکه این دستورالعمل تازگی نداشته ولائوتسو [1] وبودا [2] پنج

1- Lao Tzu
2- Boudha

یاشش قرن قبل ازمسیح آنرا بیان داشته اند وصرفنظر ازاینکه‌اساساً هیچ‌مسیحی‌یی بدان عمل‌نکرده و نمیکند چه با زندگی واقعی سازگار نیست . خود ملل مسیحی وبخصوص آباء کلیسا از بیرحم ترین وسفاکترین جنایتکاران تاریخ درنده تر بوده‌اند وبقول **جان‌استوارت‌میل** «این دستگاه اخلاقی ازلحاظ نکات بسیار مهمی ناقص ویك جانبه است واگر وضع تمدن اروپائی امروز بدتر از آنکه هست نیست به علت آنست‌که عقاید و افکار وتمایلاتیکه مورد قبول دستگاه اخلاقی عیسوی نبوده اند بتدریج درزندگانی اروپائیان نفوذکرده ودرآن‌موثر افتاده‌اند» [۱].

دراخلاق عیسوی جنبه فعالیت ومثبت بسیار کمتر از جنبهٔ فعل پذیری‌ومنفی است واساساً وظیفه فرد را از منافع همنوعانش جدا میداند ولذا به اخلاقیات جنبه خودخواهی داده‌است **استوارت‌میل** مینویسد« دراخلاقیات ملل پیش از دوران‌عیسی تکلیف نسبت بدولت گاه چنان اهمیت می‌یافت‌که مزاحم آزادی مشروع فرد میشد . امادر اخلاقیات عیسوی این میدان مهم تکلیف اصلا مورد توجه قرار نگرفته است مادر قرآن میخوانیم و نه درانجیل‌که «سلطانی‌که حاکمی بر رعایای خود میگماردکه ازاو بهتر در کشورش پیدا میشود نسبت‌به‌خداوندواجتماع هردو گناه کرده است»در اخلاقیات ما تصوراتی‌که دربارهٔ وظیفه نسبت باجتماع موجود است ریشه های یونانی ورومی دارد نه عیسوی» [۲] .

ویل‌دورانت مینویسد «عدهٔ‌کمی از ماشجاعت‌آنرا دارندکه آنچه بردل‌غالب ما میگذرد برزبان آورند وآن اینکه اخذ آئین مسیح بتمام وکمال‌عملی‌نیست،ممکن نیست‌که بزندگی خود به‌آنچه باید بخوری یابنوشی فکر نکنی مانمیتوانیم مانند مرغان هوازندگی‌کنیم‌تاچه‌رسد بزنبق های‌صحرائی ؛ بسیارمشکل است‌که‌همسایگان خودرا مثل خوددوست بداریم ومحال است بدشمنان خود مهربورزیم .

۱ـ آزادی‌فرد وقدرت دولت ص ۳۳۶

۲ـ آزادی فرد وقدرت دولت ص ۳۳۷

مقاومت نکردن درجهانی‌که مردم آن ساخته انتخاب طبیعی ومبارزه‌برای حیات میباشند دعوت به حمله وبرده سازی است ، قومی که دشمنان خود را دوست بدارد ازروی زمین محو میشود[۱] » .

اما اسلام دربرابر این دستور مسیح میگوید «سزای بدی ، بدی یی‌است مانند آن وهرکه ببخشد واصلاح وسازش کند پاداشش بعهده خداوند است» جَزاءُ سیِّئَةٍ سیِّئَةٌ مِثلُها وَ مَنْ عفی وَ اَصلَحَ فَاَجرُهُ عَلَی‌اللهِ (سوره شوری آیه ۳۹)

جامعه شناسی گفته است که همواره کشیشان وسپس بازرگانان ودردنبالهٔ آنها کشتی های‌جنگی درسواحل مستعمرات پیاده میشدند وظاهرمیکشتند آری‌این‌مؤمنین به مسیحیت وپیشاهنگان تسلیح اخلاقی درست‌بخلاف مهمترین اصل مسیحیت آنچه را برای خود می‌پسندند برای کشور های‌کم رشد وتوسعه روانمیدارند !

اینجا واقع بینی نظام‌حقوق اسلامی بخوبی نمایان میگردد چه درموردقصاص می‌گوید کیفری‌که بحکم قانون‌و بوسیلهٔ مجنیٌ علیه یا صاحبان‌قانونی وی‌علیه‌تبهکار بکار میرود ، باید نظیر جرمی باشدکه از طرف مجرم صورت‌گرفته یعنی جرم وکیفر شبیه یکدیگر باشند .

محتسب خم‌شکست ومن سراو　　سِنٌ بِالسن‌والجروح‌قصاص

۵ـ قلمروعلم ودین

سخن اصلی درمرزهای حقوق واخلاق بود ، گفته شدکه حقوق باید عهده‌دار تأمین ودفاع اجتماعی باشد ، ولی دایرهٔ علم‌محدود وناظر بیك جهت است وهرعلمی از چهار چوب وحصار ومرزخود اغلب پافراتر نمینهد .

وحال اینکه دیدگاه وجهان بینی اسلامی وسیع وگسترده وهمه جانبه است . اینجا کلیهٔ علوم بشری درقلمروآنست .

درعین حال هیچکدام ازعلوم بنابه تخصص محدود خود نمیتوانند باقاطعیت دربارهٔ دین اظهار نظرکنند زیراکه درعلوم هرمسئله‌ای جدا ومنفك ومجرد ازمسائل

۱ـ لذات فلسفه ویل‌دورانت ص ۴۴۷

دیگر مورد بررسی قرار میگیرد مثلامتخصص درعلوم طبیعی نمیتواند مسائل جهانی را بااتکاء بهزمینهٔ دانش خود کاملا حل‌وفصل کند ویامتخصص درعلوم روانی و پسیکولوژی نمیتواند بااستفاده از معلومات خود دربارهٔ مشکلات سیاسی و اقتصادی جهان نظر دهد وفی‌المثل طرحی ارائه دهدکه دولتها وحکومتها تأسیساتشان مبتنی بر اصول روانی باشد ویا دانشمند دیگری‌که همه چیزرا ازدیدگاه امور جنسی‌مینگرد[1] حق ندارد همهٔ مسائل راحتی موضوعی نظیر پرستش خدا را نیز ازدریچهٔ امور جنسی حل کند.

البته دین راهی راطی میکند همانگونه‌که علم مسیری را می‌پیماید ولی این دومسیر درکنار هم ودرعرض یکدیگر قرار گرفته‌اند وگاهی ازپیشرفتهای یکدیگر برای توسعه وگسترش خود استفاده مینمایند.

بقول اسپنسر «پس ارباب ادیان ازاین ادعا دست باید بردارند که ازبی‌نشان نشان بدهند وخدا را مانند یکی از افراد بشر معرفی کنند (غرض عیسویانند) که توانائی بسیار وهوی وهوس فراوان دارد، مهر میورزد وکینه میجوید و همواره بانتظار نشسته است‌که هدیه وتعارف باوبدهند ... ونیز باید ازاموری‌که حس وعقل وادراك انسان براو تعلق میگیرد صرف نظر کنند وباهل علم بگذارند تااز راههای علمی بآن رسند از آن‌طرف اهل علم هم‌باید بدانندکه جز برامور نسبی و عوارض دسترسی ندارند واز آنچه قابل ادراك نیست دست بدارند ومنکرهم نباید بشوند»[2]

باری‌همیشه بایددانست‌که ارزش علم ناظر بیك جهت‌است ممکن است موضوعی از نظر یك پزشك هیچگونه ضرری نداشته باشد ویا شاید دست کم دربرخی موارد برای آن محاسنی‌هم قائل‌باشد، درصورتیکه ازنظر یك‌جامعه شناس ویا عالم اقتصاد قضیه برعکس باشد وآنرا مضر بداند مانند حرمت استعمال ظروف طلاونقره درشرع

۱ـ زیگموند فروید حکیم اتریشی (۱۹۳۸ ـ ۱۸۵۶)

۲ـ سیر حکمت دراروپا جلدسوم ص ۱۰۴

اسلام ، که از نظر یك پزشك نه تنها هیچگونه زیانی ندارد بلکه باید گفت ممکن است از نظر بهداشتی آنرا مفید هم تشخیص دهد چه این دو فلز کمتر از فلزات دیگر میل ترکیبی باغذاهای مختلف دارند و یا پوشیدن ابریشم وطلا برای مرد درشرع اسلام حرام است وحال آنکه از نظر بهداشتی ابداً ضرری ندارد .

بنابراین پزشك نمیتواند بیدرنگ حکم بدهد که حرمت اینها واهی و بدون دلیل است . درحالی که می بینیم همین امور از نظر یك عالم اقتصاد وجامعه شناس بسیار جالب توجه میباشند ، چه شارع اسلامی در تحریم آنها شاید جنبهٔ اقتصادی را منظور کرده باشد که مسلمانان از تجمل بپرهیزند چه زیانهای اشیاء لوکس وغیر ضروری بویژه برای کشور هائی که نیاز به سرمایه گذاری در راه تولید مصنوعات داخلی دارند بی تردید است .

سیاست بازرگانی برای کشورهای کم رشد و توسعه نیافته اینست که واردات کالاهای مصرفی و تزئینی وتجملی را هرچه میتوانند تقلیل دهند و محدود کنند بطوریکه ذخیرهٔ ارزداشته باشند برای کالاهای تجهیزاتی که باید خریداری شود تادیگر نیازی بکمك خارجی اعم ازقرضه وهدیه باسرمایه گذاری خصوصی آنان نداشته باشند و خودشان بتوانند روی پای خود بایستند .

دکتر عبدالرحیم احمدی مینویسد «خرید محصول مصرفی خارجی مساوی است با برداشتن ازدرآمد عامه ، یعنی بکارگرفتن نیروی کار ومنابع داخلی بسود اقتصاد مسلط خارجی . اگر سهم اعظم واردات ، محصولات مصرفی باشد ووسائل تولید را دربر نگیرد ، این برداشت بلاانتهاخواهد بود ، پس منطق رشد اقتصادی ایجاب میکند که واردات مصرفی بسود واردات وسائل تولید کاهش یابد»[1]

ملاحظه میشود این مطلب درمورد محصولات مصرفی بود تاچه رسد به محصولات و واردات تجملی و تزئینی ! .

۱ـ ناهماهنگی رشد اقتصادی واجتماعی دردنیای معاصر ص ۱۸۹

نهرو میگوید «هرچه از خارجه میآید خیلی گرانتر از آنست که بوسیلهٔ دستهای هندی درست میشود گرچه قیمت این ده مقابل کالای خارجی باشد».

ازیاد آوری این مطالب غرض این بودکه حقوق اسلامی ناظر بهمهٔ شؤون و جوانب واطراف بوده وپیوستگی مطالب آن جبران بسیاری از توهمات و نتیجه‌گیریها غلط رامیکند.

حقوق اسلامی نظامی است بهم پیوسته وجامع الاطراف وچندبعدی که‌هیچکدام ازشعب آن‌بدون توجه بشعبه های دیگر نمیتواند به‌تنهائی ضامن نجات و رستگاری بشر باشد.

حقوق اسلامی نظامی‌همه جانبه وبهم‌پیوسته است هم اصالت فردی (فردگرا) هم اصالت اجتماعی (جمع‌گرا) است هم بخانواده وهم به محیط هم باقتصاد وهم به اخلاق عالیه اهمیت میدهد اگر حقوقدانی بدون درنظر گرفتن اینکه قانون اسلامی ناگریز باید درمحیط اسلامی عمل شود این نظام‌را بررسی نماید دست به‌بعضی اظهار نظرهای نسنجیده وغیر علمی خواهد زد. که ازعدم مطالعه ودقت کافی وی در اینکه کلیهٔ قوانین اسلامی برروی هم اثر میگذارند ناشی میگردد. ومانند آن‌می‌ماندکه کسی بانگریستن عصادر آب آنرا شکسته ببیند ولی زحمت آنرا بخود ندهد تا از حس دیگری بنام‌لامسه مددگیرد وببیند آنچه که شکسته می نماید بحقیقت شکسته نیست، بلکه این خطای باصره است چه هواچگالی کمتری ازآب دارد و لذااشعه درهواکمتر منکسر میگردد تادرآب، وچون آب‌چگالی بیشتری دارد لذا اشعه در آن بیشتر انکسار پیدا می‌کند، این مثل برای‌آنست‌که بدانیم‌که بایك دید ویك‌بعد به‌مسائل اجتماعی نگاه کردن‌تاچه اندازه ناروا وغیر علمی است هرچندکه آن‌عوامل که بدان نمی‌نگریم وارزش نمی‌نهیم ازنظرما عاملی غیر تعیین‌کننده باشد، واین در مورد همهٔ مسائل کاملا منطبق است ومورد استعمال دارد.

پایان

منابع:

آ

آئین دادرسی کیفری ، دکتر محمدعلی هدایتی ۴۵۳

آئین دادرسی مدنی ، دکتر احمدمتین دفتری ۲۸-۴۶۰

آئین دادرسی مدنی (مجموعهٔ قانون) ۲۷-۲۹-۵۲-۲۷۰-۲۷۶-۲۸۱ ۲۹۳-۳۱۴

آزادی فردوقدرت‌دولت ، دکترمحمود صناعی ۶۷-۱۵۱-۱۷۸-۲۵۰- ۲۵۶-۳۲۲-۳۳۵-۳۷۵-۳۸۲- ۳۹۶-۴۶۷-۴۸۸

آزادی هند ، مهندس بازرگان ۱۳۸

آیا بشر آینده‌ای‌هم‌دارد ؟ برتراندراسل ترجمه م . منصور ۲۰۷-۴۶۴- ۴۸۶

الف

اخلاق‌ناصری ، خواجه نصیرالدین‌طوسی ۳-۱۰۲-۱۰۳

ارث‌درحقوق مدنی‌ایران ، دکتر موسی عمید ۳۴۴

ارزش زن ، خانم‌دکتر قدسیه حجازی ۴۰۳

ارزیابی حقوق اسلام ، حسین نجومیان ۷۶

اساسنامهٔ‌دیوان‌داوری بین‌المللی‌لاهه ۱۱۰

استبصار ، شیخ‌طوسی ۲۱۰

اسفار ، ملاصدرا ۷۰

اسلام،ومیثیك‌سوردل ترجمهٔ‌دکتردولتشاهی ۲۲۱-

اسلام شناسی ، دکتر علی شریعتی ۴۴ ۱۹۴-۱۹۵-۲۳۵-۴۱۷

اسلام و مالکیت ، سید محمود طالقانی ۳۶۹-۳۷۰-۳۸۰

اصول‌الاستنباط ، سیدعلی‌نقی‌حیدری ۷۱

اصول روانشناسی ، نرمان ، ل ، مان ترجمه دکتر محمود صناعی ۳۸ - ۳۱۰-۳۱۱

اصول فقه ، محمد رشاد ۲۱۸-۲۴۲- ۲۷۳

اصول‌کافی ، محمدبن یعقوب‌کلینی ۴۳- ۱۰۷

اعترافات ، ژان‌ژاك‌روسو ۱۷۱

اعلامیه‌حقوق بشر ۱۵۰

الروضة‌البهیه فی‌شرح اللمعة‌الدمشقیه زین‌الدین‌بن نورالدین عاملی معروت‌بشهیدثانی۲۲۳-۳۵۴-۳۶۵

الغدیر ، علامه عبدالحسین امینی ۲۱۳

المدینة الفاضلة ، فارابی ۳
المعتبر محقق حلی ۲۴۲
امیدهای نودرزندگی متغیر برتراندراسل
ترجمه دکتر شایگان ۱۰۰ ـ ۱۲۶
۲۰۷-۳۳۶-۳۳۹
امیل ، ژان ژاک روسو ۱۷۱
انجیل ۴۰-۴۱-۴۸۷
انسان موجود ناشناخته ، دکتر الکسیس
کارل ترجمه دکتر پرویز دبیری
۴۶۹-۴۷۰-۴۷۶

ب

بحارالانوار مجلسی ۱۸۰-۲۴۰-۲۵۷
بحثی درباره مرجعیت و روحانیت بقلم جمعی
از نویسندگان ۷۴ ـ ۷۵ ـ ۷۶ ـ
۱۰۶-۱۰۸-۲۲۲-۴۱۱
بردگی ، موریس لانژله ترجمه فضل الهی
۳۰۸
بررسی جرائم زن در ایران ، خانم دکتر
قدسیهٔ حجازی ۴۰۳
برهان قرآن ، صدرالدین بلاغی ۱۸۲ ـ
۳۸۰
بطلان قاعده استصحاب ، دکتر موسی
جوان ۱۸۷-۱۸۸-۲۲۳-۲۲۸
۲۳۲-۲۴۶-۲۸۴-۲۸۸

ت

تاریخ ، آلبرماله ترجمه حسین
فرهودی ۳۸۰
تاریخ تحولات اجتماعی ، مرتضی
راوندی ۳۹-۱۰۹
تاریخ علم کلام ، شبلی نعمانی ترجمهٔ
فخرداعی ۴۲
تاریخ فلسفه غرب ، برتراندراسل
ترجمه نجف دریابندری ۱۸
تئوری اقتصادی و کشورهای کم رشد ،
گونار میردال ترجمه غلامرضا
سیعدی ۲۰۷-۲۵۵-۳۳۸
تئوری کلی فلسفه حقوق ، کلود دو
پاکیه ترجمه دکتر علی محمد
طباطبائی ۶
ترمینولوژی حقوق ، دکتر جعفری
لنگرودی ۶۴-۷۱-۱۸۲-۲۰۹
۲۱۵-۲۳۰-۲۶۴-۲۶۹-۲۷۱-
۳۰۰-۳۰۱-۳۰۶-۳۱۱-۳۱۲-
۳۱۴-۳۱۶
تفسیر ابن کثیر ۳۹۶
تفسیر المیزان ، علامه محمد حسین
طباطبائی ۱۷۶-۲۴۱-۳۷۰-
۳۸۰
تفسیر نوین ، محمد تقی شریعتی
مزینانی ۲۴۰
تفصیل آیات القرآن ، ژول لابوم
۹۴
تقریرات ، میرزای نائینی ۸۴-۲۸۵
-۴۳۴
تقریرات اصول ، محمود شهابی ۷۱-
۲۱۳-۲۳۷-۲۳۹
تقوی «مه نون» ، افلاتون ترجمه دکتر
کاویانی و دکتر لطفی ۷
تمدن اسلام و عرب ، گوستاولوبون

ترجمه فخر داعی ۹۷
تورات ۳۸۸-۳۸۵
توضیح المسائل ، حاج آقا حسین طبا طبائی بروجردی ۴۲۶
توضیح و بررسی مصاحبهٔ برتراندراسل وایت، محمد تقی جعفری تبریزی ۱۳-۲۲-۲۳-۱۱۷-۱۷۲
تهذیب ، شیخ طوسی ۲۱۰

ج

جامع عباسی ، شیخ بهاءالدین محمد عاملی ۴۲۵-۴۲۶
جامعه شناسی، دکتر یحیی مهدوی ۱۹۴
جامعه شناسی، ساموئل کنیگ ترجمه مشفق همدانی ۴۸۶
جمهور افلاطون. ترجمهٔ فؤاد روحانی ۳-۳۴۸
جنگ اصفهان ۲۰۱
جهانی بین ترس و امید، تیبور مند ترجمهٔ خلیل ملکی ۹۱-۱۱۱-۱۳۲
جهانی که من می‌شناسم، برتراندراسل ترجمهٔ روح‌الله عباسی ۲۴

چ

چرا مسیحی نیستم؟ برتراندراسل ترجمهٔ روح‌الله عباسی ۳۱-۴۱-۳۶۴-۳۹۵-۴۰۳
چگونه جاه طلبی یونان را ازمیان برد؟ توسیدید ۳۵۰

ح

حاکمیت دولتها، دکتر حسن ارسنجانی ۴۸۶
حقوق اساسی، دکتر قاسم‌زاده ۲۴۸-۲۴۹
حقوق بین‌الملل خصوصی ، دکتر محمد نصیری ۳۸۵
حقوق جزای عمومی، دکتر محمد معتضد باهری ۴۷-۴۲۳-۴۶۸
حقوق جنائی دکتر عبدالحسین علی آبادی ۴۵۳
حقوق دراسلام، مجید خدوری، لیبسنی ترجمه زین‌العابدین رهنما ۱۶۶-۱۷۵-۳۳۹
حقوق زن دراسلام و اروپا، دکتر حسن صدر ۳۸۶-۳۸۸
حقوق مدنی، دکتر سید حسن امامی ۳۵۶-۴۵۳
حقوق مدنی، مصطفی عدل ۳۵۶
حقوق مدنی ایران ، دکتر سید علی شایگان ۶۴-۳۵۴
حقوق وحدود زن دراسلام ۴۰۱
حقوق یك عنصری ، دکتر جعفری لنگرودی ۲۹۱

خ

خداپرستی وافکار روز، مهندس مهدی بازرگان ۱۷۱
خصال ، شیخ صدوق ۲۸۷

د

دانشمندان نامی اسلام، خیری ۳۶
دانشنامهٔ حقوقی ، دکترجعفری لنگرودی ۷۱
درآزادی، استوارت میل ترجمه‌دکتر صناعی ۱۳۹-۱۶۱-۲۴۸
درسهائی ازمکتب اسلام(مجله) ۱۶۹
در نقد وادب ، دکترمندور ترجمه دکترشریعتی ۱۵۴-۱۵۶-۱۷۶
دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی ، دکتر ناصرکاتوزیان ۶۳-۳۲۵-۴۴۳ ۴۵۳
دولةالقرآن، طه عبدالباقی‌سرور ۱۷۱

ذ

ذخیره‌المعاد ، شیخ زین‌العابدین مازندرانی ۴۲۶

ر

رازکرشمه‌ها، دکتر صاحب الزمانی ۴۸۰
راه ورسم زندگی، دکترالکسیس کارل ترجمه دکتر پرویزدبیری ۴۶۹
رحمةالامه فی‌اختلاف‌الائمة محمد بن عبدالرحمن دمشقی ۴۲-۴۳
رسالة فی‌السیاسیه،شیخ‌الرئیس ابوعلی سینا ۳
روح‌القوانین، مونتسکیو ترجمه مهتدی ۲۷-۹۸-۳۴۵-۳۸۰
روح‌زن،ویرجینیالومبروزوترجمه‌پری حسام شهرئیس ۴۰۳
روزنامه اطلاعات ۳۹۴ -۴۷۸-۴۷۹
روزنامه کیهان ۳۹۴-۴۰۰
روشهای تحقیق درعلوم‌اجتماعی،ترجمه دکترخسرومهندسی ۳۷
روضهٔ‌کافی ۳۷۷

ز

زبده‌الاصول،شیخ‌بهاءالدین‌محمدعاملی ۳۰۱
زمینهٔ جامعه شناسی، آگ‌برن‌ونیم‌کف ترجمهٔ دکترآریان پور ۲۱-۹۳-۱۳۴ - ۱۹۹-۳۰۹- ۴۱۲
زناشوئی واخلاق، برتراندراسل ۳۹۹-۴۰۰
زن درحقوق ساسانی ، دکترصاحب الزمانی ۴۰۳

س

سرود جهشها، محمد رضاحکیمی ۳۷۶-۴۱۷
سلمان پاك ، لوئی ماسینیون ترجمه دکترشریعتی ۴۴-۱۹۲-۲۲۰
سوسیالیسم، ژرژبورژن‌وپیرریمیر ترجمهٔ مصلحی ۹۱-۲۵۱
سیاست ، ارسطو ۳
سیرحکمت دراروپا ، محمد علی‌فروغی ۴۰-۶۶-۸۷-۹۴-۱۰۴-۱۴۷ ۱۴۸-۲۵۴-۲۵۹-۲۶۱-۳۱۶ ۳۳۶-۳۵۲-۳۵۸-۳۶۲-۳۷۲

۴۶۳-۴۸۱-۴۸۴-۴۹۰
سیر روابط وحقوق بین‌الملل دکتر احمد متین دفتری ۱۴۸

ش

شبکه تحریم جنسی، دکتر صاحب‌الزمانی ۴۰۳
شجاعت «لاخس» افلاطون ترجمه دکتر کاویانی ودکتر لطفی ۲۵۰
شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، نجم‌الدین ابوالقاسم معروف به محقق اول ۲۴۲-۳۵۴
شرح اشارات ۷۰
شرح لمعه، شهید ثانی ۲۲۳-۳۵۴-۳۶۵-۴۵۳

ص

صراط النجاه ، شیخ مرتضی انصاری ۴۲۵
صوت العدالة الانسانیه، جرج جرداق ۴۳

ط

طلاق وتجدد ، هادی مهدوی ۳۹۴

ع

عذر تقصیر به پیشگاه محمد وقرآن، جان دیون پورت ترجمه سید غلامرضا سعیدی ۱۷۷
علل ترقی وتنزل رومیان، مونتسکیو ۴
علم به کجا میرود؟ ماکس پلانك ترجمهٔ احمد آرام ۱۱-۱۵-۱۶-۱۷
علم ودین، مارسل کاشن ۳۹

غ

غربزدگی ، جلال آل احمد ۴۳۱

ف

فرائدالاصول، شیخ مرتضی انصاری ۸۴-۲۸۵
فروع کافی ۱۲۵
فصول، شیخ محمدحسین بن میرزا عبدالرحیم ۲۶۳
فلسفه نظری: اگوستین، اکوپناس، اسپینوزا پاسکال ۵

ق

قانون اساسی ایران ۱۵۰-۲۴۹-۳۴۳
قانون تجارت فرانسه ۳۸۹
قانون مدنی آلمان ۳۸۶-۴۵۰
قانون مدنی اسپانیا ۳۸۶
قانون مدنی پرتغال ۳۸۶
قانون مدنی سویت ۳۸۶
قانون مدنی سویس ۳۲۳-۳۸۶
قانون مدنی فرانسه (کدناپلئون) ۲۹-۳۲-۳۱۴-۳۲۳-۳۳۷-۴۳۹-۴۴۰-۴۴۷-۴۵۰
قانون هامورابی ۳۸۵
قانون مدنی ایتالیا ۳۸۶
قانون مدنی ایران ۵۴-۶۲-۶۳-۱۱۶-۱۴۳-۱۴۶-۱۴۷-۱۸۲-۲۱۴-۲۶۴-۲۶۵-۲۶۶-۱۶۷

-۲۸۳-۲۸۴-۳۰۳-۳۱۵-۳۵۴
-۳۵۵-۳۵۶-۳۹۰-۴۱۸-۴۳۰
۴۵۱-۴۵۲-۴۵۳-۴۶۰
قرآن مجید ۴۴-۴۵-۶۴-۹۷-۹۸-۸۹
-۱۱۵-۱۱۶-۱۱۷-۱۴۳-۱۴۴
۱۴۹-۱۷۵-۱۷۶-۱۸۱-۱۸۳
۱۸۴-۱۸۶-۱۸۷-۱۸۸-۱۸۹
-۱۹۰-۱۹۱-۱۹۶-۱۹۷-۲۱۲
-۲۱۵-۲۱۶-۲۲۳-۲۲۷-۲۳۲
-۲۳۴-۲۳۷-۲۳۸-۲۴۱-۲۴۸
۲۴۹-۲۵۸-۲۶۴-۲۷۲-۲۷۳
۲۷۴-۳۰۳-۳۳۹-۳۴۲-۳۴۶
۳۵۲-۳۶۵-۳۶۶-۳۶۷-۳۶۹
۳۷۰-۲۷۷-۳۸۳-۳۹۰-۳۹۲
۴۲۷-۴۸۳-۴۸۷-۴۸۹
قرارداد اجتماعی، ژان ژاک روسو ترجمهٔ
غلامحسین زیرک زاده ۱۷۱-۱۷۲
قواعد فقه، محمود شهابی
۷۱-۸۴-۱۹۱-۲۸۰
قوانین الاصول، میرزای قمی ۸۴-۱۸۷

ک

کاردر اسلام، مهندس مهدی بازرگان ۸۹
کافی، محمد بن یعقوب کلینی ۲۱۰
کتاب روح بشر، دکتر صاحب الزمانی
۴۷۹
کفایة الاصول، آخوند ملا محمد کاظم
خراسانی ۶۱-۲۹۲
کلبهٔ عموتم، هریت بیچراستو ترجمهٔ
منیر جرنی (مهران) ۳۸۰
کلیات حقوق، دکتر ناصر کاتوزیان
کلیات حقوق اسلامی، محمد بروجردی
عبده ۷۱
کلیات حقوق تطبیقی، دکتر حسن افشار
۳۰۷-۳۶۱-۳۸۶-۴۲۷-۴۵۰
۴۵۳
کلیه ودمنه، به تصحیح مجتبی مینوی ۸۱
کیهان هفته ۴۳۲

گ

گفتار درروش درست راه بردن عقل،
دکارت ترجمهٔ محمدعلی فروغی
۴۹-۷۴-۸۳
گفتار عاشورا، بقلم جمعی از دانشمندان ۱۰۷

ل

لذات فلسفهٔ، ویل دورانت ترجمه دکتر
عباس زریاب خوئی ۱۲-۱۹-۲۴-
۳۹۸-۳۶۴-۴۸۹
۲۰۶-۲۰۸-۳۷۲-۳۸۰-۳۹۷-
لویاتان، تامس هابز ۳-۱۷۷

م

مبانی حقوق (۴ جلد) دکتر موسی جوان
۱۸-۲۹-۳۴-۷۱-۹۹-۱۴۲-
۱۵۳-۱۵۴-۱۵۶-۱۵۸-۲۳۲
۲۶۲-۲۶۳-۳۱۸-۳۳۵-۳۴۱
۳۴۲-۴۵۳
مبانی حقوق اسلامی مختلف الاصول،
محمد بروجردی عبده
مبانی فلسفه، دکتر علی اکبر سیاسی
۳۷-۴۷-۲۶۰-۳۱۱-۳۱۲
متعه وآثار حقوقی واجتماعی آن،
دکتر محسن شفائی ۳۸۶-۴۰۰
مثنوی معنوی، جلال الدین محمد بلخی

مولوی ۲۵۸-۳۴۸
مجلهٔ جهان نو ۶۹
مجلهٔزن روز ۳۲۷-۳۲۸
مجلهٔکانون وکلا ۲۹۹
مدارج‌الاصول ، محقق‌حلی ۲۴۲
مذهب دراوپا ، مهندس‌بازرگان ۴۲۹
مرزمیان‌دین وامور اجتماعی ،مهندس بازرگان ۹۴-۹۵
مستدرك‌الوسائل ، میرزاحسین‌نوری ۲۵۷
مشکوة‌المصابیح ۴۱۴
مطالعات نظری‌وعملی درحقوق جزا ، پرفسور گاروترجمه دکترنقابت ۴۵۳
معالم‌الاصول ، ابومنصور جمال‌الدین حسن‌بن زین‌الدین ۲۳۹
مقالات‌الغریه ، میرزا صادق تبریزی ۲۲۸-۲۳۲-۲۴۶-۳۴۲
مقدمه‌ئی براصول اخلاق وقانونگزاری، جرمی بنتام ۱۳۷
مقدمهٔابن خلدون ترجمهٔ محمدپروین گنابادی ۲۳۵
مقدمهٔ حقوق‌تطبیقی ، دکترحسن‌افشار ۲۰-۱۰۶ - ۱۲۱-۱۲۲-۱۲۳ ۱۴۰-۱۴۱-۱۴۸- ۱۴۹-۱۵۳ ۴۵۰
مقدمهٔ عمومی علم حقوق،دکترجعفری لنگرودی ۳۴-۷۱-۲۴۹-۲۶۷ ۲۶۹-۲۸۱-۲۸۲-۳۰۲-۴۱۶
مکاسب ۳۵۴
مکتب اسلام (مجله ماهانه) ۳۹۵
ملاك اصول‌استنباط ، دکترمحسن‌شفائی ۷۱-۲۹۲
منظومه ، حاج‌ملاهادی‌سبزواری ۷۰
من‌لایحضره‌الفقیه ۲۱۰
منهج‌الرشاد ،شیخ‌جعفرشوشتری ۴۲۶

ن

نامه های‌ایرانی ، مونتسکیو ۴
ناهماهنگی رشد اقتصادی‌واجتماعی در دنیای معاصر ، دکتر عبدالرحیم احمدی ۹۱-۱۰۲-۴۸۶-۴۹۱
نژاد پرستی وفرهنگ،امه‌سزر ترجمه دکترمنوچهر هزارخانی ۵۹
نقدعقل‌دیالکتیکی، ژان‌پل‌سارتر ۱۳۴
نوامیس افلاطون ۳
نهج‌البلاغه علی علیه‌السلام،فیض‌الاسلام ۱۸۶-۲۳۵-۳۷۷-۳۷۸
نیایش،دکترالکسیس کارل‌ترجمهٔدکتر علی‌شریعتی ۴۶۹-۴۷۶

و

وافی ۳۰۰
وسائل‌الشیعه ، شیخ‌محمدبن حسن‌حر-عاملی ۲۵۷

ه

هبه ووصیت‌درحقوق مدنی‌ایران،دکتر موسی عمید ۶۲

ی

یأس‌فلسفی ، دکترمصطفی‌رحیمی ۱۳۵
یونانیان و بربرها ، امیر مهدی بدیع ترجمهٔ احمدآرام ۳۶-۱۴۸

غلطنامه

صفحه	سطر	نادرست	درست
۳	۱٤	۱۹۶۷	۱۶۷۹
۵	۲۱	پرسش	پاسخ
۷	۱۳	تغیر	تغییر
۱۴	۱۰	خواستههان	خواستههای
۱۹	پاورقی	لذت فلسله و یك	لذات فلسفه ویل
۴۰	۱۸	نقش	نص
۴۰	۱۹	Philoiobhie soqhtipve	Philosophie sophestique
٤۲	۱۸	رسوالله	رسول‌الله
۷۳	۶	غورسیها	غور رسیها
۸۹	۱۳	بصورتهارتهای	بصورتهای
۹۸	۲۴	۱۸۷۳	۱۷۸۳
۱۰۵	۷	بوده	باشد
۱۰۷	۹	استفهاده	استفاده
۱۰۸	۳	توجی	توجهی
۱۰۸	۱۲	که	یعنی
۱۰۹	۹	متماوی	متمادی
۱۳۱	۵	قدوت	قدرت
۱۳۱	۹	این کشور	این دو کشور
۱۳۹	۱۷	پالمان	پارلمان
۱۴۰	۵	زمال	زمان

صفحه	سطر	نادرست	درست
۱۴۲	۱۰	متأسفاله	متأسفانه
۱۹۲	۱۵	به عمل حقیقت و	به عمل و حقیقت
۲۰۲	۱۸	میدهد ،	میدهند
۲۱۰	۹	یمقوب	یعقوب
۲۱۱	۱۸	مسمانان	مسلمانان
۲۲۱	۴	معلم	معلوم
۲۳۰	۲۳	لمحول	لمحمول
۲۳۱	۱۹	ماهیئت	ماهیت
۲۵۷	۱٤	قد	قدر
۲۷۴	۱۳	وروده	وردوه
۳۱۳	۱۰	عباتست	عبارتست
۳۷۰	۱۵	قطی	قطعی
۳۷۱	۱۰	و پایان به	تا پایان
۳۸۶	۱۸	واگزار	واگذار
۳۸۹	۹	وارد	زائد است
۴۳۷	۱	واقیغتها	واقعیتها
۴٤۸	۱۲	فضیلت	فعلیت
۴۴۹	۱۸و۱۹	قائده	قاعده
۴۵۲	۱۳	عصر	عنصر
۴۵۷	۴	و در	، در
۴۷۲	۱۰	و چه	، چه

Library of

Princeton University.

Princeton University Library
32101 076317393