







Princeton University Library



32101 076317393











Nujūmiyān, Husayn

# زمینه حقوق تطبیقی

Zamīneh-yi huqūq-i tatbīqī

در نظام های حقوقی : اسلام  
فرانس ، انگلیس ، روسیه

تألیف و تصنیف

حسین نجم میان

2471

42

399

مشخصات کتاب :

نام کتاب : زمینه حقوق تطبیقی

نویسنده : حسین نجومیان

ناشر مشهد : کتابفروشی جعفری سرای محمدیه تلفن ۵۲۰۰

محل چاپ : مشهد چاپخانه طوس

تعداد : یک هزار سیصد نسخه

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



# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

5-4-70  
1985

## پیشگفتار

این کتاب کوششی است برای ارائه طریقی در تجدید حیات علمی نظام حقوق اسلامی ، و سرآغازی است برای چنان راهی که ازین پس باید پیموده شود ، و نیز این بررسی در ارزشیابی روش تحقیق حقوقدانان و پیشنهادهای اصلاحی در باره سازمان علمی حقوق اسلامی است . در این کتاب کلیات و مبانی حقوق اسلامی بیا روش مطالعه تطبیقی با نظامهای « عرف و سابقه » حقوق انگلیس و « قانون نوشته » حقوق فرانسه و « سیاست اقتصادی » حقوق روسیه مورد تجزیه و تحلیل فنی قرار گرفته و فرق میان روش تحقیق و مطالعه حقوقی در کشورهای غربی با ما که در قرون وسطائی تاریخ غنوده ایم ، نشان داده شده ، در اطراف حوزه عمل و قلمرو حقوق بطور کلی نیز بحث گردیده ، مرزهای حقوق و اخلاق و دیگر علوم اجتماعی روشن شده ، و در این میان وظیفه حقوقدانان اسلامی را بویژه یادآوری کرده است تا از امکانات موجود در مکانیسم نظام حقوق اسلامی یعنی اجتهاد که رشد و توسعه حقوق را عهده دار است ، به مدد اعتبار منابع و قدرتهای سازنده عقل و اجماع و قیاس و استحسان و مصالح مرسله و همچنین عرف و عادت و اصول و قواعد کشدار فقه ، برای غنی تر ساختن این نظام حقوقی بهره برداری گردد .

در این تألیف در اطراف منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی ( امامیه و اهل سنت و جماعت ) به تفصیل بحث گردیده و طریق هضم و انعکاس پدیده های حقوقی

و اقتصادی عصر حاضر در تار و پود آن نشان داده شده است. در این نوشته مزایای تخصص و پیروی از دگرگونی‌های حقوقی که بجنبه‌های عملی بیش از منطق محض اهمیت میدهد، بیان گردیده، تا شاید در این رهگذر از آنچه بویژه در صدسال اخیر بر حقوق اسلامی رفته است انتقاد گردد و شیوه‌ای علمی و نو منطبق با نیازهای جامعه فراراه بنهد، درباره نسبی بودن حقوق و مفاهیم حقوقی که، حقیقتی انکار ناپذیر است نیز پایگاهی فلسفی از فیزیک کوانتومی ارائه شده است در عین حال کوشش شده تا مطالب انسان تحزیر شود که خوانندگان بیشتری بتوانند از آن استفاده کنند یعنی حتی المقدور از عبارات و اصطلاحات فنی و تخصصی اجتناب گردیده و همچنین برای آمادگی بیشتر اذهان، زمینه‌های جامعه شناسی و روانشناسی عمومی و اجتماعی و علم اقتصاد و فلسفه حقوق و احياناً گاهی مصرعی شعر را بعنوان چاشنی و مزید اطلاع آورده است تا خشکی و تکلف و سختی و تحجر و یکنواختی مباحث و مسائل و مصطلحات حقوقی را تعدیل کرده باشد و علاوه بدان لطف و نرمی و زیبایی بخشیده باشد تا بهتر دلنشین و بیشتر جایگزین و متبادر بذهن گردد، بویژه که این کتاب مخصوص طبقه خاصی نوشته نشده است ازین رویاری این چاشنی‌ها، خواسته است مباحث حقوقی را آراسته تر و قابل فهمتر کرده باشد، همچنین در برخی از فصلها، مطالب و مباحثی بعنوان معترضه (طرداً للباب) افزوده است، گویا اینکه بحث در پیرامون آنها، از مطلب اصلی و هدف اساسی خواننده را احياناً منحرف میکند، ولی نباید اذعان کرد که برخی از اینگونه انحرافات در تکامل موضوع اصلی نقش مؤثر و لازمی را ایفاء می کنند.

بدیهی است که چون مباحث این نوشته تقریباً، بلکه تحقیقاً بهم وابسته است خواننده پیش از اتمام، عجلولانه داوری نخواهد کرد، زیرا که هر اثری بویژه موضوعات علمی و تحقیقی، آنهم در زمینه‌های اجتماعی، هر اندازه هم که جامع و مانع باشد، باز در برابر حرکت تکاملی اندیشه‌های علمی و پدیده‌های اجتماعی ناقص است لذا صاحب نظران، نویسنده را از نظرات اصلاحی و تکمیلی بی بهره نخواهند



گذارد ، چرا که این کتاب هرگز و بهیچ وجه مانند هر کتاب دیگر نمی تواند حرف آخر باشد بلکه طرحی مقدماتی برای کارهای بعدی است .

حاصل اینکه ، آرمان نویسنده این بوده است که این کتاب مانند کشتی‌ئی سبکبار باشد تا در اقیانوسی ناپیدا کرانه از مطالعات و تحقیقات حقوقی - که سکون و ثبوت و جزم و قطع جزء ذاتش نباشد - شناور گردد ، و نه مانند زورقی که در لنگرگاهی راکد و حقیر ، اسیر و پای در بند است و یا که آنقدر آب و خاشاک بی‌ارز در آن ریخته باشند که از حرکت و پیشروی فروماند ، چه بقول ، فیلسوف بلخ ، جلال‌الدین محمد :

آب در کشتی هلاک کشتی است  
 آب در بیرون کشتی پستی است

تعصبات گوناگون و حساسیتهای بی‌جا علم را از تحرك و تحول باز میدارد و خاصیت دینامیک را از آن میگیرد ، وجود این تعصبات است که دانش گامی به پیش برنداشته و در زیر کولباری سنگین از پیش داوریهای ناقص و واهی و مفروضات ذهنی و خیالی از رفتن فرومیماند ، تا آنجا که ازرها ساختن و آزاد نمودن خویش عاجز میگردد و بقول شاعر عارف ، حافظ :

در چمن هر ورقی دفتر حالی دگر است  
 حیف باشد که ز حال همه غافل باشی

گر چه راهی است پراز بیم ز ما تا بردوست  
 رفتن آسان بود ار واقف منزل باشی

\* \* \*

سر انجام ، اگر این رساله بتواند رسالتی را که بعهد گرفته است ایفا کند و بآن تحقق بخشد ، یعنی حقوق اسلامی بتواند بامقتضیات اقتصادی و سیاسی زمان و شرایط مادی مشاهده و تجربه سازگار گردد که معنی تحقق و موجود شدن نیز همین است ، و یا در غیر اینصورت دست کم این کتاب زمینه‌ای باشد که آنان را که دارای صلاحیتی بیش هستند ، انگیزه‌ای گردد ؛ نویسنده باجر خود رسیده است .

حسین نجومیان

مهرماه ۱۳۴۸

## فصل یکم ۱-۲۴

### روش تبیین و شناخت مسائل اجتماعی

صفحه	عنوان
۳	۱- زمینه تاریخی
۴	۲- مکتب تاریخی و مکتب طبیعی حقوق
۶	۳- میدان بررسی
۱۱	۴- اصل علیت و اصل عدم حتمیت
۱۸	۵- بیان تاریخ

## فصل دوم ۲۵-۵۷

### نگرشی به مکانیسم حقوق در قرون جدید

۲۷	۱- مکتب انشاه حق و مکتب ادراک حق
۳۲	۲- نظریه نسبی بودن حقوق (ومفاهیم آن)
۳۳	۳- دوره کلاسیک و رمانتیک ادبی و حقوقی
۳۶	۴- نظریه نسبی بودن در علوم
۳۷	۵- دوره حکمت مدرسی ( اسکولاستیک ) و اخفتناق اندیشه
۴۱	۶- آزادی فکر در اسلام
۴۶	۷- رنسانس (تجدید حیات علمی و ادبی) یا نوزائی
۴۸	۸- قواعد چهارگانه دکارت
۵۰	۹- تکامل طرق اثبات در امور حقوقی و جزائی
۵۰	۱- دوره باستان
۵۰	۲- دوره مذهبی
۵۰	۳- دوره دلائل قانونی

- ۵۲ اعتبار دلائل در حقوق اسلامی  
 ۵۳ ۴- دوره دلائل معنوی یا ایمان قاضی  
 ۵۴ ۵- دوره دلائل علمی

## فصل سوم ۵۷-۸۵

### بحث و انتقاد پیرامون روش تحقیق حقوقدانان اسلامی

- ۵۹ ۱- زمینه تاریخی  
 ۶۳ ۲- اشاره ای به مبحث آزادی اراده از نظر حقوقی  
 ۶۵ ۳- اشاره ای به مبحث آزادی اراده از نظر فلسفی  
 ۶۷ ۴- پیوند و آمیختگی مطالب فقه و اصول با منطق و فلسفه ارسطو  
 ۶۸ ۵- هدف وسیله را توجیه می کند  
 ۷۱ ۶- کتب اصول فقه  
 ۷۲ ۷- انتقاد از کتب اصول فقه و روش تحقیق حقوقی

## فصل چهارم ۸۵-۱۱۸

### لزوم انعکاس مقتضیات زمان در فقه اسلامی

- ۸۷ ۱- مصلحت گرایی یا مکتب اصالت عمل در حقوق اسلامی  
 ۹۰ ۲- لزوم همبستگی در کار  
 ۹۱ ۳- تحقیقات اقتصادی و حقوقی در دنیای معاصر  
 ۹۲ ۴- مراحل سه گانه اگوست کنت  
 ۹۴ ۵- قرآن از دریچه فکری غربی  
 ۹۶ ۶- مکتب تفسیر تحت اللفظ  
 ۱۰۲ ۷- نظریه خواجه نصیر الدین طوسی درباره حقوق وضعی و طبیعی  
 ۱۰۵ ۸- شورای فقاها  
 ۱۰۷ ۹- روح زمان و مقتضیات عصر  
 ۱۰۸ ۱۰- جواب اشکال  
 ۱۱۰ ۱۱- جمله معترضه  
 ۱۱۱ ۱۲- اجتهاد و ورخداد ها  
 ۱۱۴ ۱۳- نظریه تکامل  
 ۱۱۵ ۱۴- همه چیز در تغییر ابدی است



## فصل پنجم ۱۱۹-۱۶۳

## همسنجی نظامهای حقوقی

## مبحث یکم

- ۱۲۱ مذهب یا سیاست اقتصادی !  
 ۱۲۱ ۱- منظور و ارزیابی عنوان  
 ۱۲۴ ۲- قلمرو و حقوق  
 ۱۲۸ ۳- افکار و آراء مارکس  
 ۱۲۹ ۴- نظامهای تاریخی  
 ۱۳۲ ۵- کیفیت بستگی طبقه به تولید جامعه

## مبحث دوم

- ۱۳۶ حقوق عرف و سابقه  
 ۱۳۶ ۱- مقدمه و قلمرو جغرافیایی  
 ۱۳۸ ۲- زمینه تاریخی  
 ۱۴۱ ۳- اعتبار عقل در حقوق انگلیس و نیرنگهای قانونی  
 ۱۴۳ ۴- نیرنگهای قانونی در حقوق اسلامی  
 ۱۴۷ ۵- محتوی عقل در «کمان لو»، یعنی حقوق عرف و سابقه  
 ۱۴۹ ۶- اعتبار عقل در دادگاههای انگلیس

## مبحث سوم

- ۱۵۲ قانون نوشته  
 ۱۵۲ ۱- زمینه و مقدمه  
 ۱۵۳ ۲- قدرت قانون  
 ۱۵۴ ۳- حقوق علم است یا فن ؟  
 ۱۵۷ ۴- معنی عرف در نظام حقوقی «قانون نوشته»

## فصل ششم ۱۶۳ - ۳۳۰

## منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی

- ۱۶۵ ۱- مقدمه  
 ۱۶۶ ۲- داوری دودانشمند و حقوقدان امریکائی  
 ۱۶۹ ۳- حقوق اسلام در کنگره بین المللی حقوق تطبیقی  
 ۱۷۰ ۴- هفته فقه اسلامی



۱۷۱	۵- سخنی از بزرگوار شاد
۱۷۱	۶- گفتاری از روسو و راسل
	مبحث یکم
	کتاب
۱۷۵	۱- آیات حقوقی
۱۷۵	۲- گفتاری چند از بزرگان درباره قرآن
۱۷۶	۳- پایگاه قرآن در قوای سه گانه
۱۷۷	۴- محکومات و مشابهات در قرآن
۱۸۲	۵- در حجیت قرآن
۱۸۴	۶- نقش سنت در برابر قرآن
۱۸۸	۷- اختلاف درجه فهم آیات قرآن
۱۹۲	۸- چگونه کلمات تغییر معنی می یابند؟
۱۹۴	
	مبحث دوم
	سنت
۱۹۹	۱- سنت از نظر لغوی و جامعه شناسی
۱۹۹	۲- ویژگیهای سنت از لحاظ جامعه شناسی
۲۰۰	۳- عقیده
۲۰۲	۴- عقیده عمومی
۲۰۳	خصائص عقیده عمومی
۲۰۳	۵- نقش سنت ها در تحولات اجتماعی
۲۰۴	۶- جنبه های دوگانه سنت های اجتماعی
۲۰۴	۷- سنت در حقوق اسلامی
۲۰۸	۷- علت وجودی سنت
۲۰۹	۹- انواع سنت در حقوق اسلامی
۲۱۳	۱- تعریف خبر متواتر
۲۱۳	خبر متواتر خود بر دو قسم است : ۱- متواتر لفظی ۲- متواتر معنوی
۲۱۳	۱۰- شرایط اعتبار خبر متواتر
۲۱۴	اول : شرایط مربوط به مخبرین
۲۱۴	دوم : شرایط مربوط به مستمعین
۲۱۴	۲- خبر غیر متواتر
۲۱۵	۱۱- شرایط اعتبار خبر واحد
۲۱۷	۱۲- جرح و تعدیل و تزکیه
۲۱۸	

- ۲۱۸ ۱۳- نقل به معنی  
 ۲۱۹ ۱۴- مرسل و مسند  
 ۲۱۹ ۱۵- انواع خبر واحد  
 ۲۱۹ ۱۶- بحثی پیرامون روش اخذ گواهی در مورد حدیث  
 ۲۲۱ ۱۷، تقسیمی دیگر از احادیث  
 ۲۲۴ ۱۸- حقیقت و مجاز  
 ۲۲۴ ۱- علاقه مشابیهت  
 ۲۲۴ ۲- علاقه حال و محل  
 ۲۲۴ ۳- علاقه جزء و کل  
 ۲۲۶ ۱۹- حقیقت شرعیه (ماهیت قانونی)  
 ۲۳۰ ۲۰- تصرف شارع در احکام عرفی
- مبحث سوم**
- اجماع
- ۲۳۴ ۱- مقدمه و اصل شوری  
 ۲۳۴ ۲- تعریف اجماع از نظر حقوقدانان عامه (اهل سنت و جماعت)  
 ۲۳۷ ۳- تعریف اجماع از نظر حقوقدانان شیعه  
 ۲۳۹ ۴- مسأله عصمت  
 ۲۳۹ ۵- حجیت اجماع از نظر حقوقدانان شیعی  
 ۲۴۱ ۶- کاشفیت اجماع  
 ۲۴۳ ۱- اجماع حسی  
 ۲۴۴ ۲- اجماع لطفی  
 ۲۴۴ ۳- اجماع کشفی  
 ۲۴۴ ۴- اجماع حدسی  
 ۲۴۵ ۷- اقسام اجماع  
 ۲۴۵ ۱- اجماع محصل  
 ۲۴۵ ۲- اجماع منقول  
 ۲۴۵ ۱- اجماع بسیط  
 ۲۴۵ ۲- اجماع مرکب  
 ۲۴۶ ۸- نظریه آیه الله میرزا صادق تبریزی درباره اجماع  
 ۲۴۷ ۹- خواست اکثریت با اجماع در حقوق اروپائی و اسلامی

## مبحث چهارم

۲۵۶	عقل
۲۵۷	۱- مقدمه و مقام
۲۵۸	۲- عقل و تجربه
۲۶۱	۳- احکام عقلی و احکام شرعی
۲۶۴	۴- اصول عقلیه یا عملیه
۲۶۵	اول - قطع
۲۶۶	دوم - ظن
۲۶۷	سوم - شك
۲۶۸	اصول عملیه بر چهار دسته تقسیم می‌شوند
۲۶۹	شبهه حکمی و شبهه موضوعی
	اثبات اصل برائت
۲۷۲	و اختلاف دانشمندان اصولی و اخباری در این مسأله
۲۷۲	مجتهدین برای اثبات اصل برائت دلائلی آورده اند :
۲۷۴	علمای اخباری درباره بطلان اصل برائت دلائلی آورده اند :
۲۷۵	پاسخ دانشمندان اصولی (مجتهدین)
۲۷۶	اعتبار قضیه محکوم بهادر اصل تخیر
۲۷۶	اصل استصحاب (اعتبار حالت سابق)
۲۷۸	اقسام استصحاب
۲۷۸	۱- اعتبار مستصحب
۲۷۹	اقسام حکم
۲۸۲	۲- اعتبار دلیل
۲۸۳	۳- اعتبار منشأ شك
۲۸۴	حجیت استصحاب
۲۸۵	دلائل حجیت استصحاب
۲۸۸	دلائل عدم حجیت استصحاب
۲۹۰	تفصیل جواب میرزای نائینی
۲۹۳	قاعده فراغ و تجاوز

## مبحث پنجم

۲۹۵	قیاس
۲۹۶	قیاس از نظر علم اصول

۲۹۷	حجیت قیاس
۳۰۲	اقسام قیاس اصولی
۳۰۲	۱- قیاس منصوص العله
۳۰۳	۲- قیاس مستنبط العله
۳۰۳	۳- قیاس اولویت
	مبحث ششم :
۳۰۵	استحسان و استصلاح
	مبحث هفتم
	عرف و عادت
۳۰۸	۱- افعال
۳۰۸	۱- حرکات انعکاسی
۳۰۹	۲- حرکات غریزی
۳۰۹	۳- حرکات عادی
۳۱۱	کیفیت تشکیل عادت
۳۱۲	۴- فعل ارادی
۳۱۲	۲- تعریف عرف
۳۱۳	۳- عوامل تشکیل دهنده عرف
۳۱۴	۴- تعریف عرف از نظر حقوقدانان اسلامی
۳۱۴	۵- اقسام عرف
۳۱۶	۶- فرق میان عرف و مد
۳۱۸	۷- عقاید مخالف و موافق نسبت به قوه اجرائی عرف و عادت
۳۱۸	اول : عقیده موافقین عرف
۳۲۰	دوم : نظر مخالفین عرف
۳۲۴	۸- اعتبار و ارزش عرف در نظام حقوق اسلامی

### فصل هفتم ۳۳۱ - ۳۸۱

#### نقش عرف و عادت در حقوق

۳۳۳	۱- عرف جوهر حقوق است
۳۳۶	۲- نظر چند فیلسوف درباره عرف
۳۳۸	۳- اصل ضرورت
۳۴۳	۴- مطالعه وجدان حقوقی از خلال تاریخ



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

### فصل هشتم ۳۸۱ - ۴۰۴

#### در زمینه حقوق زن

۳۸۳	۱- زمینه تاریخی
۳۸۳	اول - دوران توحش و بت پرستی
۳۸۴	دود - دوران تمدنهای کهن
۳۸۹	سوم - پیدایش آئین اسلام
۳۹۰	۲- تعدد زوجات
۳۹۸	۳- تأسیس حقوقی متعه یا ازدواج موقت
۴۰۰	۴- آمارهای وحشتناک تأییدکننده
۴۰۲	۵- سوء استفاده از قانون تعدد زوجات

### فصل نهم ۴۰۵ - ۴۳۵

#### نقش اجتهاد در رشد و توسعه حقوق اسلامی

۴۰۷	۱- اجتهاد چیست ؟
۴۱۰	۲- اقسام اجتهاد
۴۱۰	الف - اجتهاد مطلق
۴۱۰	ب - اجتهاد مقجزی
۴۱۱	۳- تخطئه و تصویب
۴۱۲	۴- تقسیم حکم بواقعی و ظاهری
۴۱۴	۵- مصلحت شخصی و نوعی

- ۴۱۷ ۶- قاعده لاضرر و قاعده تسلیط  
 ۴۲۲ ۷- مسأله تقلید  
 ۴۲۳ ۸- علل توقف ورکود در حقوق اسلامی  
 ۴۲۲ ۹- تأثیر اجتماعی ماشین

### فصل دهم ۴۳۵ - ۴۵۳

#### مسئولیت مدنی و کیفری در حقوق اسلامی

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

### فصل یازدهم ۴۵۵ - ۴۹۲

#### مرزهای حقوق و اخلاق در فقه اسلامی

- ۴۵۷ ۱- ارتباط حقوق و اخلاق  
 ۴۶۳ ۲- وظیفه و قلمرو حقوق  
 ۴۷۴ ۳- آمارهای تأیید کننده  
 ۴۸۳ ۴- قصاص در حقوق اسلام  
 ۴۸۹ ۵- قلمرو علم و دین  
 ۴۹۳ منابع

## فصل یکم

روش تبیین و شناخت مسائل اجتماعی





## ۱ - زمینه تاریخی

مطالعات اجتماعی از دیرباز مورد نظر فیلسوفان و دانشمندان بوده و تا قبل از سده هیجدهم میلادی بیشتر بر اساس اخلاق و پندار و خیال و شرح و وصف مدینه فاضله و جامعه کمال مطلوب کار گذاشته شده بود و فرد و اجتماع را چنانکه شاید و باید مورد مطالعه قرار میداد ، نمونه‌های اینگونه مطالعات که جنبه دستوری و غائی داشت و به منظور نیل بیک مدینه فاضله خیالی صورت میگرفت ، بسیارند از آنجمله<sup>۱</sup> جمهوری و امیس افلاطون<sup>۱</sup> و سیاست ارسطو<sup>۲</sup> و لویاتان تامس هابز<sup>۳</sup> و آثار اسپینوزا<sup>۴</sup> و جان لاک<sup>۵</sup> و ژان ژاک روسو<sup>۶</sup> و در ایران رساله المدینه الفاضله فارابی و رساله فی السیاسه شیخ الرئیس ابوعلی سینا و اخلاق ناصری خواجه نصیرالدین طوسی را میتوان نام برد . اما از قرن هیجدهم بیحد برخی از دانشمندان به این اندیشه افتادند که فرد و اجتماع را چنانکه هست و واقعیت دارد مورد مطالعه قرار دهند . یعنی تحقیقات خود را بر اساس علمی بمعنی دقیق کلمه ، کار گذارند ، لذا از روش استدلال قیاسی<sup>۷</sup> بروش

La politique - 2

La république - 1

Leviathan (۱۶۵۱-۱۶۹۷) Thomas Hobbes - 3

John Locke - 5 Spinoza - 4

(۱۷۱۲ - ۱۷۷۸) Jean Jacques Rousseau - 6

Deduction - 7

استدلال استقرائی<sup>۱</sup> 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<sup>۲</sup> از نخستین کسانی است که شالوده تحقیقات خود را در اجتماع بر اصل 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 ضروری بی است که از طبیعت اشیاء برمی خیزد » گرچه تحقیقات مونتسکیو در تأثیر محیط جغرافیائی و تاریخی و بعضی دیگر ، امروزاً نگونه که وی ارائه میکرد برای تبیین امور کافی نیستند ولی بهر حال 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 - مکتب تاریخی حقوق و مکتب طبیعی حقوق

مونتسکیو به پیروی از مکتب تاریخی ، حقوق را امری محلی و آنرا ساخته و پرداخته تاریخ یک ملت دانسته است . مکتب تاریخی ، حقوق را مانند زبان امری میداند که با گذشت زمان بتدریج و خود بخود ایجاد میشود و لذا حقوق غیر قابل تسری و تغییر است اما بلز پاسکال<sup>۳</sup> معتقد به حقوق طبیعی و فطری است و درباره حقوقی که

### Induction - 1

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 .

Blaise Pascal (۱۶۲۳ - ۱۶۶۲) از فیلسوفان و نویسندگان بزرگ فرانسه و از اعجوبه‌ها و نادره‌های ریاضیات و فلسفه است .

باقضای کشورها تغییر می کند چنین میگوید :

« . اگر انسان عدالت را می شناخت یقیناً ابن اصل چنان شایع نمی شد که هر کسی باید از رسوم کشور خویش پیروی کند » در آن صورت عظمت و جلال انصاف و عدالت همه ملل را تحت اطاعت می آورد و دیگر قانون گذاران بجای عدالت ثابت و لایتغیر سلیقه ایرانیها یا ژرمن هارا برای وضع قوانین سرمشق قرار نمی دادند . و عدالت حقیقی در تمام کشورهای زمین و در تمام ازمنه حکمفرما می بود در حالی که می بینیم که هیچ عدالت یا ظلمی نیست که بواسطه تغییر اقلیم تغییر ماهیت ندهد . سه درجه عرض جغرافیائی سبب میشود که کلیه دستگاههای قضاوت و عدالت زیر و زبر شود و نصف النهار در چگونگی حقیقت اثر قطعی دارد - قوانین اساسی پس از چند سال عوض می شود - حق هم دوره ای دارد - دخول زحل در خانه اسد برای ما نشانه فلان جنایت است ، واقعاً عدالت عجیبی است که رودخانه ای آنرا متوقف یا محدود می سازد در این طرف جبال پیرنه حقیقت و در آن طرف خطا است...<sup>۱</sup>»

پاسکال معتقد به مکتب طبیعی<sup>۲</sup> و فطری حقوق است و میگوید حق نباید همه جا حق شناخته شود اعم از اینکه در ایران باشد یا انگلستان و یا افغانستان ، در این مکتب ، حقوق مانند جان در کالبد انسان است که از ساعت تولد بطور ثابت و لایتغیر شرط ادامه حیات هر فردی است و لذا تغییر و تکمیل حقوق موردی نخواهد داشت ، اما باید دانست که عقاید علمای حقوق در فاصله قطبهای این دو مکتب پیوسته در نوسان بوده و اغلب مناسبترین راه حل های حقوقی راهپائی بین بین بوده که انتخاب میشده است زیرا عملاً عقاید هیچیک از این دو مکتب را بطور صد درصد نمی توان پذیرفت .

چرا ؟

برای پرسش باین سؤال ناگزیر از توضیح بیشتری هستیم و این توضیح در

۱- فلسفه نظری جداول صفحه ۱۴۶ . منتخب آثار : سنت اگوستین ، توماس

اکونپاس ، باروخ اسپینوزا ، بلز پاسکال . از انتشارات بنگاه ترجمه و نشر کتاب



اطراف میدان بررسی مطالعات حقوقی دورمیزند .

### ۳ - میدان بررسی

میدان و مجال بحث ، قلمرو و حوزه عمل در علوم اجتماعی و انسانی - یا بقول آمپر<sup>۱</sup> در طبقه بندی تصنعی که از علوم کرده بگوئیم علوم عقلانی - بی نهایت پهناور و نامحدود است تا آنجا که برای مبتدی و تازه کار برای مسائل آن مرز و سرحدی معلوم و مشخص نمی توان یافت چه علوم اجتماعی و شاخه های آن با وجود اختلافاتی که با هم دارند دارای مرزهای مشخصی نیستند .

کلود دوپاکیه کتاب مقدمه تئوری کلی و فلسفه حقوق را چنین شروع می کند :  
 « وقتی فکر می کنم مغز گمراهی در پی آنست که بدون راهنما فلسفه حقوق را درک کند نگران می شوم ، در واقع باید تصدیق کرد که ایده های کلی در سرزمین حقوق مبهمند ، حدود و ثغور مفاهیم ذهنی اصلی غیر قطعی و مورد ایرادند ، مصطلحات عرفی درهم و برهم میباشد ، بلاشک همین امر است که توده حقوقدانان را از این بررسی دور می کند . »

قوانین حقوقی و جامعه شناسی بهیچوجه کلی نیستند بلکه جدا جدا و معین و محدود هستند ، جامعه شناسان هنوز نتوانسته اند حتی در مورد يك قانون جامعه شناسی به توافق برسند ، زیرا چنانکه خواهیم دید بسیاری از جامعه شناسان قرن بیستم در پی کشف و تدوین قوانین آن نیستند و دلایلشان را هم رشد ناکافی جامعه شناسی ذکر کرده اند و یا موضوع و روش ویژه جامعه شناسی را گفته اند که امکان تدوین قانون را از آنان سلب می کند .

باری هنوز با همه تلاش و کوششی که می شود این رشته از علوم نتوانسته است راهی بسوی « علوم دقیقه<sup>۲</sup> » - بطور شاید و باید - باز نماید و هیچکس امروز مدعی

1 - Ampère (۱۸۳۶-۱۷۷۵)

2 - Exact science



نیست که این رشته از علوم مانند علوم دقیقه نظیر ریاضی و فیزیک است، علوم دقیقه مانند ریاضیات و طبیعیات، در کلیه شعب سروکارش با جزم و قطع<sup>۱</sup> و با کنترل آزمایشگاهی و ابر اتواری است در صورتیکه موضوع علوم اجتماعی با احساسات و طبیعت بشری سروکار دارد و اصطلاحات فنی و تعاریف در علوم اجتماعی و حقوقی مانند علوم ریاضی دقیق و صریح و مسلم نیستند، اصطلاحات فنی و تعاریف در علوم اجتماعی تجربی هستند زیرا استدلال با آنها شروع نمیگردد بلکه به آنها منجر و منتهی میشود و ازینرو حاصل و نتیجه دانش بشری هستند برخلاف تعاریف ریاضی که زائیده اندیشه آدمی هستند و مبدع دانشند، تعاریف ریاضی جنبه (A priori) دارند یعنی از تجربه حاصل نشده بلکه قبل از تجربه در ما وجود داشته اند<sup>۲</sup> علوم حقوقی و اجتماعی در ردیف قانونهای ریاضی، فیزیکی یا روان شناسی و جان شناسی که مبتنی به جبر میباشند و شئون و ظواهر امور را مانند زنجیر بهم مربوط میسازند نیستند، زیرا قوانین حقوقی راه و روش برای نظام اجتماع و رفتار فرد انسان و اراده وی، تعیین و عرضه میدارند.

تعاریف ریاضی قبلی و قطعی و تغیر ناپذیرند و استدلال از آنها شروع میگردد و این صفت یقینی بودن را علوم ریاضی بویژه مدیون سادگی و بساطت موضوع خود هستند، زیرا که موضوع علوم ریاضی تعیین روابط و بستگی و ارتباط میان مقادیر (اعداد، اشکال، حرکات) بایکدیگر میباشد، اما بعکس در برابر نیروی شگفت انگیز و حیرت آور پیش بینیها و پیشگوئیهای نسبتاً دقیق و مسلم علوم ریاضی و طبیعی، علوم اجتماعی و انسانی فقط به نتایج و پیشرفت آنها بسا دیده حسرت می نگرند، در حالیکه نیاز مبرم و شدیدی احساس می کند، زیرا موضوع اینگونه علوم، تا آن اندازه به طبایع مجهول و پیچیده و گره خورده و احساسات عجیب و شدید و ناشناخته

## Dogme - 1

۲ - این معنی را افلاطون در «منون» یا «تقوی» بخوبی نشان داده است ترجمه دکتر

کاوایی و دکتر لطفی

بشری پیوسته و نزدیکند که بسادگی نمی‌توان درزمینه آن به تحقق نتایج و پیش بینی‌های امیدداشت .

تعداد عوامل و چگونگی‌ها بویژه در جامعه‌های انسانی بقدری متنوع و متغیر و متحول است که بر اساس حساب احتمالات امکان برابری و انطباق کامل عوامل و شرایط در دو مرحله از زمان و مکان گوناگون عملاً محال از آب‌درمی‌آید ، حدس و گمان‌هایی که خلاصه و نتیجه افکار و احساسات و آرزوهای هستند که از رویدادهای خاصی رنگ گرفته و از طبایع ویژه‌ای پدید آمده‌اند بسیار بعید بنظر میرسد که بتواند قطعیت منطقی یک قضیه هندسی را داشته باشد و این از آنجاست که انسان پیچیده‌ترین موجودات است و این پیچیدگی یکی معلول «اختیار» و آزادی اراده اوست زیرا اختیار باعث بسیاری از احتمالات و حوادث غیر قابل پیش بینی خواهد بود و دیگری مطلبی است که ماکس پلانک بدان اشاره می‌کند آنجا که می‌گوید : « در جهان اندازه ناگرفتنی فکر و ماده یک نقطه و تنها یک نقطه وجود دارد که علم ، و بنا بر آن روش علمی پژوهش ، نه تنها از لحاظ عملی بلکه از لحاظ منطقی نیز قابل تطبیق نیست ؛ و همیشه غیر قابل تطبیق خواهد ماند . این نقطه عبارت از وجود شخصیت فردی و همان چیزی است که به نام «من» از آن تعبیر می‌شود . این یک نقطه کوچکی در جهان موجودات است ، ولی خود فی حد ذاته جهانی است که زندگی عاطفی و ارادی و فکری ما را فرا میگیرد . کشور «من» سرچشمه عمیقترین رنجها و در عین حال منبع عالیترین شادیهای ما است . بر این کشور نیروی سر نوشت تأثیر ندارد ، و ما هنگامی می‌توانیم از نظارت بر خود و حس مسئولیت صرف نظر کنیم که از خود زندگی چشم پوشیده باشیم .

با وجود این یک راه وجود دارد که از آن زاه ممکن است روش علمی در حدود این کشور درونی مورد تطبیق قرار گیرد . به‌طور اصولی هیچ دلیلی وجود ندارد که فرد نتواند خود را ناظر آنچه در درون وی اتفاق می‌افتد قرار دهد ، به عبارت دیگر ، او می‌تواند بر آزمایشهایی که از آنها گذشته نظر افکند و آنها را در شکل علمی خود



به یکدیگر ارتباط دهد. لاقلاً از لحاظ اصول هیچ دلیلی نداریم که فرد نتواند هر يك از آزمایشهای خود را بکاوَد - مقصودم از آزمایشها تصمیمها و خط مشیهای است که اختیار کرده - و آن را از لحاظ علتی که موجب پیدایش آن شده مطالعه کند. البته این کار دشواری است، ولی تنها راه علمی صحیحی است که با آن می توانیم به تحقیق در زندگی شخصی خود پردازیم. برای آنکه این عمل به نتیجه برسد، واقعتهای حیات که تحت مطالعه قرار گرفته بایستی به اندازه ای از ما دور باشد که عواطف و تمایلات پیچ در پیچ کنونی فرصت دخالت در امور مورد مطالعه را پیدا نکند. اگر بتوانیم به چنین کاری دست بزنیم و بهمین نحو عمل کنیم، آنگاه هر يك پُاز آزمایشهایی که از آن گذشته ایم هر چه بیشتر برای ما قابل فهم می شود، به طوری که چون نظر تازه خود را بانظری که سابق داشتیم مقایسه کنیم، مثل آن است که همسطح با چیزی شده ایم که لاپلاس آن را به نام «فوق عقل» نامیده است.

لاپلاس چنین گفته است که اگر يك فوق عقلی در خارج واقعتهای عالم قرار گرفته باشد، می تواند رابطه علیت را در تمام حوادث انسانی و طبیعی، هر اندازه که ظاهر پیچیده و حالت ریزینی داشته باشند، ببیند. تنها به شرط پیداشدن این فاصله است که فرد می تواند اسباب انتزاع و جدائی عامل ادراک کننده را با موضوعی که تحت پژوهش است فراهم آورد، و این امر، چنانکه پیشتر دیدیم، از شرایط غیر قابل اجتناب تطبیق روش علیتی در پژوهش است. هر اندازه به حوادث نزدیکتر باشیم. ترسیم ساختمان علیتی آنها دشوارتر می شود، و هر اندازه به حوادث آزمایشهای شخصی خویش نزدیکتر باشیم، مطالعه در وجود خود ماد در روشنی این حوادث مشکلتر می گردد چه در این صورت فعالیتهای شخصی که مطالعه می کند خود جزئی از موضوع پژوهش می شود، و تا چنین است برقرار کردن ارتباط علیتی عملاً امکان ناپذیر می ماند. قصد من در اینجا موعظه نیست، و هیچ درصدد آن نیستم که بگویم برای ترقی اخلاقی هر فرد چه اموری باید درمد نظر گرفته شود. قصد من بحث در آزادی فردی از لحاظ ارتباط منطقی آن با اصل علیت است، و می خواهم بگویم که «علی الاصول» هیچ

دلیلی نیست بر این که ما نتوانیم ارتباط علیتی را در رفتار خصوصی خود اکتشاف کنیم ولی در عمل چنان است که ما هرگز نمی‌توانیم به چنین کاری دست بزنیم ، چه در آن صورت معنی آن می‌شود که شخص ناظر با چیزی که بر آن نظر می‌کند یکی شده باشد ، و این غیر ممکن است ، زیرا هیچ چشمی نمی‌تواند خودش را ببیند . ولی ، از آن لحاظ که هیچکس امروز آن چیزی نیست که یک سال پیش بوده ، تا یک درجه می‌تواند آزمایشهای شخصی خود را در معرض تجسس علیتی قرار دهد ، و من این را به عنوان مثالی و تجسمی از آن اصل کلی بیان می‌کنم .

در این جا ممکن است خواننده‌ای به این فکر بیفتد که آزادی انسان در مقابل اصل علیت امری می‌شود که تنها نتیجه فقر نیروی ادراک و فهم ما است ، و به نظر من چنین نظری مبنی بر اشتباه است . برای آنکه خطای این طرز تفکر واضحتر شود ، باید بگویم مانند اشتباه کسی است که خیال کند عدم توانائی شخصی برای سبقت گرفتن بر سایه خود نتیجه کمی سرعت دویدن اوست .

این حقیقت که فرد از لحاظ فعل کنونی خود نمی‌تواند محکوم قانون علیت باشد ، حقیقتی است که بر پایه منطقی بنا شده و از نوع معلومات پیش از تجربه است ، و شبیه است به این اصل بدیهی که جزء ممکن نیست از کل خود بزرگتر باشد . ناتوانی فرد برای مشاهده فعالیت خویش در پرتو اصل علیت . حتی در مورد موجود فوق عقلی که لاپلاس فرض کرده ، نیز صادق است . در عین حال که این فوق عقل قابلیت آن را دارد که ساختمان علیتی راحتی در کارهای فوق العاده نوابغ ترسیم کند و نشان دهد ، همین فوق عقل از مطالعه در «من» خود در همان زمان که مشغول مشاهده فعالیت «من» فناپذیر ما است ، سر باز خواهد زد . اینجا جایی است که آزادی انسان وارد می‌شود و بدون آنکه حق هیچ رقیبی را غصب کند ، مستقر می‌گردد . هنگامی که به این ترتیب آزاد شدیم ، مختار هستیم که در کشور اسرار آمیز وجود درونی خویش هر زمینه معجزه آسائی را طرح کنیم ، ولو اینکه دقیقترین دانشمندان جهان



و نیرومندترین طرفدار جبر علیتی بوده باشیم<sup>۱</sup>،

#### ۴ - اصل علیت و اصل عدم حتمیت

در پایان قرن نوزدهم، نخستین باری که امکان آن فراهم شد که رفتار مولکول و اتم و الکترون را تحت مطالعه قرار دهند، این مطلب کشف شد که بعضی از نمودها<sup>۲</sup> در برابر هرکوشی برای بیان آنها از طریق مکانیکی محض مقاومت نشان می‌دهند. مورفی می‌نویسد: «در همان زمان که فیلسوفان هنوز در این باره بحث می‌کردند که آیا ممکن است ماشینی ساخته شود که محصول آن افکار نیوتون و احساسات باخ یا الهام میکلائل<sup>۳</sup> بوده باشد، مرد میانه‌حال علم معتقد شده بود که هیچ ماشینی نمی‌توان ساخت که بتواند از روشنی یک شمع یا از فرو افتادن یک سیب تقلید کند. آنگاه، در آخرین ماه بسته شدن این قرن، ماکس پلانک، استاد دانشگاه برلن، توضیحی موقتی برای بعضی از نمودهای تشعشی آورد که تا آن زمان گردن به هیچ توضیحی نمی‌نهادند. نه تنها توضیح وی طبعاً غیر مکانیکی بود، بلکه امکان نداشت که آن را بارشته اندیشه مکانیکی ارتباط دهند. و بیشتر بهمین دلیل بود که نظری در معرض نقادی و حمله و حتی استهزا قرار گرفت، ولی بعدها معلوم شد که بصورتی درخشان ثمر بخش است، و همین نظر مقدماتی وی بود که بالاخره تکامل یافت و از آن «نظریه کوانتوم» جدید پیداشد که یکی از مقتدرترین اصول فیزیک جدید است.»<sup>۴</sup> مکانیک جدید کوانتومی امروز اصل عدم حتمیت (اندترمینیسیم) را اثبات می‌کند و ما را از نظریه جبر مادی منحرف ساخته است؛ و بطرف تصور جهانی که تصادف نقش مهمی در آن دارد سوق می‌دهد علم حضوری انسان همه‌جا از نوعی اراده و اختیار حکایت می‌کند، اصل فناپذیری ماده و بقای انرژی در برابر پدیده رادیو اکتیویته متزلزل

۱ - علم به کجا می‌رود؟ ماکس پلانک ترجمه احمد آرام صفحه ۲۲۵ تا ۲۳۰

Phenomena - 2

۳ - علم به کجا می‌رود؟ ص ۲۲۲ و ۲۳

شده است در روش تحقیق بعضی از پژوهندگان در فیزیک کوانتومی به آن تمایل دارند که درسنجش و اندازه گیری نمودهای طبیعی اصل علیت را کنار بگذارند و از روش آماری به جای آن استفاده نمایند .

ویل دورانت می نویسد : در «کوانتوم» اتم درجهای از عدم قطعیت و بی تصمیمی تقریباً انسانی ظاهر می شود ، بر طبق نظریه کوانتوم که فیزیک دانان همه عملاً آنرا پذیرفته اند حرکت الکترونها نامنظم و ناپیوسته است و در عمل آنها انتظامی که قابل پیش بینی باشد نیست ، گرچه آنها مکان و سرعت خود را تغییر میدهند ولی این تغییرات ناگهانی و طفره ای است و بقول وایتهد مثل آنست که اتومبیلی با سرعت ۳۰ میل در ساعت در جاده ای حرکت کند اما این حرکت متصل نباشد یعنی اتومبیل در هر میلی دود بقیه توقف کند .

ادینگتون میگوید : نتیجه نظریه کوانتوم آنستکه دیگر فیزیک در گرو قوانین جبری نباشد ، در آخرین صورت بندهای نظری ، جبرمادی بکلی کنار گذاشته شده است و معلوم نیست که دیگر برگردد .<sup>۱</sup>

ویل دورانت جای دیگر می نویسد : « بیائید دعا کنیم تا در دنیائی که همه چیز آن کاملاً قابل پیش بینی باشد نباشیم ، آیا صورت چنین دنیائی بطور مضحکی با حیات ناسازگار نیست و حیات مکانیکی بقول برگسون شوخی ناپایداری نمی باشد؟<sup>۲</sup> باری نظریه جبرمادی انسان را به ماشینی تشبیه کرده بود که همه چیز در آن قابل پیش بینی است در حالیکه امروز علم عکس آنرا اثبات می کند ، عمل سلولهای بدن از سلولهای روده تا سلولهای دیگر اعضاء همه انتخابی است ، هر دسته از سلولهای روده تنها بر روی یک نوع غذا تأثیر می کنند خُمُل های روده مواد خاصی را که بدن لازم دارد بر می گزیند و بقیه را واپس میزند سلولهای دیگر همین عمل را باخون

۱ - لذات فلسفه ص ۷۶

۲ - لذات فلسفه ص ۷۵

می‌کنند این سلولها مواد انتخابی را ترکیب کرده و ماده‌ای می‌سازند که برای ادامه 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 يك سلول وجود دارد .

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

این نظریه در آثار فیلسوفان دیگر نیز دیده میشود ، اپیکور<sup>۲</sup> 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 میدانند و کلیه<sup>۳</sup> جبر و ضرورت را منکر است ، امیل بوترو<sup>۴</sup> نیز حتی قوانین طبیعت را تقریبی و اجمالی میدانند که خلاف قیاس در آن بسیار دیده می‌شود که یا به آنها برخورد کرده بودیم و یا به مسامحه گذرانده بودیم و بنابراین قاعده و جوب ترتب علت بر معلول احاطه و شمول کلی ندارد و بوجوب اصل علیت و قوانین طبیعی که مبتنی بر آنست نمی‌توان جازم بود پس قوانین طبیعت ممکن است نه واجب .

اما ماکس پلانک 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 بوسیله آن بتواند در فرایندهای بسیار خرد نمود های طبیعی ، مانند آنها که پای کوانتوم عمل در آنها به میان می‌آید ، کار کند و به

۱ - توضیح و بررسی مصاحبه برتراند راسل وایت ص ۱۱۰

2 - Epicure (۲۷۱-۳۴۱ پیش از میلاد)

3 - Emile Boutroux (۱۸۴۵-۱۹۲۱)



نتایجی برسد. در اینجا اصل علیت قابل تطبیق نیست. ولی این چنان معنی نمی‌دهد که توالی علیتی عملاً به صورت عینی تحقق پیدا نمی‌کند. بدان معنی است که ما نمی‌توانیم طرز عمل آنرا اکتشاف کنیم، و این از آن جهت است که اسبابهای پژوهش و آمادگی فکری ما در زمان حاضر برای انجام این وظیفه شایستگی کامل ندارد. اصل نامعینی در واقع فرضیه دیگری است که در فیزیک کوانتومی جای روش علیتی محض را گرفته است. ولی هاینبرگ خود یکی از نخستین کسانی است که اصل نامعینیِ او را به معنی انکار اصل علیت گرفته‌اند زبانه به اعتراض گشوده‌است.

پس چرا این استنتاج عجولانه این اندازه رواج یافته‌است؟ این رواج محتملاً نتیجه دو امر است: نخست روحیه عصر است. و روحیه عصر چنان است که نمی‌خواهد آن را وارث نظم کهن و خواسته‌ها ن کهن بدانند، و خود را آزاد شده از هر قانونی می‌داند که از طریق قدرت و حجیت سنت پیدا شده است. علت دوم استاندارد<sup>۱</sup> و معیاری شدن زندگی جدید است همراه با تولید کلی ماشینی و دستگاههای فروش و تبلیغات و وسایل حمل و نقل و خانه سازیهای دسته‌ای و کارهای بیمه‌ای بسیار نیرومند آن و نظایر اینها، که در نتیجه همه اینها قواعد و قوانینی آماری به دست آمده است که در مورد پیشامدهای دسته جمعی صادق است؛ ولی چون پای افراد به میان می‌آید؛ دیگر این قوانین را نمی‌توان مورد عمل قرار داد. مردم این را اصل علیت آماری می‌نامند و فیزیکدانان آنرا وارد علم خود کرده و آن را معارض و مقابل با علیت محض به معنای قدیمی آن شمرده‌اند: ولی واقع امر این است، که علیت آماری و حتی آنچه به نام قوانین احتمال نامیده شده همه بر پایه این فرض است که علیت محض در مورد حالات فردی صادق است.

بنابر اصل علیت آماری شرکت‌های بیمه، فلان قدر هزار نفر در سال در فلان سن با داشتن فلان حرفه از فلان بیماری خواهند مرد. بر پایه همین آمارهاست که نرخهای



گونگون بیمه تعیین و بیمه نامه‌ها تنظیم می‌شود ولی از این آمار ها هیچ نتیجه‌ای در مورد مرگ فرد خاصی که بیمه شده است نمی‌توان گرفت<sup>۱</sup> پلانک می‌گوید: «در دستگاه آهنگدار فیزیک نسبتی رسمی، فرضیه کوانتوم به تازگی پریشانی‌هایی ایجاد کرده، و هنوز کسی نمی‌تواند بگوید که این فرضیه چه تأثیری در صورت بندی قانون علیت خواهد داشت، ظاهراً لزوم تغییراتی احساس می‌شود، ولی من مانند بسیاری از علمای فیزیک عقیده دارم که در پایان کار فرضیه کوانتوم با معادلاتی نمایانده خواهد شد که قانون علیت را به صورت دقیقتر و صحیحتری نمایش دهد<sup>۲</sup>».

دست آخر اظهار نظر ایشان در این مورد بسیار جالب است: «من در مورد نظری که دوست ما پلانک در خصوص این اصل پیدا کرده کمال موافقت را دارم، ولی شما باید خوب دقت کنید که پلانک در این خصوص چه چیز گفته یا نوشته است. وی قبول دارد که اصل علیت را با وضع حاضر امور نمی‌توان در مورد جریان داخلی اتمها تطبیق کرد، ولی خود او هرگز این نتیجه را نگرفته است که این «عدم قابلیت تطبیق» دلیل آن است که اصل علیت در عالم واقعیات خارجی وجود ندارد پلانک در این خصوص هیچ نظر قطعی ابراز نکرده است، و فقط در مقابل پاره‌ای از امور که مورد تصدیق ثوریدانهای فیزیک کوانتوم است جنبه فعالیت به خود گرفته؛ و من در این باره کاملاً با او همراهم، هنگامی که شما می‌گوئید دسته‌ای از مردم هستند که چنین چیزها را دلیل بر وجود آزادی اراده در طبیعت می‌دانند، برای من دشوار است که جواب بدهم، چنین فکری ناروا و ابلهانه است<sup>۳</sup>».

آخرین مطلبی را که در مورد این فرضیه دریغ است که یادآوری نکنیم سوء استفاده ایست که از آن شده و می‌شود مورفی در محاوره‌ای با ایشان در این مورد چنین می‌گوید: «به این صف مردان گرسنه نظر افکنید که هر روز برای لقمه نانی به درخانه شامی آیند»

۱ - علم به کجا میرود؟ ص ۴۷ و ۴۸ - ۲ - همان مأخذ ص ۲۰۰

۳ - علم به کجا میرود؟ ص ۲۸۸ و ۲۸۹

اینان مردم درست اندامی هستند و می‌خواهند مزیت انسانی خود را که کار کردن است مورد استفاده قرار دهند. شما از نوع آنها در لندن نیز می‌بینید که مدالهای اخلاقی بر سینه دارند و برای نان در خیابانها رژه می‌روند. نظیر آنها در نیویورک و شیکاگو ورم و تورن نیز فراوان است. مردی که مرفه است و در مبل راحت لمیده، با خود چنین می‌گوید که این به ما ربطی ندارد و این را از آن جهت می‌گوید که می‌داند چنین ارتباطی وجود دارد. آنگاه کتابی را از نویسندگان فیزیک برای توده برمی‌دارد، و چون در آن می‌خواند که طبیعت چنین چیزها را قانون توالی علت و معلول نمی‌داند، نفس راحتی می‌کشد. شما بیش از این چه می‌خواهید؟ این است علم و چنانکه می‌دانیم علم مکمل جدید دین بشمار می‌رود. «بورژوازی» آسوده خاطر شما است که به سازمانهای علمی و آزمایشگاهها قوت و غذا و سرمایه می‌رساند، و آنچه را شما می‌خواهید می‌گوید یعنی می‌گوید که دانشمندان، اگر لاقط بصورت ناخود آگاه هم که باشد در این طرز تفکر شریک نشوند، جنبه انسانی ندارند<sup>۱</sup>.

اکنون ببینیم پلانک چگونه نظریه کوانتوم را باز کرد مثال تشریح می‌کند وی می‌گوید: «در فیزیک، علاوه بر قوانین نیرویی یادینامیک: یک دسته قوانین دیگر نیز شناخته شده که آنها را بنام قوانین آماری می‌نامند. این قوانین اخیراً با دقت شایان توجهی احتمال پیدایش حوادثی را که باید اتفاق بیفتد معین می‌کنند، و به همین جهت راه پیداشدن استثنائی در این قوانین مسدود نمی‌ماند. یکی از نمونه‌های این چنین قوانین مسئله انتقال گرما از جسمی به جسمی دیگر است: هرگاه دو جسم با درجات حرارت متفاوت مجاور یکدیگر قرار گرفته باشند، بنا بر دو قانون ترمودینامیک، انرژی گرمایی بایستی از جسم گرمتر به جسم سردتر ریزش کند. ولی امروز بنا به تجربه می‌دانیم که این قانون حالت احتمالی دارد چه در حالی که اختلاف درجه حرارت دو جسم خیلی کم باشد. ممکن است در نقطه‌ای از نقاط تماس دو جسم در لحظه‌ای

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 عده بسیار زیادی از حوادث صحیح است، و برای فرد فرد آن حوادث صحت ندارد. اگر بخواهیم در مورد یک حادثه مفرد سخن بگوئیم، با مقدار معینی از احتمال حق بحث داریم<sup>۱</sup>.

پس تصویری هم که انسان از خدمت 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 با چیزی 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 با اصطلاح بآن فوق عقلی که لاپلاس تصور کرده است برسیم و لذاست که انسان موجودی تا این حد غیر قابل پیش‌بینی و حساب نشدنی جلوه می‌کند بطوریکه اکثر دانشمندان با حیرت و سرگردانی در برابر این موجود ناشناخته اعتراف به عدم قدرت توضیح و تشریح در هم پیچیدگی‌های بی‌پایان طبیعت بشری نموده‌اند زیرا خصائصی که برای ساختن شخصیت آدمی بکار رفته آنقدر درهم و متعدد و متناقض می‌باشند که انسان بسادگی می‌تواند در یک شخص امیال و شهوات ضد و نقیص از قبیل: بلند نظری و کوتاه 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 و حال آنکه نتیجه کار و آزمایش دانشمندان و کارشناسان علوم تجربی کاملاً معلوم و هویدا است و میتوان آنها را، بکرات مورد آزمایش و در بوته امتحان قرار داد، خلاصه آنکه میتوان با فراگیری تجربیات پیشینیان و کشفیات آنان بر روی این مفروضات خالص منطق ریاضی، احکام جدیدی را مورد بررسی قرار داد و در پهنه وسیع



علوم مادی - که دایره مدار محسوسات است - با فقه های تازه تری رسید و به فضای نامتناهی علوم بشری روزنه ای - هر چه بیشتر و برتر - برای انسانها گشود ، و همانطور که یادآوری گردید علوم تجربی و مادی راهی راجستجو می کنند که بتوان آنها را با فرمولهای منطق ریاضی در جهان شناسائی تثبیت نمود زیرا علوم تجربی با عقاید و نظریات و نتایج و کشفیات غیر قابل تردید و انکار سروکار دارد ، ولی در علوم اجتماعی و حقوقی بعکس علوم مادی و ریاضی با حقایق غیر قابل تردید و انکار روبرو نیستیم ، چه روابط مردم بر روی منطق صرف و تعقل مطلق بنا گذاشته نشده است و بقول برتراند راسل : «همبستگی اجتماعی از ضروریات است و انسان تاکنون هرگز نتوانسته است فقط با براهین عقلی این همبستگی را در اجتماع پدید آورد » . بسیاری افراد انسان بیشتر از احساسات و غرائز پیچیده و مرموز و عادات و خوی های نامتعادل خود تبعیت می کنند و بعلاوه برای کارشناسان فن حقوق و علوم اجتماعی ، لا بر اتواری به مثابه علوم تجربی که کلیه عوامل آزمایشگاهی برای امتحان در آن ثابت و ساکن و لایتنیغیر باشد وجود ندارد و بقول هانری پوانکاره<sup>۱</sup> «علم همیشه آزمایشی بوده و هست آزمایش در علم اجتماع عبارت از تاریخ گذشته است . این تاریخ را باید مورد نقادی قرار داد اما نمی توان آن را بکلی از میان برداشت »<sup>۲</sup> .

## ۵- بیان تاریخ

بیان و معنی و تعبیر و تفسیر تاریخ اگر بر مبنای هر یک از عوامل : دین ، جغرافیا ، نژاد ، اقتصاد و معنویات بطور مجرد گرفته شود ، هر یک از عوامل یاد شده به تنهایی غیر منصفانه و مغرضانه بنظر خواهد آمد ، چه آنگاه تاریخ معنی پیدامی کند

۱ - تاریخ فلسفه غرب ترجمه نجف دریابندری صفحه ۲۳

2 - Henri Poincaré (۱۸۵۴-۱۹۱۲)

۳ - مبانی حقوق دکتر موسی جوان جلد اول ص ۱۴۶



و پاسخگوی نیازهای آینده خواهد بود که همه عوامل را در نظر آوریم و ترکیب و پیوند آنها نشان دهند حقیقت خواهد بود. سخن ولتر<sup>۱</sup> بسیار حکیمانه است که: «تاریخ را باید فیلسوفان بنویسند»<sup>۲</sup> و در این مورد تمام مواد تاریخ که اشاره شد باید گردآوری گردد و فیلسوف در مطالعه تاریخی تنها به قطعات طولی نپردازد بلکه یک نوع تاریخ عرضی تدوین کند یعنی یک عصر و یا یک نسل را در نظر گرفته و سپس به تحقیق همه مظاهر زندگی آن از اقتصاد، سیاست و نظام و علم و فلسفه و دین و اخلاق و ادب و درام و هنر بپردازد، چه تا کنون مطالعات بر اساس ترتب و توالی علتها از بی هم بوده و یک موضوع در طول قرنها مورد مطالعه قرار می گرفته ولی علاوه بر آن باید از تأثیرات عرضی و متقابل موضوعات نیز غافل نماند، چه حوادث نه تنها معلول علتهای قبلی هستند بلکه معلول اوضاع معاصر و هم عرض خود نیز میباشند.

زیرا با همه این اشکالات اگر آزمایشگاه محقق علوم اجتماعی را فقط دوران گذشته بشری قرار دهیم، فقدان پدیده‌ها و رویدادهای عصر حاضر در آن، ما را نمی‌تواند به کشف تازه رهنمون باشد و بعبارت دیگر برای تفسیر و توجیه زمان حال، نمی‌توانیم بدرستی از پیشرفت‌های اجتماعی گذشتگان، در فنونهای<sup>۳</sup> جدید حقوقی و اجتماعی بهره‌ و الهام بگیریم، و اگر آنچه را که در حال گذشتن است و همچون جوئی میگذرد به کمک علم آمار<sup>۴</sup> و احصائیه مورد بحث و بررسی قرار دهیم، نقائص دیگری برای کار تجربه و عمل ماهشود است. از این قرار: اولاً نتیجه این آزمایشها بعداً بروز خواهد کرد و هم اکنون برای مادردی را درمان نمی‌کند، و انگهی صد درصد بکار و اقدام خود نمی‌توانیم اطمینان داشته باشیم و سالها منتظر اخذ نتیجه بمانیم. ثانیاً چون اجتماع انسانها، مانند اجتماع چند عدد موجودی مادی نیست که تنها نتیجه آن

1 - Voltaire (۱۶۹۴-۱۷۷۸)

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

عبارت از افزایش کمیت بوده باشد و همچنین از قبیل اجتماع عناصر شیمیائی نیست که نتیجه آن قابل پیش بینی علمی بوده و به نتایج محسوسه مشخصه‌ای تبدیل گردد بلکه انسان با دارا بودن خواص دو اجتماع گذشته، دارای تبدلات کیفی بوده و می‌تواند همان پدیده‌های کیفی را با تصرفات انتخابی و ارادی از جانب خود بصورت قراردادهای اجتماعی و حقوقی درآورد.

و چون مادر مسأله انسانها با کیفیت هاروبرو می‌شویم، و این کیفیت هاملول تقاطع حوادث غیر قابل پیش بینی است لذا برای حقوقدان و کارشناس علوم اجتماعی بسیار مشکل و دشوار است که نتایج افکار و تحقیقات خود را در شکل  $4 = 2 \times 2$  ارائه بدهد.

از سوی دیگر بقول فیلسوفان و جامعه شناسان و روانشناسان معاصر این حقیقت که «انسان قابل انعطاف است» به منزله آکسیوم<sup>۱</sup> و علوم متعارفه و اصول بدیهی مشهور و محسوس همگانی است مثال زیر مطلب راروشن می‌سازد «خانده ای را که ۳ بنا و ۶ عمده در مدت ۶۰ روز و روزی ۸ ساعت کار می‌سازند قطعاً ۳۶۰ بنا و ۷۲۰ عمده در ۴ ساعت نخواهند توانست ساخت»<sup>۲</sup>.

«هر يك از سازمانهای اجتماعی کارکرد یا کار کرد هائی دارند که بدینوسیله زندگی انسان رامی گردانند، سازمانی که از کارکرد خود بازماند، بی ارزش است. توانائی کارکردی يك سازمان به مراتب از توانائی های کارکردی اشخاصی که آنرا

**Axiomes - I** قنیه‌ای است بدیهی الاستنتاج که بمحض اینکه بذهن انسان آمد انسان آنرا درست می‌انگارد و نقیض آنرا مخالف عقل حس می‌کند مانند دو مقدار مساوی با مقدار ثلث بایکدیگر مساویند، کل بزرگتر از جز است که از فرط سادگی به استدلال نیازی ندارد ولی چنین نیست که بی دلیل باشد بلکه دلیل آن بیشتر بر اساس مبده هویت (Identité) یا اصل اینهمانی که تناقض باطل است و حمل شئی بر نفسی ضروری است قرار دارد.



تشکیل میدهند ، بیشتر است . به عبارت دیگر ، اگر توانائی يك تن برابر باشد ، توانائی يك سازمان يكصدتنی ۱۰۰x نیست ، بلکه سر به صد ها x میزند<sup>۱</sup> و خلاصه جامعه حاصل جمع عددی افراد نیست ، بلکه واحدی است با کیفیتی مستقل ، کلی است متمایز از اجزای خود ، وجود کمی آن ناشی از وجود افراد است ولی وجود کیفی آن از افراد استقلال دارد . یافرضاً يك سازمان اقتصادی بادو برابر کردن سرمایه اش ممکنست درآمدش ازدو برابر بیشتر یا کمتر شود ، و اینجاست که در عمل پس از گذشتن زمانی طولانی بی پائی و ضعف بسیاری از تئوریهای اقتصادی و اجتماعی ظاهر میگردد فی المثل مالتوس می گفت که دنبال کردن از دیاد جمعیت عواقب وخیمی ممکن است در برداشته باشد ، این تالیهای ناگوار مربوط بود به قانون «تقلیل عایدات» که مطابق آن صرف مقداری کار و سرمایه در يك زمین ، عایدات آن زمین را باز یادت تر کردن کار و سرمایه زیاد نمی کند ، يك جریب زمین بوسیله مقداری کار و سرمایه اگر چند من گندم بدهد فرضاً اگر مقدار کار و سرمایه ای را که درین زمین بکار میبرید دو برابر کنید گندم می که شما بدست می آورید دو برابر سابق نخواهد شد و دیدیم که عملاً پیش بینی های مالتوس غلط از آب درآمد : و بطور خلاصه می توان گفت که چون نوده مردم هیچگاه زندگی شان بر روی منطق استوار نیست ناگزیر نمی توان برای حل و فصل و اداره روابط این افراد که خود منطقی نیستند ، راه حل هائی ثابت که بر مبنای منطق خالص ایجاد شده باشد بنانهاد ، بدون اینکه بحقایق مسلم زندگی آنان توجه گردد ، زیرا ما همواره در اجتماعات بشری با علل و معلولات «چند از چند» سروکار داریم نه يك از يك و نه يك از چند .

و ایتهد<sup>۲</sup> می گوید : «علم می کوشد که قواعد عمومی را کشف کند و آن قواعد عمومی خود تطبیق میگردد ، ولکن علم هرگز مجرای تاریخ را مشخص نمی کند مگر

۱ - زمینه جامعه شناسی ، اگ برن و نیم کف اقتباس ۱. ح. آریانپور ص ۲۶۷

اینکه بحقایق تکیه کند. ممکن بود که تاریخ بسبب خود قوانین طبیعی راه دیگری را انتخاب میکرد و اگر ما بطور کافی این قوانین را می شناختیم برای ما فهمیدن آینده از گذشته‌ای که تفصیل 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 نتیجه تمامی دانستنیهای ما اینست که ما هنوز به نتایج حادثهای درازمنه آینده دور که بسبب تصادم میان آفتاب و ستاره دیگری ایجاد خواهد شد نادانیم، آینده زندگی رادروی زمین نمیدانیم، ما مچرای تاریخ را تا سال آینده نمیدانیم و همچنین از عهده تفصیلات زندگی ما در حال حاضر برای آینده جاهلیم، بلکه درباره وجود کنونی ما چیزی نمیدانیم، پس در حقوق و سیاست در عمل هیچگاه نباید از یاد برد که نمی توان در انتظار حقیقت مطلق مدت ها نشست و کاری نکرد همی نقد که اصولی بتوان یافت که در آن حقیقت احتملی وجود داشته باشد باید آنرا میزان عمل قرار داد زیرا تردید نیست که هر چه در امور حقوقی و اجتماعی پافشاری و اصرار در پیروی از منطق عقلی بیشتر گردد، بهمان مقدار خطر دوری از واقعیات، بیشتر گریبانگیر و محسوس خواهد بود، گویانکه آن منطق محض فی نفسه و زاناً صحیح و درست بوده و با موازین عقلی و فلسفی قابل انطباق باشد، ولی با قطع نظر از کیفیات و شرایط و اوضاع و احوال خارج کمترین در جامعه را دوان خواهد کرد و اجباراً و لزوماً باشکست مواجه خواهد گردید.

همانگونه که اگوست کنت در طبقه بندی علوم ایندسته از علوم را از مرکب ترین و پیچیده ترین علوم دانسته و معتقد است که مبنای مطالعه علوم اجتماعی بر همه علوم دیگر قرار دارد زیرا قانون یا ناموس طبیعی عبارت از نسبت ثابت و واجبی است که علت و معلول را بیکدیگر ارتباط میدهد قوانینی که توسط عقل انسان کشف شده اند همه دارای یک درجه از دقت و کلیت نیستند صحیحترین و کلی ترین قوانین آنها نیست



که به فرمولهای ریاضی در آمده است و همیشه از راه آزمایش قابل اثباتند قوانین مکانیک و فیزیک از این قبیلند زیرا موضوع بحث آنها نسبتاً بسیط است در حالیکه علومى که موضوعشان حیات و ویژگیهای مربوط به آنست اصلاً بساطت و کلیت آنها را ندارد بویژه علوم اجتماعى و حقوقى که موضوع آنها کیفیاتی بی نهایت درهم و پیچیده اند و تعیین روابط علت معلولى در این کیفیات بسیار مشکل و دشوار است تا آنجا که وایتهد میگوید: «طبیعت بشرى آنچنان پیچیده و گره خورده است که ارزش آن برنامه هائى که روی کاغذ برای تنظیم حال اجتماع نوشته میشود نزد زمامداران ، حتى از همان کاغذ باطل شده هم ، بی ارزش تر است» .

امروز اکثر روانشناسان پابن عقیده رسیده اند که تقریباً انسان طبع ثابتى ندارد و در هر جامعه ای ، مطابق مقتضیات فرهنگ آن جامعه ، مى اندیشد و عمل مى کند طبیعت ساختمان اجتماعات بشرى هزاران بار از ساختمان بدن ما پیچیده تر است و لذا هزاران بار حساب نشدنى تر است . اجتماعات بشرى مانند ریاضیات و یاموتور ماشین و یاهرشئى بی جان دیگر نیست که فرمولى باشد و تحت قیاسهای منطقی در آید بلکه اجتماعات مانند بدن انسان در حال رشد و تکامل اند و بامبادى و اصول يك قانون گذار و یافیلسوف ممکن است تطبیق ننماید ، نظریه ثبات حقوقى از اینجهت محکوم به شکست است که طبیعت و فطرت بشرى در اصل محصول وزائیده عادات و رسوم و تعلیم و تربیت و فرهنگ يك اجتماع است و در طبیعت بشر متمدن سهم ناچیزی از آن غریزه بشر اولیه برجای مانده است ، بقول برتراندراسل : «طبیعت بشر ، بی نهایت قابل کشش و انعطاف پذیر است ، و مردم متوجه این مطلب نمى شوند ، معذلك ، اگر شما يك سگ خانگى را بایك گرگ وحشى مقایسه کنید ، آنوقت بقدرت تعلیم و تربیت پی خواهید برد . سگ خانگى موجودى است که براحتى تربیت مى شود ، گاه عوعو مى کند . و شاید گاهى پسای نامه رسان پست را هم گاز بگیرد ، ولى بطور کلی

قابل معاشرت است، و لی مسأله گرگ صورت دیگری دارد، در باره طبیعت بشر میتوان به نتایج جالبی رسید، طبیعت بشر بر حسب تربیت ممکن است کاملاً تغییر کند این ایده که میگوید طبیعت بشر را نمی توان عوض کرد بینهایت احمقانه است<sup>۱</sup> باری این تربیت محصول عمل نسلهای متوالی و ضرورتها و احتیاجات متنوع و متغیر بوده است، تربیت بشر حاصل منطق و اصول نیست بلکه محصول تاریخ گذشته است برك (Burke) چه خوب به دوسو جواب داده بوده که: «جامعه قرارداد میان اشخاص همزمان نیست بلکه تشکیل تدریجی و نامحسوسی است و اگر قرار دادی در میان باشد میان گذشته و حال و آینده است»<sup>۲</sup> و لذا نهضت‌های انقلابی که بطور کلی نظام يك اجتماع را زیر و زبر می کند، باعث بسیاری از تشنجات و نازاحتیهای مادی و معنوی میگردد؛ زیرا راه صحیح اغلب در نهضت‌های اصلاحی تدریجی و تکاملی است که هم به سنتها و معنویات و فرهنگ گذشته متکی باشد و هم راه‌های اصلاحی پیش بینی نماید و این چه در روانشناسی فردی و چه در روانشناسی اجتماعی هر دو تأیید شده است، قطع رابطه شدید و ناگهانی با گذشته چه در فرد و چه در اجتماعات هر دو به جنون و ازهم پاشیدگی نظام اجتماع منجر میگردد و لذا گفته کارل مارکس که: «انقلاب‌هایی که کامیاب میگردند فقط امضای سیاسی موفقیت‌های اقتصادی قبلی است»<sup>۳</sup> بسیار بجا و صحیح است، پس در حقوق و علم الاجتماع دگماتیسم و قطعیت راه ندارد؛ و نظریه ثبات حقوقی دوران‌ش سپری گشته و محکوم به شکست است زیرا حقوق زنده و جاری هرگز بر اساس منطق قرار نداشته و صرفاً جنبه تجربی دارد و نمی تواند از تحولات اقتصادی، سیاسی و اجتماعی دور و بر کنار بماند و از سوی دیگر آزمایش‌های حقوقی و اجتماعی مانند آزمایش‌های علوم دقیقه اشتباهش فوراً معلوم و هویدا نمی شود چه بسا ممکن است پس از پنجاه سال به نقائص و اشتباهات و عیوب يك رفورم و اصلاح حقوقی و اجتماعی پی برد.

۱- جهانی که من می شناسم برتر اندر اسل ترجمه روح الله عباسی ص ۴۶

۲- لذات فلسفه ص ۳۷۶

۳- لذات فلسفه ص ۲۷۶

## فصل دوم

نگرشی به مکانیسم حقوق در قرون جدید





### مکتب انشاء حق و مکتب ادراک حق

میان مکاتب مختلف حقوقی دو نظر درباره قاضی وجود دارد یکی قاضی را بیان کننده حق و دیگری قاضی را ایجاد کننده آن میدانند. مونتسکیو در فصل ششم از کتاب یازدهم روح القوانین میگوید: «قضات ملت جز دهانی که اقوال قانون را ادامی کند و وجودهای غیرذی روح عنوان دیگری ندارند!» مونتسکیو طرفدار این نظر است که قاضی بیان کننده و ادراک کننده حق است نه بوجود آورنده آن، مونتسکیو طرفدار مکتب فرانسوی است که قاضی را کشف و مبین قانون میدانند؛ و لذا مجسمه عدالت را همانند فرشته‌ای که چشم‌انش بسته است و شمشیری در دست دارد تصویر میکرد، این مظهر و علامت چشم بسته و این افکار افراطی نتایج ضروری اوضاع و احوال سیاسی سده هیجدهم میلادی بود، زیرا این قوانین زائیده و حاصل انقلاب کبیر فرانسه بود و عکس العمل رهائی و نجات از مظالم حکومت‌های سابق، اینگونه زیاده‌روی و افراط را در حفظ و حراست قانون جایز مینمود، در حالیکه پس از فروکش کردن تعصبات معتقد شدند که قاضی نمی‌تواند شخصی باشد که اطراف و جوانب و کیفیات امر را برای کشف حقیقت قضائی<sup>۱</sup> موضوع در نظر نگیرد و قاضی را به فرشته‌ای کور و بی‌اراده نباید تشبیه کنیم، زیرا برای قانون امکان ندارد همه‌موارد را پیش‌بینی کند، زندگی دارای مستحذات و پدیده‌های تازه‌ای است که در قانون هرگز نمی‌تواند پیش‌بینی شود، قاضی خود باید این جاهای خالی قانون را پر کند (ماده ۳ - آئین

دادرسی مدنی ایران نیز مفهّم همین معنی است) این مکتب جدید از ایتالیا و آلمان ظهور کرد و به مکتب ایتالیائی و آلمانی و یا مکتب انشائیت حق موسوم است که بنا بر آن قاضی موجد و پدید آورنده حق است نه مبین آن در این مکتب قضات موجوداتی غیر ذی روح و دهان ملت تعبیر نمیشوند، در مکتب فرانسوی کاشفیت که مونتهسکیو پیرو آن است در عمل فقط اکتفا به يك تفسیر تحت اللفظ از مفاد قانون میشد احکام قاضی يك قضیه منطقی را نشان میداد که در آن قانون کبری، قضیه مورد دعوی صغری و حکم قاضی نتیجه آن بود و لذا علم حقوق را از شعب علم منطق می‌انگاشتند!

در نظام کُمان لو<sup>۱</sup> حقوق عرف و سابقه<sup>۲</sup> آنگلو ساکسون نیز معتقدند که حقوق جزء علم منطق نیست و آنرا جزء علوم تجربی میدانند و یکی از استادان حقوق اظهار عقیده می‌کند که قاضی را نباید از منطقیون بلکه باید بعنوان يك مهندس اجتماعی شناخت.

باری مکتب فرانسوی را که قاضی در آن بیان کننده و ادراک کننده حق است مکتب کاشفیت حق نامند در برابر مکتب ایتالیائی که قاضی را پدید آورنده و موجد حق میداند به مکتب انشائیت مرسوم است، یکی از حقوقدانان<sup>۳</sup> در مقایسه این دو مکتب اظهار عقیده می‌کند که هر دو نحله دارای جنبه‌های افراط و تفریطند و می‌گویند قاضی محدود و محدود قانون است ولی هر چند قانون را مانند زندانی برای قاضی فرض کنیم باز قاضی انسان است و می‌تواند در محوطه<sup>۴</sup> محبس حرکت کند، تصرف نماید و صاحب نظر و رای باشد، حتی امروز در خود کشور فرانسه هم نفوذ و اثر عقاید علمی و رویه قضائی در رشته های مختلف حقوق افزون شده است تا آنجا که



بالو بوپره<sup>۱</sup> رئیس دیوان کشور در خطابه جشن صدمین سال قانون مدنی فرانسه، آزادی قضاوت و دادرسان را ضروری دانسته است وی میگوید: «وقتی عبارت قانون مبهم باشد قاضی و دادرس نباید درصدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانونگذار در صد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق نماید که هرگاه این قانون در عصر حاضر بتصویب میرسید قانونگذار از آن چه منظور بایستی داشته باشد؟»<sup>۲</sup> و ماده ۳ آئین دادرسی ایران نیز در این مورد میگوید: «دادگاههای دادگستری مکلفند بدعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتیکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند»

مکتب کاشفیت فرانسوی یا مکتب تفسیر تحت اللفظ<sup>۳</sup> و تعبد در حقوق، اکتفا به متون قانونی را کافی میدانست چه برطبق آن کلیه اصول حقوقی در عبارات قانون مندرج بوده و برای قاضی جای جستجو در خارج از مواد باقی نمی ماند و قوانین را ثابت و لایتغیر می انگاشت معیناً امروز این مکتب همانطور که گفته شد از نظر خود عدول کرده است زیرا این وضع با اکتشافات و نیازمندیهای جدید قرن نوزدهم منافات داشت، این نیازمندیها با تعبد و جمود هماهنگی و سازشی نداشت لذا رفته رفته، دکماتیسم و نظریه «ثبات حقوقی» متروک و محکوم به شکست گردید و حتی در خود فرانسه که زادگاه مکتب کاشفیت است و معتقد بودند که کلیه مبانی حقوقی در کد ناپلئون (مصوب ۱۸۰۴) گنجانیده شده پس از آن رویه قضائی<sup>۴</sup> یا تفقه و اجتهاد جبران نقیصه را بهمه گرفت و مکانیسم حقوق هر ماده قانون مدنی فرانسه را از ۱۶۰ سال قبل تا کنون تحت

Ballo Beaupré - 1

۲ - مبانی حقوق دکتر موسی جوان جلد سوم ص ۳۷۰

Ecole exégetique - 3

Jurisprudence - 4

نظامهای اقتصادی جدید لاجرم چندین گونه تفسیر کرده است ، رویه قضائی فرانسه با توجه به اصل فعلیت دادن به عدالت از همان قوانین معانی ای متناسب باوضع زمان و مقتضیات روز استخراج کرده ولواینکه به لفظی معنائی بخشیده که حاکی از آن نبوده است .

حقوق زائیده عوامل و حوادثی است که پیوسته و بطور دائم در حرکت و تحول است ، ولذا هیچ قانونی نمی تواند بطور قطع تا مدتی در يك مكان پایدار و استوار بماند ، زیرا حقوق حاصل فکر قانونگذاران نیست ، بلکه نتیجه مذاقه و تجربه های مکرر در حوادث و واقعات زندگی روزانه است ، و معرفت کامل باحوال و آثار آنها در صورتی حاصل میگردد که به علت و سبب بروز این واقعات و حوادث پی برده شود ، و به علت و معلول آن آگاه گردیم ، ولذا قانون باکلیت و شمولی که دارد امکان تمام پیش بینی های ممکنه در آن متصور نخواهد بود و اینست که قانون با دستور العمل ها و بخشنامه های صادره متفاوت است ، زیرا انتخاب ملاکهای که با واقع و نفس الامر نزدیک باشد بسیار مشکل است ، ما اینگونه ملاکها را از تغییرات و تحولات گذشته بدست می آوریم ، و عواملی که در این تحولات ناشناخته مانده اند و یا غیر قابل پیش بینی بودند اغلب غیر ممکن است که تعیین گردند ، زیرا تحولات آینده بر اساس تغییرات گذشته در صورتی ممکن است که عوامل آنها دارای ماهیتی یکسان و یاقیقاً قابل انطباق باشند و بدیهی است که زمان چقدر این عوامل را تغییر میدهد ، اینست که قانون اگر باقی بماند و بصورت ظاهر در عباراتش تغییری حاصل نگردد ، معذک این قوانین بحکم اجبار و ضرورت معنی و مفهومش دستخوش مقتضیات عصر و روح زمان و نیازمندیهای مردم قرار میگیرد ، ولواینکه با منظور قانونگذار اولیه توافق نداشته باشد ، بطوریکه یادآور شدیم ، قانون مدنی فرانسه که زائیده و حاصل انقلاب کبیر آن کشور بود ، عکس العمل رهائی از مظالم استبداد ، باعث شد که دانشمندان اصول و مبانی قانون مدنی ناپلئون را مانند قواعد هندسی از اصول ثابت ولایت تغییر بشمارند ،



ولی حوادث بعدی عناصر جدیدی در حقوق ملتها وارد کرد ، که از هر حیث بامبانی انقلاب کبیر وقوانین آن متضاد بودند ، وحتی همین عوامل نیز در تحول و تطور مدام هستند ، و اساساً در حقوق هیچ چیز نمی تواند مطلق و غائی و ثابت باشد همه چیز در حال گذشتن و تغییر و تبدیل یافتن است ، نظام کنونی حقوقی می رود و جای خود را به نظامی کاملتر خواهد داد ، و این خواه ناخواه در همه جامعه های متمدن امروز مصداق دارد وحتی این مطلق نبودن و غائی نبودن و ثابت نبودن در قوانین طبیعت و ماده نیز جریان دارد .

برتراند راسل میگوید : « ... از طرف دیگر آنجا که بتوانید درباره اتم ها معرفتی پیدا کنید متوجه خواهید شد که ساختمان آنها خیلی کمتر از آنچه که تصور می شود تحت قانون است و نیز خواهید فهمید . آن رشته قوانینی هم که غالباً بدان می رسید معدل های آماری می باشند و شباهت تامی به قوانین احتمالات دارند . همگی میدانیم که بنا بر یکی از قوانین احتمالات وقتی که طاس هارا می ریزیم هر سی و شش بار فقط یک بار جفت شش می آید و ما این واقعیت را به عنوان دلیلی حاکی از اینکه طاس ها از قانون (جدولی) پیروی می کنند نمی پذیریم . برعکس اگر هر بار جفت شش می آمد آنوقت بود که فکر می کردیم این کار از نقشه و قانونی پیروی می کند . غالب قوانین طبیعی از این نوعند . این قوانین همانند قوانین احتمالات میانگین های آماری می باشند بدین ترتیب قوانین طبیعی ، دیگر دارای استحکام و اعتبار سابق خود نیستند . »<sup>۱</sup>

ملاحظه میشود هنگامیکه معرفت علمی تا این حد نسبی و اضافی و غیر مسلم است ، معلوم است که ارزش قوانینی که بر اجتماعات متحول و متطور پایه اش گذاشته میشود تا چه حد لزوماً قابل تردید و تجدید نظر خواهد بود ، و چه حدس و گمانهایی که ناشی از قیاسهای غلط هستند عنوان می شود فی المثل در اقتصاد بسیاری از دانشمندان معتقدند که کشورهای کم رشد برای آغاز رشد اقتصادی خویش و جبران عدم تعادل



خارجی ، باید دست به سرمایه‌گذاری خارجی بزنند تا این سرمایه‌گذاریهای خارجی کشور را در راه رشد اقتصادی اندازد ، این قیاس مع الفارق از آنجا ناشی است که ملاک این افراد پیشرفت مغرب زمین در رشد اقتصادی خویش در گذشته بوده است ، در حالیکه معیارهای تاریخی مغرب زمین با کشورهای شرق نمیخواند ، و میان آنها تفاوت از زمین تا آسمان است ، و امروز شکاف عظیمی را که میان کشورهای صنعتی و کشورهای کم‌رشد وجود دارد فقط باراه حل‌هایی که مطابق با واقعیات است می‌توان مرتفع نمود ، و پیش از هر کار دیگر باید به تسلط اقتصادی و تجاری کشورهای صنعتی بر اقتصاد کشورهای کم‌رشد خاتمه دهند و ملاحظه میشود که این راه حل باراه حل قیاسی عده‌ای درست نقطه مقابل است . باری غرض بحث اقتصادی نیست بلکه فقط منظور ذکر مثالی بود تا معلوم شود که قیاسها تا چه حد ضعیف و سطحی ممکن است از آب درآیند .

## ۲- نظریه نسبی بودن حقوق

تنظیم‌کنندگان قانون مدنی فرانسه (مصوب ۱۸۰۴) معتقد بودند که با وجود قانون مدنی به هیچ قانون دیگری نیاز نیست ، اما این روش اصالت عقلی<sup>۱</sup> که منطبق بود با افکار روسو و فیلسوفان قبل از سده نوزدهم میلادی دیری نپائید و با بسط و توسعه علوم تجربی روش تحقیق در علوم اجتماعی از مطلقیت و ثبات در اصول و مبانی حقوق به نظریه نسبیت که به تحولات دائمی عقیده‌مند بود ، سوق داده شد ، امروز دیگر هیچ کس مدعی این نیست که مجموعه قوانین مدنی مانند قواعد ریاضی تغییر ناپذیر خواهد بود ، همانگونه که الفاظ و لغات همواره در تحول و تطورند ، حقوق هم همیشه با نیاز مندیهای اقتصادی اجتماع در تحول و دگرگونی خواهد بود ، اینگونه عقاید و افکار در میان حقوقدانان و دانشمندان علوم اجتماعی باعث شد که از قدرت مکتب

تفسیر تحت اللفظ یا مکتب تفسیر فنی قانون<sup>۱</sup> کاسته گردد، زیرا مکتب تفسیر تحت اللفظ 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 و غیره، در مکتب تفسیر فنی قانون فقط به مقدمات وضع قانون و ملاحظات تاریخی که علت ایجاد قانون بوده است اکتفا میکرد و لذا مکتب ملاحظات علمی<sup>۲</sup> جانشین مکتب قبلی گردید. کشفیات در علوم دیگر نسبت به علوم اجتماعی و حقوقی نیز نقش بزرگی داشته است.

مطالعات در اتم و اعماق 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 در این روش پس از اینکه قاضی از طریق روش تفسیر فنی قانون مراد قانونگذار را بدست نیآورد، در مورد سکوت قانون و یا وضع جدید خود را بجای قانونگذار میگذارد تا مشکل را حل کند اکثر این دانشمندان که بر ضد مکتب تعبد در حقوق مطالبی را طرح کرده اند در نیمه دوم قرن نوزدهم و اوایل سده بیستم میزیسته اند.

### ۳- دوره کلاسیک و رمانتیک ادبی و حقوقی

عده ای از حقوقدانان غربی در بررسی ویژگیهای مکاتب حقوقی در مسیر تغییرات خود به علل و موجبات آن - که از چند جهت با ادبیات متشابه است - برخورد کرده اند و چون اشاره باین بخش برای توضیح و تشریح هر چه بیشتر گفتار ما مناسب است دارد. بدان اشاره مینمائیم.

در حقوق و ادب بطور یکسان تغییرات با درجه پیشرفت و بیداری اندیشه ها وابسته است بدیهی است که این دگرگونیها تدریجی و مداوم است و اگر بطور ناگهانی و طفره ای

Ecole de l' exégèse ou méthode technique - 2

Méthode d' observation scientifique - 1



و تحمیلی صورت بگیرد تاثیر آن موقتی وزودگذر بوده و نمی تواند در اخلاق و عادات و عقاید مردم تاثیر چندانی بگذارد پس از رنسانس<sup>۱</sup> و آغاز تجدید حیات علمی و ادبی در اروپا تا کنون دوره هائی بر ادب و حقوق گذشته که تا حدودی بایگدیگر قابل قیاسند حکومت استبدادی پادشاهان در فرانسه و فشار بی حد و اندازه و ظلم و تعدی و تجاوز بحقوق افراد از طرف آنان موجب انقلاب کبیر فرانسه در اواخر سده هیجدهم گردید ، بنابراین افکار حقوقدانان و ادبای فرانسه در قرن شانزدهم و هفدهم بـآ آنچه در قرن هیجدهم بود متفاوت است ، دوره اول بنام دوره کلاسیک ادبی و دوره دوم موسوم به دوره رمانتیک ادبی است ، همچنین علم حقوق که با تحولات اجتماعی سروکار دارد پس از رهائی از مظالم شاهان مستبد و خودکام ، لاجرم ، حقوقدانان برای قوانین ارزشی فوق العاده ، کهزاده و بازتاب انقلاب بود ، قائل شدند ، و بحث در صحت و سقم قانون را جایز ندانستند و برخلاف مسیر افکار ادبی در مبانی و اصول حقوقی به تعبیر و جمود گرائیدند ، این دوره را به دوره کلاسیک حقوقی تعبیر کرده اند ، اما از اواخر قرن نوزدهم ببعدها دوره رمانتیک حقوقی نامیده اند مشخصه مکتب تبعید در حقوق ، پیروی و تبعید در قانون است که عنوان حقوق باقانون یکسان و متشابه بوده است ، تا آنجا که یکی از حقوقدانان فرانسه می گفته است که : « من حقوق مدنی را نمی شناسم و فقط مجموعه قانون مدنی ناپلئون را تدریس می کنم »<sup>۲</sup>

در دوره کلاسیک ادبی قرن هفدهم اروپا نیز فیلسوفان فرانسوی کوشش میکردند تا فلسفه را بخدمت دین بکشانند و بامبانی فیلسوفان یونانی بویژه ارسطو منطبق سازند شکل استدلال از روش استدلال قیاسی پیروی میکرد ، و این قیاس همانگونه که یاد آور شدیم عبارت از رسیدن از کلی به جزئی و یا از اصل به نتیجه و از قانون به

### Renaissance - 1

۲ - مبانی حقوق دکتر موسی جوان جلد سوم ص ۴۰ و کتاب « مقدمه عمومی علم

حقوق » دکتر جعفری لنگرودی شماره ۷۱



موارد اطلاق بود و اصول و مبانی و کلیات که آنرا « عقل مکتوب » مینامیدند ، عبارت از کتاب مقدس و آثار ارسطو بود از مشخصات دوره کلاسیک ادبی پیروی از قواعد ادبی و یادینی بود .

و هنر از ذوق و قریحه شخصی افراد پیروی نمی کرد بلکه دارای قواعد و چهار چوبهای خشک و قالبهای بی روح بود که روح هنرمند و شاعر یا نویسنده در تنگنای آن گرفتار بود ، این قواعد منجمد و متحجر را قواعد عقلانی مینامیدند و پیروی از آنها را پیروی از عقل میدانستند ، بدیهی است روح هنر که با هر گونه قید و بندی سازگار نیست چگونه مهار و در بند می تواند باشد ؟ در حقوق هم افکار تحت تعالیم ارسطو ، همه جا از نظام عقلی که آنرا مانند نظام هندسی ثابت و لایتغیر میدانستند ، میبایست پیروی کند ، واضح است که با این اوضاع و احوال مجال هر گونه بحث و انتقادی از افکار آزاد گرفته میشد ، و این در همه شئون زندگی رواج داشت ؛ در امر دین پرستانها شدیداً تکفیر و تعقیب میشدند ، کتاب کانت فیلسوف آلمانی بنام « دین از نظر استدلال عقلی » برای اینکه کشیشان با انتشار آن موافق نبودند از طرف دولت اجازه انتشار داده نشد و خلاصه هر کس بر ضد پاپ صحبتی میکرد شدیداً مجازات میشد ، در ادب نیز ذوق و قریحه پای در بند و مقید به قواعد عروض و قافیه و بدیع و معانی و بیان بود و کسی هنرمند شناخته میشد که این قواعد را فرا گیرد ! ، قواعد فصاحت و بلاغت در ادب قواعدی ثابت و غیر قابل تغییر بود ، و این ثبات را باید از همین قواعد پیدا کرد بهر حال عکس العمل و بازتاب این اوضاع و احوال دوره ای بود که بنام دوره رمانتیک معروف گردید .

پس دوره کلاسیک ادبی سده هفدهم و دوره رمانتیک سده هیجدهم و دوره کلاسیک و حقوقی سده هیجدهم و دوره رمانتیک سده نوزدهم و سده بیستم است .

## ۴ - نظریه نسبی بودن در علوم

آلبرت اینشتن<sup>۱</sup> میگوید: « تنها چیزی که بتواند مصدق و مؤید نظر و آراء اصولی ما<sup>۲</sup> و سیستم این نظرها و آراء باشد همین است و بس که آنها مجموع تجربیات ما هستند و الا از این گذشته دلیل دیگری بر حقایق آنها در دست نداریم<sup>۳</sup> و همو در حق ارسطو نیز میگوید: « همان کسی که ارغنون (منطق) را تألیف کرده است یعنی که « معظم ترین آلتی که تاکنون برای اسارت و تعبد بدست انسانی ساخته شده است<sup>۴</sup> ابوعلی سینا میگوید:

« تعصب در علم و فلسفه مانند هر تقبض نشانه خامی و بی مایگی است و همیشه بضرر حقیقت تمام می شود و شأن خردمندان نیست<sup>۵</sup> و ی جای دیگر میگوید:

« علم چراغ است برای واقع. نه اینکه خود مقصود<sup>۶</sup> لذاته باشد<sup>۷</sup> زیرا مسائل علمی اگر جنبه اطلاق داشته باشد موجب رکود است و دانش بشری به بن بست میرسد پس جنبه احتمال دارند یعنی علم، حقیقت نسبی و تقریبی را نشان میدهد نه حقیقت مطلق، حتی علوم دقیقه مانند فیزیک نیز تعاریفش نسبی هستند، و میزان این نسبت و تقریب نیز بر ما پوشیده است، زیرا دانش بشری از طبیعت بر حس و تجربه متکی است و بسیار واضح است که این نقطه اتکا چقدر غیر قابل اعتماد است، هانری پوانکاره در این باره میگوید:

« روزی که کپرنیک مدلل داشت که آنچه بی حرکت و ثابت می نمود متحرك است و آنچه متحرك بنظر می آمد ثابت است. برای ما روشن ساخت که چقدر استدلال های کسود کانه ناشی از مشهودات بی واسطه<sup>۸</sup> - و اس ممکن است فریب دهنده

1 - Albert Einstein (1879-1952)  
2 - Concepts

۳ - یونانیان و بربرها امیر مهدی بدیع ترجمه احمد آرام ص ۱۱۰۸

۴ - دانشمندان نامی اسلام خیری ص ۲۵



باشند»<sup>۱</sup>

فرانسيس بيکن<sup>۲</sup> ميگويد: «از آنجا که ظرافت طبيعت بمراتب بيش از ظرافت احتجاج آدمي است، امکان ندارد اصول موضوعه‌اي که از طريق احتجاج بر قرار ميشود، براي کشف مسائل جديد کافي باشد»<sup>۳</sup> و در تحقيقات اجتماعي بايد گفت که اينگونه تحقيقات همانند استدلال قياسي نيستند که در آن نتايج از مقدمات صريح و خطا ناپذير و بديهي الاستنتاج قبلي ناشي شود بلکه اين تحقيقات عبارت است از جستجوي مداوم حقيقت با آزمايشها و تجربه‌هاي مکرر و اصلاح و بهبود روشهاي پاسخ يابي و تحقيق است، و در اين کار هم بايد ناظر به اصول کلي و نظري و هم ناظر به مسائل عملي باشد زيرا: «منابع اشتباه حتي قبل از ورود در تصورات به ذهن نيز وجود دارد نقش مشاهده گاه ناقص و اغفال کننده است و تداعي غلط نيز موجب نقص آن ميشود قضاوت در درک و تعبير و تجزيه و تحليل راه اشتباه مي پيمايد و نفوذ تلقين، اطلاعات حاصل از حواس را به صورت ناصحيح درمي آورد»<sup>۴</sup>

##### ۵ - دوره حکمت مدرسي (اسکولاستيک) ۵ و اختناق اندیشه

با تعطيل حوزه‌هاي علمي آن دن در اوایل قرن ششم ميلادي روش مطالعه و تحقيق آزاد در اروپا بکلي برچيده شد، تاشارلماني<sup>۵</sup> مدارس تاسيس کرد و باعث شد که درس و بحث دوباره از نو درميان دانش دوستان رواج يابد، و کمک باين کار ترجمه کتابها و رساله‌هاي دانشمندان اسلامي به زبان لاتيني بود، فلاسفه‌اي که در اين دوران

۱ - مہانی فلسفه دکتر علی اکبر سياسي ص ۵

۲ - Francis Bacon (۱۵۶۱-۱۶۲۵)

۳ - روشهاي تحقيق در علوم اجتماعي نوشته سلتيژ، يهودا، دويچ و کوک ترجمه

دکتر خسرو مهندسي

۴ - روشهاي تحقيق ص ۲۷۷

۵ - Charlemagne (۷۴۲-۸۱۴) - 6 Scolastique - 5 ميلادي



ظهور کردند به «اصحاب مدرسه» معروفند این مکتب کاملاً جنبه دینی داشت و فلسفه را برای تقویت دین استخدام کرده بود، این مکتب با قدرت و سیطره هر چه تمامتر حکومت میکرد و با تعصب کامل به تمام مباحث علمی جنبه قداست و فوق بشری داده بود، «همین جنبه افراط، مطلب علمی و تجربی را با موفوق انسانی و ماوراءالطبیعه محول مینمود و مطالعه را بلا نتیجه و بیهوده میگذاشت، فرانسیس بیکن انگلیسی که در روش تحقیق علمی از پیشوایان فیلسوفان و متفکران است در این باره واقعه‌ای نقل می‌کند:

«در سال ۱۴۳۲ در یکی از حوزه‌های علمی در میان طلاب جدالی در گرفت و آتش جدال سیزده روز شعله‌ور بود، موضوع بحث عده دندانپای اسب بود. آثار دانشمندان گذشته را بارها ورق زده بودند و گفته حکمای پیشین را نقل کرده، اما مشکل همچنان لاینحل مانده بود. روز چهاردهم جوان تازه کاری پرده شرم و حیا را درید و چنین پیشنهاد کرد که برای حل مشکل به دهان اسبی نگاه کنند و عده دندانپای او را بشمرند.

این پیشنهاد کفرآمیز حاضران را چنان برانگیخت که بر سر و روی جوان ریختند و او را گوشمالی بسزا دادند و از میان خود بیرون کردند و گفتند که بدون شبهه شیطان در قالب او حلول کرده است که برای کشف حقیقت راه‌های نامبارکی از این قبیل پیشنهاد می‌کند، عاقبت پس از چند روز دیگر بحث و جدال در این مساله، آن حوزه علمی چنین فتوی داد که چون در کتب قدما اشارتی کافی برای حل این مشکل نیامده است مشکل غیر قابل حل اعلام میشود»<sup>۱</sup>

باری در دوران سیاه و تاریک قرون وسطی کوچکترین نظریه علمی بزرگترین شکنجه‌ها را بدنبال داشت و دادگاه‌های انگیز بیسوی و تفتیش عقاید که از ابداعات و

اختراعات کشیشان مسیحی بود افکار و عقاید مردم را بازرسی میکردند و هر کس را مخالف خود میدیدند، به عجازاتهای وحشتناکی محکوم مینمودند. باری «مارسل کاشن در کتاب علم ودین نوشته است که در این دوره پنج ملیون از نفوس بشری را بجرم فکر کردن و تخطی از فرمان پاپ بدار آویختند و تاحد مرگ در سیاه چالهای تاریک و مرطوب نگهداشتند تنها از سال (۱۴۸۱-۱۴۹۹) یعنی طی ۱۸ سال بنا بدستور محکمه تفتیش «۱۰۲۲۰ نفر را زنده سوزانیدند، ۶۸۶۰ نفر راشقه کردند و ۹۷۰۲۳ نفر را بقدری شکنجه دادند که نابود شدند»<sup>۱</sup>

بهر حال اگر مطالعه‌ای هم وجود داشت تنها سرگرمی ودکانی بود تا در پرتو آن آباء کلیسا مقاصد مادی خود را تأمین کنند و مدت‌ها با نشخوار کردن افکار و نظریات گذشتگان مشغول باشند و وقت تلف کنند، معلوم است که مطالعات به منظور رسیدن به نتیجه‌ای بود که قبلاً بآن اعتقاد داشته بودند و اکنون در جهت اثبات حقانیت و درستی و استحکام آن مذبحخانه تلاش میکردند، اینگونه روش مطالعه در همه رشته‌ها از جمله حقوق، جنبه تفننی و اشتغال خاطر برای درک افکار گذشتگان بیش نبود، و اینهم برای استوار ساختن عقاید مذهبی خودشان بود نه کشف حقایق، آباء کلیسا ایمان را بر عقل مقدم می‌پنداشتند و برای ایمان قوه فهم را لازم و ضروری نمی‌دانستند، بلکه ابتدا می‌بایست ایمان آورد و پس از آن در پی تحصیل دلیل برای آن ایمان برآمد، و بدیهی است که استقلال فکر و آزادی اندیشه و نظر در کار نبود و فقط بازار مجادلات و مباحثات پوچ و بی‌پهوده و بحثهای لفظی گرم بود که فی‌المثل: آیا علم خدا افزایش پذیر است؟

آیا آن کبوتر که روح القدس بدانصورت در آمده بود یک حیوان واقعی بود؟ و از این قبیل لاطائلات و یا کارشان بر کردن حافظه بود از مطالبی که بی‌کم و کاست و بی‌دخل و تصرف تحویل یکدیگر میدادند و باین کار جلو استعداد و بسکار افتادن



قوای عالیّه ذهن ورشد و نمو فکر و اندیشه را مسدود مینمودند ، درست مصداق گفته فرانسویس بیکن را داشتند که می گفت « يك قسم حكمت سفسطی<sup>۱</sup> یا نظری است و آن چنان است که فیلسوف بعضی امور متداول را گرفته و بدون اینکه در حقیقت و درستی آنها دقت کند بنیان قرارداد و بر آن اساس خیالبافی می کند و بهترین نمونه آن حکمت ارسطو است که منطق را مأخذ علم گرفته و همه مسائل را بقیاس معلوم مینماید ، و حتی در طبیعیات هم اگر تجارب و مشاهداتی کرده باشد برای آنست که نتایج آنها را با اصول متخذة خود منطبق و سازگار سازد . قسم دوم حکمت تجربی<sup>۲</sup> است که برعکس قسم اول بر تعقل و استدلال کمتر تکیه دارد و عملیات و تجربیات را بیشتر مأخذ می گیرد و در مقام تشبیه حکمای قسم اول نظیر عنکبوت میباشند که دائماً از ماده درونی خود تارهای تنند و پرده سست بی اساس می بافند و حکمای قسم دوم مانند مورچه اند که همواره دانه فراهم می کنند و تصرفی در آن نمی نمایند و حال آنکه حکیم واقعی باید مانند زنبور عسل باشد یعنی همچنانکه زنبور مایه را از گل و گیاه می گیرد و به هنر خود از آن انگبین میسازد حکیم هم باید مایه علم را از تجربه و مشاهده گرفته بقوه عقلی از آن حکمت بسازد .<sup>۳</sup>

باری از هنگامیکه ژوستینیان در (۵۲۹) میلادی فلسفه و حکمت را مخالف دین مسیح اعلام کرد دوران ممتد قرون وسطی که هزار سال بطول انجامید آغاز گردید ، و این کارده قرن سیر تکاملی علوم و فلسفه و هنر را متوقف ساخت ، دادگاههای تفتیش عقاید حتی مخالف نقش صریح انجیل بود که می گوید : « محکوم نکنید تا محکوم

Philosophie Soptique - 1

Philosophie empirique - 2

۳- سیر حکمت در اروپا محمدعلی فروغی جداول ص ۸۵ و ۸۶ چاپ زوار .



نشوید» (متی آیه ۱ تا ۵ باب هفتم) بقول برتراند راسل: «هیچکدام از محاکم ملل مسیحی این اصل را پذیرفته‌اند و ارزش و احترامی برای این اصل قائل نشده‌اند و می‌بینیم که برخلاف آن در تفتیش عقاید، بازپرسی‌های بیرحمانه کوچکترین نفوذی از آن دیده نمی‌شود»<sup>۲</sup>

### ۶- آزادی فکر در اسلام

در همان دوران تاریک و شوم قرون وسطی در کشورهای اسلامی تحقیقات علمی و فلسفی آنچنان آزاد بود که هم‌وزن کتبی که از زبانهای خارجی ترجمه می‌گردید به مترجمین طلا داده می‌شد و کسانی که طرفدار مکتب مادی بودند و با مبانی توحید و خداپرستی به‌ضدیت برخاسته بودند، آزادانه و بدون پروا بایشوایان اسلامی به بحث و مناظره می‌پرداختند، و تاریخ اسلام پر است از اینگونه مناظرات، از جمله ابوالعلاء معری با نهایت آزادی اشعاری ملحدانه میسرود که:

اِثْنَانِ اَهْلِ الْاَرْضِ نُوْعَقَلٍ بِلَا دینِ و آخِرُ دینِ لَاعَقَلٍ لَهْ

علامه شبلی نعمانی درباره آزادی فکر و عقیده در میان مسلمین می‌نویسد: «... در تاریخ علم کلام چیزی که زیاده از همه موجب شگفت و اعجاب است همانا آزادی و آزادیخواهی دولت عباسیه میباشد... در دربار عباسیه مانوی، یهودی، عیسائی و بالاخره علمای هر ملت و هر فرقه موجود بودند، مخصوصاً در دربار مجالس مناظره منعقد میشد و اکثر اوقات خلیفه وقت خود یک فریق مناظره قرار می‌گرفت، معینان اهل جلسه با نهایت آزادی، بیباکی و دلیری افکار خود را ظاهر می‌ساختند و هیچ پروا

۱- متن آیات از انجیل متی نقل میشود: «حکم مکنید تا پر شما حکم نشود X زیرا بدان طریقی که حکم کنید بر شما نیز حکم خواهد شد و بدان پیمانهای که ببینائید برای شما خواهند پیمود + و چونست که خس را در چشم برادر خود می‌بینی و چو بیکه در چشم خود داری نمی‌یابی».

۲- چرا مسیحی نیستم برتراند راسل ترجمه روح‌الله عباسی ص ۱۹ و بعد

نمیکردند که خلیفه دارای چه مذهب و عقیده است .

درمات سوم شخصی بنام احمد بن یحیی معروف به ابن الرانندی متوفی بسال ۳۴۵ هجری زندگی میکرد که در فضل و کمال مشهور بود ، چنانکه ابن خلکان نام او را بلقب «العالم الشهیر» یاد کرده و می نویسد که عده تالیفات او یکصد و چهار ده است ، معلوم نیست که او بچه سبب ملحد شده و در مخالفت اسلام کتب زیاد نوشته است . در یک کتاب موسوم به «کتاب التاج» تمام موحدین را رد کرده و نیز کتابی در رد بر قرآن نوشته است که نام آن «فرید» میباشد . او بتمام انبیاء اعتراضات نموده است . در تفسیر کبیر بعضی از آن اعتراضات نقل شده است . و سخن اینجاست که با وجود تمام این نالایقی ها و تبه کاریها ، نه او را کسی بقتل رساند و نه سزاداده شد و نه اخراج از بلد گردید ، فقط اقدامی که در این باب شد این بود که بر کتابهای ملحدانه او علمارد نوشتند و تمام اعتراضات او را از هم دریدند . از این بالاتر چه مثالی می توان برای آزادی و آزادی خواهی آورد ، اروپائیان مسلمانان را به تعصب و کوته نظری الزام می کنند و هیچ آن زمانه شان را بخاطر نمی آورند که اشخاصی را روی اندک آزادی زنده می سوزانیدند ، تا این درجه که در ابتدای امر وقتی که حکما در علوم ، مسائل تازه ای کشف کردند ، بنا بر این شبهه که آن مخالف با مذهب است آنها را در قید و بند انداخته و انواع شکنجه و آزار بر آنها روا می داشتند و حتی مخترع دوربین هم نتوانست از این بلیه محفوظ بماند ؛ در اسلام مسأله آزاد اندیشی مسالده ای است که از نظر دینی توصیه و تاکید شده تا آنجا که اختلاف عقاید نشان رحمت پروردگار دانسته شده است در حدیث نبوی آمده است که : «اختلاف علمائنا رحمة» به پیروی از این حدیث در ۱۳۰۲ هجری قمری کتابی در فقه اهل تسنن (فرق اربعه) در مصر بطبع رسید بنام : رحمة الامة فی اختلاف الائمة مؤلف آن محمد بن عبدالرحمن الدمشقی العثماني الشافعی است ، در مقدمه کتاب پس از چند سطر میگوید :



.. فاختلفوا بشدة اجتهادهم فی طلب الحق وکان اختلافهم رحمة للمخاق... و اختلاف بین الاعلام رحمه لهذا لمة التي ما جعل الله عليها فی الدين من حرج بل اللطف والاکرام ، در این کتاب با اینکه مذهب نویسنده شافعی است پس از طرح هر مساله بارها حق را به ابوحنیفه یا احمد حنبل و یا مالک بن انس میدهد و مذهب آنان را بر مذهب خود ترجیح میدهد<sup>۱</sup> ، احادیث دیگری نیز این حدیث را تایید می کند : ۱- لایزال الناس بخیر ما تفاوتو افاذا استو و اهلکوا . یعنی مردم همواره درخیر و سعادت هستند مادامی که تفاوت داشته باشند و آنگاه که تفاوتها برداشته شود و همه یکسان گردند هلاک خواهند شد (حدیث نبوی) ۲- حدیث نبوی دیگر لاتزال امتی بخیر ما تباینوا فاذا تساوا و اهلکوا<sup>۲</sup> . واقعاً این احادیث به معجزه بیشتر شباهت دارد ، در عصری که علم ژنتیک<sup>۳</sup> وجود نداشت و روانشناسی تا این حد که امروز گسترش پیدا کرده است . نبود ، پرده از روی این راز برداشته که بقول آلپرت<sup>۴</sup> روانشناس امریکائی «هر فردی از افراد بشر حاصل ضرب محیط است در وراثت» و خلاصه مردم با یکدیگر متفاوتند ، وحدیثی دیگر از علی علیه السلام است که میفرماید : «من استقبل وجوه الاراء ، عرف مواقع الحظاء»<sup>۵</sup> کسی که با آراء گوناگون روبرو شود موارد خطای آنها را از دست

- ۱- متن این کتاب در سال ۴۱ - ۱۳۴۰ که من دانشجوی سال چهارم قضائی دانشکده حقوق تهران بودم موضوع درس آقای محمد سنگلجی بود .
- ۲- احادیث دیگری نیز در این زمینه آمده است از جمله از اصول کافی جلد اول باب اختلاف ، حدیث پنجم : عن زرارة بن اعین عن ابي جعفر قال سألته عن مسألة فاجابني ثم جاءه رجل فسأله عنها فاجابه بخلاف ما اجابني ثم جاءه رجل آخر فاجابه بخلاف ما اجابني واجاب صاحبي فلم اخرج الرجلان قلت يا بن رسول الله الرجلان من اهل العراق من شيعتكم قد مایسلان فاجبت به صاحبه فقال يا زرارة ان هذا خیر لنا و ابقی لنا و لکم ولو اجتمعتم علی امر واحد لصدقکم الناس علینا و لکان اقل لبقائکم . و حدیث دیگر از جلد دوم اصول کافی چاپ جدید باب اختلاف ایمان : عن شهاب قال سمعت ابا عبد الله يقول لو علم الناس كيف خلق الله هذا الخلق لم يلم احد احد الى آخر حدیث .



بار خواهد شناخت باری غنا و ثروت معنوی جهان بشریت مستلزم حفظ خصائل و امتیازات ویژه گیهای اقوام متعدد است زیرا آنگاه که اختلافات فکری و تناقضات اندیشگی جهان و اجتماع را ترک گوید آن اجتماع در حکم مرده ای بیش نیست و آیه ۴۱ از سوره حج که می گوید: «لولا دفع الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع و بیع و صلوات و مساجد یذکر فیها اسم الله...» «اگر خدا مردم را بدست یکدیگر «دفع نمیکرد» صومعه ها، بیعه ها، معبد ها و مسجدها که در آن نام خدا یاد میشود ویران شده بود» و یا آیه ۱۲۱ از سوره هود «لو شاء ربك لجعل الناس امة واحدة ولا يزالون مختلفين الا من رحم ربك و لذلك خلقهم» یعنی «اگر پروردگارت میخواست مردم را امتی یکانه کرده بود ولی همواره در اختلاف خواهند بود، مگر کسیکه خدا بر او رحم کرد، و برای همین مقصود آنانرا آفرید» همه اینها مؤید این مدعی است.

قرآن پیامبر را آدمی معرفی میکند که همواره در راه خوبتر شدن و کاملتر شدن تلاش می کند، قرآن به پیغمبر دستور میدهد که این دعا را همواره بخواند که: «قل رب زدنی علماً» (خدا یادانش مرا زیاد کن) دکتر شریعتی می نویسد: «این مفهوم ضمنیش این است که حتی تکامل و قانون تکامل معنوی و علمی در شخص پیغمبر صادق است و او نیز در حال کاملتر شدن است و این بعنوان بزرگترین نعمت، مورد در خواست شخص پیغمبر است.

آیا مگر معنی «رب زدنی علماً» غیر از اینهاست؟ در جای دیگر گفتیم که خود پیغمبر گفته است: «رب زدنی تحیراً» (پروردگارا؛ حیرت مرا زیاد کن) یعنی چه؟ حیرت مال کیست؟ از آن کسی است که مغزش قویتر است و دانش بیشتری دارد» گونه گفته است که عالیترین حد کمال که فکر بشر می تواند به آن برسد، احساس تعجب و شگفتی

۱- سلمان پاک لوثی ماسینیون ترجمه دکتر علی شریعتی ص ۲۲.

۲- اسلامشناسی دکتر شریعتی ص ۶۴ و ۶۵

است که برای اودر برابر نمودهای طبیعت پیدامی شود . پس به تکامل نفس دین اعتقاد داریم که خود اسلام هرروز وهرساعت درحال تکامل بوده وپس از این نیز در حال تکامل خواهد بود ، زیرا تکامل ناموس آفرینش و طبیعت است در کتاب آسمانی قرآن بیش از سبده آیه مردم را به تفکر و تذکر و تعقل دعوت نموده و هیچ جامردم را به ایمان کور کورانه دعوت نکرده است حتی قوانین اجتماعی و حقوقی که وضع کرده است برهانی برای هر کدام آورده است «ان الصلوة تنها عن الفحشاء والمنکر ولذکر الله اکبر یعنی (نماز از بدکاری و منکرات جلوگیری می کند . و یاد خدا مهمتر و بزرگتر است) .

و یا آیات مربوط به روزه که تقوی و پرهیزکاری را علت انشاء آن ذکر می کند و این تا آنجاست که از پیغمبر می پرسند دین چیست در جواب میگوید : «الدین هو العقل ولادین لمن لا عقل له» دین همان عقل است و برای آنکس که عقلی نیست دین هم وجود ندارد .

در آیات مختلف از کلمه دین تعابیر گوناگون شده است که بسیار جالب توجه است مثلاً در آیه «مالک يوم الدين» دین به معنای جزاء و حساب آمده است که می توان از کلمه دین به «عدالت» تعبیر کرد زیرا مجازات و کیفر لازمه عدالت است و در آیه دیگر : «ومن يعمل مثقال ذرة خیراً یره ومن يعمل مثقال ذرة شراً یره» هر کس باندازه نردای خوبی کند پاداش آنرا خواهد دید . در این آیه نیز کلمه دین جز عدالت مفهومی ندارد . در آیه دیگر ، «لا اکراه فی الدین قد تبین الرشد من الغی» اجباری و اکراهی در دین وجود ندارد ، همانا رشد از گمراهی آشکار باز شناخته شد و فرق گذاشته شد ، در اینجا می توانیم از کلمه دین رشد و کمال را تفسیر کنیم زیرا که دین رشد را بانسانها نشان داده است ، ملاحظه میشود که تا چه حد در اسلام به آزاد فکری و حریت و دور بودن از تعصب و غرور و جهل و غرض ، تشویق و تحریض شده است زیرا آنگاه که ملتی در قید بردگی فکری دست و پامیزده است هرگز نتوانسته است رشد و شخصیتی از خود



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

## ۷- رنسانس (تجدید حیات علمی و ادبی) ۱ یا نوزائی

در طول دوره رنسانس روش استدلال متوجه استقراء گردید که عبارت است از پی بردن بحقایق عمومی بر اساس و شالوده جزئیات و واقعیات شناخته شده و معلوم و یا استدلال از امور جزئی است تا بقوانین و اصول کلی رهنمون گردد<sup>۲</sup>؛ با اینحال معلوم است که اخذ نتیجه را به مقدمات ماخوذ از کتب مقدسه و آثار ارسطو محمول نمی کرد، تا برای قابلیت انطباق آن ناگزیر به روشیله ای تشبث گردد.

با پیشرفت و گسترش علوم تجربی که مفروضات معموله را از مشاهدات و واقعیات و حقایق مسلم الثبوت اخذ می کند و بطور مداوم مفروضاتش را در پرتو کشفیات جدید بررسی و تجدید نظر مینماید؛ بالنتیجه علوم اجتماعی و حقوقی در عصر حاضر تا حدود زیادی در مسیر یک رشته تحقیقی، علمی و عینی افتاده است، فلسفه حقوق امروز بالاخص در کشورهای انگلوساکسون سازشی است میان مکاتب حقوقی ای که بصورت مطلق و مجرد متعارض بنظر میرسند، بهر حال فلسفه حقوق امروز بر اساس تجربه، واقع بینی اخلاقی، اقتصاد، جامعه شناسی، کار گذاشته شده است بجای تقویت جنبه های نظری امروز باید بیشتر به جنبه های عملی پرداخت، و نظریات و تئوریهای کلی نمی توانند مدت زیادی در برابر زبان فصیح واقعیات مقاومت کنند،

### 1 - Renaissance des lettres et des sciences

۲- مانند اینکه از مشاهده انبساط آهن و جیوه و مس و امثال آنها در مجاورت حرارت، حکم کلی بنمائیم که کلیه فلزات در برابر حرارت منبسط میشوند و بطور کلی قانون سقوط اجسام و انعکاس نور و بسیاری دیگر بهمین طریق بدست آمده است.



تئوریهائی که تحت شرایط خاص آزمایشگاهی خیالی تطبیق داده شده‌اند، واکثر بدون توجه به جنبه عملی قضیه‌اوضاع و احوال متفاوت محلی و مکانی را بحساب نیاورده‌اند، واقعیات تلخ، همه استدلالهای خیالی آن تئوریهارا نقش بر آب کرده است، بجای خیالبافی برای فهم و درک افکار و احساسات دیگران چرا از خود آنان سؤال نکنیم؟ چرا خود را با واقعیات مواجه نسازیم امروز اکثر علوم قابل تجربه و آزمایش شده‌است، در روانشناسی فعالیت‌های غریزی و عاطفی را از لحاظ علل بروز و کمیت‌های آنها مورد آزمایش قرار میدهند و اکثر به نتایج و آثار محسوس میرسند که تثبیت میگردد بگفته یکی از حقوقدانان: «روانشناسی در حال حاضر بعنوان علمی که در ابهام علوم اجتماعی غوطه ور باشد شناخته نیست روانشناسی امروز در زمره علوم دقیقه است با کمک تست‌هایی توان قدرتها، استعدادها و حتی عادات افراد را شناخت و ناظر می‌تواند بوسیله آنها به عمق روح اشخاص پی برد!».

التهایه روش مطالعه متفاوت است و در این وادی بی‌کران دانش بشری، روش‌شناسی<sup>۲</sup> بمانشان میدهد تا در هر علمی از چه طریقه و اسلوبی پیروی کنیم تا به کمال مطلوب برسیم، و این خود حائز کمال اهمیت گردیده است زیرا که طبع و ماهیت هر علمی روش ویژه‌ای را اقتضادارد، در علم حقوق نیز امروز بجای طرفداری از یک مکتب خاص که اغلب موجب رکود و جمود و بالاخره بهم خوردن اساس تجربه و پراگماتیسم حقوقی میشود، از نتایج و نظریات مختلف مکاتب گوناگون استفاده میگردد از آمار و احصائیه‌های مناسب استفاده میشود، ارزیابی اوضاع و احوال و کیفیات اقتصادی که مبتنی بر دانستن ریاضیات عالییه است بوسیله متخصصین و کارشناسان مربوط برای اطمینان به صحت و قابلیت انطباق عملی، وضع و متد، مطالعه حقوقی را بکلی عوض کرده است زیرا که بهترین و نزدیکترین راه برای درک حقیقت مواجه شدن با

۱ - حقوق جزای عمومی دکتر محمد معتضد باهری

واقعتهای زندگی و آزمایش میباشد و این اسلوب همان روش تحلیلی آماری است .  
فرانسس بیکن میگوید : «آدمی لنگ که راه راست و درست را تعقیب می کند از دوندۀ  
چالاکي که در بیراهه است البته پیش می افتد» .

### ۸- قواعد چهارگانه دکارت

در میان اروپائیان امروز دو گونه منطق وجود دارد ، یکی همان منطق ارسطوئی  
است که حشو و زوائد آنرا زده و ساده و مختصر نموده اند و بنام منطق صوری<sup>۲</sup> موسوم  
است در این منطق تحقیق و مطالعه در چگونگی موافقت ذهن با خود ذهن است در صورتیکه  
در منطق عملی یا روش شناسی تحقیق در چگونگی موافقت ذهن با موضوعات و پدیده  
های مختلف خارجی است ، امروز آرزوی دکارت تا حد زیادی برآورده شده است زیرا  
او معتقد بود که علوم کیفی را نیز باید بر اصول کمی استوار ساخت و متکی بر اساس  
ریاضی و علوم دقیقه نمود ، روش تحلیلی او متکی بقواعد چهارگانه بود که عبارتند  
از : بدهات و تحلیل و ترکیب و شماره امور و استقضا : این چندقاعده اساس همه روشها  
هستند و رعایت آنها در هر تحقیق علمی ضرورت دارد . امروز منطق عملی یا روش  
شناسی که قواعد و اصول آن توسط مساعی بیکن و دکارت بدست آمده و تکمیل گردیده  
اهمیت آن از منطق ارسطوئی نزد همگان بمراتب بیشتر است : اکنون بطور اجمال  
به قواعد چهارگانه دکارت از کتاب بسیار معروفش بنام «گفتار در روش درست راه بردن  
عقل» اشاره می کنیم :

۱- بدهات : اولین دستور دکارت اینست که : «هیچگاه نباید هیچ چیز را  
بعنوان حقیقت پذیرفت مگر اینکه روشن و بدیهی باشد یعنی وجدان آن را به شهود  
دریابد یعنی از شتاب زدگی و سبق ذهن سخت بپرهیزم و چیزی را بتصدیق نپذیرم  
مگر آنکه در ذهنم چنان روشن و متمایز گردد که جای هیچگونه شکی باقی نماند» .

۱ - مبانی فلسفه دکتر سیاسی ص ۲۷۷



و این همان شك دستوری است که دکارت از آن آغاز کرد و ابتدا در همه امور شك کرد و سپس از بدیهی ترین آنها آغاز کرد تا نظام فلسفی خود را بنا نهاد .

۲- تحلیل : دومین دستور اینست که : « هر يك از مشکلاتی را که بمطالعه درمی آورم نمیتوانم و باندازه‌ای که برای تسهیل حل آن لازم است تقسیم باجزاء نمایم » البته تقسیم اینجا بمعنی تحلیل است یعنی تجزیه کردن ، پس آبر اگر در کاسه‌ای بدو قسمت کنیم ، تقسیم است اما اگر به ئیدرزن و اکسیژن بدل کنیم تحلیل و تجزیه است و یاعشق بگوئیم مرکب است از تمایل جنسی و حس جمال .

۳- ترکیب : دستور سوم دکارت به این عبارت است که : « افکار خویش را بترتیب جاری سازم و از ساده ترین چیزها که علم بآنها آسانتر باشد آغاز کرده کم کم بمعرفت مرکبات برسم و حتی برای اموری که طبعاً تقدم و تأخر ندارد ترتیب فرض کنم . » این دستور سوم مکمل دستور دوم است و در حقیقت این دو لازم و ملزوم یکدیگرند مثلاً کافی نیست که بدانیم فلان ماشین اجزائش چیست پس از آن طرزسواز شدن اسباب و ابزار و روابطی که اجزاء موتور بایکدیگر دارند نیز باید دانسته شود .

۴- شماره امور و استقفا : آخرین دستور دکارت چنین است که : « در هر مقام شماره امور و استقفا را چنان کامل نمایم و بازدید مسائل را باندازه‌ای کلی سازم که مطمئن باشم چیزی فروگذار نشده است » این قاعده در حقیقت مکمل قاعده اول است پس از تحلیل و ترکیب با توجه به روابطی که امور بایکدیگر دارند باید به استنتاج پرداخت ، این استنتاج در صورتی صحیح است که افکار و معانی چون حلقه های زنجیر بهم پیوسته باشند و در آن حلقه مفقوده‌ای وجود نداشته باشد .

امروز با وجودیکه قسمت اعظم امور حقوقی و اجتماعی جنبه کیفیتی دارند و

۱- برای توضیح بیشتر رجوع شود به « گفتار در روش درست راه بردن عقل ، دکارت

ترجمه محمدعلی فروغی .



از قلمرو آمار بیرون می‌باشند ولی با وجود این روز بروز سعی می‌گردد باینگونه امور نیز جنبه کمیته داده شود ، علوم ریاضی بکمک اقتصاد آمده و علم آمار حقوق را در طریق علوم تجربی انداخته است و شالوده دکترینهای حقوقی و منابع رویه های قضائی را اغلب اندازه گیری های کمی و تحقیقات اقتصادی تشکیل میدهد .

در حالیکه حتی تا قرن هیجدهم اعتقاد بر این بود که علوم ریاضی و اخلاق و سیاست مدن و مانند آنها را بمجرد تعقل می‌توان یقین به حقیقت آنها کرد ولی در علوم طبیعی تعقل و استدلال کفایت نمی‌کند و باید بمشاهده و تجربه پرداخت و این مطلب را ما در آراء جان لاک فیلسوف انگلیسی می‌بینیم ولی بعد ها دامنه تجربه به علوم حقوقی و سیاسی و اقتصادی نیز سرایت کرد .

#### ۹- تکامل طرق اثبات در امور حقوقی و جزائی

از حیث دلائل در حقوق تاکنون به پنج دوره برمیخوریم که بدان ذیلا اشاره میشود .

#### ۱- دوره باستان

در این دوره مقبولیت دلیل و تعیین ارزش آن ، کاملاً در دست رؤسای قبائل و ریش سفیدان طوائف بود ، و اختیارات ایشان را حدی و حدودی نبود ،

#### ۲- دوره مذهبی

در این دوره نیز ارزش و اعتبار دلائل بسته بنظر رؤسای مذهبی بوده است ، احکام بنام خداوند صادر میگردیده ، و مجرم از طرف رؤسای مذهبی تعیین و معرفی و مجازات میشده است .

#### ۳- دوره دلائل قانونی

در این دوره مأمورین کشف بزه بهر وسیله بود ، سعی می‌کردند از متهم اقرار

1 - John Locke (۱۶۳۲ - ۱۷۰۴)

2 - Phase des preuves Iégales

بگیرند ، زیرا اقرار و اعتراف به گناه ملکه دلائل بود و شاه دلیل محسوب میشد ، این سعی برای اخذ شهادت شهود نیز جریان داشت . بازجوئیهای خسته کننده ورنج دهنده ، حمله ها و تزویرها برای بدست آوردن اعتراف به جرم ، کار را با نجا کشانید که در این سیستم رسیدگی جزائی (تفتیشی) بنا بر رویه و سابقه ای که محاکم انگلیسیون و تفتیش عقاید کلیسا بیادگار گذاشته بودند ، حبس و زجر و شکنجه و غیره بکار میرفت و دادرسی بصورت غیر علنی ، غیر تدافعی و غیر کتبی ادامه مییافت ! و بطور محرمانه برای گرفتن دلیل قانونی (اقرار ، گواهی گواهان) این کوشش به عمل می آمد .

ولی تحقیقات روانشناسی نشان داد که بسیاری از اقرارها و شهادت ها از روی سهو یا عمد ، دروغ و بی اساس است ، زیرا علمای روانشناسی در طی تجربیات خود دریافتند که اغلب این اقرار بر بعلت تهدید یا تطمیع و فریب و نیرنگ و یا حتی بعلت قرابت نزدیک و یادوستی و علاقه بسیار شدید به متهم و یا عشق به مجرم اصلی بوده است ، و یا در اثر امراض دماغی از قبیل حس شهرت طلبی و معروفیت میان مردم و یا بالاخره رهائی و خلاصی از وضعیت نکبت بار زندان در سلول انفرادی و بازجوئیهای مفصل و طولانی که منجر به خستگی مغزی متهم میگردد و فشار روحی ناشی از آن و خلاصه بیرون شدن از زندان موقت و سلول مجرد ، به جای بهتر که محکومیت در زندانهای عمومی باشد ، همه آنها ممکن است بساعت اعتراف به یک جرم بی اساس گردد ! و یا بکذب و دروغ آن جرم و بزه را بخود نسبت دهد .

این اوضاع و احوال ناهنجار که یادگاری از دادگاههای کلیسا بود ! از اهمیت اقرار و شهادت کاست و از وسیله دلیل بودن و قانونی بودن و قاطع بودنش کنار رفت . کلیه دلائلی را که قانون پیش بینی کرده بود و بر طبق یک اماره قانونی تغییر ناپذیر برایش اعتبار قائل شده بود و هیچگونه قرینه و اماره ای را در مقابلش مسموع نمیدانست در امور جزائی از اثر افتادند ، زیرا همزمان با بسط علوم روانی ، برای اولین بار



نویسندگان بزرگی مانند ولتر در قرن هیجدهم این سیستم دلائل قانونی را مورد انتقاد شدید قرار دادند ، زیرا آنرا مخالف عدالت و انصاف میدانستند .

### اعتبار دلائل در حقوق اسلامی

از افتخارات حقوق جزای اسلامی اینست که شکنجه و آزار و مجازاتهای خودسرايه برای گرفتن اقرار و اعتراف در آن وجود ندارد ، حقوق جزای اسلامی ، با توجه به اوضاع و احوال زمانی که تشریح گردید ، یکی از شاهکارهای قانونگذاری دنیا است ، در حقوق اسلامی چه حقوق مدنی و چه حقوق جزا اصولاً با عینک عینی<sup>۱</sup> به دعوی و جرم نگاه می کند و اساساً جنبه نفسانی و معنوی<sup>۲</sup> آنرا مورد توجه و نظر قرار نمیدهد . اصل علنی بودن محاکم که در ماده ۱۳۶ آئین دادرسی مدنی ایران<sup>۳</sup> پیش بینی شده است در فقه اسلامی نیز تأکید گردیده که دادگاه علنی باید باشد و حاجب و دربان نباید داشته باشد و حتی از دانشمندان برای مشاوره نیز دعوت بعمل آید ، در فقه اسلامی اقرار و شهادتی که شخص با اکرام داده باشد بهیچوجه مسموع نیست و حتی این مطلب در حقوق مدنی نیز لازم الاتباع است یعنی هر معامله ای 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 یا مکلف بداشتن وکیل مدافع یا مشاور در مرحله بازپرسی است و از اصول مسلم دادرسی کیفری دنیای امروز است در حقوق اسلامی نیز پیش بینی گردیده است زیرا حق دفاع متهم مهمترین وثیقه و وسیله صیانت حقوق فردی و اجتماعی است .

Objectif - 1

Subjectif - 2

۳- ماده ۱۳۶ : «جلسات دادرسی علنی است مگر در موردی که علنی بودن جلسه مخل انتظامات عمومی و یا مخالف اخلاق حسنه باشد که در اینصورت دادگاه می تواند مستقلاً و یا بدرخواست یکی از اصحاب دعوی و یا بدرخواست دادستان قرار غیر علنی بودن جلسه را بدهد .»



## ۴ - دوره دلائل معنوی یا ایمان قاضی ۱

با انتقاداتی که از سیستم دلائل قانونی شد و اینکه افراد اغلب در مورد نشان دادن حالات روانی خود صدیق نیستند و یک نوع علامت را بکار نمی برند و اثبات اینگونه مطالب در روانشناسی فردی ، دوره دلائل معنوی و با علم و وجدان قاضی جانشین دوره قبل گردید و بارزشی که قانونگذار بهر یک 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 امور جزائی بسته بنظر قاضی محکمه گردید . این وضعیت همانطور که معلوم است در امور جزائی مجری و متبع است نه در امور مدنی ، و الا 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 هر چند قاضی متوجه حقایق یک طرف باشد ولی مدارک و دلائل طرف دیگر از نظر قانون قویتر باشد ، الزاماً باید حق را بجانب طرف دیگر بدهد و با اصطلاح مرفقانون 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 و رد دلائل ندارد . خود ، دلائل را سبک و سنگین می کند و بر اساس قرائن و امارات و لواینکه 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 نمی شود مگر تحت شرایطی دیگر که ذکرش بساعت تطویل است .

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

متهمین بجرم و دادرسان و قضات گاهی صدها فرسنگ از یکدیگر فاصله دارند و برخی از دادرسان از اوضاع و احوال متهمین بی اطلاعند درحالیکه دادرسان باید مفصل و دقیق و باچشمائی باز بطور همه جانبه درباره زندگی و افکار و نحوه اعمال و درستی و نادرستی اتهام تحقیق و بررسی کنند ، تا پس از این تحقیقات بتوانند حق را از ناحق بدرستی تشخیص دهند ، چه بسا که طی این تحقیقات جریان پرونده بکلی دگرگون گردد .

در خاتمه باید گفت که در قانون مدنی ایران طریقه دلائل قانونی پیش بینی شده مثلا در مورد اقرار ( ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی ) سوگند ( ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی ) اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی بآنها داده شده مادام که نسبت بآنها ادعای جعل نشده است ( ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی ) و غیره همه ارزش دلائل را قانون تعیین کرده و بسته بنظر قاضی محکمه نیست درحالیکه در امور جزائی چنین نیست ، ولی با اینهمه نمی توان بطور مطلق گفت که طریقه دلائل حقوقی و جزائی متفاوت است زیرا در مسائل حقوقی هم گاهی اوقات مثلا در مورد تعیین ارزش گواهی یا اهمیت قرائن و اوضاع و احوال ، قاضی کاملا اختیار و آزادی دارد و در امور جزائی گاهی اثبات امر جزائی بسته به تحقیق و اثبات امر حقوقی است مثل جرم خیانت در امانت که تاودیعه تحقق پیدا نکند جرم تحقق نیافته است لذا اثبات آن منوط و موکول بدادگاه حقوقی می شود ( ناطه امر جزائی به حقوقی ) .

### هدوره دلائل علمی

کوششهایی که در زمینه جرم شناسی بعمل آمده است و در اثر ترقیات محیر العقول و در خدمت حقوق و عدالت در آمدن آنها و موفقیت هائیکه در این زمینه ها بدست آمده موجب شده است که بعضی از حقوق دانان پیش بینی کنند که بتدریج حقوق جزا بکلی از میان میرود و قاضی جزائی جای خود را به طبیب و جرم شناس خواهد داد بموجب این نظریه يك نوع طب اجتماعی جایگزین حقوق جزا خواهد شد .



مبنای این نظریه يك سلسله تجریبات علمی است که از اواخر قرن گذشته در درباره وقوع جرم از لحاظ ادله فیزیکی، شیمیائی، مکانیکی و غیره و مخصوصاً درباره عوامل شخصی و اجتماعی جرم از لحاظ روانشناسی فردی و اجتماعی و انسان شناسی بعمل آمده است همانطور که در علوم طبیعی از وسائل مادی مانند دوربین و ذره بین و گرما سنج و هواسنج استفاده میشود در حقوق جزا نیز از پزشکی قانونی، طب روحی، استفاده از حالات روانی متهم بوسیله دکتر روانشناس، آگاهی از سوابق و پیشینه اخلاقی و کیفری متهم بوسیله سجل کیفری، استعمال ماشین کشف دروغ و بنض نکار<sup>۱</sup> که به هنگام بازجویی از متهم بکار میرود زیرا در نتیجه پرسشهایی که از متهم بعمل می آید، ممکن است جریان خون مجرم سریع گردیده، و ضربان قلبش تشدید شود و در اثر این التهاب و اضطراب درونی و آثار مشهود آن، وضبط نوسانات حاصله به وقوع یا عدم وقوع بزه از ناحیه متهم پی برده شود چه این آلات و ادوات عمل را خیلی بهتر و دقیقتر از آدمی انجام میدهند، و نقص حواس ظاهره و عدم ثبات عکس العمل و نقائص دیگری را که در انسان وجود دارد، و غالباً منشأ خطا و اشتباه است در آنها وجود ندارد و همچنین بکار بردن هیپنوتیزم و خواب مصنوعی و بکار بردن استنوگرافی برای نوشتن کامل و صحیح سوالات و پاسخهای دادرسان و متهمین و گواهان که فعلاً بصورت بسیار ناقص و بطور خلاصه توسط قضات بعمل می آید و همچنین استفاده از ضبط صوت برای شنیدن مجدد استنطاق و استفاده از وسائل مخابراتی سریع (تلگراف، تلفن، بی سیم، فتو تلگرام و غیره) و تجهیزات ارتباطی مانند (اتومبیل، راه آهن، هواپیما) و بهره برداری از فن عکاسی و انگشت نگاری<sup>۲</sup> و استفاده از کارشناس دوا ساز و شیمی دان برای تجزیه لکه های خون و یا غذای مسموم و غیره استفاده از کالبد شکافی تا از آثار و علائم بطور

### Sphygmographe - 1

Anthropometrie - 2 انگشت نگاری که از سال ۱۸۸۰ توسط دکتر برتیون

فرانسوی (Dr. Bertillon) توسعه یافت .



دقیق و علمی حدود مسئولیت مجرم معلوم گردد، و مؤسسات جدیدی بنام «آزمایشگاههای پلیس علمی» بوجود آمده که کمک بسیار مؤثری به ضابطین دادگستری و پلیس قضائی مینمایند البته این وسائل علمی اغلب برای تشخیص مصداق جرم و یا سایر حوادث میباشد ولی از لحاظ وضع قوانین و مفهوم جرم، قانون بقدرت خود باقی است، و حتی با همه اینها هنوز قاضی مکلف بر عایت عقیده کارشناسان نیست و می تواند عقیده آنان را رد کند زیرا کارشناسان ممکن است دچار اشتباه و یا تهدید و تطمیع شده باشند ولی بهر صورت ارزش کارشناسی بسیار زیاد است کارشناس مانند نوعی شاهد که وقایع و اطلاعات فنی را که قاضی قادر به تشخیص آنها نیست بدادگاه اعلام میدارد، در حقیقت خبره و کارشناس یک نوع شاهد بمعنی اخص است.

خلاصه کارشناسی اعم از طبیب، دواساز، مقوم، مهندس، معمار، محاسب و بانگدار و غیره و ایجاد پلیس علمی، حقوق امروز را در جزائیات در مسیر دلائل علمی و بانگدار و ادوار دیگر را تا حدودی به پشت سر گذاشته است.

## فصل سوم

بحث و انتقاد پیرامون روش تحقیق حقوقدانان اسلامی





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

### ۱-زمینه تاریخی

یکی از امتیازات روش تحقیق در قرون جدید توجه زیاد بر روش مشاهده و تجربه است ، این روش در میان مسلمانان در همان روزگار که اروپا در قرون تاریک عصر اسکولاستیک دست و پامیزد ، رواج کامل داشته است . ابن سینا و زکریا در طب ، جابر بن حیان در شیمی احمد بن کثیر فرغانی و شبان البتانی در مثلثات جدید و ثابت بن قره در ریاضی ، زرقالی ، ابوالوفا قره حرابی و نورالدین البطروشی و ابن یونس در هیئت و حسن بن هیثم و قطب شیرازی و کمال الدین فارسی در فیزیک همه از طریق مشاهده و تجربه به تحقیق می پرداختند و قوانین و خواص طبیعی اجسام و مدار کواکب را رسم و کشف میکردند ، و ایجاد رصدخانه در میان مسلمانان نیز بهترین دلیل بر توجه مسلمانان به مشاهده و تجربه است تا آنجا که یکی از دانشمندان میگوید : « دانشمندان مسلمان مردان عمل بودند نه خیالباف و فرضیه ساز » فقط مسلمانان در یک رشته از تحقیقات خود به تقلید از فیلسوفان غربی به توجیه و تاویلات فلسفی پرداختند و علم کلام را که مانند فلسفه مدرسی مسیحی بود ایجاد کردند و گرنه همواره راه علم و دین از یکدیگر جدا بود و فقیهان و فیلسوفان مسیر مخالفی را طی میکردند و حتی فیلسوفان مادی مذهب آزادانه در محیط اسلامی به تحقیقات خود ادامه میدادند . پس از ذکر این مقدمه کلی اکنون گوئیم که روش حقوقدانان اسلامی در تحقیق در زمینه فقه و اصول از اوائل ظهور اسلام تاکنون دچار دگرگونیها و تحولاتی شده که اجمالا اشاره میشود در صدر اسلام معانی واژه هائی که شارح بکار میبرد کاملا روشن بود و

بصرف استعمال شونده پی بمقصد و منظور میبرد ، ولی بعدها بسبب تطورات و دگرگونی‌هایی که در زبان پدید آمد ناگزیر از مباحثی شدند تا معانی لغات و جملات شارع را روشن کند و مقاصد آنرا آشکار سازد . امر ونهی که شارع اسلام در ابتدا بکار میبرد برای مردم آن زمان بسیار روشن بود ، و جوب ، حرمت ، استحباب ، کراهت و اباحتش را درک می‌کردند ولی امروز برای ما روشن نیست و ابهام دارد و ناگزیر بحث در الفاظ و اشتقاق لغات پیش آمد تا مثلاً در عقود استعمال الفاظ مشترك یا غیر صریح و همینطور حقیقت و مجاز و غیره اجتناب گردد ، و الا در بدو ظهور اسلام آنچه بیشتر اهمیت داشت قصد و نیت و ایمان بود ، زیرا که در اعتقادات ، اصل «انما الاعمال بالنیات»<sup>۱</sup> جریان داشت ، و در قرار دادها و مقاوله نامه ها اصل «العقود تابعة للتصور» لازم الاتباع بود و مسلمانان بالفاظ و عبارات که امروز اینقدر مورد اعتناست توجهی نداشتند ، ولی رفتن رفته پس از رحلت حضرت رسول اکرم و صحابه درباره استنباط احکام ، آراء و عقاید گوناگون و متشکک پدید آمد ، و بدین طریق علوم دینی (فقه و اصول در مسائل عملی ، و کلام و فلسفه اولی یا ما بعد الطبیعه در مباحث اعتقادی) بوجود آمد .

ترجمه کتب فلسفه و منطق ارسطو و کتب طب و ریاضی از سریانی بزبان عربی در دوره عباسی و بویژه در عهد منصور و مامون باین اوضاع و احوال کمک شایان کرد و بلکه خود موجد چنین وضعی بود ، فلسفه‌ای که در اسکندریه<sup>۲</sup> تدریس میشد ترجمه گردید و ترکیب آن که عبارت از فلسفه اشراق و مشاء بود ، با افکار شرقی ، طرز استدلال جدیدی در میان مسلمانان ایجاد کرد ، بطوریکه در اثر مطالعه کتب یونانی ترجمه شده ، در هر چیز به تحقیق و بررسی و استدلال می‌پرداختند . فی المثل در علم کلام و فلسفه اولی درباره صفات خدا بحث می‌کردند که اراده خدا آیا عین ذات اوست یا مغایر

۱- و حدیث نبوی دیگر : «انما لكل امرء ما نوى» .



با آن؟ و با طلب واقعی عین اراده می‌باشد؟ این تتبعات و بررسیها اندک اندک، وارد حقوق گردید. در مطالعات حقوقی نیز عینیت یا غیریت قصد و طلب مورد بحث واقع شد، چنانکه عده‌ای بطرفداری از معتزله<sup>۱</sup> معتقد به عینیت و اتحاد طلب و اراده شدند<sup>۲</sup> و فرقه دیگر از حقوقدانان اسلامی که طرفداری از اشاعره<sup>۳</sup> میکردند معتقد بودند که طلب و اراده یکی نبوده و طلب غیر از اراده است، از این طریق می‌بینیم که حقوقدانان اسلامی متدرجاً بصورت عقود و ایقاعات یعنی به الفاظ و عبارات عنایت کرده و برای هر عقدی الفاظ ویژه‌ای تجویز کردند و به کم و کیف صیغ آنها پرداختند که فی‌المثل فلان عقداگر بصورت صیغه ماضی گفته شود صحیح و بصورت مستقبل باطل خواهد بود و یا غیر نافذ است تا آنجا که فعلاً مباحث الفاظ نیمی از کتب اصول را اشغال کرده است.

۱- معتزله فرقه‌ای در اسلام هستند که پیرو مذهب اعتزال با ادله متعدده عقلی و نقلی، سستی رای اشاعره را نشان داده و آنرا رد کرده‌اند، مذهب اعتزال در آخر قرن اول هجری با واصل بن عطا ظهور کرده و بنیادش در درجه اول بر احکام عقلی گذاشته شده است. معتزله معتقدند به اینکه «عالم پس از خلقت اولیه به خود تفویض شده و اراده خداوند در پیدایش حوادث جهانی دخالتی ندارد، این فرقه بر عکس پیروان اشاعره سخت طرفدار اختیار می‌باشند.

۲- آخوند ملا محمد کاظم خراسانی در آجلد اول کفایة الاصول می‌نویسد: «فاعلم ان الحق كما عليه اهل وفاقا للمعتزله و خلافاً للاشاعره هو اتحاد الطلب و الاراده بمعنى ان لفظيهما موضوعان بازاء مفهوم واحد و ما بازاء مفهوم احدهما في الخارج يكون بازاء الآخر و الطلب المشاء بلفظي بغيره عين الاراده الانشائية و بالجمله هما متحدان مفهومياً و انشائاً و خارجاً». ص ۷۵

۳- اشاعره پیرو جبر دینی که که شعبه ایست از جبر مطلق یا تقدیر Fatalisme می‌باشند و می‌گویند وقوع کلیه افعال بشر به مشیت الهی است و خود مردم هیچگونه تأثیری در حصول آن افعال ندارند نظیر این جبر دینی، «جبر هندسی» اسپینوزا (Spinoza) فیلسوف اروپائی است اشاعره پیرو ابوالحسن علی بن اسماعیل اشعری می‌باشند و متولد بسال ۲۶۵ و متوفی بسال ۳۳۵ هجری قمری است.



در قرن نوزدهم میلادی توجه علمای حقوق اروپا نیز بموضوع قصد و اراده جلب گردید، مثلاً علمای حقوق آلمان مانند فقها اراده ظاهری<sup>۱</sup> را مناط اعتبار قرار داده و حال آنکه علمای حقوق فرانسه با توجه باصل حاکمیت اراده، اراده حقیقی<sup>۲</sup> راملاک و منشا آثار حقوقی دانسته اند.<sup>۳</sup>

حقوقدانان آلمان به پیروی از مکتب اصالت اجتماع از آنجا که اراده را امر باطنی می پندارند و درک آنرا جز بوسیله مظهر مادی و محسوس آن که الفاظ باشد میسر نمیدانند علیهذا اراده ظاهری و عینی راملاک و مناط اعتبار دانسته و بعکس علمای فرانسه به پیروی از مکتب اصالت فرد به الفاظ جنبه موضوعیت داده اند، در حالی که علمای فرانسه الفاظ را از باب طریقت مناط اعتبار دانسته و اراده واقعی و باطنی را مورد توجه قرار داده اند.

قانون مدنی ایران از هر دو نظر پیروی کرده است (روح و مفاد مواد ۱۰ تا ۱۴ بعد) هم از نظریه اراده ظاهری و عینی که مطابق با عقیده علمای آلمان است پیروی کرده است که با روح تعالیم حقوقی اسلامی نیز مطابق است و در جمله «العقود تابعة للقصور» گفته اند مقصود از قصد اراده ظاهری است نه اراده باطنی که عبارت باشد از آن اراده ای که در ضمیر خطوط کرده است خواه مدلول ایجاب و قبول کاملاً مطابق با آن باشد یا نباشد، در قانون مدنی ایران مواد ۱۹۱ - ۱۹۳ و ذیل ماده ۳۳۹ - قصد انشاء را که عبارت از قصد ایجاد باشد مناط اعتبار عقود میدانند و حتی بیع را در میان لالان به وسیله قبض و قباض (بیع معاطاتی) صحیح میدانند این نشان اعتباری است که به قصد یعنی اراده واقعی داده است در حقیقت 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 با عقیده طرفداران اصالت فرد که منبع تمام تعهدات را اراده فرد انسان می دانند

### Système de déclaration de la volonté - 1

### Théorie de la volonté interne - 2

و تنها متعهد را مختار در کاهش آزادی خویش می‌دانند، یعنی آزادی بی‌که پشته‌توانه اش اراده خلاقه انسان است و الفاظی را که حکایت از اراده واقعی نکند پوسته بی‌مغزی بیش نمی‌دانند، ولی از ماده ۲۲۴ قانون مدنی که می‌گوید: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» می‌توان استنباط کرد که اگر یکی از طرفین ادعا کند که الفاظ عقد بیان‌کننده اراده واقعی او نیست باید ثابت کند که الفاظ او در معانی عرفی استعمال نشده است. و با برطبق ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی، اگر اراده ظاهر در سند رسمی یا در سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده است بیان شده باشد، خلاف آنرا با شهادت و امارات نمی‌توان اثبات کرد (ماده ۱۳۲۴).

## ۲- اشاره‌ای به مبحث آزادی اراده از نظر حقوقی

در قدیم در میان ملل و از آن جمله رومیان معاملات از اشکال و قالبهای معینی تبعیت می‌کرده است یعنی برای هر معامله قانون گذار قالبی معین میکرد تا آن معامله در آن شکل و صیغه مخصوص انجام شود مثلاً در حین معامله یا موقع دریافت و ام طرفین شخصاً میبایست با پنچ گواه و یک ترازو و یک شمش فلز بحضور قاضی بروند و الفاظ معینی را از زبان لاتینی بصورت سؤال و جواب ادا کنند، این الفاظ باید حتی از حیث زمان فعل با هم مطابق باشند، تخلف از هر یک از این تشریفات باعث عدم نفوذ و بی اثر بودن معامله میشد، اما در صورت انجام تشریفات بیع و معامله قطعی و لازم الاجرا میگردد، اگرچه روی اکراه و تهدید واقع میشد، شمش فلز و ترازو یادگار دورانی است که هنوز پول مسکوک در میان رومیان اختراع نشده بود که در آن موقع شمشهای فلز بجای بهای مبیع در حضور حاکم وزن میگردد و به وام گیرنده تحویل میشد.

۱- دوره مقدمانی حقوق مدنی دکتر ناصر کاتوزیان چاپ اول ص ۱۸۴ به بعد شماره ۲۱۰ و فصل ششم همین کتاب گفتار مادر باره حقیقت شرعیه.



اینگونه تشریفات ناشی از مدینت‌های دوران باستان است که هنوز بشرفکرش پخته و شکفته نگردیده بود، و الا در اسلام بنا بر مقتضای حدیث: «ان الله خلقك حرا کن كما خلقك» «اصل، استقلال اراده و احترام به شخصیت انسانی است باین معنی که ظهور کمال شخصیت انسان منوط به آزادی اراده اوست و قانون فقط باید جلوی تصادم اراده های آزاد را بگیرد تا تالی فاسدی بر این آزادی مترتب نشود و مصالح جمعی فدای آزادی اراده فردی نگردد نگهداری تعادل بین مصالح اجتماع و آزادی فرد با قانون است و حفظ چنین تعادلی عملا میسر است عده‌ای از طرفداران استقلال اراده بطرف افراط رفته عقیده دارند که هیچ تعهدی نیست که بدون ارده افراد بوجود آید حتی در مورد مسئولیت مدنی اگر تخطی (Faute) وجود نداشته باشد فرض تخطی میشود! یا مثلا ارث بردن از متوفی مبتنی بر وصیت مفروض است! مخالفان استقلال اراده هم بطرف تفریط رفته‌اند و تاثیر اراده فرد را حتی در یک مورد هم انکار کرده‌اند. در فقه اسلام هم از آزادی اراده تحت عنوان اصل اباحه و اصل برائت و اصالة الحظر بحث شده است<sup>۱</sup>.

باری میتوان گفت تاثیری که حقوق اسلام از عقود تشریفاتی و صوری برداشته است اینست که اینگونه تشریفات در میان حقوقدانان اسلامی هم با صورت‌های دیگر رواج یافت ولی باید گفت که عقود در حقوق اسلامی رضائی یعنی بسته بر رضایت طرفین است و حق با اشخاصی باشد که الف و لام او فوا بالعقود (آیه اول از سوره پنجم) را الف و لام جنسی میدانند نه عهدی<sup>۲</sup>.

بهر صورت، با توجه به این مقدمات سابق الذکر معلوم میشود که حقوقدانان اسلامی بچه‌جهت در زمینه فقه و اصول مطالعاتشان به پیروی از منطق و مکتب تفسیر

۱- ترمینو لوژی حقوق دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی ص ۴۲ مکرر.

۲- حقوق مدنی ایران دکتر سید علی شایگان ص ۱۰۵



تحت اللفظ گشاده شده است ، زیرا حقوق اسلامی در پیشرفت تمدن اسلام عامل بسیار مؤثری بوده و برای راهنمایی و هدایت مردم عمل به این قواعد و احکام را لازم و ضرور میدانسته‌اند و این ضرورت عکس‌العمل رهائی از مظالم دوران جاهلیت بوده که تعبد در احکام و مبانی فقهی ، تا آنجا بود که خارج از کتاب و سنت برهانی را جایز نمی‌دانستند ، و اساساً هر مسلم و مرآمی در ابتدای ظهورش این تعبد در مبانی و احکام را لازم و ضرور میدانند .

مسلم است مبانی اسلامی که بر پایه‌های عدالت و انصاف پایه‌گذاری شده و یکی از عالیترین و درخشانترین نظامهای حقوقی جهان است ، لازمه‌اش این بود که مسلمانان با هر نوع تحقیق دیگر از مبانی حقوقی خارجی مخالفت کنند ، اما مقتضیات زندگی و اوضاع و احوال اجتماعی در تغییر و تبدیل است ، قواعد و احکام حقوقی نیز باید با اینگونه مقتضیات زمان هماهنگ باشد ، لذا دانشمندان در فقه اسلامی طریقه و روشی ابتکار کردند که با توسعه اجتماعات هماهنگ باشد و هم احکام و مبانی دینی حفظ و صیانت گردد و آن بحث از الفاظ و تدوین علم اصول است . ولی این روش مطالعه که پیش از پیدائی ماشین صحیح و درست بوده است پس از آن از صد سال پیش با اینطرف ، جنبه افراطی بخود گرفته و درمان بخش همه نیازها و دردها نیست .

### ۳ - اشاره‌ای به مبحث آزادی اراده از نظر فلسفی

جان لاک در باب اراده میگوید : چون مادگرگونی و تغییر در چیزی رامی بینیم و مشاهده می‌کنیم که چیز دیگری باعث این تغییر گردیده برای ما این تصور پیش می‌آید که امر دوم دارای توانائی بر فعل و چیز اول دارای توانائی انفعال است و بهترین صورت برای ادراك این امر ، آنستکه شخص در خود مشاهده می‌کند که فکری یا عملی را می‌تواند بکند و می‌تواند نکند ، و از اینجا تصور اراده حاصل می‌شود که توانائی بر فعل یا ترك آن است و چون این اراده را بکار بیندازیم آنرا

عزم و قصد گوئیم.<sup>۱</sup>

و این همانست که شاعر فیلسوف جلال الدین محمد بلخی گفته است که :

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

فروغی در سیر حکمت می نویسد که : اروپائیان اختیار و اضطرار را به اراده<sup>۲</sup> متناسب می کنند و مثلاً میگویند آیا اراده انسان آزاد است یا مجبور ؟ ولی ما اراده را ناشی از قدرت و اختیار میدانیم و اگر بخواهیم عین تعبیر اروپائی را بگوئیم باید بگوئیم آیا انسان اراده دارد یا ندارد ؟ و این شق اخیر موافق است با گفته ایمانوئل کانت فیلسوف بزرگ آلمانی که میگوید اساساً اراده داشتن انسان نیازی به استدلال و برهان ندارد و اختیار را اساساً امری فطری میدانند که هر کس درست تأمل کند خود را مکلف احساس می کند<sup>۳</sup>

آنچه در انسان دارای اراده است با اصطلاح فیلسوفان نفس (روح) است و از آنجا که نفس یا روح تحت قوانین طبیعت نیست یعنی تحت قانون ترتب معلول بر علت نیست تا ماشینی و مجبور باشد لذا آزاد است و انسان دارای اراده آزاد خواهد بود.<sup>۴</sup>

۱- سیر حکمت در اروپا جلد دوم ص ۸۱ چاپ چهارم

۲- Volonté

۳- سیر حکمت در اروپا جلد دوم ص ۱۶۳ و ۱۶۴

۴- در فصل یکم همین کتاب در گفتار ماکس پلانک درباره اختیار اشاره شد ص ۹



ضرورت موجب یافتن راه‌حلهای  
عینی میگردد

برتر اندر اسل

#### ۴ - پیوند و آمیختگی مطالب فقه و اصول با منطق و فلسفه ارسطو

برخی از فقهای اسلامی در روش اصول فقهی، پابند منطق و فلسفه کلاسیک بوده‌اند و این در زمان خود شاید یکی از محاسن و مزایای فقه اسلامی بشمار میرفته است، ولی - همانطور که قبلاً یادآوری گردید - امروز حقوق جاری مردم بر اساس منطق صرف قرار ندارد، بلکه با تجربه و عمل سروکار دارد و پدیده‌های حقوقی در مسیر مسائل عینی و کمی قرارداد شده‌است، بدون اینکه اجباری در تبعیت فلسفه حقوقی ویژه‌ای لازم باشد و دکتربینهای حقوقی شالوده‌اش بر تعقل صرف قرار گیرد.

بعضی از فقهای اسلامی در روش منطقی کلاسیکی بحدی افراط می‌کردند که اصولاً برای دانشجویانی که منطق ارسطویی و مقداری از فلسفه اولی نخوانده بودند، صلاحیتی جهت اظهار نظر یاراه یافتن بقیه را جایز نمیدانستند، آمیختگی فقه با منطق ارسطویی چنان بندها و قیدهای بدست و پای فقه بست و چنان آنرا در حصار پرپیچ و خم دنیای اشکال منطق صوری زندانی کرد که هنوز هم حصار قرون وسطائی و اسکولاستیکی را نشکسته و آزاد نگردیده است، همانگونه که اگر راجر بیکن و فرانسیس بیکن و دکارت و استوارت میل و غیره نمی‌بودند و حضار پولادین ارسطو را از هم نمی‌دریدند هنوز هم اروپا و دنیا در سیاهی و ظلمت هزارساله فلسفه کلیسا و ارسطو دست و پامیزد و راه نجاتی نداشت و اسیر همان تصورات بود.

تامس هابز<sup>۱</sup> میگوید: «... به جرأت می‌توانم گفت ما مغرب‌زمینیان تاکنون در خرید هیچ‌چیز چندان مغبون نشده‌ایم که در خرید کالای دانش یونانیان و رومیان...»<sup>۲</sup> زیرا افلاطون می‌گفت اصل کلیات است که موجود واقعی است و جزئیات

1 - Thomas Hobbes (۱۵۸۸ - ۱۶۷۹)

۲ - آزادی فرد و قدرت دولت دکتر محمود صنایی ص ۹۳



موهوم و بی حقیقتند و ارسطو فقط جدائی کلیات را از جزئیات در ذهن قائل بوده در خارج ، ولی بهر حال در میان اشکال استدلال آنچه بدیهی الاستنتاج بود استدلال قیاسی بود که از کلی به جزئی میرسید ، لذا مطالعات جنبه درون گرائی پیدا کرد و از ماده و عالم خارج دور گردید ، جنبه آزمایشی و عینی و خارجی نداشت ، در حالی که منطق اسلامی بر وفق قرآن و احادیث همه جا افراد را بعالم طبیعت و ماده و محسوس سوق میدهد و از خیال بافی بر حذر میدارد و خلاصه این بزرگترین انحرافی بود که در تاریخ اسلام در نتیجه تماس مسلمانان با افکار یونانی ایجاد شده است ، و اساساً باید که معارف اسلامی از مطالب حوزه های یونان اعم از مشاء و اشراق و فلسفه مزدوجی که از اواخر نیمه اول سده یازدهم هجری تا اواخر سده سیزدهم رواج داشته است تفکیک گردد .

از طرف دیگر فقهای اسلامی تحت تأثیر تعصب و حساسیت حرفه ای شدید که با حسن نیتی بیشتر میتوان بیک نوع اصالت ناشی از حرفه تعبیر کرد اصول کلاسیکی فقهی تفکرشان را تحت تأثیر قرارداد و باین مناسبت از تجدید نظر کردن که بسیار لازم و ضروری است در موقعیتهای گوناگون و حوادث اجتماعی اجتناب ناپذیر و غیر قابل پیش بینی ، اجتناب میورزند و باین عامل باید اضافه کنیم که فقهای ما چون در عمل و پراتیک با حقوق مدتهاست که سروکار ندارند ، لذا اینگونه واقع بینی هادر مطالعاتشان دیده نمی شود ، واقعیتهای اجتماعی و حقوقی و اقتصادی يك عصر افکار علمای حقوق و اقتصاد و جامعه شناسی آن عصر را نشان میدهد و این واقعیتها در مسیر تحولات خود افکار حقوقی و اقتصادی عصر خود را تغییر میدهند بطور خلاصه يك رابطه علت و معلولی میان این رویداد های عصر با افکار آن عصر وجود دارد .

##### ۵- هدف وسیله را توجیه می کند

از سوی دیگر اساساً قانون وسیله و طریق به مقصود است ، در اجتماع اصل غایت حکمفرما است نه علت و سببیت ، و از اینرو احکام و حقوق اسلامی هم طریق

و وسیله اند برای رسیدن به مقصود که برقراری عدالت باشد، این احکام مقصود و هدف نیستند بلکه مقصد بالاتر از این اصول و احکام است، مقصد و هدف حقوق انسانیت انسان، و مفید بودن برای وی، که همان فعلیت دادن به عدالت است، می‌باشد، همینقدر که یک فرع فقهی مصداق پیدا کرد، بدون توجه باینکه با صدق این فرع در یک مورد آیا عدالت اجتماعی و فردی هم با صدق آن حاصل شده است؟ نمی‌توان گفت که غایت حقوق که انتفاع برای انسان و فعلیت دادن به عدالت است به منصفه ظهور رسیده است، اینجا باید گفت که اینگونه فقیهان در چنگال فروع فقهی آنقدر اسیر مانده‌اند که از هدف و غایت از اینهمه احکام و اصول بازمانده‌اند، در حالیکه حقوق از قانون پدید نیامده است بلکه قانون باید حقوق را رعایت کند و اجتماعات پیش از اینکه قانون بوجود آید دارای حقوق بوده‌اند و حقوق مقدم بر قانون است. یعنی هدف مقدم بر وسیله است، یک وسیله بخودی خود، نه خرب است و نه بد، این هدف است که آنرا موجه یا محکوم می‌کند، اگر قانون وسیله ظلم و انقیاد قرار گرفت باید آنرا از میان برد چه «آنکس که در مقابل قواعدی که دشمن می‌سازد، تسلیم شود، هرگز پیروز نخواهد شد» و لذا است که در جنگ، فقه اسلامی حيله را واجب می‌داند، اما هدف را چه چیز توجیه می‌کند بقول لئون. د. برونشتین: 'هدف را هم این توجیه می‌کند که قدرت انسان را در برابر طبیعت زیاد کند و اعمال قدرت بر انسان را هم حذف نماید.

نگاهی به غزوات و سربته‌های حضرت محمد کافی است که مدعی‌ای ماثبات شود، برای در دست 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 با گذشت شاکی خصوصی نیز قابل بخشش نیست یعنی جرم جنبه عمومی دارد، و این می‌رساند که حدود و تعزیرات و قصاص و دیات و بطور کلی قانون هنگامی لازم



الاجراست که نظام اجتماعی مستقر ، با آن قانون منافات و تناقض نداشته باشد ، توجیهی به معنای لغوی شرع و شریعت که به معنای طریق و راه آب است مؤید نظر ما است .

فقط مسأله پیچیده‌ای که برای فقهای اسلامی اینهمه موجب دوری از کُنه و حقیقت اسلام شده است آنستکه اکثر هدف را باراه اشتباه گرفته‌اند و تا حدودی حق هم دارند چه هدف باراه بقدری بیکدیگر پیوسته‌اند که یکی بادیگری عوض می‌شود و با آن تغییر شکل می‌دهد و گاه اتفاق می‌افتد که یک‌راه تازه ، هدف تازه‌ای را پدیدار می‌سازد و در این جا آنچه که عامل اصلی و تعیین کننده است محرک زهنی نیست بلکه فایده عینی عمل است .<sup>۱</sup>

باری این اوضاع و احوال ناهنجار باعث شد که عدای از فقها که پیرو مکتب تفکیک بودند . بدون توجه بمنطق و فلسفه ارسطو ، استدلالات عقلی را برای پیشرفت علم فقه ضروری بدانند .

ولی متأسفانه امروز طلاب حقوق اسلامی پس از طی چندین سال ، دوره‌ادیات عرب - آنهم بامتد چند صد سال قبل - و خواندن رساله های متعدد در منطق ارسطوئی ( از قبیل : حاشیه و شرح شمسیه ) که اغلب بسیار مغلق نوشته شده و برای دنیای امروز که مطالب باید زودفهم و سریع‌الانتقال و نو باشد تا بتوان از مابقی عمر در امور دیگر استفاده برد ، شایان ارزش نیست .

پس از طی این مرحله نوبت به فلسفه یونان میرسد ( منظومه سبزواری ، شرح اشارات ، اسفار و... ) همه و همه برای صلاحیت ورود به تحصیل فقه و اصول که بصورت یک رشته حقوق تعقلی ، زهنی و منطقی درآمده است ! سپس دانشجو با کتب اصول ( از قبیل : معالم الاصول ، قوانین ، فرائد الاصول یا رسائل ، کفایه ) که چندین سال بطول می‌انجامد روبرو میگردد ، و هنوز باید بسیار خوشوقت باشد ،

۱- در این کتاب ما باز در باره این مسأله مهم و اساسی بحث خواهیم کرد .



زیرا که صاحب «کفایة الاصول» با پیراستن حشو و زوائد از قواعد اصولی راه‌دشوار و طولانی اجتهاد را در زمانی کم برای طالبان آسان و هموار کرد تا در اندک مدتی به مقام اجتهاد فائز گردند!<sup>۱</sup>

### ۶- کتب اصول فقه

آیا کتابهای یادشده در اصول، متن حقوق اسلامی است؟ البته خیر، بلکه اکثر قواعد اصول فقه بخودی خود، نه يك مبني و اصل حقوقی است و نه از قواعدی است که بطور مستقیم به افعال انسان وابستگی داشته باشد. قواعد اصول فقه فقط طریق استنباط حکم است همانطور که اصل بمعنی دلیل و برهان است، علم اصول فقه مباحث علمی و فلسفه حقوق راینز دربر ندارد، و با این بخش از حقوق اروپائی یعنی بخش علمی و فلسفی قابل انطباق نیست، بلکه فقط اصول فقه با بخش متدلوژی یعنی روش شناسی حقوقی قابل انطباق است.<sup>۱</sup>

۱- توضیح اینکه بنظر استاد محمودشاهی از زمان تالیف «معالم» تا تالیف «کفایه» اصول سه مرحله را گذرانده است ۱- مرحله بطوایا توقف ۲- بسط و تقدم ۳- تحریر و تلخیص و ما اکنون در مرحله سوم هستیم.

۲- خوشبختانه در سالهای اخیر جدیدت فراوانی میشود که کتابهای مقدمات حقوق اسلامی را باروشی نوین از لحاظ آموزش و پرورش در اختیار دانشجویان بگذارند از همین قبیل است کتاب: اصول الاستنباط تالیف سیدعلینقی الحیدری چاپ اول سال ۱۹۵۰ و کتب دیگری بفارسی از قبیل: دانشنامه حقوقی، ترمینو لوژی حقوق، مقدمه عمومی علم حقوق دکتر جعفری لنگرودی و مبانی حقوق دکتر موسی جوان و کلیات حقوق اسلامی محمد بروجردی عبده و تقریرات اصول و قواعد فقه محمود شاهی و ملاک اصول استنباط دکتر محسن شفائی

۱- بعبارت فنی تر، مسائل علم فقه جزئی هستند و از ابتدا و بیواسطه با عمل سر و کار دارند، و مسائل سایر علوم نیز از مبادی قضایا برای استنباط احکام شرعی قرار میگیرند. و فقط صغرای قضایا در استنباط احکام هستند، در صورتیکه مسائل اصولی علت استنباط و کبرای قضایای استنتاجی هستند و از ابتدا و بیواسطه با عمل سر و کار ←

اصول فقه همچون فن منطق ارسطوئی که مقدمه تحصیل فلسفه اولی بود ، مقدمه و کلید فقه است ، در این کتابها از قواعدی عقلی و لفظی بحث میگردد که برای استنباط احکام شرعی فرعی بکار میرود ، کتب فن درایه و رجال نیز برای رسیدن به مقام اجتهاد لازم است که در فصول آینده این کتاب درباره آن بحث خواهد شد ، سرانجام دانشجوی حقوق اسلامی پس از طی این کتابها به کتب فقه میرسد (ارقیل : شرایع الاحکام . شرح لمعه ، مکاسب و غیره) .

### ۷- انتقاد از کتب اصول فقه و روش تحقیق حقوقی

مطالب کتب اصول فقه بقدری پیچیده و مغلق و مفاهیم و کوشهای ذهن باندازه ای دور از زندگی روزانه است که کتابهای مزبور گوی سبقت را از کتب فلسفه اولی در قرون وسطی ربوده است ، در کتابهای اصول انسان خود را غرق در موشکافیهای ملال انگیز و در میان جنگلی انبوه از مفاهیم پادرها و تصویری می بیند که گاهی خود را گم می کند و آنگاه بخود می آید که سالها عمر عزیز را تلف کرده است و فقط باقیل و

ندارند ، و یا بگوئیم که قضایای اصولی ، کلی هستند و شامل فرد در مردم و مکلفین بطور کلی میباشد ، در حالی که قضایای فقهی جزئی و شامل حال یک فرد مکلف است . بطور خلاصه قاعده اصولی از دلیل و حجت بودن ادله عقلی بحث می کند که فی المثل این ادله کبرای قیاس هستند و وسیله استنباط احکام شرعی فرعی میباشد ، و مبین کیفیت تکلیف در احکام از حیث وجوب و حرمت و غیره نیستند ولی قاعده فقهی با استفاده از قاعده اصولی و کبری قرارداد آن ، از نتیجه آن در قیاس فقهی تکلیف احکام را از حیث وجوب و حرمت معین می کند و در حقیقت با دو مقدمه یکی اصولی و دیگری فقهی به نتیجه میرسد و بنا بر این در قواعد اصولی ، عقل اعیان خاص و حاکمیت ویژه ای دارد ، در صورتیکه در ادله فقاهتی چنین اعتباری چندان بچشم نمی خورد پس نتیجه در مسائل اصولی که کلی است برای مجتهد سودمند است که آنرا با خارج و عمل منطبق نماید ولی نتیجه قاعده فقهی برای مقلد نافع است و نیازی به زحمت تطبیق دادن با خارج ندارد ، در فصل ششم این کتاب درمبحث استصحاب در این باره بیشتر توضیح خواهیم داد .



قال مدرسه وجدال دربارهٔ وجود ذهنی و بنای قصرهائی از تار عنكبوت در آسمان خیال دلخوش داشته است که شایسته حقوق که با مسائل عملی و زمینی سروکار دارد، نیست، و فقط استعدادی فوق العاده و تاحد نبوغ میخواهد که از عهده فهم این اصول فقه و تصورات و فروض خیالی آن برآید. تصورات و فروض عقلی که ناشی از خیالات نویسنده است، طی ده قرن بعد اشباع در این مقولات اطاله کلام شده که انسان در اعجاب و حیرت و بهت فرو میرود، از اینهمه غورسپهای ذهن و خیال.

مسائلی طرح میشود که در عمل هرگز ممکن نیست انجام شود، بازار فرضیه سازیهای عجیب و غریب چنان در میگیرد که اصل مطلب فدای این فروض تصویری میگردد - در میان فقهای اسلامی شعور درک تناسب میان مسائل اصلا وجود ندارد، برای مسائلی که در همه عمر بدانها نیازی بهم نمیرسد در صورت اتفاق و نیاز چندان امر مهم و خطیری نیستند، بیشتر حرارت و شدت بخرج میدهند، تا مسائلی که با اجتماع و بشریت سروکار دارد و هر روز و هر آن جامعه با آنها مواجه است، نگاهی سطحی به کتب فقهی این مدعی را کاملا اثبات می کند اینهمه بحث در باره طهارت، غسلها، شکایات و مستحبات و غیره مدعای ما را اثبات مینماید.

درفن مباحثه نیز هیچگاه کوششهایشان مجهولی را معلوم نمی کنند زیرا هر یک از طلاب می کوشد تا بر دیگری غلبه کند و فضل فروشی نماید و برتری خود را با اثبات رساند و دلایل طرف مقابل را از روی حقیقت نمی سنجند، و لذا این خوی و عادت ثانوی شده و باعث میشود که هیچگاه نتوانند بدرستی داوری کنند زیرا بیش از آنکه سعی در فهم مطالب طرف مقابل کنند می کوشند استدلالی و لضعیف برای بطلان عقیده طرف پیدا نمایند، آقای مرتضی مطهری می نویسد: «... افراط در مباحثه و شیوع علم اصول در عین اینکه يك نوع قدرت و هوشیاری در اندیشه طلاب ایجاد می کند يك نقص دارد، و آن اینست که طرز تفکر طلاب را از واقع بینی در مسائل اجتماعی دور می کند و بواسطه اینکه حتی منطق تعقلی ارسطوئی نیز بقدر کافی تحصیل و تدریس نمی شود؛ روش فکری طلاب بیشتر جنبه جدلی و بحثی دارد، و این بزرگترین عاملی است که



سبب می‌شود طلاب در مسائل اجتماعی واقع بینی نداشته باشند<sup>۱</sup> .

باری دکارت فیلسوف فرانسوی در گفتار در روش درباره فلسفه قرون و سنی می‌گوید : این جماعت از بس به عقیده‌ای متعصبانه چسبیده اند مانند گیاه عشقه میمانند که هیچگاه از درختی که بآن پیچیده‌اند بالاتر نمیروند بلکه غالباً چون بسر آن رسیدند بزیر بر میگردند و تنزل میکنند و همین ترقی معکوس نصیب اینای زمان ماست چه محققین سلف هر یک مطلبی را موضوع تحقیق قرار داده و تحقیقاتش از بیاناتی که در تصنیفات خود نموده درست مفهوم میشود ولیکن پیروان او از بیانات او میخوانند مشکلات دیگری را هم که مصنف متعرض آنها نشده بلکه شاید هیچ بخاطرش خطور نکرده از بیانات او دریابند<sup>۲</sup> .

بحث طولانی و مشکل «مقدمه واجب» بطوری که بیشتر علمای علم اصول هم معتقدند ثمره عملی ندارد ، ولی با اینهمه از آن دست بردار نیستند و مدت‌ها وقت دانشجویان را در باره آن تلف می‌کنند و نظائر آن زیاد است برای شاهد مثال قسمتی از مقاله آقای مطهری نقل می‌شود «... انصراف از سایر شعب علوم اسلامی از یک طرف و جذابیت و سرگرم‌کنندگی علم اصول از طرف دیگر ، منشاء پیدایش عادتی در میان فضلا و اهل نظر شده که میتوان نام آنرا عادت «مساله سازی» گذاشت ، باین معنی که مسائلی را فرض و تخیل می‌کنند و در اطراف آن مسائل فرضی بی‌بحث و مناظره می‌پردازند و البته ممکن است در همه عمر بشر چنین فرضی واقع نشود ، اما از نظر اعمال قواعد اصولی جالب است که ببینیم جای کدامیک از اصول چهار گانه : یعنی برائت و احتیاط و تخییر و استصحاب یا برخی قواعد و اصول دیگر از قبیل اصالة الطهاره یا قاعده فراغ و تجاوز است .

۱- بحثی درباره مرجعیت و روحانیت چاپ دوم ص ۱۷۵ مقاله مشکل اساسی در

سازمان روحانیت مرتضی مطهری

۲- گفتار در روش درست راه بردن عقل چاپ چهارم ص ۱۶۸

و چون این اصول عملی درجائی جاریست که شکی در کار باشد ، و از طرفی موقعی معما انگیز میگردد که يك علم اجمالی و مبهم هم در کار باشد ، لہذا در این مسائل فرضی و ساخته شده ، « شك » و « علم اجمالی » زیاد بگوش میخورد و گاهی در میان این مسائل فرضی مسائل خوشمزه ای فرض میشود که جالب توجه است ، مثلاً فرض می کنیم شخصی وضو گرفت و بعد رفت داخل اطاق شد : بعد که بیرون آمد علم اجمالی دارد که در وقتی که داخل اطاق شد یا نماز فریضه اش را خواند پس تکلیفش ساقط است و یا بازوجه خودش مقاربت کرد پس نه تنها تکلیف و فریضه اش ساقط نشده بلکه طهارتش (وضو) نیز باطل شده و باید برود غسل کند و نماز بخواند ، حالا تکلیف این شخص چیست ، برود احتیاطاً غسل کند و بعد هم فریضه نماز را ادا کند و یا بنا بگذارد که نماز خوانده و غسل هم نکند یا تنها غسل بکند ؟ حالا آیا چنین فرضی برای کسی اتفاق می افتد یا اتفاق نمی افتد مطلب دیگری است ' و ' جای دیگر در همین زمینه مهندس بازرگان می نویسد : « ... يك روز در هفت هشت سال قبل بقصد محضر و درك فیض مرحوم آية الله بروجردی بخانه معظم له رفتم و در مجلس استفتاء خصوصی وارد شدم . آقا هنوز به بیرونی تشریف نیاورده بودند ، ولی دور تادور اطاق از عده ای مدرسین و از طلاب جوان و علمای مسن پر شده بود ، مساله بسیار دقیقی با حرارت و توجه تمام مورد بحث و مشاجره بود که در یکی از فتاوی آية الله عنوان شده بود ، پس از چند

۱- بحثی درباره مرجعیت و روحانیت ص ۲۳۹ و ۲۴۰ چاپ دوم مقاله مرتضی  
ملہری

۲- محض نمونه يك مثال دیگر از کتب اصول فقه : صبح یقین داشته ام که با وضو بوده ام ظهر فرارسیده ، شك دارم (از جانب رافع) که جنابتی حاصل شده بوده یا بولی خارج گردیده ؟ در این موقع استصحاب کلی «خبثات معنوی» میان دو جزئی (جنابت و بول) وجود دارد و استصحاب کلی می کنیم بدیهی است تشخیص منطق نخوانده باشد ، کلی را نتواند تصور کند ، فرق آنرا با کل و جزئی را در کتب منطق نظری ، مطالعه نکرده باشد ، بحث استصحاب کلی را که یکی از اقسام استصحاب است نخواهد فهمید .



دقیقه‌ای توانستم اجمالا درك كنم راجع به کسی است که در خزانه حمام مشغول غسل کردن است ولی در نزدیکی او مشتری دیگری بالنگی که در دست دارد و این لنگ غصبی است آب خزانه را تکان میدهد. آیا غسل آن شخص باطل میشود یا درست است! تشریف آوردن آقا قدری بطول کشید و فرصتی شد که باطراف با چشم و گوش تفحص نمایم. نظرم به دسته های نامه ها و پرسشهایی که رسیده و جوابهایی که برای امضای ایشان درزیل نامه ها آماده شده بود افتاد. تصادفاً نامه‌ای را دیدم (با اصطلاح استراق بصری کردم) که نوشته بود. اینجانب فلان... دانشجوی سال اول دانشکده پزشکی تهران جوانی مسلمان و نماز خوان میباشم، مسائل و اشکالاتی دارم که با عرض معذرت و ادب از محضر آیه الله میخواهم استمداد نمایم... سؤالات را بترتیب نمره گذاری کرده بود، یکی از آنها راجع به امامت و ظهور حضرت صاحب الامر بود. دیگری ایرادی بود که مادیون نسبت به یکی از استدلالهای توحید می کنند، سؤال آخرش کسب تکلیف راجع به عمل تشریح (کالبدشکافی) که جزو مواد برنامه دانشکده پزشکی است و میخواست حرام یا حلال بودن این عمل و تعداد لزوم غسل مس میت را بداند..

این سؤالات بنده را هم کنجگار کرد و علاقمند کرد بینم چه جوابی درزیل نامه نوشته شده است با اجازه فاضل محترمی که او را ق جلوی ایشان بود نامه را برداشتم. با کمال تعجب دیدم محرر آقا يك دوسطر کوتاه قریب باین مضامین نوشته اند:

راجع بسؤالات اول و دوم خوب است هر کس بفراخور فهم و مقام خود حرف بپرسد. راجع بسؤال آخر هم به رساله عملیه مراجعه کنید...  
دود از کله ام بلند شد! .

من نیز چند سال قبل کتابی درباره حقوق اسلامی نوشته بودم<sup>۲</sup>، از آنجاکه اولین کار من در این باب بود و احساس نقص و اشتباه در آن میکردم، پس از چاپ روزی

۱- مأخذ پیش ص ۱۲۰ مقاله انتظارات مردم از مراجع نوشته مهندس بازرگان

۲- «ارزبایی حقوق اسلام»، حسین نجمیان چاپ شرکت انتشار تهران ۱۳۴۴



باشوق و امیدوی فراوان کتاب را به حضریکی از مراجع تقلید در شهر مشهد بردم ، پس از مدتی معظم<sup>له</sup> از اندرونی به بیرونی تشریف آوردند ، و حدود سه ساعت گذشت تا بالاخره نوبت با ینجانب رسید ، زیرا عده‌ای صورت استخاره داشتند و بعضی استفتائاتی در مورد مسائل عبادی میکردند که جریان برخی از آن مسائل بسیار ذهنی و واهی و خیال انگیز بود ، باری از گوشه مجلس برخاستم و با احترام خاصی بحضور معظم<sup>له</sup> رفتم و ضمن تقدیم کتاب گفتم که حضرت عالی نماینده و پاسدار و حافظ حقوق اسلامی هستید ، این کتاب هم در همین رشته نوشته شده است خواهشمندم اگر ضمن مطالعه باشتباهی یا توضیحی و تکمیلی برخوردار فرمودید ، در حاشیه کتاب یا جداگانه مرقوم فرمائید تا در چاپهای بعدی این تالیف که عنوانش فقه اسلامی است آن اشتباه تکرار نشود .

ایشان پس از اندک ناملی در جواب گفتند: البته شما این کتاب را هبه<sup>مطلق</sup> می‌کنید یا هبه<sup>معوضه</sup> ؟ با این شرط هبه<sup>مطلق</sup> شما معوضه و مشروطه است ، تصدیق می‌کنید اگر شرط ادان شود بینی و بین الله مسئول و مأخون خواهم بود .

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

حرف مرا بلافاصله قطع کرده گفتند : باز هم که نفهمیدی چه گفتیم . اینکه هبه<sup>مطلق</sup> معوضه شد ! .

گوئیا ایشان نفهمیده بودند که هر کس در هر کاری غرض و مقصدی دارد ، اعمال بدون هدف ، خاص حیوانات و دیوانگان است ، در آن موقع بیاد داستان مرد نحوی و کشتیبان در مثنوی مولوی افتادم که مرد نحوی واقعیات را ندیده میگرفت و آنرا فدای حفظ اصول صرف و نحو میکرد ، ایشان هم از غایت میل به حفظ اصول و رعایت تقوی و زهد خشک ، از آن طرف بام افتاده و بجانب دیگر افراط گرائیده بودند

بهر حال به طعنه گفتم : پس کتاب خدمت حضرت تعالی باشد مشروط باینکه آنرا

نخوانید ! بعزم رفتن برخاستم که بروم باز با لحنی ملایم گفتند : راستی میخواستم بگویم که صبحها ناظر من سخت گرفتارم و ملاحظه می‌کنید که اینجا چقدر شلوغ است و من فرصتی ندارم ، دوهفته دیگر پس از نماز مغرب وعشا تشریف بیاورید شاید قدری گرفتاریم کمتر باشد تا ارجاع بآن باهم صحبت کنیم ، دو هفته بعد رفتم ، باز همان مجلس بود و همان اوضاع و تا ساعت دشب بطول انجامید ، زیرا ایندفعه از باب رجوع واستفتائات بیشتر بود ، موقع حرکت آقا گفتند : می‌بینید که چقدر گرفتارم و نمی‌رسم تا کتاب شمارا مطالعه کنم ، خوبست شما بلافاصله پس از نماز صبح به منزل تشریف بیاورید و خودتان کتابتان را صفحه به صفحه براریم بخوانید ، اگر مطلبی بخاطرم رسید بشما خواهیم گفت !

از جای برخاستم و رفتم چه دیگر موضوعی پیشنهاد می‌شد که نه وقتش را داشتم و نه حوصله‌اش را .

همانطور که قبلا نیز یاد آور شدم حساسیت حرفه‌ای و شغلی بسیار شدید نسبت به مفاهیم کلاسیک فقهی ، باعث شده است که در هر مطلبی بلافاصله توجهشان به همان موضوعات خاصی که فکر شان را دائماً مشغول داشته است ، معطوف گردد ، و به ضرورتها و موقعیتها و اوضاع و احوال خارج کمترین توجهی ننمایند . و این آزرگی شغلی و درگیری و ایمان زاهدانه به حفظ اصول بالاخص در امور حقوقی و اجتماعی که با واقعیت‌های عینی و خارجی سروکار دارد و قدری سعه صدر و بصیرت و بینش و سبب می‌خواهد ابدأ تناسبی ندارد .

آنگاه اگر مجلس مباحثه طلاب را دیده باشید . ملاحظه خواهید کرد که چه جار و جنجالی راه می‌افتد و چقدر وقت تلف می‌شود و مطالب بسیار ساده در قلاب اصطلاحات و تعاریف فنی چقدر مغلق و پیچیده جلوه می‌کند و فروض مختلفه روی یک تصور و خیال واهی و تعارض میان باب علم و علمی ، اماره واصل و غیره باین مشکل افزوده و سادگی و سهولت فهم را از میان میبرد ، در حالیکه مسائل اجتماعی بدیهی ترو



ساده‌تر از آنستکه بخواهیم این اندازه در اطراف آن فلسفه بافی کنیم و اساساً معضلات لاینحل اجتماع ما و نیازمندیهای این مردم اینها نیست ، و پیامبر اسلام نیز برای این روشی که فقها در پیش گرفته اند ، مبانی حقوقی این شریعت را بمردم ابلاغ نفرمود ، آیا این کلیات و صور انتزاعی عقل و خیال که موضوعی برایش در دست نیست همان شریعت سهل و آسان و روشن است که پیامبر سفارش و تأکید میکرد که : « بَعَثْتُ بِالْحَنِيفَةِ السَّمِجَةِ السَّهْلَةِ »<sup>۱</sup>

پیامبر پیروان خود را از اشکال تراشی ها و جدلهای بنی اسرائیلی نهی میفرمود و اگر مسائل عبادی و فردی شریعت اسلام تا این حد نیاز به بحث و موشکافی داشت ، در قرآن اینقدر به تفکر و سیر در مسائل طبیعی و اجتماعی امر و فرمان داده نمیشد<sup>۲</sup> و مردم را به خیال بافی درباره شکایات و غسلهای ترتیبی و ارتماسی و استبراء و تنجیح و غیره دستور میدادند ، و جمله معروف پیامبر که : تفکر ساعة خیر<sup>۳</sup> من عبادة سبعین سنه ! « اندیشیدن ساعتی بهتر از عبادت هفتاد سال است » علاوه بر اینکه مقام فکر را تا بی نهایت از عبادت بالاتر و بالاتر قرار داده مفهوم این هم هست که این تفکر با خیال بافیهای واهی در مسائل غیر عملی و شخصی فرق دارد ، افراط در قسمت‌های ذهن‌گرایی و درون‌گرایی<sup>۳</sup> بشر را از مقصود و منظور اصلی و اساسی زندگی بکلی منحرف

۱- تساهل و تسامح یا بردباری و مدارای دینی که بانگلیسی (Toleration) و بفرانسه (Tolerance) گفته میشود عبارت است از تحمل عقاید مخالف و بردباری نشان دادن و به مخالفت بر نخاستن و نیز بدان تسالم نیز گفته‌اند در باره این جنبه از مذهب اسلام مراجعه شود به تمدن اسلام و عرب گوستا اولوبون ترجمه فخر داعی ص ۱۵۷

۲- : اولم يتفكروا في انفسهم ما خلق الله السموات والارض وما بينهما الا بالحق... وان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون و ستریهیم اياتنا في الافاق و في انفسهم حتى يتبين لهم انه الحق ... قل سيرا في الارض فانظروا... که بسیارند .



ودور میسازد ، برعکس علم باید با واقعیت‌های برون‌گرا و عینی<sup>۱</sup> مطابقت داشته باشد ، علی‌علیه<sup>۲</sup> فرمود : « العلم بلا عمل کالسهم بلا وتر » علم بی عمل چون کمان بدون زه است ، یعنی وسیله پرتاب ندارد ، پس بی‌فایده است ، علم با عمل باید توأم باشد تفکر نباید ما را به مقصدی برساند والا هرچه بیشتر ما را دروادی خیال رها سازد و دنیای سرگرم کننده و مشغول کننده ایجاد نماید ، تفکر واقعی نیست .

وفیلسوفان گفته‌اند که کمال مطلوب در فلسفه نظری که به فکر و نظر تعلق می‌گیرد و به منزله صورت و در فلسفه عملی که به عمل تعلق دارد به منزله ماده است و همانگونه که صورت بی‌ماده دارای ثباتی نیست علم بی‌عمل و عمل بی‌علم هم ضایع و تباه خواهد بود . و تا آنگاه که این علم مُلهم و مشوق اقدام و عمل و کارهای مثبت نشود و قرین انزوا و گوشه‌گیری است فائده‌ای بر آن بار نخواهد بود .

اینهمه بحث و جدل حاصل این کوتاه نظری بوده که فقها انسان را غایت نپنداشته‌اند بلکه وسیله انگاشته‌اند ، در حالیکه تمام احکام دینی وسیله‌اند و طریق وصول به غایتی هستند که آن غایت هم انسان است ، و اگر ادای تکلیف می‌کند ، واجبات را بجای می‌آورد ، محرّمات را ترک می‌کند ، برای اینستکه حرمت انسانی اش محفوظ بماند ، که معنی تحقق عدالت هم همین است حساسیت شدید فقها در مورد احکام تا آنجا کشانده که اگر حکمی از نظر مقتضیات زمانی و مکانی ، با فعلیت بخشیدن به عدالت منافی باشد ، آنان اجرای آن حکم را هدف و غایت می‌دانند و انسانیت انسان و حرمت بشری و عدالت گومباش . در حالیکه قرآن غرض از بعثت انبیاء را تحقق بخشیدن به اصول عدالت دانسته است .

در قرآن بیش از هر چیز به اقامه عدل و حق و قسط تحریر شده است ، فقط لغت قسط که عبارت از سهم عادلانه است در بیش از ۲۵ آیه آمده است . فی المثل در سوره حدید آیه ۲۵ چنین آمده : لَقَدْ اَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَاَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ

و الْمِيزَان لِيَقْوَمَ النَّاسَ بِالْقَيْسِطِ وَ أَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ .

یعنی ما پیامبرانمان را با براهین محکم فرستادیم و با ایشان کتاب و میزان حق و باطل را ، تامل و تدبیر به عدل و داد ایستند و فرو فرستادیم آهن را که در آن سختی بی شدید است .

ابوالعالی نصرالله بن محمد بن عبدالحمید از دانشمندان و ادیبان قرن ششم هجری در مقدمه کلیله و دمنه در توضیح و تفسیر این آیه می نویسد :

« نظم این آیات پیش از استنباط و رویت چون تبعاعی مینماید که کتاب و ترازو و آهن یکدیگر تناسبی ندارد ، اما بعد از تأمل ، غبار شبهت و حجاب ریت برخیزد و معلوم گردد که این الفاظ یکدیگر هر چه مناسبتر است و هر کلمتی را اعجازی هر چه فراتر ، چه بیان شرایع به کتاب تواند بود و تقدیم ابواب عدل و انصاف به ترازو و حساب ، و تنفیذ این معانی به شمشیر . »

ولی چه سود که غرور و غرض و تعصب که مخالف اصل تفاهم و تساهل اسلامی است ، مانع از آنست که تجدید حیاتی در حوزه های علمی فقه اسلامی و در کتب مورد تدریس بوجود آید و بدین دوران تاریک قرون وسطائی خاتمه داده شود ، و دو باره حقوق اسلامی در راه نشو ووار تقاء گام بردارد همانگونه که در اروپا با مجاهدتهای فیلسوفان و مردان بزرگی چون رُجر بیکن و فرانسیس بیکن انگلیسی و لئونارد دوینچی ایتالیائی و رنه دکارت فرانسوی و بسیاری دیگر اشتباهات پیشینیان برطرف گردید و دوباره از علم و فلسفه و حقوق کاخی باشکوه پی افکنند ، اگر چه این مهم باین سادگی نصیب آنان نگردید و عده زیادی از دانشمندان و فیلسوفان زنده زنده سوزانده شدند ، عده ای تبعید گردیدند و نفی بلد شدند و گروهی هم از ترس مجال اظهار وجود نداشتند ، ولی با اینهمه این مشعلداران علم و فلسفه نهراسیدند و چراغ علم و فلسفه را روشنی بخشیدند و جمود و رکود فکر دوران اسکولاستیک را دو باره درمان کردند و در مسیر واقعی انداختند و بساط کهنه را برچیدند و طرحی نو در انداختند



که انعکاسش امروز بقول حافظ سقف فلک را نیز شکافته و تحت سلطه درآورده است.  
بهر حال :

دولتی نیست که بی خون دل آید بکنار ، این کار هم فرع بر از خودگذشتگی و علاقمندی است اندیشیدن در راه علاج پیدا کردن دشوار است ، افراد ضعیف الاراده و محافظه کار و خودپرست جرأت فکر و شہسامت اندیشه را ندارند و فقط خود را با خیال بافیها راضی نگاه میدارند و فقط منتظر میمانند تا دستی از غیب برون آید و کاری بکنند ، اینان رشادت مواجه شدن با واقعیات و حقایق را ندارند و فقط خودشان را گول میزنند و با کلیات بافتن دلخوش میدارند و اسیر جهالت و تعصبات خویشتن گشته اند ، در حالیکه دردنیای کنونی دردانشگاهها ، اکادمیا ، مؤسسات و کمیته های علمی و تحقیقی از پنج ساعت صرف وقت و مطالعه ، طبق آمار دقیق و حساب شده بهره می گیرند ، وقت ارزش دارد و بیهوده نباید تلف گردد ، امروز عصر صرفه جوئی در وقت است ، دانشمندان در لابراتوارها و آزمایشگاهها شب و روز تلاش می کنند تا وسائلی برانگیزند و اختراع کنند که زمان و مکان را از جلو پای انسان بردارند و موفق هم شده اند در ظرف چند ساعت از یکطرف کره بطرف دیگر مسافرت می کنند و پس از چند دقیقه که از گذشتن حادثه ای می گذرد تمام دنیا از وقوع آن مطلع میگرددند نامه از امریکا بتهران دوروزه میرسد و ...

با این اوضاع و احوال « زمانه فرصت این کارها بما ندهد » و یک دانشجو در اجتماع کنونی دیگر تاب تحمل و پذیرش این روش مطالعه تفننی را ندارد ، سبک تحقیقی که کوچکترین امعان نظری بواقعیات و حقایق مسلم زندگی ندارد ، چون پلی است که آنطرف آب ساخته باشند ، این تفنن همچون بازی شطرنج فکر را تقویت می کند و ذهن را تشحیذ مینماید ولی باکمال تأسف این منطق صوری و نظری ارسطو ، حقوق اسلامی را از سودمند بودن برای دنیای معاصر بدور ساخته است . این روش منطق صوری که عبارت از توافق ذهن با خود ذهن است توجهی به محتوی فکر ندارد بلکه اساس و شالوده اش متوجه اسلوب و شکل و ساختمان اندیشه است .



بظرف و قالب تفکر توجه می‌کند نه مظروف و محتوی آن ، قوانین این منطق برای قالبها و اشکال وضع شده‌اند نه محتوی . منطق جامد و خشک ارسطوئی با تعریفهایی مختصر ، بزعم خود حقایق مطلق را بدست میدهد ، مثلاً با گفتن : انسان حیوان ناطق . تصور می‌کند که علم اولین و آخرین را درباره انسان ناشناخته در اختیار بشر گذاشته است و مجهولی را معلوم ساخته است .

در حالیکه در منطق امروز اگرچه تعاریف مختصر مجاز است اما آنها حکایت از تمام حقیقت نمی‌کند ، بلکه نسبی بودن تعریف بخلاف اظهار نظر بعضی از مفید بودن و یا علمی بودن تعاریف نمی‌کاهد ، وانگهی اینگونه در باره انسان تعریف کلی کردن ، ظرفی بی مظروف یا پوستی بی مغز را میماند ، زیرا ذهن بدون توجه به عالم خارج که مرحله مقایسه و تجرید و تعمیم از مشاهده امور خارجی است که مقدمه امر کلی بوده‌اند فقط توسط حافظه آنها با لفظ تکرار می‌کند که : انسان حیوان ناطق است ، بدون اینکه معنی آنها بداند و آنگاه چقدر خطاها که از این مفاهیم کلی عاید نمی‌شود ؟ و چقدر ذهن را از واقع و نفس الامر دور میسازد ، زیرا قواعد منطق با همه درستی مجهولی را معلوم نمی‌کند و فایده آن فقط دانستن پاره‌ای اصطلاحات است ، زیرا قیاس ، استخراج نتیجه از مقدمات است و هرگاه مقدمات معلوم نباشد ، نتیجه بدست نخواهد آمد ، و تنها با قواعد منطق نمی‌توان معلومی را بدست آورد ، حال اگر مقدمات درست باشد ، نتیجه خود بخود حاصل است ، زیرا که عقل سلیم و فطرت انسانی بخودی خود قواعد منطقی را بکار میبرد و باینهمه بحث و جدل نیازی ندارد ، باری اگر مجاهدتهای بیکن و دکارت نمی‌بود که پایه منطق ارسطوئی را از بن قطع ساختند معلوم نبود که دنیا تاجه مدت دیگر هنوز می‌بایست در ظلمت جهل و تعصب بسوزد و سیمای جهل علم نمای اسکولاستیک بر افکار فرمانروا باشد .

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

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

باین وجود، دیرگاهی است که قدرت منطق ارسطویی رو به ضعف نهاده، زیرا که در خارج از ذهن و خیال آدمی واقعیت‌ها و حقایق بسیاری دیده می‌شود، که انسان باید بآنها توجه کند و از آنها الهام بگیرد، منطق ارسطو قضایای ذاتی بود و لذا مجهولی را معلوم نمی‌کرد و فقط معنی خود موضوع بود، اما جان استوارت میل<sup>۱</sup> به قضایای عرضی توجهی تام کرد؛ فی‌المثل گیاه جسم نم‌کننده است یک قضیه ذاتی است اما گیاه سبزا است یک قضیه عرضی است و چیز تازه‌ای بدست می‌دهد، و از آنجا که حقوق اسلامی بر مبنای عدالت پی‌ریزی شده، و غایت و هدفش فعلیت دادن به عدالت است و از طرفی دعوی ابدیت دارد، ناگزیر احتیاجات و مقتضیات زمان را باید متضمن باشد و بآن قابلیت انطباق داشته باشد.<sup>۲</sup>

### 1 - John Stuart Mill (۱۸۷۳-۱۸۰۶)

۲- در فرائد الاصول شیخ مرتضی انصاری و قوانین میرزای قمی و تقریرات میرزای نائینی و همچنین کتاب «قواعد فقه» (ص ۲۰ تا ۲۵) محمودشاهی، فی‌المثل در مبحث «شرط در متن عقد» و بحث «اعتباری و انتزاعی» همه از نظر تشعید ذهن، بسیار دلچسب و جالب است. فکر را عجیب مشغول می‌سازد ولی مثالها و مصادیق موضوعات بدرد زندگی روزانه نمی‌خورد.

## فصل چهارم

لزوم انعکاس مقتضیات زمان در فقه اسلامی





## ۱ - مصلحت گرایی یا مکتب اصالت عمل در حقوق اسلامی

ایجادکننده و نماینده مکتب اصالت عمل<sup>۱</sup> ویلیام جمس<sup>۲</sup> فیلسوف و روانشناس بزرگ امریکائی است ، وی ارزش معرفت را در این میدانند که در باره هر چیز به لحاظ مفید بودن و نتیجه‌ای که از آن عاید می‌شود قضاوت گردد ، وی عمل را ملاک و معیار حکم و قضاوت میدانند ، و فکری را درست و مقرون به حقیقت میدانند که محقق یعنی برای عمل ، مفید و دارای نتیجه باشد ، زیرا در عمل و تجربه است که فایده قانون و قانون گذاری معلوم می‌گردد ، و حق و ناحق بودن آراء و اقوال فقط بستگی به نتیجه عملی و تأثیر آنها در زندگی اجتماعی دارد .

ویلیام جمس می‌گوید : « هر قولی را در هر مسأله از مسائلی که بنظر بنگریم هر قدر مهم و معظم باشد اگر در آن موقع فرض کنیم جریان امور عالم موقوف شده و بانتها رسیده و از این پس دیگر هیچ امری واقع نخواهد شد ، در آن صورت خواهیم دید که بحث در آن قول بکلی بیحاصل است بواسطه اینکه مربوط بگذشته میشود و آینه در پیش نیست تا حق و باطل آن قول تأثیری بیخشد »<sup>۳</sup>

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

---

Pragmatisme - 1

(1910-1842) William James - 2

۳- سیر حکمت در اروپا جلد سوم ص ۱۵۴

را بر بنیاد محکم قرار نمیدهد زیرا دیگر تشخیص حقیقت با عقل نیست بلکه ملاک فایده عملی است ، و لذا هر چیز که بتواند احساسات و تمایلات و عواطف ما را ارضا کرده و ما را خوشحال سازد عنوان حقیقت پیدا خواهد کرد ، انتقاد دیگر از هانری برگسن<sup>۱</sup> فیلسوف فرانسوی است وی می گوید : شاید ما اولویت عمل را تصدیق کنیم ، اما خود این تصدیق کار فکر و عقل است ، فکر در عین حال که عمل را بر خود مقدم میدارد برتری خود را نسبت بآن حفظ می کند ، درست است که عمل در نظر و فکر اهمیت قابل توجهی دارد ، ولی علت بودن را با مفید بودن نباید اشتباه کرد ، نباید گفت صحیح است برای اینکه مفید است ، بلکه باید گفت آنچه چون صحیح است مفید خواهد بود و بهر تقدیر ، فکری که تجربه و عمل در پی نداشته باشد ، پوچ و فاقد ارزش است . و آنگاه که فرضیه و یا تزی با تجربه و عمل تسایید شود بصورت قانون علمی درمی آید و از ارتباط قوانین علمی بایکدیگر و تعمیم آنها نظریه یا تئوری فراهم میگردد که عبارتست از تحویل کثرت به وحدت .

از این رو باینکه به مکتب اصالت عمل انتقاداتی شده معذک در مورد حقوق که با زندگی و عمل سروکار دارد این مکتب درخور توجه بسیار است ، تا آنجا که عصر حاضر را بعضی عصر پراگماتیسم و اصالت عمل نامیده اند ، یعنی ضرورت ندارد که بدانیم بعضی دستورات و تعلیمات درست هستند یا نه ؟ بلکه بیشتر امروز باین توجه دارند که در عمل مفید است یا نه ؟ البته اسلام با هر گونه طرز تفکری و عملی که بدون دلیل و برهان باشد مخالف است و برای آن ارزشی قائل نیست ، اخبار زیادی در این مورد می توان ارائه داد که اگر اسلام مکتب اصالت عمل است ، معذک با آنچه جمس امریکائی گفته است کاملاً انطباق ندارد ، اسلام درست نقطه مقابل مسیحیت است که در آن انزوا و گوشه گیری امری مقدس شناخته شده است ، زیرا از نظر مسیحیت هنگامی يك فرد بمقام قدس نائل می شود که قادر بانجام هیچگونه عملی



نباشد که بتواند بدان مبادرت ورزد لذا باین عقیده می‌رسد که در این هنگام اساس اینست که انسان خودش خوب باشد باین معنی که قادر بکار بدن باشد.<sup>۱</sup>

اسلام در چهارده قرن قبل منادی کار و عمل بود، در قرآن سوره ملک آیه ۲ آمده است که:

« آن کسی که مرگ و زندگی را آفرید تا شمارا بگرفتاری و آزمایش در آورد معلوم شود کدامیک در عمل بهتر هستید، در حالی که خدا صاحب عزت و بسیار خطا بخش است » و سوره کهف آیه ۸ و ۷ میفرماید:

« ما آنچه را که در زمین است زینت و پیرایه قرار دادیم تا مردم را مورد آزمایش و ابتلا قرار داده آنها را که در عمل و کردار بهترند مشخص کنیم و همانا که زمین و آنچه را بر زمین است بالاخره بصورت هموار بی‌گیاه خالی در خواهیم آورد »

و سوره سبا آیه ۱۲ میفرماید: « ای خاندان داود بشکرانه نعمتهائی که بشما ارزانی داشتیم کار کنید که مردم اندکی از بندگان من شکر گذارند »<sup>۲</sup>

آیاتی که در آن عمل صالح و امر بآن بصورت تہارتہای مختلفہ آمده است در قرآن بسیار است و ذکر تمام آنها را ضروری ندانستیم و لذا بہمین بسندہ کردیم؛ در روایات بسیاری کہ از پیامبر و ائمہ اثنی عشر رسیدہ است نیز قداست و اصالت کار و عمل تأیید و تاکید گردیدہ است؛ پیامبر خود علیہ انزوا و گوشہ گیری قیام فرمود و مردم را بروح اجتماعی داشتن و کار کردن در منتهای شدت امر فرمود.

در حدیثی میفرماید: « مردم خانوادہ منند؛ سود مندترین ایشان بحال مردم محبوبترین مردم برای منند »<sup>۳</sup> حتی از امام پرسیدند دین چیست فرمود عمل. عرض

۱- درحالیکہ در اسلام اخلاق جنبہ اجتماعی دارد نہ فردی چہ «خیرالناس انفعہم للناس» و این با اخلاق از نظر مسیحیت متفاوت است

۲- درباره اهمیت کار در اسلام مراجعہ شود بہ کتاب «کار در اسلام» مهندس بازرگان

۳- الناس عیالی انفعہم الیہم احبہم الی.

شاید ايمان بقلب و گواهی بزبان چه؟ فرمود ايمان عمل قلب و شهادت عمل زبان است .

و در حدیثی دیگر فرمود: «هر کس که صبح کند و در کار جامعه اسلامی کوششی ننماید مسلمان نیست»<sup>۱</sup>.

و همچنین در جایی دیگر فرمود: «مؤمنان به دین همانند اعضاء پیکری واحد میباشند، آنگاه که عضوی از آن پیکر به ناله و شکوه درآید همگی اعضاء ناله می کنند»<sup>۲</sup>.

و در مقام مخالفت بار هبنایت کلیسا فرمود که: «خداوند بر ما هبنایت را مقرر نفرموده است همانا رهبنایت امت من جهاد در راه خداوند است»<sup>۳</sup>.

و در حدیث دیگر آمده است که: «همه شما به مثابه چوپان و گله دارید و همه شما مسئول یکدیگرید»<sup>۴</sup> که در آن لزوم تعاون و همبستگی اجتماعی تأکید شده است .

## ۲ - لزوم همبستگی در کار

در دنیای کنونی نیز انزوای اقتصادی و اجتماعی محکوم و منسوخ است، زیرا رسیدن به انزوای کامل یعنی بی نیازی از دیگران<sup>۵</sup> و اقتصاد در بسته و محدود بسیار

۱- من اصبح ولم یهتم بامور المسلمین فلیس بمسلم .

۲- المؤمنون كاعضاء جسد واحد ، اذا شکی منه عواشکی منه الاخر سعدی نیز با توجه باین حدیث میگوید :

بنی آدم اعضاء یک پیکرند  
چو عضوی بدرد آورد روزگار  
که در آفرینش زیك گوهرند  
دگر اعضاها را نماند قرار

۳- ان الله تبارک و تعالی لم یکتب علینا الرهبانیه انما رهبانیه امتی الجهاد فی سبیل الله .

۴- کلکم راع و کلکم مسؤول ، عن رعیتہ



دشوار است ، ژاپن در قرن ۱۹ یکبار توانست باین مرحله برسد اما ایالات متحده امریکا و بریتانیا هرگز نتوانستند با نزوای کامل برسند ، زیرا نیروهای تولیدی نمی توانند در حدود ملی بسیار تنگ خود تکامل یابند و سیاست قطع رابطه نزدیک با ملت های دیگر ، راه بهتری برای حفظ منافع ملی بشمار نمی رود و جایش را لزوم همبستگی اقتصادی گرفته است و این همبستگی در روابط اقتصادی بین المللی بر مبنای تقسیم کار که پیشرفت تکنیک آنرا تشدید کرده و توسعه بخشیده است میباشد ؛ تقسیم کار امروز جنبه جهانی پیدا کرده است ، این هم بستگی مشترک کشورها به یکدیگر بر مبنای بحث در فرضیه های مربوط به مبادلات بین المللی و تجارت بین المللی کار گذشته شده است .

صنعت جدید از اهمیت رقابتی که در سابق معمول بود بسیار کاسته است و صنایع گوناگون و نواحی مختلفه دنیا را بمراتب بیش از سابق بهم مرتبط نموده است ، امروز این فکر که رقابت بیش از همکاری سود مند است کهنه و منسوخ شده است و امروز هر ملتی که خواهان نعمت و فراوانی است باید بجای رقابت با سایر ملل همکاری کند ، نمونه این همکاریها در طرح مار شال و در سازمان همکاری اقتصادی اروپائی و طرح کولومبو و امروز در سازمان ملل متحد ، شعبه خوار بار و کشاورزی و بسیاری دیگر دیده میشود .

### ۳- تحقیقات اقتصادی و حقوقی در دنیای معاصر

تحقیقات اقتصادی و حقوقی در دنیای کنونی باید بر اساس مبنی و متد علمی و اطلاعاتی از مسائل جاری اقتصادی و سیاسی باشد ، باید از جمع آوری و ارزیابی آمار

---

۱- جهانی بین ترس و امید ، تیپور مند ترجمه خلیل ملکی و ناهماهنکی رشد اقتصادی و اجتماعی در دنیای معاصر تألیف دکتر عبدالرحیم احمدی ص ۳۰۴ و ۳۰۵ و بعد و سوسیالیسم ژرژ بورژن و پیر لامبر ترجمه منصور مصلحی (مجموعه چه میدانم) ص ۲۹ پاورقی .



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

اما در برابر این روشهای علمی و فنی امروز ، متأسفانه فقها و حقوقدانان اسلامی ابداء روشهای جدید تحقیق در علوم توجیهی نکرده اند ، ولذا فنونهای جدید حقوقی عصر جدید در آثار و تألیفاتشان اثری برجای نگذاشته است . و از طرفی هنگامیکه رشته فقه و اصول باینصورت ، کسب صلاحیت و اطلاع و احاطه بر آن ناگزیر از زحمت و مشقت و هزاردت بیش از ۲۰ سال باشد ؛ بدیهی است که گرفتاریهای روز مره مجال اینهمه بحثهای فنی را نمیدهد و به مذاق مردم این زمان و نیاز مندیهای آنان این سبک تحقیق سازگاری ندارد ، امروز متدمطالعه باید نو ؛ فنی و علمی باشد ، منظور از اینکه مطالعه باید علمی باشد آنستکه تخیل و تعقل هر دو تابع مشاهده و تجربه و آمارهای تحلیلی شوند ، زیرا امور محسوس و مشهودی که قابل آزمایش هستند اعتبار دارند ، و البته باین ترتیب علم پایه اش فقط بر جزئیات گذاشته خواهد شد ، و همانطور که میدانیم ادراک جزئیات علم نیست ولی منظور اینجا اینست که این جزئیات ما را به کلیات برساند و یا اینکه علم جزئیات را در تحت کلیات درآورد ، در مرحله علمی بدو با امور مطلق و کلی پرداخته نمی شود ، زیرا که امر مطلق و کلی بمشاهده و تجربه در نمی آید و فقط به تخیل و توهم درمی آید که آنها هم در روش علمی اعتباری ندارند ، زیرا در علوم آنچه معتبر و مسلم است امور نسبی و اضافی است نه امور مطلق و کلی ، پس در روش علمی فقط فنونها و پدیده هائی که خواصی عارضی دارند و می توانیم آنها را ببینیم و بسنجیم و اندازه بگیریم مورد توجه قرار داده می شوند .

و قواعد و قوانین آنها کشف یا ابداع می گردد و لذا بقول اگوست کنت فقط این مرحله است که می توانیم آنرا مرحله تحقیقی بنامیم والا در روشهای دیگر بیشتر قوای تخیلی و تعقلی بکار می افتد و لذا دیدیم که در هزار سال دوران قرون وسطی افکار بشر صرف این کلی بافیها و تخیلات و معقولات گردید و نتیجه ای از آن دوران سیاه عائد

انسان نگردید و اگر امثال بیکن و گالیله و دکارت پابمیدان نمی نهادند ، همانطور که قبلاً هم یاد آور شده ایم ، بشریت هنوز هم در همان سیاهچال محبوس بود .  
 پس وقتی میگوئیم مطالعه باید علمی باشد: منظور از علمی اینستکه اولاً منظم باشد. اطلاعاتی پراکنده که نظامی را تشکیل نمیدهد ، یک مطالعه علمی را نشان نمیدهد .  
 ثانیاً علم باید بر اساس متدوروش معین باشد ، یعنی ابتدا محقق تجارب و اطلاعات خویش را به مدد خیال نظام می بخشد (مرحله فرضیه) و در مرحله بعد صحت و سقم آنهارا مورد تجربه قرار میدهد و اگر مقرون به صحت بود قانون علمی پدید می آید ، و در مرحله چهارم از پیوند و آمیختگی چند قانون علمی ، نظریه پدید می آید ، ثالثاً علم باید قوانین واقعیت هارا بیان کند . ولی معدنك قوانین علمی در اثر مرور زمان تکامل می یابند و گسترش و ژرفای بیشتری پیدامی کنند بطوری که هر قانون مکمل قوانین پیش از خود میگردد .

#### ۴- مراحل سه گانه آگوست کنت :

آگوست کنت در تحقیقات خود در باب هیئتهای اجتماعی اروپائی می گوید سیاست یا حکومتی که مطابق با مرحله ربانی باشد ، دارای روح جنگی و نظامی است ، زیرا که حس خود پرستی مردم در این مرحله غالب است شاهد مثال این مرحله در اروپا قرون وسطی است که مذهب کاتولیک رواج داشت پس از آن در قرون ۱۶ و ۱۷ و ۱۸ مرحله فلسفی پیش آمد در این دوره احوال حکومتی و سیاسی مرحله حقوقی و قانونی را پیمود و مردمان دنبال تحصیل حقوق و اختیارات رفتند .

و اکنون که با مرحله تحقیقی<sup>۲</sup> رسیده ایم احوال مدنیت در تحت تاثیر صنایع و پیشروی و چگونگی تولید ثروت و ایجاد محصولات و کالای کارخانه ای است و تعیین

۱- زمینه جامعه شناسی آگ برن و نیم کف اقتباس دکتر آریان پور ص ۴۳ و ص ۴۶



تکالیف مقدم بر تشخیص حقوق و اختیارات است و حواس همه متوجه حل مسائل اجتماعی و مناسبات کارگران و کارفرمایان می باشد که بچه ترتیبی باید مردم بتوانند کار کنند و نیز قوه عقلیه خود را پرورش دهند که اساس ترقی مدنیت همانست<sup>۱</sup>.

### ۵- قرآن از دریچه فکریک غربی

بعضی از محققین غربی از جمله مستشرق فرانسوی ژول لا بوم<sup>۲</sup> کتابی تحت عنوان تفصیل آیات القرآن<sup>۳</sup> تنظیم کرده است و در آن از دریچه تازه ای به قرآن نگریسته که از این نظر تاکنون نیز از نظر اغلب مسلمین پنهان بوده است، وی آیات را بر حسب موضوع دسته بندی و تفکیک نموده و هنگامی که فهرست کتاب را نگاه می کنید و در هر موضوع تعداد صفحاتی که آیات مربوطه را شامل است شماره و مقایسه می کنید بسیار قابل توجه و تعمق میباشد<sup>۴</sup>.

۱- در تهذیب اخلاق	۱۸۴	صفحه
۲- در عقاید	۹۶	»
۳- نظام اجتماع (از دواج- خانواده- رحم- خدمه- قبیله- شوری - شرکت- دولت- ظلم- مالکیت و مالیات- قشون و جنگ- مقررات قوانین)	۹۱	»
۴- توحید	۸۸	»
۵- پیروزی (پیروزی- ابتکار- عمل- کومک الهی)	۸۴	»
۶- تورات	۸۴	»
۷- دین (برهیز کاری- ایمان- اهل کتاب- روز حساب - قضا و قدر- گناه- توبه و غیره)	۷۵	»
۸- عبادات (نماز- روزه- زکوة- حج- مساجد و غیره)	۳۴	»

۱- سیر حکمت در اروپا جلد سوم ص ۷۴

Jules la Beaume - 2

Le koran analysé - 3

۴- مرز میان دین و امور اجتماعی مهندس مهدی بازرگان



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

«از این مقایسه آماری اجمالی اولاً خوب فهمیده میشود که معنی و برد «بعثت لانتم مکارم الاخلاق» چیست و چقدر این مهمترین ماموریت پیغمبر از میان خواص و عوام مادور شده است .

ثانیاً فصل عبادات یا در حقیقت موضوعات فقه و رساله ها که تقریباً ۹۰٪ افکار و اعمال ووظایف دینی ما را اشغال کرده اهمیت نسبی آن بلحاظ قرآن چقدر ضعیف است همچنین مسأله تبلیغ که بعضی ها آنرا در راس برنامه خدمات و تکالیف دینی قرار میدهند مرتبه 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 و تعلیم فکری که هر دو اینها در حکم زمینه و پایه هستند امور اجتماعی یا نظام اجتماعی است .»

در مورد مطالعات حقوقی نیز امروز حقوقدانان اروپائی آنرا از واقعیات و زندگی خارج نمیدانند تا متوسل به کلی بافی و تخیلات گردند و از همان مطلب

فوق العاده بدیهی و ضروری و ساده بازماند .

### ۶- مکتب تفسیر تحت اللفظ

بیش از این در فصل دوم در باره مکتب تفسیر تحت اللفظ بحث کرده بودیم که در این مکتب کلیه اصول حقوقی را در عبارات قانونی مندرج میدانستند و جای هیچگونه تحقیق و جستجو در خارج از مواد قائل نبودند ، این مکتب چون با اکتشافات و نیاز مندیهای قرن بیستم منافات داشت متروک گردید مطالعه روش فقهای اسلامی از نظر حقوقی تا حدودی یادآور این مکتب است ، و یکی از جهات توقف این رشته را نشان میدهد ، زیرا فقهاء احاطه کامل بدستور زبان و ادبیات عالی عرب را کافی میدانستند ، و اصولی از منطق از قبیل : مفهوم مخالف ، وجه شبه ؛ طریق اولی ، عکس قضیه ، عکس مستوی و برهان ضد و غیره را برای تفسیر اصول حقوقی بکار میبردند .

در علم اصول - که سابقاً نیز یاد آور شده ایم - مبحث الفاظ که تقریباً نیمی از کتب مربوط باین فن را اشغال نموده و در حقیقت از مبادی این فن بشمار میرود ، در باره وضع و اقسام آن ، ترادف ، اشتراك ( لفظی و معنوی ) ، حقیقت و مجاز ، وجوب و ایجاب ، منطوق و مفهوم ، عام و خاص و مسائل بیشمار دیگر به بحث میپردازند برای کلیه این مباحث کتب قطوری نوشته شده و در طی ده قرن بقدری در جزئیات و فروع مطالب کار شده که کمتر سیستم حقوقی بی نظیر آن میتوان یافت ، مطالب فقه بر مبنای تفسیر تحت اللفظ از کتاب و سنت کار گذاشته شده و از حدود شمول آن خارج نمیگردد ، بدینگونه که در طرز تطبیق بر امور خارجی و انطباق عملی با مقتضیات جدید در آن قصور و کوتاهی شده و میشود ، در حالیکه در قواعد حقوقی غایت و کمال مطلوبی که هدف از این قواعد است فعلیت دادن بعدالت است و همین عدالت ، محتویات قواعد حقوقی را باید تشکیل دهد ، همانطور که اشاره کرده ایم که در قرآن هدف از بعثت انبیاء را فعلیت دادن به عدالت دانسته است .

در همه کتابهای فقه چیزی که وجود ندارد ، سیر در طبیعت و نگاه به احوال انسان و مقتضیات عصر است ، از دنیای خارج و دوره های مختلف اقتصادی قطع نظر شده است در حالیکه روش مطالعه و تحقیق در هر یک از مراحل اقتصادی با دیگری متفاوت است ، قرآن بیش از هر کتاب آسمانی دیگر انسان را به تحقیق در باره احوال و اطوار گذشته ، حال و آینده بشری بر مبنای مکتب تحقیق تجربی سوق میدهد ، بدیهی است که انسان باستانی فقط در نواحی گرم میزیسته و هر فردی تقریباً دو میل مربع زمین برای تهیه غذای خود لازم داشته است ؛ ولی مراحل مختلفه زندگانی او پیشرفت او را برای تهیه غذای خود نشان میدهد ، ابتدا مرحله پیدایش سلاحهای ساده است که وی را به شکار حیوانات و صید ماهی توانا میسازد ( مرحله اقتصاد شکاری و شکار ماهی ) و بعد مرحله اهلی کردن حیوانات پیش می آید ( مرحله اقتصاد شبانی ) و سپس مرحله فلاح و صنایع دستی کوچک پیش می آید ( مرحله اقتصاد کشاورزی و صنایع یدی ) و بالاخره پس از مدتی بمرحله انقلاب صنعتی میرسد ، پس در هر یک از این مراحل رژیمهای اقتصادی از قبیل : برده داری <sup>۱</sup> ، فئودالیسم <sup>۲</sup> ، کاپیتالیسم <sup>۳</sup> و بالاخره سوسیالیسم <sup>۴</sup> مطالعه و تحقیق با دیگری متفاوت است ، چه حقایق در عالم اجتماع و حقوق نسبی و اضافی است و جریانی تکاملی و دینامیک دارد و یا بعبارت بهتر حقیقت بدون زمان پوچ و بی معنی است و ما این مطالب را در فصول آینده بیشتر باز و روشن خواهیم کرد .

در دنیای امروز ، مطالعه روحیات و عواطف و انگیزه های انسان در روانشناسی عمومی و بالاخص روانشناسی اجتماعی <sup>۵</sup> که موضوعش روابط فرد با جامعه و تاثیرات

Le regime servage - 1

Le regime feudal - 2

Le regime capitaliste - 3

le regime socialisme - 4

Psychologie Sociale - 5



متقابل آنها در یکدیگر است ، یکی از رشته‌های ضروری محقق و کارشناس علم حقوق است ، زیرا نتایج علمی این تحقیقات در اصلاح اوضاع اجتماعی و وضع قوانین و مقررات مناسب و در چگونگی اجرای عدالت مورد استفاده است . همچنین جامعه‌شناسی<sup>۱</sup> که واضع آن اگوست کنت است و از مهمترین علوم اجتماعی شمرده میشود و اقسام گوناگون آن از قبیل جامعه‌شناسی دینی ، اخلاقی ، حقوقی و اقتصادی نیز برای محقق علم حقوق لازم است و بهمین سبب است که در همه دانشکده‌های حقوق جهان ، سوسیولوژی کرسی دارد و تدریس میگردد . و حتی روانشناسی فردی نیز برای يك قاضی و حقوقدان ضروری است زیرا قاضی‌بی که از طبیعت بشری بی اطلاع باشد هرگز در هیچ دعوائی صحیح قضاوت نخواهد کرد .

باید به کلیه نیازمندیهای مادی و معنوی مردم توجه و امان نظر گردد و معرفت کامل به جغرافیای طبیعی ، اقتصادی و سیاسی محیطی که در آن زیست می‌کنیم و برای مردم آن فتوی میدهم ضرورت دارد .

در عصر حاضر ، مردم هیچگاه برای الفاظ و کلمات و بحث در اشتقاق لغات و آنچه به مفهوم ادبیات و مکتب تفسیر تحت اللفظ است . ارزشی قائل نیستند ، و زندگی خود را با آن قابل انطباق نمی‌دانند ، این ادبیات حقوقی<sup>۲</sup> دردی را در ما نبخش نیست ، يك ماده قانون مدنی فرانسه<sup>۳</sup> از ۱۶۰ سال قبل تا کنون بدون اینکه تغییری در کلماتش

1 - Sociologie - جامعه‌شناسی ، تأسیس این علم از مفاخر اگوست کنت فیلسوف فرانسوی است ( ۱۷۹۸-۱۸۵۷ ) و همچنین فلسفه تحقیقی Positive Philosophie نیز موجدش این حکیم میباشد ، ولی در قدیم جامعه‌شناسی با اخلاق همکاری داشته و در اسلام از جمله کسانی که بدان پرداخته این خلدون است که بگفته مرحوم دهخدا ، مونتسکیو روح القوانین را از وی اقتباس کرده است ولی با اینهمه جامعه‌شناسی از اگوست کنت بیعد بصورت يك علم درآمد و وی پایه جامعه‌شناسی علمی را بنیاد نهاد .

2 - Litérature Juridique -

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

داده شود تحت چندین سیستم اقتصادی و سیاسی قرار گرفته و لاجرم چندین گونه معنی و رویه قضائی یا تفقه در افزایش بوجود آمده است ، البته این ادبیات حقوقی لازم است ولی کافی نیست ، اگر مجتهدی که اهل ایران نیست یا بایران نیامده و دست کم مطالعاتی در اوضاع و احوال این مرزوبوم از همه جهت ندارد ، آداب و رسوم ، عرف و عادت و وجدان حقوقی ، و آب و هوای طبیعی این کشور را نمیداند به جغرافیای سیاسی اقتصادی ، و طبیعی و نژاد و جامعه شناسی و انسان شناسی ما آشنا نیست ، بصرف اینکه ادبیات خواننده و اصول و رجال و درایه را میدانند نمی تواند و نباید در مسائل حقوقی و اقتصادی ایران فتوی دهد ، حقوقدانی که از روح علمی و سعه صدر و آزادی فکری که بالاخص در مسائل اجتماعی و حقوقی لازم و ضروری است ، بی بهره است هر فکر تازه ای را نه تنها محتمل الصحه نمی انگارد بلکه بحکم تازگی مورد طعن و لعن و سب و شتم قرار میدهد .

دردنای امروز ؛ مسائل حقوق خصوصی ( مدنی ، تجاری ، کار و بیمه های اجتماعی ، جزای اختصاصی و غیره ) که منفک و جدا از حقوق عمومی و خط مشی سیاسی

---

1 - ( La Jurisprudence ) رویه قضائی که بمعنی تفسیر و تفقه در حقوق آمده از جانب قضات محاکم در آراء صادره است و این يك وسیله علمی است برای رفع نقیصه های قانون از قبیل ناتمام بودن یا ابهام یا اجمال آن ، این کار اگر توسط دانشمندان صورت گیرد بدان دکتترین ( La Doctrine ) گویند یعنی نظریات و عقاید علمای علم حقوق و مجتهدین در تفسیر قوانین که دارای ارزش علمی و معنوی بسیاری است ، و اگر توسط قضات در عمل صورت گیرد بدان رویه قضائی گویند زیرا قانون هر چه قدر کامل باشد باز دارای سه نقیصه است ۱ - عمومیت ۲ - ثابت بودن ۳ - نارسا بودن نسبت به بعضی از حالات و از این رو برای رفع آن از منابع دیگر حقوقی باید استمداد گردد که از آن جمله دکتترین و رویه قضائی است این دو معنی در سیستم حقوق فرانسه است ولی در سیستم حقوق کمان لو ( Common Law ) انگلیس برای دکتترین و ژوریس پرودانس معنی و مفهوم دیگری است مراجعه شود به جلد دوم مبانی حقوق صفحه ۱۵۰



اقتصادی باشد ، مورد اعتنا نیست و نمی تواند باشد ، زیرا در این عصر اقتصاد - مادر سیاست ، و سیاست هم در حقوق و روابط افراد مردم بایکدیگر اثرات غیر قابل انکار و تردید دارد ؛ تحولانی که متعاقب ماشینیسیم در دنیا پدید آمد ، حقوق همه کشور ها را آنچنان تکان شدید داده است که می توان انعکاس تفاوت نیروی بازوی انسان را با برق و ماشین بخار در حقوق نیز ملاحظه کرد ، تضادهای اقتصادی در دنیای امروز بدون استثناء موجب تضادهای سیاسی هستند که دنیا را به دو بلوک متخاصم تقسیم کرده است ، و تا این تضادهای اقتصادی برداشته نشود محال است که اختلافات رفع گردد ، ماشین تسهیلاتی در امر حمل و نقل اشخاص و اشیاء ایجاد کرده که منجر به پدید آمدن رشته های حقوق دریائی و هوائی و مقررات مربوط به راه آهن شده است و توسعه روز افزون تقسیم کار که احتیاجات اقتصادی آنرا بوجود آورده و ناچار پدید آورنده تخصیص و تخصص افراد در رشته های گوناگون از صنعت و کشاورزی و غیره میباشد . در تمام این رشته ها ، اجبارا باید به نظام اقتصادی و تکنولوژی جدید تسلیم گردید و از ماشین بهره برداری کرد ، امروز بدون تردید نمی توان مانند دوران گذشته با الفاظ و کلمات بازی کرد ، و دور خود حصار کشید و در را برای همیشه بروی خود بست ، و آنگاه با کمال تعجب برای احتیاجات مردمی که خود در داخل این مرزو باروزندگی نمی کنند

۱ - برتراند راسل میگوید که این عقیده که سیاست تابع اقتصاد است در آثار کارل مارکس از آنجهت پیدا شده که مارکس هنوز تحت تاثیر نطله عقلی ( Rationalisme ) قرن هیجدهم بوده و خیال میگردد است که آنچه مردم بیش از هر چیز خواهان آن هستند ثروتمند شدن است ، پس از او تجربه نشان داد که چیزی هم یافت میشود که مردم آنرا حتی از ثروتمند شدن هم بیشتر دوست دارند و آن در فقر نگهداشتن دیگران است همینکه تجارت بین افراد بیشتر تبدیل به تجارت بین ملتها شود ناچار قدرت نظامی در آن سهمی عظیم خواهد یافت و بهمین دلیل سیاست روز بروز بیشتر بر اقتصادیات غلبه پیدامی کند . امیدهای نو ترجمه دکتر سید علی شایگان ص ۱۳۰



فتوی و رای داد و اظهار نظر کرد. درست است که علمای اسلامی با سیاست بی پدر و مادر امروز که برای ما چیزی جز بدبختی و فقر و مسکنت بارمغان نیاورده است، مخالف میباشند، ولی سیاست اگر بمعنی جلوگیری از ظلم و اجحاف، جلوگیری از تجاوز به حقوق انسانی و ممانعت از استثمار و گسستن زنجیرهای بردگی باشد، آن عین اسلام و بلکه از واجبات و فرائض است و هر مسلمانی باید که در آن دخالت کند، مسلم است برای مبارزه علیه همان سیاست بی پدر و مادر امروز که دو ناک از جمعیت دنیا را در فقر و فلاکت و عقب ماندگی نگه داشته است، آگاهی و احاطه کامل بتمام اصطلاحاتش بتمام نقشهایش که تاکنون ایفا کرده بر همه و از آن جمله بر حقوقدان اسلامی فرض است تا با بصیرت به اصول دیپلماسی بتوانند به اجتماع بهتر و بیشتر خدمت کنند.

دردنیای کنونی قابل دوام نیست که کلیه امور کارگر در دست کارفرما باشد و کارفرما حتی بر کیفیت زندگی کارگر حکومت کند، کارفرما بی جهت کارگر را بیکار نماید و تعیین مزد و اجرت کارگر به میل کارفرما باشد، و هیچگونه میزان و ممالکی در کار نباشد، گویانکه با اصل تسلیط موافق باشد و هر اندازه در عالم اندیشه و صغری و کبرای منطقی صحیح باشد؛ ولی با این واقعیت مسلم که کارگر گرسنه است و تاهینی ندارد موافق نخواهد بود، این بحثهای اصل تسلیط و لاضرر بدون توجه باین نکته که طبقه کارگر و دهقان که اکثریت عظیم اجتماع امروز را تشکیل میدهند، کوچکترین تامینی بر علیه خشکسالی و طغیان سیل و حریق و پیری و مریضی و سایر عوامل که موجودیت آنان را تهدید می کند ندارند، برای این توده ها، مسائل ناشی از این اصول تسلیط و لاضرر، مانند ارزش يك بحث علمی است، در نظر کسی که با طناب نازکی در بالای پرتگاهی بدار کشیده شده باشد، چه ارزش عملی خود را این اصول از دست داده است، پافشاری به حفظ طرز کار و روش معمول مطالعه قبل از دوره

۱ - درباره قاعده «لاضرر» و اصل «تسلیط» و عقیده خود را در این باره

در فصول بعد بیان خواهیم کرد.

ماشین بدون توجه به ملاک‌ها و معیارهای جهان امروز، قابل پذیرش و دوام نیست، کسانی که تحت شرایط اجتماعی اجباراً روزانه در مقابل دوازده ساعت کار یا بیشتر فقط پنجاه ریال یا کمتر مزد دریافت می‌دارند، و هیچگونه بیمه‌ای و امیدى بزنگى خود وزن و فرزند ندارند این وضع با اصل اصیل حقوق اسلامى که فعلیت دادن به عدالت و انصاف است قابل انطباق نیست زیرا اکثر اصول و مبانی کتاب و سنت در اسلام اصالت اجتماعى است و حتى اصل لا ضرر در این مورد بر اصل تسلیط حاکم وارد است.

در ایران بنا بمطالعات اداره کل نیروی انسانی وزارت کار در چند شهرستان، بیکارى از ۱۰ تا ۲۷ درصد جمعیت فعال را در بر می‌گیرد و جمعیت فعال عبارتند از افرادی که از ۱۵ تا ۶۵ سال سن دارند، و آن‌ها هم که دارای شغل هستند دستمزدشان آنقدر نیست که غذای کافی بآنان وزن و فرزندشان برسد تا چهره‌سرد به پوشاک و مسکن و بهداشت و فرهنگ.

#### ۷ - نظر خواجه نصیرالدین طوسی ۲ درباره حقوق وضعی و طبیعی

خواجه نصیرالدین طوسی فیلسوف بزرگ در اخلاق ناصری می‌گوید: «... و بیاید دانست که مبادی مصالح و محاسن افعال نوع بشر که مقتضی نظام امور و احوال ایشان بود در اصل یا طبع باشد یا وضع. اما آنچه مبدأ آن طبع بود آنست که تفصیل آن مقتضای عقول اهل بصارت و تجارب ارباب کیاست بود و باختلاف ادوار و تقلب سیر

۱ - آمار ذکر شده از «ناهماهنگی رشد اقتصادی» ص ۲۳۵

۲ - خواجه نصیرالدین طوسی (محمد بن فخرالدین محمد دزازی) از بزرگان فیلسوفان و دانشمندان اسلامی است، در شهر توس خراسان به سال ۵۹۷ متولد و در ۶۵۴ هجری وفات یافت اغلب عمر خود را در تبعید و زندان گذرانده و معروف است که هلاکوخان بهنگام فتح قهستان او را در سال ۶۵۴ هجری از زندان رها ساخته است و سپس رصدخانه معروف مراغه با کتابخانه مفصلی که دارای چهارصد هزار جلد کتاب بوده است بدستور این حکیم دائر گردیده است.



و آثار مختلف و متبدل نشود و آن اقسام حکمت عملی است که یاد کرده آمد . و آنچه مبدأ آن وضع بود اگر سبب وضع اتفاق رأی جماعتی بود بر آن آداب و رسوم خوانند و اگر سبب آن اقتضای رأی بزرگی بود مؤید بتأیید الهی مانند پیامبر یا امامی آنرا نوامیس الهی خوانند و این نیز سه صنف باشد اول آنچه راجع بود با هر نفسی با افراد مانند عبادات و احکام . دوم آنچه راجع بود باهل منازل به مشارکت مانند مناکحات و دیگر معاملات . سوم آنچه راجع بود باهل شهرها و اقلیمها مانند حدود و سیاسات و این نوع علم را فقه خوانند و چون مبدأ این جنس اعمال وضع است بتقلب احوال و تغلب رجال و تطاول روزگار و تفاوت ادوار و تبدل ملل و دول در تبدل افتد و این باب از روی تفصیل خارج افتد از اقسام حکمت چه نظر حکیم مقصور است بر تتبع قضایای عقول و تفحص از کلیات امور که زوال و انتقال بدان منطبق نشود و باندرا س ملل و انضام دول مندرس و متبدل نگردد و از روی اجمال داخل مسائل حکمت عملی باشد ...»<sup>۱</sup>

منظور اینست که منشأ کارهای انسان یا وضع است یا طبیعت ، اگر سبب وضع اتفاق گروهی باشد رسوم و آداب است اگر نظر يك نفر مؤید بتأیید الهی باشد شامل علم فقه است از احکام ، عبادات معاملات ، مناکحات و سیاسات ، این هر دو یعنی چه آداب و رسوم و چه احکام علم فقه به دگرگونی دولتها و تغییر ملتها دگرگونی می پذیرد و از اقسام حکمت که موضوعش احکام ثابت و لایتغیر عقلی است خارج است ، اما اگر بر مبنای طبیعت باشد جزء حکمت عملی و ثابت خواهد بود .

ملاحظه میشود که این تقسیم بندی حقوق به حقوق موضوعه و حقوق طبیعی (فطری) در قرن ششم توسط حکیم توس با تقسیم بندی امروز حقوقدانان غربی کاملاً تطبیق میکند ، خواجه نصیرالدین قبل از مونتسکیو می زیسته است و قبل از وی مبادرت باین تقسیم کرده است ، این تقسیم از آنجا ناشی میشود که قوانین را آفریده اجتماع



بدانیم و لذا متناسب با اوضاع و احوال و مقتضیات و حوائج مردم و متناسب با زمان و مکان خواهد بود ، مبنای قوانین که بنظر حکیم توس یا وضع است یا طبع ، در مورد طبع باید گفت منظور طبیعت انسان منفرد است زیرا اگر مبنای قوانین مولود طبیعت اجتماع و زائیده شئون زندگانی اجتماعی باشد ، باز این قوانین با اوضاع و احوال و مقتضیات زمان و مکان در تغییر خواهند بود ، اینجا باید به اصلی که علمای حقوق رم آنرا بصورت ضرب المثل در آورده اند ، اشاره کرد : «حقوق زائیده اجتماع و جامعه بشری است» و ارسطو و دیگر فلاسفه تقریباً همه بالاتفاق طبیعت انسان را مدنی و اجتماعی دانسته اند باستثنای تاسوس ها بز که با این جمله مخالف است وی در حال طبیعی انسان را دشمن انسان میداند و این عبارت از او مشهور است که انسان برای انسان گرگ است اما جان لاک فیلسوف انگلیسی با عقاید هابز بمخالفت برخاسته و طبیعت بشری را با تسلط بر نفس و آزادی و اختیار ، برابر میداند و لذا برخلاف هابز معتقد است که فقط هر کس بر نفس خود حق دارد ، و بر مال و ثروت هم حق تصرفش مشروط به دو شرط است یکی اینکه متصرف ، مال را به هدر ندهد و عاطل نکندارد و دیگر اینکه دیگران را ممنوع و محروم از آن ننماید و در هر حال حالت اعتدال و میانه روی را مراعات نماید<sup>۲</sup> .

به عقیده ژان ماری گویو<sup>۳</sup> فیلسوف فرانسوی اخلاق نمی تواند انفرادی باشد بلکه بالضرورة اجتماعی است چه ، اگر فرد در جماعت زندگی نکند ، زندگی وی چه معنی خواهد داشت ؟ ! .

پس بدینترتیب حقوق را باید با طبیعت اجتماع انسانها میزان کرد ، نه اجتماع را با حقوق ساخته فکر بشری ، باید محیط اقتصادی و اجتماعی را به قالب انسان بریزیم نه انسان را مجبور بقبول بعضی از شرایط کنیم که هیچگونه با آن سازش ندارد ، بدون

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

۲ - سیر حکمت در اروپا جلد دوم ص ۷۲ ببعد و ۸۶ ببعد

۳ - Jean Marie Guyau (۱۷۵۴-۱۷۸۸)

اطلاع از حقوق جدید و مسائل اقتصادی و تعارض قوانین موضوعه کشورها و راه حل ها و قواعد پیش بینی شده در رفع اختلافات اتباع بیگانه در کشورها و بدون اطلاع از آنچه در سازمانها ، کنفرانسها ، کنگره ها و آکادمیهای حقوقی دنیا می گذرد و بدون توجه باین که در کلیه کشورها امروز ، دستور «امزهم شوری بینهم» و «شاورهم فی الامر» را که اصل اساسی در امور است ، نصب العین قرار داده اند ، متأسفانه بنائیک شیوه خاص شرقی ، به تکروری و انزوا ادامه میدهند و هنوز میخواهند در دنیای امروز یک فرد در کلیه رشته های حقوقی به تنهایی صاحب نظر بوده بطوریکه اعلم و متخصص و مرجع شناخته شود ! غرب از شرق جدائیش در اینست که غرب از ابتدا در پی واقعیت اشیا بوده در حالیکه شرق در پی ایدئال و کمال مطلوب نظری رفته است ، پس لازم است که مردم عموماً و حقوقدانان خصوصاً در همه جا از امور بین المللی و موقعیتی که کشور شان در میان سایر کشورهای دنیا دارد با اطلاع باشند . سیاست «خود کفایتی» امروز دیگر مقدر نیست ، بشریت امروز بصورت یک خانواده در آمده است ، و حتی دور افتاده ترین ملتها نمی توانند خود را از دیگران جدا نگاه دارند .

#### ۸- شورای فقاہت

پیشنهاد اصلاحی که در این زمینه در سازمان علمی روحانیت بنظر میرسد اینست که شورای فقاہت بر مبنای اصل تخصص تشکیل گردد ، در عصر حاضر شخصیت های علمی قرون گذشته جای خود را با آکادمیها و مجامع بین المللی و مؤسسات و سازمانها و کمیته های جهانی علمی و حقوقی داده اند<sup>۱</sup> .

۱ - از میان مؤسسات بین المللی و جهانی چه آنها که بطور خصوصی تشکیل شده اند و چه آنها که از طرف دولتها تاسیس گردیده اند فقط آنها که برای ایجاد وحدت حقوقی برای تفاهم بیشتر بین المللی و بالنتیجه کمک بیک صلح پایدار جهانی از اواخر سده نوزدهم شروع بکار کرده اند ۱۳۶ مؤسسه دولتی و بیش از ۱۰۱۹ مؤسسه خصوصی تاسیس شده و این فهرست را اتحادیه مجامع بین المللی در ۱۹۵۷ تهیه کرده از قبیل : سازمان بین المللی کار (تاسیس ۱۹۱۹) یونسکو (۱۹۴۵) مؤسسه



وجدت قاضی جایش را هیئت قضات گرفته است ، مطالعات روی برنامه و تحت سازمان ویژه ای بصورت شور دسته جمعی است ، با این روش و طرز کار ، دانستیها و تحقیقات یک فرد هر اندازه هم که پدرومانه باشد نمی تواند زیاد با ارزش باشد ، در اینجا پیشنهاد شورای فقاہت تکامل عظیمی را که پیشرفتهای سریع و شگرفی بدنبال دارد در حقوق اسلامی پیش خواهد آورد . زیرا زمان مازمانی است که فعالیت های علمی بطور اجتناب ناپذیر به تخصص گرائیده است ، در نتیجه چون رای شخصی و فردی از میان رفته است ، ترس و احتیاط کاری نیز کمتر شده است و مسلمان ها هنگامیکه مسئولیتها تقسیم گردید بهمان اندازه جسارت و تهور و بی باکی که لازمه هر پیشرفتی است ، بیشتر خواهد گردید .

اخذ نتایج صحیح و مطمئن و اجتناب از لغزش و اشتباه از اثرات مسلم شوری است<sup>۱</sup> وحشت از عوام الناس که فقها را فوق العاده محتاط و محافظه کار بار آورده از میان میرود ، مسائلی که شاید به سبب ترس از عوام الناس و ایجاد بلوا و آشوب ، باصطلاح فقهی در آن «توقف» اختیار می کنند ، وجود نخواهد داشت ، فی المثل قمه زنی ؛ زنجیر زنی در قیام حضرت سیدالشهدا علیه السلام پس از اینکه یک بار از میان رفته بود ، دستهای اجانب دوباره آنرا رونق دادند ، برای اینکه سند عدم رشد ما را تسجیل نمایند ، معینا فقها در تحریمش «توقف» اختیار می کنند ، و باید گفت توقف شاید از اینجهت هم باشد که در مسأله قیام خونین حسین هاله ای از تابو وجود دارد که همان اکثر مجتهدین رامیترساند که در این مورد اظهار نظر نمایند ، و این یک موضوع بسیار

←  
 بین المللی رم برای وحدت حقوق خصوصی (۱۹۲۹) موسسه حقوق بین المللی (۱۸۷۳) کمیته بین المللی حقوق بحری «۱۸۹۷» آکادمی بین المللی حقوق تطبیقی «۱۸۲۴» و بسیاری دیگر بکتاب مقدمه حقوق تطبیقی دکتر حسن افشار رجوع شود .  
 ۱ - برای مطالعه بیشتر به مقاله « تقلید اعلم یا شورای فقاہت » مقاله سید مرتضی جزائری در کتاب « بحثی درباره مرجعیت و روحانیت » رجوع شود .



کوچک بود که من باب مثال ذکر شد و الا مسائل بیشمار دیگر وجود دارد که یادآوری همه آنها موجب تطویل خواهد بود .

### ۹- روح زمان و مقتضیات عصر

آنانکه به علت حفظ وضع موجود ، روح زمان خود را درک 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 بگناه می وزد هوشیار باشید که از آن نسیمها استفاده کنید یعنی از فرصتها استفاده کنید » در حدیث دیگر فرمود بر هر انسان خردمندی واجب است که عالم بزمان خود باشد و بداند در چه محیط و دورهای قرار گرفته و حافظ زبان خود باشد<sup>۱</sup> و در حدیث دیگر : « کسیکه بوضع زمان خود آشنا باشد اشتباهات ، وی را در خود فرو نمی برد و مورد هجوم حوادث نامطلوب قرار نمی گیرد »<sup>۲</sup> .

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 »<sup>۳</sup> معذک ، حقوقدانان اسلامی بنا به اقتضای محیط و طرز زندگی و نیاز بتأمین و تدارک هزینه زندگی خود و طلاب از راه سهم امام ، که بیشتر

۱ - « ان ربکم فی ایام دهرکم نفعات الافتعروضوا لها » نقل از گفتار

عاشورا ، ص ۸۷

۲ - « علی العاقل ان یکون عالماً بزمانه ، مقبلاً علی شانه ، حافظاً للسانه »

اصول کافی

۳ - « العالم بزمانه لاتهجم علیه اللوایس » اصول کافی

۴ - « توقیفهم علی ما اراد من مصلحة دینهم و دنیاهم و یخبرهم بما ورد علیهم

من الافاق من الاحوال التي فيها المضرة والمنفعة »

از همان عوام الناس و توده کاسب اخذ میشود ، اجبارا هر کدام که در اس قرار میگیرند ، نظر و سلیقه عرف این مردم ارتجاعی را در فتاوی و خط مشی خود رعایت کرده و می کنند و ضروریات زمان توجی ندارند شواهد مؤید این نظر بسیار است و لسی در اینجا بداستان مرحوم آیه الله شیخ عبدالکریم حائری اشاره می کنیم ، وی نخستین کسی است که لزوم تخصص در شعب فقه را عنوان کرد ، و قصد داشت علوم مقدماتی جدید از قبیل خواندن ریاضیات و علوم تجربی ( فیزیک ، شیمی و طبیعی ) و زبان خارجی را در مدارس قدیمه مرسوم کند ، مقدمات کار را هم تا حدودی فراهم کرد ، اما هنگامیکه این اقدام در بازار تهران انتشار یافت گروهی از بازاریان عوام به قم رفتند و وی را از ادامه آن مانع شدند ، که ماسهم امام را برای تحصیل زبان کافران نخواهیم داد .

باین کار عوام نباید اعتنا کرد ، باید آنچه حق و حقیقت است اجرا کرد ، آنجا که حق وجود ندارد ، زندگی بی معنی و پوچ و مسخره است ، میان حق و زندگانی توام با معنی رابطه ایست مستقیم ، اینگونه زندگی کردن که حق را فدای مطامع و خواهشهای نفس کردن ، بی ارزشترین نوع زندگی است . انسان اساس زندگیش بر بر روی شخصیت استوار گردیده نه بر اساس احتیاج ، امساک و افسار زدن به احتیاجات است که علم و هنر و اقتصاد و همه چیز را بوجود می آورد ، این نوع زندگی اتکالی ، بی نقشه و بی هدف و خواست عوام را تا این حد رعایت کردن در خورد کسانیکه داعیه رهبری و زعامت معنوی مردم را دارند نیست .

### ۱۰ - جواب اشکال

با تفصیل علم فقه و اصول و مقدمات آن که زمان بسیار لازم دارد ، آیا تحصیل علوم جدید نیز ممکن و میسر است ؟ جواب آنستکه این امر در همه علوم جریان دارد ولی با تغییر روش تعلیم و متدهای جدید تحقیق و سبکهای آموزش و پرورش نازه



که تمام همشان آنست که سرعت فهمرا بوسائل سمعی و بصری و ساده نویسی و غیره تشدید نمایند و باملغی شدن این نظر که باید يك نفر اعلم باشد و ایجاد تخصص ، و تقسیم کار بطوریکه بجای يك نفر مجتهد اعلم در تمام رشته های فقه (عبادات ، عقود و ایقاعات، احکام و سیاسات) ده ها محقق ولی متخصص در هر شعبه بوجود آید ، و در برابر دانشگاههای بزرگ ، حوزه های علوم دینی نیز بصورت دانشکده های همانند آنها درآید و گر نه با این وضع این نظام متقن و مستحکم حقوق اسلامی بقنا و زوال خواهد رفت ، در فصول آینده این کتاب نشان داده خواهد شد که راه علاج را چه از نظر سازمان علمی و چه از نظر روش فنی تحقیق ، متن حقوق اسلامی ، پیش بینی کرده است ، مکانیسم حقوق اسلامی به نحو است که در طی قرون و اعصار متماوی روی مقتضیات زمان و امکان حرکت می کند و برای همیشه ماشین حقوقی اسلام براق و روشن و نوباقی خواهد ماند و رنگ کهنگی و اندراس در آن راه نخواهد داشت ، ولی متأسفانه عالم اسلامی در طی قرون گرفتار مصائبی گردید که از آن جمله مغول و ترک و سقوط اندلس و عناد و تعصب کشیشها و تحریک افکار ملی نژادی علیه مسلمین در اسپانیا که پیشوایان مسیحی به قتل پیرو جوان ، مردوزن مسلمانان فتوی دادند ، و حتی فیلیپ دوم بفرمان پاپ بوضعی ناهنجار فرمان باخراج مسلمین از سرزمین اسپانیا صادر نمود و لیکن قبل از اینکه مسلمانان بخارج شدن ، و فوق گردند سه چهارم آنان بحکم کلیسا در خاک و خون غلتیدند و کسانی که جان خود را باهول و هراس از خطر مرگ رهانیدند بعدها بدستور محکمه تفتیش عقاید جملگی محکوم باعدام شدند ، بعد از فیلیپ در دوران زمامداری فردیناند شارل پنجم مسلمانان در فشار و محدودیت فراوان زیست میکردند در طول این مدت قریب سه میلیون مسلمان از دم تیغ تعصب و جاهلیت گذشتند . و هنوز هم که هست نفوذ اجانب و استعمار و عقب نگه داشتن کشورهای اسلامی ، علت الکل تمام این بدبختیها است ، و در این موقع که کشورهای اسلامی با گرفتارنواعهای داخلی و یا خارجی



بودند ، دنیای اروپا بر اثر اختراع ماشین با سرعت مراحل ترقی و پیشرفت را طی می‌کرد و شرق را خواب‌گرانباری درگرفته بود ؛ و الا فقه اسلامی قانون متحول و متطوری است که احتیاجات زندگی روزانه در آن قابل انعکاس و استخراج است و هیچگونه متوقف و راکد نمی‌ماند و حواش جدید را با اصول ثابت خود وفق می‌دهد ؛ ولی همانطور که گفتیم به سبب موقعیت سوق الجیشی کشورهای خاور میانه ، در قرون اخیر و غفلت مسئولین امر این مرز و بوم وضع باینجا کشانده شد . ولی اکنون باید بیدار شد و باین آیات یاس و نو میدی خاتمه داد ، روح زمان را باید درك کرد . دردنیای امروز اقتصاد درگردن حقوق رسته‌ای افکنده و بآنجا می‌کشاند و می‌برد که خاطر خواه اوست ، تجارت بین‌المللی ، مردم را مجبور کرده تا بایکدیگر ارتباط داشته باشند ، هیچ کشوری نمی‌تواند مجزا و منفک از کشورهای دیگر بحیات خود ادامه دهد ، قادر نیست درها و مرزهایش را بروی همگان ببندد ، تجارت بین‌المللی ، تهاثرهای اقتصادی این همبستگی و ارتباط را تشدید کرده است .

هر کشوری ناگزیر است بدانند قراردادها ؛ مقاوله‌نامه‌ها و عهدنامه‌های بازرگانی و حقوقی و سیاسی روی چه اصول و ملاکی در زندگی بین‌الملل تنظیم می‌گردد ، این نظر که دانستن حقوق داخلی کفایت خواهد کرد کاملاً متروک و منسوخ است ، و «حقوق تطبیقی» باروشن بینی اعجاب انگیز در پی واقعیتها و ورای خصوصیات ملی در پی کشف هم‌آهنگیها و مشترکات است ، مشترکاتی که همه اختلافات تجاری و غیر تجاری با اصول کلی و عمومی حقوق که مقبول ملل متمدن است حل و فصل گردد ، دستورها و فرمولهائی که شاید هسته مرکزی و اصلی تمام این تحقیقات و مطالعات همان اقتصاد و سیاست اقتصادی باشد .

### ۱۱- جمله معترضه

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

را اعلامی میدانند که بموجب آن فضیلت را در انسان بتواند پدید آورد و وی را از زنیلت مبری سازد، ولی در عصر حاضر علم سیاست از علم حقوق جدا شده و تحت اصول و قواعد دیگری قرار گرفته و در بسیاری از موارد برای حفظ حقوق جماعت بکار میرود و در بعضی از موارد برای بیچاره کردن جماعت و تحت تسلط قرار دادن آنان بکار میرود، این سیاست نوع دوم زنیلت را در نهاد انسان پرورش میدهد زیرا اساس آن بر حقیقت پوشی و عوام فریبی است. چه بسیار اتفاق می افتد که زمامداران سیاسی برای اینکه چشم عقل مردم را کور کنند آتش احساسات را شعله ور نموده و بدان دامن میزنند و جز تعریف و تمجید از رژیم های فاسد و مقایسه های غیر منطقی کار دیگری ندارند یکی از نویسندگان مینویسد: «... فرض کنیم وصی و ولی بی وجدان طفل نابالغی در تربیت بدنی و روحی او قصور کرده باشد و اموال او را نیز حیف و میل نموده باشد اما مثلاً پس از ده سال که طفل طبیعتاً رشد کرده دائمیاً قد و قواره او را با گذشته مقایسه کند، و همچنین از رشد فکری او دم بزند، بعضی از مداحان رژیم فاسد همواره مانند پیران فرتوت چشم بگذشته دوخته اند و آنچه را که امروز واجد آن هستیم با آنچه در گذشته فاقد بودیم مقایسه می کنند»<sup>۱</sup>

### ۱۲- اجتهاد و رخدادها

پس از ذکر جمله معترضه فوق برگردیم به مطلب اصلی که حقوق اسلامی باشد و اینکه حقوقدانان اسلامی با همه وسعت و مجالی که داشتند و دارند و با اینکه دستشان باز بوده تا از طریق «اجتهاد» در پیشبرد این حقوق تلاش کنند و تمام تحولات اجتماعی و حقوقی و اقتصادی دنیای امروز را در فقه هضم و منعکس نمایند، متأسفانه از این امتیاز و فرصت استفاده نکرده اند، و مادر فصول آینده این کتاب طریق نیل به این مطالب را بطور فنی نشان خواهیم داد.

حکم مستحدثات جدید اجتماعی و حقوقی و اقتصادی که تعدادش لاتعد و لا تحصی

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



است بر عهده مجتهدان و حقوقدانان است که<sup>۱</sup> «اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة احاديثنا فانهم حججی علیکم كما انا حجة الله علیهم» از قبیل : بیمه و انواع آن از قبیل : ( بیمه عمر، بیمه ناشی از حوادث کار، بیمه ثابت<sup>۲</sup> و بیمه تعاونی<sup>۳</sup> بیمه های اجتماعی کارگران و کارمندان دولت، بیمه در برابر بیماری و فقر و پیری و غیره) شرکتهای تعاونی تواید و توزیع و مصرف و انواع آن، سندیکالیسم<sup>۴</sup> و اتحادیه های مبتنی بر حفظ منافع کارگران، «حق اعتصاب کارگران» اقتصاد ارشادی<sup>۵</sup> اتانیزم، ملی کردن صنایع.

مقررات لایحه قانونی پزشکی، قانون مجازات رانندگان؛ مقررات بزه های راه آهن، جرم شناسی علمی، جرائم مطبوعاتی و حق تالیف، وضع صادرات و واردات و تنظیم بودجه متعادل کشور و میزان و ملاک نسبت مقادیر آن، سرقت الکترونیست و برق، و... دهها مطلب دیگر که متعاقب انقلاب صنعتی بوجود آمده است. این رخدادهای جدید عصر را که بدون شك تماما در حقوق اسلامی اصل و ریشه ای ثابت دارند، باید وارد ماشین حقوقی اسلامی نمایند، النهایه افرادی جامع و متخصص در هر دو علم لازم است، تا با آگاهی و بصیرت کامل از عهده این مهم برآیند. از چرخ و پره های ماشین حقوقی اسلام گذراننده، تفاعل و انفعال لازم را بنماید و سپس بصورت قانون اسلامی تجلی کند، و بحث علمی و فنی انسان که در کشورهای غربی معمول است، البته با حفظ ارزشهای شرقی، در پیرامون آن بعمل آورند، فی المثل حق

۱ - معنی حدیث چنین است : « واما در رخدادها بآنانکه گفته های ما را یاد گرفته اند باز گردید آنان نمایندگان «حجج» من بشمایند و من نماینده خدا بآنان هستم »

Assurance à prime Fixe - 2

Assurance Mutuelle - 3

Syndicalisme - 4

Dirigisme - 5



اعتصاب در چهار چوب حقوق اسلامی، جنبه دیگری بخود خواهد گرفت؛ « اداره بیت المال » با مالیاتی که از وسائل اقتصادی اخذ می کند، نظارت تامه بر کار ارباب حرف و صنایع خواهد داشت و جلو همه مفاسدی را که در نتیجه عدم تعاون و همکاری ایجاد میشود میگیرد و یا بیمه های اجتماعی بمفهوم امروزی کلمه در نظام حقوقی اسلام شاید معنائی نداشته باشد چه خود بخود تمام مردم در برابر اداره بیت المال بیمه هستند و از طرفی مبنای معاملات بیمه گر محاسبه احتمالات است که خود يك نوع می توان آنرا معامله غرری دانست چه شانس و اتفاق و تصادف در آن بیشتر دخالت دارد تا اراده و تصمیم و کار، پس ممکن است باطل باشد، حال در نظام اجباری دیگری مجتهد چگونه باید حکم دهد؟ نویسنده این سطور به لطف و ظرافت مطلب توجه دارد و در پی آنست که اینگونه بحث های اقتصادی و حقوقی جدید را در قالب اصطلاحات فقه اسلامی بحث و تحقیق کند و نظر اسلام را در هر مورد بیان نماید. تا تجولی در فقه بوجود آید و سیر پیشرفت فقه که متوقف مسانده یعنی فقط آنچه از مبانی فقهی است بپیمان صورت اولیه نگه داشته شده است، بار دیگر در راه پیشرفت بیفتد همانطور که يك بار در دوره عباسیان در برخورد حقوق و معارف اسلام با فرهنگ و فلسفه یونان و حقوق رومی، دانشمندان اسلامی پیوسته هوشیار و مواظب بودند تا از مبانی اسلامی در برابر جهان متمدن آنروز دفاع کنند، و این بود که یکی از گرانبها ترین ذخایر معارف اسلامی را بیادگار گذاشتند، اما متأسفانه اکنون دیگر به این دفاع نیازی نمی بینند و با اقتصاد و حقوق غربی بیگانه اند و انحطاط نیروی معنوی اسلام از همین جا ناشی شده و ایمان و شور و شوق روبرو به سردی گذاشته است زیرا که دیگر در حوزه های فقه اسلامی همانند دوره عباسیان بحث آزاد و در نتیجه اصطکاک عقاید وجود ندارد لذا فقط قالبهای سرد و بی روح باقی مانده اند بدون اینکه این

۱- راه حل شرعی مسأله معاملات بیمه در فصل ششم این کتاب در بخش « نقش

سنت اسلام در برابر 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 شعله‌های مقدس اختلاف، عقاید و آراء مخالف سر بر کشد و روشنی بخش محیط علم و دانش گردد و این حصاری که بدور خود کشیده‌اند بدرند و به فضای باز علمی امروز وارد شوند.

### ۱۳ - نظریه تکامل

وازیوی دیگر ماشینیسیم عامل تکان دهنده حقوق غربی، بتواند متناسب طرز کار و عمل در این رشته بزرگ حقوق اسلامی وارد گردد و در تکامل فقه نقش مؤثری ایفا نماید چه «سنت دستگام بشری تکامل است» همانطور که مشاهده سیر ترقی تدریجی انسان از مراحل صعب و دشوار اولیه و بدوی تا مقام ارجمند امروزی نیز مؤید این مطلب است، چه در طبیعت طرفه جایز نیست بلکه انتقال از هر مرحله‌ای به مرحله دیگر تدریجی الحصول بوده است، نظریه ترنسفورمیسیم<sup>۱</sup> یعنی تبدیل انواع که ابتدا توسط لامارک<sup>۲</sup> فرانسوی در آغاز قرن نوزدهم و سپس توسط چارلز داروین<sup>۳</sup> انگلیسی بایانی روشن و با استدلالی قویتر بیان گردید در این مورد بیاد می‌آید، لامارک تاثیر محیط را سبب تبدیل انواع می‌پنداشت و داروین علاوه بر تاثیر محیط، کوشش برای بقای نوع و انتخاب طبیعی و بقای اصلح را سبب تبدیل انواع می‌دانست، بهر صورت در حقوق نیز تکامل وجود دارد، در قدیم توجه نداشتند که اجتماع بشری همواره در جنبش و حرکت و دگرگونی است، لذا شکل اجتماع را تغییر ناپذیر تصور میکردند، در حالیکه از سده شانزده میلادی اجتماع را از جهت بیرونی مورد مطالعه و تحقیق

Transformisme - 1

Lamarck - 2

(1809 - 1882) Charles Darwin - 3



قرار دادند و متوجه بسیاری مطالب تازه درباره وی شدند ، در اجتماع هم هر ترتیب و هراوضاعی که بطور ناگهانی و طفره‌ای پیش آید ، هرچقدر هم خوب و مفید باشد ، اگر به مرور ایام و بصورت تحول تدریجی و طبیعی واقع نشود نتیجه مطلوب را نخواهد داد و دوام و بقائی نخواهد داشت .

#### ۱۴ - همه چیز در تغییر ابدی است

پس جامعه‌ای که در حال نمو و ترقی است ؛ تنوع و اختلاف نیز در آن وجود دارد ، حیوانات که در زندگی‌شان تنوع و اختلاف وجود ندارد ، شخصیت هم وجود ندارد ، لذا حیوانات قادر بایجاد و آفرینش چیزی نیستند ، در انسان احساس ارزش و اراده و خواست وجود دارد که در حیوان وجود ندارد ، حیوان محکوم غریزه است ، و لذا در زندگی‌شان تساوی و یکنواختی وجود دارد ، بقول لوگنت دو نوئی محقق طبیعی دان فرانسوی « زندگی و تکامل چیزی جز توالی یک سلسله حالات عدم تعادل (یا تعادل ناقص) نیست و همینکه در حالتی تعادل و رضایت حاصل شد موجود متوقف میشود ، و سیر تکامل او تعطیل میگردد » و خلاصه جامعه بشری از قانون تکامل که زندگی را حرکت و جوش ابدی میداند برکنار نیست ، و اینجا باید بیکم از ایرادهای ماتریالیست‌ها پاسخ داد که آنان معتقدین به الهیات را بیک اعتقاد ثبوت و سکون و رکود متهم میکنند ، بعقیده ماتریالیست‌ها معتقدین بالهیات همه چیز را پایان یافته می‌پندارند و این موضوع را که هر پایدانی آغاز تکامل تازه‌ای است قبول ندارند ، داستان آفرینش جهان بدست خدا مفهومی از همین تصورات است که آن‌گاه که خدا کاری را بپایان رسانید ، دیگر کار تمام شده است ، در حالیکه در قرآن این‌گونه اعتقاد درباره خدا لعن و توبیخ و تکفیر شده است : در این آید : « وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَآلَعِينُوا بِمَا قَالُوا بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنْفِقُ كَيْفَ يَشَاءُ »



یعنی « یهود گفتند که خدا کارهایش را بپایان رسانیده و دستهایش را بر رویهم نهاده و در زنجیر شده است ، بواسطه این گفتارشان لعن شدند ، و دستهای آنان مستحق زنجیر است ، بلکه خداوند گشاده دست است یعنی با قدرت است و آنگونه که بخواهد هر کاری را انجام میدهد »

در آیات دیگری همه چیز را در عالم در تغییر میداند و هیچ چیز را پایدار و ثابت فرض نکرده است در سوره انفطار میگوید : « آنگاه که آسمان شکافته شود و ستاره هافرو ریزند ، آنگاه که دریاها روان شوند و آنگاه که گورها زیر وز برگردند » و در سوره تکویر : « آنگاه که خورشید از روشنائی بیفتد و ستارگان تیره و تار شوند و کوهها براه افتند ... » خلاصه نظریه تکامل<sup>۱</sup> در معارف اسلامی اصلی مسلم شناخته شده و در اجتماع هم این اصل جاری است .

آن جامعه‌ای که از خود ابراز شخصیت نشان ندهد و اصالت فکر و عمل نداشته باشد و حتی از موقیتهای دیگران مطابق اصل تقلید ، بهره برداری نماید محکوم به فنا و شکست خواهد بود ، زیرا بشر شخصیتش در ایجاد و ابداع است نه در مصرف فرآورده‌های دیگران و انگل و طفیلی بودن ، و در قرآن هم که از آفرینش انسان به لفظ « خلیفه » یعنی جانشین تعبیر شده ، اشاره بهمان جنبه خلاقیت و آفرینندگی بشر است<sup>۲</sup> .

برگردیم به بحث اصلی ، در حقوق اسلامی نیز ، هیچ چیز همیشگی و ثابت نیست ، و بیان : « شرع محمد مستمرالی یوم القیامه » اشاره بهمان اصل اساسی است که در همه قوانین دنیا یاد شده است که « اثر قانون نسبت بآینده است و قانون نسبت بما قبل خود اثر ندارد »<sup>۳</sup> مقصود اینست که استمرار و بقاء احکام اسلامی در همه از منته ثابت

### Theorie de l'évolution - I

۲- آیه : « واذقال ربك للملائكة اني جاعل في الارض خليفه ... » سوره بقره

آیه ۲۸

۳- بخشی از ماده ۴ قانون مدنی ایران .

و محقق است ، و این حکم ملازمه با این مطلب ندارد که این احکام طریق تکامل و تغییر رانمی پیمایند ، پس باید کلیه تئوریا و دکترینهای جدید اعم از اقتصادی و حقوقی ، همه در چهار چوب فقه اسلامی وارد گردد و نقش اجتهاد در حقوق اسلامی آنست که هر لحظه پدیده های جدید حقوقی و اقتصادی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد و ارزش هر کدام را تعیین کرده و حدودی را که خروج از آن پدیده ای را زیان آور میسازد تشخیص دهند ، و تعیین کنند که آیا تمام پدیده های اقتصادی عصر حاضر وارد در قلمرو فقه اسلامی میشود یا خیر ؟ یا فقط بخشی از پدیده های اقتصادی قابل هضم و انعکاس در حقوق اسلامی است ؟ و نیز مباحثی را نیز که اسلام در قرون گذشته بنا به ضرورت های اجتماعی آن عصر ، تحت شرایط و قیود امضاء کرده و اکنون نه تنها مورد عمل و مبتلی به نیست بلکه ممکن است موجب بعضی توهمات سوء و بی اساس نیز گردد باید از فقه اسلامی حذف شود تا فورم و اصلاحیکه متناسب با عصر حاضر باشد بعمل آمده و از آنچه تاکنون موجب رکود و جمود فکری مجتهدین بوده جلو گیری شود و از این رهگذر عمرگرا نهیای عده ای طلاب علوم دینی نیز تلف نشود . که قرآن مجید نیز با تقلید از پیشینیان و کهنه پرستی و سیر به قهقرا بکرات در آیات متعدد مخالفت نموده است از جمله آیه ۲۱ از سوره مائده است که برای حسن ختام این فصل قسمتی از آنرا نقل می کنیم : « موسی : ای طایفه من ... به قهقراء برنگردید که زیان کار خواهید گشت » .

---

۱- ولاتر تدوا علی ادبارکم فتنقلبوا خاسرین ، درباره این موضوع که دین اسلام دینی مترقی و پیشرو است و ذکر آیات بسیاری که مشعر بر این معنی است به توضیح و بررسی مصاحبه برتر اندر اسل وایت محمد تقی جعفری چاپ سوم ص ۱۳۰ تا ۲۱۰ رجوع شود .





## فصل پنجم

همسنگی نظامهای حقوقی



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

## مبحث یکم مذهب یا سیاست اقتصادی !

### ۱- منظور و ارزیابی عنوان

منظور از دو عنوان فوق حقوق «اسلام و روسیه» است ، که دکتر حسن افشار آنرا برای «حقوق پیشرو» نمونه قرارداد و پیرامون ویژگیها و اصول کلی آن باروش تطبیقی به بحث پرداخته است .  
از مشخصات این دو سیستم حقوقی بنظروى ، عدم تغییر اصول و پرنسیپهای آن است ، نسل حاضر و افراد نسلهای بعد به سبب نیروی فوق العاده تبلیغی آن ، اجباراً باید مطیع و منقاد محض حقوق پیشرو بوده و درحقیقت حقوق مزبور درپیشاپیش اجتماع حرکت کرده و اجتماع پیرو بدنبال آن کورانده کشانده میشود ، بدیهی است که مشخصات ویژه مکاتب اسکولاستیک باجزئی تغییر دراین مورد نیز مصداق پیدامی کند و بااین فرض مطالعات و تحقیقات در زمینه این حقوق ، تفننی بوده و برای اثبات درستی

---

۱- دکتر افشار در «مقدمه حقوق تطبیقی» ، حقوق اسلام و روسیه شوروی را بیک چوب رانده است درحالیکه بنظرما ، حقوق اسلامی پیشرو خالص نیست و چنانکه درمباحث آینده یادآور خواهیم شد حقوق اسلامی دارای هر دو جنبه پیشرو و پیرو است .



آن اصول میباشد، آزادی اندیشه که بویژه در حقوق از جمله ضروریات و بدیهیات است در این دسته از حقوق محکوم و مطرود است .

حقوق پیشرو با «فرض ارزش غیر قابل بحث اصول» فرصت هرگونه دگرگونی و تحول را از افراد پیرو سلب ساخته و بصورت الزام آوری، فعالیتها و جنبشها، واقعیتی جز «درجازدن» ندارند. واضح است که با این اوضاع و احوال میدان عمل و مجای برای تغییرات و یادست کم اصلاحات باقی نمی ماند، حقوقدانان در این نظام حقوقی، پیش از کار اصول مسلمی را در افق ذهن دیده اند و بدنبال چگونگی تصدیق آن میگردند .

دکتر افشار می نویسد: «... فردانسانی که در سایر دسته های حقوقی پیشرو حقوق میباشد در این دسته پیرو تلقی میگردد. هر مطالعه حقوقی که از طرف پیروان بعمل آید یا بمنظور تطبیق اصول است باموارد یا توضیحی است در خصوص اجرای حقوق مزبور و یا بیشتر از نظر توجیه و تمجید اصول موجود در آن حقوق میباشد، تمایل عالمگیر شدن را نیز از مختصات حقوق دسته سوم (پیشرو) میتوان دانست، بعلاوه این دسته از حقوق در موقع ایجاد مخالفت شدید و عمیقی با اصول معمول سابق ابراز میدارند؛ همین مخالفت در واقع علت موجودیت آنها میباشد. مهمترین کاملترین نمونه حقوق مذهبی حقوق اسلام است، در مدت ۱۴ قرن اصول حقوق اسلامی بخصوص در قسمت حقوق مدنی قابلیت تطبیق فوق العاده ای با احتیاجات مختلف ملتگاهی که از لحاظ تمدن نیز تفاوت بسیار داشته اند نشان داده است ولی بدلیلی که فعلا بحث آنها مورد نظر نیست امروز حقوق بسیاری از کشورهای مسلمان منطبق با حقوق اسلامی نمیشد. قوانین ترکیه و قانون جزای ایران نمونه ای از این عدم انطباق را نشان میدهد، برای نمونه کامل حقوق سیاست اقتصادی، حقوق روسیه شوروی

را میتوان ذکر کرد. زندگی بیش از یکصد و هفتاد میلیون<sup>۱</sup> از مردم مستقیماً تابع حقوق سویت می باشد، متأسفانه علل سیاسی و تبلیغی مانع بزرگی در راه مطالعه علمی این حقوق ایجاد کرده است، این حقوق انقلابی که منظورش اجرای نظرات سیاسی و اقتصادی خاصی است خصوصاً آشتی ناپذیری را با کلیه دسته های حقوقی اعلام داشته است و بهمین علت بیشتر مطالعاتی که از طرف پیروان و یادیگران در خصوص حقوق سویت بعمل آمده است از شائبه اغراض سیاسی مصون نمانده است. بنظر سویتها همه چیز حقوق آنها با حقوق سایرین متفاوت است، زاگویا دینسکی<sup>۲</sup> حقوقدان روسی میگوید:

«عقدبیع در سیستم سرمایه داری يك وسیله رقابت و استثمار است ... عقدبیع مایکی از وسائل اجرای برنامه سوسیالیستی است، نتیجه بیع در اینجاست تقویت ذخیره سوسیالیستی و مال توسعه روابط سوسیالیستی است». در جای دیگر همین کتاب می نویسد: «حقوقدانان روسی در انتخاب فلسفه حقوقی آزاد نیستند و بدون استثناء از فلسفه ای که بنا و اساس تشکیلات حقوق روسیه پس از انقلاب بر آن نهاده شده است متعصبانه طرفداری می کنند ... انتقاد اصول مارکسیسم لنینیسم که در خارج از روسیه از ساده ترین و معمولی ترین امور است در داخل آن کشور همقدور نیست»<sup>۳</sup>.

بنظر ما تحت عنوان واحد قرار دادن این دو نظام حقوقی و ذکر اشتراکاتی که یاد شده، همانگونه که در متن ذکر گردیده است، ناشی از اینست که مطالعات در این خصوص از شائبه اغراض مصون نبوده و یامبتنی بر اشتباه بوده است، زیرا از لحاظ وحدت روش تحقیق و عدم امکان انتقاد در این دو نظام حقوقی که یکی از ملاکهای

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



تحت عنوان واحد قرارداد است ، قدری قابل تأمل و بحث است ، همانطور که در فصول گذشته درباره آزادی فکرو نظر در اسلام بحث شد باید بگوئیم که بنا با اصول کلیه ای که در حقوق اسلامی وجود دارد امکان هر گونه انتقاد را نشان میدهد ، مثلا این اصل که باید «صلاح حال جامعه مراعات شود» راه هر گونه انتقاد و تحول را بوضع تثبیت شده بازمی گذارد ، و همچنین با توجه باصل فعلیت دادن به عدالت در حقوق اسلامی امکان هر گونه قانون و مقررات تازه را به مجتهد میدهد ، اسلام با باز گذاشتن باب اجتهاد امکان هر گونه تغییر و تحولی را در این حقوق پیش بینی نموده است ، پس نمی توان گفت که «هر مطالعه حقوقی که از طرف پیروان بعمل آید یا بمنظور تطبیق این اصول است باموارد ، یا توضیحی است در خصوص اجرای حقوق مزبور یا بیشتر از نظر توجیه و تمجید اصول موجود در آن حقوق میباشد» و ما پیش از این در این کتاب بحث کردیم که چه در آیات قرآن و چه در روایات اسلامی همه جا از اختلاف نظر علما و دانشمندان استقبال شده و آنرا رحمت دانسته اند .

و از طرف دیگر در حقوق اسلامی اصول کشش دار دیگری که بمنزله راههای گریز و محللهای انعطاف باشد وجود دارد تا بتوان جمود و تحجر را جبران نمود و علاوه بر اصول تابدار ، اعتبار عقل و اجماع و عرف و عادت ، فقه اسلامی را متضمن قابلیت انطباق عملی فوق العاده ای کرده و در این میان ؛ اصول و پرنسیپها به مدد اجتهاد در مکانیسم حقوق اسلامی آنچنان کار می کنند که معایب حقوق پیشرو و نقائص آن در حقوق اسلامی ، بدون شك ، دیده نمی شود .

## ۲ - قلمرو و دو حقوق

باری قلمرو و محیط عمل نویدهای مذهب بسی وسیعتر و در عین حال دورتر از حقوق سیاست اقتصادی است ، زیرا علاوه بر این دنیا تحقق آن نویدها و بشارتها در دنیای جاودان دیگری است که مؤمنان و طرفداران حقوق مذهبی را وادار به از خود گذشتگیها و فداکاریها تا شهادت یا سعادت سرمدی می کند ؛ در صورتیکه نویدهای



سیاست اقتصادی مربوط بهمین دنیا است واز آنجا که ارزش و قیمت هر چیز بامدت نسبت معکوس دارد ، پس هر چه مدت وزمان تملك و حیازت و رسیدن بیک شیء یا یک وضعیت دورتر و بعیدتر باشد ناگزیر ارزش ومقدار آن بهمان اندازه کمتر خواهد بود ، اما در نویدهای این دنیا اسلام با کمونیسیم یکسان است ، و در این مسأله اسلام تا آن حد باقتصاد اهمیت داده که آنرا مقدم بر عبادات نموده است ، فقط علاوه بر این دنیا ، به دنیای دیگری نیز نوید داده است که این را حقوق سیاست اقتصادی فاقد است ، پیامبر اسلام فرمود :

« خداوندنا نان اجتماع مارا مبارك فرما زیرا اگر نان نباشد نه نماز خواهیم خواند و نه روزه خواهیم گرفت و نه سایر واجبات را بجای خواهیم آورد »<sup>۱</sup>

حتی کسی که به معاش خود بانظر بی اعتنائی بنگرد به مذهب خود بی اعتناست ( من لا معاش له لا معادله ) و این دائره مسؤولیت تا آنجاست که در برابر زمین قابل بهره برداری نیز مسئول می باشند که اگر سه سال زمینی را بدون استفاده گذارند ، صاحب آن نخواهند بود<sup>۲</sup> . پیامبر از حال شخصی از مسلمانان جو یاشد گفتند پیوسته مشغول عبادتست ، پیامبر پرسیدم خارج خانواده وی را که میدهد ؟ گفتند : ما میدهیم ، فرمود همگی شماها از او بهتر و برترید . و از طرفی دور بودن نوید های مذهب را ، نفون عمیق و اصالت معنای آن نه تنها جبران میکند ، بلکه گذشت و فداکاری و شهادت را نیز بامعنی می نماید . احادیث دیگری نیز در این مورد مؤید گفتار ما میباشد از

۱- فروع کافی حدیث نبوی : اللهم بارک لنا فی الخبز فانه لولا ذلك ما صمنا ولا صلینا ولا اقمنا حدود ربنا

۲- سهل بن زیاد ، عن ریان بن الصلت ، اورجل عن ریان ، عن یونس عن العبد الصالح علیه السلام ، قال : ان الارض لله عز وجل ، جعلها الله رزقا لعبوده ، فمن عطل - ارضا ثلاث سنین متوالیه لغير عملة اخرجت من یده ودفعت الی غیره ، ومن ترك مطالبه حق له عشر سنین فلاحق له ، واحادیث دیگر بسیار است از آن جمله « من احیا ارضا میتافهی له ، ودارض لمن احیاها ودارض للزرع للزرع ولو كان غاصبا » .

قبیل : « الدنيا مزرعة الاخرة » دنیا کشتزار آخرت است ، و « لاتنس نصيبك من الدنيا واحسن كما احسن الله اليك » یعنی سهم و بهره خویش را از دنیا فراموش مکن و همانگونه که خدا بتو نیکی کرد نیکی کن (قرآن مجید) و جمله امام صادق : « ليس منا من ترك دنياه لاخرته ولا آخرته لدنيا » یعنی آنکه دنیایش را برای آخرت رها می کند و نیز آنکه آخرتش را بدنیایش می فروشد ازمانیست .

و پیامبر فرمود : « كاد الفقر ان يكون كفراً » یعنی فقر شباهتی بسیار نزدیک به کفر دارد و نیز علی عليه السلام فرمود : « آنکس که معاش ندارد به روز جزا ایمان ندارد »

از اینها که بگذریم بقول برتراند راسل : « از ظهور اسلام تا امروز امری بسرعت و شگفت انگیزی پیشرفت کمونیسیم دیده نشده است » .

بسیاری این پیشرفت شگفت انگیز را معلول نیروی عقاید مارکس و پیروان وی که از کینه و انتقام سرچشمه می گیرد میدانند ، ولی بنا به عقاید مارکس این کینه منطقی نیست ، زیرا وحشیگریهای سرمایه داران ، امری جبری و مقدر بوده است ، و هیچگونه به شرارت و خبث طینت افراد مربوط نیست ، عقاید مارکس عکس العمل مطالعه در حال کارگران کارخانه های بریتانیا در سالهای ۱۸۴۰ تا ۱۸۵۰ میباشد ، در این سالهای وحشتناک ، که در اثر عقاید لیبرالیسم اقتصادی کارخانه های عظیم بکار افتاده بود ، گروهی در کارخانه ها بکار مشغول بودند ، در میان آنان اطفال ، زنان نیز مشغول بکار بودند ، روزی تا چهارده ساعت و گاهی تا هفده ساعت کار در برابر دستمزدی بخور و نمیر ، در آن روزگار هنوز بیمه های اجتماعی کارگران وجود نداشت و قرارداد کار عمومی نبود بلکه فردی و خصوصی بود ، و در بحرانها و تعطیل کارخانه ها یکمتر به هزاران کارگر بینوا و بی گناه از کار میماندند و همان بخور و نمیر هم به آنان نمیرسید ، کینه و اکنش طبیعی این اوضاع و احوال ناگوار بود ، مارکس این حقد و



کینه را بصورت اصلی از اصول نظام عالم در آورد و آنرا منشأ کلیه پیشرفته‌ها دانست ، قبل از وی پیشوایان سوسیالیسم از قبیل رابرت اوان<sup>۱</sup> و سن سیمون<sup>۲</sup> و فوریه<sup>۳</sup> نیز راهپائی پیشنهاد میکردند و نسبت به عقل انسان حسن نیت نشان میدادند مارکس انسان را خیالپرست نامید ، عقاید او از پیشینیانش خشن تر و قوی تر بود ، وی معتقد بود ، که عقاید سیاسی افراد مبین منافع طبقاتی آنان است و لذا سعی در تغییر این عقاید فایده‌ای ندارد در انقلاب کبیر فرانسه طبقه بورژوا یعنی متوسط ، طبقه اشراف و فئودال را واژگون کرد ، و در انقلاب کمونیست طبقه کارگر می‌خواهد طبقه بورژوا را براندازد و در این جنگ طبقاتی طبقه کارگر پیروز خواهد گردید ، زیرا سرمایه‌داری ، آنگونه گسترش پیدا کرده است که اجباراً تعداد ثروتمندان را روز بروز کمتر و تعداد آنان که از همه چیز محرومند روز بروز بیشتر و بیشتر خواهد گردید ، به عقیده مارکس در این نظام بالضروره ثروت نمی‌تواند عادلانه تقسیم و توزیع گردد ، و فتح نهائی کارگر حتمی است ، حال اگر شخصی عاقل باشد بطرف طبقه‌ای که برنده است روی خواهد آورد طبقه‌ای که روی کار خواهد آمد و دیکتاتوری پرولتاریا را بوجود خواهد آورد زیرا ؛ عبور از کاپیتالیسم بسوی کمونیسم یکمرتبه ممکن نیست ، در این میان گذرگاهی بنام سوسیالیسم ، که بردیکتاتوری طبقه کارگر محروم استوار است ، باید طی شود ،

Robert Owen - 1 (۱۷۷۱-۱۸۵۸) انگلیسی است و **Socialist**

**Associationiste** است .

Saint Simon - 2 (۱۷۶۰-۱۸۲۵) فرانسوی است وی را بعضی

پدر سوسیالیسم نامیده‌اند .

Fourier - 3 (۱۷۷۲-۱۸۳۸) فرانسوی است وی نیز مانند اوان

سوسیالیست اوسوسیالیست است



## ۳ - افکار و آراء مارکس ۱

برای تحقیق و بررسی بیشتر حقوق روسیه لازم است که از نظریات فلسفی و عقیده‌ی مادی تاریخی<sup>۲</sup> و منطق مادی<sup>۳</sup> مارکس اطلاعاتی و لوآنندک<sup>۴</sup> در دسترس خواننده بگذاریم، از نظر فلسفی به عقیده مارکس جهان از ماده ساخته شده و قوانین مادی بر آن حکم فرماست، خدا و روح وجود ندارد، جهان مادی را وابسته ذهن ما نمیداند یعنی اصالت تصویری<sup>۵</sup> نیست، ماده راهم بی حرکت نمی‌داند، بلکه ماده از درون و در ذات خود دارای حیات و حرکت و جنبش است، جهان هم جهان اضداد است، هر ضدی با ضد دیگر ترکیب می‌شود و از اجتماع آنها عنصر ثالثی پدید می‌آید، خلاصه دنیا دنیای تغییر و تحول و تکامل است، و اگر نبرد و کشمکش نباشد، تکاملی هم وجود نخواهد داشت، ضمن این کشمکش ممتد گاهی یکباره شیء موجود جهش و خیز بر میدارد کمیت آن زیادگشته و حجم موجود به کیفیت تازه‌ای تبدیل می‌یابد، و بدینگونه کمیت به کیفیت تبدیل گشته، تکاملی حاصل می‌گردد، و بساز موجود جدید در عرصه تغییر و تغییر قرار گرفته و باز با ضد دیگری موجودی جدید پدید می‌آورند و این امر تابی نهایت یعنی تا ابد جاری و ساری است، در عالم اجتماع نیز همین قانون وجود دارد، همه موجودات در حال تغییر دائم بسر می‌برند و حتی يك لحظه سکون وجود ندارد، دیاک تیک اصلا در فلسفه یونان بمعنی بحث و محاوره یعنی منطق و سفسطه بود و هر اقلیت از فلاسفه او آخر قرن ششم پیش از میلاد نخستین کسی است

Karl Marx - 1 (۱۸۸۳-۱۸۱۸) آلمانی و اصلا یهودی است ولی

پدرش بدین پروتستان درآمده بود اثر معروف وی کتاب «Capital» در سه جلد است، جلد اول آنرا خودش و دو جلد دیگر را پس از مرگش دوست و همکارش انگلس (Engels) منتشر کرد، این دو دوست در ۱۸۴۸ «مانیفست کمونیست» را تنظیم کرده و نشر دادند.

Matérialisme historique - 2

Dialectique matérialiste - 3

Idéalisme - 4

که نظریه عدم ثبات موجودات جهان را بیان کرده است ، و سقراط نیز چون در بحث خود روش قابلگی را بکار میبرد یعنی حقیقت را از لابلای تشکیک و نفی و اثبات و تناقض ، استخراج میکرد ، روش وی را « دیالکتیک سقراطی » نامیدند ، در این میان فلسفه راه درازی را پیمود تا هگل ' آلمانی در روش فلسفی خود از نظریه هراکلیت یونانی پیروی کرد ؛ و در باره روش استدلال و دیگر مسائل از مکتب کانت آلمانی تبعیت میکرد ، او در باره روش تعقل عقیده داشت که انسان ابتدا ادراک دارد سپس تعقل ، در منطق متعارف مردم که بفراخور درک عمومی است ، جمع اضداد محال است ولی در منطق عقلی چنین نیست ، عقل با درک دو مفهوم متضاد و متناقض حقایق را درک می کند ، مارکس این طرز فکر هگل را دنبال کرده ولی بعکس هگل ذهن و عقل آدمی را انعکاس واقعیات میدانند یعنی اصالت تصویری نیست ، و بعقیده مارکس نه تنها در جهان موجودات مادی عالم هیچ چیز ثابت و استوار نیست ، بلکه در عالم فکر و معنی نیز هیچ فکر و نظری ثابت نیست ، حقیقت مطلق وجود ندارد ؛ همه چیز نسبی است ، و از اینجهت نخستین ایرادی که به عقاید مارکس میگیرند ، اینست که وقتی چنین است ، چگونه این نظریه را مطلق و ازلی و ابدی میدانند ؟ پس عقاید مارکس انعکاس اوضاع زمان و مراحل اقتصادی و تاریخی است و نمی تواند ابدی باشد .

#### ۴ - نظام‌های تاریخی

مارکس همه چیز را از دیدگاه اقتصاد مینگرد ، و با اصطلاح عامل اساسی و اصلی و تعیین کننده تاریخ را در هر عصر اقتصاد میدانند ، چگونگی تولید و پخش و تقسیم و مصرف ثروت و روابط کارگر و کارفرما در طول زمان جنبه های دیگر زندگی از قبیل دین و اخلاق و فلسفه و علم و ادبیات و هنر را تعیین می کنند درست بعکس آنچه تاکنون تصور میکردند که روح و فکر است که گرداننده جهان و جامعه و پدیدآورنده



هنر و اندیشه و اقتصاد و غیره است ، او معتقد است که حتی خدا نیز زائیده افکار اقتصادی است ، طبقه رنجبر خدا را برای تسکین دردها و آلام خود خلق کرده و طبقه ثروتمند خدا را بمنظور نگهداشتن طبقه رنجبر ساخته است تا از آنان به نفع خود استفاده کنند ، خلاصه زیربنای جامعه را اقتصاد میدانند و بس و هیچ عامل دیگری را قبول ندارد ، و این همان عقیده مادی تاریخی مارکس است که بیان و تفسیر تاریخ باشد ، اگر رژیم بردگی به رژیم فئودالیسم و اگر رژیم ارباب رعیتی عهد فئودالیت به رژیم مزدوری دوره سرمایه‌داری بدل شده است همه جبر تاریخ بوده است ، و معلوم است که با اتکاء و انتظار که از نظریه جبر تاریخی می‌رود انسان از هرگونه عمل و اقدامی باز می‌ایستد ، و از هر مسئولیتی شانه خالی می‌کند و آنرا تسلیم جبر تاریخ مینماید ، زیرا رژیم بردگی قدیم مقدمه و علت پیدایش رژیم ارباب و رعیتی قرون وسطائی بود و این رژیم در بطن رژیم بردگی نشو و نما کرده و متولد گردیده است ، و باز آن خود علت پیدایش رژیم سرمایه و مزدوری بوده است ، و تمام این تکامل‌ها معلول تکاملی بوده است که در امر فنی ابزار کار و وسائل تولید رخ داده یعنی جبری بوده است ، پس رحم ، مروت ، محبت ، گذشت ، فداکاری ، عفت ، انسانیت همه زائیده اقتصاد است .

فقط تنها چیزی که وجود دارد جنگ طبقات است که پیشاهنگ رژیم‌های گوناگون اقتصادی و اجتماعی بوده است ، و تاریخ نشان میدهد که فتح همیشه بسا آنها بوده که از لحاظ تعداد نفرات بیشتر و از لحاظ ثروت برعکس فقیر بوده‌اند ! و پس از سیر تکاملی تاریخ اکنون نوبت به سرمایه رسیده است .

طبقه سرمایه‌دار طفیلی طبقه کارگر است و از «کار اضافی» او استفاده کرده و حاصل دسترنج او را می‌مکد ، حال این دو طبقه با هم در جنگند ، و تغییر تکنیک و تولید ماشینی و دیگر گونی طرز تولید با تناقضاتی که بوجود آمده باعث تحریک میان این دو طبقه خواهد شد . ثروتها متمرکز تر میشوند ، و کارگران هم روز بروز بیشتر در کانونهای کارگری دور هم جمع میشوند ، و لذا کاپیتالیسم از درون دارد رو به مراحل زوال و



انحطاط می‌رود و از بطن آن سوسیالیسم جوانه خواهد زد ، و سپس در آن اجتماع دیگر طبقه وجود نخواهد داشت و تمام این مراحل به عقیده مارکس خود بخودی و اتوماتیک است .

اما از تئوری تا عمل میدانیم که فرسنگ‌ها راه است ، در روسیه شوروی بالاترین مراتب از آن متخصصین درجه اول فنی نیست بلکه متعلق به نمایندگان صاحب‌قدوت حزب حاکمه است و این در امریکا و کشورهای اروپای غربی هم که يك کشور کاپیتالیستی هستند چنین است و در عمل روسیه شوروی که از نظر مرامی در جبهه مقابل امریکا قرار دارد ؛ از نظر روحی و اجتماعی رفته‌رفته ، دارد شباهتهائی با آن پیدا می‌کند ، حتی بنظر عده‌ای امروز فاصله فکری و نفسانی میان این کشور هم اکنون کمتر است تا مثلاً میان آمریکا و هندوستان که مرام و روش حکومتی مشابه دارند ، بنظر مارکس دولت جز وسیله‌ای در دست طبقات حاکمه برای استقرار و بقاء خود نیست ، وی عقیده داشت که در جامعه‌ای که طبقات در آن وجود ندارد بوجد دولت فقط در امور کم‌اهمیت اداری و دفتری نیاز هست ، ولی پس از انقلاب ۱۹۱۷ دیدیم که چنین نشده است ، و روز بروز نقش دولت در این کشور قوی‌تر و پلیسی‌تر می‌شود ، و اگر برای این سؤال و ایراد جواب داده شود که انقلاب روسیه تا سالها گرفتار نبرد بانبروهای ضد انقلابی داخلی و خارجی بوده است ، این توجیه نیز قابل قبول بنظر نمی‌رسد ، زیرا مبارزه طبقه کارگر نباید در این کشور هنوز وجود داشته باشد ، مگر وسائل تولید که اساس نظام طبقاتی است در این کشور در دست عده‌ای سرمایه‌دار و صاحب کارخانه است که بتوانیم این توجیه را بپذیریم ؟ گواينسکه اجبار دولت شوروی بتدوین قوانین پلیسی بسیار شدید ، حکایت از این امر می‌کند .

بعقیده بعضی امروز در روسیه شوروی که يك قدرت بزرگ جهانی است روشهایش از آنچه در سایر کشورهای بزرگ جهان است چندان متفاوت نیست ، و روز بروز تفاوت کمتر می‌گردد ، شاید در آینده دوستان و دشمنان خود را بنا بملاحظات ایدئولوژیک انتخاب ننماید بلکه بر پایه ملاحظات سیاسی انتخاب کند و این بگواهی

تاریخ است که اغلب هدفی که از جانب دکترین‌ها اعلام می‌گردد به‌نگام عمل یعنی واقعیت بخشیدن بآنها چیزی متفاوت ازدکترین اصلی درمی‌آید، زیرا به‌نگام عمل عوامل دیگر تأثیر خود را خواهند گذاشت، و تطبیق دکترین با آن عوامل؛ خط مشی دکترین را اکثر منحرف می‌سازد، اگر نگاهی به تاریخ آداب و رسوم روسی بیندازیم، می‌بینیم که رسوم روسی قبل از انقلاب اکتبر عبارتند از: یک استبداد و تمرکز طبقه حاکمه و دوم تجلیل و تعظیم در برابر رژیم. و اینجاست که این رسوم و آداب موروثی تمام نسلهای گذشته بر روی مغزهای آینده تأثیر خود را می‌گذارند و با اصطلاح برای واقعیت بخشیدن به اصول و دکترین مجبور میشوند تا آنرا فدای تاکنیک نمایند و باین نقض غرض شده‌است.

#### ۵ - کیفیت بستگی طبقه به تولید جامعه

با وجود وجوه افتراق و امتیازی که افراد هر طبقه بایکدیگر دارند، اما از جهت مالکیت و مسائل تولید دارای وضع و موقعیتی مشابه یکدیگرند، بدین ترتیب از نظر مارکس در هر دوره ای به دو طبقه اصلی برمی‌خوریم.

۱ - طبقه بهره‌کش که صاحب ابزار تولید است.

۲ - طبقه بهره‌ده که فاقد وسائل تولید است و بار تولید را بردوش دارد.

طبقه بهره‌کش از جهت مجالهای زندگی و هم از جهت نحوه زندگی، از وضع و امکانات و موقعیتی بسیار مناسبتر و راحت تر برخوردار است، مجال زنده ماندن، حفظ بهداشت و سلامت، تحصیل علم، درستکار ماندن؛ تحصیل قدرت و امکان احراز مقامات شامخ جامعه برای طبقات بهره‌کش که از قدرت مالی فراوان برخوردار هستند، بمراتب بیش از افراد طبقه بهره‌ده و پائین اجتماع است؛ و این همان مطالب عمیق است که پیامبر اسلام نیز فرمود: «خداوندان اجتماع ما را مبارک فرما زیرا اگر نان

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

گفتم در هر دوره‌ای به دو طبقه اصلی بهره‌کش و بهره‌ده برمی‌خوریم ، اکنون به بررسی و چگونگی این نظر در آثار مارکس می‌پردازیم .

۱ - دوره گردآوری خوراک : در این دوره که از ظهور انسان ناده هزار سال قبل ادامه داشته است ، ابزارها بسیار ساده و تولید بسیار دشوار بوده است ، ولذا انسانها همانند حیوانات کارشان به جمع‌آوری خوراک می‌گذشته است ، بنظر مارکس در این دوره چون انسانها بایکدیگر روابطی ساده داشته‌اند و از طرفی کمتر کسی می‌توانست بیش از نیاز خود غذا بدست آورد ، لذا هیچکس سر بار فرد دیگری نمی‌گردید و جامعه ، واحدی بی طبقه بود .

۲ - دوره تولید خوراک : مبدأ این دوره از حدود ده هزار سال پیش شروع میشود ، در این دوره انسان با تکامل ابزار سازی و کشف شیوه‌های کشاورزی و دامداری به تولید خوراک پرداخت ، در این دوره انسان بجای اسیر طبیعت بودن ، طبیعت را تحت تسلط خویش در آورد و بجای گردآوری خوراک بتولید خوراک پرداخت ، در این دوره است که محصول تولید آدمی از نیازمندی خود تولید کننده افزون بود ، ولذا «تولید اضافی» امکان پیدا کرد ، و بنا بر این عده‌ای از افراد جامعه توانستند بدون اینکه در عمل تولید ، نقشی داشته باشند ، از درآمد آن استفاده نمایند . و در این دوره است که برای تولید دو طبقه بهره‌ده و طبقه بهره‌کش پیدایش یافت ، و این دوره که دوره تولید خوراک است خود دو نظام را شامل است :

الف : نظام برده داری .

ب : نظام زمینداری .

الف - نظام برده‌داری : در این نظام برده داران نه تنها از کار بردگان استفاده

میکردند ، بلکه عملاً مالک تمام وجود طبقه برده بودند<sup>۱</sup> .

۱ - مادر فصول بعد درباره نظام بردگی بیشتر بحث خواهیم کرد



ب - نظام زمینداری : بر اثر تکامل ابزار تولید و بویژه انقلاب صنعتی و افزونی شماره بردگان ، اداره آنان مشکل و دشوار شد ، ولذا بر اثر انقلاب بردگان ، نظام زمینداری بوجود آمد ، در این نظام گوا اینکه طبقه بهره‌کش یعنی زمینداران و اربابان مالک وجود طبقه مولد یا رعیت نبودند ، اما از دسترنج آنان استفاده میکردند ، و غیر مستقیم آنان را در موقعیتی بسیار وخیم و غیر انسانی نگاه میداشتند .

۳ - دوره تولید ماشینی : این دوره پس از رنسانس در اروپا و انقلاب صنعتی آغاز شد ، در این دوره ، رعایا چون اربابان را مانع زندگی عادلانه خود می‌دیدند ، سر برداشتند و با انقلابات و اصلاحات ، حق خود را خواستار شدند . دوره تولید ماشینی نیز دو نظام را شامل است :

الف - نظام سرمایه داری .

ب - نظام جامعه داری ( سوسیالیسم )

الف -- نظام سرمایه داری : در این نظام ، سرمایه دار جای زمینداران و مالکان اراضی را گرفت ، و دو طبقه سرمایه دار و کارگر صنعتی جایگزین ارباب و رعیت قبل گردید و بار تولید بدوش طبقه کارگر یعنی طبقه بهره‌ده بود و استفاده به جیب سرمایه دار و طبقه بهره‌کش میرفت .

ب -- نظام جامعه داری : در این نظام به برکت تکامل و سائل تولید و در اثر نهضت‌های اصلاحی و انقلابی ، یک نظام سوسیالیستی را برای آینده بشریت نوید میدهد بعقیده مارکس در این نظام است که طبقات از میان میروند و جامعه بسوی نظامی بی طبقه ( بهشت کمونیسم ) پیش خواهد رفت .<sup>۱</sup>

ژان پلسارتر در « نقد عقل دیالکتیکی » ایراد هایی به مارکسیسم کرده است بدینقرار :

۱ - زمینه جامعه شناسی آگ برن و نیم کف ترجمه دکتر آریان پور

- ۱ - مارکسیست ها سیر اندیشه را تابع سیر تاریخ می دانند و این خطاست.
- ۲ - مارکسیسم برای آزادی اراده آدمی اعتباری قائل نیست و این اشتباه است .
- ۳ - آئین مارکس مقارن و متناسب با فیزیک نیوتون ، زیست شناس قرن نوزدهم است حال آنکه اساس فیزیک نیوتون دگرگون شده و زیست شناسی تحول پذیرفته است .
- ۴ - اعتقاد به « جبر تاریخ » از انسان آزاد ، موجود غافلی می سازد که در در انتظار معجز تاریخ دست روی دست خواهد نشست و مسئولیت در او کشته خواهد شد .<sup>۱</sup>
- اما مارکسیست ها در مورد این ایرادات با استناد به جمله ای از انگلس که می گوید:
- « برای فلسفه دیالک تیکی هیچ چیز نه مقدس است و نه مطلق و نه غائی ، لیکن تنها ماده است که ازلی و ابدی و مطلق است » بگمان خود پاسخ هر گونه ایرادی را در مورد لایتغیر و جزم و قطع انگاشتن این نظام ، میدهند و آنرا نظامی متغیر و متکامل معرفی مینمایند. و در مورد جبر تاریخی می گویند : « مقداری از جبر که برای ما شناخته شده است ، اختیار نام می گیرد »
- بهر صورت بحث و تحقیق دقیق پیرامون این فلسفه ما را از مطالب اصلی دور میسازد و لذا به همین بسنده می کنیم .

## مبحث دوم

### حقوق عرف و سابقه

#### ۱- مقدمه و قلمرو جغرافیائی

از نظر حوزه جغرافیائی این حقوق شامل کشور های انگلوساکسون و توابع است، از قبیل: انگلستان، ایرلند، استرالیا، زلاند جدید، کانادا و کشورهای متحده امریکای شمالی و همچنین هندوستان، پاکستان، سیلان، بیرمانی، مالزی، اسکاتلند و اتحادیه آفریقای جنوبی.

سنتها. عرفها، آداب و رسوم در حقوق عرف و سابقه «گمان لو» بسیار مقدس و قابل احترامند، زیرا روحیه و طرز فکر انگلیسی که موجد و مؤسس این نظام حقوقی است، با قانون سروکار ندارد، برعکس سنت و عادت است که در زندگی اجتماعی مردم نفوذی بسیار عمیق گذاشته است، گرچه فشار بیحد سنت و عادت معایبی نیز دارد، اما نباید از نظر دور داشت که استحکام و استواری و ثبات جامعه انگلیسی بر اساس همین تاثیر سنت گذاشته شده است، انگلیسیها از «قانون نوشته» به مفهوم سایر کشورها متنفر و بیزارند، زیرا میگویند وضع و تصویب قوانین که بایک قیام



و قعود در پارلمان صورت میگیرد ، بهترین عامل استبداد و مخالف آزادی و دموکراسی است ، زیرا بایک نشست و برخاست همه عرف ها و عادت ها و کلیه حقوق مکتسبی که مبتنی بر یک سیر و سابقه ممتد تاریخی بوده بیکباره محو و نابود میگردد ، عرفی که در قرون و سالهای متمادی بآن خو گرفته و دلبستگی پیدا کرده اند ، باین وضعیت پیوسته در معرض تزلزل بیرحمانه است . انگلیسی ها «قانون نوشته» و یا حقوق مدون را مخالف منافع و حقوق مردم میدانند ، و قانون را موجد حق نمیدانند ، بلکه عرف و رویه قضائی دادگاهها را موجد حق میدانند ، و بقول بنتام<sup>۱</sup> که حقوق انگلیسی «حقوق ساخته قاضی»<sup>۲</sup> است بنظر انگلیسی ها باروش قانونگزاری سیستم «قانون نوشته» حقوق مردم هر لحظه به خطر انهدام تهدید میشود و جنبه ثبات و دوام خود را از دست میدهد ؛ در صورتیکه در نظام حقوقی عرف و سابقه انگلیس مردم عملی را تکرار کرده و در خوی و منش آنان جای گرفته و بصرافت طبع و از روی اختیار و آزادی کامل آنرا اجرا نموده و به مرور ایام بآن دلبستگی پیدا نموده اند ، و همین اعمال و اجرای یک روش طی سالیان دراز ، کردار نیاکان و اجدادشان را بیاد می آورد و قداست و معنویت ویژه ای پیدامی کند که بسادگی از آن دست بردار نیستند ، و بقول یکی از دانشمندان «از عوامل اقتدار و اعتبار ملت انگلیس که آنان را چندین قرن بصورت یک قدرت و سیاست درجه اول دنیا یا یکی از آنها نموده و نگاهداشته است قدرت نظام حقوقی

1 - Jeremy Bentham (۱۷۴۸-۱۷۳۲) یکی از فیلسوفان و حقوقدانان بزرگ انگلستان در قرن هیجدهم است ، وی سیاستمدار با نفوذی نیز بوده و در اخلاق و سیاست دارای عقایدی است . تعلیماتش در وضع قوانین اروپا تاثیرات بسزائی کرده است بطوریکه نظریه بنتام و شاگردش جان استوارت میل در اصلاحات اجتماعی و قانونی بسیار مؤثر بوده و نظرات این دو فیلسوف یکی از ارکان فلسفه لیبرالیسم در انگلیس گردید ، مهمترین کتابی که در آن بنتام افکار خود را بیان کرده : «مقدمه‌ئی بر اصول اخلاق و قانونگزاری» است .

ولیر ایسم 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 در حالیکه قاضی هندی چنین نکرد و قاضی روسی تمارض نمود ! برای يك انگلیسی قصاص بدون حکم محکمه قابل تصور نیست ، آنان از قدیم ژاندارك مغلوب و اسیر جنگی خود را اول محاکمه میکردند بعد میسوزانند ! در جنگ بین المللی اخیر نیز دادگاه نورنبرگ راه انداختند ، اگر سر ببرند باید با پنبه توسل به قانون ببرند !»

#### ۲- زمینه تاریخی

با اینکه از ۱۸۳۲ ، حقوق انگلیس در مرحله تازه ای گام نهاده و وضع قوانین بظاهر مانند کشورهای «حقوق نوشته» که از حقوق رم متابعت کرده اند ، شده است ، با وجود این طرز فکر حقوقدانان انگلیسی ابداء تغییری نکرده است ، و قانون پارلمان را در سیستم کمان لو انگلیس استثناء بر اصل میدانند ، و یا بصورت قانون خاصی است که پس از قانون عام وضع گردد و قضات دادگاهها قوانین پارلمان را فقط بر همان مورد خاص و محدود و معین خود آنهم بعنوان استثناء بر اصل - اعمال می کنند و اصل عبارت از عرفهای اعمال شده و تثبیت شده است .

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



مانند سیستم کشورهای «قانون نوشته» فرانسه، بلژیک و غیره دایره شمولش را وسعت دهند، شدیداً اجتناب می‌ورزند، و لذا برای هر مورد تازه هر روز احتیاج به وضع قانون جدیدی است جان استوارت میل می‌گوید: «در انگلستان به علت اوضاع مخصوص سیاسی کشور ما، هر چند یوغ سنت و عقیده برگردن ماسنگین تر است، یوغ قانون سبکتر از آن است که در اغلب ممالک دیگر اروپا، در کشور ما دخالت مستقیم قوه قانون‌گذار یا قوه اجرائی در زندگی خصوصی افراد برای مردم سخت ناگوار است،

علت اینهم کمتر آن است که مردم به حق، استقلال فرد را محترم می‌شمارند بلکه بیشتر بدان علت است که هنوز این عادت در ملت ما به جا مانده است که فکر کنند نفع دولت با نفع عموم منطبق نیست، اکثریت مردم هنوز نیاموخته اند که قدرت دوات راهمان قدرت ملت حس کنند و عقاید دولت راهمان عقاید ملت بدانند، وقتی چنین کنند آن وقت آزادی افراد به همان اندازه مورد تعرض دولت قرار خواهد گرفت که امروز مورد تعرض عقاید عمومی است...».

بدیهی است که با آنچه در مورد ارزش قانون در حقوق عرف و سابقه انگلیسی گفته شد، این تصور که در این نظام حقوقی، قانون وجود ندارد معنی نخواهد داشت زیرا بعکس شاید هیچ کشوری مانند انگلستان کارخانه قانون‌نگزاریش سرعت نداشته باشد، هر سال صدها ماده قانون از پالمان انگلیس می‌گذرد! ولی این قوانین همانطور که یادآوری گردید - مفهوم و معنایش با کشورهای قانون نوشته فرق دارد، این قانون در حقیقت «غلط نامه» کمان لو (عرف و سابقه) است، آنهم در مورد محدود و زمان محدود، و الاعرف و سابقه بجز در مورد خاص که قانون باشد عمومیت خود را از دست نمیدهد (زیرا قانون عام «عرف و سابقه» با وجود قانون خاص مابینتی ندارد، مامن عام الاوقدخص<sup>۱</sup>) پس یک قاضی انگلیسی باید راه حل موضوع مورد نظر را ابتدا در

۱. در آزادی جان استوارت میل ترجمه دکتر محمود صناعی ص ۲۲



عرف کلی قدیمی جستجو کنند سپس برای اطمینان از عدم تغییر عرف مزبور به مجموعه قوانین مراجعه نماید، و اما عرف و سابقه نیز با آنچه در کشور های سیستم حقوق نوشته (مثل فرانسه) وجود دارد تفاوت بین و آشکار دارد، زیرا عرف و سابقه يك عرف واقعی نیست بلکه عرف و سابقه منشور هائی است که در دادگاههای شاهی انگلیس تا سال ۱۱۸۹ زمال تاجگذاری ریشارد شیردل از طرف دادگاهها اعمال شده و تثبیت گردیده، بطوریکه گفته میشود، کمان لوراقت دادگاهها در عمل ساخته اند و بعد بعنوان يك عرف و سابقه تغییر ناپذیر باقیمانده و بهمین سبب است که حقوق انگلیس از تاریخ آن جدا نیست، و اغلب ممکن است قضات در حکم خود استناد به يك ماده از منشور چند قرن قبل کنند و بعبارت دیگر در این نظام حقوقی که هر سال صدها ماده قانون از تصویب می گذرد قانون منبع درجه دوم حقوق است و حقوق انگلیس در خارج از هر قانونی وجود دارد، یعنی اگر قوانین حذف شدند حقوق انگلیس باقی خواهد بود، برخلاف ممالک «قانون نوشته» که قانون منبع درجه اول و رویه قضائی و عرف منبع درجه دوم است، در حقوق انگلیس عرف و سابقه تثبیت شده دادگاهها منبع درجه اول است، بهمین علت گاهی تصفیه دسته جمعی انبوهی از قوانین مصوبه پارلمان انگلیس ضرورت پیدا می کند مثلاً در سال ۱۸۶۱ يك قانون ۹۰۰ قانون را از اثر انداخت و در سال ۱۸۶۷ قانون دیگر ۱۳۰۰ ماده قانون را ملغی الاثر ساخت<sup>۱</sup>.

بدیهی است که حقوقدانان طرفدار قانون نوشته این سبک رانمی پسندند، و فرضاً اگر مقتضیات زمان و مکان ایجاب کرد، که قانونی کهنه و فرسوده شده و ناگزیر بلا اجرا ماند، بلحاظ اهمیت فوق العاده ای که در این سیستم، قانونگزاری دارد و برای هدف و منظور مقنن و روح قانون عظمتی خاص قائلند، لذا بقوریت قوانین را از اثر نمی اندازند و رسماً آنرا لغو نمی کنند. اکنون اگر بادقتی ژرف و روشن باین دو نظام حقوقی بنگریم، خواهیم دید که کلیه اختلافات ظاهری بوده، زیرا حقوق

برای برطرف ساختن نیازهای توده‌ها و نارواییها و تحت نظم قرار دادن و تعدیل کردن و کاستن ناهنجاری‌ها و ستم‌ها نیست که بر انسان می‌رود؛ بنابراین اگر قانونی نتوانست منطبق با احتیاجات روزانه مردم باشد، خود بخود در عمل ملغی‌الاثرومراعی مانده و محکوم بیک نوع نفی غیررسمی خواهد شد.

درخاتمه این مبحث باید توجه کرد که انگلیس‌ها به استدلال حقوقی کمتر توجه می‌کنند تا بواقعیت پدیده‌های مختلف اجتماعی، زیرا هیچ تعمیمی و کلی‌بی جز اندکی حقیقت در بر ندارد لذا حقوق‌دان انگلیسی قواعد «کمان-لو» را در مجموعه‌های مختلف حقوقی جستجو می‌کند، سرفرد ریک پلک<sup>۱</sup> نصیحتی را که جدش در موقع شروع مطالعه حقوق باو داده‌است چنین نقل می‌کند: «من هیچگاه کتابی را جع بکلیات حقوق نخوانده‌ام. حقوق را با مطالعه مجمه-وعه‌های آراء قضائسی و تعقیب مباحثات حقوقی در دادگاهها و تفکر راجع بآنچه خوانده بودم و تکرار آنچه شنیده بودم آموختم»<sup>۲</sup>.

### ۳- اعتبار عقل در حقوق انگلیس

#### و نیز نگاهی قانونی

آنچه در این گفتار درباره نظام حقوقی «کمان-لو» مورد نظر است تا اهمیت آن تاحدی روشن گردد شناساندن اعتبار عقل<sup>۳</sup> در حقوق انگلیس است، زیرا این امتیاز چه از نظر تاریخ تکامل حقوق و چه از جهات دیگر که تشریح خواهد شد، نقش مؤثری را ایفا کرده و می‌کند، حقوق کلیسا یا حقوق مذهبی، نظرات حقوق رم، آراء و افکار جاری زمان و... از مجری و مصب عقل وارد حقوق انگلیس گردیده است، کلاهای نامشروعی که باحیل قانونی، بسر قانون می‌گذارند، با اعتبار عقل ممنوع گردید،

Sir Fredrik Pollock - 1

۲ - مقدمه حقوق تطبیقی ص ۵۳

Reason - 3

زیرا این کار مخالف نظر معقول<sup>۱</sup> بود .

فرمولها و دستورات عملها که محللهای گریز و انعطاف برای فرار از ممانعتهای قانون درست می‌کند تا خود را از پیچ و خم این ممانعتها رها نکرده و بمقصد برساند ، از آنجا که این کار مخالف عقل است در این نظام حقوقی جریان ندارد .

البته این روش تخلص از ممنوعیتهای قانونی را در حقوق انگلیس نخستین بار دادگاههای انصاف<sup>۲</sup> غیر قانونی تلقی کردند ، زیرا بنا به یکی از قواعد انصاف که هنوز از محاکم آن زمان بیادگار مانده این عمل ممنوع گردید : «انصاف قبول نمی‌کند که يك قانون نوشته و سیله تقلب گردد»<sup>۳</sup> مثلا اگر مدیون با حيله ، طلبکار را از دین خود غافل نگاه داشته باشد نمی‌تواند از قانون مرور زمان استفاده کند .

طرق رهائی از تحریم قانون متأسفانه در حقوق اسلامی نیز ببعضی اجازه داده تا سوء استفاده های ناروا نموده و بهر نحوی که شده عمل حرام خود را جایز جلوه دهند و لویانکه تفسیرشان مستلزم نقض غرض و هدف قانون باشد .

در اصطلاح حقوق جدید اروپائی ، سوء استفاده از حق یا یکنوع افراط در استفاده از حق<sup>۴</sup> و یا افراط علنی در استفاده از حقی مورد حمایت قانون قرار نخواهد گرفت<sup>۵</sup> مثلا هرگاه شخصی ده هزار تومان بدیگری بدهد و شرط نماید که پس از يك سال ده هزار دویست تومان بگیرد ، از نظر حقوق اسلامی این شرط مبطل عقد است و این کار حرامست و البته رباست و مجازات و کیفر الهی و قانونی دارد ، ولی اگر پس از يك سال ده هزار تومان را باده هزار تومان و دویست تومان علاوه و پنج سیر نبات

Reasonable - 1

Court of Equity - 2

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

Abus du droit - 4

۵ - مبانی حقوق دکتر موسی جوان جلد اول ص ۲۰۱



معامله یا مصالحه کند! جایز خواهد بود! گروه کثیری از حقوقدانان اسلامی با اینگونه روشها و حیل قانونی مخالفند و آنرا با روح اسلام منطبق میدانند زیرا در قرآن در باره هیچ گناه و جرمی باندازه ربا بالحن شدید تأکید بحرمت نشده است. در قرآن آمده است که: رباخواران با خداوند اعلان جنگ میدهند<sup>۱</sup>، 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 بااستناد باصل «العقود تابعة للقصد» که عقود و قرار داده‌ها را تابع قصد و منظور طرفین معامله نموده است، باین صورت سازبها خاتمه داده و وسیله بدست اشخاص زرنک 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.

#### ۴- نیرنگهای قانونی در حقوق اسلامی

حیله شرعی بآن عملی گویند که مخالف مصلحتی که قانونگذار در نظر داشته است، باشد، و ضمناً برای اینکه این مخالفت ظاهر و آشکار نباشد آنرا در قالبی شرعی و قانونی میریزند، از جمله حیله‌ها یکی این بود که بنی اسرائیل 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- مصالحه نمی‌تواند بکند ربا بموجب ماده ۷۵۴ قانون مدنی ایران که متخذ از فقه شیعی است: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد»

۴- آیه ۲۷۹ ارسوره بقره: «فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلکم رؤس اموالکم لاتظلمون ولا تظلمون».

آبگیرهائی ساختند که با دریا مرتبط بود و ما هیهارا در روزهای شنبه بوسائلی بآن آبگیرها و دامها سوق میدادند تا مملو از ماهی میشد و بعد راه بازگشتشان را مسدود میکردند و صبح یکشنبه براحتهی همه آنها را صید مینمودند در قرآن در مورد اصحاب سبت آمده است که «واستلهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر ان يعدون في السبت ان ياتيهم حيتانهم يوم سبتهم شرعاً و يوم لا يسبتون لان تايهم سوره اعراف آیه ۱۶۳» و بشدت حيله هارا ممنوع کرده و گناه شمرده است داستان جنگ حنین و سر نیزه کردن پاره‌های قرآن نیز از کلاههای شرعی معروف است و همچنین کلاه دیگر در همین جنگ بوسیله حيله گر معروف «عمر و عاص» بود که ابو موسی اشعری خشکه مقدس ابله را به عوا فریبی اشعث بن قیس کندی بعنوان «حکم» بر حضرت علی تحمیل کردند که خود همین دو کلاه در این جنگ منشا چه مفاسد و مظالمی شد که جای بحث اینجا نیست هنوز هم در دستگاه عدلیه ایران کلاههای قانونی بشدت رواج دارد و کلای دعاوی از قبل همین نیرنگها به نان و آب میرسند .

اما در قرآن تنها دلیلی که برای جواز حيله 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 با قسمی که یاد کرده چه کند ؟ دستور آمد که يك دسته چوب صد تائی را بگیرد و یکبار به آن زن بزند .

« وخذ بيدك ضعفاً فاضرب به ولا تحنث » عده‌ای معتقدند که این آیه در مورد حق الله است و آنرا در قلمرو حق الناس نمی‌توان تجویز کرد ، چه در مورد حق الله بنا بر ارفاق و چشم پوشی است بخصوص که بی تقصیری زن محرز شده بوده است . مؤید این نظر هم آیه مربوط باصحاب سبت است که ذکرش گذشت ، اما گروهی از حقوقدانان اهل سنت و جماعت حيله را بطور مطلق تجویز کرده اند ، و حيله با تقرب فرقی آنست که حيله از نظر صوری ، قانونی است و حال آنکه تقرب از نظر صوری نیز جنبه قانونی ندارد .



یکی از این نیرنگها « بیع شرط » است ، که بدنیست به تاریخچه‌ای از آن در این جا اشاره‌ای بشود میدانیم که در بدو امر مقصود از بیع شرط ، دادوستد حقیقی بوده یعنی فروشنده (بایع) واقعاً قصد انتقال مال ( مبیع ) را به مشتری داشته است .

التهایه برای پیش بینی بعضی حوادث که ممکن بود فروشنده را از انتقال مال منصرف سازد ، فروشنده شرط میکرد که هرگاه در مدت معینی قیمت ( یا مثل ثمن ) را به مشتری رد کرد ، حق فسخ و بهم زدن دادوستد را داشته باشد . پس از مدتی که بیع شرط با همین حقیقت ساده در میان مردم متداول بود ، نیازمندیهای مردم آنرا از این حقیقت منحرف ساخت ، چرا که معاملات ربوی جرام بود ؛ و افراد پولدار حتی بسا گرفتن وثیقه معتبر هم حاضر به قرض دادن نبودند ، لذا بیع شرط را از حقیقت اولیه منحرف ساخته و بدینوسیله بهره پول (ربح) را مشروع نمودند ، ازین رو هر کس بپول نیاز داشت ، ملک خود را به بیع شرط ولی به قصد وثیقه به صاحب پول منتقل میکرد ، و از آنجا که مقصود فروشنده قرض گرفتن به وعده معین بود نه انتقال حقیقی ملک ، لذا برای خود در مدت معین اختیار فسخ را قرار میداد ، و از سوی دیگر مشتری نیز مقصودش دادن قرض با اخذ وثیقه و گرفتن بهره بود ، لذا مشتری هم برای مشروع جلوه دادن تنزیل ، مال (مبیع) را بخود فروشنده برای مدت معین اجاره میداد ، چیزی که بخوبی از عدم قصه معامله در این امر حکایت میکرد ، تعیین مقدار مال الاجاره و ثمن بود ، زیرا قیمت مقرر میان طرفین معامله هیچگونه تناسبی با قیمت واقعی مال نداشت و نه هم مال الاجاره با منافع حقیقی عین مستأجره متناسب بود ، مثلاً اگر کسی احتیاج بده هزار ریال داشت ملک را که چهل یا پنجاه هزار ریال قیمت داشت به صیغه بیع شرط بده هزار ریال میفروخت و سپس آنرا بدیوست ریال اجاره میداد ، معلومست که نه قیمت ، قیمت واقعی و نه مال الاجاره عادلانه است بلکه مال الاجاره معادل با بهره پول است که میان طرفین مقرر گردیده در نتیجه این راه حل قانونی و شرعی معاملات استقراضی همه مبدل به بیع شرط گردید ، ولی متأسفانه اگر در اس مدت



فروشنده که حقیقتاً قرض گیرنده و صورتاً فروشنده بود، موفق به رد قیمت ملک و اجاره بها نمیشد، مشتری بجای اینکه از قیمت ملک که در حقیقت وثیقه طلب وی بود، معادل طلب خود را بردارد و بقیه را به فروشنده رد نماید، به عقد بیع شرط واقعی استناد میکرد و تمام ملک را به ثمن بخش بالامیکشید و مالک میگردید؛ و از آنجا که فروشنده بدبخت هم در حال اضطرار تمام اختیارات متصوره حتی خیار غبن فاحش را نیز از خود سلب کرده بود نمی توانست مدعی خیار غبن گردد، در برابر این اوضاع ناگوار تاب مقاومت مردم به نهایت رسید و برای جلوگیری از مشتری های صوری یعنی قرض دهندگان بی انصاف، در زمان ناصرالدین شاه فرمانی صادر شد که بموجب آن دیوان خانه های عدلیه یعنی دادگاهها مجاز نبودند در معاملات بیع شرط حکم دهند که مشتری تمام ملک (مبیع) را تصرف کند، بلکه باید از عین یا قیمت آن وجهی را که به فروشنده داده بودند بامال الاجاره مقرر میان طرفین بردارند و مازاد متعلق بخود فروشنده باشد.

فرمان مزبور بجای ایجاد رفاه، سختی تازه ای پدید آورد، زیرا در اثر آن پولداران حاضر نمیشدند به اینکه با معامله بیع شرط معمولی وجهی قرض دهند و از قرض کنندگان تقاضا می کردند که ملک را به بیع قطعی بآنها منتقل کنند، نهایتاً چون قصد طرفین انتقال واقعی نبود، مشتری صوری که قرض دهنده واقعی بود به فروشنده ظاهری که قرض کننده واقعی بود و کالت خارجی میداد که هرگاه در سر موعد قیمت مال و اجاره بهارا، یعنی وجه استقراضی و بهره پول را، رد ننماید از طرف مشتری و کالت دارد که تمام ملک را بخود انتقال دهد،! و بدین طریق معامله از صورت بیع شرط که فرمان مذکور شامل آن میگردید، خارج و بصورت بیع قطع با شرط و کالت خارج درآمد. در اثر این نیرنگ قانونی جدید دادگاهها در صورت عدم انجام شرط مشتری را مالک قطعی میدانستند، قانون مدنی ایران در ماده ۴۶۳ برای جلوگیری از این وضعیت مقرر میدارد که:

« اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع بحقیقت بیع بوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود » بهر حال این قانون شکنی بوسیله قانون کارش بآنجا کشید که نویسندگان قانون مدنی ایران به تبع از بعضی آراء فقه شیعه، صریحاً ارائه طریق برای تحصیل بهره و ربح از سرمایه‌ای که قرض داده میشود نموده‌اند، مطابق ماده ۶۵۳ قانون مدنی: « مقترض می‌تواند بوجه ملزومی به مقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر زمه او باقی است مقدار معین از دارائی مدیون را در هر ماه یا در هر سال مجاناً بخود منتقل نماید » در مقام طرفداری از این ماده ممکنست گفته شود ماده اطلاق دارد و مقصود انشاء حکمی برای امکان عقد وکالت در ضمن عقد قرض بوده است.

در جواب گوئیم اگر مقصود خاصی در کار نبود باید ماده در فصل وکالت می‌آمد و آنکپی هر کس می‌تواند به شخص دیگر وکالت دهد که موضوع مشروعی را انجام دهد و چون قصد طرفین امر مشروعی نیست پس چنین وکالتی هم باطل است و چنین است راه حل قانونی دیگر در عقد صلح بموجب ماده ۷۶۸ قانون مدنی که از بحث آن می‌گذریم و بدین بسنده می‌کنیم.

### ۵ - محتوی عقل در «کمان‌لو» یعنی حقوق عرف و سابقه

از آنجا که عقل امریست که از نظرات و آراء زمان الهام می‌گیرد و دائر مدار تغییر و تکامل است، لذا یک نوع خصیصه تغییر پذیری و انعطاف در حقوق انگلیس ایجاد کرده است، حاصل مطلب اینست که حقوق انگلیس از مفاهیم عقلانی تغذیه می‌کند و بدینوسیله درخت تناور خود را بارورتر و غنی‌تر می‌سازد، مطلب دیگری که باید یادآور شویم آنست که بسیاری از فیلسوفان از جمله اسپینوزا حقایق عقلی را در همهٔ ازمه امری ثابت و یکسان و لایتغیر میدانند و قائل به تکامل حقایق عقلی نیستند،

این امر درست است ، اما عقل همیشه بهمه طلب احاطه نمی یابد ، وانگهی مقتضیات زندگی در تغییرند ، ولذا حقایق عقلی هم به تبّع آن در تغییر خواهند بود ، بهر حال عقل در حقوق انگلیس عبارتست از :

« نظریات جاری زمان - اعمال عرفی - ای تثبیت شده - هم آهنگی لازم بین تصمیمات قضائی - احترام اصولی که قبلاً قبول و مرتباً اعمال شده است و ... خلاصه عقل متوجه نفع دائمی اجتماع ، نفع ثبات حق وامنیت روابط قضائی میباشد »<sup>۱</sup>

اعتبار عقل حقوق عرف و وحشی<sup>۲</sup> را باتکنیک ویژه ای در تمدن جدید ، بدون ایجاد زحمت قابل اعمال کرد ، عقل حقوق عرف و وحشی را به پیش برد و امروز حقوق انگلیس نمونه یکی از عالیترین و عمیقترین دسته های حقوقی جهان است ، و در استرالیا و هندوستان و امریکا و کشورهای دیگر وارد گردید و با وجودیکه در هندمانند استرالیا و امریکا بازمینۀ بکر و باخلاء مواجه نگردید ، معذک حقوق هند ( قوانین مانو<sup>۳</sup> ) را تحت نفوذ قرار داد و به پیشرفت و گسترش آن فوق العاده کمک نمود .

#### ۱ - مقدمه حقوق تطبیقی ص ۴۴

#### 2 - Gostumier barbare یونانیان بسایر ملل غیر یونانی باربار

می گفتند و آنان را وحشی و دشمنان یونان می دانستند ، وجه تسمیۀ ملل غیر یونانی باین اسم این بود که چون یونانیان زبان آنان را نمی فهمیدند . تکلم و تلفظ آنان بگوش ایشان با کلمات بار ، بار ، طنین انداز میشد و کلمه بار بار یعنی بیگانه در السنه اروپائی بتدریج مرادف با کلمه وحشی گردید ، سیر روابط و حقوق بین الملل دکتر متین دفتری ص ۳۱ و سیر حکمت در اروپا ص ۲۱ و یونانیان و بربرها امیر مهدی بدیع ص ۷ و ۳۱ .

#### ۳ - قوانین مانو (Manou) ودهار مازاسترا (Dharmasastra)

وسمریتی (Smriti) مجموعه های قدیمی حقوق هند را تشکیل میدهد .



## ۶- اعتبار عقل در دادگاه‌های انگلیس

گفته شد، که آراء قضائی صادره از محاکم دارای اهمیت شایانی است بنحوی که منبع درجه اول حقوق انگلیس بشمار میرود و قاضی انگلیسی به رأی صادره مثلاً ۷۰۰ سال قبل استناد می‌کند.

اکنون عقل بعاوامل آن با عقل چندین قرن قبل که مقتضیاتی متفاوت داشته فرق دارد، در این مورد در حقوق انگلیس تکلیف دادگاه چیست؟ موضوع اغلب باین طریق حل میگردد که قاضی وجه افتراقی میان دعوی مطروحه با حکم صادره دادگاه سابقه (کمان لو) پیدا مینماید و هنگامی که اثبات شد که این دو از جهاتی باهم فرق دارند، رأساً مطابق عقل رأی میدهد و شاید بهمین علت است که بنتام درباره حقوق انگلیس میگوید: «قضات انگلیس کمان لورا بهمین طریق که یک نفر برای سنگ خود قانون وضع می‌کند برای ملت انگلیس وضع کرده‌اند»<sup>۱</sup>

توضیح اینکه مطابق قاعده قدیمی حقوق رم که یکی از اصول کلی حقوق جزای امروز نیز هست «مجازات بدون قانون میسر نیست»<sup>۲</sup> و در نظام حقوق اسلامی نیز فقها آنرا به «عقاب بلا بیان قبیح است» و «امدرك اصل برائت عقلی تعبیر کرده‌اند».

و اساساً حقوق جزای امروز بر اساس دواصل یکی همانطور که گفته شد «اصل قانونی بودن کیفر»<sup>۳</sup> و دیگری «اصل قانونی بودن جرم»<sup>۴</sup> گذاشته شده است، اصل

۱- مقدمه حقوق تطبیقی ص ۴۳

۲- مدرك قبح عقاب بلا بیان در حقوق اسلامی هم در کتاب وهم در سنت وهم مبتنی بر عقل است در قرآن آیه «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» و در حدیث والناس فی سعة ما لا يعلمون، و چند آیه و حدیث دیگر ...

3- Nulla Poena Sine Legc

4- Nullum Crimen sine Lege

دوازدهم متمم قانون اساسی ایران میگوید: «حکم و اجرای هیچ مجازاتی نمی شود مگر بحکم قانون» ماده دوم مجازات عمومی ایران نیز می گوید: «هیچ عملی را نمی توان جرم دانست مگر آنچه که بموجب قانون جرم شناخته شده» و اصل سوم اعلامیه حقوق بشر میگوید:

«قانون بایستی منحصرأ مجازاتی را برقرار کند که کاملاً ووضوحاً ضرورت داشته باشد، کسی نباید مجازات شود، مگر بموجب مقرراتی که قبل از ارتکاب تصویب و منتشر شده باشد و قانونی اجراشود».

بهر حال، این اصول که یکی عنصر قانونی جرم و دیگری عنصر قانونی مجازات محسوب میشود و مطابق آن فقط عملی جرم است که قانون تصریح و پیش بینی کرده باشد - مطابق گفته بنتام - در حقوق عرف و سابقه انگلیس وجود ندارد، بلکه در حقوق انگلیس هر عملی که مخالف عقل و عرف جاری زمان تلقی شود، بشدت محکوم و مجازات می گردد؛ بطوریکه دیگران جرأت تکرار آنرا نخواهند داشت، همانگونه که بهنگام تربیت سگ اگر خلافی از او سرزد چند مرتبه تنبیه میشود تا آنرا تکرار نکند، و همانطور که هیچگاه بسبب اینکه قبلاً به سگ گوشزد نکرده ایم که فلان عمل را مرتکب نشود، از تنبیه و سرکوبی او صرف نظر نمی کنیم و بدنبال اینکه در این مورد متن قانونی وجود دارد یا ندارد نمی گردیم! در اجتماع انسانها نیز چنین می کنیم!

پس حقوق انگلیس حقوق پیرو است، پیرو عرف متحرك و عقل زمان، یعنی در حقیقت بدنبال اجتماع کشانیده میشود و خود را با آن میزان می کند و ترکیبی خاص از حقوق مدون و حقوق غیر مدون میباشد.

در خاتمه باید اضافه کنیم که در انگلستان تفکیک قوای سه گانه (مجریه، مقننه؛ قضائیه) از یکدیگر نسبی است نه مطلق، زیرا هیأت دولت در حقیقت کمیته ای از مجلس عوام است و اعضای آن از میان نمایندگان آن مجلس انتخاب می شوند و

نخست‌وزیر خود نیز عضو مجلس عوام می‌باشد ، پس باین طریق مسلماً پارلمان یا قوه مقننه بر همه حاکم خواهد بود ، بقول هرلدلسکی<sup>۱</sup> : « مواردی پیش می‌آید که میان تفسیر قاضی از قانون و ساختن قانون تشخیص مشکل می‌شود ، هر اداره دولتی ناچار است خود قانون‌گذاری کند و اغلب شغل قضاوت را نیز بر عهده می‌گیرد »<sup>۲</sup>

---

H.J . Laski - 1

۲- آزادی فرد و قدرت دولت ترجمه دکتر صناعی ص ۱۳۱



## مبحث سوم قانون نوشته

### ۱ - زمینه و مقدمه

در این فصل ما تاکنون نظام حقوقی « مذهب یا سیاست اقتصادی » و « عرف و سابقه » را که هر یک نماینده یکی از دسته‌های بزرگ حقوقی دنیا هستند تا آنجا که لازم بنظر میرسید ، باختصار بیان کردیم ، اکنون بعنوان نمونه دسته « قانون نوشته » را که شامل حقوق کلیه کشورهای اروپائی ( باستثنای روسیه و انگلستان ) و کشورهای امریکای لاتین و بعضی از کشورهای آسیائی ( از جمله ایران ) و افریقائی میباشد ، بیان و تشریح خواهیم کرد ، و بعنوان نمونه « حقوق فرانسه » را که قوانین کشور ما نیز بیشتر متخذ از آنست برای بیان مطلب انتخاب می‌کنیم .

اصول حقوق فرانسه از حقوق رم اقتباس گردیده است ، ایرینگ<sup>۱</sup> حقوقدان معروف آلمانی در کتاب روح حقوق رم می‌نویسد : « اهمیت حقوق رم از جهت اینکه در موقعی منبع حقوق بوده است نیست ، بلکه از نظر تغییر کاملی است که در تمام فکر حقوقی ما وارد کرده است .

حقوق رم مانند مسیحیت عامل تحول دنیای جدید شده است<sup>۱</sup> 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 بعثت خروج شاگردانی که در آنجا تحصیلات خود را بیابان رسانیده اند کم نمی شود ، تدوین قوانین نیز از اهمیت حقوق رم نمی کاهد . چه از نظر اساسی و چه از حیث صورت ظاهر قوانین جدید بر مبنای حقوق رم بنا شده اند اثر حقوق رم بهیچوجه محدود بتأسیساتی که از حقوق رم گرفته شده است نمی باشد . فکر حقوقی ، روش ادراک و کلیه تعلیمات مارومی است<sup>۲</sup> . »

## ۲ - قدرت قانون

بهر حال در این نظام حقوقی قدرت قانون از همه منابع دیگر حقوق بیشتر است و همانطور که گفته شد ، کشور فرانسه مثال بارز این دسته محسوب میشود . نیرومندی قدرت قانون از نطق بالو بوپره<sup>۳</sup> رئیس دیوان کشور فرانسه در جشن صدمین سال قانون مدنی فرانسه در ۱۹۰۴ کاملاً هویدا و مشهود است :

« ... من حقیقه<sup>۴</sup> باور نمی کنم که کسی در مسائل حقوقی موفق به تصور موردی شود که قاضی برای حل دعوی 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 در صدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانون نگزار درصد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق نماید که هر گاه این قانون در عصر حاضر بتصویب میرسید قانون نگزار از آن چه منظوری بایستی داشته باشد ؟ »<sup>۴</sup>

۱ و ۲ مقدمه حقوق تطبیقی ص ۳۷ و ۳۸

Ballot Beaupré - 3

۴ - مبانی حقوق جلد سوم ص ۳۷۰

در این نطق بالوبوپره به ضرورت آزادی قضات و دادرسان اشاره کرده و در ضمن همانطور که ملاحظه میشود خارج از عبارات قانونی و خارج از نظر قانونگذار راهی برای تحقیق و جستجو پیش بینی نمی کند و هرگونه تفسیر و تعبیری را منوط و محدود به عبارات قانونی میداند .

و خلاصه منظور اینست که در این رشته حقوقی تمام آراء محاکم و نظرات ، سرانجام بنحوی از انحاء باید بقانون منتهی گردد ، و هر جرم عنصر قانونی دارد ، و عقاب بلا بیان قبیح است .

فرق میان يك حقوقدان<sup>۱</sup> ماهر روز بردست با غیر ماهر که با اندازه کافی قوه و قریحه و شرم<sup>۲</sup> قضائی ندارد . در همین مطلب آشکار میشود که حقوقدان ماهر میتواند از روح و فحوای ماده روی اصولی از قبیل تنقیح مناط و وحدت ملاک و غیره ، مطلب و حکم را استنباط و استنتاج کند ، زیرا حقوق پیش از اینکه يك رشته از علوم باشد ، يك فن و هنر خاصی است که قریحه و ذوق و استعداد ویژه ای لازم دارد .

### ۳- حقوق علم است یافن ؟

گفتیم که حقوق فن و هنر است ، زیرا ذوق شخصی و آزمایشی که مستقیماً در ادراک صحیح دخالت می کند در آن اثر بسیار دارد ، بقول دکتر مندور «يك شیمیست اگر عناصر اولیه مایعی را بشما بدهد و نسبت ترکیب آن را نیز بگوید و حتی اگر شما طعم هر يك از آن عناصر را جداگانه چشیده باشید باز تا خود از آن مایع نجشید طعم آن را نمی توانید احساس کنید زیرا مواد گوناگون ، هنگامیکه ترکیب میشوند ، خواص تازه ای می یابند که پیش از ترکیب فاقد بوده اند و نیز اگر فرض کنیم زبردست ترین نویسندگان تا بلوئی را وصف کند باز نمی تواند شما را از دیدن آن بی نیاز سازد»<sup>۲</sup> .



در حقوق نیز چنین است باید حقوق‌را حس کرد ، چشید ، و این کار در عمل معلوم میشود که عوامل گوناگون پیچیده در یک دعوی حقوقی یا جزائی دخالت دارند و کشف حقیقت قضائی مطلب اینجا نیاز به ذوق دارد ، درست مانند دو نفر نقاش که ممکن است هر دو تابلوئی را روی اصول علمی صحیح کشیده باشند ، در صورتیکه روی یکی از دو تابلو هزار تومان و دیگری دو تومان ارزش گذاشته شود ، اولی علاوه بر اصول علمی ، هنر و فن و قریحه ذاتی نیز از خود نشان داده ، در صورتیکه دومی قسمت اخیر را فاقد بوده است .

این مطلب در مورد نوشتن و تحریر یک داستان یا یک اثر ادبی توسط دو نویسنده که جهات علمی قضیه را خوب وارد باشند نیز کاملاً دیده می‌شود و این نظر را تایید می‌کند و قلمرو علم و هنر را از یکدیگر تفکیک و جدا مینماید ، و اساساً در هر رشته از علوم و صنایع و ادب و فلسفه ، بدون داشتن ذوق و قریحه هر کس وارد شود رنج و زحمتی که می‌کشد بیهوده خواهد بود ، شاعری که ذوق نداشته باشد بد شعر می‌گوید ، و مهندس بی ذوق ساختمان ناقص و زشتی از کار در خواهد آورد ، هزاران نفر از مردمان در راه حکمت و فلسفه افتاده اند و معلومات لازم را فرا گرفته‌اند ، اما فقط عده بسیار معدودی بمقام والا رسیده اند و توانسته‌اند فکری و طرحی نو ارائه دهند .

در میان حقوقدانان اروپائی ، از اواسط قرن نوزدهم میلادی ، درباره علم یافتن بودن حقوق ، بحث بمیان آمده ، و بیشتر نظرات بر این اساس مبتنی است که اگر حقوق را بر پایه علم محض ببنداریم ، باز حقوق مانند فنی و هنری ویژه جلوه می‌کند در این مورد گفته‌اند : «علم حقوق به معنای اخص عبارت از بدست آوردن اصول و قواعد حقوقی و ترکیب و آمیختن آنها از راه ترتیب و تنظیم علمی است .

اما فن حقوق عبارت از تطبیق این قواعد و اصول با موقعیت و وضعیت اتفاقات و حوادث اجتماعی است ،» باین تعریف از فن که عبارت از عمل و تطبیق باشد ، انتقاد

شده ، زیرا مطابق این تعریف ، در امر قضاوت توسعه و گسترش و تجدد در رویه قضائی راه نخواهد داشت ، زیرا عمل و تطبیق باید مبتنی بر تعمق و تتبع افکاری باشد تا پیشرفت در حقوق حاصل شود و لذا تعریفی که بموجب آن : «حقوق را عبارت از فنی میدانند که غرض و هدفش فعلیت دادن به عدالت اجتماعی است» برای آن مناسبتر تشخیص داده میشود ، حقوقدانان اسلامی نیز قبل از اروپائیان در تعریف علم و فن گفته اند : «علم را دو معنی میباشد ، یکی حقیقی و آن انکشاف و ادراک حقایق و وقایع است ، دیگری تنزیلی که به فن موسوم گشته است ، این فن عبارت از عنوانی است منتزع از جمیع مسائل علم و این انتزاع وقتی است که جهت وحدت در مسائل مزبور ملحوظ بشود و آن موضوع علم خواهد بود» .

از نظر دیگر علم مطلبی کاملاً غیر شخصی یعنی متوجه واقع است<sup>۲</sup> در حالیکه هنر برعکس ذهنی و شخصی<sup>۳</sup> است ، و نشان و امضای هنرمند بر آن خورده است ، فرانسیس بیکن میگوید ، «هنر عبارت است از انسان که بر طبیعت اضافه شود»<sup>۴</sup> امیل زولا<sup>۵</sup> میگوید : «هنر عبارت است از واقع و نفس الامر که از عینک شخصیت دیده شونده» دکتر مندور در تایید این نظر میگوید : «زوق وسیله احساس است نه وسیله شناخت ، چه ، زوق عنصر شخصی است و شناخت يك امر عمومی . ملکه ای که زوق را بشناخت بدل می کند تفکر است ، بوسیله فکر است که زوق را قدرت و ثبات می بخشیم و از صورت شخصی بشکل عمومی و مشترک ارتقاء میدهیم»<sup>۶</sup> . بهمانگونه که از معرفت حسی به معرفت علمی دست می یابیم ، زوق هم وسیله احساس است که بشناخت مبدل میگردد .

۱- مبانی حقوق ج ۱ ص ۱۷۳

Réaliste - 2

Subjectif - 3

« Ars homo additus nature » - 4

Emile zola - 5

۶- در نقد و ادب ص ۲۵ و ۲۶



## ۴- معنی عرف در نظام حقوقی «قانون نوشته»

در سیستم «قانون نوشته» دادگاه ممکن است گاهی حکمی را منوط به عرف کند ، در این صورت مسلم است که این عرف با عرف در سیستم حقوق انگلیس فرق دارد ، زیرا ارجاع بعرف در این سیستم ، بواسطه این بوده که نص صریح قانون این ارجاع را الزام آور نموده ، پس در واقع و حقیقت قانون را اجرا کرده اند نه عرف را . خلاصه باید گفت که کلیه 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 از جمله سوئیس ، قانون پیش بینی کرده و اجازه داده تا در مواردی که معنی قانونی وجود ندارد ، وعرف و عادت مسلمی نیز در مسأله و دعوی مطرح حه ، مورد اعمال مردم نیست قاضی خود را بجای قانونگذار بگذارد و بر مبنای عدالت و انصاف حکم دهد .

روشی را که باید بر طبق آن همه موارد را در قانون جستجو کرد ، روش پرو-کروست گویند . پرو کروست در اساطیر و افسانه‌های یونان نام سارقی بوده که پس از ربودن اموال مردم ، آنان را روی تخت خود میخوابانیده و اگر قد مسافر بلند تر از تخت بود ، زیادی بدن او را قطع میکرد ، و هرگاه بعکس کوتاهتر بود ، با اندازه ای آنرا میکشید تا در نتیجه اتساع ، بدن هم قد تخت گردد ، این تشبیه اشاره به اجبار و الزامی است که قضات کشورهای دسته «قانون نوشته» با تطبیق قانون با آراء و فتاوی خود دارند و نقش قانون و اقتدار آنرا نشان میدهد .

در باره دوروش و دو اسلوب که قضات در عمل دارند .

۱- انطباق قانون بامورد .

۲- انطباق مورد باقانون ، مطلب زیر را لازم است یادآور شویم که در مورد



اول یعنی انطباق قانون بامورد یعنی دردرجه اول قواعد مدنی و حقوقی را درمد نظر قرار دهد و سعی کند تا اتفاقات و حوادث و اختلافات مردم را با آنها منطبق سازد ، در روش دوم که انطباق مورد باقانون باشد ، حوادث و خصوصیات دعوی را در درجه اول مورد توجه قرار میدهد و کوشش میکند تا قواعد و دستورهای قانونی را با آنها متناسب و هماهنگ نماید .

مسلم است که در روش اول دادرس ناچار است تا از اوضاع و احوال مسلم قضیه کم و کسر نماید تا بتواند آنها را به قالب قواعد و دستورهای قانونی قالب گیری نماید ، در حالیکه در روش دوم قواعد و دستورهای قانونی را با این اوضاع و احوال هماهنگ می نماید ، در روش اول ، قاضی ، فقط به اجرای قانون با همه کلیت و عمومیت آن توجه دارد ، ولی در روش دوم نظر او به اتفاقات و حوادث برونی است ، تصمیم دارد به هر نحوی که شده ، از ظلم و تعدی جلوگیری کند و از زیان و ضرر جبران بعمل آورد ، برای توضیح این مطلب مثالی را از « مبانی حقوق » که در همین موضوع آورده شده می آوریم : « فرض کنید شخصی بر اثر حادثه ای صدمه جانی دیده ، ناقص شده و برای تمام عمر از کسب و کار محروم گشته است ، ترمیم زیان و ضرر را مطالبه مینماید ، قاضی در قضاوت از طریق اول خصوصیات حادثه و دعوی را به یکی از قواعد مدنی تطبیق می کند و حکم قضیه را مینماید ، مقصود او حل و فصل دعوی و رفع اختلاف و قطع خصومت است و لولاینکه ناچار شود فقط نسبت به ضرر و زیانهای مالی و مادی و محسوس و مشهود کنونی تصمیمی گیرد ولی تضررات زیان دیدگان را برای زمان آینده که از واقعتهای مسلم میباشد از نظر دور بدارد و از احقاق حق و رفع تعدی از آن خود داری کند ولی در طریق دوم بر اثر توجه به واقعتهای برونی و مطالعه در اثرات شوم حوادث نسبت به زندگانی آینده و مستقبل زیان دیدگان مسئول حادثه را به ترمیم آنها ملزم میدارد

ومورد را به عنوان نفی ضرر منطبق می نماید .

بعضی از قضات و داد رسان در دادگستری ما تصور مینمایند که احکام و قواعد حقوقی از آهن و فولاد ساخته شده اند و باید در مقام تحقق و فعلیت نیز بهمان کلیت و عمومیت باقی بمانند از اینجهت در اجرای عدالت و داد رسی ناچار می شوند بعضی از اوضاع و احوال مسلم حوادث و اتفاقات را از نظر دور بدارند و بر اثر آن احکام دادگاهها از واقعیتهای زندگانی و از مقتضیات مدنیت دور و غیر متناسب میگردند .

میدانید قاضی انگلیسی به چه طریق و اسلوب قضاوت و دادرسی مینماید ؟ او عادت ندارد قبلاً قواعد کلی را در نظر بگیرد و حکم قضیه را از روی آن صادر کند بلکه اتفاقات و حوادث را در درجه اول مورد توجه قرار میدهد و احقاق و اجرای عدالت را به تناسب جزئیات و خصوصیات هر کدام معمول میدارد و حتی در مواردی که باید از روی احکام ضمیر و پندار نیک و یا از روی قواعد عدل و نصف قضاوت و دادرسی کند این احکام و قواعد را به تناسب مورد و خصوصیات امر در نظر میگیرد ، بی آنکه به کلیات و دستورهای قبلی توجه نماید .

باری در حقوق فرانسه یعنی نظام حقوقی «قانون نوشته» ، نقش قانون را از تشبیه زیر می توان دریافت : «حقوق در این رشته همانند سیمی است که قانون همچون جریان برق از آن عبور می کند و به محض اینکه جریان برق از آن سیم قطع گردید برق هم خاموش میگردد یعنی اگر قانون را از حقوق نوشته جدا کنید از حقوق هم اثری باقی نخواهد ماند»

بالین وجود ، بدیهی است که در حقوق عرف و سابقه انگلیس روش پروکروست قانونی وجود ندارد ، و بقول بنتام که میگوید : «کلمات قانون را بساید مانند الماس وزن کرد» .

در حقوق انگلیس قانون فقط در همان مورد محدود و مضیق آنهم بعنوان استثنا



بر اصل (عرف و سابقه) اجرا می‌شود. در سیستم عرف و سابقه اگر قانون را حذف کنیم بحقوق هیچگونه لطمه‌ای وارد نمی‌شود، در صورتیکه در سیستم قانون نوشته اگر قانون را برداریم. از حقوق چیزی باقی نخواهد ماند. خلاصه آنکه در سیستم قانون نوشته فرانسه، منبع درجه اول قانون و منابع درجه دوم و سوم عرف و عادت و رویه دادگاهها و غیره میباشد. قاضی فرانسوی هرگونه راه حلی را در قانون جستجو می‌کند و بقانون معانی بی‌میدهد که نداشته‌اند، ولی قاضی انگلیسی این کار را با رویه قضائی (عرف و سابقه) انجام میدهد، انهاییه با دخالت عقل اگر وجه شبه در موضوع مطرحه نبود، خود رأیاً حکم صادر می‌کند.

فصل پنجم این کتاب که بررسی اجمالی پیرامون حقوق خارجی و همسنجی نظامهای حقوقی یعنی سیاست اقتصادی، عرف و سابقه و قانون نوشته و فقه اسلامی بود بپایان رسید، ولی در خاتمه این فصل این بساد آوری را لازم میدانم که حقوق هر کشور را همواره طبق اصول همان کشور و در قالب و کادر همان حقوق باید مطالعه کرد، و الا اگر به کلمات قانون در حقوق انگلیس همان معانی بی‌راکه در حقوق فرانسه است بدهیم، بهیچوجه بدرک واقعیت حقوق انگلیس نائل نخواهیم شد و شناسائی هیچ طرز تفکر و سیستم حقوقی بی‌امکان نخواهد داشت، بلکه محال خواهد بود و بسیاری از اختلافات و تضادهای فکری، ناشی از همین توجهات غلط است، چنانکه شواهد زیادی می‌توان ارائه داد که در اثر عدم تفاهم اصول حقوقی ملل مختلفه موضوع منجر باختلاف شده است چنانکه در جریان ملی شدن صنعت نفت ایران، دولت انگلیس به دادگاه لاهه شکایت کرد، دادگاه مزبور عرضحال دولت انگلیس را برای دولت ایران فرستاد، در ابتدا دولت ایران در لایحه جوابیه پاسخی داده بود که مطابق اصول حقوقی داخلی ایران بود و بموجب آن خود را محق میدانست در صورتیکه بموجب همان جواب، دلائلی که دولت انگلیس بآن نیاز مند بود، برای آن دولت تحصیل گردید و چون جواب مزبور از نظر سیستم حقوقی قضات دادگاه کافی نبود، لذا قراری



به ضرر دولت ایران و به نفع دولت انگلیس صادر گردید ، و لسی پروفیسور رولن<sup>۱</sup> حقوقدان بلژیکی وکیل مدافع ایران باکمال سهولت از تئوری حقوقی ایران دفاع کرد و با آشنائی کامل به اصول حقوقی دادگاه بین‌المللی لاهه ، سرانجام رأی نهائی دادگاه مزبور توسط قاضی انگلیسی بنفع ایران صادر شد .

پس آشنائی به حقوق داخلی برای پیروزی در دادگاههای بین‌المللی کافی نیست . و بقول استوارت میل فیلسوف انگلیسی : « . . . آنکس که فقط دلائلی برای دفاع از خود یاد گرفته است ، نمیداند چگونه از خود دفاع کند ، ممکنست دلائل اوقوی باشد و کسی نتواند آنها را رد کند ، اما اگر او هم نتواند دلائل مخالف خود را رد کند و حتی نداند که آن دلائل چه هستند . آن وقت موجبی ندارد که به هیچیک از دو عقیده مخالف معتقد باشد . در چنین وضعی راه عقلانی‌ای که می تواند در پیش گیرد این است که از اتخاذ هر عقیده‌ای در آن باب خودداری کند و اگر جز آن کند معلومست یا ندانسته عقیده‌ای را پذیرفته است و یا مثل اکثر مردمان جهان آن عقیده را رجحان داده است که با تمایلات او موافق تر بوده است »<sup>۲</sup>

در اینجا باز برای توضیح بیشتر اضافه می‌نماید که فی‌المثل ، اگر به « عقل » در حقوق اسلامی همان معنی را بدهیم که عقل در حقوق انگلیس دارد - همانگونه که بعضی نیز مرتکب گشته‌اند - اشتباه جبران ناپذیری را دست زده‌ایم ، بحث این مطلب در فصول آینده خواهد آمد .



تبصره : عنوان فصل پنجم « مسنجدی نظامهای حقوقی » را من به حقوق تطبیقی و یا حقوق مقایسه دادم ، و بنظر میرسد که بر حقوق تطبیقی و مقایسه ترجیح داشته باشد . چه هم فارسی است و هم مفهوم را بهتر میرساند .

شاید هم این رشته علوم تطبیقی در حقوق و ادبیات و غیره دنباله همان فکر منطق مادی و دیالکتیکی باشد که بصورت اصلی علمی در آمده است که هیچ چیز را نتیجه خودش نمیداند بلکه در این منطق هر پدیده‌ای نتیجه وجود خویش با وجود دیگران است و هم در این منطق اجتماع و ارتفاع نقیضان محال نیست بلکه ممکن است .



## فصل ششم

منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی





## ۱ - مقدمه

بررسی کتابهای حقوق اسلامی ، برای خواننده ، اعجاب آور و حیرت انگیز است ، زیرا کمتر نظام حقوقی بی دیده شده است که تا این اندازه در جزئیات و فروع مطالبش کار شده باشد .

اسلام با اعلام برسمیت نشناختن رهبانیت و انزوا ، اصول قوانین خود را برای پی ریزی شالوده وزیر بنای اجتماعی که کوچکترین نیازها و غرائز و تمایلات انسانهای نادیده گرفته نشده است ، با واقع بینی عجیبی ؛ بنیان نهاده ، و کاخ عظیم نظام حقوقی خود را که میراثی گرانبها است ، پی ریزی کرده است .

حقوق اسلامی تنها ناظر بانسانها نیست ، بلکه برای انسان نسبت به حیوانات نیز تکالیفی تعیین کرده است ، که در هیچ مجموعه قانونی از کشورهای متمدن و متمدنی امروز ، نظیرش دیده نمیشود فی المثل حاکم شرع اسلام ؛ برای حیوانی که قابل بهره برداری نباشد ، در صورت امتناع مالک ، می تواند برای نگاهداری آن حیوان ، املاک و متاع خانه مالک حیوان را بفروش رساند ، و از این قبیل مطالب در باره حقوق حیوان بسیار وجود دارد ؛ که انسان را مکلف بانجام آن ساخته است ، در حقوق اروپائی ، چون شخص ناظر بانسان و شخصیتهای حقوقی از قبیل مؤسسات و بنگاهها میباشد ، و در مورد صغیر غیر ممیز و یا دیوانه ، با اینکه آزاد و مختار نیستند ، و فاقد اراده و شعورند ، معدلك دارای شخصیت حقوقی میباشد . در این مورد ، در حقوق امروز دنیا گفته میشود ، مجنون و صغیر شخصیت حقوقی ذاتی دارد زیرا که ذاتاً دارای ارزش اجتماعی هستند ، ولی در مورد حیوان این ارزش عرضی 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.<sup>۱</sup>

اسلام تنها دینی است که در کلیه شعب علم حقوق، اعم از حقوق خصوصی داخلی از قبیل قوانین مدنی، تجاری، جزائی و اعم از حقوق عمومی داخلی و حقوق بین‌المللی اظهار نظر کرده و قوانین عمیق و دقیق خود را بنیان نهاده است.

## ۲ - داورى دودانشمند و حقوقدان امریکائی

قبل از ورود به بحث پیرامون منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی، بعنوان مقدمه این فصل رشته سخن را به‌راستى هوگو گوت جاکسون<sup>۲</sup> دادستان دیوان کشور ممالک متحده امریکا میدهد:

«... قانون در امریکا يك تماس محدودى با اجراى وظایف اخلاقى دارد، در حقیقت يك شخص امریکائی در همان حال که ممکن است يك فرد مطیع قانون باشد ممکن است يك فرد پست و فاسدى هم از حیث اخلاق باشد. ولى برعکس آن، در قوانین اسلامى سرچشمه و منبع قانون اراده خداست، اراده اى که بر رسول او محمد مکشوف و عیان گردیده است، این قانون و این اراده الهی تمام مؤمنین را جامعه واحدی

۱ - رسول اکرم فرمود: «مردی در راهی میرفت، تشنگی بر او سخت گرفت، از چاهی فرورفت و آب آشامید، و چون بیرون آمد، سگی را دید که زبان از کام بیرون آورده و از شدت عطش گل و خاک نمناک زمین را میخورد! دوباره بچاه فرورفت و کف خود را پر از آب نمود و در دهان خود نگاهداشت، تا بالا آمد و سگ را سیراب کرد خداوند در پاداش عملش وی را آمرزید.

اصحاب گفتند: آیا در بهائم هم برای ما اجر و ثوابی هست؟ فرمود آری دوباره هر جاننداری چنین است زنی بواسطه گریه‌ای که او را بسته بودونه خود باو غذا داد و نه او را رها کرد بجهنم رفت»

۲ - Robert Houghwout Jackson «حقوق در اسلام»، دکتر مجید خدوری و هربرت ج. لیسنی ترجمه زین العابدین رهنما.



می‌شناسد ، گرچه از قبائل و عشایر گوناگون تشکیل یافته و در مواضع و محل‌های دور و مجزای از یکدیگر واقع شده باشند ، در اینجا مذهب نیروی صحیح و سالم التصاق دهنده جماعت می‌باشد نه ملت و حدود جغرافیائی .

در اینجا خود دولت هم مطیع و فرمانبردار قرآن است و مجالی برای قانون‌نگار دیگری باقی نمی‌گذارد ، چه رسد بآنکه اجازه انتقاد و شقاق و نفاق بدهد . بنظر مؤمن این جهان دهلیزی است بجهان دیگر که جهان بهتر باشد و قرآن قواعد و قوانین و طرز سلوک افراد را نسبت بیکدیگر و نسبت با اجتماع آنها معین می‌کند تا آن تحول سالم را از این عالم به عالم دیگر تأمین نماید . غیر ممکن است تئوریه‌ها و نظریات سیاسی و یاقضائی را از تعلیمات پیامبر تفکیک نمود . تعلیماتی که طرز رفتار را نسبت باصول مذهبی و طرز زندگی شخصی و اجتماعی و سیاسی همه را تعیین می‌کند ، این تعلیمات بیشتر وظیفه و تکلیف برای انسان تعیین می‌کند تا حقوق . یعنی تعهدات اخلاقی که فرد ملزم باجرای آن می‌باشد بیشتر مطمح نظر است و هیچ مقامی هم در روی زمین نمیتواند فرد را از انجام آن معاف بدارد ، و اگر از اطاعت سرپیچی کند حیات آینده خود را به مخاطره انداخته است .

از آنجائیکه امریکائیا اساس مذهبی و یا فلسفی قوانین اسلامی را قبول ندارند اینطور فکر می‌کنند که هر چه بر این اساس مبتنی گردیده نمی‌تواند نظر و توجه ما را جلب بکند ، ولی حقیقت این است که همین سیستمی که غیر عملی قلمداد میشود ، اعمال بزرگی را توانسته است بطرز حیرت انگیزی انجام دهد .

اینطور بود که نیروی حیات بخش و التصاق دهنده آئین محمدی در ظرف یک قرن پس از رحلت محمد ، قوم و عشیره او را بآنکه فاقد یک دولت متشکل واقعی و فاقد یک قشون ثابت و فاقد آرمانهای سیاسی مشترک بودند ، معذک قادر ساخت بر سواحل افریقائی مدیترانه استیلا بیابد ، اسپانیا را مغلوب سازند و فرانسه را مورد تهدید قرار دهند تا فتح شارل مارتل در پواتیه بسال ۷۳۲... دادستان دیوان کشور امریکا

در همان کتاب در جای دیگر میگوید :

« ... مطلب عمده این است که ما تازه شروع کرده ایم به تشخیص این نکته که این مذهب که جواترین مذاهب دنیا است ، فقهی ایجاد کرده که حس عدالتخواهی میلیونها مردمی که در زیر آسمانهای سوزان آسیا و آفریقا و چندین هزار نفر دیگر را که در کشورهای امریکا زیست می کنند اقناع مینماید ، هر چند ممکن است ما نسبت بالهام مذهبی حقوق آنها مشکوک باشیم معذک حقوق مزبور در سهای بسیار مهمی در اجرای قوانین بما می آموزد .

حالا موقع آن رسیده که دیگر خودمان را در دنیا تنها قومی ندانیم که عدالت را دوست میدارد و یا معنای عدالت را می فهمد ، زیرا کشورهای اسلامی در سیستم قانونی خود رسیدن باین مقصد را نصب العین خود قرار داده اند و تجربیات آنها در سهای ذیقیمتی برای ما در بردارد ... »

« هاکنج » محقق معروف امریکائی و استاد فلسفه دانشگاه هاروارد در کتاب « روح سیاست جهانی » که در سال ۱۹۳۲ به چاپ رسیده درباره آینده فرهنگ اسلامی ، پس از آنکه بحث مبسوطی راجع باصول و مبادی فقه اسلامی و مذاهب فقهی معروف ایراد می کند ، چنین می گوید : « راه پیشرفت کشورهای اسلامی این نیست که از نظامها و ارزشهای غرب تقلید کنند و آنها را در زندگی خودشان به کار بندند ... عده ای می پرسند آیا در اسلام این نیرو وجود دارد که افکار جدیدی تولید کند و قوانین و دستورات ممتاز و مستقلی برای بشر عرضه بدارد که کاملا بااحتیاجات و مقتضیات زندگی جدید موافق باشد ؟

پاسخ اینست که در نظام اسلامی نه تنها هر نوع استعداد و آمادگی برای پیشرفت و تکامل وجود دارد بلکه قابلیت تطور نظام اسلامی از بسیاری نظامهای دیگر بیشتر است . مشکل کشورهای اسلامی این نیست که در آئین اسلام ابزار پیشرفت نیست بلکه اینست که (متأسفانه) در این کشورها تمایل و اراده لازم برای استفاده از این



ابزار پیشرفت وجود ندارد. من باکمال واقع <sup>این</sup> درك می کنم که شریعت اسلامی کلیه مبادی و اصول لازم برای پیشرفت و تکامل را در بر دارد<sup>۱</sup>

### ۳- حقوق اسلامی در کنگره بین المللی حقوق تطبیقی

این واقعیت که دانشمندی امریکائی بیان داشته، تا کنون در چند کنفرانس جهانی نیز مورد تصدیق قرار گرفته است و به عظمت و وسعت و قابلیت تحول فقه اسلامی تصریح گردیده برای نمونه به دو کنفرانس اشاره می کنیم:

در سال ۱۹۳۷ کنگره بین المللی حقوق تطبیقی در لاهه تشکیل گردید، در این کنگره هیئتی از دانشمندان حقوق اسلامی شرکت داشتند<sup>۲</sup>.

و دو بحث بزرگ زیر را از نظر فقه اسلامی مطرح ساختند و مورد بررسی قرار دادند:

۱- مسئولیت مدنی و جنائی از نظر اسلام.

۲- روابط و علاقه فقه اسلامی با حقوق رومی.

پس از ایراد این بحثها و دادن توضیحات لازم درباره آنها، کنگره قطعنامه‌ای صادر کرد بدین قرار:

۱- فقه اسلامی یکی از مصادر قانونگزاری در جهان امروزی تواند باشد.

۲- فقه اسلامی حقوق زنده ایست که صلاحیت کامل برای تطور و انعطاف

دارد.

۳- فقه اسلامی مستقل است و از هیچ مکتب حقوقی دیگر گرفته نشده است.

۴- مسئولیت جنائی در فقه اسلامی جزء مراجع و مأخذ علمی کنگره قرار

بگیرد و بعنوان يك مرجع حقوق تطبیقی شناخته شود.

۱- دوسهائی از مکتب اسلام سال نهم شماره ۱

۲- شیخ محمود شلتوت رئیس فقید دانشگاه الازهر مصر عضو این هیئت

بود و بحثهای نامبرده را وی ایراد کرد.



۵- دودوره آینده کنگره : زبان عربی از جمله زبانهای رسمی کنگره قرار داده شود .

#### ۴- هفته فقه اسلامی :

در سال ۱۹۵۱ میلادی نیز دانشکده حقوق پاریس ، هفته ای را برای بررسی فقه اسلامی معین کرد ، مسئولان کار به دانشمندان جهان اسلام پیشنهاد نمودند ؛ نظر فقه اسلامی را درباره چند موضوع که نام می بریم اظهار بدارند و در باره قسمت های دیگر فقه اسلامی نیز اگر خواستند بحث کنند . موضوعات تعیین شده عبارت بود از :

۱- طرق اثبات مالکیت در فقه اسلامی .

۲- موارد و شرایط ضبط املاک خصوصی برای مصالح اجتماعی و عمومی .

۳- مسئولیت جنائی .

۴- تاثیر متقابل مذاهب فقه اسلامی در یکدیگر .

رئیس کلون و کلای پاریس که ریاست این کنفرانس را بعهده گرفته بود ، در آخرین جلسه چنین اظهار داشت : « نمی دانیم میان فکری که سابقاً درباره جمود حقوق اسلامی و عدم صلاحیت استناد به آن در مسائل نو ظهور و قوانین جدید داشتیم و آنچه در این کنفرانس فهمیدیم و شنیدیم چگونه جمع کنیم ؟ در این کنفرانس بدون تردید بما ثابت شد که حقوق اسلامی از عمق و اصالت و دقت خاصی برخوردار است ، دامنه آن بسیار وسیع است و صلاحیت دارد به تمام احتیاجات و حوادث عصر ما پاسخ مثبت دهد . » هفته مخصوص فقه اسلامی پایان یافت در حالیکه این تصویب نامه را صادر کرده بود : بدون تردید ، فقه اسلامی این ارزش را دارد که از منابع قانونگزاری جهان حاضر قرار بگیری ، در اقوال و آراء مختلف مذاهب فقه اسلامی ، سرمایه حقوقی فراوانی وجود دارد که مورد هرگونه اعجاب است ، فقه اسلامی در پر تو

این آراء می تواند جوابگوی همه احتیاجات زندگی جدید باشد<sup>۱</sup>

### هـ - سخنی از برنارد شاو

برنارد شاو<sup>۲</sup> نویسنده معروف انگلیسی نیز می گوید : «من همیشه نسبت بدین محمد بواسطه خاصیت زنده بودن عجیبش نهایت احترام را داشته ام . بنظر من اسلام تنها مذهبی است که استعداد توافق و تسلط بر حالات گوناگون و صور متغیر زندگی و مواجهه با قرون مختلف را دارد ، چنین بیش بینی میکنم و از هم اکنون آثار آن پدیدار شده است که ایمان محمد مورد قبول اروپای فردا خواهد بود ، روحانیون قرون وسطی در نتیجه جهالت یا تعصب ، سناژل تاریکی از آئین محمد رسم میکردند ، او بچشم آنها از روی کینه و عصبیت ضدمسیح جلوه کرده بود . من درباره این مرد - این مرد فوق العاده - مطالعه کردم و باین نتیجه رسیدم که نه تنها ضدمسیح نبوده بلکه باید ناجی بشریت نامیده شود ، بعقیده من اگر مردی چون او صاحب اختیار دنیای جدید شود طوری در حل مسائل و مشکلات دنیا توفیق خواهد یافت که صلح و سعادت آرزوی بشر تأمین خواهد شد<sup>۳</sup>»

### ۶- گفتاری از روسو و راسل

ژان ژاک روسو<sup>۴</sup> در کتاب «امیل» میگوید : « با آنکه عقاید دینی مرا کشیشی در صحنه قلبم نهاده است ، ولی وقتی که در احکام اصول و فروع دین ، خود را نیاز مند به دلیل و برهان می بینم بسراغ شرایع و احکام و دستورات دین اسلام میروم و حل

۱ - دولة القرآن تألیف طه عبدالباقی سرور من ۱۸۷ تا ۱۸۹۱ .

۲ - Bernard shaw

۳ - خداپرستی و افکار روز مهندس بازرگان و اصل عبارت برنارد شاو

نقل از مقدمه کتاب « Mohammad a Postol of Allah »

۴ - روسو مؤلف قرارداد اجتماعی Contrat Social امیل (Emile)

و اعترافات و منشأ عدم مساوات که تماماً بفارسی برگردانده شده است



مشکلات خود را در آن دین جستجو می‌کنم. وی در کتاب قرارداد اجتماعی می‌گوید «شریعت فرزند اسماعیل (محمد) که ازده قرن پیش بر تمام دنیا حکم فرماست هنوز هم از عظمت مردان بزرگی که آنرا تدوین نموده اند حکایت می‌کند، فلاسفه خود پسند و متدینین متعصب و لجاج این مردان بزرگ را حقه بازانی خوش طالع میدانند ولی مرد سیاسی واقعی در تشکیلات ایشان قریحه بزرگی رامی‌بیند که موجد مؤسسات با دوامی است»<sup>۱</sup>

برتراند راسل نیز در مورد تمدن درخشان اسلامی می‌گوید: «در آن روزگاری که اروپا در قعر توحش میزیست، علوم مختلفه، فلسفه، شعر، هنرهای زیبا در چین و کشور های اسلامی رسوخ کامل داشت، اروپائیان با وقاحت تمام این دوره را عصر تاریک می‌خوانند، در صورتیکه تاریکی فقط منحصر باروپا بوده است، درست بگویم: به اروپای مسیحی، زیرا کشور اسپانیا که در تحت تسلط مسلمانان قرار داشت دارای تمدن و فرهنگ درخشان می‌بود»<sup>۲</sup> از این نمونه ها که اعجاب دانشمندان آزاده و آزاد فکر جهانی را در برابر اسلام نشان میدهد، آنقدر زیاد است که موضوع کتابی جداگانه تواند بود، بنابراین بهمین اندازه بسنده می‌کنیم.



همانطوری که در فصل پنجم اشاره شد، حقوق اسلامی، حقوق پیشرو بوده و مقارن با موازی و یا صد درصد پیرو فعالیت‌های کور و بی‌هدف بشری نیست، فعالیت‌های اجتماعی که بسوی انحطاط و سقوط گام بر میدارد، مورد تأیید و تصدیق و امضای اسلام نیست، حقوق اسلامی اعمال و رویه اجتماع را سبک و سنگین می‌کند، برخی را قبول و بعضی را نکول مینماید و مطرود میداند، و اجتماع در بسیاری از موارد، باید مقررات خود را با قوانین این مکتب متوافق سازد، حقوق اسلامی در آن قسمت که ناشی از وضع است؛

۱ - قرارداد اجتماعی ترجمه زیرک‌زاده ص ۱۱۰ فصل قانون

۲ - توضیح و بررسی مصاحبه برتراند راسل - وایت ص ۱۷۰



همانطور که پیش ازین یادگردید بقول خواجه نصیرالدین ، متبدل است ، و در آن قسمت که ناشی از طبع است ابدی است ، و در هر حال ناشی از مقامی است مؤید بتایید الهی ، که وی این قوانین و اصول را بربك نظم فطری پی ریزی کرده است ، بنیاد این حقوق در فطرت و طبیعت دست نخورده بشری و عقل و تربیت انسانی گذاشته شده و کمال مطلوب و غایت و هدف آن استقرار عدل و داد است و غرض از انگیزش پیامبران فعلیت دادن بدان است .

نظام حقوق اسلامی قابلیت تحرك و تحول دارد ولی این تحول کور و بی هدف نیست ، تحول برای ارزشهای معنوی و فضائل و برپای داشتن عدالت اجتماعی و فردی است ، ازینرو هر گاه تحول پیش از وقت مقتضی ، به حال اجتماع زیان آور باشد ، چنین تغییری برسمیت شناخته نمی شود ، اسلام برخلاف روح اکثر جوانان عصر ما که هر گونه سنت شکنی و طغیان و عصیان را بی هدف و کـ و رانه استقبال می کنند ، صحنه نمی گذارد ، حقوق اسلامی بجای خود نوگرا و متغیر است . جنبشهای انقلابی و تند و نهضت‌های اصلاحی و کند ، هر دو را در صورتیکه مقید باشند ، امضا می کند ، اما این نوگرایی دارای غایتی است که فطرت و عقل بشر آنرا تایید کند ، و ضمناً حس عدالتخواهی اجتماعی و فردی را نیز اقناع نماید و یا بعبارت دیگر پشت سر هر يك از قوانین اسلامی يك اصل حقوقی موجود است و آن فعلیت دادن به عدالت است . حاصل سخن اینکه قانون زادهٔ احتیاجات بشر است ، النهایه نیاز مندیهای بشر بردو گونه اند ، گونه‌ای فطری و لا یتغیر که بقول خواجه طوس مبدا و منشأش طبع است مانند نیاز جنسی و نگهداری و حضانت طفل و انگیزه خویشتن داری یا صیانت ذات که هر مقننی که به طبیعت و فطرت بشر احاطه و آگاهی دارد و بفرهنگ و ساختمان اجتماع و قوف داود ، آنها را تشخیص میدهد و مناسب با ساختمان جامعه و مقتضیات آن ؛ تحت نظم و قانون درمی آورد ، و گونه ای متغیر است مانند معاملات (بیع و اقسام آن) ، خلاصه حقوقی است انسان ساز ، نه زادهٔ انسان ، حقوقی است زاینده نه سترون ، و از آنجا که اثبات این مدعی مبتنی به دانستن ریشه های اصلی فقه (منابع حقوق) اسلامی است

ازین رو پیرامون هر يك به بحث می‌پردازیم .

## منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی

منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی ، عبارتند از :

- ۱- کتاب (قرآن).
- ۲- سنت .
- ۳- اجماع .
- ۴- عقل .
- ۵- قیاس .
- ۶- استحسان و مصالح مرسله .
- ۷- عرف و عادت .

## مبحث یکم : کتاب

### ۱- آیات حقوقی

قرآن نخستین منبع حقوق اسلامی است ، در حدود بانصد آیه از قرآن ، متضمن قوانین اسلامی است .

ولی «اغلب آنها مربوط بآداب و تشریفات مذهبی میباشد و فقط در حدود هشتاد فقره آیات مربوط به مسائلی است که حقوقدانان غربی آنها را مواد قانونی تلقی می کنند» و «... دوم متون غیر قانونی در قرآن و مواظ اخلاقی و حتی وعده های الهی بطور قیاس توجیه شده اند که مقررات قانونی از آنها بدست آیند» بدین روش که حکم یک مورد را به حکم مورد دیگر تشبیه کنند .

قرآن پایه تمام قوانین اسلامی بشمار میرود و همچون قانون اساسی منبع مقتدر و پراج حقوق اسلامی است و در حقیقت سایر منابع برای تکمیل یا توضیح کلیات و اصول این کتاب است ، و شاید بتوان آنرا تشبیه کرد به تفاوتی که میان قانون اساسی کشورها با قوانین عادی وجود دارد ، قرآن نیز با سایر منابع نیز چنین است .



مطالب قرآن بقدری متنوع و دارای جنبه های متفاوت است ، که در اینجا به کلیه آنها نمی توان اشاره کرد . از قبیل : سلاست و روانی ، بلاغت و رسائی ، فصاحت و شیوائی کلام ، ایجاز و اطناب متناسب با مقام ، زیبایی اسلوب و آهنگ و موسیقی کلام که هماهنگ است با احساسی که می خواهد در انسان برانگیزد<sup>۱</sup> ، فواصل جالب و موزون جملات ، متضمن اسرار علمی و مباحث مشکل اجتماعی بدون کمترین اختلاف گوئی ؛ حاوی تاریخ ملل و نحل ، دارای امثال و حکم و داستانهای عبرت انگیز بر این محکم ، خطابیات و طرق اقناع مؤثر ، راهنمائیهای سودمند در امور نظامی ، عاری از خرافات ، دارای منطق قوی ، جذبه اعجاب انگیزی که انسان را افسون و تسخیر می کند و . . .<sup>۲</sup> .

سرانجام کتابیست که محکمترین و دقیقترین و همه جانبه ترین اصول حقوقی و اقتصادی و اجتماعی را متضمن بوده و قوانین مدنی و جزائی آن مبتنی بر واقع بینی عمیق و متناسب با طبیعت و نیاز بشر است . و دستورات و مقرراتش فوق تمام سخنان موسی و عیسی و سایر کتب دینی دنیا است .

## ۲- گفتاری چند از بزرگان درباره قرآن

گیبون<sup>۳</sup> میگوید : « از اقیانوس اطلس تا کنار رود گنگ قرآن نه تنها فقط قانون فقهی شناخته شده است بلکه قانون اساسی ، شامل رویه قضائی ، و نظامات مدنی و جزائی ، حاوی قوانینی است که تمام عملیات و امور مالی بشر را اداره می کند و همه

۱ - نمونه آن هنگامی است که از برپا شدن قیامت خبر میدهد ، شدت و

خشونت مهیب موسیقی کلام را می شنویم ، « اقتربت الساعة و انشق القمر » در

نقد و ادب س ۲۱۳

۲ - درباره اعجاز قرآن از جهت علم و اخبار غیبی و غیره رجوع شود به

ترجمه تفسیر المیزان جلد اول ص ۷۰ تا ۹۱

۳ - Edward Gibbon (۱۷۹۴-۱۷۳۷) مورخ بزرگ که اثر او

بنام « انحطاط و سقوط امپراتوری روم » نام دارد

این امور که بموجب احکام ثابت ولایتگیری انجام میشود ناشی از اراده خدا است ، و عبارت دیگر قرآن دستور عمومی و قانون اساسی مسلمین است ، دستوری است شامل مجموعه قوانین دینی و اجتماعی و مدنی و تجاری و نظامی و قضائی و جنسائی و جزائی .<sup>۱</sup>

تامس کارلیل<sup>۲</sup> در کتاب قهرمانان و قهرمان پرستی<sup>۳</sup> میگوید : «... اگر یکبار به این کتاب مقدس نظر افکنیم می بینیم حقایق برجسته و خصائص و اسرار وجوددطوری در مضامین جوهری آن پرورش یافته که عظمت و حقیقت قرآن بخوبی از آنها نمایان میگردد و این خود مزیت بزرگی است که فقط به قرآن اختصاص یافته و در هیچ کتاب علمی دیده نمی شود .»

گوته شاعر بزرگ آلمانی میگوید : « قرآن اثری است که بواسطه سنگینی عبارت آن خواننده در بادی امر رمیده میشود و سپس مقتون جاذبه آن میشود و سرانجام بی اختیار مجذوب زیباییهای متعدد آن میگردد .»

### ۳ - پایگاه قرآن در قوای سه گانه

تامس هابز در کتاب لویاتان فصل بیست و نهم می نویسد : «... عقیده چهارمی که مغل اساس دولت است آنست که صاحب قدرت حکمرانی ، خود تابع قوانین کشور است ، راست است که همه حکمرانان تابع قوانین طبیعتند ، زیرا این قوانین ، خدائیند و از مردمان و دولتها کسی آنها را دگرگون نتواند کرد . اما حکمران تابع

۱ - عذر تقصیر به پیشگاه محمد و قرآن تألیف جان دیون پورت انگلیسی

ترجمه سید غلامرضا سعیدی چاپ سوم ص ۹۸

۲ - Thomas Carlyle (۱۷۹۳-۱۸۸۱) وی در مورد تاریخ منتقد

است که روح تاریخ همان تاریخ رجال و مردان بزرگ است ، او به نقش قهرمان و نوابغ بسیار اهمیت میدهد و آنرا عامل اصلی و اساسی و محرک تاریخ می شمارد اما این نظر کاملاً صحیح نیست بلکه باید بعوامل دیگر نیز توجه شود .

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 و این تابعیت قانون نیست بلکه آزادی از آن است. اگر بنا بر این اشتباه، قانون را برتر از حکمران قرار دهیم، باید قاضی را هم برتر از او بگذاریم و آن خود حکمران دیگری می‌شود که حکمران را کیفر خواهد داد و برای آن حکمران نیز باید حکمرانی بگماریم و این سلسله را بدین ترتیب ادامه دهیم که البته باطل است و نتیجه اغتشاش و انحلال دولت می‌شود<sup>۱</sup>.

ملاحظه می‌شود که تاس‌ها بجز با استدلال اینکه تسلسل باطل است، حکمران را تابع قانون نمی‌داند، بلکه وی را تابع قوانین طبیعت می‌داند، جان لاک فیلسوف انگلیسی برخلاف تاس‌ها بجز عقیده دارد که پارلمان بر شاه تفوق و برتری دارد و عملاً نیز در انگلستان از سال ۱۶۸۸ بعد تفوق پارلمان بر شاه مسلم و قطعی گردیده است<sup>۲</sup> در نظام حقوقی اسلام نیز، هم حکمران و هم قاضی هر دو مطیع قانون باید باشند، النهایه تابعیت این دو بنا به شغل و حرفه خود بایکدیگر فرق دارد، قاضی یا کسی که کارش فن تطبیق و انطباق مصداق با مفهوم و یا استنباط حوادث جدید از روی اصول حقوقی است، حکمش در حقیقت حکم خدا است و حتی بر حکمران نیز جاری است و این معنی در تاریخ اسلام بکرات دیده شده است که قاضی محکمه ای خلیفه را باین علت که از دستگاه خلافت خبری که مخالف شرع بوده می‌برد، از منصب معزول می‌نماید<sup>۳</sup> و همچنین در تاریخ اسلام می‌خوانیم که عربی از حضرت امیر نزد خلیفه (عمر) شکایت کرد، عمر حضرت علی را که بزرگترین شخصیت عالم اسلام بود برای محاکمه احضار نمود مدعی و مدعی علیه را در برابر خود نشانید، پس از پایان محاکمه از

۱ - آزادی فرد و قدرت دولت ترجمه دکتر صنای ص ۱۰۷

۲ - ماخذ پیش ص ۱۳۵

۳ - ماخذ پیش ص ۳۵



حضرت علی علیه السلام پرسید که چگونه قضاوت کردم؟ حضرت فرمود بر خلاف عدالت!

عمر بسیار تعجب کرد پرسید چرا؟

حضرت فرمود در ضمن دادرسی مرا با کنیه ام ابوالحسن میخواندی و او را با اسم و این برخلاف مساوات و عدل بود، قدرت قضات در اسلام بقدری بوده است که حتی در زمان بنی عباس نیز استقلال رأی عجیبی داشتند، بطوریکه وقتی عده‌ای از چارپا داران موکب خلیفه از بابت اختلاف دستمزد نزد قاضی وقت شکایت می‌کنند، قاضی خلیفه مقتدر آن زمان را که منصور بوده احضار میکند و طلب چارپا داران را وصول مینماید، در حقوق اسلامی، بویژه امامیه اختیارات قضائی و اداری حاکم شرع یا قاضی با اندازه‌ای وسیع است که نمی‌توان آنرا با هیچ مقام عمومی امروز برابر دانست. چه حکومت در شأن و در صلاحیت پیامبر و امام یا منصوب از طرف اوست.

یعنی کسی که تمام وظایف دولت (بمعنی عام کلمه) امروز را به عهده دارد.

یعنی اراده خود را بصورت قانون الزام آور می‌نماید، و بوسیله قوه قهریه آنرا

بمرحله عمل درمی‌آورد.

پس معلوم میشود که در نظام حقوقی اسلام قدرت هیچیک از قوای سه‌گانه بپایه

قانون نمی‌رسد.

نکته دیگری که باید بگوئیم اینست که قوانین مدنی و مخصوصاً قوانین جزائی

قرآن تا بعد از هجرت و تا وقتی که دکتربین (عقیده) محمد کاملاً پیشرفت نکرد تبلیغ

نشد، و حتی پاره‌ای از این قوانین تا پس از فتح مکه و فتح نشده بود، از این مطلب

بخوبی استنباط میشود که قوانین و حدود اسلامی فقط در اجتماع اسلامی قابل اجرا

است<sup>۱</sup>

۱ - ما این مطلب را در ص ۶۸ همین کتاب تحت عنوان هدف وسیله را توجیه

می‌کند، توضیح داده‌ایم.

حدیث زیر را که علامه مجلسی در جلد ۱۲ بحار الانوار آورده و ترجمه آن بقرار زیر است نیز این موضوع را کاملاً تأیید می‌کند :

« ... محمد بن سنان گفت : من در خراسان نزد مولایم حضرت رضا علیه السلام بودم و مأمون آنحضرت را در سمت راست خود می‌نشاند ، اتفاقاً بمأمون خبر دادند که مردی از صوفیان دست بدزدی گشوده مأمون باحضار او فرمان داد ، پس چون در او بنگریست او را مردی در کسوت زهد یافت که اثر سجده در پیشانی داشت . مأمون گفت : اُف برای این آثار زیبا و بر این کار زشت ! آیا با چنین آثار زیبا و ظاهری که از تو می‌بینم تو را بدزدی نسبت میدهند ؟

مرد صوفی گفت : من اینکار را از سر اضطرار کرده‌ام نه از روی اختیار . و به هنگامی دست باینکار بردم که توحق مرا از خمس و از غنائم بازداشتی .

مأمون گفت : تو در خمس و غنائم چه حق داری ؟

صوفی گفت : خدای (عزوجل) خمس را به ۶ قسمت کرد و فرمود : « و بدانید که هر غنیمت که بدست آورید ، خمس آن برای خدا و پیغمبر او و ذوی القربی و یتیمان و بینوایان و درماندگان در سفر است » و همچنین غنیمت را به ۶ قسمت تقسیم کرد و فرمود :

« غنیمتی که خدا از اهل قریه‌ها به پیغمبر خود بخشید ، برای خدا و پیغمبر او و ذوی القربی و یتیمان و بینوایان و درماندگان در سفر است ، برای آنکه غنیمت تنها در دست و حوزه توانگران شما بگرددش نباشد . »

آنگاه گفت : پس تو مرا که براه سفر در مانده‌ام و بینوا و تهی دستم و از جمله حمله قرآنم ، از حقم محروم ساخته‌ای ! ؟

مأمون گفت : آیا من حدی از حدود خدا و حکمی از احکام خدا را باین افسانه‌های تو ترک کنم ؟

مرد صوفی گفت : اول بسکار خویش بپرداز و خود را تطهیر کن و آنگاه به تطهیر



دیگران پرداز و نخست حد خود را بر نفس خود بران و آنگاه دیگران را حد بزنی!  
مأمون از حجت فروماند و رو به حضرت 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 بر آشفت و آنگاه بمرد صوفی گفت: بخدا قسم دست

تورا خواهم برید!

صوفی گفت: آیا تو دست مرا می‌بری در صورتیکه تو خود بنده منی؟

مأمون گفت: وای بر تو، از کجا من بنده تو شده‌ام؟

صوفی گفت: از آنجاکه مادرتو از مال مسلمانان خریداری شده، و از اینجهت تو بنده کلیه مسلمین مشرق و مغربی، تا آنگاه که تورا آزاد کنند، و من تورا آزاد نکرده‌ام! و دیگر آنکه تو خمس را فرو بلعیده‌ای پس نه حق آل رسول را ادا کرده‌ای و نه حق من و امثال مرا داده‌ای! و دیگر آنکه شخص پلید نمی‌تواند پلیدی چون خود را پاک سازد، بلکه شخص پاک باید تا آلوده‌ای را پاک کند! و کسیکه خود سزاوار حد باشد بر دیگری حد نمی‌راند مگر آنکه اول از خود شروع کند، مگر نشنیده‌ای که خدای (عزوجل) میگوید:

«آیا مردم را به نیکی فرمان می‌دهید و خویش را فراموش می‌کنید و حال آنکه

کتاب خدا تلاوت می‌کنید؟ آیا در این کار فکر نمی‌کنید؟»<sup>۱</sup>

در این هنگام مأمون رو به حضرت رضا کرد و گفت: رأی شما در باره این مرد

چیست؟

حضرت رضا فرمود خدای (جل جلاله) به محمد ﷺ فرمود: خدای را حجت

۱ - «أنا مرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم و كنتم تتلون الكتاب أفلا



بالغه است و حجت بالغه حجتی است که چون بشخص نادان رسد ، همچون شخص دانا آنرا بفهمد و دنیا و آخرت قائل بر همین حجتند و اکنون این مرد بر تو حجت آورده است ؟

چون سخن باینجا پیوست مأمون فرمان داد تا مرد صوفی را رها کنند و خود روی از مردم بپوشید و دل در کار حضرت رضا علیه السلام مشغول داشت تا آنسرور را مسموم کرد و شهید ساخت<sup>۱</sup>

#### ۴ - محکمت و متشابهات در قرآن

قبل از بیان آیات محکم و متشابه ، چند اصطلاح را لازم است تعریف کنیم:<sup>۲</sup>  
 ۱ - نص<sup>۳</sup> : هرگاه لفظی غیر از معنی لغوی ، معنی دیگری نداشته باشد و یا دلیلی که در برابر آن ، احتمال مخالف بذهن راه نیابد ( مانند مدلول ماده ۱۱ قانون مدنی ایران ) آنرا نص گویند .

۲ - ظاهر : هرگاه از لفظی دو احتمال برود که یکی قوی و دیگری ضعیف باشد ، قوی را ظاهر گویند و در مورد ظاهر سه احتمال وجود دارد که دو احتمال آن نسبت با احتمال سوم قوی تر است و بین این دو احتمال نیز یکی از دیگری قوی تر باشد آنرا اظهر نامند .  
 نص<sup>۴</sup> به معنی وسیعتری هم بکار رفته که شامل اظهر و ظاهر هم می شود یعنی در مقابل معانی مستفاد از قیاس و وحدت ملاک و تفسیر قانون بکار میرود ، باین معنی است که گفته اند : « اجتهاد در مقابل نص<sup>۵</sup> جایز نیست » .

۳ - مجمل : هرگاه از دو معنی یکی بر دیگری رجحان نداشته باشد و برابر باشند آن کلمه مجمل خواهد بود و یا بطور کلی ظهور در معنائی نداشته باشد ( مانند ماده ۴۶۳ قانون مدنی ایران ) .

۱ - برهان قرآن : صدرالدین بلاغی ص ۱۷۳

۲ - برای تعریف این چند اصطلاح علاوه بر کتابهای اصول فقه از

« ترمینولوژی حقوق » استفاده کرده ایم .

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

۵ - متشابه : هر لفظ یا عبارتی که نوعاً در تشخیص مراد گوینده 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 مأوّل را متشابه گویند .

۶ - 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 نصّ و ظاهر است و کدام متشابه یعنی مجمل و یا مأوّل است ؟ اینک چهار آیه را بطور نمونه ذکر میکنیم :

۱ - آیه ۲۴ از سوره نور : « الْزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ »

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

۲ - آیه ۴۲ از سوره مائده : « السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا »

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

۳ - آیه ۲۲۸ از سوره بقره : « وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْ يَأْتِيَنَّهِنَّ »

ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ »

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

این آیه مجمل و متردد المعنی است زیرا کلمه قرء در لغت بدو معنی آمده است (طهر - حیض) و چون هر دو معنی متساوی یکدیگر هستند لذا معلوم نیست که مراد از آیه مزبوره ایجاب انتظار کشیدن تا خاتمه سه طهر (پاک شدن) است یا ایجاب انتظار کشیدن تا خاتمه سه حیض؟

۴ - آیه « يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ »

یعنی « دست خدا مافوق همه دستهایشان می باشد » .

این آیه از آیات متشابه است زیرا مسلم است که مراد از کلمه يد معنی مصطلح آن نیست بلکه معنای دیگری است که تأویلاً ممکن است بر ما معلوم شود یعنی مراد از آن معنی مأولی کلمه است نه معنی لغوی و متعارفی آن .

### ۵- در حجیت قرآن

تردید نیست که آیات محکم را در هر زمان می توان مورد استفاده و عمل قرار داد چه نص و صریح باشد و چه ظاهر و راجح ، در این مورد همه علما متفقند ، اما دانشمندان اخباری عقیده دارند که هیچیک از آیات قرآن چه محکم و چه متشابه قابل استناد نیستند و فقط باید همه آیات را اعم از محکم و متشابه مطابق تفسیر ائمه معصومین که از راسخین در علم هستند ، تفسیر کرد ، دلیل علمای اخباری از این قرار است :

تردید نیست که در قرآن آیات گوناگونی است که بعضی از آنها عام و بعضی دیگر خاص ، بعضی مطلق و بعضی مقید ، برخی ناسخ و برخی منسوخ میباشند ،

۱ - زیرا در این آیه « قروء » هم به ایام پاکیزگی و هم به ایام ناپاکیزگی (حیض) متساویاً دلالت دارد .



وجود این کیفیات تقریباً میان همه آیات قرآن محتمل است و لذا بالطبع معانی آنها را مبهم و کلمات آنرا متشابه میسازد؛ فی المثل آیه‌ای که از لحاظ نص و صریح عام است ممکن است بموجب آیه دیگری تخصیص یافته باشد و آیه دیگری که ظاهرش افاده اطلاق میکند ممکنست بموجب آیه دیگری مقید شده باشد، پس بهیچیک از این آیات نمی‌توان عمل کرد و از معانی تحت اللفظی آنها نمی‌توان مراد و مقصود را استخراج و استنباط کنیم، بلکه برای فهم واقعی آنها باید تمام آیات را من البدوالی الختم بررسی کرده و یکایک را مورد توجیه و تفسیر قرار دهیم و این تفسیر هم باید از شخص معصوم که عبارت از ائمه شیعه اثنی عشریه میباشند انجام گیرد و لا غیر، زیرا بموجب اخبار بسیاری که بعد توأثر رسیده است ما را از تفسیر قرآن ممنوع کرده اند:

۱- هر کس قرآن را بدلیخواه خود تفسیر کند، باید جایگاهش را از آتش مهیا سازد<sup>۱</sup>.

۲- هر کس قرآن را بر حسب میل و رای خود تفسیر کند، افترا زده است بر خدا بدروغ<sup>۲</sup>.

۳- «هر کس قرآن را برای خود تفسیر کرده باشد پاداش نخواهد داشت و اگر بخطارود پس ساقط شده است از ارتقای بار تفاع آسمان<sup>۳</sup>» و چند حدیث دیگر.

این عقیده در میان علمای اصولی (مجتهدین) قابل قبول نیست، زیرا قرآن کتاب معما و لغز نیست تا تمام کلمات آن مجمل و دوپهلوی و معانی آن غیر قابل ادراک باشد، بلکه قرآن بزبان قوم و برای هدایت مردم نازل گردیده و اگر در کتاب او امر و نواهی و دستورات و وعده و وعید و داستانهای انبیاء ذکر گردیده همه آنها برای تفهیم مردم آمده است، بی آنکه به تفسیر و توضیحی از جانب معصوم نیازی باشد.

۱- من فسر القرآن برأیه فلیتوبوا مقمده من النار.

۲- من فسر القرآن برأیه فقد افتری علی الله الکذب.

۳- من فسر القرآن برأیه ان اصاب لم یوجر، وان اخطأ منقطع بعد

من السماء.

علی علیه السلام در خطبه نهج البلاغه میفرماید: «درود بر پیامبر خداوندی که وی را همراه دلیل و برهان مبعوث گردانید تاجهانیان را آگاه سازد و قرآن را بروی نازل فرمود تا برحق راهنما باشد و بر رحمت خداوند بشارت دهد» .

و گفته علمای اخباری (اخباریون) صحیح نیست، زیرا اگر همه آیات عموم و مطلقه، در مظان تخصیص و تقیید باشد و با همه صراحت در معنی بآنها نتوان اعتماد کرد، قطعاً هنگام تحقیق و بحث - که از مقدمات کار اجتهاد در مسائل است - بر علمای اصولی (مجتهدین) مکشوف خواهد شد، و اما اگر تفسیر قرآن در بعضی از احادیث منع شده منظور آیات متشابه است که الفاظ آنها را بر معانی بی غیر معنی حقیقی و یا غیر معنی عرفی حمل کنیم، نه تفسیر آیات محکم که از ترجمه تحت اللفظی آنها می توان بمقصود پی برد و مشمول تفسیر برای نمیباشد.

اما در قرآن آیه ۵ از سوره آل عمران که میگوید: «اوست که فرو فرستاد بر تو کتابی را که از آن آیاتی محکم است که آنها اصل کتابند و دیگرها متشابهند» . مراد از متشابه همانطور که گفتیم چیزی است که دلالت آن مردد و مجمل باشد، لفظ متشابه از اینجهت متشابه است که معنی آن ظاهراً نسبت بمعنی واقعی مجهول است، و منظور از لفظ محکم چیزی است که بانص و صریح مرادف و یکسان و یا نسبت بآیه دیگر ناسخ باشد، و متشابه هنگامی است که به حقیقت امر انسان مردد باشد و قرینه صارفه ای بظاهر نداشته باشد و چنانکه در باره محکم و متشابه گفته اند: «المحکم مالم یشبه معناه والمتشابه ما اشتبهت معانیه» یعنی که متشابه سخنی است دارای معانی متعدد و محکم چنین نیست .

۱ - « والصلوة علی نبیة الذی ارسله بالفرقان لیكون للعالمین نذیراً وانزل علیه القرآن لیكون الی الحق هادیاً و برحمته بشیراً »

۲ - « هو الذی انزل علیک الکتاب منه آیات محکمات هن ام الکتاب و آخر



میرزای شیرازی در جلد دوم قوانین باب ششم مقصد ثانی می نویسد :

« بعضی اخبار دلالت دارند که محکومات در آیات وقتی است که ناسخ باشند نه منسوخ . هر آیه که منسوخ باشد متشابه است ، منظور از اینکه آیه متشابه را مانند منسوخ پنداشته اند برای اینست که عمل بهیچکدام جایز نمی باشد و اگر محکم را باناسخ یکسان گرفته اند از اینجهت است که هر دو واجب العمل هستند از آنچه تا کنون از قول فقهای بزرگ نقل کردیم معلوم میگردد که آیات متشابه را با مجملات یکسان دانسته اند و از اینجهت عمل بدان آیات را جایز نشموده اند .

دکتر موسی جوان در کتاب بطلان قاعده استصحاب با این عقیده بمخالفت برخاسته و می گوید : « ... این عقیده قابل قبول نیست زیرا علاوه از اینکه در احادیث و اخبار به آیات متشابه استناد شده و از این استناد احکام عالی و شافی و وافی بدست آمده است . اساساً در قرآن مجید می فرماید : « فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَاللَّهِ أَسْرَأُ لِلرَّسُولِ » یعنی « هرگاه در بیک شئی بمنزاعه پرداختید ، بقول خداوند مراجعه دهید » همچنین می فرماید : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ » یعنی قول خداوند و قول رسول و قول اولی الامر هر سه واجب الطاعه میباشند ، مقصود از اولی الامر (بعقیده شیعه) ائمه اطهار است . بنابراین وقتی بایک آیه و یا بایک حکم شرعی سروکار داشته باشیم هر چند مجمل و متشابه باشند باید در فهم معنی آنها کوشش نمائیم و از آنها استغاده کنیم و چنین نیست که با احتمال اجمال و یا مرجوح بودن از استفاده و عمل خودداری شود و این وظیفه مجتهد و دانشمند است و بهمین جهت در حدیث نبوی آمده :

« ان العلماء ورثة الانبياء لهم يومئذ يناروا ولا درهماً و انما ورتوا العلم » یعنی دانشمندان ورثه و بازماندگان انبیاء و پیامبران میباشند و دینار و درهم بسارث نبرده اند اما علم به آنان بارث رسیده است .



حتی در قرآن آمده : انزلنا عليك الذِّكْرَ لَتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ که خطاب به پیامبر است یعنی قرآن را بر تو نازل ساختیم تا آنچه را که برای مردم نازل شده توضیح و تفسیر نمائی .

همچنین در آیه دیگر میفرماید : «أَنْزَلْنَا مَعَهُمَا الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا» کتاب را خداوند بحق نازل نمود تا اختلافات را میان مردم فصل کند و حکم دهد .

همچنین میفرماید : «انزلنا الكتاب هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ» قرآن را برای هدایت و راهنمایی مردم نازل ساختیم .

#### ۶- نقش سنت در برابر قرآن

اگر اجمال و ابهام آیات در خود قرآن رفع نشده باشد ، سنت این نقش را خواهد کرد و حتی ممکن است آیه ای که مطلق است مقید سازد یا اگر عام است مشروط و مخصص نماید ، حال اگر در سنت چنین چیزی وجود نداشته باشد از سنت معانی آیات قرآن روشن نشود وظیفه دانشمندان است که این وظیفه را بعهده گیرند .

ابهام در آیات متشابه دو گونه است :

۱- اجمال در معنی لغوی الفاظ

۲- اجمال در مصادیق و موارد .

در مورد رفع اجمال از معانی لغات آیات قرآن سنت پیامبر اکرم رفع اجمال نموده است ، چند نمونه نقل می‌کنیم :

۱- در قرآن میفرماید : «اقِمِ الصَّلَاةَ» یعنی بیای داریدصلات را ، صلوات بمعنی دعا است و لذا این آیه مجمل است ، رسول اکرم در توضیح آن میفرماید . «صَلُّوا

۱ - مطالب وامثله این عنوان از کتاب « بطلان قاعده استحباب » ص ۹۴

بعهد اقتباس شده است .

کَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي» یعنی «نماز گزارید آنگونه که نماز می گزارم» .

۲- در قرآن می فرماید : «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ» یعنی «برای خداست بر مردمان حج گزاردن خانه کعبه» آیه مجمل است و مقصود از حج و ترتیب آن معلوم نیست رسول اکرم می فرماید : «خُذُوا مِنِّي مَنْاسِكُمْ» یعنی «مراسم حج را از من فراگیرید» .

۳- آیه قرآن میگوید : «حَرَّمَ عَلَیْكُمْ الرِّبَا» یعنی «ربا بر شما حرام است» آیه مجمل است ولی حدیث نبوی رفع اجمال می کند : «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ . مثلاً بمثل فَمَنْ زَادَ وَازْدَادَ فَقَدَارِبِي وَازَا اِخْتَلَفَ هَذِهِ الْاَصْنَافَ فَبِیَعُوْا کَمَا شِئْتُمْ» یعنی «طلا در برابر طلا و نقره در برابر نقره و خرما در برابر خرما و نمک در برابر نمک مثل به مثل هر چند زیاده شود مشمول ربا خواهد بود . اما این اصناف و اجناس هرگاه بایکدیگر اختلاف داشته باشند هر چه بخواهید داد و ستد نمائید» .

اما قسمت دوم که اجمال در مصادیق و موارد است احادیث و اخبار بیشتر است و این قسمت از مجملات که در قرآن نقل شده قسمت اعظم آن در آیات مربوط به معاملات و امور معاشی و قوانین مدنی اجتماعی است که همه آنها از آیات متشابه مصادیقی هستند ، و هیچکدام مربوط با اعتقادات دینی و عبادتی نیست ، و خداوند که می فرماید : «اللَّهُ نَزَلَ احْسَنَ الْحَدِيثِ كِتَابًا مُتَشَابِهًا» یعنی «خداوند آیات متشابهات را به نیکوترین کلام نازل نمود» زیبایی این آیات ، قسمت عمده اش مربوط باینست که هر کدام از آنها موارد و مصادیق بسیاری را شامل شده اند ، و این مصادیق به زمان شارع و ائمه اطهار اختصاص ندارد ، بلکه اغلب از عرف و عادت و نیاز مندیهای مردم و مقتضیات زمان پدید می آیند ، و این آیات متشابه با این تغییرات و تبدلات زمان که ناشی از مقتضیات تمدن هر عصری هستند ، قابل تطبیق و انطباق و عمل میباشند ، پیش بینی همه این موارد و مصادیق در زمان شارع اسلام نامقدور بوده است و بهمین علت



است که در قوانین قرآنی اجمال و ابهام وجود دارد .

و در سوره آل عمران آیه ۵ که قبلاً نیز یاد آور شده ایم ، آیات محکم را به صفت « اُمّ الکتاب » توصیف نموده است ، حقوقدانان اسلامی در تعبیر و تفسیر « اُمّ لکتاب » باشتباه رفته اند تا آنجا که با اندازه‌ای اختلاف نظر پیدا کرده اند که خود آیه راجع به محکّمات و متشابهات راهم در ردیف متشابهات قرار داده اند و حال اینکه مقصود باری تعالی این نبوده است که خود آیه راهم در ردیف متشابهات قرار دهد . صفت « اُمّ الکتاب » را به کثرت و قلت در آیات مربوط ساخته و گفته اند که قسمت کثیر آیات قرآن از محکّمات است اما متشابهات بخش قلیل را تشکیل می‌دهد همانگونه که « اُمّ الطریق » بمعنی شاهراه است و مکه راهم که « اُمّ القری » گویند ، برای اینکه شهر عمده و مهم است .

این عقیده که عبارت « اُمّ الکتاب » را به کثیر بودن آیات از حیث کمیت یعنی عدد میدانند قابل قبول نیست بلکه حقیقت آنستکه آیات محکم تماماً درباره اصول عقاید ( توحید ، نبوت ، معاد ) و اصول دیگر اسلام است ، این اعتقادات همه جا در قرآن صریح و روشن بدون کوچکترین ابهام و اجمالی بیان گردیده است ، و همانطور که از لغت محکم که بمعنی استوار و ثابت است معلوم میشود که اعتقادات دینی درباره مسائل مربوط به خدا ، نبوت ، معاد و غیره هرگز قابل تغییر و تبدیل و کسیختگی نیستند و در گوناگونی در آنها راه ندارد ، اگرچه ممکن است در بعضی از احکام معاملاتی و معاشی نیز صراحت وجود داشته باشد و جزو محکّمات بشمار آیند ولی اساساً منظور از آیات محکم مربوط بمسائل اعتقادی است .

همانطور که گفتیم قوانین مدنی و جزائی اسلامی در قرآن از آیات متشابه هستند ، برای مثال چند نمونه ذکر می‌کنیم ، معاملات بیمه در عصر رسول اکرم و حتی تا همین

۱ - آیه ۵ سوره آل عمران . « هوالذی انزل علیک الکتاب منه آیات

محکّمات هن ام الکتاب و اخر متشابهات »



قریب صد سال قبل هم در هیچ نقطه از دنیا مورد عمل نبود، اما امروز معمول به است و در همه دنیا دعاوی مربوط بان در دادگاهها پذیرفته میشود و بویژه در تجارت بین المللی و ملی واردات و صادرات بدون بیمه انجام پذیر نیست، اکنون حکم این معامله را از یک روایت از روایات متشابه رسول اکرم استنباط می‌کنیم، حدیث «المؤمنون عند شروطهم» که مسلمانان را به انجام شرطهای خود شان متعهد و وادار مینماید موضوع بیمه را می‌توان از صادق معاملات شرطی قرار داد<sup>۱</sup>.

اینک چند مورد را ذکر می‌کنیم تا کاملا مطلب روشن گردد.

۱- آیه اول از سوره مائده می‌گوید: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» این آیه موارد و مصادیق بی‌شمار می‌تواند داشته باشد، و مجمل است، عقد واجب الوفاء است اما معلوم نیست که از چه نوع عقدی باید باشد چه بسیار عقودی که در اثر عرف و عادت در میان مردمان معمول شده و قبلا وجود نداشته است مشمول آن میگردد.

۲- «اوفوا بالعقود» یعنی بعهدهای خود وفا کنید معلوم نیست که عهد از چه نوع عهدی است یکطرفی است یا دوطرفی، فقهای امامیه عهد بدو به یکطرفی را لازم الاجرائی دانند، اما امروز بویژه در امور بازرگانی سفارش و یا عرضه سفارش کالا در بعضی مواردی آنکه بقبول طرف رسیده باشد طبق عرف و عادت لازم الاجرا است.

۳- حدیث معروف نبوی: «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام» یعنی هیچگونه ضرر و ضراری در اسلام نیست، مبهم و مجمل است، نوع ضرر و زیان نامعلوم است، ضرر در مال، ضرر در حیثیت و اعتبار، ضرر مستقیم یا نامستقیم، ضرر بمباشرت یا به تسبیت ضرر در نفس یا ضرر در اطراف، دعاوی مختلفه ضرر بسیار تابدار و گوناگون است<sup>۲</sup>.

۱ - در مورد « شرط در متن عقد » به کتاب قواعد فقه محمود شهابی

چاپ چهارم ص ۴۴ تا ۷۶ رجوع شود.

۲ - درباره حدیث لا ضرر در فصول آینده این کتاب بازم بحث خواهیم کرد.

۴- حدیث معروف: «الناس مسلطون علی اموالهم» یک حدیث مجمل و متشابه است و با مقتضیات هر زمان قابل انطباق است، و تاکنون در تفسیر حق مالکیت و قاعده تسلیط اشتباه می‌کردند و آنرا بنفع مالکان تعبیر می‌نمودند، در حالی که جمله «الناس مسلطون» به صیغه جمع بیان شده یعنی هدف مالکیت شخصی برای رسیدن به منافعی است که عموم مردم از آن بهره مند شوند، نه اینکه وسیله استثمار دیگران باشد و بموجب این حدیث همه مردم در هر لحظه و زمان بحالت جمع و باهم نسبت بمال خود تسلط دارند، پس هر مالک موظف است که حق دیگران را حفظ کند و از انجام هر عملی که از تسلط دیگران بکاهد خود داری کند، پس باین ترتیب در حقوق اسلامی بجای حق مالکیت باید وظیفه مالکیت تعبیر شود، تا مالک موظف بانجام وظایفی در ملک خود بنفع دیگران باشد؛ پس حدیث لاضرر و لاضرار فی الاسلام در مفهوم و در ضمن همین حدیث الناس مسلطون علی اموالهم گنجانیده شده است و با آن تعارضی ندارد. بنا بر این آیات و روایات متشابه در احکام معاملاتی و معاشی مردم، دارای اهمیتی بسیار است و اجمال آن اغلب در معانی لغوی الفاظ نیست بلکه در مصادیق مختلفه آنهاست، و بعلمت اجمال و ابهام نه تنها از مورد عمل خارج نگشته اند، چنانکه بسیاری از فقها چنین پنداشته اند - بلکه بالعکس به عمل حقیقت و نزدیکتر گشته اند، و قرآن که متنی ثابت مینماید بخاطر همین آیات متشابه می‌تواند برای اجتماعات متحول و متحرک که چه از نظر کمی و چه از لحاظ کیفی نیازهای مادی و معنویشان تفاوت خواهد داشت، جوابگو بوده باشد.

## ۷ - اختلاف درجه فهم آیات قرآن

بعنوان تمه و تکمیل بحث درباره آیات محکم و متشابه، لازم است که از دیدگاهی دیگر نیز این مسأله بررسی گردد، شاید به تحقیق مادر این باره کمک بیشتری نمایم.



اساساً اختلاف در فهم و تفسیر آیات قرآن گاهی بسیار اساسی و ریشگی است مثل اینکه بعضی تفسیرها اخباری یا اجتهادی یا تاریخی یا کلامی و یا ادبی و غیره هستند که هر یک از نظر گاهی متفاوت آیات را مورد بررسی قرار میدهند و گاهی اختلاف تا سرحد کفر و ایمان اوج میگیرد، فی المثل تفسیر صفی علیشاه را بسا تفسیر ابوالفتح رازی مقایسه کنیم، بچنین اختلافی بر میخوریم. دکتر شریعتی در مقدمه کتاب سلمان پاک<sup>۱</sup> می نویسد:

«... یکچنین بافت درهم و چندلایه‌ای که فکر اسلامی دارد، بدان این مزیت را بخشیده است که در طول زمان، با همه دگرگونیها و زیر و روهایش و علی‌رغم تغییر در علم، در ذوق، در روحیه و در ارزشها، وی میتواند یک بطن خود را در برابر هر زمانی باز کند و یک بُعد از معانی را نشان دهد.»

مطالعه مذاهب مختلف اسلامی کاملاً مینمایاند که چگونه دانشمندان گوناگون، که هر یک نسبت بدیگری در دورترین فاصله‌های فکری و اعتقادی بوده است و حتی روشهای متناقضی بادیگری داشته‌است، همه بر راحتی توانسته‌اند احتیاجات معنوی و فکری و اخلاقی خود را با قرآن بر آورده کنند.

برزسی «زبان» اسلام این احساس را در آدمی بوجود می‌آورد که در زیر ظاهری که بچشمهای یک بُعدی می‌آید طبقات متراکم و متعددی وجود دارد که برای دیدن آنها باید نگاههای دیگری داشت و شاید آنچه در اسلام عرفان نام دارد - صرف نظر از کجیهای که در میان برخی از عرفا هست - عبارت باشد از کوششی که تیز بینان و ژرف نگران خواسته‌اند رویه‌ها را بشکافند و باندرون اسرار آمیز و ثروتمند کلمات و تعبیرات و اشارات پاگذارند و با اصطلاح سمبلیها را (گرچه آنچه را من بُعد میگیرم با سمبل و سمبلیزه یعنی مدلول سمبل فرق دارد، چه سمبل تنها علامت است و خود مستقلاً واقعیت یا حقیقت ندارد) کنار زنند و درم او را آن باقیهای تازه سرزمینهای بدیع برسند.



نماز یکی از آن نمونه‌های چند بعدی است ، فقیه يك رویه آن را می‌بیند ، جامعه شناس رویه دیگر آن را ، روانشناس رویه دیگر آن را و عارف رویه دیگر آن را . اینجاست که مولوی در حسرت از اینکه برایش میسر نشده است که آن بُعد پنهان تر نماز را احساس کند این جمله سخت زیبا را با فوسوس میگوید که :

«... و چون نماز عشاق میسر نشد بنماز عشا پرداختیم » از اینجاست که میتوان گفت تصادفی نیست که زبان همه ادیان و بخصوص اسلام سمبلیک است و این حقیقتی است بسیار بزرگ و درخور تعقل...»

از نظر گاه است ای عقل وجود      اختلاف شیعه و کبر و یهود

#### ۸ - چگونه کلمات تغییر معنی می‌یابند؟

در جامعه‌شناسی بحثی است که چگونه کلمات تغییر معنی می‌یابند ؟ زبان مانند هر موجود زنده‌ای در طول اعصار و قرون در معرض دگرگونیها و تغییرات قرار می‌گیرد .

اختلاف در چگونگی استعمال لغات پیش می‌آید ، بعضی از استعمالات از میان می‌رود و استعمال تازه‌ای جایگزین آن میگردد ، معانی و تعبیرات جدید برای الفاظ پدید می‌آید ، علت تمامی این تحولات و تغییرات را باید فقط در عوامل اجتماعی جستجو کرد<sup>۱</sup> .

اما اختلاف دیگر با اصطلاح اختلاف بُعدی نیست ، اختلاف در درجه فهم است نه در خود فهم و معنی .

دکتر شریعتی می‌نویسد<sup>۲</sup> :

« پروفیسور برک<sup>۳</sup> ، استاد من در کلژ دو فرانس ، بعنوان مثال می‌گفت نان دارای

۱ - جامعه‌شناسی . دکتر یحیی مهدوی ص ۴۲ و ۴۳

۲ - اسلام‌شناسی ص ۱۲۲

۳ - J. Berque

معنی روشنی است ، ولسی بی آنکه معنی آن تغییر کند ، گاه درجه معنی آن بحدی میرسد که يك مسلمان وقتی زره‌ای از آن را افتاده می‌بیند با احترام ، گوئی شئی مقدسی است ، آنرا بر میدارد ، پاك می‌کند ، میبوسد و جایگاه امنی را میجوید تا آنرا در آنجا از هرگونه اهانت و آلودگی مصون دارد ، درشعار معروف « نان برای همه » که لنین قبل از ۱۹۱۷ در روسیه اعلام کرد ، باز درجه معنی نان را می‌بینیم که تا حدی بالا گرفته است که حتی جانبازی و فداکاری و قیام برایش معقول و حتی لازم تلقی میشود به امثال رایج « حق نان و نمک » « ما نان گندم خورده ایم » نگاه کنید .

در جای دیگر می‌نویسد :

« در جامعه شناسی بحثی است بنام (درجه معنی دادن) کلمات ، اصطلاحات و علامات<sup>۲</sup> ، بدین معنی که مثلا يك کلمه ، يك اسم در مراحل و شرایط و موقعیت‌های گوناگون دارای يك لفظ واحد و لا یتغیر است ولی در هر يك از این حالات درجه معنی آن ، شدت و ضعف ، تنگی و وسعت قلمرو آن معنی ، حقارت یا عظمت مصداق خارجی آن ، کیفیت تأثیر و چگونگی احساس و روح آن کلمه فرق می‌کند...»

مثلا کلمه قلم ، آزادی ، انقلاب پیش از انقلاب کبیر فرانسه دارای همان معانی بود که پس از آن ، اما درجه و کیفیت معنی و روح و احساس آن فرق کرد . پیش از انقلاب قلم ابزاری بود مثل میخ ، قندشکن ، ماله... و غیره آزادی تنها به حسالتی از حالات گفته میشود ! گاه معنی تضمینی و التزامی دیگری هم از آن احساس میشد ، هرج و مرج ، بی‌قیدی ، بی‌بند و باری ، بی‌پرنسیپی ، بی‌تربیتی ، اشتقاقیات کلمه آزادی را در فرانسه نگاه کنید : **Libertin** . **Libertinage** ( هرزگی و . ) انقلاب اصولا يك کلمه محکوم و مطروری بود مترادف عصیان ، طغیان ، حادثه شومی که همه چیز را بهم میزند ، مصیبت و بلائی که بجامعه‌ای نازل میگردد و زندگی و

۱ - همان کتاب ص ۷۱ و بعد



امنیت و مقدسات را بهم میریزد و اجتماع را ویران میسازد .

در زبان برخی از واعظان خودمان نگاه کنید ، همیشه یزید است که بعنوان اتهام به امام حسین ، او را متهم به انقلاب و خروج می کند و برای محکومیتش وی را عاصی و طاغی میخوانند و واعظ هم که این کلمات را با کیفیت معنی قدیمی آن تلقی مینماید ، در صدد رفع این اتهامات برمی آید نه اثبات آن . در صورتیکه پس از انقلاب کبیر فرانسه ، قلم سمبل مقدس معنویت و فکر انسانیت میگردد ، آزادی و انقلاب چنان قداست و عظمتی می یابند که هر کس حتی بدروغ خود را بدان منسوب می کند . :

باری در آیات قرآن هم اختلاف در درجه فهم است . مثلاً مسأله اطعام به مسکین که در آیات بسیاری امر شده است مرتبه نازل و عرفیش همان مثلانانی است که به گدائی میدهیم ، امامی توانیم همین اطعام را تا درجائی عالیتر ترقی دهیم مثلاً تأسیس نواخانه یادمانگاه و بیمارستان مجانی و یا از اینهم بالاتر تأسیس کارخانه و کار تولیدی و از اینهم ظریفتر و عالیتر در انتخابات شهرداری فعالیت کنیم و مثلاً فلان شخص را که در زندگی معنی گرسنگی را دست کم می فهمد و انسانی شریف است روی کار بیاوریم ، همه اینها در یک معنی دقیق همان اطعام است از این بالاتر در مبارزات حزبی شرکت کنیم ، باز هم بالاتر ؛ در جنگی شرکت کنیم که در آن کشورهای سرمایه دار و مستعمره طلب را منکوب می کند ، می بینیم که اطعام چقدر اوج گرفته است .

مثالی دیگر ، در قرآن آیه ۹۳ از سوره صافات میفرماید :

« أَتَعْبُدُونَ مَا تَنْحِتُونَ » .

یعنی « آیا می پرستید آنچه را می تراشید » معنی ابتدائی آن همان بت های خانه کعبه است ولی امروز در قرن بیستم چنین بتی وجود ندارد ، بشر امروز بت نمی تراشد اما از آن هزاران مرتبه بدترش را می تراشد ، ابو جهل و ابوسفیان اگر در برابر بت خانه کعبه عبادت میکردند لا اقل در خارج خود را انسانی مستقل می دیدند ، ولی بشر قرن بیستم هیتلر را می تراشد که فکر چندین میلیون نفر را تحت انقیاد و بردگی خود درمی آورد و فقط شش ملیون یهودی را بی گناه زنده میسوزاند .



مثالی دیگر در قرآن سوره بلد آیه ۱۳ میگوید :  
 « فَكَرَّ رَقَبَةً اوْ اَطْعَامِ ذِي مَسْقِبَةٍ » .

یعنی « آزاد کردن بنده‌ای » در جواب آیه قبل است که می‌پرسد « وجهه‌دانی که آن راه دشوار و یا گردنگاه چیست ؟ »

باز معنی ابتدائی آیه همان آزاد کردن برده‌هائست که از افریقا می‌گرفتند و می‌فروختند ، اما امروز آیا این آیه سالبه با تفتاء موضوع است ؟  
 البته خیر -

بردگی تغییر شکل داده است ؛ استعماریکی از اشکال بردگی است ، بوروکراسی یعنی سیستم اداری که انسان در چارچوب مقررات اداری شخصیت و منش و آزادی خود را از دست میدهد ، شکل دیگر بردگی است ، کارگری که در کارخانجات بزرگ فیلیپس فی المثل کار میکند ، چه کارگر ساده و چه مهندس بصورت انسانی قالبی درمی‌آید که همه به یک‌گونه می‌پوشند ، یکسان کار می‌کنند ، یکسان غذا می‌خورند . یکسان سینما می‌روند یکسان فکر می‌کنند !

در انتخابات فرانسه دوگل با تبلیغاتی که می‌کند استعمار فکری بوجود می‌آورد و چون مخالفینش دستگاه تبلیغاتی او را در اختیار ندارند لذا رأی نمی‌آورند ، صدها نویسنده در باره اش کتاب می‌نویسند فیلم‌ها در اطراف خدماتش تهیه می‌کنند ، روزنامه‌ها مجلات و غیره و غیره . از این بردگی هم بدتر می‌شود .

مارکس با همه نبوغ و دُهائی که داشت باز از این بلای بزرگ بردگی فکری مصون نمانده است ، در تمام آثارش درباره ارزش اضافی کار و دیگر مسائل اقتصادی بحث می‌کند ، ولی چون در زمان او تبلیغات کشورهای استعمارگر بنفع خودشان شدید بوده است لذا روی مسأله استعمار چندان تکیه‌ای نمی‌کند و حساسیت به خرج نمی‌دهد .

با اینکه معلوم است که در زمان او در کشورهای آسیائی و افریقائی ، امریکای

جنوبی؛ استرالیا چه میگذشته است. ملاحظه می‌شود که آزادی بردگان تا بکجا معنی‌اش توسعه پیدا میکند، همچنین گاهی عمل نکردن به اطعام مسکین برای استقرار و فعلیت دادن بعدالت از مصادیق عمل کردن بآن میشود، (جمع نقیضین)؛<sup>۱</sup> بهتر است با مثالی توضیح دهیم، پس از اینکه طبقه سرمایه‌دار سر عقل آمد (راسیونالیزاسیون)<sup>۲</sup> در یقه اطمینانی روی انفجار و طغیان طبقه کارگر گذاشت تا از خطر انفجار این طبقه جلوگیری کند، و آن ایجاد بیمه‌های اجتماعی کارگران و تعاونیها بود، کارگر از حرارت اولیه افتاد، کارگر احساس می‌کرد که استثمار شده، اما فشار زیادی روی خود احساس نمی‌کرد چون با شوریدن و اعتصاب، سنوات خدمتش، بیمه‌هایش و زندگی‌اش همه در خطر می‌افتاد، ولی کارگر قبل از بیمه‌های اجتماعی مسأله سنوات خدمت برای‌اش مطرح نبود، لذا شورش می‌کرد و حق خود را می‌گرفت چه با این شورش چیزی را از دست نمیداد.

---

۱ - در مبحث اصول عقلیه در بخش استصحاب باعتبار دلیل عقل (استصحاب حال عقل) این مسأله را از نظر اصول فقه دوباره مطرح خواهیم کرد.

## مبحث دوم :

### سنت

#### ۱- سنت از نظر لغوی و جامعه شناسی

سنت در معنی لغوی ، روش ، رفتار و کردار را گویند و از نظر جامعه شناسی : «زسمهای ریشه دار عمومی که به اقتضای کهنگی خود از حرمت اجتماعی برخوردارند «سنت اجتماعی» نام میگیرند»<sup>۲</sup>.

و یا بعبارت دیگر : «رسمی دقیق و معتبر و عمومی که از دیرگاه مانده باشد ، «سنت اجتماعی» خوانده می شود ، چنانکه بزرگداشت آب و آتش و بعضی دیگر از مظاهر طبیعت از سنن جامعه های کشاورزی است»<sup>۳</sup> سنت بطور کلی لذت حصر انگیز به حفظ طرق معتاد است یعنی ، خاطرات ، یادگارها و مناسکی که از نسلی به نسل دیگر منتقل میگردد و افراد در برابر آن حالت تسلیم و اطاعت بخود میگیرند و این تسلیم بچند گونه است : تسلیمهای ارثی مانند صفاتی که بر اساس توارث و یا علل

---

#### Social Tradition - 1

۲ - زمینه جامعه شناسی ص ۲۳

۳ - همان کتاب ص ۱۲۴



دیگر از پدربه پسر انتقال می یابد از قبیل : هوش ، شجاعت ، کودنی و جبن و غیره ، تسلیم های اجتماعی : عبارتست از اینکه همیشه اموری از نسلی به نسلی دیگر منتقل میشود و انواع و اقسام دارد از جمله یکی امور مذهبی است ، مثلا مناسک يك مذهب از نسلی به نسل دیگر منتقل میگردد و یا سنن ملی که گاهی اخلاق را بصورت داستان و زمانی در قالب فرهنگ قومی<sup>۱</sup> و یا متلها افسانه ها و ترانه ها و امثال و آئین های قومی عامیانه درمی آورند که همه اینها جزء سنتهای ملی هستند و یا سنتهای مربوط به حرفه و شغل که هر شغلی دارای سنتی است ، و یا ورزش مثلا ورزشهای باستانی که هر کدام تشریفات و سنن و آداب و رسوم مربوط بخود دارند ، و بطور کلی رویه ها ، عرف ها و آداب و رسوم آن اجتماع را تشکیل میدهد .

## ۲- ویژگیهای سنت از لحاظ جامعه شناسی

سنت جنبه تقدس دارد بجهت ارزشی که دارا میباشد و مردم آنرا بعنوان ودیعه خداداد ، حفظ و حراست می کنند ، سنت جنبه استفاده دارد یعنی قرنهای در میان ملتی ممکن است رائج باشد ، سنت همیشه نمودار و مشخص آن دسته است که آن سنت در میانشان متداول است ، و همین باعث شخصیت آن جامعه میگردد ، مثلا شاهنامه نموداری از ایرانیان گذشته بوده و از این نظر که حاوی عقاید نیاکان و رسوم اجدادی و خرافات و ممیزات آن زمان ایرانیان است ، مورد توجه خاص علمای علم الاجتماع میباشد و یا کتب ادبی و تاریخی دیگر که یکی از وسائل تحقیق عالم جامعه شناسی است ، سنت در میان پیروان يك مسلک و لواینکه از ملت های گوناگون باشند خاصیت تشابه دارد مثلا لبنانی همان مناسکی را در فریضه حج بجای می آورد که مصری انجام میدهد ، همچنین «سنت جنبه بیگانگی<sup>۲</sup> بخود می گیرد بدین معنی که گاهی فعالیتهای انسانی چنان نیروئی می یابند که از حیطه تسلط انسان بیرون می شوند و مستقل از اراده او

۱ - فرهنگ قومی ( Folklore )

۲ - Aliénation - 2

بر او حکم میرانند و آنکام بیکانگی انسان باخود آغاز میشود ، فوئر باخ عقیده داشت که مراسم و مناسک مذهبی دارای چنین خصوصیتی است<sup>۱</sup> .

سنت نفوزش وابسته باشخاصی است که آنرا از زمان گذشته بزمان حال و آینده منتقل مینمایند ، وباصطلاح مثل فارسی «اجترام امامزاده را متولی حفظ می کند» آنان که درس و سال جلو ترند ؛ بویژه پیران در همان زادگاه اصلی خویش بوده و از کودکی تحت تأثیر و احترام نسبت بپزرگان خود بوده اند ، و از اینجهت از نسلهای بعد خویش نیز همین انتظار رادارند ، هرچه نفوز این پیران بیشتر باشد ؛ دگرگونی بهمان اندازه کاهش می یابد ، ولذا کسیکه زادگاه خود را ترك می کند و بمحیطی جدید میرود ، وباپیران محیط تازه آشنا میگردد ، آنان نفوز پیران زادگاه اصلی او را ندارند ، و ازینرو در اثر سرعت ارتباطات و مواصلات عصر ما ، روز بروز از قدرت سنتها کاسته میشود ، اثر سنت و رسوم دیرینه دوانسانهای بدوی بیشتر است تا انسانهای متمدن ، و هرچه از مدنیت می گذرد نفوزش کمتر میگردد .

بویژه در اثر افزونی جمعیت در شهرهای بزرگ که بیشتر بر اثر مهاجرت خارجیان است ، این ضعف سنتها بیشتر بچشم میخورد ؛ در کشور های جوان مانند امریکا نفوز سنت بمراتب کمتر است تا ممالک سالخورده مانند یونان و ایران وامثال آن ، همچنین شهرهای بزرگ مرکز افکار جدید ، مدو آداب اجتماعی جدید و شیوه های اجتماعی نو و تازه است ، در حالیکه شهرها و اماکن کوچک بیشتر بگذشته توجه دارند و این جمله امام که میگوید :

(عَلَيْكُمْ بِالسَّوَادِ الْعَظَمِ شَيْدَ دَلِيلِش هَمِينِ بَاشِدِ)

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 - جنگ اصفهان شماره تابستان ۱۳۴۵ مقاله ژان پلسارتر درباره ادبیات

ترجمه ابوالحسن نجفی ص ۱۰



خلاف منافع مادیشان نباشد ، موازین فرهنگهای خود را مانند موازین فرهنگهای بیگانه نسبی و متغیر می‌انگارند ، و بخصوص این وضع در شهرهای بزرگ سرعت انجام می‌شود ، دلیل آنهم بسیار روشن است زیرا هر چه قدر گسترش و تراکم جمعیت بیشتر باشد ، افراد کمتر تحت بازرسی و نظارت سنت ها و رسوم دیرینه قرار می‌گیرند ، يك مقایسه ، صحت این مطلب را تأیید می‌کند ، در شهرهای کوچک کافی است کسی بایکی از سنتهای دیرین مخالفت کند و رفتاری مغایر با آن داشته باشد ، بشدت مورد ملامت قرار خواهد گرفت ، در حالیکه در شهرهای بزرگ چنین نیست زیرا گرفتاری در شهرهای بزرگ مجال نظارت بکار دیگران را نمیدهد ، و بقول یکی از جامعه شناسان :

«شخص در میان جمعیت بهتر می‌تواند خود را از انظار مخفی و پنهان سازد»  
همبستگی در میان تعدادی قلیل بیشتر است تا در میان تعدادی کثیر ، و بهمان نسبت کنجکاوی و تجسس در میان افراد کم، بیشتر است تا در میان افراد بیشمار ، تمدن امروز فردیت افراد را می‌افزاید و آزادی و اختیارشان را افزون می‌کند و از سوی دیگر چون تقسیم کار ماشینی و تخصصی روز بروز بیشتر میشود ، باز بهمان نسبت همبستگی افراد بیکدیگر و یکنواختی و یکسانی و یا قالبی شدن فکر و اندیشه و شخصیت آنها را نیز افزون می‌سازد .

### ۳- عقیده ۱

بعضی عقیده را به غلط در برابر سنت قرار میدهد ، و میگویند اول در يك اجتماع سنت بوجود می‌آید و این سنت بیشتر در ممالک عقب افتاده وجود دارد و هنگامیکه اجتماع قدری پیشرفت و ترقی کرد و اشخاص در خود احساس شخصیت کردند ، آنگاه عقیده بوجود می‌آید ، زیرا که عقیده ملازم باشخصیت است ولی در حقیقت عقیده دو جنبه دارد :



گاهی عقیده شخصی فردی است که در روانشناسی مورد بحث قرار میگیرد و زمانی عقیده جنبه اجتماعی و عمومی بخود می‌گیرد که در جامعه شناسی مورد بررسی قرار میگیرد .

#### ۴- عقیده عمومی ۱

عقیده عمومی قضائتی است که مورد قبول عامه واقع شود ، عقیده عمومی را باشایعات نباید اشتباه کرد زیرا که شایعات جنبه موقت دارند ، در صورتیکه عقیده عمومی جنبه استمرار و دوام دارد .

خصائص عقیده عمومی عبارتند از : ۱- عقیده عمومی دفعه پیدایش می‌شود بلکه افراد مردم کم‌کم و بتدریج آنرا می‌پذیرند و پس از اینکه استقرار پیدا کرد جزئ اعتقادات آنان میشود ، پس باین لحاظ عقیده عمومی يك امر خلق الساعه و زودگذری نیست بلکه با دوام و استمرار توأم است مانند نظر ایرانیان نسبت بسانگلیسی ها که همیشه بایک حس مرموز واستعمارگرانه از طرف آنان توأم بوده است و هراغتشاشی را از ناحیه آنان میدانسته اند، و بسختی استعمارگران می‌توانند این عقیده عمومی را از میان ببرند .

۲- عقیده عمومی مستلزم فشار والزامی روی هیئت حاکمه است ، یعنی قوه حاکمه مجبور است که از آن اطاعت و پیروی کند وگرنه مواجه باشکست خواهد شد و منجر به قیام ملی از طرف پیروان و معتقدان آن عقیده عمومی خواهد گردید .

۳- عقیده عمومی جنبه شخصی افراد را تغییر داده و آنرا تحت الشعاع قرار میدهد و چون کسی عقیده عمومی را پذیرفت بتدریج عقیده عمومی جایگزین عقیده شخصی فردی وی میگردد مثلاً بعضی از مردم آذربایجان علی‌رغم عقیده شخصی خود که مرام اشتراکی بود قیام کردند .

۴- عقیده عمومی ایجاد مؤسسه<sup>۱</sup> واصل می‌کند و نهادهای اجتماعی و حقوقی بوجود می‌آورد و «نهاد اجتماعی» مؤسسه ای است بسیار پایدار که «کارکرد» اجتماعی آن برای جامعه بسیار با ارزش و با اهمیت است مانند سازمانها و قوانین دینی، اقتصادی، جزائی، حقوقی و غیره.

پس با خصائصی که از عقیده و سنت بطور ایجاز و اختصار نقل کردیم نباید عقیده را با سنت در برابر هم قرار داد بلکه این دو یک پدیده اجتماعی هستند که دارای یک مرکز هستند، ولی سنت؛ متراکم تر و عقیده تراکش کمتر است.

#### ۵- نقش سنت هادر تحولات اجتماعی

از نظر قانونگزاری و حقوقی که بیشتر مطمح نظر ما است، سنت نقش مهمی را ایفا می‌کند، زیرا بسبب ارزش و قدرت الزام آور و بعلت ریشه های کهن که در میان یک قوم دارد، همه قانونگزاران بهنگام تقنین، و کلیه قضات در موقع دادرسی مجبور از اطاعت سنت حقوقی و اجتماعی هستند، سنت حقوقی می‌تواند تا آنجا بر قرار بماند که تاریخ نشان میدهد گروه زیادی از مردم که خواسته اند گامی مخالف سنت ها بردارند محکوم بمرگ و نیستی گشته اند و لذا هرگز جامعه‌ای دیده نشده است که واقعاً توسط نهضتی که از بالا هدایت و رهبری می‌شود و هیچگونه زمینه اجتماعی ندارد، اصلاح شود، زمینه های اجتماعی و خواست شدید مردم نقش مهمی ایفاء می‌کند که از آن نمی‌توان غافل بود، ولی این نیروها که باعث تحولات اجتماعی میگردند، احتیاج به محرکهائی دارند تا این افراد نیروهای خودشان را هم جهت نمایند و در راه وصول خواسته‌های خود شروع باعمال فشار نمایند.

#### ۶- جنبه های دوگانه سنت های اجتماعی

سنت همانند هر پدیده و امر اجتماعی هم دارای جنبه مثبت و هم حاوی جنبه



منفی است ، از جنبه مثبت ، عبارتست از اینکه بشر نمی تواند کلیتۀ ارتباطات خود را با اجتماع قطع کرده ؛ و تمامی مشکلات را با اندیشه و خرد خود هموار سازد و به تجربه شخصی بپردازد ، بلکه بدیهی است که باید عاقلانه از میوه تجربیات و ثمره معلومات پیشرفتگان که حاصل عمر و میراثی ارزنده را بصورت سنن و عادات برای آیندگان گذاشته اند استفاده نماید والا بقول سعدی شیرازی :

مرد خردمند جهان دیده را      عمر دو بایست در این روزگار  
تسایمی تجربه آموختن      بادگری تجربه ببردن بکار

بدیهی است که انسان از آن زمان که اجدادش زبان را اختراع کردند ، تا کنون ، خود را تابع و مطیع سنن قرار داده است ، زیرا اگر هر نسلی ، خواندن ، نوشتن ، حساب کردن و سایر علوم و فنون را میخواست خود از نو ابداع کند ، معلوم است که مادر چه وضعی بودیم ؟ و از طرف دیگر سنتها و رسوم دیرینه پایه اساسی تشکیل هیئت اجتماع هستند ، این سنن و رسوم در وجدان ناخود آگاه افراد و در اجتماع بصورت یکنوع الهام اجتماعی وجود دارد ، و حتی بنظر اکثر جامعه شناسان ، امور ناخود آگاه را باید از مطالعه در رسوم و آداب دیرینه بازشناخت ، بطوریکه رسوخ و نفوذ این عقاید و رسوم بصورت يك اشراق درونی در نفس افراد تأثیر کرده است و لذا يك جامعه شناس نمی تواند از آن بسادگی و سهولت صرف نظر کند .

اما با اینکه احترام سنت و پیروی از عادات و رسوم تاحدی لازم و ضروری است معذک افراد نباید در آن افراط کنند زیرا افراط باعث نابودی و یادست کم رکود و جمود اجتماعات میشود ، خوشبختانه اجتماعات امروز سریعتر از اجتماعات گذشته وضع خودشان را تغییر میدهند ، باری دلبستگی و علاقه شدید به حفظ وضع موجود که همواره بشر آرامش طلب و پیرو لذت و آسایش از آن تعقیب می کند باعث میگرد که هر گونه نعمه مخالف و ناآشنا را - بحکم ناشناخته بودن - اگر خطر ناک تلقی نکند دست کم سودی هم بر آن مترتب نخواهد کرد ، و بهیچوجه حاضر نیست اجازه دهد



که این پدیده نودر محیط او نشوونما کند و نضج گیرد ، زیرامردم اصولا در برابر تازه‌ها بدگمان هستند و گاهی نیز پیش از آنکه بتوانند خودشان را بآن تازه‌ها عادت دهند بسرآغشان می‌آید ، یعنی زمینه انفعالی مناسب برای آن ندارند ، که در اینصورت موضوع مشکلت‌ر خواهد شد .

سعدی بروزگاران مهری نشسته بردل بیرون نمی‌توان کرد الا بروزگاران نتیجه‌قه‌ری این کشمکش دوجنبه مثبت و منفی بازماندن جامعه از بعضی تحولات و تغییرات است که ضرورت‌های اجتماعی آنرا ایجاب و اقتضا می‌کرده است ، در این میان از کشاکش دوجنبه سنت جامعه مسیری را خواهد پیمود که قدرت و نیروی کشش آن افزون‌تر باشد ، و از این رهگذر افراد اجتماع باز شناخته می‌گردند ، گروهی همواره پیشرو هستند و مخالف کهنه پرستی و سنت گرایی و خواهان طرح‌های نو ، زیراتباع سنت شدن بعقیده اینان صفاتی که لازمه شخصیت خاص انسانی است در انسان رشد نمی‌کند و بارور نمی‌گردد ، خصائل انسان آنگاه مجال رشد می‌یابد که انتخاب‌راه با خود انسان باشد ، و از خود مایه بگذارد ، اگر عده‌ای نباشند که قوه ابتکار و ایجاد داشته باشند و راه نوی فراراه بشریت بگذارند و یا بآنچه حقیقت می‌پنداشته ایم بانظر تردید و بطلان بنگرند ، زندگی مرداب را کدی بیش نخواهد بود ، و این معنی باتوجه باینکه دنیا هنوز تا کمال مطلوب فرسنگ‌پاراه دارد بخوبی قابل قبول است رأی و نظر گابریل نارد درباره تقلید و پیروی بسیار جالب است او می‌گوید « ... تاریخ را اشخاص بزرگ تغییر می‌دهند زیرا اشخاص کوچک هرگز احتیاج به تغییر بخاطرشان نمی‌رسد آنچه آنان را میراند ، سنت و عادات و عرف است ، اما مرد بزرگ احتیاج را در می‌یابد «فکر می‌کند» همه چیز را دگرگون می‌سازد و اگر موفق شود عده معدودی که باز برجسته‌اند از او پیروی میکنند و در صورت موفقیت آنان موجی از پیروان و مقلدان از هر سوی بسوی آنان سرازیر می‌گردد »<sup>۱</sup>

« يك متخصص علوم اجتماعی از اهل سوئد معتقد بود که آدم «رادیکال» معتقد است که فرصت دزد را بوجود می‌آورد درحالی‌که آدم «محافظه کار» معتقد است که برعکس دزد است که از فرصتها استفاده میکند بنظر آدم رادیکال مسئولیت نقصهای جامعه را باید بعده محیط گذاشت یا بعبارت دیگر محیط را میتوان تغییر داد ، فرد و بنابراین جامعه را می توان با اصطلاح اجتماعی پاک و منزله کرد ، شخص محافظه کار برعکس معتقد است که در مجموع نه محیط بلکه طبیعت است که افراد را آنچنانکه هستند میسازد و همین امر بدینی آنها را نسبت با اصلاحات اجتماعی توجیه میکند .

بنابراین اینان خود بخود به سیاست « بگذارید اقدام کنند » یا هیچ نکنند متماثل میشوند ...<sup>۲</sup>

برتراند راسل در این باره می‌گوید :

« در تکوین طبیعت بشر « نه دهم » تعلیم و تربیت مؤثر است ، و « يك دهم » بقیه به خلقت مربوط می‌شود ، آن بخش مربوط به فرهنگ را می توان تغییر داد ، شاید روزگاری برسد ، که بخش مربوط به خلقت نیز در حیطه اقتدار علم در آید<sup>۳</sup> و باز در جای دیگری می‌گوید :

« اگر بهترین انسانهای پانصد هزار سال قبل را در جوانی بدست آورده در یکی از ممالک امروز دنیا بدمدرسه بفرستند درست مثل بچه‌های امروز ما از عهده کار برخوردار آمد ، بنابراین چیزی را که آنها فاقد بوده‌اند مکتسبات است نه فطریات یعنی صفات مادرزادی .<sup>۴</sup> »

### « Laissez - Faire » - 1

۲ - تئوری اقتصادی و کشورهای کم‌رشد . پروفیسور گونار میردال ترجمه

غلامرضا سعیدی ص ۱۴۵

۳ - آیا بشر آینده‌ای هم دارد ؟ ترجمه منصور ص ۲۴۹

۴ - امیدهای نو برتراند راسل ص ۳۰



برای حسن ختام خوبست که این سخن را هم از ویل دورانت بشنویم که: «عمل دوره جوانی اشتیاق شدید به افکار نوین است و آنرا وسیله ممکن و مقدوری برای تسلط بیشتری بر محیط می‌یابد ولی عمل دوره پیری مبارزه بیرحمانه است بانو خواهی، این مبارزه می‌خواهد قدرت فکر جدید را پیش از آنکه در اجتماع به مرحله عمل درآید بیازماید، عمل دوره میانسالی تعدیل افکار نوین است با محدودیت‌های عملی و همی‌کوشد تا برای آنکه آنرا تا اندازه‌ای تحقق بخشد راه‌هایی پیدا کند، جوانی پیشنهاد می‌کند. پیری به مخالفت برمیخیزد و میانسالی تکلیف و اندازه آنرا معین می‌سازد، جوانی تسلط ادوار انقلابی است و پیری تسلط سنت‌ها و عاداتهاست و میانسالی دوره بنای مجدد است»<sup>۱</sup>

#### ۷ - سنت در حقوق اسلامی

سنت در فقه امامیه عبارتست از: «گفتار یا کردار یا تقریر پیامبر یا یکی از ائمه» ولی در مذهب عامه اقوال و افعال صحابه و تابعین نیز جزو سنت میباشد. در فن درایه به نقل و حکایت یکی از این سه امر نام «حدیث» و «خبر» داده‌اند، پس سنت به سه قسمت میشود:

۱ - سنت قولی یا گفتار معصوم.

۲ - سنت فعلی یا کردار پیامبر یا ائمه اطهار را اگر برای بیان مطلبی از مطالب حقوقی و عبادی انجام شده باشد مانند بیان شفاهی حجت خواهد بود.

۳ - سنت تقریری عبارتست از اینکه فعل و یا ترك فعلی که پیامبر و یا یکی از ائمه بر آن آگاه شده باشند و یا در حضورشان انجام شده باشد و از انجام آن جلوگیری و ممانعت نمایند و با اصطلاح آنرا تقریر فرمایند، چنانکه «مستفاد از تاریخ این است که در زمان پیغمبر صلی الله علیه و آله برای انعقاد عقود متعارف (مانند بیع و رهن و اجاره و غیره) صیغه خاصی از الفاظ در عقود بکار نمی‌رفت و این امر مورد نهی هم قرار نگرفت



با اینکه موضوع از موضوعات شایع (عام البلوی) در بین مردم هم بود و این خود دلیل است که عقود در تحقق خود نیاز به صیغ مخصوص ندارند<sup>۱</sup> و با اصطلاح در حقوق اسلامی عقود رضائی هستند نه تشریفاتی و صوری، درباره حدیث و خبر که حکایت از سنت می‌کند در دوفن بحث میشود، در فن «درایه» از لحاظ چگونگی سلسله سند آن مورد بحث قرار می‌گیرد ولی در فن اصول فقه این کیفیت مورد نظر نیست، بلکه دو امر در آن مورد گفتگو است.

۱ - خبری که در فن درایه اعتبارش به ثبوت رسیده آیا حجت است و بساید به مفادش عمل کرد یا خیر؟

۲ - آیا ظواهر الفاظ حدیث و خبر حجت است یا نه؟

در مورد دوم که آیا ظواهر الفاظ حدیث و خبر حجت است یا خیر مخصوص سنت نیست بلکه این بحث درباره ظواهر آیات قرآن هم شده است و مادر این باره در بخش محکّمات و متشابهات قرآن بحث کرده‌ایم و آن بحث‌ها را در اینجا تکرار نمی‌کنیم ولی قبل از بحث درباره خبر واحد و متواتر و غیره لازم میدانیم که اجمالا درباره علت وجودی این منبع از حقوق اسلامی توضیحی بدهیم.

#### ۸ - علت وجودی سنت

علت وجودی این منبع از حقوق اسلامی آن بود که هر گاه در اجتماعات مسلمانان صدر اسلام مشکلات و مسائلی تازه پیش می‌آمد که از حل آن عاجز می‌ماندند به صحابه پیامبر و یا ائمه اطهار رجوع می‌کردند و آنها درباره آن دستوراتی میدادند که مجموعه بزرگی بنام سنت یا حدیث و یا اخبار و روایات از آن گرد آمده است، و از طرفی از آنجا که احکام با همه جامعیت و کامل بودنش موارد جزئی را متعرض نگردیده بود لذا باعث گردید که مردم در زمان پیامبر باو و بعد بائمه اطهار (بنا بعقیده شیعه) و

به صحابه ( بنا بعقیده اهل تسنن ) رجوع کنند و نتیجه این مراجعات و پرسشها و پاسخها منبع درجه دوم حقوق اسلامی گردید ، مجموعه های سنت در مذهب تسنن در شش کتاب که اکثر مؤلفین آنها ایرانی بودند فراهم گردید ، این شش کتاب بنام « صحاح سته » معروف است « صحیح » البخاری که غالباً بنام « صحیح » نقل میشود « صحیح » مسلم و آثار ابن ماجه و ابوداود و ترمذی و نسائی .

در مذهب تشیع در کتاب کافی ، « من لایحضره الفقیه » و تهذیب و استبصار که کتب اربعه و اصطلاحاً این مجموعه ها را جامع حدیث و یا جمع آنرا جوامع حدیث نامند که حاوی احکام مذهب جعفری است .

۱ - کافی : مؤلفش ابوجعفر محمد بن یاقوب بن اسحاق کلینی رازی است که در قرن سوم هجری میزیسته است کلینی در تألیف این کتاب بیست سال رنج برده است کلینی در سال ۳۲۹ در بغداد وفات یافت و همانجا مدفون گردید .

۲ - « من لایحضره الفقیه » مؤلفش ابی جعفر محمد بن علی معروف به شیخ صدوق می باشد و قریب سیصد تألیف نفیس از وی نقل شده که از آن جمله کتاب مزبور است وی در سال ۳۸۱ در ری وفات یافته و در محلی که بنام وی « ابن بابویه » مشهور است مدفون گردید .

۳ - ابوجعفر محمد بن حسن بن علی طوسی معروف به « شیخ طوسی » در ۳۸۵ متولد شده و ۴۰۸ بعراق رفته پنج سال شاگرد شیخ مفید و بیست و سه سال شاگرد سید مرتضی و سپس ۱۲ سال در بغداد بر کرسی تدریس نشست سپس به نجف آمد و ۱۲ سال دیگر تدریس کرد تا وفات یافت ( ۴۶۰ هجری ) کتاب « تهذیب » و « استبصار » از جمله تألیفات نفیس وی است .

از موارد اختلاف میان مذهب شیعه و سنی یکی در همین جا است که اهل سنت و جماعت پس از سه نسل بلا فصل از زمان رسول اکرم ، به احادیث اعتمادی ندارند .  
ائمه اربعه اهل تسنن عبارتند از :



- ۱ - ابوحنیفه نعمان بن ثابت تمیمی بالولاء کوفی که از نژاد ایرانی بوده سال ۸۰ متولد شده و در بغداد سال ۱۵۰ در گذشت .
- ۲ - ابی عبدالله مالک بن انس بن مالک اصبیحی سال ۹۳ هجری در مدینه متولد و سال ۱۷۹ همانجا درگذشت .
- ۳ - ابو عبدالله محمد بن ادریس بن عباس بن عثمان بن شافع شافعی هاشمی قرشی که در سال ۱۵۰ در فلسطین متولد شده در سال ۱۹۹ در قاهره درگذشت .
- ۴ - ابو عبدالله احمد بن محمد بن حنبل که در ۱۶۴ در بغداد متولد شده و در ۲۴۱ درگذشته .

بهر حال این چهار نفر مؤسس مذاهب چهارگانه اهل سنت هستند ، پس ازائمه اربعه ، اهل تسنن باب اجتهاد را مسدود نموده اند ، و حال آنکه شیعه اثنی عشری آنرا مفتوح میدانند و بر اساس علم «اصول» و علوم دیگر که ذکرش گذشت ، احکام جدید مسائل تازه را با متدی خاص و فنی استنباط و استخراج می کنند که در فصول آینده بیشتر توضیح در این باره داده خواهد شد .

این اخبار تا امام دوازدهم ادامه دارد و جزء عمده آن از حضرت امام جعفر صادق علیه السلام ششمین پیشوای شیعه است .

\* \* \*

یادآوری این نکته لازم است که حدیث و خبر از همان آغاز و اوائل اسلام ارزش فراوان پیدا کرد و مسلمانان نسبت بآن توجه فوق العاده از خود نشان دادند ، این توجه زیاد باعث شد تا عده ای از مسلمانان که ایمان قوی نداشتند ، بدون اینکه از عواقب وخیم و خطرناک کار خود آگاه باشند ، سعی میکردند که بعضی از اصول اسلامی را بنابه سلیقه و ذوق خود ، بدون داشتن هرگونه سوء نیت توجیه و تفسیر کنند و آنرا با احادیثی ولو جعلی به کرسی نشانده و تأیید و تثبیت نمایند و آنچه را وجدان حقوقی و اعتقادات و آداب و رسوم دیرینه شخصی آنها ، ایجاب میکرد در قالب حدیث



در آورند ، و گاهی نیز سؤالات نابجا و راهنمایی کننده و سوق دهنده به مقصود و منظور اصلی سؤال کننده ، در اینگونه اخبار و احادیث ذی مدخل بوده ، تا آنچه را که قبلاً بآن معتقد بوده اند با سؤال عطف دهنده از امام بصورت حدیث صحیح بگذارند ، بدیهی است در این بازار آشفته ، آنها که ایمان درستی به مبانی اسلامی نداشتند ؛ برای دفاع از منافع مادی و سیاسی و گاهی اعتقادات شخصی خود و یا اساساً به منظور لطمه وارد کردن باسلام ، از هیچگونه تلاشی ابا و امتناع نمی کردند .

زیرا که حدیث همان ارزش وحی الهی را داشت (سوره نجم آیه ۳ « ما ینطق عن الهوی این هو الاوحی<sup>۱</sup> یوحی » یعنی سخنی از خواسته نفس خود نمی گوید ، هر چه میگوید وحی است که از طرف پروردگار باو رسیده است ) لذا افکار فردی خودشان را به اسم سنت جامیزدند ، این اوضاع و احوال ناهنجار بطور وحشت آور ، مخصوصاً در مذهب تسنن انجام گرفت که متفق<sup>۲</sup> علیه همه دانشمندان اسلامی و غیر اسلامی است و حدیث شناسان و علمای علم رجال و تاریخ بر جعلی بودن بیش از نیم میلیون از احادیث کتب اهل تسنن تصریح کرده اند<sup>۱</sup> .

این احادیث که بصورت انبوهی از کتب در آمده بود ، برای عده ای از دانشمندان ایجاد کار کرد ، جمعی از علماء با افزار نقد و سنجشی که داشتند از قبیل: ظاهر لفظ که بکلمات معصوم و یا پیامبر شبیه است یا خیر ؟ سلسله روایتی که حدیث را نقل کرده اند تا بمعصوم رسیده و بیوگرافی و شرح حال يك يك آنان و بررسی و تعیین درجه ایمان و تقوای آنان تا از طریق آن ، احادیث صحیح و سقیم را از هم باز شناسند و عنوان غربالی را پیدا کرده بود تا درست و نادرست را در آن بریزند و از آن بگذرانند و تصفیه نمایند و از این رهگذر علوم جدیدی بنام « علم رجال » و « درایه » پدید آمد . پس از ذکر این مقدمه اینک می پردازیم باقسام خبر یا حدیث .

## ۹ - انواع سنت در حقوق اسلامی

خبر یا حدیث بر دو نوع است : متواتر و غیر متواتر .

۱- تعریف 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 و در شنوندگان تولید یقین کند آن خبر را بنام «متواتر» میخوانند ، پس تعداد نفرات محصور در عدد معین نیست ، همین قدر که عادتاً اسناد کذب بآن داده نشود ، و آن یا از طریق شنیدن باشد و یا مشاهده نه استنباط عقلی و نظری ، البته خبر متواتر بسیار نادر است .

بعضی از ارباب مذاهب ، قطع آور بودن خبر متواتر را محل تردید قرار داده اند زیرا که « الخبر یحتمل الصدق و الکذب » و چون احتمال صدق و کذب در آن میرود ، پس مفید یقین نیست ، لکن این گفته صحیح نیست ؛ زیرا اطلاعات روزانه ما هم بر اساس همین اخبار است و برای هیچکس میسر نیست که شخصاً همه امور را شاهد و ناظر باشد و مستقیماً خود ادراک نماید ، پس قسمت مهمی از این دانستنیها مطالبی است که از دیگران شنیده شده است .

ما در روزنامه ها ، اخبار رادیو ، و یا افواهاً بطور متواتر اخباری و حوادثی را میشنویم و در ما تولید قطع مینماید ، و در تولید قطع آن جای هیچگونه تردیدی نیست .

### خبر متواتر خود بر دو قسم است

۱ - متواتر لفظی ۲ - متواتر معنوی

الف : متواتر لفظی هرگاه تواتر در لفظ حدیث بصورتی باشد که کلیه روایات

آنرا بیک لفظ و بیک عبارت نقل کرده و کوچکترین اختلافی نداشته باشند آنرا متواتر باللفظ گویند مانند حدیث: «الناسُ مُسَلِّطُونَ عَلٰی اَمْوَالِهِمْ» که مدلول ماده ۳۰ قانون مدنی ایران است.

ب: متواتر معنوی هرگاه حدیث و یا خبر متواتر باشد اما در الفاظ و عبارات گوناگون بیک معنی (کلاً یا بعضاً) در قالبها و جملات مختلف گفته شده باشد و آن معنی با توجه به عدد ناقلان بعد تواتر رسیده باشد آنرا متواتر بالمعنی گویند مانند مدلول حدیث (عَلٰی الْاَيْدِ مَا آخَذَتْ حَتّٰی تُؤَدِّيَهُ) که مدلول ماده ۳۰۸ قانون مدنی ایران نیز هست و به قاعده ید معروف می باشد.

### 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 نباید تعدادشان آنقدر باشد که کذبشان ممتنع بنظر برسد.

ب: مخبرین در تمام طبقات بعد نصاب مزبور رسیده باشند، پس هر یک از طبقاتی که واسطه روایت بوده اند چه در طبقه 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 شنیده اند نقل کنند، پس نقل مسائل عقلی و نظری اگر چه بعد تواتر هم برسد مفید علم نخواهد بود.

دوم: شرایط مربوط به مستمعین.

۱- برعهده هر کس است (یعنی ضامن است) آنچه را که بنحودعوان و عامدا یا جاهلاً گرفته پس بدهد.



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

ب : مستمع عاری از تعصب و غرض ورزی باشد زیرا اگر کسی بچیزی قبلا بگونه‌ای مخالف خبر اعتقاد داشته باشد ؛ آن خبر در وی ایجاد قطع نمی کند مثل کسانی که به معجزه اعتقاد ندارند خواندن اخبار مربوط به معجزات برای آنها چه سودی خواهد داشت ؟ .

## ۲ - خبر غیر متواتر

هرگاه خبر بعد تواتر برسد آنرا خبر غیر متواتر گویند ، حال اگر عدّه روایت کنندگان آن دو یا سه نفر باشند آنرا خبر واحد یا آحاد و اگر بیش از سه نفر باشند آنرا خبر مستفیض یا خبر مشهور گویند و نیز خبر مشهور بر آنچه که برالسنه ساری و جاری است نیز گفته شده است و لو آنکه طریق آن یکی باشد یا اصلاطریقی نداشته باشد .<sup>۱</sup>

هرگاه با خبر غیر متواتر قرائن و اماراتی توأم باشد که با ملاحظه آنها صادق بودن آن خبر مسلم گردد این خبر چون مفید قطع و یقین است به عقیده همه فقهای شیعه حجت است ، لکن اگر مقرون بقرینه نباشد در آن اختلاف شده است .

گروهی آنرا حجت ندانسته اند زیرا میگویند چنین خبری مفید ظن و احتمال است و عمل به ظن هم در قرآن نکوهش شده از جمله آیه ۳۸ از سوره ۱۷ میفرماید : « آنچه برای تو نسبت بان علم نیست از آن پیروی مکن »<sup>۲</sup> و آیه ۱۱۶ از سوره ۶

۱- ترمینولوژی حقوق

۲- «لاتقف ماليس لك به علم»

میفرماید: « پیروی نمی کنند مگر گمان را و نیستند ایشان مگر آنکه به گمان حکم می کنند »<sup>۱</sup>

و آیه ۳۷ از سوره ۱۰ « همانا گمان چیزی را از حق بی نیاز نمی کند »<sup>۲</sup> و علاوه بر استناد به این آیات یکی از فقها (متقدمین) در مورد 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 و بدلائل دسته اول پاسخ داده اند که آیات مربوط به نکوهش پیروان ظن معطوف به اصول دین است و استدلال کرده اند که پیروی از ظن در اصول دین تقبیح و زشت شمرده شده نه در مسائل فرعیه ، بخصوص در عصر ما که زمان غیبت امام است و باب علم قطع و مسدود است چاره ای جز توسل به ظن نیست و این امر از مستقلات عقلیه است زیرا « حجیت ظن بنا بر حکومت عقل در حال انسداد قطع » این امر یکی از اموری است که حکم عقلی است و سپس دلائلی از قرآن ذکر کرده اند که آیه ۶ از سوره ۴۹ « هر گاه خبر بوسیله شخص فاسقی روایت شود لزوم قبول آن مشروط به تحقیق و تبیین است »<sup>۳</sup> مفهوم مخالف این کلام آنستکه هر گاه خبر بوسیله شخص عادل نقل شود لزوم قبول آن مشروط به تحقیق و تبیین نمی باشد .

همچنین آیه ۱۲۳ از سوره ۹ « پس اگر مهاجرت نکند از هر فرقه طایفه ای تا اینکه تفقه کنند در دین و سپس بیم دهند قوم خود را ؛ آنگاه که بسوی آنها مراجعت کردند شاید آنان قبول بیم آنان را نمایند »<sup>۴</sup>

۱- ان يتبعون الا الظن وان هم الا يخرصون .

۲- ان الظن لا يغني من الحق شيئا

۳- يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا .

۴- فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين فليندروا قومهم اذا

رجعوا اليهم لعلهم يحذرون .

پس گروهی که علوم دینی را در خارج فراهم‌کنند تا پس از بازگشت بموطن خویش قوم خود را بترسانند و عمل برطبق گفتار آنان بر قوم واجب می‌گردد ، و دلیل براین که آیه بر حجیت خبر واحد دلالت دارد آنست که هر يك از افراد آن گروه در مقام تبلیغ احکام شرعیه سخن بگویند یا حدیثی روایت کنند آن سخن حجت خواهد بود ، و از سوی دیگر عمل به خبر واحد از صدر اسلام تا زمان ما معمول بوده است چنانکه پیامبر اسلام اشخاصی را با طرف و میان قبائل می‌فرستاد تا احادیث را روایت کنند و آنها از همان يك نفر قبول می‌کردند و ملاك عمل خود قرار میدادند . و حتی در عصر ائمه اطهار نیز راویان شیعی ، احادیثی را از ائمه نقل می‌کردند که آن احادیث آحاد بود و علاوه بر جمع‌آوری به نقادی آنها می‌پرداختند و ائمه با سکوت خود بر عمل آنها صحه می‌گذاشتند یعنی عمل بخبر واحد را تقریر می‌فرمودند .

#### ۱۱ - شرایط اعتبار خبر واحد :

- ۱ - اعتبار خبر واحد در صورتیست که راوی آن دارای شرایط زیر باشد .
  - ۱ - تکلیف : پس روایت مجنون و یا طفلی که بعد بلوغ نرسیده قابل پذیرش نیست .
  - ۲ - اسلام و ایمان : پس روایت غیرمسلمان و غیر مؤمن مورد قبول نمیباشد .
  - ۳ - عدالت : که عبارتست از ملکه ای که نفس را از ارتکاب بمعاصی کبیره و اصرار بمعاصی صغیره بازدارد و ضمناً آنچه که عمل و ترک آن بحسب زمان و مکان مخالف شأن شخص باشد از انجام آن خودداری نماید (رعایت هروت)<sup>۱</sup>
  - ۴ - حافظه : نیروی حافظه راوی باید آنقدر باشد که بتواند متن حدیث را عیناً بدون اضافه و نقصانی روایت کند و اگر حدیث بواسطه است اسم و خصوصیات

۱- در علم حقوق برخی عدالت را هماهنگی انسان با نظام جهان دانسته‌اند و

ما بعداً درباره عدالت از نظر اسلام بحث خواهیم کرد .



واسطه هارا نیز نقل نماید .

### ۱۲- جرح و تعدیل و تزکیه

اگر راوی به تقوی مشهور باشد ، همین اشتهاار برای قبول روایت وی کافی است هر گاه به فساد اخلاق مشهور باشد برعکس ، همین اشتهاار بنسوق برای رد وی کافی است ، اما اگر خصوصیات اخلاقی راوی مجهول باشد در این صورت از کسانی که درباره وی اطلاعاتی دارند و ضمناً عادل هم هستند اختیار میشود اکنون اگر بر عدالت وی شهادت دادند (تعدیل و تزکیه) حدیث وی مقبول است و اگر بر عدالت وی شهادت ندادند و بر آن ایراد گرفتند (جرح) در آن صورت حدیث وی مطرود میگردد لازم است کسانی که به عدالت راوی شهادت میدهند (مُعدِّل یا مزکِّی) و یا بر عدم عدالت گواهی میدهند (جارج) آنان نیز خودشان عادل و مطلع بر احوال رجال خبر باشند و تعدادشان لا اقل دو نفر باشد و ضمناً گواهیشان چه جرح و چه تعدیل مقرون به ذکر سبب باشد یعنی موجبات عدالت و دلیل آنرا بیاورند و فقط اکتفا باینکه فلان عادل نیست یعنی (تعدیل مطلق) نکنند و هر گاه عدای راوی را جرح و عدای تعدیل کردند قول جارحین مقدم است زیرا معدل قولش مبتنی بر عدم مشاهده عمل خلاف است لکن قول جارح مبتنی بر مشاهده خلاف از وی است .

### ۱۳- نقل به معنی

روایت کلینی است از محمد بن مسلم که : «بابی عبدالله علیه السلام عرض کردم من از تو حدیثی را می شنوم و به هنگام نقل آن عبارات را کم و زیاد می کنم ؟ حضرت فرمود : اگر معانی آن را مراعات کرده باشی عیبی ندارد» .

## ۱۴- مرسل و مسند

چنانچه راوی حدیثی را که از امام نقل می‌کند واسطه هامتصل و پیوسته باشند آن حدیث را مسند ولی اگر بیواسطه نقل کند و خود او امام را ندیده باشد یا بواسطه نقل کند ولی واسطه را فراموش کرده یا آنرا عمداً و یا سهواً ترك کند آن حدیث را مرسل گویند.

## ۱۵- انواع خبر واحد

- خبر واحد به چهار دسته تقسیم میگردد: صحیح، حسن، موثق، ضعیف
- ۱- صحیح: خبریست که راویان آن اثنی عشری و عادل و جامع شرایط روایت باشند و سند متصل و پیوسته با امام باشد.
  - ۲- حسن: خبریست که سند آن بوسیله روایت کنندگان دوازده امامی به معصوم پیوسته شود لکن عدالت و عدم عدالت تمام آنها یا بعضی از آنها بدرجه ثبوت نرسیده باشد، بهر حال فقهاء شیعه مانند فقهاء عامه بحدیث حسن عمل می‌کنند در صورتیکه قرائنی موجب تقویت آن گردد مانند حدیث دیگر.
  - ۳- موثق یا قوی خبری است که سلسله سند آن پیوسته و متصل به امام باشد و در میان آنان يك یا چند نفر راوی غیر دوازده امامی که نزد اهل حدیث مطمئن و مورد اطمینان (ثقه) شناخته شده‌اند بوده باشد و بقیه راویان ضعیف نباشند.
  - ۴- ضعیف: خبری است که در سلسله سند آن شخص یا اشخاص مجهول (ناشناخته) یا اشخاصی که مورد طعن و ایراد هستند قرار گرفته باشد.

## ۱۶- بحثی پیرامون روش اخذ گواهی در مورد حدیث

تردید نیست که هر گواهی و خبری را نمی‌توان معتبر دانست، بویژه آنگاه که پای مسائل اجتماعی و حقوقی در میان باشد ازین روبه نقادی خبرها و حدیثها باید پرداخت. این ارزشیابی یا در مورد خود خبر و حدیث و یا گواهی است و یا مربوط به



امری که موضوع آنست و یا مربوط به شخص مخبر و محدث و یا گواه است ، در مورد خود گواهی و حدیث ، از ائمه اطهار رسیده است که فرموده اند :

« اخباری که از قول ما روایت می شود به قرآن یا عقل خودتان عرضه کنید اگر منافات داشت بدیوارش بزیند والا بآن عمل نمائید » در مورد موضوع حدیث از همین روایت که یاد گردید می توان استفاده کرد ، حدیثی که مخالف قرآن و اصول عقل و یا نوامیس مسلم طبیعت باشد مسلماً قابل اعتنا نخواهد بود ، و اینکه صورت حقیقت دارد یعنی متواتر است باز هم برای ما کافی نیست .

از دیدگاه دیگری نیز می توان احادیث را مورد مطالعه و تحقیق قرار داد در این مورد دکتر شریعتی می نویسد : « ... اگر احادیث را ، که تاکنون از نظر موضوع و یا میزان استحکام و اعتماد سلسله اسناد طبقه بندی می کرده اند ، حدیث شناسان از نظر عمق و ارزش فکری و غنای معنوی آنها طبقه بندی کنند شاید باین نتیجه علمی پرارزش برسیم که هر یک از این طبقات احادیث یک دسته خاص از صحابه ( راویان مباشر ) ارتباط می یابد و بروشنی نشان داده میشود که احادیثی که مثلاً از طریق ابوهریره رسیده است با آنچه سلمان و ابن مسعود نقل می کنند همسطح نیست و گذشته از آن بسیاری از مسائل را با بسیاری از کسان در میان نمی گذاشته اند و حتی می کوشیده اند تا بعضی را از آن بیخبر بگذارند و کنجکوی آنان را در فهم برخی از معانی بطریق مختلفی تضعیف کنند یا رسماً آنرا محکوم سازند و بدین ترتیب یک درجه بندی دقیقی از اصحاب میتوان کرد که بکار تاریخ می آید . »<sup>۱</sup> دومینیک سوردل نیز در این مورد پس از ذکر اینکه احادیث را در علم درایه به موثق ( صحیح ) و تقریباً درست ( حسن ) و غیره تقسیم کرده اند می نویسد : « ولی این طبقه بندی بنظر دانشمندان اروپائی درست نیست زیرا در بسیاری از احادیث انعکاس عقیده جامعه های مسلمان در ادوار مختلفه بچشم میخورد و فقط از این لحاظ است که احادیث در نظر مورخین منبع مدارک و اسناد مهم تاریخی

۱- سلمان پاک ، لوئی ماسینیون ترجمه دکتر شریعتی مقدمه مترجم ص ۲۰



بشمار میرود<sup>۱</sup> معلوم است که دیدگاه يك مورخ بايك فقيه فرق دارد ، وفقهای ما از این نظر به احادیث ننگر بستند .

اما در مورد راویان و بحث در اطراف عدالت و یا عدم عدالت آنان (علم الرجال) و تعدد و یا فرد بودنشان باید باین ، نکته دیگری نیز افزود و آن اینست که معلم شود که در امر مورد روایت یعنی «حدیث» ذی نفع نبوده اند ، زیرا در اینصورت است که دلیلی نداشته است که مخالف واقع حدیثی را نقل کنند ؛ اینکه امروز هم در دادگاهها گواهی افراد ذی نفع را نمی پذیرند بر اساس همین مطلب است و دیگر اینکه اگر راویان مختلف از شیعه و سنی در حدیثی که به نفع يك طرف و بزیان طرف دیگر باشد ، اتفاق داشته باشند در اینصورت اعتبار این حدیث تا بی نهایت بیشتر میشود و همچنین وقتی حدیثی از طبقات مختلفی از مردم که احتمال تبانی و اعمال غرض در آنها کمتر برود نقل شود باز اعتبارش بسیار زیاد خواهد شد .



### ۱۲- تقسیمی دیگر از احادیث

میدانیم که در قرآن در مورد اعتبار و اهمیت سنت آیاتی آمده است از جمله آیه ۲۱ از سوره احزاب است که میگوید : «برای شما در رفتار و گفتار پیغمبر خدا سرمشقهای پسندیده ایست برای هر کس که بخدا و آخرت ترس یا امید داشته باشد»<sup>۲</sup> .

در اینجا ما برای اینکه روشن کنیم که این تبعیت و پیروی از سنت دارای چه حدودی است ، لازم دیدیم که مطالبی را در این باره از نظر دیگری بیان کنیم و آن اینست که سنت بردو گونه است : اول سنتی که ثابت و لایتغیر است و متن آن برای

۱- اسلام «مجموعه چه میدانم ؟» دومینیک سوردل ترجمه دکتر اسمعیل

دولت‌شاهی ص ۶۵ و ۶۶

۲- «لقد کان فی رسول الله اسوة حسنة لمن کان یرجو الله والیوم الآخر»

همیشه مانند قرآن تبعیتش لازم مییابد ، مانند سنن مربوط به نماز ؛ روزه ؛ تحریم ربا و بطور کلی اصول اساسی که هر گاه پیامبر اسلام آنها را بجای می آورد برمانیز فرض و واجب بود که همانسان برگزار کنیم .

دوم سنتی که تابع و پیرو مقتضیات روزگار و دوروگردش زمان بوده است و این يك قسم است که تحت تأثیر عامل عرف و عادت درمی آید که بالنسبه دارای دوامی است و دیگری از قبیل سنن مربوط به معاشرت و یالباس و طرز اصلاح سر و صورت است که امروز بدان «مداجماعی»<sup>۱</sup> گویند و آنان رفتار جمعی مکرری است که بقدر «رسم اجتماعی»<sup>۲</sup> تثبیت نشده باشد ، فی المثل در احادیث زیادی امر شده که تحت الحنك همیشه درزیر گلو افتاده باشد نه درجال نماز بلکه در همه احوال یکی از آن حدیث اینست: «الفرق بین المؤمنین و المشركین التلحی» یعنی فرق بین مسلمان و مشرك تحت الحنك در درزیر گلو انداختن است» عده ای از اخباریین باین حدیث و امثال آن تمسك کرده میگویند همیشه باید تحت الحنك افتاده باشد .

ولی مرحوم فیض باینکه باجتهاد خوشبین نبوده دروافی بسباب الزی و التجمل اجتهادی دارد ، میفرماید : در قدیم مشرکین شعاری داشتند که تحت الحنك را بیالای می بسته اند و نام این عمل را «اقتعاط» می گذاشته اند ، اگر کسی این کار را میکرد معنایش این بود که من جزء آنها هستم ، این حدیث دستور مبارزه و عدم پیروی از آن شعار را میدهد ، ولی امروز دیگر آن شعار از بین رفته پس موضوعی برای این حدیث باقی نیست ، حالا برعکس چون همه تحت الحنك را بیالای بندند ، اگر کسی تحت الحنك را درزیر چانه چرخ بدهد حرام است ، زیرا لباس شهرت میشود و لباس شهرت حرام است»<sup>۳</sup> و بنا بحدیث نبوی که در اصول کافی نقل شده : «خیر لباس کل زمان لباس اهلله» نیکوترین جامه در هر زمان لباسی است که مردم آن زمان می پوشند»

1- Social fashion

2- Social custom

۳- بحثی درباره مرجعیت و روحانیت ص ۴۷ و ۴۸ چاپ دوم



و این دستور که حضرت علی (ع) خطاب به فرزندش میفرماید :

حسین اذا كنت في بلدة غريباً فعاشر بآدابها .

و یادستور خضاب گذاشتن موی صورت که يك دستوری بوده در اوائل اسلام بهنگام غزوات تا پیر مردان ازدور در نظر دشمن جوان جلوه کنند و روحیه خود را بیازند ، امروز دیگر این دستور بقوت خود باقی نیست ، زیرا آن مقتضیات وجود ندارد ، و یا در معاملات ، طرز خرید و فروش از حیث وزن و کیل و عدد ، مثلاً یکجا فلان میوه را عددی خرید و فروش می کنند و جای دیگر وزنی و همینطور بسیاری از اعمال زندگی ما تابع مقتضیات زمان و مکانی است که در آن هستیم .

ولذا بسیاری از حقوقدانان اسلامی عقیده دارند که در امور معاشی و معاملاتی حقیقت شرعیه همان حقیقت عرفیه است یعنی بنیاد حقوق و احکام در این مورد در نیازمندیها و عرف آنان گذاشته شده است و تصرفات شارع در این احکام نفیاً میباشد نه اثباتاً و معنی آیه قرآن که : (احل الله البیع و حرّم الربا) : یعنی خداوند بیع را حلال و ربا را حرام فرموده است ، همین است ، و بقول آیه الله میرزا صادق تبریزی : «منشأ صحت و بطلان در معاملات و عبادات یکسان است و آن عبارت از اجتماع شرایط و قیود در نسبت و یا اختلاف در این قیود است اما در عبادات حکم تعبدی و تکلیفی است و در معاملات حکم عرفی و وصفی میباشد»<sup>۲</sup> برای اینکه این نظریه فقیه فقید را بطور مشروح بیان کنیم ناگزیر از ذکر مقدمه ای درباره حقیقت و مجاز و حقیقت شرعیه و

۱- عبارت شرح لمعه در مورد لباس : «... و تزئین کل من الرجل والمرءة بما یحرم علیه کلبس الرجل السوار والخلخال والثیاب المختصة بهاعادة و یختلف ذلك باختلاف الازمان والاصقاع ...» یعنی زینت کردن هر مرد و زن به چیزهایی که بر آنها حرام است از قبیل اینکه مرد مثلاً دستبند و خلخال بدست و پای کند و عادتاً جامه ای که ویژه بانوان است بپوشد ، و انجام دادن اینگونه کارها به اختلاف آئینه و امکان تفاوت دارد .

۲- بطلان قاعده استصحاب دکتر موسی جوان ص ۱۰۸



عرفیه میباشیم .

### ۱۸- حقیقت و مجاز

از نظر لغوی هرگاه استعمال لفظ در موضوع له خود باشد یعنی امری با حقیقت خارجی آن منطبق باشد آنرا حقیقت گویند مانند استعمال لفظ شیر در معنی حیوان درنده و هرگاه لفظ در خارج موضوع له بارعایت تناسبی و وجه شبهی استعمال گردد مانند اینکه لفظ شیر در مرد دلیر بکار رود آنرا مجاز نامند وجود این علاقه و ارتباط میان معنی حقیقی يك کلمه و معنی مجازی آن لازم میباشد والا استعمال لفظ در غیر معنی موضوع له بدون علاقه و ارتباط غلط خواهد بود از باب نمونه بچند نوع از این علاقه‌ها اشاره می‌کنیم :

۱- علاقه مشابهت : که دو مفهوم مختلف مانند شیر و مرد دلیر از جهت صفات ممتازه بیکدیگر شباهت داشته باشند یا بعبارت دیگر میان معنی حقیقی و مجازی رابطه همانندی در صفتی موجود باشد مانند این شعر سعدی :

چو باز آمدم کشور آسوده دیدم      پلنگان رها کرده خوی پلنگی

۲- علاقه حال و محل : که در دو مفهوم مختلف بکار میرود که یکی محیط باشد و دیگری محاط و یا یکی در جوف دیگری قرار گیرد و اسم یکی را بر دیگری مجازاً می‌توان استعمال نمود مانند قریه و اهل قریه که اهل قریه محاط و در جوف قریه (محیط) قرار دارد در این آیه : «واستل القریه» یعنی از اهل قریه سوال کن .

۳- علاقه جزء و کل : هرگاه لفظ جزء را در تمام کل استعمال کنیم آنرا علاقه جزء و کل نامند ، مانند رقبه را که جزئی از بدن انسانی است بتمام انسان اطلاق نمائیم «اعتق رقبه» و یا کلمه «تن» در عبارت «کفالت تن» که ناظر به شخص مکفول عنه میباشد .

و بر همین قیاس علاقه‌های مجاز از قبیل علاقه سببیت و مسببیت ، علاقه مجاورت ، مشاکلت ، ظرف و مظروف ، شرط و مشروط تا آنجا که بعضی تالیست و پنج علاقه ذکر

کرده‌اند و بدان محصور ساخته‌اند، ولی محققان برای مجازات بوضع نوعی قائل نیستند و درستی استعمال لفظ را در معنی مجازی بذوق سلیم افراد مربوط میدانند و لذا علاقه‌ها را به ۲۵ محصور نمی‌کنند.

در اصطلاح علمای بدیع مجازهای را که علاقه آنها علاقه مشابهت باشد استعاره و بقیه را مُرسل نامند.

بدیهی است که استعمال الفاظ در معنی مجازی خود نیاز بوجود قرینه دارند. زیرا اگر قرینه‌ای در کار نباشد لفظ بمعنی حقیقی خود صدق خواهد کرد پس وقتی می‌گوئیم «جمشید آتش گرفت» لفظ آتش گرفت حمل بر معنی حقیقی خود خواهد شد اما وقتی می‌گوئیم «جمشید از خشم آتش گرفته بود» یعنی صورتش از شدت خشم به سرخی برگشته بود.

حال باید دید که علاوه بر وجود شرط علاقه میان دو معنی و شرط وجود قرینه در کلام آیا شرط دیگری نیز ضرورت دارد یا خیر؟

بعضی علاوه بر این دو شرط اجازه واضح را نیز ضروری دانسته‌اند مثلاً در آیه: «واسئل القریه» که کلمه قریه باعتبار وجود علاقه حال و محل در اهل قریه بکار رفته، این استعمال را مختص کلمه قریه میدانند که واضح و اهل لغت تجویز کرده‌است و موارد مشابه را می‌گویند نمی‌توان بدان قیاس کرد که فی‌المثل گفت: «واسئل البیت» یعنی از خانه بپرس که یعنی از اهل خانه!

اما عده‌ای دیگر چنین شرطی را لازم ندانسته‌اند و می‌گویند فقط کافی است که میان معنی حقیقی و مجازی تناسب باشد. زیرا همان علاقه و تناسب قهراً و تبعاً ارتباط و علاقه درجه دوم را بوجود خواهد آورد، و با آنها میتوان قیاس کرد و منشأ ارتباط دو معنی فقط وجود تناسب است و بس و منوط به اجازه واضح نیست.

بدیهی است هرگاه میان دو معنی تناسب نباشد استعمال آن در معنی دیگر جایز نخواهد بود چنانکه از لفظ شیر بجای مرد دلیر، معنی گوسفند را منظور نکنیم، استعمال الفاظ مجازی پایه و مایه کار شاعران و ادبا است و در این بکار گرفتن الفاظ



مجازی ابدأ شاعران خود را نیازمند اجازه واضح نمی دانند بلکه بصرف تناسب و علاقه کلمه را بکار میگیرند ، و بوضع نوعی کار ندارند ، و فقط تناسب را کافی میدانند و این تناسب چیزی است که جهت آن عرف مردم است یعنی عرف شاعران و ادیبان که آشنا به الفاظ و لغات هستند و از مناسبات و ارتباطات آنها آگاهی دارند .

### ۱۹ - حقیقت شرعیه (ماهیت قانونی)

پس از ظهور اسلام تغییرات و تصرفاتی در الفاظ و لغات زبان عرب پدید آمد زیرا شارع اسلام واژه‌هایی را که قبلاً در معانی وضعی خود اختصاص داشتند در معانی جدیدی بکار برده است فی المثل کلمه «صلوة» که تا آنوقت بمعنی دعا بود در معنی عبادت مخصوصی که دارای ارکان و رکعات ویژه‌ای بود بکار برد و یا لفظ «زکوة» را که بمعنی نمو بود برای ادای مخصوص و یا کلمه «حج» را که در لغت بمعنی مطلق قصد بود برای مناسک مخصوص بکار برد .

آیا این استعمال ها بطریق حقیقت صورت گرفته یا مجاز ؟ یعنی شارع آنها را از معانی اصلی خود نقل نموده و در معانی جدید وضع کرده است ؟ یا بقول آنان که معتقد به «اصالة عدم النقل» هستند ، بدون اینکه آنها را از معانی اصلی منتزع سازد مجازاً با ضمیمه کردن قرینه در معانی تازه بکار برده است ؟ بطور کلی در این باره فقها به سه دسته تقسیم شده اند :

۱ - برخی معتقدند اصطلاحات فقهی را شارع برای معانی تازه بطور حقیقت وضع کرده و این الفاظ آنگونه که در شرع اسلام معنی میدهد قبلاً نبوده و شارع برای معانی جدید وضع نموده است .

۲ - برخی دیگر را عقیده بر اینست که این اصطلاحات بطور حقیقت وضع نشده اند بلکه برخلاف معانی لغوی و یا عرفی بطور مجاز با ذکر قرینه بکار رفته‌اند ولی بعدها در اثر کثرت استعمال نیاز بقرینه از میان رفته است ،

۳ - گروهی را عقیده بر اینست که اصطلاحات و واژه‌های فنی حقوقی نه بطور



حقیقت و نه بطور مجاز استعمال گشته‌اند ، بلکه این الفاظ و اصطلاحات بویژه در باره احکام معاملاتی و مدنی مردم تماماً در همان معانی لغوی و عرفی بکار رفته‌اند و از ناحیه شارع اسلام تصرفاتی در ماهیت معانی آنها اثباتاً بعمل نیامده‌است .

دسته اول براء دفاع از نظر خود باین طریق استدلال می‌کنند که آنچه از کلمه «صلوة» بذهن متبادر میشود ، نماز ، و آنچه از کلمه «صوم» امساک و از «حج» مناسک مخصوص است و از آنجا 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 آنجا که این الفاظ را شارع از ابتدا از معانی اصلی نقل و در معانی مزبور استعمال کرده پس حقیقت شرعی میباشد :

استدلال این دسته مردود است زیرا اولاً این تبادر مربوط به عصر و زمان ماست نه زمان شارع ، و از طرفی مقصود ما استعمالات شارع است نه استعمال های اهل شرع بعد از صدر اسلام ، و بدیهی است که این اصطلاحات در صدر اسلام بدون قرینه بمعانی تازه دلالت نداشته‌اند .

دلیل دیگرشان « استقراء » است میگویند ما هر چه در آیات قرآن و احادیث بررسی می‌کنیم موردی را که این اصطلاحات در غیر معانی شرعی بکار رفته باشند نمی‌یابیم ، و اگر موردی هم باشد بسیار نادر است و نمی‌تواند حکم کلی ما را از میان ببرد و بحکم « الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب » حصول این استقراء ثابت است و دلیل بر ثبوت حقیقت شرعی است . این دلیل نیز مردود است زیرا موارد خلاف بیش از حد ندرت است و اساساً دلیلی نداریم که کلمات شارع همه جا بمعانی شرعی اطلاق شده باشند و حتی معلوم نیست که کلمات که در مقام استقراء جزو الفاظ بکار برده شده در معانی شرعی محسوب گردیده حقیقه در آن معنی استعمال شده باشند ،

۱ - مانند فصل عليهم ان صلوتك سكن لهم یعنی دعاكن بر آنها زیرا

دعای تو باعث آرامش آنان است .

بلکه امکان دارد بر حسب معمول زمان در معنای اصلی بکار رفته باشند ولی آنکه استقراء کرده در پیش خود آنها را بمعانی شرعی حمل نموده باشد .

اکنون پس از ذکر این مقدمه نظریه فقیه فقید میرزا صادق تبریزی را عیناً می آوریم :<sup>۲</sup>

«... بحث و نزاع دانشمندان راجع به وجود یا عدم وجود معانی و ماهیتهائی است که شارع برخلاف ماهیتهای و معانی لغویه آنها وضع و یا استعمال نموده است ، بعضی وجود چنین معانی را منکر شده اند ، مقصود آنان از این افکار این بوده که در شرع اسلام ماهیتهای جدید وضع نگشته اند بلکه الفاظ بهمان معانی اصلیه لغویه استعمال شده و شارع در این استعمال فقط بعضی شروط و قیود در مرحله صحت و تعلق حکم به آنها افزوده است و نتیجه چنین عقیده ای اینست که شارع احکام را نسبت به موضوعات ، وضع و یا شامل ساخته است ، اما جعل و اختراع بوسیله شارع صورت نگرفته است .

چنین امری مانند اینست که سلاطین در عزل و نصب حکام و قضات و یاد تعیین مشاغل و مناصب و یاد اعطای مالیت و اعتبار برای سکه ها و یا در سلب مالیت و اعتبار از آنها معمول میدارند و این ترتیب در عرف مردم و عمل اشخاص نیز معمول و مرسوم است . تصرف شارع در سلب مالیت از مسکرات و از بعضی حیوانات و همچنین در اینکه امری را جزء عبادت قرار داده است از این قبیل میباشد چنانچه فرضاً لفظ صلوة در عرف مردم و لغت بمعنی انعطاف و توجه است و این عطف و توجه هرگاه از ناحیه خداوند نسبت به مردم باشد برحمت و مغفرت موسوم و هرگاه از جانب عابد بخداوند باشد بلفظ تذلل و دعا نامیده میشود .

۲ - بطلان قاعده استصحاب ص ۱۰۴ و بعد ، و آن ترجمه از کتاب

« مقالات الغریبه » میرزا صادق تبریزی است .

بنابراین نامیدن نماز و ادعیه مخصوصه در شرع اسلام به لفظ صلوة از جهت قیام انسانی در مقام تذلل و خضوع در مقابل خداوند است . تصرف شارع در این خصوص از اینست که برای این لفظ عنوانی در جهت مخصوص عطا فرموده و از اقسام عبادات شمرده است . همچنین الفاظ صوم و حج و امثال آن بهمین ترتیب مقرر گشته است . عنوانی که در شرع برای عبادات عطا شده مخالفتی با معانی لغویه و عرفیه نداشته است . از این جهت بدیهی است مقصود از جعل و وضع شرعی در این امور نه اینست که اختراع ذات و ماهیت جدید شده باشد بلکه مقصود این بوده که امری را فردی از افراد ماهیت عرفیه قرار دهند . از این جهت وضع و جعل جدید در این مرحله معقول نیست . اینکه بعضی از دانشمندان جعل و اختراع ذات را اساساً منکر شده اند ناشی از این بوده است که تصور نموده اند مقصود از آن اختراع ذات است در صورتیکه معنی جعل و وضع در ذات عبارت از اعطای عنوان به ماهیتی است که قبلاً بچنین عنوان اوصاف نداشته است مانند اعطای مالیت و اعتبار بچیزی که قبلاً مالیت نداشته است و اعطای عنوان عبادت بچیزی که قبلاً خارج از عبادت بوده و یا عنوان صلوة و نماز بچیزی که قبلاً شامل صلوة نمیشده است .

بدیهی است ماهیتهائی که در شرع اسلام وضع شده از قبیل افرادی برای ماهیتهای عرفیه نفس الامریه میباشند و برای امور عرفیه نفس الامریه نیز الفاظی در لغت وضع شده و این الفاظ نیز بحسب لغت عبارت از حقیقت میباشند و در استعمال شارع نیز نسبت باین لغات هیچگونه مجازی و یا هیچگونه حقیقت جدید تعلق نیافته است و معنی اصلی در همه آنها محفوظ است .

اختلاف در این معانی بحسب اسباب و اوقات و اشخاص و احوال راجع بر مرحله طلب است و همه آنها از قیود هیئت و ادات نسبت هستند . «



## ۲ - تصرف شارع در احکام عرفی

«... چنانچه در محل خود توضیح دادیم معنی صحت و فساد در معاملات نسبت به عبادات یکسان است و وضع لغوی نیز در همه عبادات محفوظ می باشد و از این جهت عبادات با معاملات تفاوتی ندارند. اما در احکام عباداتی خصوصیتی است که در احکام دیگر وجود ندارد و آن اینست که گرچه نسبت به معانی اصلی لغات، جعلی و وضعی در شرع تعلق نیافته است ولی وضع در این امور از نسبت معمول بموضوع صورت گرفته است؛ چنانچه لفظ صلوة که معنی لغوی آن عبارت از عطف و توجه و دعا است به تنهایی موضوع حکم شرعی قرار نگرفته بلکه دعا و عطفی است که از شرائط و اجزای مخصوصه ترکیب یافته است و مقصود از جعل و اختراع در عبادات همین است اما در معاملات مقصود از وضع و جعل غیر از آن می باشد.

برای توجه در این تفاوت باید توضیحی دهیم، اساساً جعل و اختراع در ماهیت را سه قسم می توان تصور نمود:

یکم: اختراع ذات.

دوم: تعلق دادن عنوان جدید به ماهیتی است که باختراع فردی از افراد آن

منتهی شود.

سوم: تصرف راجع بموضوع حکم.

قسم اول محال است. <sup>۱</sup> قسم دوم و سوم در بعضی عبادات می باشد. اما هیچکدام

۱ - دکتر جعفری لنگرودی در «ترمیمولوژی حقوق» در باره ماهیت می نویسد: «این اصطلاح که از افزودن (ت) و تشدید یا به آخر جمله «ماهیه» بمعنی «چیست آن» فراهم آمده است در فارسی بآن گوهر (و در معرب آن جوهر) گفته میشود از نظر فلسفی عبارت است از محمول بلا واسطه بر چیزی که تمام نمای آن باشد. چنانکه گفته اند «ماهیه الشیه تمام ما یحمل علی الشیه حمل مواطاة من غیران یکون تابداً لمحمول آخر». ←

از این سه نوع تصرفات در شرع اسلام نسبت باحکام معاملات صورت نگرفته است . چنانچه فرضاً در ذات بیع هیچگونه وضع و اختراعی در شرع بعمل نیامده و چیزی را که قبلاً مشمول عنوان بیع نبوده در جزو آن قرار نداده اند ، همچنین اجزائی نیز برای بیع مخصوص جعل نکرده اند و از این عنوان چیزی را بموضوع حکم تبعدی شرعی شامل نساخته اند بلکه برای بیع و عقد آن احکام عرفیه نفس الامریه ای است که از جانب شارع منکشف شده است و تعلق این احکام برای ماهیات و ذوات مشروط بشروطی گشته است .

مقصود از بیع در عرف مردم عبارت از تمليك است و چنین امر در شرع اسلام تبعدی نیست بلکه حکم آن بنفسه ثابت می باشد و شارع آن را مستقر ساخته یعنی از تأثیر آن نکاسته و منع نفرموده است .

احکام عرفیه در معاملات تماماً از جانب شارع نفیاً و منعاً قابل تصرف هستند نه اثباتاً زیرا این احکام بنفسه بدون اینکه از ناحیه کسی جعل شوند بموضوعات خودشان ثابت هستند .

← این تعریف که خلاصه آن در بالا گفته شد با وجود درستی ابهام دارد یادست کم برای کسیکه سالها فلسفه نخوانده باشد دشوار است . فرق ماهیت با حقیقت آن است که در ماهیت ، لحاظ هستی و نیستی نمی شود ولی حقیقت ، بامور موجود اطلاق میشود چنانکه پیش از پدید آمدن هواپیما یا بیمه استعمال حقیقت بیمه یا حقیقت هواپیما درست نیست ولی استعمال ماهیت هواپیما یا بیمه درست است . تعریف ماهیت در فلسفه از دشوارترین مباحث است بطوریکه با ذکر يك یا چند تعریف برای نا آشنای بفلسفه درك آن دشوار است مانند این تعریف

*Essence d'un Genre , ensemble des Propriétés*

یعنی گوهر يك نوع ، مجموع مختصات و مشخصاتی است که او را متمایز از نوع دیگر می کند .

چیزی را که شارع منع نموده از حکم خود جدا و منسلخ شده است و آنچه که منع نگشته است از حیث تاثیر بحالت خود باقی مانده است و معنی قول خداوند باینکه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» و همچنین معنی امضا و تنفیذ عبارت از همین است، بعبارة اُخری احکام معاملاتی در شرع تماماً از احکام عرفیه نفس الامریه می باشد نه احکام تعبدی ولی تعلق و ترتب این احکام بموضوعات خودشان منوط بوجود شرائط و فقدان موانع است و شروط معاملات تماماً از قیود نسبت هستند و لو راجع به قضیه و معانی نفس الامریه باشند و با قضیه معقوله و قضیه نفس الامریه منطبق گردند.

بنا بر این منشأ صحت و بطلان در معاملات و عبادات یکسان است و آن عبارت از اجتماع شرائط و قیود در نسبت و یا اختلاف در این قیود است اما در عبادات حکم تعبدی و تکلیفی است و در معاملات حکم عرفی و وضعی می باشد<sup>۱</sup>.

اینجا توضیحات میرزا صادق تبریزی پایان رسید، این فقیه بزرگ در کتاب «مقالات الغریبه» صریحاً می گوید: «عرف مردم از احتیاجات آنسان پدید می آید نه از اطلاعات آنان به وضع»<sup>۱</sup> بهر صورت این فقیه بزرگ، واقعیتها و اتفاقات و عرف و رسوم دیرینه مردم و نیاز مندیهای آنان را لحاظ کرده و حقایق را از آن میان استخراج نموده است، وی برخلاف عده ای بی بحث از مفاهیم ذهنی نپرداخته است.

\* \* \*

گفتگو و بحث در دو منبع از حقوق اسلامی، کتاب و سنت تا آنجا که این کتاب مجال داشت، پایان رسید، این دو منبع را ریشه ها و مبانی ثابت و یا «اصل الاصول» نامند و منابع دیگر را ریشه های فرعی و تبعی گویند.

۱- بطلاق قاعده استصحاب، ص ۱۰۴ تا ۱۰۸ و مبانی حقوق جلد دوم ص ۱۳۸

تا ۲۳۲ مشروحاً نظریه میرزا صادق تبریزی بیان گردیده است.

۱- مبانی حقوق جلد دوم ص ۲۰۷



بطور خلاصه باید گفت چه در کتاب و سنت و چه در منابع دیگر که ذاتاً از کتاب و سنت خاصیت تحرك بیشتری دارند ، اساساً حقوق اسلامی يك نظام قابل تحول و ترقی بوده و همچون انسان زنده که نشؤ و ارتقاء دارد ، این نظام حقوقی نیز زنده است و در مسیر تکامل با سیر ترقیات بشری همگام است ، و همین سر بقا و دوام و جاودانی بودن این نظام حقوقی است .



## مبحث سوم :

## اجماع

## ۱- مقدمه و اصل شوری

پیش از آنکه وارد دراصل مطلب یعنی اجماع از نظر حقوق اسلامی شویم ناگزیریم مطالبی را بعنوان مقدمه یاد کنیم ، در اسلام اصلی است که بصراحت در دو آیه بصورت دستور بیان گردیده :

۱- آیه ۳۶ از سوره شوری «وامرهم شورى بینهم»

۲- آیه ۱۵۳ از سوره آل عمران «وشاورهم فی الامر فاذا عزمتم فتوکل علی الله»  
 وعلاوه يك سوره از قرآن بنام شوری نامیده شده است ، اصل شوری در امور عامه اجتماعی و حکومت امروز مورد قبول همه ملل متمدن است ، پیغمبر نیز روز قبل از جنگ اُحُد جلسه مشاوره نظامی تشکیل داده بود ، دو نظر از طرف کسانی که در مجلس شور حاضر بودند ابراز شد یکی اینکه مسلمانان ، مدینه را برای استقبال از دشمن ترك نمایند و یا اینکه مدینه را سنگر قرار داده منتظر حمله دشمن بمانند ؛ نظر شخص پیغمبر این بود که در مدینه بمانند زیرا در آنصورت مسلمانان ، هم برای عقیده خواهند جنگید وهم برای حفظ ناموس و خانواده و شهر و ثروت خویش ، بهر حال

مخالفت آغاز شد و رأی گرفتند و پیغمبر در اقلیت ماند ولی تن به حکم اکثریت داد ، و قضایای بعدی نظر پیغمبر را تأیید کرد زیرا مسلمانان شکست خوردند و باز گشتند آیه ۱۵۳ از سوره آل عمران بهیچوجه مخالفان پیغمبر را سرزنش نمی کند بلکه امر به مشورت مینماید عمر نیز برای رعایت همین اصل ، انتخاب جانشین را به شوری وا گذاشت و عثمان بدینگونه انتخاب گردید ، علی رَضِيَ اللهُ عَنْهُ نیز با «اخذ آراء عمومی» یا با اصطلاح آن زمان «بیعت عام» روی کار آمد و اقلیتی را که بوی رأی ندادند ، آزاد گذاشت<sup>۱</sup> .

حضرت علی هم مخالفتش با اجرای سقیفه بنی ساعده بدینصورت بود که وی باشکل انتخابات که بصورت بیعت عام نبود ، مخالف بود والا آنحضرت بهیچوجه با اصل شوری مخالفت نکرد و شرکت در انتخابات بعدی که به زمامداری وی منتهی گردید دلیل صحه گذاشتن آنحضرت به اصل شوری در حکومت است .

بعلاوه حضرت در زمان زمامداریش در نامه‌های که به معاویه می نویسد میفرماید «انتهُ با یعنی القوم الذین بايعوا ابا بكر وعمر و عثمان على ما بايعوهم فلم يكن للشاهد ان يختار ولا للغائب ان يرد وانما الشورى للمهاجرين والانصار فان اجتمعوا على رجل وسموه اماماً كان ذلك لله رضى فان خرج من امرهم بطعن او بدعة ردوه الى ما خرج منه فان ابى فاتلوه على اتباعه فى سبيل المؤمنين» .

یعنی «آن گروهی که با ابوبکر و عمر و عثمان بیعت کردند با من نیز بیعت کردند و کسی نبود که آنرا قبول نکند همانا شوری برای مهاجران و انصار است که

۱- اسلام شناسی دکتر شریعتی ص ۳۹ و همچنین مقدمه ابن خلدون تألیف عبدالرحمن بن خلدون ترجمه محمد پروین گنابادی جلد اول چاپ بنگاه ترجمه و نشر کتاب سال ۱۳۳۶ ص ۱۴ - درمسأله اجماع و تعیین «عشره مبشره» و پیمان بستن با آنها از جانب عمر برای برگزیدن خلیفه بعدی و از میان آورده تن یکی نیز حضرت علی علیه السلام بود.



هرگاه اتفاق و اجماع کنند بر اینکه کسی را به پیشوائی برگزینند همانا خوشنودی خدا نیز در آن خواهد بود ... « بعلاوه حضرت علی عَلَيْهِ السَّلَامُ با خلفای راشدین همکاری صمیمانه میکرد ، و بعدها هم می بینیم در قیام زید بن علی بن الحسین چهل هزار نفر با او بیعت کردند و او را بغلافت انتخاب نمودند ، تاوی دست بکار قیام زد یادر داستان عاشورا نیز همین بیعت را توسط نامه ها که برای حضرت حسین فرستادند و با فرستاده او مسلم بن عقیل نیز بیعت کردند تا آنحضرت دست بکار قیام خونین زد و غیره و غیره و در باره حدیث غدیر خم «مَنْ كُنْتُ مَوْلَاهُ فَهَذَا عَلِيٌّ مَوْلَاهُ» با توجه به کلمه دوپهلوی مولی بجای خلیفه نشان میدهد که پیامبر اسلام خود نمی خواست برخلاف نص «اصل شوری» در قرآن عملی انجام داده باشد .

واز طرفی چون خواست قلبی وی این بود که پس از خود علی را بجانشینی برگزیند پس این جمله را توجیهی جز توصیه چیز دیگری نیست یعنی ای مردم علی را انتخاب کنید ، نهایتاً مخالفت شیعه باید از این باب باشد که انتخابات در سقیفه درست و بصحت انجام نگرفته است ، نه اینکه جانشینی پیامبر را بصورت امری ارثی و انتصابی از طرف زمامدار و پیشوای قبلی در آورند و یا آنرا ناشی از اراده پروردگار بدانند ، همانگونه که بعضی چنین پنداشته اند و مادر فصول آینده در این باره بیشتر بحث خواهیم کرد .

در خطبه شقشقیه هم با اینکه بعضی آنرا منسوب بامام میدانند و یادست کم ، صورت حاضر آنرا با اصل متفاوت می دانند ، معذک امام به صلحت اسلام در مورد سکوت خویش اشاره مینماید و صبر خویش را بمدت بیست و پنج سال دو ران خلافت ابوبکر و عمر و عثمان توجیه می کند .

## ۲- تعریف اجماع از نظر حقوقدانان عامه

(اهل سنت و جماعت) ۱

علمای عامه اجماع اهل حل و عقد یعنی مجتهدان را برام-ری از امور دینی حجت می دانند ، امام فخر رازی اجماع را چنین تعریف کرده است : «اجماع عبارتست از اینکه اهل حل و عقد از امت اسلام برامری از امور اتفاق کنند»<sup>۲</sup> و غزالی گفته است: «اجماع عبارتست از اینکه این امت برامری از امور دینی اتفاق کنند»<sup>۳</sup>

منشأ پیدایش این منبع حقوقی چند آیه از قرآن و احادیث بسیاری از پیامبر اکرم است .

۱- خداوند در قرآن میفرماید : «وَكذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ» «یعنی شمارا امت وسط قرار دادیم تا نسبت ب مردم گواه باشید» و وسط حالت اعتدال است هر که راهم که خدا عادل گرداند از خطا مصون خواهد بود ، بعقیده شیعه این آیه از متشابهاست و مراد از امت ائمه علیهم السلام هستند .

۲- آیه دیگر : «فَأَن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ رُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالْيَاسِرِ الرَّسُولِ» یعنی «هرگاه در امری بمنازعه و اختلاف پرداختید بحکم خدا و رسول مراجعه نمائید» مفهوم مخالف این آیه آنستکه هرگاه در امری اتفاق حاصل شد مراجعه به حکم خدا و رسول بی مورد است .

۳- حدیث نبوی «لا یجتمع أمتی علی الخطأ» یعنی امت من هرگز تماماً مرتکب یک اشتباه نخواهند شد ، و حدیث نبوی دیگر «لم یکن الله لیجمع أمتی علی الخطأ» یعنی خداوند امت من را جهت ارتکاب خطا در یکجا جمع نمی سازد . و همچنین حضرت میفرماید: «کونوا مع الجماعة» باجماعت همراه باشید و نیز میفرماید : «یدالله مع الجماعة»

۱- به مذهب تسنن هم که «اهل سنت و جماعت» میگویند از این نظر است که اجماع در میان این دسته از حقوقدانان حجیتی خاص دارد .

۲ و ۳- تقریرات اصول استاد محمود شهابی ص ۱۱۴



یاری خداوند همراه جماعت است .

همچنین حضرت رضا علیه السلام در مورد اختلاف علما و پیروی از اکثریت استدلال فرمود «فان المجمع علیه لاریب فیه» .

۴- روایات زیادی حکایت دارد که در هر عصر و زمان باید امام معصوم وجود داشته باشد حدیث نبوی : «لا يزال طائفة من أمتي على الحق حتى يقوم الساعة» یعنی از امت من تا روز قیامت يك طائفة برحق استوار خواهد بود . از این آیات و روایات چنین مستفاد میشود که چون مسائل تازه ای که سابقه ای برایش نیست پدید می آید و کتاب و سنت بطور تفصیل جوابگوی آن مسائل نخواهد بود ، در اینگونه رویدادها اگر حقوقدانان اتفاق داشتند حکم متفق علیه حکم شرع خواهد بود .

۵- صریح آیه ۱۱۵ از سوره نساء «وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا» یعنی «کسیکه رسول خدا را زحمت و مشقت دهد پس از آنکه از برایش هدایت ظاهر گردید و پیروی کند غیر راه گرویدگان را ، بازמידاریمش با آنچه دوست میدارد و در جهنم می اندازیمش که بدبازگشتنی است» .

ملاحظه میشود که در این آیه تغلف از طریقه ای که مؤمنین اتخاذ کرده اند حرام و مستلزم عقوبت شناخته شده است ، پس اگر امت اسلام طریقی را در پیش گرفت و بر آن اتفاق کرد و آن راه ، راه صحیح خواهد بود و آن اجماع حجت است ، و این اجماع همانست که خلیفه دوم عمر در ابتدای امر بعنوان اتفاق اکثریت صحابه بر خلافت خود قرارداد و بدینگونه فقهای عامه آنرا اصلی از اصول حقوقی قراردادند ، و محققان از عامه و خاصه به حجت بودن اجماع اقرار و اعتراف کرده اند النهایه راه این دودسته باهم مخالف است علمای عامه (اهل تسنن) به حجیت اجماع بخودی خود عقیده دارند اما علمای خاصه (شیعه) حجیت اجماع را از این راه میدانند که کاشف از رأی معصوم است ، نه اینکه خود اجماع حجت است .



## ۲ - تعریف اجماع از نظر حقوقدانان شیعه

حقوقدانان شیعه از اجماع تعاریف متعدد کرده اند از جمله: « اجماع عبارتست از اتفاق گروهی از امت بطوریکه کاشف از رأی معصوم باشد و یا گفتار معصوم را شامل باشد »<sup>۱</sup>.

و عده‌ای گفته‌اند: « اجماع عبارت است از اتفاق قاطبه فقهای امامیه یک عصر در مسئله‌ای از مسائل دینی »<sup>۲</sup>.

موافق تعریف فوق: اولاً اتفاق باید بطور کامل و بمعنی واقعی کلمه حاصل شده باشد یعنی اتفاق نظر مجتهدان اسلامی در یک عصر بر یک مسأله فقهی. ثانیاً باید مطابق تعریف دوم اتفاق نظر از جانب حقوقدانان امامیه (شیعه) باشد پس اتفاق فقهای سایر فرق اسلام ملاک حجیت نخواهد بود همانطور که مخالفت آنان نیز اجماع ما را بهم نمی‌زند.

ثالثاً اتفاق نظر مجتهدان در امری همینکه حاصل شد مخالفت فقهای اعصار بعد نمی‌تواند آنرا از اعتبار بیندازد.

رابعاً مسأله مورد اتفاق باید از مسائل دینی باشد پس اجماع در مسائل عقلی یا لغوی و ادبی و غیره مشمول این تعریف نیست.

پس بدیهی است که اجماع بخودی خود در مذاهب شیعه حجیت نیست؛ بلکه حجیت بودنش از اینجهت است که رای معصوم را دربر داشته یا کاشف از آن باشد.

### ۴- مسأله عصمت

شیعیان به «اصل عصمت» پیامبران و ائمه (اثنی عشر) اعتقاد دارند، و آنان

۱- تقریرات اصول استاد محمود شهابی ص ۱۱۴

۲- صاحب معالم اجماع را چنین تعریف کرده: «هو اتفاق من يعتبر قوله

من الامه فی الفتاوی الشرعیه علی امر من الامور الدینیة» معالم ص ۱۶۴

رامصون از هرگونه خطامیدانند و معتقدند که این گروه برگزیدهٔ خدا، پاك و بی گناه و روئین و نفوز ناپذیر در مقابل وسوسه های شیطان و خواهشهای نفس میباشد، از علمای اهل تسنن نیز افرادی فقط به عصمت پیامبران اعتقاد دارند نه ائمه و خلفای راشدین، شیخ محمد عبده در داستان آدم و موضوع گناه وی گوید:

«اولا موضوع گناه و توبهٔ آدم مانند سایر مطالب این داستان از متشابهات است و ثانیاً می توانیم بگوئیم عصیان آدم پیش از نبوت بوده است ( والاتفاقاً انما هوَ عَلَى الْعِصْمَةِ بَعْدَ النَّبُوَّةِ )<sup>۱</sup> این گفتار یکی از علمای اهل تسنن بود، علامهٔ مجلسی در باب عصمت رسول اکرم در بحار این عبارت را از شیخ مفید نقل می کند که ترجمه آن اینست:

«پیغمبران و امامان بعد از آنها، در حال نبوت و امامتشان معصوم هستند و دنبال آن میفرماید اما پیغمبر اسلام و ائمهٔ بعد از آن بزرگوار از ترك واجب و مستحب پیش از نبوت و امامت و پس از آن سالم بودند... و راه درست این است که ما به کمال آن بزرگواران در علم و عصمت در هنگام نبوت و امامت تردید نکنیم...<sup>۲</sup> البته در این دو قول که یکی از علمای اهل تسنن و دیگری از علمای شیعی است اختلاف بسیار محدود و اندک جلوه می کند، اما متأسفانه بعضی از علمای اهل تسنن حتی گناهان کبیره و سَفَه را به پیامبران عظام نسبت داده اند و از این طرف برخی راه افراط پیموده و حتی از نسبت ترك اولی هم به مقام پیامبران خواسته اند جلوگیری کنند و آیاتی را که جز بر ترك اولی دلالتی ندارد تأویل نمایند<sup>۳</sup>. زیرا در روایات بسیاری آمده است که پیغمبر و امام دارای روحی است بنام روح القدس که او را از معصیت و خطا؛ حفظ و نگهداری می کند و آیات زیادی در قرآن هست که بهمین روح اشاره دارد؛ مانند آیه ۵۲ از سورهٔ شوری.

۲۹۱ - تفسیر نوین، محمد تقی شریعی مزینانی ص ۶۲

۳ - تفسیر نوین ص ۶۲



« و نیز وحی فرستادیم بتو روحی از امر خود ، نمی دانستی چیست کتساب و نه ایمان ولی آن را نوری گردانیدیم تا هدایت کنیم آنها که خواهیم از بندگان خود و همانا تو راهنمایی براه راست » ظاهر آیه دلالت دارد که خدا کلمه روحی که جنبه راهنمایی دارد به پیامبر القاء کرده است .

و همچنین آیه ۷۳ از سوره انبیاء و آیات دیگر نیز هست که از یاد آوری آن خودداری می کنیم .<sup>۱</sup> و اما آیاتی که در قرآن جنبه عتاب دارد مثل عتابی که بواسطه روی درهم کشیدن پیغمبر از فقیر نابینائی در قرآن آمده است ، علاوه بر اینکه نشانه صدق نبوت پیامبر است دلیل بر مقام قرب و کمال پیامبر نیز هست که خداوند می خواهد بنده برگزیده اش به اعلی ترین فضائل اخلاقی آراسته گردد .

( اَدْبَنی رَبِّی فَاَحْسَنَ تَأْدِیْبِی ) .

### ۵ - حجیت اجماع از نظر حقوقدانان شیعی

حقوقدانان شیعی می گویند همانگونه که رأی يك فرد به تنهایی دارای اعتبار نیست ، رأی جماعتی که از تك تك آراء این افراد تشکیل یافته نیز دارای اعتبار نمی باشد ، بویژه که اجماع آراء و فتاوی گوناگون مشورتشان با هم شرط تحقق اجماع نیست بلکه حقیقت اجماع گردآوری مجموعه نظریات متفرق است از نقاط مختلفه ممالک اسلامی ، از طرفی حجیت دانستن اجماع مانند اینست که بگروهی حق تشریح و وضع قانون داده شود ، در حالیکه این حق مختص شارع است و واگذاری آن بدیگران مخالف ضروریات دین است ، و همچنین اعتقاد به دلیل بودن اجماع مثل این است که خداوند در اداره جهان و تنظیم و تربیت آن منتظر نتیجه اجماع باشد تا اگر دانشمندان عصری امری را واجب دانستند خداوند نیز آنها را تبیع واجب

۱ - جلد نهم ترجمه تفسیر المیزان علامه محمد حسین طباطبائی

ص ۱۲۵ گفتاری پیرامون معنی « عصمت »



گرداند و الاحرام<sup>۲</sup>، و این ازمقام و شأن خداوند دور است .

محقق حلی در کتاب *المعتبر* میگوید<sup>۱</sup> « بعقیده ما اجماع حجت است ولی بشرط اینکه منضم بقول معصوم باشد - بنابر این اگر صدها نفر از فقهای ما در امری اژامور اجماع نمایند و آن اجماع از قول معصوم خالی باشد چنین اجماعی حجت نمی شود 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<sup>۲</sup> »

پس با این قول اجماع در میان شیعه کلن لم یکن و چیزی است که در حقیقت وجود خارجی ندارد .

حقیقت امر آنستکه از آنجا که اجماع در نظر اهل تسنن اتفاق اکثریت صحابه بر خلافت ابوبکر بود و فقهای عامه آنرا اصلی از اصول فقهی در آوردند که پیش از این نیز ذکر شد ، فقهای شیعه اگر بالصراحه حجیت اجماع را منکر میشدند با اصول مذهبی اهل سنت و مسأله خلافت که پایه اش بر اجماع امت بود اصطلاحاً داشت لذا بالصراحه این کار را نکردند بلکه آنرا جزء ادله شرعیه بشمار آوردند البته بشرطی که کاشف از رأی معصوم باشد . و معلوم است با این بیان خواستند بی اساس بودن آنرا آشکار نمایند زیرا قول يك كودك نابالغ هم اگر کاشف از رأی امام باشد حجت است و لزومی به اجماع حقوقدانان نخواهد بود .

و بالاخره بر فرض اینکه حجیت اجماع را بهر تقدیر قبول کنیم مشکلات دیگری در برابر ما وجود دارد ، و آن اینست که آیا تحقق اجماع ممکن است ؟ یعنی امکان

۱- محقق حلی (شیخ جعفر نجم الدین ابوالقاسم) در سال ۶۰۲ هجری قمری در شهر حله متولد شد و در ۶۷۶ در همان شهر وفات یافت از کتابهای او *شرایع الاسلام* مدارج الاصول و المعتبر است .

۲- اصول فقه محمد رشاد ص ۲۲۰

دارد؟ زیرا در زمان های پیش تحصیل چنین اطلاعی بواسطه ابتدائی بودن وسائل ارتباطی و در زمان حال نیز که وسائل ارتباطی سریع وجود دارد باز بواسطه کثرت تعداد فقیهان که در اطراف پراکنده اند چنین اطلاعی غیر ممکن است زیرا آمارگیری برای تحصیل اجماع هیچگاه نشده و نخواهد شد، معمولاً اجماع را از مطالعه کتب فقها بدست می آورده اند، آنهم کتبی که در دسترس باشد یعنی همینقدر که درده یا بیست کتاب فقهی نظری را دیدند که متفق علیه است ادعای اجماع در آن باره میکنند و حال آنکه بسیاری از فقها اهل قلم و کتابت نبوده اند و نیستند و یا اگر کتابی نوشته اند آن کتاب در حوادثی از میان رفته است و یا در گوشه کتابخانه شخصی دفن گردیده است، از طرفی مشکل دیگری که در تحقق اجماع وجود دارد آنستکه از چه تاریخی و تا چه تاریخی عصری که اجماع در آن تحقق می یابد به پایان میرسد؟ آیا می توان ابتدا و انتهای آنرا بطور دقیق تعیین کرد؟ می بینیم که مسأله اجماع به بن بست میرسد.

### ۶ - کشفیت اجماع

اهل سنت کشفیت اجماع را از رأی معصوم شرط نمی دانند و برای حجیت اجماع فقط از قرآن و سنت دلیل می آورند و نیازی به کشف بودن از رأی معصوم نمی بینند.

شیعه برای حجیت اجماع از قرآن و سنت دلیل نمی آورد زیرا بر می خورد به مسأله خلافت، شیعه ازینرو به کشف بودن از رأی معصوم متوسل میگردد اما اهل سنت کشفیت را شرط ندانسته اند و لذا نیاز به دلیل از کتاب و سنت خواهند داشت.

ولی حقوقدانان شیعه برای این کشفیت راههایی ابداع کرده اند که در زیر به نقل آنها می پردازیم.



۱ - اجماع حسی : علمای امامیه و مخصوصاً قدامای از آنان عقیده دارند که از آنجا که « هیچ عصری از وجود معصومی خالی نیست » و چون کلیه فقها ؛ که مسلم در میانشان باید فردی ناشناس و مجهول النسب باشد بر امری اتفاق کنند ، حکم مورد اجماع مصون از لغزش و خطا است ، زیرا شخص معصوم ( مجهول النسب ) مسلم در میانشان خواهد بود ، و اگر اجماعی از اشخاصی معلوم النسب و شناخته شده تحصیل گردد آن اجماع حجت نخواهد بود این اجماع را که از طریق حس بدان قطع حاصل خواهد شد اجماع دخولی نیز گویند .

۲ - اجماع لطفی : شیخ طوسی عقیده دارد حکم متفق<sup>۱</sup> علیه حکم خدائی است و اگر اینطور نباشد یعنی نظر علما مخالف شرع الهی و آسمانی باشد بر حکیم لطیف ( خداوند مهربان ) لازم است که بوسیله نماینده خود یعنی امام<sup>۲</sup> آن اتفاق نظر را برهم زند و باصطلاح خرق اجماع کند و آنچه حکم الهی است به مردم ابلاغ نماید . زیرا خداوند حافظ و نگاهبان احکام خود می باشد .

۳ - اجماع کشفی : آنست که بمحض وقوع اتفاق نظر در یک مسأله فقهی کشف میشود که آن نظر از امام علیه السلام گرفته شده ولی مخالفان این اجماع گفته اند که این استدلال در زمان حضور امام درست است نه در زمان غیبت .

۴ - اجماع حدسی : عقیده اکثر از متأخرین اینست که چون شیوه و روش خردمندان اینست که در هیچ امری بنحو یاوه و گزافه چیزی نمی گویند و نظری نمی دهند بلکه همواره کوشش می کنند تا حکم خود را مستند به گفتار ائمه دین و اصول متخذ از قرآن نمایند بخصوص که فقیهان مردمی زهد پیشه و اهل صدق و صفا هستند پس قطع خواهد شد که آنها مدرک و مستند مسلمی برای اظهار نظر خود

۱ - واضح است که اگر امام شناخته شود وجود اجماع بی اثر خواهد بود زیرا قول امام همه جا منوط اعتبار است .

۲ - یعنی امام زمان ولی عصر علیه السلام .



داشته اند که ما بدان مدرک و مستند واقف نگردیده ایم ولی می توانیم به خود همین اتفاق نظر آنان متکی باشیم و بر وفق آن رفتار نمائیم و از راه حدس که از یقینیات ششگانه و از مقدمات برهان منطقی است بوجود اجماع یقین حاصل نمائیم .

\* \* \*

ملاحظه می شود که آراء چهارگانه در مورد حجت بودن اجماع بتدریج مترقی شده بطوریکه اگر بهمین طریق باز هم آراء دیگری پیش آید شاید روزی علمای حقوق شیعه نظری هماهنگ با حقوقدانان اهل تسنن پیدا نمایند .

## ۷ - اقسام اجماع

اجماع بر دو قسم است :

۱ - اجماع محصل : اجماعی است که شخص آنرا از راه استقراء آراء مجتهدان از اقوال و نوشته های آنان شخصاً و بدون واسطه تحصیل نماید ، برای این کار از علم آمار می توان کمک 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 او نقل نمائیم آنرا اجماع منقول گویند پس این اجماع نسبت بکسی که خود استقراء کرده و بدست آورده اجماع محصل و نسبت بکسی که از وی نقل قول می کند اجماع منقول نام دارد .

از نظر دیگر اجماع را به دو قسم تقسیم کرده اند .

۱ - اجماع بسیط : هرگاه در یک مسأله فقیهان يك عصر قول واحدی داشته باشند ، آنرا اجماع بسیط گویند .

۲ - اجماع مرکب : هرگاه فقیهان در یک مسأله در اعصار مختلف دو یا چند نظر ابراز دارند بطور ضمنی اتفاق بر نفی اقوال بعدی کرده اند و این اتفاق بر نفی

اقوال بعدی را اجماع مرکب نامند یعنی اجماعی است که از دسته‌های مختلف و مخالف تحصیل شده است .

### ۸ - نظریه آیه‌الله میرزا صادق تبریزی درباره اجماع

مرحوم میرزا صادق تبریزی در کتاب مقالات الغریبه می‌نویسد :  
 « مطلب اجماع هر گاه عبارت از اتفاق همه امت باشد معصوم نیز بدلالات  
 تضمنی جزء امت بشمار خواهد رفت و داخل در سنت خواهد بود زیرا وقتی قول  
 امام از قول امت جدا و متمایز باشد موجب نخواهد داشت که اجماع و  
 اتفاق جماعت بقول امام ضمیمه شود و اگر از قول امت جدا نباشد و در جمله  
 اشخاصی و افرادی بشمار رود که بحال آنان معرفت حاصل نیست و شناخته نمی‌شوند  
 يك فرض غیر واقعی خواهد بود و دلیل و حجت در این صورت قولی است که از مجموع  
 اقوال امت متمایز نگشته است و قول و فتوای کل بر اجزای بعضی آن دلالت نخواهد  
 داشت زیرا وجود کل از جزء آن مغایرت ندارد و یکی علت بردیگری بشمار نمی‌رود  
 و هیچ چیز نمی‌تواند بامدلول نفس خود مخالف باشد .

چنانچه ده شخص که زید در جزو آنان است بوجود زید دلالت ندارد و یاد و خبر  
 که یکی از معصوم و دیگری از غیر معصوم است یکی بردیگری دلالت نخواهد داشت  
 چه رسد باینکه هر دو معاً حجت و دلیل بشمار روند .

بنابر این وجود قول امام در ضمن مجموع امت در برابر سنت دلیل مستقل  
 بشمار نمی‌رود .

اما راجع باین که اتفاق جماعت و امت بحسب حدس و ضرورت از موافقت  
 رئیس جماعت حکایت نماید محل کلام است زیرا حدسیات از اقسام ضروریات میباشند

۱- مطلب ایشان بترجمه دکتر موسی جوان از کتاب بطلان قاعده استصحاب

ص ۱۳۴ به بعد نقل میشود .

و آنچه حدس و مکاشفه را موجب شود دلیل بر امری نخواهد بود و اتفاق رجال امت و جماعت با موافقت رأی و قول امام ملازمه ندارد مگر اینکه ثابت شود اتفاق جماعت در مورد حکمی است که دست بدست و یا خلفاً عن سلف از امام رسیده باشد و این احتمال نیز یکنوع حدس است و این امر ملازمه ندارد قول و فتوای جماعت با قول امام موافق باشد .

بنابراین اجماع بر طبق عقاید امامیه داخل در سنت و یا خارج از دلیل و حجت خواهد بود .

اما عقیده اهل جماعت و سنت راجع باینکه قول امت از خطا و اشتباه مصون است و یا افراد جماعت در ارتکاب خطا اتفاق نخواهند داشت دلیل مستقل بشمار می‌رود . «

## ۹ - خواست اکثریت یا اجماع در حقوق

### اروپائی و اسلامی

بدیهی است که «اجماع» در نظام حقوق اسلامی ، با آنچه در حقوق اروپائی به خواست مشترك انسانها و یا اکثریت مردم معروف است تفاوت دارد ، اجماعی که در فقه اسلامی مصطلح است « اجماع الائمة » یعنی توافق فقها و دانشمندان حقوق است ، اجماع ائمه از روی ادله و براهین ، النهایه این ادله چه قرآن و چه احادیث و چه استدلال عقلی و یا عرف و عادت هر چه باشد باید مستند آن معلوم نباشد و الا آن اجماع را اصطلاحاً اجماع نخواهند گفت زیرا در آن صورت مدرک و ملاک نظر در آن مسأله فقهی همان مستند خواهد بود نه اجماع ، و بر این اساس بسیاری اجماعات در واقع اجماع گفته نمی‌شود ، اگر در آنها معلوم شود که مأخذ اظهار نظر چیست . پس اجماع دانشمندان حقوق است نه مردم عادی ، و اگر همه مردم روی زمین بر رویه



غیر حق وهوی وهوس روند ، مطابق آیات قرآن<sup>۱</sup> که از پیروی غیر حق نبی می‌کند رویه مزبور هیچگونه حجیت نخواهد داشت و اساساً در مورد خواست قاطبه مردم یا اکثریت بحث است که آیا میل و نفرت اجتماع می‌تواند و یا صحیح است که برای همه افراد قانون کلی باشد؟ و آیا این با حق آن عده معدود از آورندگان بدعتهای مفید برای جامعه که در اقلیت قرار گرفته‌اند منافات نخواهد داشت؟

و بقول جان استوارت میل: «زور و فشار بر آزادی عقیده افراد وقتی بنا بر عقیده عموم باشد، به مراتب زیان‌آور تر از وقتی است که بر خلاف عقیده عموم باشد.»

اگر همه مردم جهان جزیک نفر یک عقیده می‌داشتند و فقط یک نفر عقیده مخالف می‌داشت همه مردم جهان به همان درجه حق نداشتند آن یک نفر را خاموش کنند که آن یک نفر اگر قدرت در دست او می‌افتاد حق نداشت همه مردم جهان را خاموش کند؟<sup>۲</sup> و خواست اکثریت از آنجا محترم است که هرگاه افراد بنا بر رضایت قلبی خود داخل اجتماعی شدند و پیمان بستند که هر چه اکثریت آن اجتماع تصویب کرد آنان نیز بدان گردن نهند از آنجا که به میل خود آزادانه در جمع آنها وارد شده است باید از نظر اکثریت تمکین نماید والا برخلاف عدالت نیست اگر اکثریت او را محکوم نماید و این نظر عده بسیاری از فیلسوفان است والا برخلاف قول ژان ژاک روسو که میگوید:

«اکثریت همیشه بر حق و اقلیت بر خطا میباشد»<sup>۳</sup> بساید گفت که این عقیده که در قرن هفدهم و بویژه در قرن هیجدهم عامل اصلی تکامل سیاسی ملل اروپائی بود امروز بالاخص در میان فیلسوفان انگلیسی چنددان طرفداری ندارد.

۱- آیات مربوط باین مطلب در قرآن فراوان است از جمله آیه ۳۲ از سوره

یونس و ۹ از الص و ۷۸ از الزخرف و ۳ از صوره و العصر .

۲- در آزادی جان استوارت میل ترجمه دکتر صناعی ص ۴۱ قطع جیبی

۳- حقوق اساسی دکتر قاسم زاده ص ۱۸

باری در نظام حقوق اسلامی نیز «اجماع الامه» که همان اتفاق در امور ما نوس و خوب که عقل سلیم مردم هم آنرا قبول داشته باشد؛ بوده است و بحکم اعتبار عرف و عادت در حقوق اسلامی معتبر خواهد بود چنانکه: «خُذُ الْعَفْوَ وَاْمُرْ بِالْعُرْفِ» فرمان به عرف میدهد که عبارت از «عادت تمام یا اکثر افراد یک مملکت است در گفتار یا رفتار معین»<sup>۲</sup>. و تصمیمات حقوقی «اجماع الامه» اگر مخالفت اساسی با شرع انور نداشته باشد و مورد 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 از پنج نفر از میان بیست نفر از علمای اعلام که مطلع از مقتضیات زمان باشند بالاتفاق یا بحکم قرعه در هر دوره تقنینی تعیین باید بشوند تا مواد عنوان شده را بررسی نمایند بر اساس این نظر بوده است، در این اصل برای ججج اسلام و مراجع تقلید حق و تو و مقام و مصونیت فوق نمایندگان مجلس و وزراء قائل شده است و اصول ۱۵ و ۱۸ و ۲۰، ۲۱ و ۳۹ و ۴۰ و ۵۸ متمم قانون اساسی همچنین شرع را حاکم و ناظر بر قوانین دانسته است<sup>۳</sup>.

و از این اصول قانون اساسی و متمم آن و آنچه نیز تا کنون یاد آور شده ایم فهمیده میشود که اسلام هرگونه نهروش بی بند و بارانه و هرگونه عرف و عادت را صحیح نمیداند و امضاء نمی کند و اگر در صدر اسلام بعضی از تأسیسات حقوقی و عرفهای معموله سابق را شرع اسلام بطور موقت امضاء نموده است، ولی برای جبران آن، صدها دستورالعمل و طرق عطف دهنده تشریح نموده تا بتدریج طی زمان و مرور ایام، آن رویه ناهنجار و غلط از میان برود (از قبیل برده گیری که ذکرش خواهد آمد).

۱- و آیه ۱۸۰ از سوره بقره و بسیاری از آیات دیگر که ارجاع به عرف و عادت شده است.

۲- مقدمه عمومی علم حقوق دکتر جعفری لنگرودی ص ۶۶

۳- رجوع شود به قانون اساسی و کتاب حقوق اساسی دکتر قاسم زاده.



سقراط میگوید «وقتی میخواهیم درباره چیزی تصمیم صحیحی بگیریم، شناسائی آن چیز باید در درجه اول اهمیت قرار گیرد نه شماره و عدد» خلاصه اینکه آیا قانون باید با مصلحت واقعی مردم منطبق باشد یا خواست عموم مردم؟  
 بنتام میگوید: «تأمین بزرگترین خوشی بزرگترین عده ممکن تنها میزانیست که در دست قانونگذار و مصلح اجتماعی هست و هر قانونی که خوشی عده زیادی را تأمین کند قانون خوب و عادلانه است و هر قانونی که از آن تنها عده کمی متمتع شوند بدوستمکرانه و مردود است» ولی معلوم نیست که منظور از خوشی چیست؟ آیا خوشی روحی و معنوی است که لذتی پایدار است یا خوشی بدنی و مادی، با توجه باین دو نظر یعنی نظر سقراط و بنتام معلوم میشود که سقراط نظر باین داشته است که قانون باید مطابق عقل بوده و در مانبخش انحرافات روحی و اجتماعی باشد، نه اینکه فقط بیشترین خوشی و لذت را برای افراد جلب نماید.

**جان لاک** برخلاف جان استوارت میل در باره خواست اکثریت میگوید:  
 «اگر نتوانیم تصمیم اکثریت را تصمیم همه اجتماع سیاسی محسوب داریم ناچاریم بگوئیم تصمیم اجتماع سیاسی بطور کلی تصمیم یکایک افراد است و باید به یاد داشت که در اجتماعی بسیار کوچکتر از اجتماع سیاسی همیشه برای یک یا چند فرد کاریابیاری پیش می آید که آنها را از حضور در انجمن مانع می شود و گذشته از آن همیشه در میان عده ای از افراد که با هم گرد آمده اند اختلافاتی در عقیده پیش می آید و بنا بر این اگر تصمیم اجتماع را منوط به اتفاق آنها در همه امور بدانیم اجتماع قبل از تشکیل شدن منحل شده است، مثلکی تو (Cato) که در آمدنش به تأخر فقط به قصد خارج شدن بود»<sup>۲</sup> بهر حال تمایل و خواست اکثریت با بالا رفتن سطح فرهنگ و دانش یک

۱- شجاعت «لاخس» بقلم افلاطون ترجمه دکتر کاویانی و دکتر لطفی

ص ۱۸، سقراط درباره بطلان اجماع و خواست اکثریت دلائل بسیار جالبی دارد و آنرا رد می کند.

۲- آزادی فرد و قدرت دولت ص ۲۱۳



اجتماع بستگی مستقیم دارد .

اسلام هم که تعلیم و تربیت را در راس بر نامه خود قرار داده ، جامعه را خود بخود بسوی روش خرد مندانه و انسانی سوق داده و میدهد .

تمایل و خواست اکثریت که دردنیای امروز علت پیشرفت کشورهای متمدن تلقی میشود ، خود معلول علت دیگری است و آن همانطور که ذکر شد ترقی رشد نسبی معارف و فرهنگ آن توده میباشد و اینکه همه مردم دروضع و تصویب قانون مثلا شرکت کنند تنها درمابخش دردی نخواهد بود .

اینجا شواهد زیادی است که موضوع را تا اندازه ای روشن می کند ، معروف است که درکشور سوئیس درچندین سال قبل ، موضوع شرکت زنان درامور اجتماعی و سیاسی (وزارت ، وکالت و غیره) درمیان خودشان بآراء عمومی مراجعه شد و زنان سوئیس خود ترجیح دادند که امور سیاسی را به مردان واگذارکنند !

برای اضافه دستمزد کارگران نیز درسوئیس بآراء عمومی مراجعه شد ولی کارگران خود باین استدلال که چون این اضافه دستمزد و حقوق باعث ورشکستگی کارفرمایان و تعطیل کارخانجات خواهد شد و مآلاً مضر بحال آنان و مصالح عالی مملکت است ، از اضافه دستمزد صرف نظر نمودند<sup>۱</sup> بدیهی است درکشور هایی که فرهنگ و دانش و آموزش و پرورش در سطح بلندی قرار دارد و مردم به سیستم دموکراتیک و بامعنی آزادی

۱- هر چند از نظر گاه 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 و سرانجام بیکاری کارگران امتیازاتی را که در نتیجه اضافه دستمزد بدست آورده اند فسخ و هدر مینماید و بدینسان طبقه مزدگیر در چهارچوب رژیم کاپیتالیست هرگز نمی تواند سطح زندگی خود را از یک حدمعین بالاتر ببرد . «قانون مفرغ دستمزد» رجوع شود به سوسیالیسم ژرژ بورژن و پیرریمبر ترجمه منصور مصلحی ص ۵۰ تا ۶۰

آشنائی دارند و با اصول دموکراسی<sup>۱</sup> خو کرده و عادت نموده‌اند .

این طرز فکر استبدادی ندارد و بسیار معمولی و عادی است و فقط در کشورهای کم توسعه یافته (عقب نگه داشته شده) این امر قدری بعید بنظر می‌رسد که طبقه‌ای اساساً خود را لایق حقی نداند ! و یا طبقه دیگر بواسطه پاره‌ای مصالح از آن صرف نظر کند ، در سویس و کشورهای نظیر آن فرد فرد مردم در سعادت و شقاوت مملکت خود را سهمیم و شریک میدانند و لذا عوام فریبی و ظاهر سازی و حقیقت پوشی نه خریدار دارد و نه رواج، بطور کلی اجتماع حد و قدر خود را می‌شناسد و از آزادی سوء استفاده‌های ناروا نمی‌کند و احساسات شخصی و هوسهای خصوصی خودشان را قانون کلی نمی‌پندارند و برای همه مردم الزام آور نمی‌دانند ، کشوری از پای در می‌آید که در آن کشور بگفته حکیم فردوسی طوسی «سخن‌ها به کردار بازی بود» بجای جدیت در کار ، کوشش برای رسیدن به مقام ، بجای توجه به منافع عمومی و ملی و کوشش برای حفظ و حراست آن ، جدیت برای دوشیدن مردم و بجای سیاست واقعی ، عوام فریبی و بجای تدبیر ، دروغ بکار برده شود .

ارسطو می‌گوید : «انسان حیوانی است سیاسی» منظور وی از این جمله اینست که انسان در صورتی انسان است که سرنوشت خود را با سرنوشت جامعه یکسان بداند و بحکومت قانون تن در دهد و آنگاه که خود را از جامعه جدا دانست دیگر اطلاق کلمه انسان بر او نمی‌توان کرد ، بلکه او یک حیوان بیش نیست ، و در آن حال دیگر شخصیتی نخواهد داشت ، زیرا سرنوشت خود را از سرنوشت همه و عیان خود جدا فرض کرده است .

بشری که بی شخصیت گردید همه امور زندگی خود را به دست تصادف و قضا و قدر رها می‌کند و خیال می‌کند اگر مثلاً فلان اتفاق روی نمیداد اوضاع او بصورت دیگری

۱-Démocratie- حکومتی که در آن جمیع مردم در امر حکومت دخیل

باشند و آنرا حکومت عامه نیز گویند .



درمی آمد، در اسلام همه مردم مسئول اعمال یکدیگرند، در حدیث نبوی است که: «همه شما به مثابه چوپان و گله دارید. و همه شما از گله خود مسئولید، پیشوا مسئول ملت، مرد مسئول خانواده، زن مسئول خانه، خادم و کارگر مسئول مال و کار است همه شما به مثابه چوپان و گله دارید و مسئول گله خود! مثل شخصی که بر حدود خدا قیام نموده و در آن واقع است مثل گروهی است که در یک کشتی وارد شوند، دسته‌ای بالای آنرا اشغال کرده و گروهی هم قسمت پائین آنرا بگیرند و کسانی که در قسمت پائین جای دارند همینکه آب برداشتنند به سر نشینان قسمت بالا گذار کنند و بگویند چه مانعی دارد که مادر طرف خودمان سوراخی بوجود آوریم و باشما سر نشینان کاری نداشته باشیم! ... اگر آنها را در برابر خواسته خودشان آزاد گذارند همه هلاک می‌شوند و اگر دستشان را بگیرند همه نجات پیدا می‌کنند».

پس سیستم خواست اکثریت وقتی برومیوه نیکو خواهد داد که فرهنگ و معارف دینی آن کشور توسعه یافته باشد و مردم پی به مسئولیت‌های اجتماعی خود برده باشند.

باران که در لطافت طبعش خلاف نیست در باغ لاله روید و در شوره زار خس و بقول استوارت میل: «درامور اجتماعی، افراد باید مختار باشند؛ تا استعداد خود را بتوانند بروز بدهند اما در هیئت اجتماعی فشار و تضییقی که از ملاحظه و رعایت افکار عامه بر آزادگان وارد می‌آید، غالباً سخت تر از استبداد حکومت است راست است که عامه از خود رأی ندارند و تابع افکاری هستند که مر بیان وقائدان بایشان القاء می‌کنند ولیکن درد اینجاست که عامه غالباً کسانی را بر هبری اختیار می‌کنند که در عالم انسانیت چندان از خودشان برتر نیستند با اینحال افکاری در میان ایشان



غلبه می‌کند که احساسات لطیف اهل دل را خفه می‌سازد و مانع بروز و ظهور آنها می‌شود و ترقی عالم انسانیت متوقف و بطئی می‌گردد<sup>۱</sup>.

در خاتمه این بخش بی‌مناسبت نیست که برای تکمیل مطالب گذشته باظهار نظر پرفسور گونار میردال عالم اقتصادی بزرگ سوئدی به پردازیم وی می‌گوید: «در کشورهای پیشرفته حیل‌ها و تقلبات مختلف امکان داده است که تا مراحل پیشرفته‌ای از جریان توسعه حق رای سیاسی واقعی بطبقاتی محدود شود که دارای سطح درآمد بالائی هستند لیکن این نوع «دموکراسی ناقص» کشش و جذبه خود را از دست داده است. در کشورهای کم‌رشد برای رسیدن بیک دموکراسی واقعی و حق رای آزاد و عمومی باید راهی طولانی پیموده شود.

در مرحله بینا بین شکل حکومت آنها نوعی الیکارشی قانونی است و در این سیستم هنگامیکه درصد برآیند اشکال خارجی دموکراسی را اقتباس کنند معمولاً آنرا وارونه کرده تغییر شکل می‌دهند. در چنین جوامع عقب مانده‌ای وجود طبقات اجتماعی مانع از اشاعه آثار توسعه اقتصادی که شرط اساسی رشد اقتصادی مداوم است، می‌گردد.

نا برابری‌های موجود که با شکل مختلف حفظ شده در این کشورها از آن قبیل نیست که موجب تشویق پس انداز و سرمایه گذاری بشود، مقایسه این وضع با وضعی که در آستانه<sup>۲</sup> رستاخیز صنعتی در کشورهای پیشرفته امروزی وجود داشت یک قیاس مع الفارق است.

کشورهای کم‌رشد حتی در این مرحله ابتدائی احتیاج به دموکراسی واقعی دارند تا مواعینی را که در حال حاضر در راه توسعه اقتصادی وجود دارد از بین بردارند ولی در عین حال ممکنست دموکراسی دولت را از انجام این وظیفه که مصرف را در سطح پائین نگاه دارد مانع شود، در حالیکه این امر لازمه رشد سریع است. از پشت عینک

این ملاحظات بزرگ سیاسی است که باید تمایل به برقراری دیکتاتوری فعال از نوع فاشیست یا کمونیست را، که در اغلب کشورهای کم رشد برزومی کند، نگرینست. اعم از اینکه حکومت شکل دموکراسی الیگارشلی یا دیکتاتوری داشته باشد، دولتی که مسئولیت تدوین برنامه و اجرای آن را بعهده میگیرد. در کشورهای کم رشد دولتی ضعیف است و با سیستم اداری نارسا و گاهی فاسد کار می کند ...»<sup>۱</sup>




---

۱- تئوری اقتصادی و کشورهای کم رشد، پرفسور گونا میردال ترجمه

غلامرضا سعیدی ص ۱۰۹ و ۱۰۸

## مبحث چهارم :

## عقل

«اگر در جهان کار تازه‌ای برای کردن نمی‌ماند، آیا هنوز وجود عقل لازم بود یا به همین علت نیست که کسانی که کارهای کهنه می‌کنند فراموش کرده اند که چرا این کارها را می‌کنند و در کردن این کارها به‌رغم گوسفند بیشتر شبیه‌ند تا به آدمیان؟ بهترین عقاید و رویه‌ها کم‌کم انحطاط می‌یابند و ماشین‌ها می‌شوند و اگر پیوسته کسانی پیدا نشوند که ابتکار فکر آنها مانع شود که اساس این عقاید و اعمال ماشین‌ها شوند این مواد مرده در مقابل چیزی که واقعاً زنده است پایداری نمی‌توانند کرد و موجدی نیست که تمدنی که بر آن مبتنی است نماند»<sup>۱</sup>.

جان استوارت میل



## ۱ - مقدمه و مقام

در اسلام عقل پایگاهی بسیار ارجمند دارد؛ روایات و آیات بسیاری از قرآن و پیامبر و امامان نقل شده که در همه آنها تمجید و تحسین قرآن از عقل گردیده است. پیامبر اسلام فرمود:

«الدِّينُ هُوَ الْعَقْلُ وَلَا دِينَ لِمَنْ لَا عَقْلَ لَهُ»<sup>۱</sup> یعنی دین همان عقل است و هر که عقل ندارد؛ دین ندارد.

و در حدیث دیگر از امام پنجم نیز آمده است که:

«إِنَّمَا يَدَاقُ اللَّهُ الْعِبَادَ فِي الْحِسَابِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى قَدْرِ مَا آتَيْهِمْ مِنَ الْعُقُولِ فِي الدُّنْيَا.»<sup>۲</sup>

یعنی خدا در روز قیامت بقدر عقل بندگان دقت در حساب آنها مینماید. و حدیث دیگر:

«إِنَّ الثَّوَابَ عَلَى قَدْرِ الْعَقْلِ» که ثواب بقدر عقل خواهد بود<sup>۳</sup> در حدیث

دیگر:

«إِنَّا مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ نُكَلِّمُ النَّاسَ عَلَى قَدْرِ عُقُولِهِمْ»<sup>۴</sup> پیامبر فرمود ما گروه پیامبران با اندازه عقل و خرد مردم با آنان سخن می گوئیم. و باز در حدیث نبوی است که:

«تَفَكُّرٌ سَاعَةٌ خَيْرٌ مِنْ عِبَادَةِ سَبْعِينَ سَنَةً» یعنی تفکر یکساعت از

عبادت هفتاد سال بهتر است، و در حدیث دیگر:

- ۱- مستدرک الوسائل حاج میرزا حسین نوری (متولد ۱۳۲۰).
- ۲- وسائل الشیعه شیخ محمد بن حسن حر عاملی (متولد ۱۱۰۴).
- ۳- وسائل الشیعه حدیث از حضرت صادق (ع).
- ۴- بحار الانوار مجلسی حدیث از پیامبر اکرم.

«مِدادُ الْعُلَمَاءِ أَفْضَلُ مِنْ دِمَاءِ الشُّهَدَاءِ» مرکب دانشمندان از خون شهیدان برتر است ، و اینکه اصول دین تحقیقی است نه تقلیدی ، حتی دانشمندان اسلامی ایمان مقلد را مقبول درگاه خداوند نمیدانند از آنجاست که به اندیشیدن و تعقل و تفکر به کرات در آیات قرآن و روایات بسیار امر شده است که نقل همه آنها چند مجلد کتاب خواهد شد و از حوصله این رساله بیرون است و همینقدر اشاره را کافی میدانیم ، بهر حال در مورد چهارمین منبع حقوق اسلامی یعنی عقل باید گفت که اهل سنت و جماعت بجای عقل «قیاس» را معتبر میدانند و حال آنکه شیعه بعضی از قیاس هارا باطل میداند ، شیعه با یافتن وجه شبه در مورد مسأله مورد حکم و بار کردن حکم مشبه بها بر مشبه مخالف است و مبنای مخالفتش احادیثی است ، از جمله حدیثی از حضرت صادق به ابوحنیفه است که :

«لَا تَقْسُ فَنًا» أَوْ لَمْ مَنْ قَسَ الشَّيْطَانَ حَيْثُ قَالَ : خَلَقْتَنِي مِنْ نَارٍ وَخَلَقْتَهُ مِنْ طِينٍ<sup>۱</sup>

«قیاس مکن زیرا که نخستین کس که قیاس کرد شیطان بود ، جائیکه گفت : مرا از آتش و او را از خاک آفریدی» و عارف و حکیم بزرگ جلال الدین بلخی شاید بهمین معنی نظر داشته است که گفته :

جان شوو از راه جان ، جان را شناس

یسار بینش شو ، نه فرزند قیاس<sup>۲</sup>

## ۲ - عقل و تجربه

کانت فیلسوف آلمانی میگوید : « اصحاب تجربه (مثلا هیوم) که تنها حس را علم میخوانند بر خطا هستند و اصحاب عقل (مثلا افلاطون و دکارت) هم که تنها معقولات را حقیقت میدانند و محسوسات را نمایش بی حقیقت می شمارند اشتباه کرده اند

۱- آیه ۱۱ از سوره اعراف

۲- مثنوی معنوی دفتر سوم .

و کسانیکه اعتمادشان تنها به تعقل است مانند کبوتری هستند که چون می بینند در پرواز برای پس زدن هوا باید بال بزند و قوه بمصرف برساند و بال خود را خسته کند تصور کند که اگر هوا نبود بهتر پرواز میکرد ، غافل از اینکه هر چند هوا يك اندازه مزاحم عمل او هست ولیکن تکیه گاه اوست و اگر نبود اصلا پرواز مقدور نمی شد ،<sup>۱</sup> و در جای دیگر میگوید :

« خانه عقل برای دریافت روشنی علم جز حواس روزنه ای ندارد و فهم و عقل جز اینکه از وجدانیات حسی انتراع کلیات کنند کاری نمی توانند...»<sup>۲</sup>

کانت در نقادی عقل نظری ، دست عقل را در امور حسی و تجربی کوتاه و عاجز میداند ولی در عقل مطلق عملی یعنی در مبانی اخلاقی و حقوقی دست عقل را کاملا باز دانسته است .

فرانسس بیکن فیلسوف انگلیسی درباره قیاس منطقی کلاسیک میگوید :  
« قیاس ذهن را مقید می کند نه امور را » و حال آنکه هدف علم شناختن امور و روابط آنهاست نه شناختن تصورات به کیفیتی که ذهن آنها را به هم مرتبط و تألیف کرده است از این رو قیاس بی فایده است .

دکارت فیلسوف فرانسوی در همین زمینه می گوید : « قیاس مطلب تازه ای یاد نمیدهد و مجهولی را معلوم نمی کند بلکه تنها کارش عرضه داشتن چیزی است که معلوم است ، پس روشی نیست که بوسیله آن بتوان به اختراع و اکتشاف نائل شد »  
استوارت میل نیز در ارزش و اعتبار قیاس تردید کرده است ، و آنرا نوعی دور یا مصادره به مطلوب دانسته است ، زیرا در این نوع استدلال هم نتیجه مبتنی بر مقدمات

۱- سیر حکمت در اروپا جلد دوم ص ۱۴۹

۲- سیر حکمت در اروپا جلد دوم ص ۱۵۷



است و هم مقدمات متکی به نتیجه است و این خود سبب ایجاد دورمی شود.<sup>۱</sup>

بهر صورت شیعه بجای قیاس اصولی، عقل را حجت دانسته است و شاید نشانه این مطلب باشد که عقل مجال و وسعت بیشتری دارد؛ زیرا قیاس محدود است بموردیکه حکمی باشد تا بتوان قیاس کرد ولی عقل چنین محدودیتی را ندارد، بهر حال، عقل در نظام حقوقی شیعه مقامی بس ارجمند دارد، عقل با توجه بسرشت و فطرت آدمی و نیاز و احتیاج جامعه به حفظ نظم و مصلحت اندیشی و طرفداری از مقتضیات معقول زمان و ضرورت‌های عصر، عقل که قوه ایستکه شخص را بر استدلال و استنتاج توانا می‌سازد و درست و نادرست بدینوسیله از هم تمیز داده میشود، اغلب وسیله تشخیص احکام درست از نادرست میگردد، تا از آنچه سودمند است پیروی کند و از آنچه زیان آور است دوری جوید، زیرا وجه امتیاز انسان از حیوان عقل است و لذا تنها راهنمای وی نیز عقلست.

عقل با توجه باینکه نظام حقوق اسلامی بر مبنای «فطرت» گذارده شده در اغلب اصول استنباط احکام بعنوان دلیل و سند برای ملاک حجیت آورده میشود و نتایج عقلی در امور قضائی و حقوقی مورد قبول شریعت اسلام است چنانکه معروف است:

«کَلِمَا حَكَمَ بِهَ الْعَقْلِ حَكَمَ بِهَ الشَّرْعِ» و بالعکس، یعنی هر چه عقل حکم کند شرع نیز بدان حکم خواهد کرد و بالعکس و همچنین:

«الشَّرْعُ وَالْعَقْلُ يَتَطَابَقَانِ» که این قواعد در اکثر ادله احکام زبانزد و بنام قاعده ملازمه مشهور است و این عبارت فقه‌ای اسلامی جمله‌ای از هگل فیلسوف آلمانی را بیاد می‌آورد که: «آنچه واقع و متحقق است معقول است و آنچه معقول است متحقق است، چه روشن است که آنچه واقع است نمی‌تواند واقع

۱- مبانی فلسفه دکتر علی‌اکبر سیاسی ص ۲۵۳ تا ۲۵۶، نکته‌ای را که باید یاد آور شد اینستکه قیاس از نظر منطق کلاسیک با قیاس از نظر علم اصول فقه تفاوت دارد و ماده بحث آینده مفصلاً از آن بحث خواهیم کرد

نباشد»<sup>۱</sup>

## ۳ - احکام عقلی و احکام شرعی

قوانین هرگاه از عرف مردم سرچشمه گرفته باشند . بآنها قوانین عرفی و هرگاه از ناحیه شرع بیان و وضع شده باشند قوانین شرعی و هرگاه در واقع و نفس الامر به موضوعات خود مستقر و پابرجا باشند قوانین عقلی نامیده میشوند مرحوم میرزا صادق تبریزی در «مقالات الغریبه» احکام عقلی را که در ذات و در مرحله نفس الامریه است . از جانب خداوند ثابت و مستقر میداند ، و احکام عرفی را قسمی از احکام عقلی میداند زیرا هر دو در خارج از ذات انسانی و در نفس امور و اشیاء بموضوعات خود تعلق یافته اند و تفاوتشان در اینست که احکام عرفی بنظر عرف مردم و احکام عقلی در خارج از عرف و در نفس امور استقرار دارد ، اما احکام عرفی با احکام واقعی یعنی عقلی از بعضی جهات افتراق دارند و آن قابل تغییر بودن احکام عرفی است ولی احکام عقلی ثابت میباشند و مقصود از احکام عقلی این نیست که بدون مداخله عقل در واقع ثابت باشند ، عقل نه تنها در شرع اسلام نمی تواند احکامی را بوجود آورد ، بلکه در حقوق اروپائی نیز سازنده حقوق نیست ، باید در بیرون از نفس و در خارج ذات انسان حقیقتی و واقعیتی موجود باشد تا عقل بتواند آنرا ادراک کند ، و احکام آنرا کشف نماید و بعبارت دیگر عقل احکام را فهم می کند نه خلق ، عقل نیز در فقه اسلامی مانند رسولی باطنی است که انسان را به واقعیات رهنمون میگردد ، احکام عقلی بعضی نظری و بعضی ضروری هستند .

آنها که نظری هستند با استدلال احتیاج دارند و آنها که ضروری هستند بدون استدلال ذاتاً در نظر عقل حکم به آنها می شود مانند حکم به ادای دین ، رد و دیعه ، حرمت ظلم ، که جزو «مستقلات عقلیه» اند و عقل رأساً بدانها حکم می کند ولی



در « استلزامات عقلیه » بوساطت حکم شرعی استنباط میگردند؛ و اینست معنی قاعده ملازمه که حکم شرع و عقل را یکی دانسته است.<sup>۱</sup>

باری یکی از حقوقدانان درباره عقل تشبیه جالبی دارد وی میگوید: عقل مانند فنری است که در ماشین حقوقی کار گذاشته شده باشد، بمنظور عبور این ماشین از اراضی ناهموار که از سرعت حرکت ها کاسته و از ضرر و فلج شدن ماشین و یا بعبارت بهتر اجتماع جلوگیری نماید.

موریس هوریو میگوید: « هر چقدر امور اجتماعی به عناصر و اجزای متشابه تجزیه شوند، قاعده کلی تر در حقوق پدید می آید؛ این حقوق مانند آئینه ای است که خود نیز به فعل می پردازد و هر چه در آن بتابد هم منعکس می کند و هم آنرا تغییر شکل میدهد و اصلاح مینماید.

این حقوق در واقع برای توان و اختیارات اشخاص مانند حدود می باشد، اما همه این تشابهات در جرگه حقوق از امور عقلانی است، از این خاصیت عنوان مشروعیت در حقوق محسوس میباشد، حقوق وقتی به صفت مشروعیت متصف خواهد بود که بسوی عدالت و برای فعلیت دادن به احکام آن توجه یابد، تردید نیست که غایت نیز يك امر عقلانی است<sup>۲</sup>

دعوی جاودانی بودن حقوق اسلامی بر همین اعتبار عقل است و هدف و غایت در فقه اسلامی که استقرار عدل میباشد نیز بر همین مبنی است، این غایت و اعتبار باعث میشود که پدیده های حقوقی تازه و تحولات اقتصادی از مجرای عقل در چهارچوب حقوق اسلامی وارد و منعکس گردد، و از این رو است که مسائل فقهی اکثر جنبه عقلی دارد و مسأله تبعد در احکام اسلامی تقریباً منحصر به عبادات است. یعنی کیفیت

۱- قول میرزا صادق تبریزی را در این مورد در بخش «سنت» راجع به حقیقت شرعیه قبلاً نیز آورده ایم.

۲- مبانی حقوق دکتر موسی جوان جلد سوم ص ۲۳۴ و ۲۳۵



عبادات است که چنین ایجاب می کند .

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 می گوید :

« موجودات فردی و عاقل می توانند قوانینی داشته باشند که خودشان ساخته اند اما قوانینی نیز وجود دارند که آنان نساخته اند .

پیش از آنکه قوانین ساخته شوند روابطی میان افراد مبتنی بر عدالت وجود داشته است ، اعتقاد به اینکه عدالت و بیعدالتی همان است که قوانین تحقق آن را امر یا نهی می کنند مانند این خواهد بود که گفته شود اشعهٔ یک دایره 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 و مدنی هرملتی باید با آن منطبق گردند »<sup>۱</sup>

اما باید گفت که از قاعده ملازمه چندان در عمل استفاده نشده و علی رغم قول صاحب فصول :<sup>۲</sup> « ما جَعَلَ الْإِشَارَةَ فِي الشَّرِيعَةِ أَمْرًا لَيْسَ بِعَمَلٍ » در اثر افراط در حقوق تصویری و فرضی ، فقه را در مسیر منطق تجریدی و کلاسیک انداخته اند و این « فتر » ماشین حقوقی را که باید برای تسهیل حرکت ماشین و جلوگیری از فلج شدن و تحجر آن بکار رود ، برعکس آنقدر درگیر مورد حقیقی مصرف کرده اند که دیگر خاصیت فتر بودنش را در دست اندازها از دست داده است .

۱- مبانی حقوق دکتر موسی جوان جلد اول ص ۸۵

۲- شیخ محمد حسین بن میرزا عبدالرحیم

## ۴ - اصول عقلیه یا عملیه

منطوق يك كلام عبارتست از معنایی که بیدرنگ و بدون تفحص ذهن بخاطر مستمع خطور می‌کند، اما مفهوم يك كلام عبارتست از معنایی که با تعقل و امعان نظر بیشتری حاصل می‌گردد چنانکه: «در ماده ۲۴ قانون مدنی که می‌گوید: «هیچکس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی را که آخر آنها مسدود نیست تملك نماید» اولاً - منطوق عبارتست از: کوچه‌ای که آخرش مسدود نیست قابل تملك نیست.

ثانیاً - مفهوم عبارتست از: کوچه‌ای که آخرش مسدود است قابل تملك است هر عبارتی منطوقی دارد ولی لازم نیست که حتماً مفهوم هم داشته باشد چنانکه ماده ۱۰۰۳ قانون مدنی که می‌گوید: «هیچکس نمی‌تواند بیش از يك اقامتگاه داشته باشد» فقط منطوق دارد و مفهوم ندارد<sup>۱</sup> و یا هر عمل که انجام دادن آن، مقدمه انجام دادن يك تکلیف شرعی باشد آیا واجب است یا نه؟ فی‌المثل آیه «وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ» بلا درنگ ما را بوجوب نماز آگاه می‌سازد اما آیا مستلزم وجوب مقدمات نماز هم هست؟ این استلزام احتیاج به تعقل و تفحص خواهد داشت.

عقل در مستقلات عقلیه همانطور که قبلاً نیز اشاره شد فطرتاً با آنها عقیده‌دارد مثل لزوم رد امانت و حرمت ظلم، که در حقوق جدید اروپا، مکتب حقوق طبیعی نیز عقیده دارد که هر کس در زندگی اجتماعی در روابط با افراد دیگر وظایف و حقوقی دارد که از فطرت و ذات وی پدید آمده است و این معنای فطری بودن حقوق در نظام حقوقی اسلام نیز با این قسمت مطابقت دارد، توسل به عقل و استناد به ادله عقلیه در حقوق اسلامی موقعی است که ما بچیزی علم اجمالی داشته باشیم یعنی شک و تردید داشته باشیم و گرنه در هنگامی که به مسأله‌ای قطع و یابظن داریم بهمان قطع و ظن باید

عمل کرد و این بهنگام شك است که باید به ادله عقلیه استناد نمود. قبل از بحث درباره ادله عقلیه لازم است که درباره هر يك از قطع و ظن و شك مختصر توضیحی بدهیم.

### اول - قطع

حالتی نفسانی است که چیزی برای انسان معلوم باشد و احتمال خطا در آن نرود عمل برطبق قطع بضرورت عقل واجب است قطع یا موضوعی است و یا طریقی است، هنگامی طریقی است که مثلاً حکم شارع و یا قانونگذار به نفس موضوع تعلق گیرد مثل اینکه شراب بخودی خود حرام است و بدون توجه باینکه متعلق قطع بحرمت مکلف باشد؟ تحریم میگردد در این صورت وقتی مکلف به این قطع اطلاع حاصل می کند قطع طریقی نامیده میشود و در حقوق امروزه ما مانند قطعی است که در مواد قانونی قانونگذار آنرا موضوع حکمی از احکام خود قرار نداده باشد وای گاهی حکمی باقید اینکه بر موضوعی که آن موضوع متعلق قطع مکلف است تعلق می گیرد مثلاً مایمی که بر حسب قطع مکلف شراب تلقی می شود این باقید به قطع بودنش به شراب حرام میشود نه اینکه شراب واقعی باشد، در این صورت این قطع قطع موضوعی نامیده میشود و در حقوق امروز هرگاه قانونگذار قطعی را موضوع حکمی از احکام خود قرار دهد قطع موضوعی است.

مانند گواهی گواهان که موضوع تکلیف دادرسی است در مورد فصل دء-وی (ماده ۴۲۴ دادرسی مدنی) و لو اینکه این قطع بعداً برخلاف واقع درآید و از این قبیل است قطع حاصل از امارات قضائی (ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی)، در قطع طریقی شارع نمی تواند مکلف را از عمل بدان منع نماید زیرا این کار ناقض اصل تکلیف و تشریح است و همچنین نمی تواند اعتبار قطع طریقی را منحصر و محدود بقبودی سازد، ولی در قطع موضوعی باید دید که شارع و قانونگذار چه نوع قطع را موضوع حکم قرار داده است.



فی المثل در اینجا غیر از امارات و ادله قانونی برای اثبات دعاوی اگر قاضی از راه دیگری قطع حاصل کرد فی المثل از طریق رمل و اسطرلاب و یا خواب و رؤیا، چنین قطعی چون قانونگذار آنرا معتبر ندانسته است حجت نخواهد بود، در حالیکه در قطع طریقی چنین نیست از هر راه قطع حاصل گردد آن قطع لازم الاتباع خواهد بود.

### دوم - ظن

حالتی نفسانی که از شك بالانرواز قطع کمتر باشد آنرا ظن یا گمان گویند بدیهی است که ظن ارائه واقع رانمی نماید و بخودی خود حجت نیست مگر آنکه عقل و یا شرع آنرا معتبر دانسته باشد، حال اگر حجیت آن از طریق شارع اسلام مورد تأیید قرار گرفته باشد آنرا ظن خاص گویند مانند اماره تصرف که نشانه مالکیت است در ماده ۳۵ قانون مدنی ایران «تصرف بعنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» و اعتبار خبر واحد از باب ظن نیست بلکه از باب اطمینان عادی است که کاملترین نوع ظنون است و شارع نیز خبر واحد و ظواهر کتاب را حجت دانسته است بنابراین ظن حاصل از آنها ظن خاص خواهد بود ولی اگر ظن حجتش «دلیل انسداد» باشد ظن مطلق خواهد بود و دلیل انسداد آنستکه در هنگام غیبت امام که باب علم و ادراک واقع مسدود است در این هنگام ظن مطلق جانشین قطع میگردد و بحکم عقل حجت خواهد بود.

زیرا اگر ظن مطلق در این هنگام حجت نباشد لازم می آید که احکام الهی که اکثراً مبتنی بر ادله ظنیه و امارات غیر علمی هستند متروک گردند و نمی توان در این هنگام به اصل برائت از تکالیف قانونی و الهی متوسل شد زیرا در این صورت اکثر مقررات بدون عمل خواهد ماند و بصورت تعطیل در خواهد آمد، از طرفی عمل با احتیاط هم علاوه بر اینکه دلیلی بر وجوب آن در دسترس نیست موجب زحمت و تکلف و یا عسر و جرح خواهد بود.

وامور زندگانی مردم را مختل خواهد کرد و به سرگردانی و حیرت مردم خواهد افزود ، و چون شخص به ثبوت حکم و جوب و یا حرمت ، ظن حاصل کند و از طرفی قادر به کشف واقع نباشد ، بحکم عقل ملزم است که به ظن خود عمل نماید پس حجیت ظن خاص ، بحکم شارع و حجیت ظن مطلق بحکم عقل است .

### سوم - شك

حالتی نفسانی است که ذهن میان دو یا چند احتمال قرار گیرد و بهیچکدام از احتمالات نیز نتواند گرایش پیدا کند ، و عاجز شود از اخذ تصمیم و مردد ماند ، زیرا اگر همینطور بدون ملاکی یکی از طرفین شك را بگیرد و عمل کند ترجیح بلا مرجح لازم می آید ، در این مورد را ههای قانونی وجود دارد که یکی از آنها امارات قانونی است مانند ماده ۳۵ قانون مدنی که قبلاً ذکرش گذشت یکی دیگر از راهها استنباطات قضائی است مانند قاعده « اخذ به قدر متیقن »<sup>۱</sup> که مخصوص موردی است که شك قابل برطرف کردن نیست مانند مورد ماده ۱۳۱۷ قانون مدنی ایران « شهادت شهود باید مفادا متحد باشد بنابراین اگر شهود باختلاف شهادت دهند قابل اثر نخواهد بود مگر در صورتی که از مقدار اظهارات آنها قدر متیقنی بدست آید » دیگر از راههایی که برای رفع سرگردانی و حیرت وضع و تأسیس گشته است اصول و قواعدی است که بر اساس عقل استوار شده و از این حیث با آنها اصول عقلیه و از حیث اینکه مبنای عمل مردم میباشد اصول عملیه نامیده میشود .

این اصول بهیچوجه کاشف از واقع نیستند ، بلکه فقط به تکالیف ظاهری مردم ناظر میباشد ، یعنی شخص بهنگام شك و تردید و مأیوس شدن از درك واقع اگر بر طبق این اصول رفتار کند ، عقلا و شرعاً در حکم انجام حکم واقعی محسوب میشود

۱- در مورد قاعده اخذ به قدر متیقن رجوع شونده « مقدمه عمومی علم



ولو اینکه با واقع عملش مطابق نباشد ، برای اینکه تفاوت اصول عملیه با سایر دلائل معلوم و روشن شود به ذکر آنها می پردازیم :

۱- ادله قطعیه که بخودی خود افاده قطع می کنند مانند نصوص کتاب ، خبر متواتر و غیره .

۲- ادله ظنیه خاص : که افاده ظن و گمان میکنند مانند خبر واحد . ظواهر کتاب ، شهادت دو نفر عادل .

۳- ادله عقلیه اجتهادی : که افاده ظن مطلق مینمایند و بحکم عقل و از باب ضرورت معتبر شناخته شده اند مانند ، قیاس ، استقراء ، غلبه شهرت و ظنونی که دلیل صحت آنها به استدلال «دلیل انسداد» است .

۴- اصول عملیه یا ادله عقلیه که فقط بوسیله عقل تأسیس شده اند و مورد تأیید شارع نیز هستند در میان این دلائل ادله قطعیه بخودی خود و ادله ظنیه خاص بحکم شرع و ادله اجتهادی بحکم عقل حجت می باشند اما اصول عملیه کاشف از واقع نیستند و طریق بسوی واقع نمی باشند بلکه فقط برای رفع سرگردانی و حیرت مکلفین وضع شده اند .

### اصول عملیه بر چهار دسته تقسیم می شوند

۱- اصل برائت .

۲- اصل احتیاط یا قاعده اشتغال .

۳- اصل تخییر .

۴- اصل استصحاب .

در حالت شك ، اگر حالت سابق چیزی معلوم باشد و تغییر آن حالت ، مورد تردید قرار گیرد ، حالت سابق را معتبر می شمارند و در عمل فرض را بر بقای حالت سابق می گذارند این عمل را در فقه استصحاب می نامند ، و اگر حالت سابق وجود نداشته و یا اینکه وجود داشته است لکن مورد توجه قرار نگرفته در اینصورت یا



احتیاط در آن ممکن است یا نیست ، اگر ممکن نباشد بآن اصل تخییر نمانند و در صورتی که احتیاط در آن ممکن باشد یا نیست که دلیل عقلی یا نقلی بر ثبوت مجازات بهنگام تخلف از آن واقع مجهول وجود دارد و یا اینکه چنین دلالتی نمی کند در صورت اول اصل احتیاط و در صورت دوم اصل برائت را در عمل اجرایی کنند .

پس در قاعده استصحاب شك عارض گردیده است ( شك ثانوی) و لسی در اصل برائت و احتیاط و تخییر شك ابتدائی است ، شك ابتدائی گاهی در حکم و گاهی در موضوع پدید می آید ، اگر در حکم باشد ، شبهه حاصل را شبهه حکمی و اگر در موضوع باشد بآن شبهه موضوعیه گویند .

مثلا اگر شك دائر مدار میان وجوب و حرمت یا حرمت و اباحه باشد و منشأ این شك یا فقدان نص (در حقوق امروز سکوت قانون) و یا اجمال نص و تعارض<sup>۱</sup> دو نص و یا دو قانون باشد ، در این مورد اصل برائت را اجرایی کنند و آنرا شبهه حکمی گویند فقها برای شبهه حکمی مثال میزنند که شك پیدا شود در اینکه حکم مترتب بر فحاح حرمت است یا اباحه ؟ و برای شبهه موضوعی میگویند شك باشد که آیا مایع موجود در این ظرف حاضر فحاح است یا آب مطلق ؟ و در حقیقت شبهه موضوعی را با شبهه مصداقی بجای هم گرفته اند<sup>۱</sup> .

#### در شبهه حکمی سه حالت متصور است :

۱- اگر شك میان حرمت از طرفی و کراهت یا اباحه یا استصحاب از طرف دیگر باشد در اینحال به عقیده دانشمندان اصولی اصل برائت و به عدم حرمت حکم داده می شود اما بعقیده علمای اخباری عمل به احتیاط باید بشود و از ارتکاب آن اجتناب گردد .

۱- درباره شبهه مفهومی و مصداقی و موضوعی و حکمی رجوع شود به

«مقدمه عمومی علم حقوق» س ۱۶۱ و «اترمنولوژی حقوق دکتر جعفری

۲- اگر شك میان وجوب از طرفی و کراهت یا اباحه یا استحباب از طرف دیگر باشد در اینحال اجماع دانشمندان اصولی و اخباری بر جاری شدن اصل برائت و حکم به عدم وجوب است یعنی حکم به عدم تعهد و تکلیف در موضوع مورد شك داده میشود و در اینجا اصل، آزادی اراده خواهد بود.

و در حقوق جدید ایران هم به محض شك در تکلیف اصل برائت را اجرامی کنند زیرا تکلیف را نیازمند به اثبات و احراز و دلیل می دانند چنانکه ماده ۳۵۶ آئین دادرسی مدنی می گوید: «اصل برائت است بنا بر این اگر کسی مدعی جق یا دینی بر دیگری باشد باید آنرا اثبات کند و الا مطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه داده خواهد شد».

۳- اگر شك میان حرمت از طرفی و وجوب از طرف دیگر باشد در اینصورت اگر منشأ شك نبودن نص و یا مجمل بودن نص و قانون باشد به عقیده اجماع دانشمندان (اصولی و اخباری) اصل برائت است و به مباح بودن آن حکم می گردد، ولی اگر در نص یا دو قانون معارض وجود داشته باشد که ترجیحی یکی بر دیگری نداشته باشد اصل تخمیر است یعنی عمل به هر کدام از دو طرف شك جایز خواهد بود زیرا در این مورد اخیر باید عمل بیکی از دو طرف شك بشود و اگر اصل برائت را جاری بدانیم باعث میشود که از مقام هر دو نص (قانون) اعراض گردد و این با تکلیف یقینی شخص مکلف مبنایت خواهد داشت.

در شبهه موضوعی در شك ابتدائی بطور مطلق اصل برائت را جاری می کنند یعنی در تمام حالات سه گانه سابق الذکر (در شبهه 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 بر حرمت یکی از طرفین شبهه علم داشته باشد ولی بطور تفصیل نداند که کدامیک از مصادیق آن



مشتبه میباشد ، حال اگر آن مصداق یا فرد میان افراد کمی (قلیل) مشتبه باشد شبهه را اصطلاحاً محصوره گویند و اگر میان افراد بیشمار باشد غیر محصوره نامند .

در شبهه محصوره چون اجرای اصل براءت با علم اجمالی منافات دارد لذا عمل با احتیاط می کنند مثلاً اگر در دوظرف که علم اجمالی داریم که یکی از آنها محتوی شراب است ، اگر اصل براءت را جاری نمائیم مخالف با علم اجمالی است و چون بطور تفصیل نمی دانیم که کدامیک است لذا باید از هر دو اجتناب شود<sup>۱</sup> و یا در مثال بهتر و واقعی تر « مثلاً عقد بیع موضوع آثار قانونی مخصوصی است این موضوع دارای مشخصاتی است که یکی از آن مشخصات تاریخ عقداست حال اگر در دفتر ثبت عملیات تجاری تاریخ بیع معینی قلم خوردگی پیدا کرده و مشتبه بین دوروز شده باشد این شبهه نه مفهومی است و نه مصداقی و نه حکمی بلکه صرفاً شبهه موضوعی است ، و اگر موضوع بیع مذکور حیوان باشد مبدأ خیار حیوان ، مشتبه خواهد بود<sup>۲</sup>»

اما در شبهه غیر محصوره چون فردی که یقیناً حکم به حرمت در باره آن شده و مورد علم اجمالی است میان افراد بیشماری است و بجهت اختلاط تمیز و تشخیص آن ممکن نیست و اصل براءت در اینجا بدین علت است که به علت حرمت يك فرد یا چند فرد از آن نمی توان عملاً افراد بیشماری را حرام دانست ، زیرا زیان آن بیشتر خواهد بود و مستلزم عسرو جرح میباشد .

- 
- ۱- مثال فقها ملاحظه می شود که چقدر غیر عملی است زیرا اگر شراب باشد که از بوورنگ آن معلوم خواهد بود مگر اینکه بگوئیم داخل آب مقدر کمی بطوری که تغییری در ظاهر آن نداده باشد ریخته شده است .
  - ۲- مثال از ترمینولوژی حقوق دکتر جعفری لنگرودی



## اثبات اصل برائت

### و اختلاف دانشمندان اصولی و اخباری در این مسأله

در بحث از شبهه حکمی و موضوعی گفته شد که اگر شك و شبهه میان حرمت از طرفی و کراهت یا اباحه یا استحباب از طرف دیگر باشد . «اصولی» ، برائت و «اخباری» اصل احتیاط یا اشتغال را عمل میکند ، و فقط جائی که اختلاف داشتند همین مورد است ، و گرنه در سایر موارد مسأله اجماعی است .

مقتضای اصل برائت نفی حرمت و حکم بر اباحه است و مقتضای اصل اشتغال و وجوب اجتناب است نه حکم بر حرمت ، بنابراین دانشمندان اصولی (مجتهد) با اجتناب خود حکم بر اباحه میدهد در حالیکه اخباری توقف اختیار کرده و احتیاط می کند و از آن اجتناب می نماید .

مجتهدین برای اثبات اصل برائت دلایلی آورده اند :

الف - کتاب :

- ۱- آیه ۱۶ از سوره الاسراء «ما کنامعذ بین حتی نبعث رسولا» یعنی مادام که بوسیله پیامبران احکام را ابلاغ نکرده ایم کسی را عقاب نمی کنیم .
- ۲- آیه : «وما کان الله لیضل قوماً بعد ان هدینا حتی یبیین لهم ما یتقون» بموجب این آیه خدا هیچ قومی را به خذلان نمی افکند مگر آنکه قبلاً موجبات پرهیزگاری را برایشان تشریح فرموده باشد .
- ۳- «ما لکم الا تاکلوا مما ذکر اسم الله علیه و قد فصل لکم ما حرم علیکم» بموجب این آیه اشخاصی که از خوردن گوشتها خود داری میگردند مورد سرزنش قرار داده شده اند «شما بچه سبب از خوردن آنها خود داری می کنید و حال آنکه ما کلیه محرّمات را بتفصیل برای شما بیان کرده ایم» پس هر چه حرمت آن بصراحت بیان نشده حلال خواهد بود .

۴- «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَلَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا مَا آتَيْهَا لِيُيْهِلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنَّا بَيْنَةً وَيُحْيِيَ مَنْ حَيٌّ» که همه اگرچه بطور ضمنی ولی بر مقصود دلالت دارند :

## ب - سنت ۱

- ۱- «كُلُّ شَيْءٍ مُطْلَقٌ حَتَّى يَرِدَ فِيهِ نَهْيٌ» یعنی همه چیز مباح و مطلق است تا زمانی که نهی در آن وارد شود .
- ۲- «كُلُّ شَيْءٍ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْرِفَ أَنَّهُ حَرَامٌ» همه چیز بر تو حلال است تا زمانی که یقین کنی که آن چیز حرام میباشد .
- ۳- «ما حجب الله على العباد فهو موضوع عنهم» هر چیزی را که خدا از بندگان خود پوشیده داشته ( و حکمش را بیان نفرموده ) آن چیز از حساب آنها کنار گذاشته خواهد شد .
- ۴- «ایماناً امرء ركب امرأ بجهالة فلا شيء عليه» هر کس از روی جهل مرتکب کاری شود حرجی بروی نیست . و احادیث بسیار که از جمله حدیث رفع باشد بر این مطلب دلالت دارند .

## ج - عقل :

عقل « قبح عقاب بلا بیان » را تأیید می کند گرچه این حکم عقل از آیات و روایات فوق نیز استنباط میگردد .

## د - اجماع :

عده ای از فقها نیز مدعی حصول اجماع در این امر شده و آنرا از لوازم و ضروریات مذهب امامیه دانسته اند .

علمای اخباری درباره بطلان اصل براءت دلائلی آورده اند :

### الف - کتاب :

۱ - آیه « لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ » یعنی : به دانش سخن گوی یا دم مزن

۲ - آیه « وَأَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَعْلَمُونَ » آنچه را نمی دانید و بدان دانش

ندارید مگوئید .

۳ - آیه « وَأَنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ هُوَ أَعْلَمُ بِمَا تَعْلَمُونَ » اگر درباره

امری اختلاف کردید آنرا بخدا و رسولش ارجاع دهید .

چنانکه از آیات فوق برمی آید در امور مشتبّه چون به حکم واقعی عالم نیستیم

اگر اظهار عقیده کنیم و اصل براءت را عمل نمائیم و حکم بر اباحه دهیم برخلاف

دستور آیات قرآن عمل کرده ایم پس باید عمل با احتیاط نمائیم و به خدا و رسول رجوع

کنیم نه به عقل .

### ب - سنت :

۱ - « إِذَا اشْتَبَهَ الْأَمْرُ عَلَيْكُمْ فَتَقَيَّفُوا عِنْدَهُ وَرُدُّوهُ إِلَيْنَا حَتَّى نَشْرَحَ

لَكُمْ مَا شَرَحَ اللَّهُ لَنَا » یعنی آنگاه که مطلبی بر شما مشتبّه شد پس توقف کنید

در برابر آن و رجوع کنید بسوی ما تا تشریح نمائیم بر شما آنچه را که خدا شرح

داده است .

۲ - « الْأُمُورُ ثَلَاثَةٌ أَمْرٌ بَيْنَ رُشْدٍ وَرُشْدَةٍ فَاتَّبِعْهُ وَأَمْرٌ بَيْنَ غِيٍّ فَاجْتَنِبْهُ وَأَمْرٌ

اِخْتَلَفَ فِيهِ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ » یعنی امور بر سه گونه اند امری که حقیقت

آن آشکار است پس از آن پیروی کن امری که باطل بودنش هویدا است از آن

اجتناب نما و امری که اختلاف پدید آمده است در آن ، پس آنرا بسوی خدا

رجوع کن .



مفاد این دوجدیث لزوم توفف در برابر شبهات و یا احواله به کتاب و سنت است .

۳- «الوقوف عند الشبهات خیرٌ من الاقنحام فی الهلکات» یعنی باز ایستادن در برابر امور مشتبیه بهتر است از سقوط در مهلکه ها ، که این حدیث نیز لزوم احتیاط را میسراند .

### ج - عقل :

بحکم عقل ، عملی که احتمال حرمت در آن می رود و یا اینکه حکمش بر ما مجهول است باید از آن اجتناب ورزیم یعنی ذمه ما در مقابل این تکلیف اجمالی مشغول می باشد پس برای اینکه این مشغول بودن ( اشتغال ) یقینی را ، از خود رفع کنیم و از آن برائت حاصل نمائیم بضرورت عقل تحصیل برائت یقینی می خواهد و این برائت یقینی جز با عمل به احتیاط تحصیل نخواهد شد :

### پاسخ دانشمندان اصولی (مجتهدین)

آیات و روایات استنادیه هیچکدام مستلزم منع عمل به اصل برائت نیست ، زیرا اصل برائت تنها دلیلش عقل نیست بلکه آیات و روایاتی است که بدان استدلال گردید ، ولذا در ارجاع شبهه ها به اصل برائت مانند ارجاع آنست به کتاب و سنت ، و اما اینکه آیات و روایاتی هم عمل و اظهار نظر در امور مجهول الحکم را منع کرده اند . مراد آنها بیان احکام واقعی است یعنی احکامی که فی حد ذاته و در نفس الامر هستند .

بیان اینگونه از احکام بدون علم کاری غلط و برخلاف است نه تمسک باصل برائت که از احکام ظاهری است یعنی ما به نفس الامر و واقع کاری نداریم فقط برای رفع سرگردانی در عمل خود را ناگزیر از توسل بدان می بینیم و اما در مورد استناد به ادله عقلیه باید گفت درست است که « اشتغال یقینی مبرء یقینی می خواهد » یعنی

برای اینکه ما قطع حاصل کنیم که تکلیف خود را درست انجام داده‌ایم باید به این براءت یقین داشته باشیم ، ولی این براءت یقینی در برابر احکام واقعی است نه احکام ظاهری ، مادر برابر احکام غیر صریح و مبهم هیچگونه تکلیفی و اشتغالی نداریم تا برای رهائی از آن به تحصیل براءت یقینی احتیاج داشته باشیم و بالنتیجه مجبور به احتیاط گردیم .

### اعتبار قضیه محکوم بها در اصل تخییر

در شبهه حکمی اگر شك میان حرمت از طرفی و وجوب از طرف دیگر باشد و منشأ شك هم تعارض دونص باشد اصل تخییر جاری است و مكلف در انتخاب هریك از طرفین شك مخیر است ، اما همینکه یکی از طرفین را اختیار کرد دیگر نمی‌تواند از آن عدول کند و طرف دیگر را اختیار نماید ، زیرا اگر این اختیار ادامه داشته باشد یعنی عملی که میان وجوب و جرمت است ، عملاً تبدیل به مباح گردیده و بها نفس تکلیف مخالف خواهد بود ، در حقوق جدید هم « اعتبار قضیه محکوم بها » ( مفاد ماده ۹ آئین دادرسی مدنی و بند ۴ از ماده ۱۹۸ همان قانون ) بدین صورت است که بمحض اینکه دادرس دادگاه حکم خود را صادر کرد و امضاء نمود قضیه مختومه تلقی شده و هیچ مقام رسمی نمی‌تواند آنرا تغییر دهد ، حکم قطعی است مگر طبق قانون و در مراحل رسیدگی پژوهشی و یا فرجامی .

### اصل استصحاب (اعتبار حالت سابق)

استصحاب در لغت بمعنی به‌مراه داشتن چیزی و طلب همنشینی است و در اصطلاح عبارت است از معتبر شمردن و محترم داشتن حالت و وضع یقینی سابق که بعداً در بقاء آن شك و تردید حاصل گردیده است پس اساس استصحاب بردو امر است :

۱ - یقین بوجود حالت سابق .

۲ - شك در بقاء آن .



مثلا مالکیت زید نسبت بقطعه زمینی در چند سال قبل ثابت و محقق بوده است اما اکنون به علت چند سند ضعیف این مالکیت مورد شك و شبهه واقع شده است ، بطوری که ممکن است این شك اساس مالکیت سابق را متزلزل سازد در این مورد بنا به اصل استصحاب می گویند که شك لاحق نمی تواند یقین سابق را کان لم یکن نماید و مالکیت یقینی زید را تا زمان حال استمرار داده و حکم به مالکیت وی میکنند . آنان که قائل به حجیت استصحاب هستند می گویند شك لاحق نمی تواند یقین سابق را بی اثر نماید ولی مخالفین قاعده استصحاب می گویند یقین سابق با وجود شك لاحق تبدیل به يك ظن و گمان ابتدائی و مردد میان نفی و اثبات میگردد ، لذا آنرا باید مانند شکهای ابتدائی تلقی کرده و بر حسب اقتضای مقام اصل برائت یا احتیاط یا تخیر را در آن جاری کرد .

قبل از بحث در مورد حجیت استصحاب و ارزشیابی دلایل موافقین و مخالفین لازم است که تذکر دهیم که در اصل برائت و اشتغال و تخیر شك يك شك ابتدائی بود در حالیکه در قاعده استصحاب يك شك عارضی و یا اثنائی است برای تفاوت این دو شك مثالی را که فقها می آورند ماهر ذکر می کنیم .

هرگاه مایعی در برابر ما باشد که مشکوک میان شراب و سرکه باشد ؟ بدون اینکه قبلا ما این مایع را دیده باشیم و بر چگونگی حالت سابق آن اطلاعی داشته باشیم در شراب یا سرکه بودن آن شك کنیم ، این يك شك ابتدائی است و باید یکی از سه اصل برائت یا تخیر یا احتیاط را در آن اجرا کرد ، اما اگر بر سرکه بودنش در سابق یقین داشته ایم و اکنون شك کنیم این شك را شك اثنائی گویند و در این مورد اصل استصحاب را جاری می کنند ؛

مطلب دیگر که تکرار آنرا لازم میدانیم آنست که استصحاب از احکام ظاهری است نه احکام واقعی . مثلا در مثال شك در مالکیت زید ، حکم به مالکیت که میکنیم يك حکم ظاهری است و ممکن است در واقع و نفس الامر زید مالک قطعه زمین نباشد



و این حکم تا هنگامیکه خلافش ثابت نگردد معتبر خواهد بود ، و در این حکم ، مالکیت زید نازل منزله مالکیت حقیقی و واقعی او است یعنی با اصطلاح فقها يك مالکیت تنزیلی است و همانطور که گفته اند (الاصل دليل حيث لا دليل له) یعنی اصل تا آن هنگام دلیل خواهد بود که دلیلی برای موضوع وجود نداشته باشد ، پس حکم استصحاب هم چنین است ، تا خلافش بوسیله دلیل دیگر ثابت گردد .

### اقسام استصحاب

استصحاب را به عبارات متعدد تقسیم کرده اند که از میان آنها سه اعتبار از همه مهمتر است :

۱ - اعتبار مستصحب یعنی آن چیزی که متعلق ما پورده ( مانند مالکیت زید ) و مورد شك واقع شده است .

۲ - باعتبار دليل یعنی حکم یا موضوع ذی حکمی که سابقاً بطور یقین وجود داشته است اکنون مطابق کدام دلیل ( کتاب ؟ سنت ؟ عقل ؟ اجماع ؟ ) طبق یقین سابق عمل کرده و بشك ترتیب اثر نمی دهیم ؟

۳ - اعتبار منشأ شك یعنی آن چیزی که باعث تزلزل یقین ما شده و شك را بوجود آورده است شك در مقتضی است یا رافع ؟  
اکنون به شرح مختصر هر يك از اعتبارات سه گانه فوق می پردازیم :

#### ۱ - اعتبار مستصحب

قبل از تشریح اقسام استصحاب از نظر مستصحب ، ناگزیر از ذکر مقدمه ای است و آن حکم و اقسام آن است .

حکم چیست ؟ از نظر منطقی حکم عبارتست از نسبتی ایجابی یا سلبی که ما به موضوعی می دهیم ، مثلاً در عبارت « پرویز دانا است » پرویز محکوم علیه (موضوع) و دانا محکوم به (محمول) و « است » رابطه میان موضوع و محمول است که بدان

نسبت حکمیه گویند ، در محاورات مردم هم حکم به دستور و فرمان تعبیر می‌گردد بطوریکه مردم باید آنرا عمل و یا رعایت کنند ، اما در فقه اسلامی حکم عبارتست از دستور درباره افعال مکلفان چه الزامی باشد مانند امر و نهی و چه غیر الزامی باشد مانند استحباب و کراهت و اباحه .

اقسام حکم : حکم بر سه قسم است :

یک - حکم عقل که عبارتست از خطاب و فرمان عقل که بشر در زندگانی اجباراً باید از آن اطاعت کند تا از لحاظ مادی و معنوی بر راحتی بتواند زیست نماید .

دو - حکم قانون که از طرف قوه مقننه برای حفظ نظم و انتظام عمومی و مصالح کشور باید از طرف افراد تابعه مملکت اجرا گردد .

سه - حکم شرع که در اصول مورد بحث است و آن فرمان الهی است که مواضع آن بوده و توسط پیامبر ابلاغ و اعلام شده و این حکم بر دو قسم است : تکلیفی و وضعی .

حکم تکلیفی الزامی است که به افعال مکلفان (کسانیکه عاقل و بالغ و رشید باشند) تعلق می‌گیرد و شخص مکلف باید در انجام و ترک آن مختار باشد پس اگر فاعل مضطر باشد در آن صورت تکلیف معنی نخواهد داشت و همچنین باید قدرت انجام آنرا نیز داشته باشد .

حکم تکلیفی بر پنج گونه است : وجوب ، حرمت ، استحباب ، کراهت ، اباحه .

حکم وضعی خطایست که به لحاظ حکم تکلیفی با افعال و اعمال مکلفان تعلق می‌گیرد و مشروط بشرایطی که در حکم تکلیفی است نمی‌باشد و این خطای متعلق باموریست که آن امور اسباب یا شرایط یا موانع حکم شرعی میباشند ، مثلاً عقد نکاح که سبب اباحه تمتع و یا طهارت که شرط صحت نماز و یا نجاست که مانع صحت

نماز است و بهمین جهت است که گفته اند محصول یا نتیجه عقود و ایقاعات - طهارت و نجاست - صحت و بطلان و امثال آنها جزو احکام وضعیه شارع هستند و ضمناً باید توضیح داد که احکام مزبور مستقلاً مجعول شارع نیستند بلکه از مقتضای خطابات درباره احکام تکلیفیه مستفاد میگردند.<sup>۱</sup>

همچنین حکم شرعی از جهت دیگر به کلی و جزئی و وجودی و عدمی تقسیم می گردد :

**حکم کلی** حکمی است که برای موضوعی که وجودش در تقدیر گرفته شده انشاء شده باشد مانند وجوب حج که در اول برای بالغ عاقل مستطیع ایجاد شده است بدون اینکه وجود خارجی موضوع حکم یا مکلف مزبور مورد توجه باشد یا حرمت شرب خمر بر مکلفان فرضی الوجود است لکن همین احکام کلی در مرحله عمل و تطبیق بصورت جزئیاتی در می آیند و مثلاً مصداقی از مصداقی نماز کلی بر فرد مشخص از افراد مکلفان واجب می گردد .

پس مراد از احکام کلی احکام در مرحله اولی و از احکام جزئی احکام در مرحله دوم است ، و همانطور که سابقاً در فصل سوم این کتاب درباره مسائل فقهی و مسائل اصولی بحثی کوتاه کرده بودیم ، اینجا دوباره یادآور میشود که خطاب فقیه برخلاف شخص اصولی بر مکلف حاضر است یعنی حکمش جزئی است در صورتیکه حکم شخص اصولی کلی است .

پس از این مقدمه برای روشن شدن مطلب مثالهایی را ذکر میکنیم .

۱ هر گاه ثبوت حکمی تکلیفی قبلاً یقینی بوده و بعد بسبب ناسخ غیر معتبری مشکوک گردد ، استصحاب حکم مزبور استصحاب کلی تکلیفی است .

۱- در اینکه احکام وضعیه بطور کلی و یا بطور جزئی قابل جعل هستند یا نیستند مورد خلاف است رجوع شود به کتاب قواعد فقه محمود شهابی ص ۲۹ و ۳۰ درباره عقیده شیخ انصاری و میرزای نائینی .



- ۲ - هرگاه شخصی که روزه واجب دارد ، در اثناء روز در اثر عارض شدن بیماری احتمال دهد که شکستن روزه جایز است ولی باین شك و احتمال اعتنا نکند و حالت سابق را یقینی فرض کند استصحاب حکم جزئی تکلیفی کرده است .
- ۳ - آبی که قبلا پاک بوده و بعد بسبب ملاقات احتمالی با متنجس مشکوک باشد استصحاب طهارت سابق استصحاب حکم وضعی است (شرط حکم) .
- ۴ - حکم بر بقاء ملکیت متیقنه سابقه زید «استصحاب موضوعی وجودی» است چنانکه ماده ۳۵۷ آئین دادرسی مدنی ایران نیز راجع بهمین استصحاب وجودی است که می گوید : «در صورتیکه حق یادینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقای آن است مگر خلافش ثابت شود» . مثلاً اگر حسن بموجب سند معتبر مبلغی از حسین بستانکار باشد ولی حسین مدعی پرداخت بدهی خود گردد ، در این مورد : اولاً - حالت سابق که معلوم است مدیون بودن حسین است که سند مزبور دلالت بر آن می کند .
- ثانیاً - ادعای پرداخت از جانب مدیون اگر مقرون بدلیل نباشد لا اقل ایجاد شك برای دادرس میکند زیرا احتمال دارد که بدهکار راست گفته باشد همچنانکه احتمال دروغ هم میرود پس در این صورت تغییر حالت سابق محل تردید است و بنا بر این حالت سابقه معتبر است و معنی معتبر بودن حالت سابقه این است که بدهی سر جای خود باقی است و مدیون محکوم بپرداخت آن است<sup>۱</sup> .
- و ماده ۳۵۶ آئین دادرسی مدنی نیز يك نمونه «استصحاب عدمی را در بردارد این ماده میگوید : «اصل برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یادینی بردیگری باشد باید آنرا اثبات کند والا مطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه داده خواهد شد » .

دکتر جعفری لنگرودی ذیل این ماده می نویسد : «حالت سابق هر دین و هر حقی عدم است یعنی هر حق و هر دینی مسبوق به عدم میباشد زیرا هیچ حق و دینی ابدی نیستند ، وقتی شخصی مدعی حقی یا دینی بردیگری میشود تادلایل نیارود دادرس حق دارد که تردید کند در اینکه حالت سابق (که عبارت از مدیون نبودن خواننده است) تغییر کرده است ؟ و در نتیجه خواننده بدهکار بخوانان گردیده است ؟ باوجود چنین شکمی حالت سابق معتبر است ، و معنی معتبر بودن حالت سابق این است که حکم بضرر مدعی داده شود و مدعی محکوم گردد»<sup>۱</sup>

## ۲- اعتبار دلیل

حکم یا موضوع صاحب حکمی که سابقاً بطور یقین وجود داشته است اکنون اثباتش مطابق دلائل چهار گانه کتاب ، سنت عقل و اجماع میباشد .

اول ، استصحاب باعتبار دلیل کتاب و سنت (استصحاب حال نص)

استصحاب احکامی که اثباتشان توسط کتاب و سنت است مانند و خوب گزاردن نماز در صورتیکه بقاء این وجوب بواسطه احتمال طهر و حیض مشکوک گردد و یا استصحاب حرام بودن اکل میتة در صورتیکه بقاء آن بواسطه عارض شدن احکام اضطرار احتمالی مشکوک گردد .

دوم : استصحاب باعتبار دلیل عقل (استصحاب حال عقل)

استصحاب احکامی که اثباتشان توسط عقل صورت گرفته است مانند و خوب احسان و اطعام مساکین و یا استصحاب حرام بودن ظلم در صورتیکه بواسطه حاصل شدن بیم خطر و پیش آمدن اوضاع و احوال غیر عادی بقاء آن وجوب و یا آن جرمت مشکوک گردیده باشد ، اما اگر این اوضاع و احوال و جریانات مشکوک نباشد و از مرحله شك

۱- مقدمه عمومی علم حقوق ذیل استصحاب عدمی .

بالا تر شود دیگر نمی توان متیقن سابق را استصحاب کرد و مآدر «مبحث اختلاف درجه فهم آیات قرآن» قبلاً بگونه‌ای دیگر این مطلب را یادآور شده ایم .

### سوم . استصحاب باعتبار دلیل اجماع (استصحاب حال اجماع)

استصحاب احکامی که اثباتشان توسط اجماع صورت گرفته است مسانند کسی که آب نیابد می تواند تیمم کند این حکم اجماعی است حال اگر باتیمم شروع به نماز کرد و در اثنای نماز آب یافت آیا حکمی را که اجماع برای او مقرر داشته است ، می تواند استصحاب کند و نماز را تا آخر ادامه دهد و بپایان رساند ؟ اگر نماز را بپایان برساند استصحاب حال اجماع کرده است و اگر نماز را بشکند و از نو وضو بگیرد و نماز گزارد برخلاف استصحاب حال اجماع رفتار کرده است .

و یا اینکه منوجه در چند سال قبل حیات داشته و بعد بخارج ایران مسافرت کرده اما حیات وی در حال حاضر به علت قطع مکاتبه مشکوک شده است ؛ چون استصحاب حیات این غایب مفقود الاثر در فقه بوسیله اجماع ثابت شده است استصحاب حیات وی را استصحاب حال اجماع گویند اگر این استصحاب را بنمائیم باید از تقسیم اموال وی در میان فرزندان اش خود داری نمائیم و زوجه اش نیز از ازدواج مجدد ممنوع باشد .

### ۳- باعتبار منشأ شک

یعنی آن چیزی که باعث و سبب تزلزل یقین ما شده و شك را بوجود آورده است که از دو حال خارج نیست یا ناشی از شك در بقاء مقتضی است یا ناشی از شك در وجود رافع است .

۱- قانون مدنی ایران از ماده ۱۰۱۱ تا ماده ۱۰۳۱ احکام مربوط به غایب مفقود الاثر را بیان کرده است .



مقصود از مقتضی چیست؟ مقتضی عبارتست از چیزی که در صورت عدم ممانع بتواند منشا اثر شود، مانند «قرار داد های خصوصی نسبت بکسانیکه آنرا منعقد نموده اند منشاء اثر و نافذ است، هر گاه مخالف صریح قانون نباشد» (ماده ۱۰ قانون مدنی) پس اقتضاء عقد منشاء اثر بودن و مانع تأثیر آن مخالفت با صریح قانون است. و یا مقتضی روشنی چراغ داشتن نفت است و نبودن مانع عبارت از عدم وزش باد است. پس اگر شك در داشتن نفت باشد آنرا شك در مقتضی گویند و اگر شك در وزش باد باشد آنرا شك در رافع گویند.

اعتبار شك در مقتضی را سه دسته تکوینی، شرعی و ملاکی، تقسیم می کنند و شك در رافع را به شك در موجود شدن رافع و شك در رافع بودن موجود تقسیم مینمایند و هر يك از اینها ممکن است از جهت (شبهه حکمی) باشد یا از جهت (شبهه موضوعیه) که از ذکر آنها صرف نظر می کنیم و نیز اقسام دیگری باعتبارات دیگری استصحاب را تقسیم کرده اند که تمامی آنها را بکتاب اصول فقه ارجاع میدهیم که ذکر همه آنها کتابی مفصل و جداگانه و قطور خواهد شد و از حوصله این کتاب بیرون است.

\* \* \*

### حجیت استصحاب

در باره حجیت و دلیل بودن استصحاب عقاید بسیار مختلف و متشتت است بعضی آنرا بطور مطلق و در کلیه اقسام آن معتبر میدانند و بعضی دیگر بطور مطلق و در کلیه اقسام آن غیر معتبر و باطل میدانند<sup>۱</sup> و بعضی قائل به تفصیل شده اند  
مثلاً:

- ۱- حقوقدانان حنفی استصحاب عدمی را حجیت دانسته و استصحاب وجودی را حجیت ندانسته اند.

---

۱- از آنجمله دکتر موسی جوان است بکتاب «بطلان قاعده استصحاب» تألیف نامبرده مراجعه شود.

۲- برخی از دانشمندان اخباری استصحاب را در موضوعات جائز و در احکام جایز ندانسته‌اند .

۳- عده ای استصحاب در احکام جزئی را جایز و در کلی معتبر ندانسته‌اند .

۴- غزالی استصحاب حال نص و حال عقل را جایز و حال اجماع را ممنوع دانسته است .

۵- اکثر حقوقدانان متأخر استصحاب حال نص و حال اجماع را تجویز و حال عقل را نهی کرده‌اند مانند شیخ مرتضی انصاری در فرائد الاصول ولی میرزای نائینی در تقریرات اصول با قول شیخ انصاری مخالف است :

۶- عده‌ای استصحاب ناشی از شك در رافع را حجت و در بقاء مقتضی را غیر نافذ دانسته‌اند .

خلاصه اقوال بسیار متعدد است و بحث و تشریح همه آنها در این مختصر میسر نیست لذا فقط درباره حجیت وعدم حجیت استصحاب بطور مطلق بحث را منحصر میسازیم .

### دلایل حجیت استصحاب :

۱- حکم عقل : عقل تا زمانی که قطع بزوال چیزی که در سابق یقینی بوده پیدا نکند ، آنرا همچنان باقی فرض مینماید ، نامه ای که برای شخص غایب که مدتهاست از وی خبری نداریم ، می نویسیم ، نشانه آنست که وجود او را در حال حیات فرض کرده ایم ، این که تجار روی اعتباری که بامانت داری افراد می کنند و برایشان از راه دود نمونه جنس و یا کالا های گران میفرستند بر اساس قاعده استصحاب است و این تا آنجاست که بعضی از فقها ادعا کرده‌اند که اگر اصل استصحاب معتبر نباشد اساس اجتماع بشری متزلزل شده و بهم خواهد ریخت .

## ۴- سنت

یکم - زرار از امام محمد باقر عَلَيْهِ السَّلَامُ پرسید هرگاه خواب خفیفی برای کسی که وضوء دارد عارض شود هنگام نماز باید وضوء را تجدید کند یا نه ؟ امام فرمود که چشم ممکن است بخواب رود اما قلب و گوش بیدار باشد ، و اگر چشم و گوش بخواب رفتند وضوء مجدد واجب خواهد بود .

زراره پرسش دوم نمود ، امام پاسخ داد خواب باید چنان باشد که شخص پس از بیدار شدن بخواب خود یقین نماید و فرمود «وَأَلَّا فَاتَنَّهُ عَلَى يَقِينٍ مِّنْ وَضُوئِهِ وَلَا يَنْقُضُ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ وَلَكِنْ يَنْقُضُهُ بِيَقِينٍ آخِرٍ» یعنی چنین شخص بر یقین خود در وضو باقی است . یقین بوسیله شك گسیخته نمی گردد ، لکن بوسیله یقین دیگر ممکن است نقض و شکسته شود .

دوم - زرار از امام پرسید اگر گمان کردم قطره خون به لباس من اصابت نموده و جستجو کردم و محل آن را نیافتم اما پس از پایان نماز در لباس خود مشاهده کردم باید نماز را از نو بجا آورم یا خیر ؟

امام فرمود : محل قطره خون را باید شستشو دهی طاهر شود ولی نماز مجدد و اعاده آن لزوم ندارد علت را پرسید ، پاسخ فرمود : «لَا نَكَ كُنْتَ عَلَى يَقِينٍ مِّنْ طَهَارَتِكَ فَشَكَّكَتَ وَ لَيْسَ يَنْبَغِي أَنْ تَنْقُضَ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ أَبَدًا»

یعنی تو در طهارت خود یقین داشتی و سپس شك بر تو عارض شد . هرگز سزاوار نیست یقین بوسیله شك گسیخته شود<sup>۱</sup> .

۱- اینکه «لباس را بشوی ولی نماز را اعاده نکن» فرمایش امام میرساند که استحباب از احکام ظاهری است یعنی به طهارت ظاهری اهمیت داده شده نه طهارت واقعی و نفس الامری .



سوم - در خصال صدوق روایتی از حضرت علی عَلَيْهِ السَّلَامُ نقل شده است که فرمود:  
 «مَنْ كَانَ عَلَى يَقِينٍ فَشَكَّ فَلْيَسْمُضْ عَلَى يَقِينِهِ فَإِنَّ الشَّكَّ لَا يَنْقُضُ الْيَقِينَ» یعنی هر کس بجمالت یقین باشد و شک بروی عارض شود باید برطبق یقین خود رفتار کند زیرا شک نمی تواند یقین را بشکند و از بین ببرد .

چهارم - خبر دیگری از حضرت علی عَلَيْهِ السَّلَامُ نقل شده است که : «مَنْ كَانَ عَلَى يَقِينٍ فَأَصَابَهُ شَكٌّ فَلْيَسْمُضْ عَلَى يَقِينِهِ فَإِنَّ الْيَقِينَ لَا يَدْفَعُ بِالشَّكِّ» یعنی هر کس یقین در امری داشته باشد و سپس شک بروی عارض شود باید برطبق یقین خود رفتار کند زیرا شک نمی تواند یقین را زائل و مرتفع سازد .

پنجم - از علی بن محمد قاسانی روایت شده که در شهر مدینه کتباً راجع بروز شک در ماه رمضان از امام پرسید ، باید روزه در این روز بگیرد یا نه ؟  
 امام فرمود : «الْيَقِينُ لَا يَدْخُلُهُ الشَّكُّ صُمْ لِلرُّؤْيَةِ وَ آفْطِرْ لِلرُّؤْيَةِ» یعنی شک در کار یقین دخالت ندارد ، برؤیت و دیدن روزه بگیر و برؤیت و دیدن افطار کن .  
 ششم - در خبر موثقه عمار نقل شده که فرمود : كُلُّ شَيْءٍ لَكَ طَاهِرٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذْرٌ یعنی هر چیز و هر شئی برای تو طاهر و پاک است تا زمانی که به نجاست آن علم و معرفت حاصل نمائی .

هفتم - در خبر دیگر آمده است که امام فرمود الماء كُلُّهُ طَاهِرٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذْرٌ یعنی آب تماماً طاهر و پاک است مگر علم به نجاست آن پیدا کنی .  
 هشتم - در خبر دیگر از موثقه عمار نقل شده است که امام فرمود : انْشَكَّكَ فَا بِنِ عَلَى الْيَقِينِ قُلْتُ هَذَا أَصْلٌ قَالَ نَعَمْ ، یعنی هر گاه شك در امری برای تو عارض شد بنا را بر یقین بگذار گفتم : آیا این اصل است ؟ فرمود بلی .

### ۳- اجماع :

در چند مورد اعتبار استصحاب اجماعی است :

۱- هر گاه یقین بر طهارت سابق و شك در پدید آمدن نجاست و یا یقین بر نجاست

سابق وشك در حصول طهارت داشته باشیم ، اجماعاً حالت سابقه را استصحاب می کنند .  
 ۲- در مورد غایب مفقود الاثر تا زمانیکه فوت وی محقق نشده بر حیاتش حکم  
 مینمایند .

۳- در مورد گواهی گواهان که لازم است گواه بر اساس مشهودات سابق خود  
 شهادت دهد تا هنگامیکه خلافش ثابت نشده معتبر است .  
 قائلین به حجیت مطلق استصحاب می گویند چون اجماع فقها در این مسائل ،  
 معتبر دانستن یقین سابق است پس در هر جایی که یقین سابق موجود باشد استصحاب  
 آن نیز لازم خواهد بود .

#### دلایل عدم حجیت استصحاب :

۱- استصحاب مفید ظن است نه قطع ، پس همانطور که آیاتی در قرآن در مذمت  
 پیروی از برهانه‌های غیر علمی و قطعی وارد شده است ، لذا عمل با استصحاب هم بنا به  
 مفاد آیات مزبور درست نیست .

۲- اخباری که درباره اثبات حجت بودن استصحاب نقل شده غالباً اخبار  
 غیر متواتر (خبر واحد و آحاد) و یا خبر مستفیض هستند که هیچکدام از آنها مقرون  
 به قرائن و امارات نیستند که با ملاحظه آنها صادق بودن خبر مسلم گردد .

در جواب ایراد اول حجت بودن ظن در حال انسداد قطع را مادر مبحث قطع  
 قبلاً آورده ایم (ص ۲۱۶ همین کتاب) و نیازی به تکرار آن نیست و در پاسخ ایراد  
 دوم نیز در مبحث خبر غیر متواتر ، حجت بودن آن را تشریح کرده ایم و در اینجا از  
 تکرار آن خود داری می کنیم اما بعضی هم<sup>۲</sup> قائل به تفکیک شده استصحاب را در

۱- آیات و اخبار درباره مذمت پیروی از ظن را مادر مبحث خبر غیر متواتر  
 نقل نموده ایم رجوع شود ص ۲۱۵ و ۲۱۶ همین کتاب .

۲- دکتر موسی جوان در کتاب «بطلان قاعده استصحاب» با تمام ادله حجیت  
 استصحاب بمخالفت برخاسته است ذکر تمام آن مباحث در این کتاب ، نیاز به کتابی  
 دیگر نظیر کتاب ایشان خواهد داشت لذا خوانندگان را به کتاب ایشان ارجاع  
 میدهیم .



امور عبادی از قبیل طهارت و نجاست و یا نماز و روزه صحیح میدانند اما در مسائل معاملاتی و معاشی صحیح نمی‌دانند، زیرا همانطور که از نقل احادیث مربوط به حجت بودن استصحاب برمی‌آید معلوم است که فاصله زمانی میان یقین سابق و شك لاحق مقرون و متصل بیکدیگر است چنانکه در خبر یکم و ضوع قبل از خواب مورد یقین بوده ولی در موقع خواب خفیف، شك و شبهه حاصل شده در خبر دوم درائسای نماز قطره خون مشاهده شده و شك پدید آمده و این شك به زمان یقین متصل است.

در خبر پنجم درباره روزه آخر ماه شعبان شك پیدا شده و در وجوب آن در ماه رمضان یقین است و زمان یقین و شك بهم مقرون و نزدیکند و در این اخبار از استمرار دادن یقین سابق هیچگاه صحبتی بمیان نیامده است، و از طرفی چنانکه ملاحظه میشود این اخبار در امور معاملات و عقود و ایقاعات وارد نشده‌اند پس قابل تسری باین نوع معاملات نخواهند بود بلکه در همان امور عبادی معتبر خواهند بود.

در مورد حُجَّت بودن استصحاب از طریق عقل عده‌ای و از آن جمله شیخ مرتضی انصاری با آن به مخالفت برخاسته است و می‌گوید اگر موضوعی مورد حکم عقل واقع شد بزوال موضوع یا عروض شك بر آن حکم عقل هم متزلزل می‌گردد و می‌گوید اگر دلیل استصحاب عقل باشد ما استصحاب را جاری نمیدانیم زیرا در احکام عقلی بر خلاف احکام نقلی و تعبدی شك و تردید و ظن و وهم و اجمال و ابهام راه ندارد، چه عقل قائم بالذات است و هیچگاه حکمی نمی‌کند مگر آنکه از جمیع جهات بآن توجه نماید، و موضوع آن حکم را از هر بابت ثابت بداند.

یکی از ارکان استصحاب شك لاحق است در صورتیکه شك در احکام عقلی اثری ندارد، عقل که به حسن و قبح موضوعی حکم صادر می‌کند موقعی است که از هر نظر آنرا بدقت بررسی کرده باشد.

حال اگر در این هنگام که عقل با تمامی این احتیاطات لازمه حکمی صادر کرد پس از چندی بعضی از شرائط حکم منتفی گردید و یا به مقتضای حاصل شدن بعضی از شرائط،



مادر بقاء آن حکم شك و تردید کردیم در اینحال چون بین موضوع و محمول که تلازم وجود داشته و اینک آن تلازم از میان رفته پس مسلماً موضوع حکم عقلی نیز متزلزل شده و با متزلزل شدن بقای موضوع عقلی استصحاب جاری نخواهد شد، و حال اگر ما بازم استصحاب را جاری نمائیم در حقیقت بخکم عقل این کار را نکرده ایم، زیرا هنگامی دلیل حکمی عقل و خرد باشد موضوع آنهم عقلی خواهد بود، چه متزلزل شدن حکم مستلزم متزلزل شدن موضوع است.

و بعبارت بهتر موازینی که عقل برای صدور حکمی در نظر گرفته است همان موازین در موضوع آن حکم هم معتبر و مؤثر بوده اند و متزلزل حکم بواسطه راه یافتن شك و تردید در آن ملازم با متزلزل موضوع آن حکم است بنابراین در احکام شرعی که از احکام عقلی ناشی شده اند استصحاب جاری نمی شود.

عده‌ای و از جمله (مرحوم میرزای نائینی از این اشکال پاسخ داده اند که اگر چه در فرض مذکور، موضوع حکم عقل مشکوک شده است ولی شك در موضوع 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 مشکوک شده، باقی باشد.

### و اما تفصیل جواب میرزای نائینی :

۱- تلازم ادعائی مورد بحث صحیح نیست و کلیت ندارد، زیرا چنین نیست که هر چه باعث و سبب وجود موضوعی باشد همان خصوصیات مؤثر در وجود و قوام حکم تلقی شود زیرا مصالحی در حسن و قبح موضوعی مؤثرند در صورتیکه آن مصالح در حکم آن موضوع صاحب اثر نیستند و امکان دارد که دلائل و جهاتی را که ما با عقل خود ملاک اعتبار حسن و قبح موضوعی میدانیم این دلائل و جهات در حسن و قبح حکم آن موضوع مناط اعتبار نباشند و واقع و نفس الامر چیز دیگری باشد.

مثال : حکم عقل به قبیح دروغی که از آن سودی عاید نمی شود از اینجهت است که به مصداق عدم النفع و اینکه سودی برای شخص دروغگو و دیگران تصور نمی شود بگوئیم انسان بکاری که برای وی سودی ندارد اقدام نمی کند ولی درحالیکه امکان دارد مصلحت شرعی از این نظر نباشد ، بلکه اجتناب و احتراز از ضرر که حاصل دروغ است انگیزه و محرک آن باشد نه عدم النفع .

بعبارت ساده تر اینکه چیزهائی که ملاک و معیار افکار ما هستند درحسن و قبیح امور معلوم نیست که همان ملاکها و معیارها درواقع و نفس الامر که از آن تعبیر بحکم شرع می کنیم جاری باشد تادر نتیجه نتوان استصحاب را در احکام شرعی که دلیلش عقل است ، جاری نمود .

۲- حال اگر قبول کنیم که تمام جهات و خصوصیات و اسبابی که مؤثر در صدور حکمی باشند تمامی آنها در بقاء موضوع آن حکم هم مؤثرند باز می گوئیم که ملاک حکم شرع اعم از ملاک حکم عقل است .

درمثال بالا درباره حرمت دروغ گوئیم حکم شرع ملاک و معیارش درافقی و سیمتر و بالاتر و دریک سعه صدری بیشتر قرار گرفته ، در آنجا عدم سود و عدم فائده و وجود ضرر تمامی در تحت آن حکم شرعی قرار گرفته اند و در متن واقع حکم شرعی اعم از حکم عقلی است .

یکی از حقوقدانان<sup>۱</sup> استصحاب را از لحاظ سند ، نقلی و تبعیدی میدانند و مثال میزند که شخصی مدتها مورد اعتماد ما بوده و ما «یقین» بامانت او داشتیم و اموال خود را نزد وی بامانت می گذاشتیم اگر بعدها به سبب دیدن بعضی اعمال و رفتار که حس اعتماد و اطمینان ما را نسبت بوی سلب کرد و در بقاء امانت او تردید و شك حاصل شد که آیا هنوز هم امین است یا خیر ؟ آیا در این روزگار می توانیم ترتیب اثر نداده و چشم بسته اموال خود را به عادت سابق نزد وی بگذاریم ؟

۱- حقوق يك عنصری دکتر جعفری لنگرودی



در این مورد گوئیم در هر دو مورد چه در امانت اول و چه در تردید دوم استنباط ناشی از عقل وجود دارد و ملاک و معیار «الظاهر» عنوان الباطن» در اول بساعت شد که ماوی را امین بدانیم ولی اعمال و رفتاری که حس اعتماد را ضعیف کرد اصل «الظاهر» عنوان الباطن» را نیز ضعیف نمود و ملاک اولی در اینجا از میان رفت ، چه هر پدیده‌ای در معرض تغییر و دگر گونی است .

انسان هم بنا بخوی و فطرت و عواطف و احساسات خود همواره در یک راه ورش ثابت و پابرجا نمی ماند ، لذا این مثال نمی تواند مبنای عقلی استصحاب را زائل گرداند ، امروزتجار روی اصل اطمینان و اعتماد و سرعت تجارت می کنند .

و بایک تلفن و بایک تلگراف صدها هزار تومان مال التجاره را برای یکدیگر می فرستند و اگر چنین نباشد نظم اجتماعی بهم می خورد ، پس تنها دلیل استصحاب قول شارع که (ولا تنقض الیقین بالشک) یعنی یقین را به شک نقض مکن . نیست ، بلکه مبنای عقلی نیز دارد . نهایتاً در احکام عقلی هم شک و تردید پس از زوال اسباب و لوازم آن حکم راه می یابد . صاحب کفایة الاصول<sup>۱</sup> معتقد به دلیل عقلی استصحاب نیست زیرا میگوید عمل عقلا در مورد استصحاب خلاف آیات مربوط به مذمت از پیروی ظن است .

یکی از حقوقدانان در پاسخ می گوید<sup>۲</sup> ، قبول کردن حجیت استصحاب از خبر واحد کمتر نیست زیرا صاحب کفایه معتقد به حجیت خبر واحد بوده است و چون حجیت بودن استصحاب یکی از دلائل اخبار است از اینجهت از خبر واحد کمتر نیست ، زیرا عمل نکردن به ماوراء علم با عمل به سیره و روش عقلا و از طرفی حجیت خبر واحد منافات دارد ، لذا اگر اعتبار استصحاب از خبر واحد قویتر نباشد دست کم با آن مساوی است و همانطور که آیاتی که از پیروی غیر علم نهی کرده است مانع از عمل کردن به مفاد خبر واحد نیست همانطور هم نمی تواند مانع عمل به سیره و روش عقلا شود ، نهایتاً حجیت بودن استصحاب

۱- آخوند ملا محمد کاظم خراسانی

۲- دکتر محسن شفائی مؤلف «ملاک اصول استنباط» .



محدود به مواردی است و نمی توان برای آن کلیت و اطلاق و عمومیت قائل شد و همه جاز آن استفاده نمود .

در اینجا بحث مربوط به استصحاب را خاتمه میدهیم و مباحث دیگر آنرا از قبیل مجرای استصحاب ، تعارض دو استصحاب ، تعارض استصحاب با برائت ، استصحاب تعلیقی ، شرائط استصحاب و غیره و غیره را به کتب اصول فقه ارجاع میدهد .

### قاعده فراغ و تجاوز

هر گاه مکلف عملی را بطور کامل انجام داد و از آن فراغ حاصل کرد ، سپس شك و دودلی بوی عارض شد که آیا عمل را بطور صحیح انجام داده است یا خیر ؟

مُجاز نخواهد بود که باین دودلی و شك اعتنا نماید ، مبنای این قاعده احادیثی است که در این مورد رسیده یکی از آنها اینست که امام فرمود :

«هرگاه از عملی فارغ شدی و در عملی دیگر داخل شدی شك تو منشأ اثر نخواهد بود» و در حدیث دیگر : «هرگاه در جزئی از اجزای وضو شك کردی در حالیکه بجزء دیگر داخل شده ای شك تودر خور اعتنا نخواهد بود زیرا شك در صورتی قابل اعتنا است که هنوز بجزء دیگر تجاوز نکرده باشی» .

حدیث اول مبنای قاعده فراغ و حدیث دوم مبنای قاعده تجاوز است ، پس اگر کسی پس از اتمام نماز شك کند که آیا نماز را صحیح انجام داده ؟ طهارت داشته یا خیر ؟ و غیره این شك بعد از فراغ است و قابل اعتنا نیست و اگر در اثناء نماز یعنی در رکعت دوم شك کند که آیا رکوع رکعت اول را بجا آورده اینهم شك بعد از تجاوز است و قابل اعتنا نیست .

در حقوق جدید ایران در ماده ۱۵۵ آئین دادرسی مدنی قاعده فراغ دادگاه 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 و انتفاع اقامه

دعوی کرده است نمی تواند بعنوان تصرف عدوانی و ممانعت از حق طرح دعوی نماید»  
صرف نظر از تنافی بی که میان دعاوی مذکور وجود دارد و اساساً مدعی طریقی را که  
پیش گرفت مطابق قاعده تجاوز قطعی است، قاعده فراغ و تجاوز از احکام ظاهری است  
نه واقعی که در فصول آینده درباره آن بحث خواهد شد .



## مبحث پنجم :

## قیاس

حجت یا استدلال از نظر منطق کلاسیک عبارتست از تصدیقات معلومی که ما را به تصدیق مجهولی میرسانند ، و آن بر سه گونه است : قیاس و استقراء و تمثیل

۱- قیاس آن استدلال را گویند که ذهن را از حکمی کلی به حکمی جزئی یا از اصل به نتیجه و از قانون به موارد اطلاق برساند مانند اینکه از تعریف دایره نتیجه بگیریم که «شعاعهای دایره باهم مساویند» و یا اینکه :

«هر انسانی فانی است» (کلی) «پرویز انسان است» (جزئی) پس «پرویز فانی است» (نتیجه) قیاس باعتبار شکل و هیئت و طرز ترکیب قضایای آن با یکدیگر به اشکال چهار گانه و باعتبار مواد تشکیل دهنده قضا یا به صناعات پنجگانه (برهان - خطابه - جدل - مغالطه - شعر) تقسیم میگردد .

و طبیعی ترین و مهمترین اقسام آن قیاس رهانی است که مقدماتش از یقینیات تشکیل گردیده و مفید علم و قطع میباشد .

۲ - استقراء که عبارتست از پی بردن بحقایق عمومی و کلی بر اساس تحقیق در حال جزئیات شناخته شده و معلوم مانند اینکه از مشاهده انبساط فلزات مختلف در مقابل حرارت به نتیجه کلی میرسیم که «حرارت فلزات را منبسط میکند» معلوم



است که این نتیجه بالضرورة از مقدمات بدست نمی آید زیرا مخالف عقل نخواهد بود که حرارت فلزی را منبسط نکند یا چگونگی انبساط با آنچه ما در آزمایشهای خود مشاهده کرده ایم فرق داشته باشد ، درحالیکه استدلال قیاسی نتیجه اش بالضروره است و غیر قابل تردید میباشد .

برای یافتن حکم کلی در استقراء اگر تحقیق نسبتاً کامل باشد و در حال یکایک جزئیات بررسی دقیق شده باشد آنرا استقراء کامل و تام گویند و اگر فقط در حال اغلب و اکثر تحقیق بعمل آید آنرا استقراء ناقص نامند .

۳ - تمثیل استدلالی است از حکم جزئی به حکم جزئی دیگر ، مثل اینکه حکم کنیم که « کره مریخ مسکون است » بدلیل اینکه شباهت دارد به زمین که مسکون است و چه شباهتی را که میان دو جزئی وجود دارد «جامع» و جزئی اول را شاهد و جزئی دوم را غایب نامیده اند . علمای منطق برای استقراء ناقص و تمثیل که افاده ظن می کند ، ارزشی قائل نیستند .

### قیاس از نظر علم اصول

در علم اصول فقه قیاس با علم منطق فرق بسیار دارد ، در اصطلاح علمای اصول قیاس عبارتست از حکم نمودن به امری مطابق امر دیگر که مشترك العله میباشد و بار کردن حکم موضوعی بر موضوع دیگر باعتبار اشتراك آنها در علت حکم - موضوعی که حکمش ثابت است اصل و مجهول را فرع و علت مشترك (قدر مشترك) را جامع و یا علت نامند ، فی المثل خمر و فئقاع هر دو مسکونند لکن در شرع حکم خمر بر حرمت آمده ولی از فئقاع نامی برده نشده ، در اینجا خمر را اصل و فئقاع را فرع و مسکونیت را جامع نامند .

میان اصل و فرع که از جهتی شبیه یکدیگرند ، جهات افتراق نیز وجود دارد پس در قیاس آنها بیکدیگر چند عامل لازم است :

- ۱ - سببی که بآن سبب و علت حکم بر اصل یعنی موضوعی که حکمش ثابت است ، بارگردیده بهمان سبب هم به فرع بارگردد پس چون خمر بسبب مسکریّت که علت تامه حکم حرمت آنست حرام میباشد درمورد فقاع هم بهمین علت حرام خواهد بود . نه بواسطه شباهتشان درسیّال بودن و رنگ و طعم و غیره .
- ۲ - خمر و فقاع (آبجو) در مسکریّت باهم متشابهند ، ولی در اینکه شراب از انگور و آبجو از جو گرفته میشود با یکدیگر متفاوتند ، در اینصورت ما هنگامی می‌توانیم حکم شراب را به خمر تسریّ دهیم که علت ، مطلق مسکر بودن باشد نه مسکر بودن از انگور و مقید باینکه از انگور باشد .
- ۳ علت حکم در قانون بنحو قاطع مسلم باشد نه از طریق حدس و گمان ، در اصطلاح علمای اصول علیّی که از راه حدس و تقریب کشف گردند علل مستنبطه و علیّی که بوسیله کتاب و سنت بیان شده‌اند علل منصوصه گویند .

### حجیت قیاس

حقوقدانان اهل سنت و جماعت چه علت قیاس از علل مستنبطه و چه از علل منصوصه باشد آنرا حجّت و دلیل دانسته‌اند و اینگونه استدلال کرده‌اند که اگر علت حکمی خواه از کتاب و سنت و خواه از لحاظ حدس و تقریب احراز گردد ، این حکم بفرع نیز قابل تسریّ خواهد بود مانند حکم حرمت که به آبجو قابل تسریّ است زیرا علت حکم ، مسکر بودن است و بر هر چیز دیگر که مستکننده باشد نیز حکم حرمت بار خواهد بود ، چه وجود علت مستلزم وجود معلول است عده‌ای از فقهای این استدلال را در مورد علل منصوصه پذیرفته‌اند ولی در مورد علل مستنبطه پذیرفته‌اند زیرا علل مستنبطه قطعی نیستند تا به اعتبار آنها بتوان حکم اصل را درباره فرعی نیز جاری کرد زیرا ممکن است که حدس و تقریب ما در آن مورد به خطا رفته باشد و آن علت که ما علت تامه از نظر شارع می‌پنداشتیم ، علت واقعی نباشد .



عده‌ای دیگر از فقهای شیعی وظاهریه از اهل سنت مطلقاً حجیت قیاس را انکار کرده‌اند استناد فقهای شیعی به احادیث بسیاری است که اغلب اخبار مستفیض و متواتر میباشد که هم از طریق اهل سنت و هم از طریق خاصه (یعنی امامیه) روایت شده‌است :

۱ - حدیث نبوی : « امت من هفتاد و سه فرقه میشوند و بزرگترین فتنه آنها فتنه قومی است که :

« یَقِیْسُونَ الْأُمُورَ فَيَحْزَمُونَ الْحَلَالَ وَ يُحَلِّلُونَ الْحَرَامَ » که در احکام بقیاس عمل مینمایند و حرام را حلال و حلال را حرام می‌کنند .

۲ - حضرت صادق به کسی که عمل به قیاس مینمود فرمود :

« لَا تَقِیْسُ فَإِنَّ أَوَّلَ مَنْ قَاسَ الشَّيْطَانُ حَيْثُ قَالَ : خَلَقْتَنِي مِنْ نَارٍ وَ خَلَقْتَهُ مِنْ طِينٍ » قیاس مکن زیرا که نخستین کس که قیاس کرد شیطان بود جائیکه گفت : مرا از آتش و او را از خاک آفریدی .

۳ - روایت دیگر از حضرت رضا ع است که از رسول اکرم نقل فرموده‌اند که : « مَا آمَنَ بِي مَنْ قَاسَ بِرَأْيِهِ » یعنی بمن ایمان نیاورده است کسیکه برای خود قیاس نماید ،

۴ - حضرت صادق فرموده‌اند : بول و منی که از انسان خارج میشود قابل قیاس نیست در بول وضو لازم میشود و در منی غسل ، در روزه و نماز زن حائض روزه‌اش قضا دارد اما نمازش قضا ندارد ، در باب زنا اقامه چهار شاهد لازم است ولی در قتل دو نفر شاهد عادل کافی است ، اقرار که مثبت دعوی است در نسب مثبت نیست ، در

۱- این حدیث قبلاً نیز در ابتدای مبحث چهارم این کتاب (عقل) آمده است .

۱- قول امام صادق به ابوحنیفه : « لَوْ كَانَ الدِّينُ يَتَّخِذُ بِالْقِيَاسِ لَوَجِبَ عَلَى الْحَائِضِ أَنْ تَقْضِيَ الصَّلَاةَ لِأَنَّهَا أَفْضَلُ مِنَ الصَّوْمِ » اگر قرار باشد که دین بوسیله قیاس اخذ شود لازم است که قضای نماز بر زن حائض واجب گردد زیرا نماز افضل از روزه است .



کلیه احکام شرعی بطوریکه شرعاً دستور داده شده باید عمل نمود و نمی توان قیاس کرد و حکم معلومی را با حکم غیر معلومی متحد العمل قرارداد .

مثلاً در اعتکاف نمودن شرط است که روژه دار باشد پس نمی توان 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 ، در وکالت هم مواردی را شارع قابل توکیل قرار داده و در اموری که مباشرت شخصی را شارع معتبر دانسته است مثل تطهیر و نماز واجب که وکالت و نیابت بردار نیست مگر در اداء دورکت نماز طواف برای کسی که عاجز باشد صحیحاً بجا آورد ، مشهور قابل نیابت دانسته اند .

شرط و قیودی که شارع برای صحت وکالت و نیابت قرار داده که لازم الرعایه است مسائل مشکل که در باب وکالت است که در چه مورد وکالت نمودن جائز و در چه مورد جایز نیست کمتر رعایت می شود البته در امور مشروع وکالت صحیح است ولی در امور غیر مشروع را نمی توان قیاس به امور مشروع کرد .<sup>۲</sup>

۵ - حدیث دیگر نیز در باب بطلان قیاس آمده است که : « دانش ابن شبرمه (از قضات اهل سنت و معاصر امام صادق علیه السلام بود ) دانش نیست ، گمراهی است او شرع را بقیاس و اندیشه خود می شناسد . حال آنکه مقررات شرع در مجموعه ای بنام جامعه گرد آمده است که رسول خدا صلی الله علیه و آله مطالب آنرا املاء کرد و علی به خط خود نوشت ؛ تمام مقررات حلال و حرام در آن فراهم شده و جای سخن برای کسی نگذاشته است .

\* \* \*

پیروان قیاس می‌خواهند راه حل مشکلات را در قیاس پیدا کنند ولی از این راه از مقصود شارع بدور می‌افتند.<sup>۱</sup>

در توصیف جامعه در جزء دوم از جلد اول کتاب وافی طی حدیثی چنین گفته اند:<sup>۲</sup>

«جامعه صحیفه‌ای است بطول هفتاد ذراع و با ملاء رسول خدا و خط علی، هر حلال و حرامی در آن ذکر شده است حتی غرامت خراش که بر بدن کسی وارد آورند» نویسنده کتاب «ترمینولوژی حقوق» می‌نویسد:

از فرق اهل تسنن فرقه‌ی ظاهریه نیز مانند شیعه باینکه فقدان نص را قبول دارند معتقدند که نیازی به قیاس نیست و باید از متون قانون بهر وسیله غیر از قیاس، راه حل موارد سکوت را بدست آورد.

شیعه نیز موارد سکوت قانون را قبول ندارد ولی می‌گوید بعلمت اختلاف نظر در امر امامت و خلافت بسیاری از مقررات مجال نشر و انتشار نیافته‌اند و این غیر از سکوت مقنین از تقنین درپاره‌ای از مسائل است و باین ترتیب کلیه فرق اسلامی که باقیاس مخالفند نظر واحد دارند. باین وصف از مضمون احادیث منع قیاس دانسته میشود که پیروان قیاس حتی با وجود نص عام قانون هم دست به قیاس می‌زدند و صاحب نظران رجوع نمی‌کردند و قضاء ملعبه اشخاص فاقد صلاحیت بود و حتی در موارد سکوت جای قیاس را نمی‌دانستند.

۱- «ضلع علم ابن شبرمه . عند الجماعة املا رسول الله «ص» و خط علی «ص» بیده ان الجماعة لم تدع لاحد کلاماً فیها علم الحلال والحرام . ان اصحاب القیاس طلبوا العلم بالقیاس فلم یزداد و امن الحق الابداء ان دین الله لایصاب بالقیاس، وافی - جزء اول از جلد اول ص ۵۸ - ترمینولوژی حقوق ص ۵۵۵ لغت قیاس .

۲- «صحیفه طولها سبعون ذراعاً بذراع رسول الله «ص» و املائه من فلق فیہ و خط علی «ع» بیمنه . فیها کل حلال و حرام و کل شیء یحتاج الیه الناس حتی الارش فی الخدش، مدرک سابق الذکر .

امور کیفری و مدنی را خلط می‌کردند. بهمین جهت شیخ‌بهای درزبده‌الاصول قیاس اولویت و منصوص العله را جایز شمرده و برای اثبات نظر خود باین حدیث استناد کرده است :

« سؤال از پیغمبر صلی الله علیه و آله شد که آیا خرمای تر را به خرمای خشک می‌توان فروخت .

پیغمبر پرسید وقتی که بیع تمام شد و خرمای تر خشک شد وزن کل بیع (خرمای تر) از وزن کل ثمن (خرمای خشک) کمتر می‌شود ؟ گفت آری ، پیغمبر فرمود این بیع درست نیست <sup>۱</sup>»

« روی همین اصل اکثر فقها اصل استحباب را که بحسب دلالت نص بسیار محدود است بقدری توسعه داده‌اند که آنرا بصورت بزرگترین اصل حقوقی در تمام مسائل فقهی راه داده‌اند .

در اشتغالات بکارهای قضائی نمونه‌هایی بدست می‌آید که نص خاص و عام راه حل آنها را بدست نمی‌دهد و از قیاس‌گزیر نیست شاید امام ابو بکر محمد بن ابوسهل سرخسی بهمین مقام نظر کرده و گفته است :

( النصوص معدودة والحوادث ممدودة .. فهو دليل ... علی ان القیاس حجة )  
یعنی نصوص محدود است و وقایع قضائی نامحدود است این است دلیل حجیت قیاس ،  
بهر حال مسأله قیاس و مسأله افراط و تفریط غیر صاحب‌نظر دو چیز است <sup>۲</sup>»

از علمای حقوق شیعی (سید مرتضی حجیت قیاس را مطلقاً رد کرده است و می‌گوید حرمت شراب بواسطه مسکر بودن مستلزم حرمت سایر مسکرات نمی‌گردد زیرا ممکن است از نظر شارع اسلام مسکر بودن مختص شراب ، علت واقعی حرمت

۱- «سئل النبی عن بیع الرطب بالتمر . فقال : اینقص اذا جف ؟ فقيل

نعم : فقال لا اذا»

۲- ترمذی و نولوی حقوق ، لنت قیاس



باشد نه مطلق مسکر بودن هر مشروبی<sup>۱</sup> علامه در مقام رد گفتار سید مرتضی می گوید این گفته مانند آنست که پدری به فرزند خود بگوید از این گیاه مخور زیرا زهر آگین است ، بدیهی است که این کلام اقتضا دارد که هر گیاه دیگری هم که زهر آگین باشد مورد منع این پدر قرار گیرد ، علامه اخبار و احادیث در مورد منع قیاس را در مورد تحریم قیاس به علل مستنبطه میداند نه به علل منصوصه ، و در باره اثبات حجت بودن قیاس منصوص العله ؛ علاوه بر دلائلی که در پیش ذکر کردیم قضاوت عرف مردم و ثانیاً لزوم ترتب معلول بر علت را دانسته اند . چه وقتی گفته میشود که شراب منوش زیرا مسکر است در نظر عرف علت مطلق مسکر بودن است نه مسکر بودن مختص به شراب ، پس همینکه این علت 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 از شراب زائل گشت ( فی المثل شراب تبدیل به سرکه شد ) حکم تحریم هم زائل گردد .

### اقسام قیاس اصولی

از اقسام قیاس آنچه میان فقهاء متداول است عبارتند از :

۱ - قیاس منصوص العله که علت حکم قانونگذار یا شارع در خود حکم بیان شده باشد ، محقق قمی میگوید : « این قیاس نیست بلکه نتیجه این قیاس در حقیقت جزئی از مدلول عبارت قانونگذار است و خود شارع هم آنرا قیاس نخوانده است »<sup>۱</sup>

علت حکم یا جامع که بدرجه قطع و یقین برسد فرع هم که دارای همان علت یا جامع باشد حکم اصل بروی بار خواهد شد مثل شراب و آبجو که درپیش گذشت و یا درحقوق جدید ایران ماده ۲۱۸ قانون مدنی می‌گوید:

« هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست » که علت حکم به عدم نفون معامله، فرار از دین است حال هرگاه ایقاعی (مانند ابراء) بهمین قصد صورت گیرد، می‌توان قیاس کرد و آن را نیز باطل و غیر نافذ دانست، به قیاس منصوص العله، قیاس منقح المناط یا قیاس لیتنقیح المناط نیز گویند.

۲ - قیاس مستنبط العله - این قیاسی است که علت حکم و دستور خود را قانونگذار بیان نکرده باشد بلکه استنباط‌کننده از طریق علت وضع و تشریح قانونی را استنباط نماید، باین قیاس، قیاس ظنی نیز گفته می‌شود.

اینگونه قیاسها را بیشتر حقوق‌دانان امامیه جایز نمی‌دانند زیرا «جامع» و یا علت حکم بطریق حدس و تقریب بدست می‌آید و لذا قیاس به اینگونه حدس و تقریب‌ها قطع آور نخواهد بود.

۳ - قیاس اولویت یا قیاس بطریق اولی و آن موردیست که علت بودن جامع در «فرع» قویتر از «اصل» باشد، بطوریکه بطریق اولی در فرع هم جاری گردد چنانکه در آیه: «لَا تَقْبَلُوا لَهُمَا فِی» یعنی که بروالدین خود اُف مگوئید که سبک‌ترین نوع بی‌احترامی است، پس بطریق اولی ضرب و شتم و دشنام هم ممنوع خواهد بود، زیرا علت حرمت که قُبِحَ آزار والدین است در فرع که ضرب و شتم باشد شدیدتر از اصل (اُف گفتن) است،

این قیاس نیز بنظر محقق قمی و عده‌ای دیگر از فقها قیاس نیست بلکه مفهومی از عبارت شارع یا قانونگذار است که بگونه دلالت التزامی امر فوق از آن مستفاد میگردد و امروز در حقوق جدید ایران که مدلول يك قانون را تفسیر موسع می‌کنند

شاید مرادف با این نظر باشد .

در خاتمه باید گفت که قیاس يك راه حل داخلی است یعنی بدون استمداد از عوامل خارجی از قبیل مقتضیات حقوق طبیعی و یا مصالح اجتماعی راهی برای حل مورد سکوت قانون نشان میدهد و در مورد تعارض میان قیاس و مصالح اجتماعی باید مصالح اجتماعی را مقدم داشت و آن قیاس را ترك گفت .





## مبحث نهم

## استحسان و استصلاح

از منابع حقوق اسلامی بنظر حقوق‌دانان اهل سنت استحسان و استصلاح است، مؤسس استحسان ابوحنیفه است استحسان عبارتست از اینکه حقوق‌دان بر حسب زوق و بصرافت طبع خود اقرب بحق و عدالت را تشخیص دهد این تشخیص بنظر اهل سنت حجت است و اگر چیزی را بنظر خود مخالف حق و قبیح شمرد آن امر حرام خواهد بود.

برای جهت بودن استحسان استناد به روایتی از پیامبر ﷺ می‌کنند که : « ما رأه المسلمون جَسَنَ فهو عند الله حسن » یعنی هر چه که بنظر مسلمانان نیکو آید، آن در نزد پروردگار نیز نیکو خواهد آمد، اما آنچه از این حدیث فهمیده میشود آنستکه اتفاق جمیع مسلمانان بر نیکو شمردن امری حجت است نه فتوای يك فرد؛ استحسان مسلمون نیکو شمرده شده، نه استحسان يك فرد مقتی.

اما پیروان مالك بن انس «استصلاح» را در برابر جماعت حنفی وضع کردند، و آن مقدم داشتن مصلحتی بر مصلحت دیگر است، یعنی هر گاه متن قانون یا نص (کتاب و سنت) تصریح به رعایت مصالحی نکرده باشد باین اصل توسل می‌جوئیم. چنانکه حقوق‌دانان اهل سنت قاعدهٔ مرور زمان را از طریق استصلاح استنباط نموده‌اند

یادرباره بیماری که دوام خیاتش موجب سرایت مرض و بهلاکت افکندن عموم خواهد شد در شرع و قانون تکلیفی معین نشده است .

در این مورد بموجب اصل استصلاح ( مصالح مرسله ) که باید جانب مصلحت عموم را رعایت کرد باید وی را به محلی بسیار دور منتقل کرد و یا بکلی وی را از بین برد .

بنظر حقوقدانان مالکی اگر این اصل رعایت نشود لازم می آید که بسیاری از حوادث و رویدادهای جدید زندگی بدون تکلیف باقی بمانند ، شافعیان از اهل سنت با استصلاح مخالفند ، استصلاح هرگاه مخالف نص قانون باشد حجت نیست ، ولی حنبلیان استصلاح را مخصص قانون قرار میدهند ، یعنی قانون عام (نص) با وجود قانون خاص ( استصلاح ) منافاتی ندارد ( مامین عام الا وقد خص ) .

مصالح مرسله بامقاصد عمومی شارع و قانونگذار موافق است ، ولی در قانون منعکس نشده است .

مصالح مرسله را به سه گروه عمده تقسیم کرده اند :

۱ - ضروریات که عبارتست از هر عمل و تصرفی که حفظ وصیانت دین و جان و عقل و نسل و مال متوقف بر آن باشد که بآن ضروریات پنجگانه نیز میگویند .

۲ - حاجیات که عبارتست از هر عمل و تصرفی که انسان برای توسعه و گشایش امور خود و رفع حرج بآنها نیازمند است مانند شکاری که برای معاش نباشد . عمل و تصرف مزبور برای حفظ ضروریات پنجگانه نیست و انسان می تواند با تحمل نوعی از مشقت یا گذشت از آنها چشم ببوشد

۳ - کمالیات و آن هر عمل و تصرفی است که ترك آن موجب دشواری در زندگی نمیکرد و ولی انجام آن از مکارم اخلاق و آداب نیک شمرده می شود مانند اعتدال و میانه روی در کارها و در معاش و ترك اسراف و زیاده روی .

جمعی دیگر از حقوقدانان اهل سنت «تاویل» را اختیار کرده‌اند یعنی باوجود بودن نص صریح باز مجازاً باشیم که مطابق زوق و سلیقه شخصی «رأی» دهیم، واضح است باین ترتیب که اجتهاد بصورت رأی شخصی درآید، از اساس دین چیزی باقی نخواهد ماند، و این بی‌بندوباری در مذهب تسنن و علل دیگر باعث شد که تدریجاً باب اجتهاد مسدود گردید و فقط خلفا و سلاطین و علماء، مردم را بطرف آراء و فتاوی چهار نفر از مجتهدین بزرگ (ابوحنیفه، شافعی، مالک، احمد حنبل) سوق دادند و این کار اول مرتبه در قرن هفتم هجری در مصر انجام شد، ولی شیعه مدعی باز بودن باب اجتهاد است و به بن بست گیر نکرده است بلکه پدیده‌های جدید را از روی اصول معتبر حقوق اسلامی بطوریکه در این فصل به تفصیل بیان گردید، استخراج می‌کنند و در اثر اجتهاد فنوی در تحت تأثیر عوامل متغیّر زمان بتدریج با پیشرفت کاروان بشری ژو بتحول و تکامل می‌گذارد.





## مبحث هفتم : عرف و عادت

« عرف يك منبع زنده و جوشان حقوقی  
است که در هر حال و هر وضع و در هر  
سیستم زاه خود را بسوی آینده ادامه  
میدهد، »

استاد دکترا حسن افشار

### ۱ - افعال

افعال آدمی آن دسته از کیفیات هستند که قصد و آهنگ بسوی هدف و غایتی  
دازند ، از حرکت (جنبش) موجودات تک سلولی تا فعل (کنش) انسانها که کاملترین  
نوع حیوانات هستند می توان حرکاتشان را بچهار دسته تقسیم کرد .

۱- حرکات انعکاسی : که جنبشی است غیر ارادی که در همه حیوانات و از  
جمله انسان دیده میشود وقتی اعصاب حشره ای را تحریک کنیم حیوان اعمال ساده ای  
را انجام میدهد که قابل پیش بینی است با اصطلاح اعمال آنها قالبی است یعنی یکسان  
ویکنواخت و با الگوی معینی صورت میگیرد هنگامی که روشنائی شدید را ناگهان  
بچشم انسانی بیفکنیم مردمک چشم زیر تأثیر روشنائی خیره کننده حرکاتی از قبیل

قبض و بسط عضلانی از خود نشان میدهد .

۲ - حرکات غریزی : همانطور که در فصول پیش نیز از آن یاد شد ، حرکاتی هستند که فطری هستند و از طرفی مستلزم تعلیم نیستند و همچنین کمال فوری و ثبات و یکسانی دارند و در حیوانات مخصوصاً بایک نوع بی‌خبری از نتیجه و غرض از آن حرکت توأم است مانند لانه ساختن پرندگان و عسل گذاشتن زنبور عسل . زیرا اولاً پرندگان مثلاً نیازی به آموختن پرواز ندارند و ثانیاً وقتی گنجشکی برای اولین بار می‌پرد یک نوع کدالی در فعل او هست یعنی نیازی به زحف نقائص و تکمیل افعال خود ندارد ، ثالثاً از نتیجه فعل خود بی‌خبر است :

جوجه از بیضه برون آید و روزی طلبد

و آدمی زاده ندارد خبر از عقل و تمیز

محقق معروف ، ویلر (Wheeler) نشان داده است که ارگان‌پسم وزندگی مورچه از پنجاه میلیون سال پیش تاکنون تغییری نکرده است ، حال آنکه انسان و زندگی او در ظرف چند صد هزار سال بارها دگرگون شده است<sup>۱</sup>

۳ - حرکات عادی : هر چه مغز دارای تکامل بیشتری باشد از حرکات غریزی و قالبی بهمان نسبت کاسته میگردد نوزاد موش از نوزاد پرندگان ناتوان تر است و پس از چند روز به استقلال میرسد معمولاً در رفع نیازمندیهای خود تا دو هفته پای بند مادر است و آنگاه که از موش به آدمی میرسیم پیچیدگی و تکامل دستگاه عصبی بیشتر میگردد و لذا اعمال غریزی بهمان نسبت بسیار کمتر است و بهمین جهت نوزاد آدمیان از همه حیوانات بیچاره تر و ناتوان تر است . و دوران 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 و کسب عادت نمایند .

بعضی گفته‌اند که کودک دارای هسته اصلی بسیاری از غرائز است ولی بعلم آنکه امکان پروراندن و تمرین آنها از وی گرفته شده و یا باین جهت که والدین رفتار وی را در راههای دیگری می‌اندازند ، لذا هیچگاه این غرائز در وی رشد کامل پیدا نمی‌کنند فی‌المثل میگویند اگر کودک انسانی را در آب بگذارند بادست و پایش حرکتی می‌کند که او را در آب حرکت میدهد و خلاصه غریزه شنا کردن دارد ولی در اثر بکار بسته نشدن اندک اندک نابود می‌شود ، برای روانشناس هنوز این آزمایش ممکن نشده است که اگر کودکی را بحال خود رها کنند تا بزرگ شود ، در آن صورت افعال او چگونه خواهد بود ؟ در مورد افعال غریزی انسان میان روانشناسان اختلاف است بعضی بکلی منکر افعال غریزی شده‌اند و بعضی برعکس بسیاری از افعال انسان را غریزی دانسته‌اند .

بکار بردن روشهای خاصی را برای رفع نیازمندیهای خود عادت گویند بطوریکه آن روش چنان جایگزین گردد که نتوانیم - هرچند که ممکن باشد - بطریق دیگر آنرا رفع نمائیم ، و یا عادت ما را در راهی می‌اندازد که ناچاریم از آن برویم و اگر بخواهیم از آن برگردیم ، مصداق ترك عادت موجب مرض است را پیدا خواهیم کرد این نیروی عادت را انگیزه یا سائقه ثانوی گویند .

ویلیام جمز در وصف عادت مینویسد : « عادت چرخ عظیمی است که اجتماع را می‌گرداند و عامل مهمی است که در اجتماع پایداری ایجاد می‌کند ، عادت است که ثروتمندان را از طغیان تهیدستان حفظ می‌کند . شیوه‌های نا مطبوع و ناهموار زندگی را بر کسان هموار می‌کند :

ماهیسگیر و دریا نورد را در زمستان سرد در دریا و کارگر معدن را در تاریکی معدن و روستائی فقیر را در زمستان سرد در خانه فقیر روستائی خود نگاه میدارد ، عادت است که ما را از هجوم وحشیان بیابان و ساکنان نواحی یخ زده قطبی حفظ می‌کند .



مثل سرنوشت ما را محکوم می کند کار و حرفه ای را که یکبار انتخاب کرده ایم دنبال کنیم ، طبقات مختلف اجتماع را از هم جدا نگه میدارد . حتی در سن ۲۵ سالگی می بینید آنکه وکیل دعاویست عادات حرفه خود و آنکه بازرگان یا پزشک است عادات صنف خود را کسب کرده اند . .<sup>۱</sup>

نرمان مان پس از ذکر این جملات از جیمز میگوید شاید جیمز در اهمیت عادت راه مبالغه پیموده باشد زیرا اشخاص گاه عادات خود را عوض می کنند و گاه پیش آمدها بکلی زندگی آنان را در مسیر جدید می اندازد . اما منکر نمی توان شد که آدمیان در مقابل چیزهای نو مقاومت نشان میدهند و از تغییر و تبدل وحشت دارند . کسانی که می خواهند رفتار آدمیان بزرگسال را تغییر دهند نباید از این نکته غافل باشند :

دکتر سیاسی عادت را چنین تعریف می کند :

« استعداد اکتسابی صدور حرکات یا تحمل تأثیراتی معین را عادت می نامند »<sup>۲</sup>  
 پس عادت فطری نیست بلکه اکتسابی است و ثانیاً دو جنبه مثبت و منفی دارد ، مثبت است آنگاه که مراد صدور حرکاتی باشد که بتدریج از دشواریش کاسته میگردد مثل عادت خواندن و نوشتن و منفی است هنگامی که تحمل تأثیراتی معین باشد مثل عادت به زندگی در مناطق معین و کارهای معین .

### کیفیت تشکیل عادت

برای تشکیل عادت سابق بر این تکرار را شرط لازم و کافی می دانستند حتی بعضی از حقوقدانان نیز در تألیفات خود ، هم اکنون این اشتباه را می کنند<sup>۳</sup> . ولی

۱- اصول روانشناسی ص ۱۰۴

۲- مبانی فلسفه دکتر سیاسی ص ۱۴۰

۳- ترمینولوژی حقوق ، لغت عادی Coutume

برخی از دانشمندان روانشناس ثابت کرده‌اند که تکرار با اینکه به فعل آدمی مهارت و دقت خاصی می‌بخشد و به نیروی تکوین عادت می‌افزاید هرگز شرط لازم و کافی نیست. زیرا هر فعلی خود آغاز تشکیل عادت است. اگر در مرتبه نخست اثری از خود باقی نگذارد، مرتبه دوم حکم مرتبه اول را خواهد داشت و چنین است دفعات سوم و چهارم... و همچنین اگر کمال فعل و سود آن مورد توجه باشد، باید تکرار توأم با اصلاح حرکات باشد، فی‌المثل اگر کسی که تمرین ساز زدن می‌کند هر بار همان حرکات خشن و غیر ماهرانه را تکرار کند و برای اصلاح حرکات خود کوششی بخرج ندهد هرگز موفق بفرآ گرفتن آن فن نخواهد شد؛ باینپیمه نمی‌توان منکر فایده تکرار شد مخصوصاً که فواصل تکرار آنقدر دراز نباشد که موجب محو آثار قبلی گردد و نه زیاد کوتاه باشد که خستگی آور شود و استعداد هماهنگی با وضع جدید را از انسان سلب نماید.

۴ - فعل ارادی: بآن فعلی گویند که « پس از تأمل برای غرضی معین و معلوم به اختیار از شخص صادر می‌شود » پس فعل ارادی برخلاف فعل غریزی دارای غرض و نتیجه معلومی است و همچنین دارای تأمل و اختیار میباشد، فعل ارادی صفت اختصاصی زندگی انسانی است در حالیکه فعل غریزی صفت اختصاصی زندگی حیوانات است، فعل ارادی لازمه شخصیت انسانی است، و دارای چهار مرحله است.

تصور، تأمل، عزم و اجرا. ۱.

### ۴ - تعریف عرف

عرف در لغت بمعنای شناسائی است اما در اصطلاح حقوق عبارتست از عادتیه که ناشی از عوامل فکری و اختیاری باشد<sup>۱</sup> توضیح اینکه در تعریف عادت گفتیم که:

۱- برای توضیح مراحل چهارگانه فعل ارادی رجوع شود به مبانی فلسفه

س ۱۴۵ تا ۱۵۰

۲- ترمینولوژی حقوق لغت عادت

« استعداد اکتسابی صدور حرکات یا تحمل تأثیراتی معین را عادت می‌نامند » حال تحقق عادت گاهی ناشی از عوامل طبیعی است مانند عادت بزندگی در مناطق مرتفع و یا عادت به مخدرات و غیره و گاهی ناشی از عوامل فکری و اختیاری است پس عرف اخص از عادت است و باین معنی عادت اعم از عرف است و علاوه بر این عرف عمل‌عادی و مکرر اغلب یا تمام افراد یک گروه است و حال اینکه عادت ممکن است عمل مکرر فرد باشد .

### ۳ - عوامل تشکیل‌دهنده عرف

عرف از نظر حقوقی در کشورهای نظام « قانون نوشته » نظیر کشورهای فرانسه بلژیک ، ایران و غیره تحت دو عامل تشکیل میشود : عامل عملی ، عامل روحی

۱ - عامل عملی ( عامل مادی ) ، عبارتست از انجام دادن پیایی و مکرر یک عمل برای حل مسائل زندگی ، پس عرف بر پایه تکرار استوار و پابرجا است . اگر به فقیری کمک نمودیم این عمل عرف نیست زیرا پایه عملی تکرار در آن وجود ندارد در صورتیکه در رعایت نوبت دیگران مثلا در صف اتوبوس و سینما و غیره عامل تکرار وجود دارد :

۲ - عامل روحی ( عامل معنوی ) عبارتست از احساس اجبار و الزام معنوی بهنگام اعمال و انجام یک عرف بدون اینکه حتی این عرف در مجموعه قانون یا نظامنامه و آئین نامه ای ثبت و ضبط شده باشد .

عرف به کمک اصول جدید اخلاقی و حقوقی می‌آید زیرا این اصول در ابتدای پیدایش بصورت بارسنگینی هستند که اجتماع باید خواه ناخواه آنرا تحمل کند ، ولی نیروی عرف و عادت است که این اصول را پس از مدتی بصورت سهل‌العمل و قابل قبول در می‌آورد .



#### ۴- تعریف عرف از بطن حقوقدانان اسلامی

در اصطلاح فقها : « روش مستمر قومی است در گفتار یا رفتار ، و آنرا عادت و تعامل نیز نامند .

لازم نیست همه افراد يك قوم آن روش را داشته باشند تا عرف محقق شود بلکه کافی است که اغلب آنان دارای روش مزبور باشند و عرف به همین مقدار محقق میشود در صورت اخیر آنرا عرف غالب و در صورت نخست آنرا عرف شایع مینامند .

عرف ، نیکو و بد میتواند باشد، شان قانونگذار امضای عرف بدو زیان بخش نیست ، باوجود قانون عام یا خاص ، عرف حجت نیست . ( ماده سوم آئین دادرسی مدنی و مواد دیگر )

ماده ۵ - مقدمه قانون مدنی فرانسه که فعلا حذف شده است میگوید : « عرف و عادت نتیجه عمل متمادی و مکرری است که اثر قرارداد ضمنی و مشترک را میان مردم پیدا نموده است »

#### ۵- اقسام عرف

عرف باقسامی منقسم میشود که از آن جمله است عرف حکمی و عرف محلی که ما آنرا در فصل بعد این کتاب در بخش راه حل عملی از طریق مراجعه به عرف و عادت ، تعریف خواهیم کرد .

همچنین عرف به اقسامی دیگر تقسیم میگردد از جمله ، عرف لفظی ، عرف عملی ، عرف عام ، عرف خاص ، عرف قضائی ، عرف مذهبی ، عرف تجاری ، عرف صنفی . و ما از آن میان فقط به تعریف عرف لفظی و عملی که از همه مهمتر است

می پردازیم .

\* \* \*

۱- عرف لفظی ، عرفی است که مدلول يك لغت یا يك عبارت را از محاوره يك قوم که مورد قبول آنان باشد ، بدست می آوریم ، چه گاهی معنی لغوی بامعنی محاوره ای فرق پیدا میکند ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران تحت تأثیر حقوق اسلامی می گوید : «الفاظ و عبارات طرفین عقد محمول بر معانی عرفی است» و ما 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 تعیینی است نه تعیینی ، یعنی اصل هر زبان در نتیجه تناسب ذاتی و طبیعی الفاظ بامعانی 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 عرف آنان واقع شده است و ازین 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 .

۲- عرف عملی ، عرفی است که از طرف اکثریت و یا قاطبه مردم پیروی شود و عناصر آن عبارتند از :

الف - «عرف عملی قاعده ای است که در مدتی نسبتاً دراز و مستمر در عمل رعایت شده باشد» .

ب - «قاعده مذکور بصورت قاعده موجود تعهد و تکلیف از نظر کسانی که آنرا

رعایت می‌کنند درآمده باشد؛ مانند سکوت باکره در عقد نکاح که منتهای دستور قانونگزاران از نظر عرف دلالت بر قبول عقد نکاح داشته است.<sup>۱</sup>

ج- «قاعده مذکور از طرف تمام یا اکثر افراد يك قوم (خواه اهل تمام کشور یا اهل يك صنف معینی باشند) رعایت شده باشد».

### ۶- فرق میان عرف و مد

تفاوت میان عرف و مد در عامل روحی است، زیرا در مد عامل عملی تکرار وجود دارد ولی فشار و اجباری احساس نمی‌گردد، افراد مردم هر روز به‌نگام بیرون شدن از منزل کراوات می‌زنند زیرا که کراوات مد شده و لسی هیچکس فردی را برای اینکه کراوات نزده مؤاخذه نمی‌تواند بکند، درحالیکه اگر عرف را رعایت نکنند و نوبت دیگران را در صفت اتوبوس محترم نشمارد مورد سرزنش قرار خواهد گرفت و در حقیقت همین ملامت عمومی که از اخلاق سرچشمه می‌گیرد ضمانت اجرای<sup>۲</sup> (سانکسیون) آن میباشد.

همچنین فرق میان عادت و مد تمیزی است که گابریل تارد<sup>۳</sup> یکی از علمای علم الاجتماع که ضمناً عالم حقوق جزائیز میباشد اظهار کرده است:

وی میگوید، عادت، تقلید گذشته است در صورتیکه مد تقلید آینده میباشد

۱- ترمینولوژی حقوق. لغت عرف عملی.

۲- Mode در معنای فلسفی بقول اسپینوزا چنین است که: «عوارض جوهر را حالت (مد) می‌گوئیم یعنی چیزی که در چیز دیگر باشد و بقوسط او تعقل شود» بقول حکمای پیشین اعراض که باید در موضوع باشند، سیر حکمت در ارواها جلد دوم ص ۳۱

۳- Sanction

۴- Gabriel . Tarde (۱۸۴۳ - ۱۹۰۴) قاضی و جامعه‌شناس معروف که انتقاداتی به مکتب نئوکلاسیک دارد که مورد توجه سایر علمای حقوق جزا قرار گرفته است.



و این نیز نیروی بیشتر الزام کننده عادت را نسبت به مد می‌رساند، چه عادت يك امر اجتماعی است و مامکلف از اطاعت عادات اجتماعی هستیم و عرف و عادت درلسان حقوقی همان حقوق غیرمدون است مد بیش از عادت قابل تغییر است و در معرض تحول قرار می‌گیرد؛ و این قابلیت تغییر بیشتر در ملت‌پائی است که در معرض تحولات اجتماعی قرار گرفته اند، از اینرو قدیمی‌ها تقریباً مد نداشتند.

مد دارای ریشه فکری ژیا د مانند عرف و عادت نیست و برای همین هم هست که کسی را که پیروی از مد نکرده است کمتر تخطئه می‌کنند، در صورتیکه در مورد عادت اینطور نیست.

مد مانند عرف و عادت مشخص اجتماع است مثلاً مد اشراف با طبقه متوسط و طبقه پائین فرق دارد؛ هر کدام نمودار طبقه خود هستند همانطور که عادات در طبقات مختلف تفاوت دارد، مد بیشتر در میان ملل متمدن ظهور و بروز دارد در صورتیکه عرف و عادت اختصاص به ملل متمدن ندارد.

مد و عرف در جوامع بدوی که تقسیم کار وجود ندارد، اگر هم پذیرفته شود بایک نوع فشار توأم است در صورتیکه در میان ملل متمدن این فشار به همکاری و تعاون تعبیر می‌گردد که يك امر اجتماعی است.

همبستگی افراد بشر بیکدیگر يك ناموس طبیعی است نه يك قانون اخلاقی، و زندگی اجتماعی نیز بدون این همبستگی و تعاون غیر ممکن است، از نمونه های این همکاریها، همکاری اقتصادی، بدنی، عقلانی، اخلاقی و غیره است، مد یا باب روز ناگهانی، و عرف و عادت و آداب و رسوم از نمونه های بارز همبستگی اخلاقی هستند.

فرق میان «مد و عادت» با «عقیده و سنت» اینست که عقیده و سنت مربوط به طرز فکر و اندیشه بوده در صورتیکه عادت و مد مربوط به عمل و پراتیک میباشد. فرق میان عادت و سنت آنستکه سنت همیشه متضمن ارزش معنوی خاصی است بطوری که

اگر انسان از آن تخلف نماید در باطن ملول و شرمگین است در صورتیکه عرف و عادت باین درجه دارای ارزش معنوی نمی باشد از طرفی عرف و عادت ثباتش از سنت کمتر است<sup>۱</sup>.

## ۷- عقاید مخالف و موافق نسبت به قوه اجرایی عرف و عادت

از آنجا که بحث عرف و عادت در حقوق دارای اهمیت فراوانی است ، لذا عقاید موافق و مخالفی نسبت به قوه اجرایی آن ابراز گردیده ، که در این جا به اختصار بدان اشاره میشود .

### اول : عقیده موافقین عرف

برخی از حقوقدانان و از جمله طرفداران مکتب تاریخی (که در رأس آنان ساوی بی<sup>۲</sup> آلمانی قرار دارد) عرف و عادت را ترجیح داده و معتقدند که عرف قابلیت تحول دارد و قانون ندارد ، همچنین هائری کاپتیان<sup>۳</sup> حقوقدان فرانسوی نیز در نظریات خود از دانشمندان آلمانی پیروی نموده است .

حقوق بنظر مکتب تاریخی چون مبنای عرفی دارد امری قابل تغییر و تحول و تدریجی الحصول بوده ، مانند زبان است که با گذشت زمان بخودی خود ، تغییر می کند و یک نفر حقوقدان ماهر مانند یک عالم دستور زبان قوانین را کشف می کند و از موازین و قواعد حقوق اطلاع پیدا مینماید ، نه اینکه وظیفه دار تغییر و تحول آن نیز باشد ، یعنی اصول زبان را از نحوه سخن گفتن مردم و قواعد شعر را از اشعار موجود در

۱- تفاوت عقیده و سنت را در همین فصل مبحث دوم ذکر کردیم .

۲- Sovigny (نیمه اول قرن نوزدهم میزیسته است)

۳- نظریات کاپتیان را در مورد عرف و عادت از جلد دوم مبانی حقوق

ص ۱۰۲ تا ۱۲۰ مطالعه نمایند .



آن زبان ، باید استخراج نمود ، یعنی حقوقدان باید اساس کار خود را بر تجربیات و مشاهدات اجتماع بناگذارد نه اینکه اساس کارش در استخراج اصول و قواعد تعقل صرف باشد ، نظر ساوی بی بطور خلاصه اینست که تدوین قوانین ، حقوق را بی حرکت و ثابت نگه میدارد و منابع آنرا از میان میبرد ، ایجاد عرف در این مکتب بوسیله وجدان مشترك مردم است پس ناگزیر منطبق با نیاز مندیهای اجتماع میباشد و از آنجا که هیچگونه اجبار و الزام شدیدی بهنگام اعمال عرف در کار نیست بلکه افراد بصرافت طبع و از روی طیب خاطر بآن عمل می کنند . و باسرت آنان سازگار است لذا بر بر قانون برتری و رجحان دارد .

همچنین قانون دارای سه نقص عمده است :

۱- عمومیت ۲- ثابت بودن ۳- نارسا بودن نسبت به بعضی از حالات و مصادیق و حال آنکه عرف و عادت این نقائص را ندارد ، همینکه قاضی به عوامل موجود عرف از جمله تکرار و برابطه علت و معلولی آن توجه کرد و تشخیص داد که عرف وجود دارد کار تمام است ، در حالیکه در مورد قانون چنین نیست زیرا بعضی از موارد ویژه در زندگی انسان وجود دارد ، که در تحت يك قاعده عمومی نمی گنجد ، ثبات قوانین ، گوا اینکه از محسنات آن شمرده می شود زیرا باعث می شود که مردم با اطمینان عملی را انجام دهند و اعمالشان دستخوش تزلزل نگردد ، ولی از طرف دیگر زندگی در معرض تغییر و تبدل است و نمی توان آنرا تحت يك قاعده ثابت در آورد و جبران این نقیصه و قانون را اغلب رویه قضائی و دکترین بعهد می گیرد که از منابع تبعی و ثانوی حقوق است . و این دو منبع علاوه بر اینکه وظیفه دار تطبیق قانون با نیاز مندیهای عصری است . برعهده دارد که هنگام سکوت و اجمال قانون نیز رفع اجمال و سکوت را بنماید .

و اساساً این دسته را عقیده بر آنست که حقوق به غیر از قانون است ، قانون در خدمت و پیرو حقوق است و پیش از اینکه مفهوم قانون و سازمان قانون نگذاری در اجتماع پدید آید ، حقوق وجود داشته است و حتی در عصر حاضر چه بسا که حقوق از تحت



تسلط قانون خارج است .

و اگر چنین نبود نیازی به رویه قضائی احساس نمی شد ، و اگر تصور شود که قانون مقدم بر حقوق است لازم می آید که انسان قبل از پیدایش نظامهای قانونی و حکومتها بدون حقوق زندگی کرده باشد و این تصور ، اشتباه محض است .

از سوی دیگر قانون را افرادی که نماینده مردم تلقی میشوند وضع می کنند ، فرضاً اگر وکلای واقعی و حقیقی مردم باشند ، باز دست کم مردم بطور مستقیم در وضع و تصویب قانون شریک و سهیم بوده اند ، زیرا نمایندگان غالباً نظر و خواست مردم را تشریح نمی کنند بلکه مقاصد و مطامع و نظرات شخصی را بهنگام وضع قانون اعمال مینمایند ، زیرا شهوات و امیال و احساسات مردم از عقلشان نپرومند تراست و در تعارض میان منافع شخصی و خصوصی با مصلحت و خیر عموم ، منافع شخصی را ترجیح خواهند داد و پرواضح است که منافع فردی با منافع اجتماعی اغلب قابل انطباق نیستند بطوری که هیچ قانونی از شائبه اغراض و منافع شخصی و یا طبقاتی مصون و محفوظ نمانده است ، ولی در حقوق عرفی وضع بدین منوال نیست ، مردم استقلال کامل دارند و نماینده نیز لازم نخواهند داشت و نتیجه روح و افکار مشترک خود را بکار میبرند نه زاده فکر شخص مقنن را ، بنابراین دوام و احترام قانون فقط تا آنجاست که برخلاف عرف و عادت نباشد .

### دوم : نظر مخالفین عرف

برخی قانون را وسیله ای میدانند که عقل انسانی آنرا تعبیه کرده است تا قواعد مبهم و نامعین عرف و عادت را صورت ثابت و مشخص بدهد ، و وظیفه حقوقدان را تطبیق و انطباق این قواعد و اصول با زندگانی مردم میدانند ، قانونگذار قواعد عرف را در قالبهای مواد قالب گیری کرده و با دخالت عقل آنرا تغییر شکل میدهد و مناسب ترین را برای رسیدن به عدالت انتخاب می کند و این کار بسیار صعب و دشوار است ، و از قوه به فعل در آوردن قواعد عدل و انصاف و بر آن واقعیت برونی بخشیدن

فقط از عقل و اراده ساخته است و بس ، ایندسته بیشتر طرفداران نحلّه قدیم ، و ژوسطینین و ناپلئون جزو این گروه هستند .

بنظر طرفداران این مکتب حقوق امری لایتنغیر و بدون تحول است ، لذا نسبت بارزش قانون آنقدر غلو میکردند و باشتباه افتاده بودند که آنرا امری ابدی می پنداشتند ، ناپلئون بارها می گفت که قانون مدنی او بمراتب بیش از فتوحات وی دوام خواهد کرد ، در جزیره سنت هلن در پایان عمر ناپلئون چنین می گوید : «... افتخار من این نیست که در چهل جنگ فاتح شده ام آنچه را که هیچ چیز محو نخواهد کرد ، آنچه تا ابد خواهد ماند قانون مدنی من میباشد ...» .

ایندسته به حکومت استبداد نیز از این لحاظ ایراد میگیرند که :

۱- قوانین در رژیم استبدادی مبتنی بر عرف و عادت است و لذا مبهم و ناقص است

۲- ضمانت اجرای آن بعلت خودکامگی حکام بسیار ضعیف است .

مخالفین عرف و عادت می گویند در هیچ جامعه ای تاکنون وضع قانون در دست تمام افراد نبوده است و حتی تا سه قرن پیش برای افراد مردم حق شرکت در وضع قانون متصور نبود و اساساً قانون را از جانب يك قدرت ماوراء الطبیعه والهی میدانستند ، بنحوی که افراد عادی را در آن راه نبود .

مخالفین عرف و عادت می گویند ، مقایسه عرف و قانون ، قیاس مع الفارق است ، زیرا قواعد عرف صراحت و روشنی ندارد در صورتیکه قانون تکلیف را روشن و قطعی می کند .

تامس هابز میگوید : «قانون وجدان همگانی است و هر يك از افراد پذیرفته است که قانون را نمایش باشد ، اگر جز این باشد ، با اختلافی که در تشخیص وجدانهای افراد مختلف وجود دارد ، و این جز اختلاف عقیده چیزی نیست ، ناچار در دولت پراکندگی راه می یابد و هر کس فرمان حکمران را فقط وقتی اطاعت می کند که این



فرمان در نظر او درست باشد<sup>۱</sup> .

و جان لاک دربارهٔ حقیقت آزادی سیاسی می‌گوید که : «فرد محکوم ارادهٔ متغیر ، نامعلوم و خود سرانه فرد دیگر نباشد<sup>۲</sup> » وی در جای دیگر می‌گوید : «آزادی طبیعی انسان آنست که از هیچ قدرت زمینی فرمان نبرد و در زیر قانون یا فرمان انسانی نباشد و تنها تابع قانون طبیعت باشد .

آزادی انسان در اجتماع آن است که در زیر فرمان هیچ قدرت قانون گذاری نباشد مگر آن که خود با ایجاد دولت به رضا و رغبت برپا کرده است و دیگر هیچ اراده و حکمی بر او فرمان ندهد مگر آنچه هیأت قانون گزار کشور بنا بر وکالتی که از جانب او دارد تصویب کرده باشد ...

اما آزادی برای کسانی که زیر فرمان حکومت هستند آن است که برای زندگی خود قوانین مسلم و مشخصی داشته باشند که در مقابل آن همهٔ افراد برابر باشند و آنرا قوهٔ قانون گذاری که برپا شده است ایجاد کرده باشد ، آزادی آنست که در حدود قانون بتوانم هر چه می‌خواهم بکنم و در اعمال خود محکوم و تابع ارادهٔ متغیر ، نامشخص و خود سر مرد دیگری نباشم ، چنانکه در وضع طبیعی آزادی آنست که تابع چیز دیگری جز قانون طبیعی نباشم .

این آزادی از قدرت مطلق خود سرچنان ضروری است و چنان با اساس هستی مأمور بوط است که اگر آنرا از دست بدهیم بقا و هستی خود را از دست داده ایم ، زیرا حق بقای آدمی با خود او نیست که بتواند با پیمان بستن و بارضا و رغبت در قید بندگی درآید و خود را در اختیار صاحب قدرت مطلق بگذارد ... این وضع کامل بردگی است و آن چیزی نیست مگر وضع جنگ دائم بین فاتح قانونی و اسیر ...<sup>۳</sup>

۱ - ۲۰۱ - آزادی فرد و قدرت دولت ص ۱۰۶ و ص ۱۲۶

۲ - آزادی فرد و قدرت دولت ص ۱۵۹



باری از بحث دور نگرديم ، مخالفين عرف و عادت ميگويند ، تشكيل عرف کند و بطلي صورت مي پذيرد و حال آنکه قانون بسرعت تدوين ميشود .

بنظر ما حق اينست که گفته شود اين دو منبع مکمل يکديگرند و امروز در قوانين اکثر کشورها و از جمله آلمان عرف جزو قوانين تعويضي است يعني قانون مفسر اراده افراي است که بهنگام بستن قرارداد تمام خصوصيات لازم را شرط نمي کنند و بصورت مبهم قرار دادی را منعقد مينمايند ، حال اگر اينگونه قراردادها را باطل اعلام نمايند مردم دچار عسر و حرج و زحمت و مشقت ميشوند لذا در قانون مواردی پيش بينی شده که جانشين سکوت متعاملين گردد و ماده اول قانون مدنی سويس ناظر بهمين معنی است که ميگويد : «... در صورت فقدان امر قانونی قاضي از روی حقوق عادی حکم خواهد کرد و اگر عرف و عادت نیز وجود نداشته باشد از روی قواعدی که اگر خود او قانونگذار بود وضع ميکرد حکم خواهد نمود» در فرانسه نیز ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی نظير اين ماده بيانی دارد .

بعضی به قانون مدنی سويس که اختيارات و سيعی به قاضي داده است ؛ ايراد گرفته و گفته اند که قاضي سمت بازرسی ندارد ، در حالیکه قاضي واقعاً بازرس است قاضي برای اينکه معلوم کند که عمل فردی مبنی بر تقصير و يا بر خلاف اخلاق حسنه و جهت معامله مشروع بوده است یا نه ، بايد در کردار و رفتار مردم تعمق و تحقيق کند ، و مادر فصل دوم اين کتاب در اين موضوع مشروحاً مطلب را بيان کرده ايم و تکرار آن را در اينجا ضروری نميدانيم .

بهر صورت قوه اجرائی کد امیک از دو عامل عرف و قانون بيشتر است ، اين خود بستگی به زمان و مکان و مقتضيات دارد . زیرا که حقوق بايد با نياز منديهای جاری افراد منطبق باشد ، همانطور که پيش از اين هم گفته ايم قانون در حقيقت تدوين عرف و عادت ، وجدان حقوقی و مشترک افراد و رویه قضائی و علمی است و مبتنی بر زمينه های تاريخی يك ملت است چه اگر جز اين باشد يعني يك اصل حقوقی اگر از

نظر قانونگذار ناشی شده باشد با اعتقاد بسیاری از حقوقدانان ارزش آنرا نخواهد داشت که برای تحقیق و بررسی آن حتی یک دقیقه هم صرف وقت شود .

برای توضیح این معنی مثالی می آوریم فرض کنیم کاری مجاز بوده ولی بعد از لحاظ اخلاق و یا بهداشت زیان آور تشخیص داده شده بعقیده بسیاری از حقوقدانان لازم نیست قانونگذار در منع قانونی خود ، ترمیم و جبران زیان وارد از اجرای قانون را (در مورد منع آن امر) نیز پیش بینی کند زیرا قانونگذار با وضع قانون در حقیقت قاعده حقوقی قبلی را که بخودی خود مشروع بوده بدان ضمانت اجرائی بخشیده است .

جبران زیان و ضرر وارده در اثر قانون ، از طرف دولت وقتی لازم است که ورود زیان برخلاف اصول حقوقی باشد و لذا فرضاً سرمایه داری که از کار خانه و یا سرمایه خود برخلاف اصول بهره مند میشده و بهره مندی وی مضربه بهداشت و یا اخلاق مردم بوده ، و قانون جدید مضربحالوی باشد در مطالبه جبران زیان وارد از این قانون محق نخواهد بود ، و بعضی از حقوقدانان گفته اند که دولت در مورد جبران زیان از اجرای قانون جدید باید تحقیق کند که امور ممنوعه در زمان مجاز بودن آنها ، با قاعده حقوقی مطابقت داشته است یا خیر ؟ در صورت اول در جبران زیان مسئولیت خواهد داشت و در صورت دوم مسئولیت ندارد ، پس اگر قانون تأسیس فاحشه خانه را ممنوع کند در جبران زیان مسئول نیست ولی اگر بعضی از مشاغل را در آنحصار خود در آورد که تصدی مردم در آن مشاغل مخالف عدالت نبوده است در جبران زیان مسئول است .

#### ۸- اعتبار و ارزش عرف در نظام حقوق اسلامی

بنظر میرسد که لزومی نداشته باشد که عنوان فوق را دوباره بررسی کنیم زیرا تاکنون این موضوع بررسی شده است ، که در حقوق اسلامی عرف یکی از منابع حقوق است و حتی در صورت تعارض میان عرف و قیاس ، فقها عرف را مقدم



می‌دانسته‌اند به این دلیل که قیاس مخالف با عرف جاری ، موجب عسر و حرج است و یا مخالف مصالح جامعه می‌باشد .

میدانیم که مال تعبیر عرفی از وجود يك حق است و مفهومی جدای از آن ندارد اما از طرفی حق تألیف نه با حق عینی منطبق است و نه با حق دینی ، چه موضوع آن شئی مادی نیست ، بلکه مربوط به مفاهیم ذهنی و ابداع و آفرینش فکر شخص نویسنده است ، و ازسوی دیگر دینی هم نیست که میان داین و مدیون باشد ، و باوجود این ، در عرف عام و بنا به مقتضیات عدالت و انصاف در برابر تمام مردم دنیا قابل استناد است و با عنوان مالکیت شباهت تام و تمامی دارد ، پس بنا باعتبار و ارزش عرف در نظام حقوق اسلامی می‌توان آنرا مشروع دانست و یا مسأله سرقفلی که امروز در عمل مورد پذیرش عرف مردم و حتی پشتیبانی دادگاههاست ، يك رُخداد تازه است اما با اینکه استفاده بلاجهت در اصول حقوق امامیه باعث تردید در مشروعیت موضوع می‌گردد معذلك در مورد سرقفلی با مراجعه به عرف و عادت مسلم این تردید از میان می‌رود که آنرا استفاده بلاجهت تلقی نمایند ، چه سرقفلی در حقیقت حقی است که شخصی بر مشتریان دائم خود در اثر حسن سلوك و اعتبار و اعتمادی که بدست آورده پیدامی‌کند و خلاف عدالت و انصاف و عرف و عادت است که وی را از حق خود محروم نمائیم<sup>۱</sup>

تکرار این مطلب موجب ملالت خاطر خوانندگان خواهد شد ، فقط در اینجا باین نکته اشاره می‌کنیم که اعتبار عرف و عادت و عقل و قیاس در حقوق اسلام ایجاد قدرت شگرفی کرده است ، بطوریکه این نظام حقوقی در میان ملت‌های گوناگون زبانهای مختلف ، عادات و رسوم و سنن ملی و اجتماعی متفاوت اجرا گردیده است ، از اقصای نقاط افریقای سیاه تا منتهی الیه سواحل ژاپن مکان زرد بوستان حقوق اسلامی رفته و اجرا گردیده ، بدون اینکه جنبه تحمیلی داشته باشد .



این نظام حقوقی با امضاء کردن عرفهای محلی و ارجاع قاضی به آنها و معتبر شناختن عقل و اجماع و استصلاح و استحسان ، توانسته است ماشین حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگاهدارد و از طرفی حقوق اسلامی در اعتبار عرف آنقدر افراط نکرده است که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت شرافت ذاتی آدمی باشد ، چه همانطور که پیش از این گفته ایم حقوق مانند قوانین فیزیکی و طبیعی نیست که از اصل علیت و سببیت پیروی کند بلکه قوانین حقوقی از اصل غایتت تبعیت مینمایند زیرا انسان را موجودی فاعل مختار و بااراده میداند که مجبور نیست بلکه شخصیت وی بستگی بدان دارد که موجودی باشد آفریننده و خلاق و ایجادکننده ، چه قرآن وی را جانشین خداوند در زمین معرفی کرده است و رمز این جانشینی فقط در همین صفت خلاقیت نهفته است ، باری نقش عرف و عادت و عقل و اجماع فقط از کهنه و فرسوده شدن حقوق جلوگیری می کند و آنرا همواره در تطبیق و انطباق با نیاز مندیهای روز مردم ، متغیر و متکامل نگاه میدارد ، فرمولها و دستورالعملهایی بدست میدهد که خود را منطبق با روح زمان و پیشرفتهای عظیم جهان گرداند و جاهای گریز و محللهای انعطاف برای پدیده های جدید اجتماعی باز کند .

حقوق اسلامی در اصول پیشرو است زیرا حقوقی کور و بی هدف نیست و تا آنجا که باین اصول که ناشی از فطرت انسانی است لطمه و صدمه وارد نکردد پیرو میباشد و این تابع بودن چنانست که موجب پیشرفت و زنده و نوشدن آن گردد ؛ پس حقوق اسلامی هم مانند «کمان لو» حقوق عرف و سابقه انگلیس منطبق با نیازمندیهای روز مردم است و مخالف جهت رود گام بر نمی دارد ولی مانند حقوق انگلیس از اصل علیت پیروی نمی کند بلکه حقوق اسلامی هدف و غایت دارد و آن حیثیت و شرافت انسان و تحقق اصل عدالت است ،

بنظر میرسد که عرف و عادت بمنزله جلودار و پشاهنگ قافله و عرابه حقوقی است که از دنبال وی باید بیاید. جلودار باید راه را برای قافله آماده و هموار سازد، نباید خود سد راه او بشود و مانع رسیدن قافله بهدف و مقصد و غایت باشد.

جلودار نباید مسیر اصلی قافله را منحرف سازد، جلودار نقش راهنما و دستیار برای قوانین و اصلاحات خواهد داشت و لذا نباید مخالف هدف اصلی عدالت انسانی گام بردارد.

حقوق اسلامی، حقوقی ریشه دار و متکامل است، انسان ساز است، نه زاده انسان، ژاینده و سازنده است، رکود و جمود و سکون در آن راه ندارد و اجتهاد که بقول علامه اقبال پاکستانی:

«قوة محرکه اسلام است» استمرار و دوام و سیر این حقوق را بسوی کمال تضمین می کند.

همانگونه که حکیم بزرگ طوس خواجه نصیرالدین حقوق اسلامی را قابل تغییر و تحول و تبدیل دانسته است که در فصول گذشته بدان اشاره شد، حقوقی است که باعینک واقع بینی طبیعت بشری را نگر بسته و از این دریچه برایش دستور و قانون وضع کرده است.

ابوعلی سینا نیز در ضرورت «اجتهاد» چنین می گوید:

«چون اوضاع زمان متغیر است و پیوسته مسائل جدیدی پیش می آید، از طرف دیگر اصول کلی اسلامی ثابت و ولایتیغیر است، ضرورت دارد در همه عصرها و زمانها افرادی باشند که با معرفت و بصیرت کامل درمبانی اسلامی و با توجه بمسائل نوی که در هر عصر پدید می آیند پاسخگوی احتیاجات مسلمین بوده باشند»



حقوق اسلامی برخلاف حقوق انگلیس هر عرفی را امضاء نمی‌کند حقوق انگلیس زادهٔ نیازمندیها و غرائز منحرف بشری است و وظیفه دار تعالی روانی و معنوی انسان نیست. ولی حقوق اسلامی هیچگاه طریق سقوط و انحطاط اخلاقی را امضاء نمی‌کند، بلکه بالاتر و برتر از اراده‌های فردی است و بی‌بند و باری بی‌حد و حصر انسانهای منحرف را صحنه نمی‌گذارد، رهبر اراده‌ها است و آنها را با اصول عدالت که مقصد است متوافق می‌سازد هدف و مقصد در آن عنصر اصلی و هسته اساسی است نه پیروی از عرف و عادت شنیع، حقوق اسلامی عنصر قانونی دارد در حالیکه حقوق انگلیس مطابق گفتهٔ بنتام عنصر قانونی ندارد و بر روی مقتضیات زمان و مکان از برخورد و اصطکاک اجتماع ایجاد شده است<sup>۱</sup>.

۱- آقای مطهری در مقاله زن در حقوق اسلامی در مجله زن روز شماره ۱۲۹ ۱۳۴۶/۶/۴ می‌نویسد: «... ملت انگلستان بدون اینکه انتظار قانونی شدن پیشنهاد آقای راسل را بکشد خودش مشکل را حل کرد، اما دولت انگلستان درست بر خلاف نظر آقای راسل عمل کرد، بجای اینکه تکلیف زنان مجرد را روشن کند و حتی برای آنها در وجود مردان قرار دهد کاری کرد که زنان بیش از پیش از وجود مردان محروم گردند، در هفته گذشته قانون «همجنس‌بازی» را بتصویب نهائی رسانید در تاریخ ۱۶/۴/۴۶ روزنامه اطلاعات خبر داد «لندن - مجلس عوام بریتانیا پس از یک بحث هشت ساعته قانون همجنس‌بازی را تصویب کرد و متن لایحه را برای تصویب نهائی به مجلس اعیان فرستاد» درده روز بعد یعنی ۲۴/۴/۴۶ نوشت: «مجلس لردهای انگلیس قانون «همجنس‌بازی» را در شوردوم تصویب کرد، این قانون که قبلاً بتصویب مجلس عوام انگلیس رسیده بزودی از طرف الیزابت دوم ملکه بریتانیا توشیح خواهد شد» در حال حاضر در انگلستان تعدد زوجات ممنوع است اما همجنس‌بازی رواست، از نظر این مردم اگر یک مرد برای زن خود «هوویی» از جنس مرد بیاورد، عمل شرافتمندانه و انسانی و متناسب با مقتضیات قرن بیستم انجام داده است.»



در حقوق انگلیس حقوق را باید بامردم میزان کرد ولی در فقه اسلامی حقوق را تا آنجا بساید بامردم میزان کرد که از اخلاق و تهذیب نفس و اصول اصلی اسلامی منحرف نگشته باشند، پس از اصل غایت پیروی می‌کند، کور و بی هدف نیست، تحول بخاطر نفس تحول نیست، درست است که حقوق علم به واقعیتهای اجتماعی است. اما این واقعیتهای با واقعیتهای مادی و طبیعی فرق دارد در واقعیتهای اجتماعی عنصر اراده و اختیار وجود دارد و اصل غایت حکم فرماست در حالیکه در واقعیتهای جهان طبیعت عنصر جبر و قانون علیت و سببیت وجود دارد، و لذا حقوق به آینده نظر دارد ولی جهان طبیعت گذشته و حال و آینده در آن یکسان است، زیرا که در طبیعت هدف وجود ندارد، در طبیعت همانطور که در فصول قبل هم یاد آور شده ایم، علت مقدم بر معلول است اما در انسان اول هدف است بعد وسیله برای رسیدن بآن، در طبیعت همه چیز اسیر زمان و مکانند و از خود آزادی ندارند، در طبیعت همه چیز روی سلسله مراتب است و لذا ظفره محال است اما در انسان و اجتماع نتیجه و پایان ابتدا نگر بسته میشود و بعداً اول شروع می‌کند تا بآخر یعنی به همان نتیجه که ابتدا دیده بود، برسد، و این همانست که انسان را از حیوان جدا میسازد، در حیوان پیش بینی وجود ندارد، در صورتیکه در انسان وجود دارد و اینجا باید گفت که حقوق انگلیس احساس ارزش انسان را نادیده انگاشته و غایت و هدف را منظور نمیدارد و پیروی از قوانین علیت می‌کند در حالیکه حقوق اسلامی برای فعالیت‌های بشری ارزش‌های مثبت و منفی، مقبول و مردود وضع کرده که هدف آنها رسیدن به عدالت اجتماعی کامل است.

مها تماغاندی در مورد روش هند در برابر فرهنگ و تمدن غربی میگوید:

« من دربند این نیستم که راه خانه ام از هر طرف بسته شود و پنجره‌های آنرا کور کند. من میخواهم که نسیم فرهنگ و تمدن کلیه کشورها آزادانه از میان خانه من جریان داشته باشد، لیکن هرگز نمی‌گذارم که این باد مرا بخود ببرد »

نظام حقوق اسلامی تا آنجا که مدنیت غربی برای انسانیت خیر و برکت و علم و صنعت و حق و عدالت آورده است ، می پذیرد و آنها را در ماشین حقوقی خود هضم و قابل انعکاس مینماید ، ولی هرگاه با اعلامت خطر و انحراف و انحطاط مواجه شد ، مسیر خود را بلافاصله تغییر خواهد داد .

\* \* \*

فصل ششم این کتاب که خود حاوی هفت مبحث در پیرامون منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی بود ، در اینجا پایان رسید ، در فصول بعد در اطراف نقش عرف و عادت و وجدان حقوقی و درباره عدالت و فلسفه ارزش و اجتهاد و مرزهای حقوق و اخلاق بحث خواهیم کرد .



## فصل هفتم

نقش عرف و عادت در حقوق





## ۱ - عرف جوهر حقوق است

عرف و عادت خمیرمایه و جوهره کلیه نظامهای حقوقی دنیا است . امیل دورکیم<sup>۱</sup> میگوید :

« حقوق مانند جاده میان دوده است . . . » زیرا بهمان گونه که فاصله میان دوده در اثر آمد و شد اشخاص و عبوز و مرور فراوان از حالت کوره راه بیرون آمده و متدرجاً در اثر مراودات پیسایی تسطیح گردیده و هموارتر و صافتر و پهنتر میگردد ، بهمان طریق هم حقوق از عرف و عادت مایه میگیرد و این نخستین منبع و سرچشمه حقوق اندک اندک در وجدان حقوقی<sup>۲</sup> مردم جسایگزین گردیده و بعدها بصورت یک

---

۱ - Emile Durkheim (۱۸۵۸-۱۹۱۷) جامعه شناس فرانسوی

است افکار و عقاید او طرفدارانش را مجموعاً بنام مکتب جامعه شناسی فرانسه (Ecole Sociologique Francaise) مینامند .

۲ - وجدان حقوقی (La conscience Juridique) در علم حقوق

در مقابل وجدان عمومی یا شعور مشترک و جمعی (La conscience Collective)

در جامعه شناسی گرفته شده ، در جامعه شناسی اصطلاح وجدان عمومی که واضح آن دورکیم است عبارتست از احساسات و عواطف و افکاری که در یک اجتماع وجود دارد ، و این وجدان عمومی هنگامی ایجاد میگردد که افراد گردهم جمع شوند و در این مرحله وجدان عمومی فوق افراد قرار دارد .

دورکیم بعدها به نقص تعریف خود متوجه گردید و گفت وجدان عمومی

سرشتی است که در اثر اجتماع پدید می آید و در افراد وجود ندارد زیرا که وی ←

تاسیس حقوقی<sup>۱</sup> و یا قانون جلوه گر میگردد .

همانطور که بر روی دره‌ها و رودخانه‌ها و جاده‌های میان دوده رفته رفته پل و سد<sup>۲</sup> احداث میکنند و راهها را بهم وصل مینمایند و در فواصل طرق و شوارع کاروانسراها و مهمانخانه‌ها بنا میگردد و کم راه شوسه مبدل بجاده آسفالته و راه آهن میگردد، بهمان ترتیب قوانین بر اساس و شالوده همین عرف‌ها پی‌ریزی میگرددند ، و هر چه يك نظام حقوقی از عرف بیشتر مایه بگیرد ، توانا تر و غنی تر میگردد و با سهولت بیشتری قابل اجرا میشود ؛ و این مطلب بقدری بدیهی است که جمعی از حقوقدانان بعد از قانون سایر منابع حقوقی را نادیده انگاشته و جز عرف به منبع دیگری اعتنا و تکیه ندارند زیرا مردم بهنگام رفع نیازمندیهای خود طریقی را به میل و رغبت تعقیب می کنند و آنقدر آنرا تکرار مینمایند تا روش مذکور پس از گذشت ایام در وجدان حقوقی آنان رسوخ کرده و بصورت راه حل مشکلات تجلی کند .

در حقیقت باید گفت که اجتماع پیش از آنکه تحت يك سلسله مواد قانونی اداره شود و بتوان درباره آنان مطابق قانون دادگری کرد ، باید بعرف آنان توجه گردد .

← اول آنرا درون اجتماع و افراد میدانست ، بهر حال این وجدان عمومی اجتماع باهم ترکیب شده و در اثر ترکیب و فعل و انفعال آنها احیای اجتماعی پدیدار میگردد . سایر جامعه شناسان هر يك در اطراف وجدان عمومی بحثهایی دارند و در کیم برای تعریف جرم هم از همین موضوع استفاده کرده میگوید : يك عمل وقتی مجرمانه خواهد بود که حالات نیرومند و معلومی از شعور جمعی ( وجدان عمومی ) را جریحه دار نماید و در کیم وجدان عمومی را با رسوم دیرینه یعنی سنت (Tradition) مرتبط دانسته و نفوذ و قدرت وجدان عمومی را از رسوم دیرینه میدانند .



بقول یکی از حقوقدانان :

« عرف پیشقراول حقوق است و آنست که جادهٔ تحولات حقوق را صاف و آماده می‌کند تا قانون در آن جایگزین گردد . »

ژولین حقوقدان معروف رُم در تعریف از عرف و عادت میگوید :

« عرف و عادت دیرینه عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانون را دارد . »<sup>۱</sup>

پروفسور گوج میگوید :

« رسم و عادت پیش از قانون وجود داشته است و ضمانت اجرائی رسم و عادت همانقدر قوی است که ضمانت اجرائی قانون »<sup>۲</sup> زیرا گذشت زمان به آداب و رسومی که مردم عمل میکنند نوعی تقدس می‌بخشد .

سایین یی در همین معنی میگوید :

« ملت و جماعت مانند مجموعهٔ واحدی است که در درون آن نسلهای متوالی به وجود می‌آیند و زمان جال را به گذشته و آینده مرتبط میدارند . عرف و رسوم دیرینه در نگاهداری حقوق نظارت مینمایند . این رسوم و عرف ، ماترك و میراثی است که از نسل به نسل بطور متوالی و نامحسوس نقل و انتقال می‌یابد و چون حقوق وابسته و منوط به موجودیت افراد نمیباشد قواعد آن خود بخود نگاهداری می‌شوند و در معرض تغییرات و تبدلات دائمی قرار می‌گیرند بنا بر این عرف و رسوم دیرینه و اجدادی عنصر برجسته‌ای از حقوق را تشکیل میدهد . »<sup>۳</sup>

\* \* \*

۱- میانی حقوق جلد اول ص ۲۶

۲- آزادی فرد و قدرت دولت ص ۳۳

۳- مبانی حقوق جلد دوم ص ۷۱

## ۲- نظر چند فیلسوف دربارهٔ عرف

برتراند راسل<sup>۱</sup> در مورد عرف و عادت می‌گوید :

« عرف و عادت حتی بر غرائز زورمند بشری از قبیل غریزهٔ جنسی نیز غلبه دارد مثال معروف آن حرمت زواج با محارم است که در قبائل وحشی حتی همه‌جا معمول و متداول است زیرا که می‌خواستند حرمت زواج با محارم را بخارج از افراد قبیله هم سرایت دهند که قوانین پیچیدهٔ ازدواج با غیر اقارب را برقرار کرده‌اند »  
 اینجا باید افزود که فیلسوفان قاعده‌ای دارند که می‌گویند : « القسر لایدوم »  
 یعنی يك امر غیر طبیعی دوام پیدا نمی‌کند ، هر جریانی که غیر طبیعی باشد باقی نمی‌ماند و تنها جریانی که طبیعی است قابل دوام است زیرا هر کاری که با نظم عمومی و عرف و عادت و رسوم دیرینه مطابق باشد چون طبیعی است هرگز مورد سرزنش و ملامت قرار نمی‌گیرد .

ارسطو دربارهٔ عادت می‌گوید :

« هرگاه يك امر اخلاقی که طبیعی انسان نبوده و باید کسب شود ، هرگاه این امر اخلاقی بدرجهٔ خوی برسد یعنی عمل بآن دشوار و شاق نباشد بلکه از روی میل و رغبت انجام شود آنگاه گویند به درجهٔ عادت رسیده است و طبیعت ثنائی<sup>۲</sup> است »

نفوذ عرف و عادت تا آنجاست که حتی قانون الواح دوازده‌گانه ( ۳۶۲ قبل از میلاد ) نیز بر اساس آن جمع‌آوری گردید ، یعنی اگر کسی بخواهد از عرف و عادت رومیان اطلاع حاصل کند کفایت که به الواح دوازده‌گانه مراجعه نماید و از مقررات بسیار وحشیانهٔ انسان آنروزی آگاه شود .

۱- امیدهای نو ص ۸۱

۲- سیر حکمت در اروپا جلد اول ص ۳۴

در این الواح اگر انسانی آزار و زیانی از هم نوع خود می‌دیده‌است مجاز بوده که بالاترین کیفر را به فاعل زیان وارد سازد ، ولو اینکه فاعل زیان دیوانه یا طفل باشد ! از این رو در الواح صحبت از قصد و نیت بمیان نیامده‌است ، و شروع بجرم و توطئه و امثال آن مورد کیفر قرار نگرفته‌است زیرا انسان بدوی به علل و اسباب يك اتفاق توجهی نداشته است .

و همچنین ژوستینیان امپراطور روم برای وحدت دادن بقوانین اقوام تابعه و مستعمراتش مجموعه‌های قانونی مبتنی به عرف و عادت تدوین کرد و هیئت‌هایی در سال ۵۲۸ میلادی باین کار واداشت .

اساس قانون مدنی فرانسه (کدناپلئون) نیز مقتبس از حقوق رم و عرف ژرمن بوده که طی چند قرن بطول انجامیده است .

باری آدمی تنها با اندیشه و علم خود زندگی نمی‌کند بلکه بامقداری پندارها و آرزوها و عادات و عرفها که بیشتر بر انگیزنده فعالیت‌های او هستند نیز سروکار دارد ، هر قدر هم که انسان از وجود آنها کم آگاهی داشته باشد و هر اندازه هم این عرف و عادت و پندار و آرزو متناقض ، غیر طبیعی و تعصب آمیز باشد ، باز وجود دارند ، و بر اعمال ما و عکس‌العمل‌های ما تأثیر می‌گذارند ، و اساس فلسفه زندگی انسان را تشکیل میدهند ، انسانها اغلب این گونه از اعمال خود را که بر اساسی غیر از اندیشه و علم کار گذاشته شده است ، تنظیم نشده رها می‌کنند ، این گونه از اعمال بر اساس افکار نیست یا دست کم بر اساس افکار آگاهانه نیست ، یکنوع احساس مبهم و شعور ناخود آگاه است که مردم آنرا از عقاید و رسوم متداول در اجتماع خویش جذب نموده و بسا تعریبات شخصی خود اندکی تعدیلش مینمایند ، و همین مجموعه درهم از پندار ها و احساسها برایشان کافی است زیرا در آن چیزی از «عقل قرون» نهفته شده است .

پروفیسور گونار میردال می‌نویسد :

« من از قدرت و نیروئی که آداب و رسوم در اغلب اندیشه‌های تئوریک بطور کلی



و در زمینه امور اقتصادی بالاخص دارند، بسیار متعجبم. حتی هنگامیکه با بداع خود ایمان کامل داریم معذک کم و بیش در تحت تاثیر برخی ایده‌ها یا برخی نمودهای فکری بسیار کلی که بازمانده زمانهای باستان است قرار می‌گیریم:

در یک دوره معین اندیشه و افکار در دکترین‌های معین متجسم شده‌اند. ولی امروزه حتی در مواردی که این دکترین‌ها کاملاً مورد قبول واقع نمی‌شوند و مردود هستند هنوز هم بشکل افکار فریبنده تاثیر قابل توجهی روی نحوه تفکر ما دارند. حتی دانشمندی که روزنه تازه‌ای در تئوری اقتصادی باز کرده و کار خود را معمولاً از دریچه فکری خاصی شروع می‌کند (و سرانجام موفق می‌شود در اثر نبوغ و اراده فوق‌العاده خود افکار فریبنده و کهنه را دور بریزد) در مسأله دیگر خود مرتجع و سنت پرست باقی می‌ماند.

افزارهای تحلیلی ما در چهارچوب مرسوم این دکترینها و رجحانها گداخته شده است ما آنها را در کار خود اجباراً بشکل طریقه حل و فصل مسائل انتخاب کرده‌ایم. این تغییر شکل مسائلی را که ما مطرح می‌کنیم و نیز نحوه طرح آنها را تعیین می‌کند بنابراین آنها روی نحوه تفکر ما اثر ترمز کننده دارند و این فقدان اصالت همچنانکه گذشت بنوبه خود تحقیق تجربی ما را تحت تاثیر قرار می‌دهد.<sup>۱</sup>

### ۳ - اصل ضرورت

بطوریکه ملاحظه می‌شود حتی در نظریات و عقاید نقش سنت‌ها غیر قابل تردید است، و اینستکه وجدان حقوقی مردم را اغلب نمی‌توان با تغییر قانون دگرگونه کرد زیرا که آن به بسیاری از عوامل بستگی دارد:

افکار و عقاید اخلاقی و مذهبی، آداب و رسوم ملی، سنتهای باستانی، سطح تعلیم و تربیت عمومی، پیشرفت اوضاع مادی و اقتصادی، آب و هوای محیط زندگی، موقعیت جغرافیائی، زبان... و غیره در ایجاد و تحول و تکامل وجدان حقوقی مردم

۱- تئوری اقتصادی و کشورهای کم‌رشد ص ۱۶۸

تأثیر بسزائی دارد. و از آنجا که وجدان حقوقی دارای جنبه ثبات و استمرار و دوام است، اغلب دیده می‌شود که در بسیاری از مطالب حقوقی مردم کشور ما بایک طرز تلقی و توجیه زردستی روبرو میشوند، ظاهر کلام بوی اسلام میدهد ولی تفسیر و تعبیر بر اساس سنتهای باستانی نهاده شده است:

یکی از حقوقدانان آنجا که از دورنمای پیش از اسلام و تحولات اولیه فقهی بحث می‌کند.

در این باره که قانون بارشد نسبی وجدان حقوقی افراد اجتماع رشد کرده و راه تکامل رامی پیماید و در این باره که فقهای اسلامی اغلب نتوانسته اند موفقیت کامل کسب کنند چنین می‌گوید: «هیچگاه از طریق استدلال نظری، قانون بوجود نمی‌آید بلکه پس از بوجود آمدن قانون، نظریه عمومی در توجیه آن بکار برده میشود. نیاز به توضیح نداریم که اصل ضرورت<sup>۱</sup> را ندره<sup>۲</sup> بکار برده اند و مؤمن ساده دل و عادی مسلمان با آن مخالف است. مسلمان مؤمن در مورد بی غذایی در بیابان و مشرف به موت شدن چنین می‌گوید: «اگر اراده خداوند امروز بمرگ من تعلق گرفته خواهد مرد و اگر خداوند اراده کند زنده خواهیم ماند و من چه خود را به گناه خوردن معمرات آلوده کنم یا نکنم در سر نوشت من تأثیر نخواهد کرد»<sup>۳</sup>.

در صورتیکه بهنگام ضرورت و اضطرار در حقوق اسلامی هیچ حریمی بحرمت خود باقی نمی‌ماند و کسیکه گرسنه و در شرف هلاکت است بدون اذن مالک اصلی می‌تواند اذمال او بقدر سدجوع بردارد، و بعد عوضش را باو بدهد و در همین مورد است که گفته‌اند: «ما یجوز للضرورة بقدر بقدرها» یعنی بقدر رفع ضرورت میتوان مرتکب امر ممنوع گردید. و در قرآن سوره بقره آیه ۱۷۳ می‌گوید: «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ

۱- «الضرورات تبيح المحظورات»، «وما من شی الاوقدا حله الله للمضطر» و در

حقوق اروپائی بنام حق ضرورت *droit de nécessité* معروف است.

۲- حقوق در اسلام تألیف دکتر مجید خدوری و هربرت ج لیسنی



و لاعادِ قَلَا اِثْمٌ عَلَيْهِ، یعنی هر که بدون ظلم و تجاوز مضر شود گناهی بر او نیست، حدود اسلامی هم در زمینه شبهه جاری نمی‌گردد.

پس می‌بینیم که طرز تلقی مردم و سابقه ذهنی آنان تأثیر غیر قابل انکاری در اعمال يك تاسیس حقوقی دارد و حقوق نمی‌تواند از این طرز تلقی عموم دور و برکنار بماند و قوانین حقوقی چه در زمینه اقتصاد و چه اخلاق، آنگاه دارای ویژگی و خصیصه قانون هستند که افکار و عقاید اجتماع (وجدان حقوقی) به لزوم اجرای آنها توجه حاصل نماید و این توجه باینصورت است که شعور جامعه برضد متخلف از قانون عکس‌العمل از خود نشان میدهد و این واکنش را احساس می‌کند و از اینجاست که قوانین باید بطور دائم ضمانت اجرا داشته باشند و این ضمانت اجرا را ابتدا بصورت انتقام شخصی و احقاق حق خصوصی<sup>۱</sup> بوده و کم‌کم بصورت کنونی یعنی احقاق حق از طریق قانونی درآمده است.

تحولات دائمی حقوق کشورها، دنباله تغییرات گذشته آنهاست، حقوق تجارت امروز بوسیله عرف و عادت و آداب و رسوم بازارهای مکاره قرون وسطی بوجود آمده، و این عملکردهای مردم که در اثر احتیاج آنان را وادار برآه حل و ارائه طریق کرده بود موجب پیدایش حقوق تجارت شد، مثلاً بازرگانانی که در قرون وسطی باهم روابط تجاری داشتند برای اینکه به علت ناامنی راهها خطری متوجه سرمایه و دارائی و اموال آنان نگردد برای طلبکاران خود برات برای بازار مکاره سال بعد و یا چندماه بعد را صادر میکردند، و از این راه هم حمل و نقل پول که در آن زمان بیشتر پولهای فلزی (طلا و نقره) بود آسان میشد و هزینه ای جهت آن برای طرفین بوجود نمی‌آمد و هم اغلب باصدور برات بازرگانان که طرف معامله و داد و ستد بودند تها تر میکردند و صورت برات، چک، سفته، بروات بین‌المللی، چکهای مسافرتی و غیره شکل و صورت تکامل یافته همان راه‌حلهای چند قرن قبل است زیرا این حقوق بر مبنای همان



عرفها بنا گذاشته شده و اکنون نیز با نیاز مندیهایی جدید بسرعت راه تکامل و توسعه را میپیماید. والا حقوق تجارت در قدیم بخشی از حقوق خصوصی (حقوق مدنی) بود که به علل زیادی بویژه از جهت بوجود آوردن سرعت که لازمه امور تجاری است و تقویت اعتبار که در امر تجارت نهایت لزوم را دارد از حقوق مدنی جدا گردیده است و خود را از تجول بطلی و کند حقوق مدنی آزاد ساخته است:

در عصر حاضر نیز اگر قانونی بتصویب میرسد این قانون يك پدیده کاملاً جدید و تازه نیست، بلکه همان عملکردها و پراتیکهاست که بصورت مدون تنظیم شده است. حاصل اینکه نیاز مندیهایی بشر که بصورت وجدان حقوقی و عرف و عادت نضج پیدامی کند و مورد پذیرش همگان قرار میگیرد.

قانونگذاران آنرا بصورت قرارداد، مقاله نامه، عهدنامه و بالاخره میثاق های بین المللی و یا بصورت مواد قانونی (کُد) در آورده و تصویب مینمایند، در اینجا حقوق تجارت بعنوان نمونه و مثال ذکر شد والا این وضع در تمام نظامهای حقوقی و کلیه رشته های حقوقی جریان دارد. بقول لئون دوگی: «چیزی که در اجتماعات معاصر يك قاعده را به خاصیت حقوقی متصف میدارد» نه از تصمیم قانونگذاران، بلکه از این است که شعور و خود آگاهی افراد جماعت ولو بطور مبهم و غیر واضح لزوم اجرای این قاعده را احساس نماید.

چه بسا قواعدی است که جزعوانین بتصویب رسیده ولی هنوز از قواعد حقوقی شمرده نمی شوند و چه بسا از قواعد حقوقی است که میان مردم مورد عمل واقع شده اند بی آنکه در قوانین تحقیقی وارد باشد.

و همین امر است که امور حقوقی و قانونگذاری را از مسیر تاریخی خود بهیچوجه جدا نمی سازد و مانند بسیاری از پدیده های علمی از سابق ممتدی مایه و ریشه میگیرد و يك حقوقدان ناگزیر است که ریشه های آنرا از لابلای تاریخ گذشته پیدا کند.

تا بتواند بهتر بدرک حقوق يك ملت نائل شود .

چه بسا قوانینی که فقط روی بعضی از ملاحظات سیاسی و اجتماعی وضع شده اند بطوریکه يك نفر خارجی که منبع اطلاعاتش منحصر به مواد قانونی باشد از خواندن آن مواد با شتاباهات فوق العاده شگفتی دچار می شود و هیچگاه بدرک حقوق آن مملکت نائل نخواهد شد .

در نظام حقوق اسلامی هم در باب معاملات ( عقود و ایقاعات ) مثلاً در بیع هیچگونه وضع و اختراعی در شرع بعمل نیامده و چیزی را که قبلاً مشمول عنوان بیع نبوده شامل عنوان بیع قرار نداده اند .

همچنین اجزائی نیز برای بیع مخصوصی جعل نموده اند و از این عنوان چیزی را به موضوع حکم تعبدی شرعی شامل نساخته اند بلکه برای بیع و عقد آن احکام عرفی نفس الامری ای است که از ناحیه شارع منکشف شده است و تعلق این احکام برای ماهیات و ذوات مشروط به شروطی گشته است ، مقصود از بیع در عرف مردم عبارت از تمليك است و چنین امر در شرع اسلام تعبدی نیست بلکه حکم آن بنفسه ثابت میباشد و شارع آنرا مستقر ساخته یعنی از تأثیر آن نکاسته و معنی نفرموده است .

احکام عرفی در معاملات تماماً از ناحیه شارع نفیاً و معنأً قابل تصرف هستند نه اثباتاً زیرا این احکام بنفسه بدون احتیاج به اثبات و جعل از ناحیه کسی به موضوعات خودشان ثابت میباشد و .. معنی آیه قرآن که : « احل الله البیع و حرم الربوا » و معنی امضا و تنفیذ نیز همین است .

میرزا صادق تبریزی در مقالات الغریبه سرانجام می گوید « فالاحکام المرتبه علی المعاملات كلها عرفية نفس الامریه لامجموله شرعیه تعبدیه » یعنی در عبادات احکام تعبدی و تکلیفی است ولی در معاملات حکم عرفی و وضعی میباشد ؛



## ۴- مطالعه وجدان حقوقی از خلال تاریخ

یکی از جامعه شناسان می گوید: «وقتی نوزادی متولد میشود، جامعه ارث چندین هزار ساله خویش را به وی تفویض می کند» و یا حال مملو از گذشته و آستان آینده است زیرا اخلاق و روحیات يك 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 می کنند پی ریزی میشود، همانطور که ما با بنیانهای اخلاقی گذشته تا حدودی زندگی می کنیم.

مطالعه تاریخ حقوق كمك شایانی باین امر می کند و سرچشمه های وجدان حقوقی و طرز تلقی مردم را در برابر يك قانون نشان میدهد. يك بررسی اجمالی حقوق ایران از خلال تاریخ ادعای ما را روشن می کند، فی المثل نظریه الهی<sup>۱</sup> 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)<sup>۲</sup> است که هنوز حتی در میان زنان روشن فکر جامعه مادیده می شود و یکی از آن ها اهمیت زیادی است که به نوزاد پسر میدهند، که از هر حیث مبتنی بر يك سابقه چند هزار ساله است، توضیح اینکه در حقوق زردشتی ازدواج، انواع مختلفه ای دارد: (پادشازن، ایوکنزن، چاکرزن، خود سر زن) که ازدواج پادشازن نیز نبوه خود شقوق مختلف دارد و آن اینکه اگر دختری اولاد منحصر بفرد خانواده ای باشد و پس از ازدواج پسر بیآورد، فوراً بپدر تقدیم و وارث نیای مادر و یا پسر منتسب به پدر مادر خویش میشد و از این رهگذر دختر امتیازات مذهبی و حقوقی فراوانی کسب میکرد و جزو پادشا



زن یا زنان ممتازه می گشت و حتی اگر «خودسرزنی» که ازدواجش بر خلاف میل اقوامش بوده است و باین سبب خود سرزن نامیده میشود .

اگر پسر می آورد که کبیر می شد و بهنکام رشد ازدواج سابق مادرش را بجای اقوام مادر که آنرا رد کرده بودند اجازه و تصدیق و تأیید میکرد ! مادرش جزو زنان ممتازه میگردید و حقوق زن ممتازه را کسب میکرد و بنظر تحقیر نگریسته نمی شد و حقوق زن ممتازه را دارا میشد از قبیل : اداره اموال شوهر پس از مرگ او ، زن ممتازه (پادشازن) فقط ارث میبرد و زنان دیگر فقط مهر و جهیز خود را میبردند ؛ فرزندان ممتازه دو برابر فرزندان زنان دیگر ارث میبرد ! و بالاخره فقط پادشازن می توانست به فرزندخواندگی از جانب نیای خانواده مناسک و مراسم مذهبی انجام دهد . پرفسور بلوشه<sup>۱</sup> در کتاب معروف خود «تاریخ حقوق مدنی جمهوری آتن» میگوید : «تقریباً در تمام قوانین ملل قدیمه که از نژاد آریائی هستند اصل و قاعده عمومی که حکمفرما بوده عبارت از این است که فقط اولاد زکورات می بردند و زنان از حق ارث محروم بودند»<sup>۲</sup> و<sup>۳</sup> و از این مثالها فراوان میتوان یافت ، فی المثل اسلام در ایران ، رنگ و صبغه ایرانی دارد و با اسلام در کشورهای عربی تفاوت بسیار دارد .

\* \* \*

### Bleauchet - 1

۲- ارث در حقوق مدنی ایران دکتر موسی عمید ص ۱۴

۳- درباره حقوق زن در فصل هشتم مفصلاً بحث خواهد شد

## ۵ - وجدان حقوقی و قوانین تأسیسی و امضائی

«نیروی واقعی قوانین مذهبی در اینستکه مردم با آنها اعتقاد دارند و حال آنکه نیروی قوانین بشری در ترس و وحشتی است که مردم از آن قوانین دارند»  
روح القوانین مونتسکیو

امروز اطلاع از آنچه در کشورهای دیگر می گذرد و زعمای قوم با مشکلات ناشی از آن مواجه هستند ، کمترین سودی که داشته باشد اینستکه از اشتباهاتی که بعضی از کشورها مرتکب آن شده اند و خسارت و جریمه آنها را به قیمت گزاف پرداخته اند جلوگیری می کند . مثل بعضی قوانین که بصورت کالائی و اردائی ترجمه و تصویب میشود و هیچگونه زمینه داخلی ندارد و ریشه آن در این مرزوبوم قوام نیافته است معلوم است که افراد به هزاران طریق و وسیله متوسل میشوند تا بامر ممنوع قانونی مبادرت ورزند . و بدینوسیله اثر قوانین تحمیلی را نقش بر آب می کنند و عوارض و ابتلائات زیان آورتری بیارمی آورند زیرا که آن قانون از طرفی با منافع آنان برخورد دارد و از طرف دیگر وجدان حقوقی آن اجتماع هنوز آماده پذیرش نیست ، يك ضرب المثل فرانسوی می گوید :

« قفل برای آدم حلال زاده است »

قانون هم برای فردی است که فرزند اصلی و واقعی اجتماع خود باشد ، و گرنه آنکس که میرائی ( وجدان حقوقی ) از اجتماع به ارث نبرده است ، قفل رامی شکند و یا ازدیوار بالا می رود و راه فرار از همانعت قانونی پیدا کرده و بطریق دیگر کار خود را می کند .

پس دانستن سیر تکاملی وجدان حقوقی در مسیر تاریخ يك ملت برای درك مرتبه حقوقی بی که آن جامعه در آن زیست می کند ضروری است ، زیرا قوه الزام آور

واجبارکننده وجدان حقوقی از مواد قانونی بیشتر است و سخن ار نست رنان<sup>۱</sup> راست است که :

« بهترین مر بیان کسانی هستند که از مقتضیات زمان خود کاملاً آگاه باشند و اوصاف زندگی دوران خود را بخوبی بشناسند و از لذائذ و محنتهای آن برخوردار و آزرده شوند ، و علت عمده شکست قوانین مخصوصاً قوانین جزائی آنست که آنرا کسانی نوشته اند که بابدبختی و بیچارگی آشنا نبوده اند .

اسلام افراد را قلباً آماده می کند تا قوانین خود را تحمیل نکرده باشد . و از اینجاست که ابتدا ایمان و تقوی را سفارش می کند و بعد عمل را برطبق قوانین فرمان میدهد ، درست برخلاف بسیاری از احزاب امروز که افراد را از لحاظ اعمال خارج از برنامه حزب ، آزاد می گذارند ، و تقوی را مورد توجه قرار نمیدهند .  
آیه ۱۳ از سوره حجرات مفهم همین معنی است :

« قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ ... »

« اعراب گفتند که ایمان آوردیم بگو ( ای پیامبر ) که ایمان نیاورده اید بلکه بگوئید اسلام آورده ایم و هنوز ایمان در قلوب شما داخل نشده است ... »

وجدان حقوقی با تکامل و تحول اجتماع ، متکامل و متحول است ، شرایط زندگی اجتماعی مانند زندگی فردی ، نوزادی ، نوری ، جوانی ، پیری و بالاخره فرتوتی و مرگ دارد و هر کدام از این مراحل اقتضائی دارد که نمی توان مخالف آن گام برداشت والا عادلانه نخواهد بود .

فی المثل جامعه ای که اقتصاد خانگی و صنایع یدی دارد ، نمی تواند قبل از اینکه خود صنعتی شود ، مقررات اقتصادی يك جامعه ماشینی و سوسیالیستی را تحمل کند : و یا مثلاً يك کشور بزرگ صنعتی و يك کشور عقب افتاده ( نگه داشته شده )



اگر هر دو تحت عنوان تساوی متعهد شوند که بوسیله اقدامات گمرکی وضع واردات، صنایع خود را حمایت نکنند و از اصل رقابت آزاد پیروی نمایند، پرواضح است که کشور صنعتی نیازی بدین حمایت ندارد و این تساوی فرضی در عمل بضرر کشور عقب مانده خواهد بود، اینگونه تساوی غیر عادلانه است، و اگر بر طبق آن عمل شود عدالت پایمال خواهد گردید، بیک چوب راندن خلاف عدالت است، طفل شیر خوار اگر خورش قیمه بخورد می میرد، تکامل وجدان حقوقی، تکامل عدالت فطری است و ما می خواهیم که باین عدالت ازدیدگاه واقع بینی نگاه کنیم نه ازدیدگاه ایدئالیسم. زیرا که قانونی اگر بطور ملایم و پس از انتظار زیاد و آمادگی جامعه برای آن، وضع گردد بسیار بادوام تر خواهد بود از قانونی که هیچگونه استحقاق و شایستگی پذیرش در میان جامعه نسبت بآن وجود ندارد.

## ۶ - سخنی چند درباره عدالت

عدل چه بود وضع اندر موضعش  
 ظلم چه بود وضع درنا موقعش  
 نیست باطل هر چه یزدان آفرید  
 از غضب و زحلم وز نضج و مکید  
 خیر مطلق نیست زینها هیچ چیز  
 شر مطلق نیست زینها هیچ چیز  
 نفع و ضرر هر یکی 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 و منظمی برای بدست دادن تعریف عدالت در آن به چشم میخورد ، وی عدالت را در جامعه در نظر میگیرد و تحقق عدالت را با توجه به مکتب اصالت فرد ( اندیویدوالیسم ) منافی میداند و لذا از نظر تحقق عدالت ، افلاطون معتقد به اصالت اجتماع است .

برعکس ارسطو که وی معتقد باصالت فرد است ، و برای اجتماع خارج از افراد ارزشی قائل نیست و اساساً فرق میان فلسفه اشراق و فلسفه مشاء در همین امر بخوبی مشاهده میشود ، افلاطون پس از بحثهای بسیار باین نتیجه میرسد که عدالت عبارتست از اینکه بهر کس هر چه حق اوست بدهند .

ارسطو عدالت را بیک اعتبار و بمعنی اعم شامل کلیه فضائل میداند ، زیرا هر کس مز تکب یکی از رذائل شود در حقیقت ستم کرده است ، بویژه در اموری که بدیگران تأثیر کند ، وی عدالت را کیفیتی نفسانی دانسته است اما عدالت را بمعنی اخص « عبارت از برابر داشتن اشخاص و دادن بهر کس آنچه حق اوست » میداند .

البته بنظر ارسطو چنین نیست که همه به تساوی سهم ببرند بلکه باید تناسب

رعایت گردد؛ از نظر ارسطو عدالت بردگونه است:

### عدالت توزیعی و عدالت تعویضی .

ارسطو می‌گوید ظلم و انظلام رذیلت است و عدالت عبارت از حد وسط و میانه آن دو است و عادل کسی است که میان اشخاص نسبت به استحقاق و شایستگی آنان تناسب را در نظر گیرد و آن بیشتر در عدالت توزیعی باید رعایت شود یعنی در مقام بخش جوایز و اجر و مزد و شئونات و مناصب و مانند آن .

نوع دوم عدالت تعویضی است که در مقام حکومت و داوری در باب معاملات و دادوستدهای مردم به کار می‌رود، و در این باب بنظر ارسطو باید برابری رعایت شود نه تناسب، و شایستگی و استحقاق در آن تاثیری ندارد و قاضی بهنگامی که میان دو نفر نابرابری و ظلمی به وقوع پیوسته باید برابری را برقرار سازد، اگر کسی جرمی مانند قتل یا دزدی مرتکب شده است باکیفر؛ ظالم را از تمتعی که برده است محروم مینماید، و اگر در امور مدنی باشد باید زیان و ضرر را جبران و ترمیم کند، در حقیقت قاضی آنچه را که بطرف کثرت افزوده شده است می‌کاهد .

البته ارسطو می‌گوید چون قضاوت بوسیله قانون انجام می‌پذیرد و در قانون احکام کلی است و بر همه کیفیات احاطه و شمول ندارد لذا بعضی از اوقات رعایت انصاف از جمود بر قانون یعنی اجرای عدالت بهتر خواهد بود .

اما به تعریف افلاطون که عدالت عبارت است از اینکه بهر کس هر چه حق اوست بدهند .

بقول برتراند راسل<sup>۱</sup> این ایراد وارد است که ازین تعریف دور لازم می‌آید، زیرا که مفهوم حق روشن نیست و عدالت شناختنش مہنتی به شناختن حق است، و اگر حق را عبارت از خدمتی بدانیم که هر شخص به جامعه میکند باز در ارزیابی



این خدمت دچار اشکالات فراوانی می شویم ، راسل يك نفر نانوا را با يك خواننده اُپرا مقایسه می کند و می گوید شما بدون کار خواننده اُپرا می توانید زندگی کنید ولی بدون عمل نانوا نمی توانید ، پس باینجهت باید گفت که نانوا بجامعه خدمت بزرگتری می کند ، ولی هیچیک از دوستاناران موسیقی باشما هم عقیده نخواهد بود ، اگر مفهوم استحقاق را اساس معنی عدالت قرار دهیم ، ممکن نیست قاعده منظم و مرتبی برای عدالت بدست آید ، جز در صورتیکه استحقاق را مبتنی بر مساوات کنیم همانطور که ارسطو در عدالت تعویضی چنین کرده است .

راسل می گوید :

« سابقاً یعنی در ازمنه گذشته برین عقیده بوده اند که شخص هرچه ژورمندتر است استحقاق او بیشتر است<sup>۲</sup> ، ولی این عقیده در اثر نفوذ دموکراسی روز بروز بیشتر مورد اعتراض واقع شده است ، اگر چه معتقدین امروز دموکراسی مساوات را اساس « عدالت » قرار میدهند باوجود این در تعریف عدالت همیشه چیزی از مفهوم استحقاق هم وارد می شود .

در حقیقت « عدالت » مفهومی است که راجع بآن عقاید اغلب مردم بی اندازه مغشوش و درهم برهم است .

بعقیده غالب مردم نسبت بدرجات استثنائی شایستگی یا تقصیر باید عمل استثنائی انجام داد این اشخاص پاداش اعضاء دولت را که خدمت برجسته ای انجام داده باشند تایید می کنند و بندرت اتفاق می افتد که عقیده آنها در باره مجازات جنایتکاران صرفاً مبتنی بر اصل انصاف آنها از ارتکاب جنایت باشد .

۲- توسیدید می گوید : « طبیعت بشری پای عدالت را آنجا بمیان می کشد که هر دو طرف از لحاظ قدرت بیک اندازه باشند و در غیر این صورت آنکه مقتدر است فشار می آورد و آنکه ضعیف است تحمل می کند » نقل از چگونه جاه طلبی یونان را از میان برداثر توسیدید .

بعقیده طرفداران پرحرارت سرمایه داری تجاری که ثروت‌های عظیم بدست آورده‌اند بعلت مفید بودن کار آنها مستحق آن ثروت هستند. بنظر من این نظر افراطی باسانی قابل دفاع نیست.

ولی بطور کلی باید اذعان کرد که اگر اعمال خوب را پاداش دهند و بعکس کارهای بد را مجازات کنند برای جامعه مفید است. بنابراین تصور نمی‌کنم بتوان مساوات « صاف و ساده » را توصیه کرد بلکه بنظر من این گفته صحیح است که هر عدم مساواتی را باید نتایج مفیده آن موجه و مطلوب کند نه کیفیت نظری استحقاق یا تقصیر. اگر بوسیله پاداش دادن به جنایتکاران بهتر از مجازات کردن آنها بتوان از وقوع جنایات جلوگیری نمود من طرفدار پاداش دادن بآنها می‌شوم.

راسل در فایده و نفع اجتماعی مجازات و کیفر آنقدر راه مبالغه می‌پیماید که می‌گوید: « می‌توان جامعه‌ای را تصور کرد که در آن تمام جنایتکاران محکوم را که مردم خیال می‌کنند بدار آویخته شده‌اند در حقیقت یکی از جزائر زیبای دریای جنوب ( اقیانوس اطلس ) انتقال داده باشند و آنها در آنجا با فراغ بال خوش و خرم روزگار بگذرانند.

تنها ایرادی که باین وضع می‌توان داشت اینست که روزنامه نویس زرنگی مطمئناً 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 سایر مردم مطلوب است. بنا بر این تصور می‌کنم باید گفت عدالت مستلزم مساوات است مگر در مواردی که ثابت شود عدم مساوات مفید بحال جامعه است. هنوز دنیا در هیچ سرزمینی بعدالت حتی بهمین معنی محدود هم نزدیک نشده است هنوز عدم مساواتهای نفرت انگیز نژادی که مهمترین آنها رفتار نیست که نسبت به یهود و سیاه پوستها وجود دارد هنوز در حق زنها - حتی در انگلستان - ظلم و ستم روا میدارند، زیرا اصل مساوات مزد واحد برای کار واحد در باره آنها رعایت نمی‌شود.



هنوز ارث که مزایائی بفرزندان اغنیا میدهد برقرار است . در تمام این موارد عدم مساواتی وجود دارد که اصل مقید بودن نمی تواند آن را توجیه کند . این قبیل عدم مساواتها را باید ظلم شمرد و هر جا قانون از آنها حمایت می کند باید در صورت امکان قانون را تغییر دادنه از اینجهت که ظلم عقلا مذموم است بلکه باینجهت که ظلم عملا ایجادخشم و کینه می کند و موجب ناپایداری و تزلزل جامعه میشود و حال آنکه استقرار و آرامش اجتماعی هدف اساسی قانون است .

در باره عدالت نظر کانت آلمانی اینست که «عدالت هر عملی است که بنیادش بر این باشد که آزادی هر کس با آزادی همه کسان سازگار بوده باشد و بنا بر این حکم کلی در این باب اینست : چنان عمل کن که آزادی تو بر طبق یک قاعده کلی با آزادی همه مردم سازگار شود» .

سایر فیلسوفان و حقوقدانان هر یک تعاریفی از عدالت دارند که یادآوری آنها موجب تطویل خواهد گشت و لذا بهمین اندازه بسنده کرده و به تعریف عدالت در نظام حقوق اسلامی می پردازیم .

### ۷- عدالت در نظام حقوق اسلامی

عدل یکی از اصول پنجگانه دین اسلام است ، و قضات و دادرسان بهنگام داد رسی باید قواعد عدل را مورد توجه قرار دهند زیرا بنا بدستور قرآن : «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» و از طرفی در مورد گواهی برای ؛ گواهان صفت عدالت ضرورت دارد همچنین حاکم شرع و قاضی و مجتهد و امام جماعت باید عادل باشند .

قرآن صریحاً می گوید :

«لَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا» یعنی به ستمکاران اعتماد نکنید و یا «ان



جائکم فاسیقٌ نبأ فتَبَيَّنُوا» یعنی هرگاه شخص فاسق (غیر عادل) از امری گواهی داد از حال آن تحقیق و تجسس نمائید بطوریکه در تعریف ارسطو و افلاطون مشاهده شد عدالت فضیلتی نفسانی بود که حد و سطر ا 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 آنها را به فضیلت عدالت نام نهاده است پس باین ترتیب تعریف عدالت در نظر این دو فیلسوف جنبهٔ نفسانی داشت در صورتیکه در نظام حقوق اسلامی تعریف عدالت بیشتر جنبهٔ برونی و واقعیت‌های عینی دارد. در روایت موثقهٔ سماعه می گوید :

« هر کس در معامله و رفتار با مردم ظلم نکند و در گفتار با آنان دروغ نکند و از وعده تخلف ننماید عدالت در او پدید می آید »  
 « مَنْ عَامَلَ النَّاسَ فَلَمْ يَظْلَمْهُمْ وَحَدَّثَهُمْ فَلَمْ يَكْذِبْهُمْ وَوَعَدَهُمْ فَلَمْ يَخْلَفْهُمْ كُنْ مِنْ ظَهْرِ عَدْلِهِ » .

و خلاصه ترك جميع جرائم و گناهان بزرگ و اصرار نوزیدن بر جرائم کوچک (لاکبیره مع الاستغفار ولاصغیره مع الاصرار) و رعایت مروت را عدالت دانسته اند. و مروت را اتصاف با موری دانسته اند که ترك یا فعل آنها بحسب زمان و مکان و شان شخص، پسندیده باشد.

پس مفهوم عدالت در نظام حقوق اسلامی يك مفهوم عملی و واقعیتی بیرونی است، و از آنجا که در اسلام اصول کلی بی است که همواره مصلحت جامعه را بر مصلحت فرد مقدم میدارد هرگاه قانونی رعایت مصلحت اجتماع را بیشتر از فرد کرده باشد لازم الاتباع خواهد بود. این مطلب پیش از این نیز در این کتاب مورد بحث قرار گرفته است و لذا از یادآوری مجدد دلائل عقلی و نقلی آن خودداری میگردد.

## ۸ - راه حل عملی قضات از طریق مراجعه به عرف و عادت و وجدان حقوقی

نظام حقوق اسلامی بکرات قاضی را برای حل مسائل حقوقی ارجاع به عرف و عادت داده است. مجموعه قانون مدنی ایران که شامل ۱۳۳۵ ماده و محتوی سه جلد میباشد (جلداول در اموال جلد دوم در اشخاص و جلد سوم در ادله اثبات دعوی)، در حقیقت تقلید یا ترجمه قسمتی از حقوق اسلامی است و بقول یکی از حقوقدانان: «شرح لمعه و شرایع و مکاسب از کتبی است که دائماً نویسندگان قانون مدنی در مد نظر داشته اند»<sup>۱</sup> بهر تقدیر صرف نظر از موادی که بدون تصریح ماده در اثر اختلاف نظر در تفسیر آن، عرف و عادت حل مشکل میکنند، موارد زیادی در متن قانون صریحاً ارجاع به عرف و عادت و متعارف و معمول بلد داده شده است.

نویسندگان موارد را احصاء کرده و ذیلا شماره های موادی که این ارجاع به عرف در آنها داده شده بر تریب 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-  
 ۴۹۰-۵۰۸-۵۲۱-۵۲۴-۵۲۶-۵۴۲-۵۴۹-۵۵۳-۵۹۳-۶۱۲-۶۳۲-۶۳۹-۶۴۱-۶۴۶-۶۶۶-  
 ۶۶۷-۶۷۶-۸۷۲-۹۵۰-۹۵۱-۹۵۲ از هر هیجده ماده بطوریکه ملاحظه میشود یک ماده  
 ارجاع بعرف شده است در جلد اول قانون مدنی که شامل ۹۵۵ ماده است و مخصوصاً  
 جلد اول قانون مدنی بیشتر از جلد دوم و سوم تحت تأثیر فقه اسلامی و متخذ و مقتبس  
 از آن است.

در جلد دوم و سوم که کمتر از فقه اسلامی اقتباس گردیده و بیشتر تحت تأثیر قوانین اروپائی است این ارجاع کمتر به چشم میخورد و مواد ارجاع جلد دوم و سوم بقرار زیر است:

۱- حقوق مدنی دکتر سیدعلی شایگان ص ۳۸



( ۹۶۱-۹۶۲-۹۶۳-۹۶۴-۹۶۵ ) این مواد در مسألهٔ تابعیت بقوانین بیکانه ارجاع شده و ارجاع به عرف در جلد دوم : ۱۰۱۹-۱۰۳۶-۱۰۳۷-۱۰۶۵-۱۰۹۱-۱۱۰۷-۱۱۳۱ و در جلد سوم : ۱۲۷۳-۱۳۱۲ .

و از همین مختصر میتوان حدس زد و تعداد آنرا تعیین نمود . این از نظر کمی بود از نظر کیفی هم مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی که مبین نوعی اصالة الاباحه یا اصل حاکمیت اراده است بطور کلی مبین اصل نسبی بودن قرارداد هامیباشد و قوانین تعویضی یا تفسیری که جای سکوت متعاملین را پر می کنند و طرفین می توانند مخالف آن با یکدیگر قرار داد به بندند در مواد دیگری از قانون مدنی دیده می شود و اساساً عرف و عادت هر گاه مخالف با اصول و نصوص حقوق اسلامی نباشد حجت است .

برای مثال چند مورد را ذکر می کنیم ماده ۱۳۲ قانون مدنی می گوید :

« کسی نمی تواند در ملک غیر تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد » پس اگر کسی در خانهٔ مسکونی آهنگری کند ، همسایه حق خواهد داشت او را به خودداری از این عمل وادارد زیرا عرف مردم اجازه چنین کاری را نمیدهد .

از موارد دیگر اختلاف نظر در مسائل حقوقی است که عرف و عادت به کمک قاضی می آیند فی المثل ماده ۱۸۱ قانون مدنی میگوید :

« اگر کسی کندو یا محلی برای زنبور عسل تهیه کند زنبور عسلی که در آن جمع میشوند ملک آن شخص است همینطور است حکم کبوتر که در برج کبوتر جمع شود »

در مورد این ماده اشکال است که آیا تملك کندو یا کبوترها از باب « حیازت مباحات » است که غیر مستقیم از جمع شدن آنها حاصل میشود و یا باعتبار « تبسّث » زمین و ملکی است که کندو و برج در آن قرار دارد و بتبع ملك به ملکیت درمی آید زیرا تملك کندو اگر در نتیجه اصل حیازت باشد در موقع فروش آن ملك کندو و



برج جزو مبیع (ملك) نخواهد بود مگر اینکه در عقد بیع شرط شده باشد و برعکس اگر تملك آنها تبیعاً للملك باشد جزو مبیع است و بدون اینکه در عقد شرط شده باشد جزو مبیع است اینجا عرف و عادت محل به كمك قاضی می آید و رفع اشکال می کند. زیرا مطابق ماده ۳۵۶ قانون مدنی هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود... داخل در مبیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند و اگر مطابق عرف کندوی عسل و برج کبوترها از توابع ملك محسوب شوند داخل در مبیع خواهد بود<sup>۱</sup>.

### عرف حکمی و عرف محلی

نکته ای که باید در اینجا تذکر داد اینست که عرف در حقوق اسلامی محلی است یعنی ممکن است نظر قاضی همدان با قاضی قوچان در مورد ارجاع به عرف و عادت بلد فرق پیدا کند در حالیکه در حقوق فرانسه عرف حکمی است یعنی در تمام نقاط مملکت یکسان بوده و یکسان عمل میشود و موارد عرف معلوم است.

این محلی بودن عرف در حقوق مدنی ایران نیز تأثیری است که از فقه اسلامی در حقوق ما بجای گذاشته شده است و قابلیت اعطاف این حقوق را میسراند. راه حل عملی دیگر مراجعه به وجدان حقوقی است، و يك حقوقدان ورزیده باید بدان توجه بسیار کند، از باب مثال اگر فرض شود که قاعده «چهل بحکم رفع تکلیف نمی کند» با قاعده «عدم جواز عقاب بـالابیان» معارضه کند، زیرا اثر نظر قانون اصولاً جاهل مقصر و جاهل قاصری بر رسمیت شناخته نمی شود، لذا این تعارض ممکن است<sup>۲</sup>.

۱- بعضی نیز بدون نیاز بعرف و عادت تملك از این قبیل راهم ردیف افتادن در آلات صید مثل تور و تله دانسته و آنرا حیازت مباحات گرفته اند بحقوق مدنی مصطفی عدل چاپ هفتم ص ۱۰۲ و حقوق مدنی دکتر امامی جلد اول ص ۱۵۶ مراجعه شود.

۲- در حقوق اسلامی جاهل بردو گونه است قاصر مانند شخصی که در میان ایلات و عشایر و ده زندگی می کرده و امکان استماع احکام را نداشته است در این ←

باری رامحل را وجدان حقوقی میدهد ، باین طریق که اگر بهانهٔ جهل به حکم را ملاک قرار دهیم همهٔ بزهکاران برای فرار از مجازات بدان متعذر می گردند و چون وجدان حقوقی جای این خلاء یعنی جهل به حکم را پرمی کند و عقاب و حرمت آن عمل جزء وجدان حقوقی اجتماع گردیده است ، مطابق قانون باید مجازات گردد ، زیرا حقوق زیر سازش در این مورد طرز تلقی و وجدان حقوقی اجتماع است و تأسیس حقوقی نیز در یک معنای دقیق عبارت از تحت نظم در آوردن همین وجدان حقوقی است .

### ۹ - علت وجودی قوانین تأسیسی و قوانین امضائی

در ادواری که بشر در جنگلها و غارها بسر میبرد و از گوشت خام و میوه های درختان تغذیه میکرد ، قانون جنگل که حکومت با زور و غلبه باشد حکمفرما بود ، ولی با پیشرفت تمدن ، اندک اندک در روابط خصوصی افراد قوه الزامی قانون زور ، رو به ضعف نهاد ، زیرا بشر در آن واحد هم فردی مستقل و هم فردی عضو جامعه شد ، و چون هر دو حس عمیقاً در او ریشه دار بود ، لذا قوانین اخلاقی و حقوقی را وضع کرد و اجتماعات تحت اصول و قواعدی در آمدند که بساطت و سادگی قوانین اولیه را نداشت ، و هر چه بر تمدن می گذشت پیچیدگی قوانین هم بهمان نسبت بیشتر میکردید . افراد اجتماع بدون اینکه احساس کنند که تحت چه قواعد و قوانینی اداره میشوند ، در اثر ضرورت - و نه تنها بر پایهٔ انتخاب خود - در وضع بالنسبه آرامی زندگی میکردند و شاید هنوز بعضی برای مباحث حقوقی چندان ارزش و اهمیتی قائل نباشند ، ولی همین افراد بهنگام مواجه شدن با ظلم و بی عدالتی ، وجود قانون را حس خواهند کرد .

---

← مورد رافع تکلیف است ولی در مقصر که با وجود امکان در پی تحصیل حکم نبوده رافع تکلیف نیست .



مونتسکیو میگوید: « بعضی گمان برده‌اند که نیک و بد و داد و بیداد، بکلی تابع وضع است یعنی در هیئت اجتماع هر چه را منع کنند زشت می‌شود و هر چه را جایز کنند زیبا خواهد بود ولی البته چنین نیست و این سخن مانند آنست که بگویند متساوی بودن و نبودن شعاع‌های دایره با اختیار مهندس است و پیش از آنکه کسی دایره رسم کند شعاعها همه متساوی نبوده‌اند »<sup>۱</sup>

این سخن میرساند که اجتماع بدون قانون و ضابطه نمی‌تواند به حیات خود ادامه دهد و بالضروره این نظام، سرسری و از روی هوی و هوس نیست، زیرا همانگونه که در منظومه شمسی، خورشید نقطه مرکزی را تشکیل میدهد و سایر ستارگان را در مسیر مخصوصی می‌اندازد و قانون جاذبه عمومی بر این نظام حکومت دارد، همانگونه نیز در زندگی بشر حق و تکلیف و عدالت از افسار گسیختگی و بی‌نظمی جلوگیری می‌نماید و هماهنگی و تناسب و زیبایی پدیدار می‌گردد و نمی‌گذارد که نظام جامعه انسانی از هم بپاشد و فروریزد، و این مطلب از غایت وضوح و روشنی در نظر بعضی پنهان مانده است که اجتماع انسانها تحت قانون اداره میشود، و حتی بعقیده برخی از فلاسفه ریشه این نظم در تشکیلات طبیعی مردم است و اگر حکومتها روزی رسماً ملغی گردند باز این نظم وجود خواهد داشت زیرا این نظم در وابستگی‌ها و منافع متقابل افراد یک اجتماع وجود دارد که همه را بیکدیگر مانند سلسله زنجیر متصل ساخته است.

در زندگی مورچه‌ها و زنبورها و موزیانه‌ها بقدری دروظایف، تخصص را گنجانده‌اند که هر عضوی در میان اجتماع آنها وظیفه اجتماعی مخصوص بخود دارد، بدیهی است هنگامیکه زندگی این حیوانات که ارسطو آنها را جانوران سیاسی خوانده است، و حیوانات دیگر کم و بیش قوانین و در سایه آن نظم و انضباط وجود داشته باشد، به اهمیت حقوق در زندگی بشر و قوانین حاکم بر آن، بیشتر پی خواهیم برد؛



چگونه ممکن است تصور نمود که اتومبیلی ، پیچ و مهره هایش در جای خود بدرستی نصب نشده باشد و معذک بتوان بدون احساس خطر از آن استفاده کرد ؟ و حال آنکه اجتماع ، بدون هماهنگی پیچ و مهره هایش ، بدون وجود حق و قانون بحیات خود ادامه دهد ؟ همانطور که به ماشین بدون مکانیسم نمی توان اطمینان کرد و از سواری آن بهره برد . اجتماع بدون مکانیسم نیز قسابل دوام نخواهد بود . حدیث نبوی : « الملك یبقی مع الکفر ولا یبقی مع الظلم »

النهاییه چون مردم خود بخود آسایش فردی و امنیت نسبی دارند ، اصول و قوانین حاکم بر این نظام را احساس نمی کنند . تشکیل اجتماع نیاز هائی بدنبال دارد و این احتیاجات تقسیم کار را ایجاب می کند و اثر قهری تقسیم کار اصل تخصیص و تخصص و لزوم روابط و در نتیجه ، قوانین حاکم بر ارتباطات است تا آنها را تحت نظم در آورد .

پس قانون رشته استوار و محکمی است که از ابته دای پیدایش مدنیت وجود داشته و تا اجتماع انسانها باقی باشند ، قانون نیز بالضروره باقی خواهد بود ، و بهمانگونه که بشریت در عرصه زمان و مکان به پیش میرود و حرکت تکاملی و سیر صعودی و نزولی دارد ، قانون نیز همانگونه مراحل را می پیماید و همین نوسانات و درجات تدریجی نقص و کمال ، قوانین را به دو بخش تأسیسی و امضائی منقسم کرده است .

**اول ، قوانین تأسیسی :** قوانینی هستند که بشر خواه بنا به فطرت و عقل خود آنرا کشف و درک کرده و خواه بوسیله پیامبران بصورت وحی نازل گردیده ، بهر حال مبتنی بر پیشینه ای نبوده است ، یعنی در عرف و عادت و قوانین موضوعه قبلی وجود نداشته است مانند قانون رضاع که پیامبر اسلام تأسیس کرد و قبلا وجود نداشت ، توضیح اینکه هرگاه يك پسر و دختر که از پدر و مادر مختلف باشند شیر یکدیگر را بدانگونه بخورند که از آن گوشت برآید و استخوان سخت گردد و یا تعداد دفعاتش پانزده شیر خوردن و یا در يك شبانه روز متوالی با شرایط دیگر که در آن جمع باشد ،

میان آن پسر و دختر حرمت ایجاد میشود و خواهر و برادر رضاعی یکدیگر خواهند بود و قانون «پسرخواندگی» یا «تبنسی» که بموجب آن قبل از اسلام کسانی که پسر را از قبیلۀ دیگر بفرزندی قبول میکردند که وارث او میکردید پیغمبر اسلام این رویه را از بین برد و در عوض تأسیس جدیدی انشاء فرمود.

**دوم قوانین امضائی:** قوانینی هستند که علی‌رغم تغییرات و دگرگونیهای

اجتماع این قوانین ریشه و بنیان و شالوده‌ای عمیق در اجتماع دارند که قانون‌نگران جدید آن مواد اساسی را الزاماً تصویب و امضاء می‌کنند، زیرا که بجهت مصالحی نمی‌توان آنها را از میان برداشت و اگر برخلافش عمل کنند هسته اصلی و مرکز نقل نظام اجتماعی را از هم پاشیده‌اند و با مخالفت شدید وجدان حقوقی افراد مواجه خواهند شد.

### ۱۰ - اصل علیت و اصل غایت (فلسفۀ ارزش)

هما‌نطور که پیش از این در فصل چهارم این کتاب در مورد نظریه خواجه نصیرالدین طوسی در باره حقوق وضعی و حقوق طبیعی توضیح دادیم، قوانین حقوقی مانند کلیه پدیده‌ها و رخدادها، دایره مدار تطور و دگرگونی و تکامل است، النهایه بعضی از قوانین از افعال غریزی ناشی می‌گردند و فطری هستند و از اینجهت دارای یکنوع ثبات و یکسانی می‌باشند، و لذا در همه ادوار زندگی بشر موجودند و فقط کیفیات و خصوصیاتشان دگرگونه و عوض می‌گردد مانند زناشوئی و جنسیت و نگهداری طفل که میان انسان و حیوان برای حفظ نوع و پرورش اولاد مشترك است و در تمام ادوار معتبر بوده النهایه دچار تغییراتی از حیث کیفیت گردیده است اینگونه قوانین که بقول خواجه طوسی بشر بصرافت طبع و فطرت، بقاء و دوامش را لازم دانسته، هر مقننی و شارعی مجبور است تا آنرا امضاء کند و الاپش آنطرف آب خواهد بود.



نمونه این قوانین مربوط به ارث و حقوق خانواده در روسیه پس از انقلاب است که پس از سال ۱۹۴۴ بر طبق 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، نتیجه از هم پاشیدگی نظام خانواده بود<sup>۱</sup>

بهر حال این قوانین که منشأ غریزی یا فطری دارند به تبدیل ادوار و اعصار متبدل نمیگردند. گوا اینکه در شروط و قیودش که باصل مطلب که عملی غریزی است آسپیی و لطمه ای نمیزند بنا به مقتضیات زمان و مکان تغییراتی بدهد و گاهی هم همانطور که یاد شد 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 میباشد 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 گوا 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 غایت و فلسفه ارزش حکمفرما است و بقول حافظ «فکر هر کس بقدر همت اوست».

فکر اگر سازنده بود نیازی به همت، از خود گذشتگی، فداکاری و عشق نبود، فکر مانند استدلال ریاضی  $2 \times 2 = 4$  روابط موجود را بیان می کند، نیروی پدید آورنده و خلاقه نیست، و در نظام اجتماعی تغییری و تبدیلی را سبب نمی شود، برعکس



احساس ارزش در اراده نفون می‌یابد و او را وادار به عمل می‌کند احساس ارزش از آنچه هست خبر نمی‌دهد و وضع موجود را تبیین نمی‌نماید، بلکه آنچه را از نو باید بوجود آید و هستی بخش آن گردد، بیان می‌کند، ناظر به مقصد و هدف است در حالیکه فکر ناظر به علت و سبب می‌باشد، فکر آنچه را که هست نشان می‌دهد و کاری ندارد که عمل هم باید بآن بشود یا نه؟

بقول شاعر:

جز بخرد مند مفرمای کار      گرچه عمل کار خرد مند نیست  
واز آنجا که فکر در مقام قضاوت و داوری و نظر به درستی و نادرستی کار، ندارد  
بلکه به کشف آنچه هست می‌اندیشد.  
مولوی می‌گوید:

پای استدلالیان چوبین بود      پای چوبین سخت بسی تمکین بود  
در طبیعت هدف و مقصد نهفته و نامعلوم است یکنوع بی‌خبری از نتیجه در عالم طبیعت  
و حیوان وجود دارد حیوان بر طبق غریزه در مواقع معین به کارهایی وادار می‌گردد  
بدون اینکه نتیجه آنها را بداند، زندگی حیوان بی‌معنی است زیرا غایتی ندارد،  
همانطور که زلزله، سیل و جریان رود خانه غایتی ندارد این رخدادهای معلول علتی  
است و هرگاه آن علت و سبب تحقق پیدا کند وجود آنها غیر قابل اجتناب است، اما  
در زندگی بشر و در فلسفه ارزش معلول مقدم بر علت است یعنی اول غایت و هدفی  
را در نظر می‌گیرد و بآن ارزش می‌دهد و بعد در پی وسیله رسیدن بآن است.  
و این نقش احساس ارزش تا آنجا است که شوپنهاور بطور افراطی حقیقت جهان  
را اراده و خواست انجام کار میدانند و فقط اراده را اصل میدانند و بقیه امور را عارضی  
می‌پندارد.

قوانین طبیعت مانند قوانین ریاضی جنبه (a priori) دارند یعنی قبل از تجربه وجود دارند<sup>۱</sup> و لذا هدفی ندارند درحالیکه قوانین اجتماعی چون هدف دارند، محصول تجربه میباشند؛ در طبیعت پی‌علت و در انسان پی‌هدف بایدگشت، هنگام بیماری کودک عشق باو، برانگیزنده ما برای اقدام به معالجه است و دانش، شناخت و سائل رسیدن به بهبودی است، عشق بفرزند معلول است و علت اقدام به معالجه است ولی در ذوب شدن برف و جریان سیل متعاقب آن؛ علت مقدم بر معلول است، ایمان همان احساس ارزش است و این سخن عیسی درست است که برای سعادت و نجات انسان اول ایمان لازم است سپس عقل، و حتی قرآن نیز در سومین آیه از سوره بقره ایمان به غیب را شرط لازم رستگاری و هدایت دانسته است، عقل و سائل مادی انسان را آماده می‌کند و ایمان سعادت معنوی وی را فراهم می‌سازد، حیوان که مسئولیت ندارد برای اینکه تحت قانون علیت و غریزه رفتار می‌کند اما انسان که مسئول قرارداد میشود و احساس گناه می‌کند اگر از انجام تعهد غفلت ورزد، باین علت است که تحت قانون علیت نیست.

برتراند راسل می‌نویسد: «فلسفه طبیعت یک چیز است و فلسفه ارزش چیز دیگر، هیچ چیز منحوس تر از درهم آمیزی آنها نیست، آنچه را که به عنوان خوب تشخیص میدهم، آنچه را که دوست میداریم، هیچگونه رابطه‌ای با آنچه که وجود دارد - که به فلسفه طبیعت متعلق است - نمی‌تواند داشته باشد؛ ولی هیچکس نمی‌تواند مانع ما شود از اینکه بدین یا بدان ارزشی قائل باشیم. بدان بهانه که این چیز یک قانون طبیعی را بیان می‌کند، ما، بدون چون و چرا، جزئی از طبیعتی هستیم که امیال، آرزوها و ترسهای ما - همسان با قوانینی که فیزیکدان به کشف آنها می‌پردازد - آفریده است. بدین معنی ما جزئی از طبیعت هستیم، ما وابسته به طبیعت می‌باشیم.

۱- در فصل اول و فصل ششم همین کتاب قبلا درین مورد بحثی کرده‌ایم.

بالاخره ماملود و محصول قوانین طبیعی بوده و به تدریج هم دستخوش و قربانی آنها می شویم ...»

«.. دنیای وسیع تا آنجا که ما به مدد فلسفه طبیعت آنرا می شناسیم نه خوبست و نه بد؛ و هم خود را نیز صرف آن نمی کند که ما را بدبخت یا خوشبخت سازد» و سپس می گوید: «... ولی در فلسفه ارزش اوضاع و اژگون شده است - طبیعت فقط جزئی از آنچه را که قادر به تصورش می باشیم نشان میدهد.

هر آنچه را که حقیقی و مجازی باشد می توان ارزیابی کرد و معیاری هم وجود ندارد که بوسیله آن ثابت کنیم، این ارزیابی اشتباه آمیز است، ماقضات تام الاختیار و غیر قابل انکار ارزش هاستیم و طبیعت دردنیای «ارزش» جزئی ایش نیست. بدین ترتیب مادر جهان از طبیعت جلو می زنیم، دردنیای «ارزش» طبیعت خود خنثی است، نه خوب است و نه بد، نه شایسته ستایش است نه مستوجب سرزنش، این مائیم که ارزش را خلق می کنیم و امیال ما هستند که جویای آنند؛ در این قلمروئی که بر آن سلطنت داریم. اگر در برابر طبیعت تسلیم شویم نزول مقام می یابیم. بر ماست که تصمیم بگیریم یک زندگی پرهیزکارانه داشته باشیم».

شاعر عارف، حافظ در این باب می گوید:

تو کز سرای طبیعت نمی روی بیرون کجابه کوی طریقت گذر توانی کرد

\* \* \*

## ۱۱- قوانین تأسیسی و امضائی در اسلام

از مبحث اصلی دور افتادیم، پس از این مقدمه طولانی اینک میگوئیم که نظام حقوق اسلامی از آنجا که دعوی جاودانگی دارد؛ باید هر دو گونه قانون را - چه قوانین تأسیسی و چه قوانین امضائی - واجد باشد، قوانین تأسیسی را، از اینجهت



که بنا بر اقتضاء تکامل اجتماعات ، خواه در زمان حیات پیامبر و خواه زمان حال ، ضرورت پیدا می کند که نواقص و کمبودها را بوسیله مقرراتی جدید ؛ تدارک نمایند ، برای تایید این مدعی ، یاد آور میشود که فی المثل برای اداره جامعه به حکومت اسلامی اختیاراتی داده شده که اگر زکوة برای رفع نیاز مندیها ، کافی نباشد ، بسته به مصالح عمومی ، قوانینی تصویب کنند که بموجب آن از سود و یا اصل سرمایه سرمایه داران مالیات اخذ شود ، و در این مورد بر خلاف زکوة حدودی هم تعیین نگردیده است<sup>۱</sup> .

پس اگر فرض شود که اختلاف طبقاتی و نیاز مندیها با اندازه ای شدید و زیاد باشد که از گرفتن زکوة تعادل ایجاد نگردد ، و مردم از امکانات مساوی بهره مند نشوند ، بحکم ضرورت که روایات و آیات درباره آن بسیار است ، باید از آن گروهی که سرمایه و منابع اقتصادی اکثریت را تملک کرده اند ، تحدید مالکیت و مصادره اموال گردد .

نویسنده شرح لمعه می نویسد : « اگر گرسنه خطر مرگ تهدیدش کند ، میتواند از کسی که غذا دارد بگیرد و اگر امتناع ورزید ، آدم مضطر میتواند با وی به ستیزه برخیزد ، اگر شخص مضطر در مبارزه کشته شد شهید و مظلوم است و دینه خون وی به عهده صاحب غذاست و اگر صاحب غذا کشته شود خونش هدر خواهد بود<sup>۲</sup> » .

جمله ای نیز از ابوذر است که گفت : « عجب دارم از مردمی که فقرا را در خانه می بینند و بروی مردم شمشیر نمی کشند » . و همچنین اساساً در اسلام مالکیت نسبی و

۱- ان الله عزوجل فرض من اموال الاغنیاء للفقراء ما یکتفون به الفقراء ولو علم ان الذی فرض لهم لایکفیهم لزادهم وانما یؤتی الفقراء فیما اتوا من منع حقوقهم لا من الفریضه ... و در حدیثی دیگر از امام صادق که میفرماید : ان الله عزوجل فرض فی اموال الاغنیاء حقوقاً غیر الزکوة فقال : « والذین فی اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم ، الذاریات آیه ۱۹ ، معارج آیه ۲۴ و تا آخر حدیث که حاوی فرائض دیگری است که در قرآن نیز آمده است .

۲- شرح لمعه کتاب اطعمه و اشربه اضطرار بخوردن میتة .

محدود است و انسان مالک مطلق و تام التصرف در زمین و منابع و فراآورده های آن نیست تا بهر صورت که بخواهد در آن تصرف و تملك نماید .

## ۱۲- مالکیت در اسلام

در اینجا برای تأیید بیشتر قسمتی از نظر یکی از حقوقدانان اسلامی را عیناً نقل می‌کنیم : «چون معنای مالکیت اختیار و قدرت در تصرف است و قدرت و اختیار انسانی محدود است نمی‌تواند خود را مالک مطلق و متصرف تام‌الاختیار بداند . این قدرت مطلق و تصرف کامل و نافذ فقط برای خداوندیست که انسان و همه موجودات را آفریده و پیوسته آنها را در تصرف خود دارد . بنابراین مالکیت انسان در حد ارادهٔ حکیمانهٔ او و عقل و اختیار و آزادیست که با انسان عطاء کرده : قل اللهم مالک الملك توتی الملك من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء (آل عمران آیه ۲۶) ولم یکن له شریک فی الملك (اسراء - ۱۱۱)»

اینگونه آیات شخص موحداً دائماً متوجه و هشیار باین حقیقت مینماید که جهانیکه خود جزئی از آنست پیوسته در تصرف قدرت قاهر است که مالک بحق او است . آیات دیگری در قرآن کریم صریح است باینکه زمین و منابع آن از آن خداوند است و او است که آن را مسخر انسان ساخته و انسان در این تصرفات جانشین (خلیفه) پروردگار است :

«والارض وضعها للانام - الرحمان» «جعل لكم الارض فرشاً - بقره» «سخر لكم

---

۱- بگو : خداوند : تو مالک ملکی (ملك بضم) : قدرت و سلطه بر شی  
یا چیزیکه مورد تصرف و سلطه است) این ملک را بهر که خواهی (مطابق حکمت  
خود) میدهی و از هر که خواهی می‌ستانی . در این تصرف مالکانه هیچگونه شریکی  
برای او نیست

ما فی الارض - حج ۶۳،<sup>۱</sup>

«ثم جعلناکم خلائف فی الارض - یونس ۱۴» «هو الذی جعلکم خلائف فی الارض - فاطر ۳۹»<sup>۲</sup>.

«مضمون این آیات و مانند آن بیان جانشینی (خلافت) انسان در زمین است تا این جانشین دستور و ارادهٔ صاحبجای را انجام دهد. «و انفقوا مما جعلکم مستخلفین فیہ . جدید آیه ۷» «و آتوهم من مال الله الذی آتاکم - نور آیه ۳۳» «و امددناهم باموال و بنین . اسراء آیه ۶» . «و یمدکم باموال و بنین ، نوح . آیه ۱۲» ، «ایحسبون انما نمدهم به من مال و بنین ... مؤمنون آیه ۵۵» «و ترکتم ما خولناکم و راء ظهروکم انعام ؛ آیه ۹۴»

یعنی اتفاق نمائید از آنچه شمارا در آن خلیفه ساختیم. بدهید بآنها از مالیکه خداوند بشما داده ، امداد کردیم آنها را به مالها و فرزندان ، امدادی کند خداوند شمارا به اموال و فرزندان ، آیا پندارند که ما آنها را بوسیله مال و فرزندان امداد می کنیم ... آنچه تصرفش را در اختیار شما گذارده ایم ، پشت سر گذارده اید .

این آیات صریح در این است که مالک مطلق فقط خداوند است ، اوست که این حق را در حد خلافت (جانشینی از خود) بانسان اتمان (هبه) ، امداد (نیروی ادامه زندگی) کرده و تحویل (واگذاری تصرف مالکانه) ، نموده ، و نیز قرآن صریحاً ملک زمین را برای خداوند دانسته «و ارض الله واسعہ - زمر ، آیه ۱۰» «فذروها تأکل فی ارض الله - اعراف آیه ۷۳ - هود آیه ۶۳»<sup>۳</sup>

۱- زمین را برای همهٔ مردم وضع کرد (فرود آورد و در دسترس قرارداد) زمین را برای شما گسترده و آماده گرداند . آنچه در زمین است مسخر شما گرداند .  
۲- سپس شمارا خلیفه های در زمین گردانیدیم . اوست کسیکه شمارا خلیفه گان زمین گرداند.

۳- زمین خدا پهناور است . بگذارید آن (ناقه صالح) در زمین خدا آزاد



برطبق این اصل (مالکیت نسبی و محدود) که مستفاد از نصوص قرآن است ، آدمی مالک مطلق و تام التصرف در زمین و منابع آن و فرآورده های از آن نیست ؛ تا هر قدر و هر طور که بخواهد در آن تصرف کند ، در واقع مال مال الله و انسان خلیفه الله و بنده اوست ؛ بعبارت دیگر چون این خلافت برای همه است فرد و کیل و نایب جمع میباشد و تصرفاتش باید در حد خیر و مصلحت عموم باشد .

با این نظر مالکیت محدود ، مقید ، عاریتی و تفویضی است . مقابل این نظر مالکیت مطلق ، آزاد و ریشه دار ، و بسی قید و شرط میباشد که از آثار آن استحکام ریشه های آن در نفوس و هدف بلکه معبود واقع شدن آنست تا آنجا که گاهی مال و روابط اقتصادی ؛ خالق و پدید آورنده همه شئون معنوی و اجتماعی بحساب می آید از این اصل اساسی ، این احکام اصولی دربارهٔ علاقه و روابط مالکیت سرچشمه میگردد:

۱- زمین و منابع طبیعی ملک خاص هیچ کس نیست (نه فرد و نه اجتماع) فقط سرپرست مسلمانان (امام ، ولی عصر) بر حسب مصلحت عموم بر زمین و منابع آن نظارت دارد (اصل اباحه و عدم مالکیت خصوصی جز در موارد و یا شرایط خاص) .

۲- افراد در حد تصرفات مفید و عمل مثمر دارای حق خاص و محدود در تصرف زمین و منابع طبیعی آن ، و حق مالکیت در منتوجات و کالاها می شوند .

۳- فقه اسلامی برای احراز مالکیت و اعمال مفیدی که منشأ آنست تعریف و شرایط خاصی دارد .

۴- منابع طبیعی (انفال و فیهی) نباید در تصرف و اختیار افراد و طبقه خاصی قرار گیرد و کسی هم نمی تواند دیگران را با شرایط خاص از بهره برداری از آنها جلو گیری نماید .

۵- پول و فلزاتیکه وسیله مبادله کالاها و تقدیر ارزش آنها میباشد نباید در دست افرادی متمرکز و گنجهینه شود تا باین وسیله قدرت یابند و منابع حیاتی و ضروری و وسائل زندگی در اختیار صاحبان قدرت قرار گیرد و وضع طبیعی و عادلانه کار

و توزیع مختل شود .

- ۶- در حدود اصول و احکام اسلامی اگر فرآورده اشخاص از نقد و جنس بحد نصاب معین رسید ، یاد رزمان معینی افزایش یافت مالیات مستقیم و ثابت (زکوة ، خمس) بآن تعلق میگیرد .
- ۷- سرپرست اسلامی (امام ، ولی عصر ، نواب) بر حسب مصلحت عمومی حق تصرفات در اموال و بستن خراج و تعیین حد آن بر زمین ها و منابع طبیعی دارند .
- ۸- سودها و اموالیکه از معاملات نامشروع (ربا ، قمار ، بخت آزمائی) یا از کالاهای مضر یا غیر مفید بدست آید موجب مالکیت نمی شود .
- ۹- معجورین و سفهادر اموال خود ، حق تصرف ندارند .
- ۱۰- تحریم مصارف در راه بیهوده و زیانبخش بفرود اجتماع که این تحریم خود مانع جلب ثروت نامحدود و نامشروع است<sup>۱</sup> .
- آقای طالقانی سپس می نویسد : «منشأ این احکام و ناظر و حاکم بر آنها بیش از اصل گذشته ، اصولی از قرآن و سنت و عقل و عرف است مانند اصل : «لانا کلاوا اموالکم بینکم بالباطل»<sup>۲</sup> بقره آیه ۱۸۸»<sup>۳</sup>
- اصل : «کیلاتکون دولة بین الاغنیاء منکم» - حشر آیه ۷»<sup>۴</sup> اصل : «لا تؤثروا السفهاء

۱ - اسلام و مالکیت ، سید محمود طالقانی ص ۱۴۳ تا ۱۴۷ چاپ چهارم

۲ - اموال خودتان را در میان خودتان بیاطل نخورید (باطل، بیهوده و بی نتیجه و بدون عمل متمر - کلمه «بینکم» و تکرار ضمیر «کم» گویا اشاره باین است که اموال از جهتی مورد تعلق حق عمومی و در میان باید باشد تا هر کسی در حد حق و استحقاق بآن دسترسی داشته باشد) .

۳ - تا آنکه فیئ (منابع عمومی طبیعی) در میان ثروتمندان دستگردان نشود . (گرچه این آیه در مورد فیئ است ولی مبین این اصل اساسی است که ثروت های عمومی نباید در انحصار طبقه خاصی درآید) .



اموالکم اتی جعل الله لکم قیاماً - نساء<sup>۱</sup> اصل : « او فوا بالعقود - مائده<sup>۲</sup> اصل : « لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام ، حدیث نبوی<sup>۳</sup> اصل : « الضرورات تبیح المحظورات ، حدیث یا اصل عقلی و عرفی . »

اصل : « رفع ضرر اقل و اخص برای جلوگیری از ضرر اکثر و اعم - اصل عقلی و عرفی ، و اصل : « المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً - حدیث<sup>۴</sup> » مجموع این احکام اصولی و این اصول تشریحی و عقلی و فروع منشعب از آن بصورت قرار دادهای مالی و اقتصادی متکی بر ایمان و قدرت اجرائی درمیآید<sup>۵</sup> برای تشریح اینکه چگونه در اثر تغییرات اوضاع جهان مقرراتی نو لازم و ضروری است و قوانین تأسیسی بجهت علت در حقوق اسلامی پیش بینی شده اند و ذکر مثال آن در باب مالیاتهای جدید علاوه بر زکوة و خمس این فصل ما را به بحث مالکیت در اسلام کشانید و از مبحث اصلی دور شدیم ، برای پایان دادن باین مبحث پس از ذکر علت تشریح قوانین تأسیسی اکنون گوئیم قوانین امضائی هم در نظام حقوق اسلامی پیش بینی شده است زیرا اجتماع بخودی خود ، پای بند با اصول و قوانینی است ، به سنتها و رویه ها و عرفهای خو گرفته ، پس لازم است قانونگذار اینگونه اصول و قوانین را ولو بطور موقت امضاء کند تا شالوده و ارکان اجتماع از هم نپاشد ، النهایه باید منتظر بماند تا زمینه لغو و نسخ قطعی آنها

- ۱ - اموال خودتان را که خداوند وسیله قیام زندگی شما قرار داده بدست سفیهان ندهید ( در این آیه اموال را نسبت بهمه و وسیله قیام معرفی کرده که نباید بدست کسانی که سفاقت مالی دارند داده شود ) .
- ۲ - به پیمانها و قراردادها وفادار باشید .
- ۳ - در اسلام نه ضرر است و نه ضرار .
- ۴ - مؤمنان پابند شرایط و قراردادهای خود هستند مگر آنچه حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند .
- ۵ - اسلام و مالکیت ص ۱۴۷ و ۱۴۸ و جلد هفتم ترجمه تفسیر المیزان ص ۲۸۸ تا ۳۰۶ بحثی تحت عنوان « اموال دنیا متعلق بتمام مردم است » .



فراهم گردد .

زیرا اگر جزاین باشد در اجتماعی که خود آماده پذیرش اصلاحی نیست مانند زخمی که پیش از وقت نشترزده شود اثر سوء باقی خواهد گذاشت و موجب اختلال نظم و تباهی بیشتر ارکان اجتماع خواهد گردید .

### ۱۳- امضاء بردگی در اسلام

همانطور که درباره قوانین تأسیسی به مثالی درباره مالیاتهای جدید مبادرت کردیم و ناگزیر از بحثی پیرامون اسلام و مالکیت گردیدیم ، همانگونه هم درباره قوانین امضائی و مثال بارز آن که بردگی باشد بحثی را در اینجا لازم میدانیم .

میدانیم که بردگی ابتداء در انگلستان (در سال ۱۸۴۰) و سپس در فرانسه و هلند لغو شد و پایان به «جنگهای انفصال» امریکا که بردگی در امریکای شمالی و جنوبی یکسره لغو شد ، اما همانطور که میدانیم ماشینسم در ازمیان بردن برده گیری نقش تام و تمامی داشته است و بقول ویل دورانت : «آزادی بردگان بدست انقلاب نیست بلکه بدست اختراعات است» زیرا با پیشرفت تشکیلات کارگری و بکار بردن ماشین ، چنان از وابستگی بر بازوان انسانی کاسته گردید که ما تصور آن را هم نمی توانیم بکنیم و لذا دیگر داشتن برده بصرفه اقتصادی نبود بقول مارکس : «در کمین هر حادثه بزرگی عوامل اقتصادی نشسته است ، گاریس بخاطر اخلاق بر ضد برده داری قیام نکرد و آنجا که لینکلن بردگان را آزاد ساخت اقدام جنگی بود برای ضعیف ساختن جنوب ، او خود به صراحت می گفت که اگر با برده ماندن غلامان صلح میسر می شد آنها را بهممان حال بردگی می گذاشت ، جنوب می خواست از شمال جدا شود زیرا از مالیات ضرر می دید و امید نداشت که برکنگره مسلط شود .

شمال میخواست که جنوب را نگاه دارد زیرا بازاری بود برای فروش محصولات صنعتی شمال و منبعی بود برای تهیه مواد خام و غذا . غایات اخلاقی در نظر هر دو

طرف مانند روپوشی بودند . در هر وضعی و در هر حالی غایت و مقصد احتیاجات مادی است و جمله بندیهای اخلاقی سرپوش و روپوش است<sup>۱</sup> :

مارکس می گوید : «انقلابهایی که کامیاب میگردند فقط امضای سیاسی موفقیتهای قبلی است<sup>۲</sup>» و در این مورد ما با عقیده 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 خود را به بردگی دسته جمعی داده ، یعنی به استعمار (کهنه و نو) داده است . تا همان کشوری که در امر الغاء بردگی پیشقدم بود ، در مستعمرات هندوستان ، افریقای جنوبی ، استرالیا و سایر کشورهای دیگر که در استعمار نهانی انگلیس بوده اند ، در امر بردگی دسته جمعی بیداد کند :

قبل از لغو بردگی اگر اشخاص در منزل یا مزرعه برای کار شخصی خود برده یا کنیز داشتند ولی امروز آنچنان که در بعضی از نشریات نقل شده است ، در اردوگاههای کار اجباری برخی از کشورها ، میلیونها نفر بجرم محکومیتهای سیاسی و حتی عادی ، از جمله در رژیم استالین ، بوضع هولناکی بسر میبرده اند ؛ در این اردوگاهها استالین از این افراد برای نیروی کار بسیار ارزان جهت برنامه های اقتصادی پابیکاری گرفتن زندانیان استفاده میکرد ؛ بقول هربرت اسپنسر : «اگر در مدنیتهای بدوی مردم آدم خوارند یا افراد را به غلامی میگیرند در مدنیت های جدید ملل را میخورند و اقوام و قبائل را یکسره بنده و غلام میسازند و تا وقتیکه جنگ موقوف نشده تمدن جز یک رشته مصائب و بلیات چیزی نیست و زندگانی آسوده و مدنیت عالی وقتی صورت میگیرد که جنگ متروک و منسوخ شود و این موقوف است بر اینکه هیئت اجتماع بشری از حالت جنگجویی به حالت پیشه‌وری درآید که حیثیت و اعتبار او آبرو مندی به اشتغال به پیشه‌ها و کارهای مسالمت آمیز باشد ...»<sup>۳</sup> .

۱ - لذات فلسفه ص ۲۷۹

۲ - لذات فلسفه ص ۲۷۶

۳ - سیر حکمت در اروپا جلد سوم ص ۱۱۲



دیگر بردگی فکری است که در فصول گذشته نیز از آن یاد شده است ، فرهنگ غربی می‌کوشد تا در هر زمینه اعم از جامعه شناسی و اقتصاد و مردم‌شناسی ، تسلط خود را بر جوامع عقب نگه داشته شده ، توجیه نماید ، فی‌المثل در مورد مسأله تبعیض نژادی و مشروع جلوه دادن بهره‌کشی قوی از ضعیف آنرا يك برتری طبیعی جلوه داده است در حالیکه هرگونه استدلالی که بر علیه آزادی انسان بعمل آید ، محکوم و مردود است ، آزادی انسان چیزی نیست که آنرا بتوان با هیچ استدلالی رد کرد ، انسان نسبت به آزادی خود علم حضوری بی‌واسطه دارد و این حس را با استدلال منکر نمی‌توان شد ، اسلام از این حیث تمام مردم را زن و مرد ، سیاه و سفید ، آزاد و متساوی‌الحقوق دانسته است ، پیغمبر فرماندهی سپاه‌یانی که در آن سران عرب و مهاجر و انصار بودند به زید و سپس بفرزند جوان وی اُسامه که غلام و غلامزاده بودند و اگذار کرد ، و فرمود : «اگر غلام حبشی فرمانده و امیر شما شود تا قانون خدا را اجرا می‌کند باید از وی اطاعت کنید ؟» .

بیشتر مقربین و نزدیکان حضرت علی علیه السلام از غلامان و موالی (غلام آزاد شده) مانند «میثم‌نمار» بودند ، قرآن تمام مظاهر امتیازات و اختلافات حقوقی و نژادی را از ریشه محو نموده و همه جا خطا بهای قرآن درباره دعوت بحقوق عمومی انسانهاست و هیچگونه توجهی به رنگ و نژاد و طبقه و ثروت و قدرت ننموده است از طرفی اسلام تمام طرق برده‌گیری را که قبل از ظهورش در میان همه ملل عالم مجبوری بود ملغی ساخت و فقط اسیر گرفتن جنگی را - که هنوز هم ضرورت آنرا ایجاب می‌کند - امضاء کرد ، از سوی دیگر اسلام نمی‌توانست در آن روزگار بردگی فردی را بکلی ملغی سازد لذا برای بردگانی که در کشورها وجود داشتند ، قوانینی وضع کرد که آنرا خود بخود بصورت يك لغو غیر رسمی در آورد و دستورات بسیار مؤکدی برای محبت ببردگان صادر کرد ، و مقرراتی ایجاد کرد که از طریق آنها بردگان بتوانند خود ، خود را آزاد نمایند و یاراهی برای آزادی آنها وجود داشته باشد مثلاً «مکاتبه» آنست که



طی قراردادی میان برده و صاحبش ، برده تعهد می کند که در مقابل تادیه مالی صاحبش  
 او را آزاد کند و مستند آن آیه ۳۳ سوره نور است که :

«آن کسانی از مملوکهای شما که درخواست (مکاتبه) دارند ، با آنها نوشته ردو  
 بدل کنید اگر در آنان خیری (رشدی یا مالی) میدانید و از آن مال خدا که بشما داده  
 با آنان بدهید» .

بر طبق این آیه همینکه برده ای دارای رشد مشهور یا رشد مالی گردید ، واجب  
 یا بقولی مستحب مؤکد است که صاحبش بقرار داد مکاتبه تن در دهد و اگر از تادیه مال  
 برده ناتوان بود بیت المال از سهم زکوة باید وی را آزاد نماید .

همچنین «تدبیر» که آنهم عبارتست از وصیت با آزادی برده پس از فوت مالک ،  
 گرچه در زمان حیات ، مالک می تواند از این وصیت برگردد ولی فرزندان چنین برده ای  
 که پیش از برگشت مالک از وصیت خود متولد شده اند ؛ آزادند .

و همچنین «سرایت» که اگر بهر علتی اعم از مکاتبه یا تدبیر یا نذر و غیره جزئی  
 از برده ای آزاد شد این آزادی نسبت بسایر اجزاء وی نیز سرایت می کند ، و یا اگر  
 صاحب کنیزی از او صاحب فرندی شود ، حق فروش از وی سلب میگردد و همچنین  
 برای «نذر» و «کفاره قتل» و «کفاره روزه» و «کفاره تخلف از سوگند  
 و نذر و عهد» برده آزاد میگردد و این موارد از موارد آزادی اجباری برردگان  
 است .

تاریخ نشان داد که در آمریکا بر سر الغاء بردگی جنگهای خونین چند ساله در  
 گرفت و هنوز نیز پس از تصویب نامه لینکلن در ۱۸۶۳ مشاهده می کنیم که چه مظلومی  
 بر سیاهان در آمریکا وارد میشود که نقل آنها موجب اطناب است ، دیدیم که چگونه  
 کندی جان خود را بر سر تامین حقوق سیاهان گذاشت ، حال باید باسلام حق داد که  
 در ابتدای ظهور بصورت رسمی و یکسره بردگی را الغاء نکند .

در مورد اسرای جنگی هم یاد آور میشود که علاوه بر اینکه 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 جامعه اسلامی دارد بطور کلی سه موضوع را میتواند پیشنهاد کند:

- ۱- بدون قید و شرط آزاد نماید همانطور که در متون تواریح اسلامی هم آمده است که رسول اکرم در پایان بیانش در فتح مکه به اسیران فرمود: *إِنْ هَبُّوا أَنْتُمْ الطَّلَقَا* یعنی بروید، همه شما آزادید.
- ۲- با گرفتن مبلغی غرامت حکم با آزادی آنان، صادر نماید.
- ۳- حکم به برده بودن کنند. و حکومت اسلامی برای هر سه امر اختیار خواهد داشت.

**جان لاک** درباره بردگان (اسیران جنگی) می‌گوید: «... اما نوع دیگری خدمتکار 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 بر او 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 تملک چیزی را ندارند، آنها را نمی‌توان اعضای جامعه سیاسی محسوب داشت، چه منظور اصلی از تشکیل جامعه سیاسی حفظ اموال افراد آن جامعه است»<sup>۱</sup>.

\* \* \*

## ۱۴- حسن ختام

درخاتمه به نقل مطالبی از حضرت علی علیه السلام برای حسن ختام این مقال می‌پردازیم : «روزی امام ضمن يك سخنرانی عمومی گفت : ای مردمان از آدم کسی برده یا کنیز بدنیا نیامده ، مردم همگی آزادند (سخنی که بعدها از زان ژاک روسو معروف گشت) ولیکن خداوند پاره‌یی از شما را بیش از پاره‌ی دیگر نعمت بخشیده پس کسی که ابتلائی دارد باید شکیبائی در خیر پیشه سازد و بدین فضیلت شکیبائی بر خدای عزیز منت ننهد . توجه کنید اکنون چیزی رسیده است و ماهیان سیاه و سرخ تسویه قائلیم و به مساوات تقسیم خواهیم کرد . مروان در اینجا به طلحه و زبیر گفت علی در این سخن جز شما بکسی نظر ندارد (یعنی می‌خواهد بشما تعریض کند که امتیازی در تقسیم ندارید و نخواهید که نیست) آنگاه امام شروع کرد به تقسیم و بهر يك سه دینار میداد و به مردی از انصار سه دینار داد ؛ سپس غلام سیاهی آمد و باو نیز سه دینار داد . مرد انصاری گفت :

یا امیر المؤمنین این برده‌یی بود که دیروز آزادش کردم من و او را مساوی قرار دادی !

فرمود : من در کتاب خدا نظر کردم برای فرزندان اسماعیل نسبت به فرزندان اسحاق برتری‌یی نیافتم (یعنی اصولاً برای امتیاز نژادی در قرآن که ملاک شریعت ماست چیزی نیافته‌ام پس احترامی باین خواسته‌ی خرافی و امتیاز جاهلی نمی‌گذارم)'

۱ - سرود جهشها ، محمد رضا حکیمی ص ۱۰۴ و عیناً متن عربی را نیز برای مزید اطلاع می‌آوریم : « خطب امیر المؤمنین (ع) فحمد الله واثنی علیه ثم قال : « ایها الناس ان آدم لم یلد عبدا ولا امة وان الناس کلهم احرار ولكن الله خول بعضکم بعضا فمن کان له بلاه فصر فی الخیر ، فلا یمن به علی الله عز و جل الا وقد حضرشئی ونحن مسوون فیه بین الاسود والاحمر . فقال مروان لطلحه والزبیر : ما اراد بهذا غیر کما - قال : فاعطی کل واحد ثلاثة دنانیر و اعطی رجلا من الانصار ثلاثة دنانیر وجاء بعد غلام اسود فاعطاه ثلاثة دنانیر فقال -



همچنین حضرت علی علیه السلام هنگامیکه به شهر انبار رسید ، مردم مطابق عادت دیرینه که در برابر حکام و پادشاهان تعظیم میکردند و بخاک می افتادند ! در برابر وی مراتب تعظیم را ازجد گذراندند ، حضرت فوق العاده ناراحت شد و فرمود : این چه کاری است که می کنید ؟

گفتند : این رسم ماست که سرداران و فرمانروایان را بدینگونه احترام می کنیم .

حضرت فرمود : بخدا قسم ، فرمانروایان از این کار سودی نمی برند و شما هم نه درد نیامونه در آخرت از این کار مشقت بار و بی حاصل ، طرفی نمی بندید ، چقدر زیانبار است رنجی که کیفر بدنبال دارد و چه بسیار سودبخش است راحتی بی که ایمنی از آتش بهمراه دارد .<sup>۱</sup>

زهره افسر رشید اسلام در جنگ قادسیه با رستم فرخزاد فرمانده ارتش ایران روبرو گردید ، رستم از وی پرسید : دین اسلام چیست ؟

زهره در جواب گفت : اعتقاد بخدای یگانه و پیامبری محمد .

رستم پرسید دیگر چه ؟

زهره گفت : « اِخْرَاجُ الْعِبَادِ مِنْ عِبَادَةِ الْعِبَادِ اِلَى عِبَادَةِ اللَّهِ وَالنَّاسُ بَنُو آدَمَ وَحَوَاءُ اِخْوَةَ لَابِ وَاِمَ » اسلام آئینی است که مردم را از بندگی افرادی مانند خودشان نجات میدهد و آنان را منحصرا بنده خدا میسازد ، همه مردم فرزندان آدم و حوا و ازیک پدر و مادر هستند .

و در سوره آل عمران آیه ۵۸ نیز آمده است :

← الانصاری : یا امیر المؤمنین هذا غلام اعتقته بالامس تجعلنی وایاه سواءاً ؟ فقال : « انی نظرت فی کتاب الله فلم اجد لولد اسماعیل علی ولد اسحاق فضلا .  
رویه کافی ص ۶۹ چاپ آخوندی .

۱ - ترجمه نهج البلاغه سید علی نقی فیض الاسلام ص ۱۰۹۴

« يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٌ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضاً أَرْبَاباً مِنْ دُونِ اللَّهِ .. » یعنی بگو ای اهل کتاب بیائید به کلمه راستی که میان ما و میان شما یکسان است ، اینکه نپرستیم مگر خدا را و شریک نیاوریم برای او چیزی را و برخی از ما برخی را ارباب بغیر از خداوند نگیرد .

همچنین حضرت علی رضی الله عنه در نهج البلاغه میفرماید : « لَا تَسْكُنُ عَبْدٌ غَيْرِ رَبِّكَ وَقَدْ جَعَلَكَ اللَّهُ حُرّاً »

یعنی « خود را برده دیگران مساز زیرا خدا ترا آزاد آفریده است . » در کلیه کتب فقهی نیز از زمان ظهور اسلام تا کنون بابی به عنوان « کتاب فی الرقیه » ( کتاب در بردگی ) دیده نمی شود ، بلکه در تمام کتب فقه اسلامی اگر بابی هم در این خصوص باشد « کتاب فی العتق » یعنی کتاب در آزاد کردن برده نوشته شده است . در خاتمه این نکته نیز یاد آوریش لازم است که یکی از انتقاداتی که ما به کتب درسی حوزه های علمی داریم اینست که قسمتهای مربوط به بردگی در کتب فقه امروزی باید حذف شود ، زیرا که همه آن مسائل ، با آن صورت که مورد بحث و بررسی قرار میگیرد ، امروز سالبه بائتفاء موضوع است و این علاوه بر سوء تفاهماتی که ممکن است برای برخی خرده گیران ایجاد کند ، اساساً جز اتلاف وقت ثمر دیگری ندارد . چه در کلیه مباحث و ابواب فقهی از بیع و اقسام آن ، اجاره ، مزارعه ، مساقات ، شرکت ، وکالت ، مضاربه ، نکاح و طلاق ، ارث و وصیت راجع به عبد و برده نیز به بحث می پردازند ، در جواب انتقاد من یکی از مراجع تقلید مشهد فرمودند که این نقطه ضعفی نیست زیرا فرضاً اگر فردی به کشوری برود که در آنجا از مسلمانان و اهل کتاب ( یهودی ، مسیحی ، مجوس ) نباشند فی المثل یکی از شهر های ژاپن یا چین یا هند و یا یکی از بلاد آفریقا ، بهر صورت چون نمی تواند با زنان غیر

اهل کتاب ازدواج نماید ، تنها راهی که بنظر میرسد که این شخص بحرّامی نیفتد راه ملکیت است یعنی پیش خود برای آن زنان عنوان ملك (برده) فرض نماید ! همچنین بسیاری از مباحث مربوط به برده در سایر قسمت‌های فقهی مورد استفاده و استناد است . مانند «أَلَوْ كُنْتُ لِلْفِرَاشِ» که در مورد عبد آمده است ولی در مسائل مربوط به غیر عبد هم از آن استفاده میشود .

از جمله مسأله شرط در متن عقد است که از روایتی مربوط به عبد استفاده میکنند مانند روایت صحیح حلی :

کنیز شوهرداری را عایشه آزاد می‌کند ، اقوام شوهر بر عایشه شرط کرده بودند که ولاء عتق ( یعنی شخص آزادکننده برده ، اگر برای برده وارثی نباشد وارث اوست ) از آن عایشه ( که آزادکننده برده بود ) نباشد ولی هنگامیکه از رسول اکرم استفسار میشود ، میفرماید :

«أَلْوِيَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ وَشَرَطَ اللَّهُ أَسْبَقَ» یعنی ولاء از آن آزادکننده است و شرط خدا از شرط در متن عقد شما بیشتر است ، و یا اگر شخصی کنیزی را آزاد کند ولی ضمن آن شرط نماید که فرزندش برده باشد این شرط نیز مخالف کتاب و سنت و باطل است .

پیش از این ، این بحث مفصل ما را از مطلب اصلی دور می‌سازد ، لذا بهمین مختصر اکتفا گردید ، گویا اینکه بعضی از انحرافات در مطالب علمی به تکامل موضوع اصلی و اساسی و غنای محتوای آن می‌افزاید .



برای مطالعه بیشتر درباره بردگی

- ۱ - بردگی موريس لانزله ترجمه فضل‌اللهی
- ۲ - تاریخ آلبرماله ترجمه حسین فرودی
- ۳ - کلبه عموتم هریت بیچراستو ترجمه منیر جزئی (مهران)
- ۴ - روح القوانین مونتسکیو ترجمه مهتدی
- ۵ - اسلام و مالکیت طالقانی
- ۶ - برهان قرآن بلاغی
- ۷ - ترجمه تفسیر المیزان علامه طباطبائی
- ۸ - لذات فلسفه ویل دورانت

## فصل هشتم

در زمینه حقوق زن





## ۱ - زمینه تاریخی

بطور کلی در مطالعات تاریخ حقوق برای حقوق زن سه دوره قائل گردیده اند :

اول - دوران توحش و بربریت و بت پرستی :

در این دوره زن جزو انسانها محسوب نمیشود و درست همان رفتاری را با او میکردند که با حیوانات انجام میدادند ، زن مانند برده خرید و فروش میشد و اساسا در حکم يك كالای بازرگانی و مال التجاره بود در این دوره در عربستان پدران دختران خود را زنده بگور میکردند و اگر بمردی گفته میشد که زوجه اش دختر بدنیآ آورده است صورتش از خشم و غضب برافروخته میگردد<sup>۱</sup> و آنرا توهینی بزرگ و نابخشودنی بخود تلقی میکرد ، این وضع در اجتماعات مختلف آن زمان باشدت و

---

۱ - اذا بشر احدكم بالانثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم يتواری من القوم من سوء ما بشر به ايمسكه علی هون ام یدسه فی التراب ؟ الاساء ما یحکمون سورة نحل آیه ۶۱ و ۶۲ یعنی آنگاه که مؤده داده شود یکی از ایشان به مؤنت چهره اش سیاه میگردد در حالیکه خشم بر او مستولی میگردد ( کظیم یعنی خشم خود را پنهان میداشت تا کسی ملتفت نشود که دختری پیدا کرده ) مردد بود میان دو کار ( از بدی خبری که بوی رسیده بود ) آیا بانهایت خواری و پستی او را نگهداری کند یا آن کودک را زیر خاک مدفون سازد ؟ هان آگاه باشید که چه اندازه بد و غلط قضاوت و حکم میکردند .

ضعف و باکمی تفاوت جریان داشت .

زنان فقط برای اینکه کارهای منزل را انجام دهند وجودشان لازم شمرده میشد و به اصطلاح جزو وسائل خانه بودند .

در این دوره پدیده اجتماعی « الحق لمن غلب » حکومت میکرد یعنی هر که قدرت و زور بیشتر داشت حق هر گونه تحکم و دستوری را نیز داشت و چون نوعاً زور و غلبه با مردان بود لذا دوران پدرشاهی و سیطره مرد باشدت هر چه تمامتر بردنیای آن روزگار حکمفرمائی میکرد چه مردان برای تحمل شدائد آماده تر بودند .

دوم : دوران تمدنهای کهن و باستانی مصر ، یونان ، ایران ، کلد ، آشور ، هند ، چین و غیره و پیدایش مذاهبی که غالباً بر پایهٔ یکتاپرستی استوار بودند تعدیلی در وضع زن بوجود آوردند و افکار و نظریات مصلحین و پیامبران در جهت اُردیاد حقوق و امتیازات زن کشانده شد ولی همان سلطه و حکومت مردکمان برقرار و بجای خود محفوظ بود چه در این دوران فتووالیسم و حکومت خاننخانی و ملوک الطوائفی بشدت فرمانروائی میکرد و این وضع خود از بین برنده حقوق زن بود و نمیکذاشت که زن از حالت بردگی و زبونی و خوازی بیرون آید .

۲ - الحق لمن غلب ، يك قانون علمي نیست بلکه يك پدیده اجتماعی است که از آن تغییر به قانون جنکلی شده است و امروز هم در روابط ملل حکمفرمائی میکند زیرا حکومتی فوق دول وجود ندارد تا دولتها را به سر جای خود بنشانند و بقول تامس هابز « پیمانها بی شمشیر کلماتی بیش نیستند و قدرت آنها ندارند که از آدمی حفاظت کنند » و این وضع خواهد بود تا آنگاه که حکومت جهانی واحد بر دنیا مسلط گردد اما در روابط خصوصی انسانها با یکدیگر بتدریج این امر مورد قبول واقع شد که زور نباید از طرف اشخاص در دعاوی اعمال گردد بلکه فقط بر طبق قانون و از طرف قوه قضائیه باید بکار رود و باین ترتیب زنان از تحت تسلط مردان به نسبتی که هر دو اسیر دولت گردیدند خارج شدند .

زن مانند دیوانگان و سفیهان از تصرف در اموال خود ممنوع و محجور بود و اصولاً برای وی حق تملکی وجود نداشت و بطریق اولی نیز نمیتوانست در امور اجتماعی دخالتی داشته باشد.

از قدیمیترین قانونگذاران حمورابی<sup>۱</sup> دختران را با وجود پسران از ارث بکلی محروم میدانست.

در اروپای قرون وسطی نیز همین وضع جریان داشت زن وقتی بخانه شوهر میرفت همه چیز خود را از دست میداد و محجور میگردد و مالک هیچ ثروتی نبود در حقیقت شخصیت وی در شوهرش مضمحل و هضم میگشت و عجب 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 بعقیده آنها ازدواج يك « همکاری مادام الحیات»<sup>۲</sup> است:

میکویند استقلال زن در امور مالی با ماهیت ازدواج متباین بوده و سازگار نیست و عدم استقلال زن از نظر اقتصادی باین وحدت معنوی میان زوجین کمک مینماید.

۱ - هامورابی (همورابی) Hamourabi یکی از پادشاهان قدیم بابل است که در حدود ۱۹ قرن قبل از میلاد مسیح و یا بقولی (۲۰۰۳ تا ۱۹۶۱ ق.م) و یا پنج قرن قبل از حضرت موسی فرمانروائی داشته و برای نظم مملکت خود قانونی ترتیب داده و در الواحی بر روی سنگ نقر کرده است که آنها اقدام شرایع عالم میکنند این الواح بعدها ترجمه گردیده است از نظر جزائی نظام قانون حمورابی مبتنی بر قصاص و انتقام شخصی است بعضی نیز قوانین تورات موجود را متخذ و مقتبس از آن میدانند.

۲ - Consortium omnis vitae در حقوق رم ازدواج را کنسرسيوم یا شرکت مادام الحیات میگفتند رجوع شود به کتاب حقوق بین الملل خصوصی دکتر محمد نصیری ص ۴



در حقوق اسلامی زن در امور مالی خود کاملاً استقلال دارد ولی همانطور که گفتیم در حقوق یونان و روم و ژرمن و تاجندی پیش در حقوق غالب کشورهای اروپا زن مانند صغیر و مجنون از تصرف در اموال خود ممنوع بوده است در انگلستان که سابقاً شخصیت زن کاملاً در شخصیت شوهر محو بود دو قانون یکی در سال ۱۸۷۰ و دیگری در سال ۱۸۸۲ میلادی بنام «قانون مالکیت زن شوهر دار» از زن رفع حجر و منع قانونی کرد در ایتالیا قانون سال ۱۹۱۹ زن را از تعداد مجبورین خارج کرد و در قانون مدنی آلمان (۱۹۰۰ میلادی) و در قانون مدنی سوئیس (۱۹۰۷ میلادی) زن مانند شوهر خود اهلیت تمتع و استیفاء از حقوق مالی را پیدا کرد، قانون مدنی سوئیت (ماده ۱۰۰ و بعد) نیز از زن رفع حجر کرد و قانون ۱۹۳۸ در فرانسه تا حدی حجر زن شوهر دار را تعدیل کرد.

هنوز آثار این عدم استقلال<sup>۱</sup> مخصوصاً در قوانین مدنی پرتغال و اسپانیا و فرانسه مشهود است و برای توجیه این وضع همانطور که یاد آور شدیم گفته میشود که تمام اموری که با وحدت معنوی میان زن و شوهر منافات داشته باشد باید از سر راه برداشته شود و یکی از موانع، استقلال زن از نظر دارائی و مالکیت است. و چون مرد آشنائی بیشتری با مسائل اجتماعی و اقتصادی دارد باید روابط مالی خانواده را وی اداره کند. میگویند مرد وزن با اینکه منافع مشترك دارند، تعقل و تفکری جداگانه دارند و لذا در امر زناشویی و اختلاف، اراده یکی بر دیگری باید حکومت کند و چون مرد تواناتر و مقتدرتر بوده است این امر بدو واگذار گردیده است، ولی در نظام حقوق اسلامی با اینکه «الرجال قوامون على النساء» و ریاست خانواده با مرد

۱ - رژیم مالی زوجین فعلاً در فرانسه به چهار طریقه است. ۱- تفریق کامل

۲ - طریقه جهیزی ۳ - عدم اشعراك ۴ - اشعراك، برای توضیح بیشتر رجوع شود بکتاب منعمه و آثار حقوقی و اجتماعی آن ص ۲۴۰ و کلیات حقوق تطبیقی ص ۱۹۵ و حقوق زن در اسلام و اروپا ص ۱۸۲ قطع جیبی

است ولی این ریاست محدود است وزن در آنچه حق شخصی اوست از قبیل تصرف در اموال و دارائی و مالکیت و معاملات، آزاد است و شوهر را حقی بر وی نیست.

باری در اروپا چون حقوق متخذ از مذهب کاتولیک تعدد زوجات و تاسیس طلاق را قانونی نشناخته است و فرقه مزبور با آن مخالف بوده و عملاً زمام امور حقوقی را مذهب کاتولیک بعهده داشت و اثرات این مذهب در حقوق عرفی مسلم و قطعی بود لذا اشکالات زیادی این نظام حقوقی بوجود نمیاورد ولی بعدها که نظام فتوایسم جای خود را به نظام سرمایه‌داری داد و فرقه پروتستان در اثر ضرورت اجتماعی نظام جدید بوجود آمد و عدم وجود طلاق و اشکالات و ناراحتیهای فراوانی ایجاد کرد کشورها تحت شرایطی مجبور شدند که تاسیس طلاق را رفته رفته بپذیرند و چون وجود طلاق با عدم استقلال اقتصادی زن منافات داشت ازین رو زن استقلال اقتصادی پیدا کرد چه در غیر اینصورت مرد ممکن بود هر چند صباحی زن خود را طلاق داده و اموال او را تصاحب کند و زن دیگری بگیرد و کار به زنا و نوجوانمردی بیانجامد علیهذا برای جلوگیری از متزلزل شدن اساس و بنیان خانواده و اجتماع کم کم بزنان استقلال اقتصادی داده شد و این اوضاع و احوال اجتماعی در اروپا تا همین اواخر قرن نوزدهم میلادی ادامه داشت و حتی بعقیده گروهی از حقوقدانان قانونی هم که پس از جنگ جهانی اخیر رفع حجر از زن شوهردار در اداره اموالش کرده هنوز از فرضیه خارج نگشته و جامه عمل بخود نبوشیده است.

در امور اجتماعی انگلستان مهد آزادی دنیا تا سال ۱۹۱۸ زنان دارای حق رای نشدند و در ۱۸۶۷ دیسرایلی قانونی به مجلس برد که بموجب آن کارگران و اشخاص فقیر نیز حق شرکت در انتخابات پیدا کردند و تا آن زمان فقط یک میلیون نفر از جمعیت انگلستان پارلمان کشور را انتخاب میکردند.



حتی در انگلستان قانونی که از زمان تیول بیادگار مانده است همه فرزندان را از ارث محروم میکند و فقط پسر ارشد را وارث رسمی و قانونی می‌شناسد دلیل توجیه کننده این قانون اینست که اگر همه ارث ببرند ثروت پراکنده شده و به هدر میرود! در حقیقت این قانون نگهبان اشرافیت و فئودالیسم است و اریستوکراسی را ترویج می‌نماید. اما در اسلام زن و مرد در حقوق بایکدیگر متساویند و در آفرینش نیز همه از یک پدر و مادر مشترك بوجود آمده‌اند و قانون ارث اسلام در تعدیل ثروت و توزیع آن نقش عمده‌ای دارد.

در تاریخ می‌خوانیم «در مجامع عیسوی مذهب اسپانیا و ایتالیا (کاتولیکها) در چگونگی و سنخیت روح زن بحث میکردند و بالاخره بعد از مدتی بحث و تنقیح چنین نتیجه میگرفتند که بین تمام زنان فقط حضرت مریم علیها سلام انسان و دارای روح خالداست و بقیه زنان برنخ میان انسان و حیوانند.»<sup>۱</sup>

از مطالعه و تحقیق در این مطالب که در کتب تاریخ فراوان است سر عدم استقلال زن از خلال تاریخ کاملاً روشن میگردد.

افلاطون با اینکه با جرات و شهامت فراوانی در آثار خود از برابری زن و مرد دفاع کرده است معذالك در طبقه بندی موجودات جهان نمیدانسته است زن را در کجا جای دهد اما ارسطو که تحت تاثیر تعصبات روزگار خود بود و نمیتوانست خود را از حیطه نفوذ آنها خارج سازد زن را ناقص میدانست و زنان و بندگان را محکوم به اسارت میکرد و آنان را سزاوار دخالت در امور عمومی نمیدانست و حتی میگفت نسبت زن به مرد مانند نسبت غلام به مولای خود و نسبت بدن به روح است.

بند دهم و هفدهم از وصایای دهگانه تورات (سفر خروج) نیز زنان را در ردیف چارپایان و اموال غیر منقول ذکر کرده است.



سوم - پیدایش آئین اسلام و نقشی که این دین از نظر تساوی حقوق زن و مرد داشته و اثرات غیر قابل انکاری که در سایر نظام‌های حقوقی دنیا گذاشته است بسیار قابل تحسین و درخور هر گونه تمجید و ستایش است .

اسلام در مرحله اول قطع رابطه شدید با گذشته را که بهم گسیختگی و تلاشی اجتماع میانجامید روا و مصلحت ندانست چه سلامت روحی جامعه تا حدود زیادی در اتصال و دوام سنت‌های آنست لذا نتوانست بکلی وضع اجتماعی را دگرگون سازد بلکه ابتدا در آن وضع تعدیلی بوجود آورد ، رفتار پیامبر با دختر خود فاطمه و با زنان خود از محبتی سرشار و حسن احترامی بی اندازه حکایت میکرد و آیاتی هم که در جهت ازدیاد حقوق زن در قرآن آمده است میرفت که دنیا را وارد در خط مشی دیگری اندازد ولی دنیای آنروز برای این رفورم و اصلاح اجتماعی آماده نبود و بسادگی حاضر نبود از روش اجداد و نیاکان خود دست بردارد ؛ لذا پاهر ناشناخته‌ای مخالفت میکرد و به همین مطلب است که لکننت دونوئی اشاره میکند :

« رهبران مذاهب بدون اینکه تعلیمات خود را از نو بسازند مجاهدات و افری نمودند ولی نتیجه‌ای که از آن بدست آمد آنقدر نبود که انحطاط اخلاقی مردم جهان را متوقف سازد زیرا موانع و اشکالات زیادی عوام الناس در کار تبلیغ این رهبران و پیامبران بوجود آوردند و سد راه آنان شدند» .

اسلام برای نخستین بار امتیازات مالی و سعی بزنی همانند مرد داد که هنوز همانطور که بیشتر یادگردید در بسیاری از کشورهای پیشرفته و متمدن جهان همانندش وجود ندارد حتی امروز ماده ۴ قانون تجارت فرانسه تصریح دارد باینکه زن میتواند تجارت کند بشرط اینکه شوهر مانع نگردد و البته شوهر ممکن است با تجارت زن مخالفت کند و این بطور مطلق است و مقید بشرطی هم نیست در صورتیکه در حقوق اسلامی زن در داری خود و تجارت کردن استقلال دارد ؛ استقلالی مطلق و بدون شرط .

قرآن در این مورد میگوید « لِرِّجَالٍ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا و لِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ »

یعنی زن و مرد بیکسان از آنچه اکتساب میکنند بهره‌مند میشوند .

ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی ایران میگوید : « حرفه و صنعتی که زن بآن اشتغال دارد نباید منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد » پس زن آزاد است و شوهر بدون دلیل نمیتواند مانع حرفه وی بشود .

ملاحظه میشود که قانون مدنی و قانون تجارت ایران تحت تاثیر فقه اسلامی بسیار مترقیتر از قانون فعلی کشور فرانسه است . اسلام دخالت زن را در همه امور مجاز دانسته است زیرا وی را بشری متساوی الحقوق با سایر انسانها میداند .

اسلام هنگامی ظهور کرد که دنیا در تاریکی جهل و بربریت و سقوط و انحطاط همچون محضرت و نیمه‌جانی دست و پا میزد و مشرف به موت بود .

اسلام بسا هرگونه استبداد و خود کامگی و تفرعن و تکبر مبارزه نمود و رژیم فتووالیسلم و خانخانی از نظر ایدئولوژی اسلام محکوم و مردود است گرچه در عمل جز در زمانی محدود و در میان گروهی محدود عمل نکرده است معذالك اسلام نخستین مکتبی است که با فتووالیسلم مبارزه آشتی ناپذیری را اعلام کرد چه این رژیم علاوه بر زیانهای که داشت از بین برنده آزادی و حقوق زن بود و بدین ترتیب با اعلام برسمیت نشناختن آن بدیهی است که تا چه حد قدم بزرگی در راه احیاء حقوق انسانی زن مسلمان خصوصا و زنان تمام جهان عموما برداشته شد .

## ۲ - تعدد زوجات

هنگامی که بسیر تاریخی حقوق توجه میگردد معلوم میشود که هر قانون ابتدا با چه موانع و مشکلاتی روبرو بوده است تا بتواند آن وضع آشفته را به مقتضای زمان سامان دهد و تعدیل کند و مثلا تعدد نامحدود و نامتناهی و دلخواهی



زوجات را تحت شرایطی محدود و مشروط نماید زیرا دنیای آن زمان هنوز آماده درك این واقعیت نبود عربستان بهنگام ظهور اسلام در شدت كفر و عناد و نفاق و لجاج ضرب المثل بود بطوریکه یادآوری آن ، شخص را به وحشت میاندازد و ناگزیری را در برابر صعوبت کار و بردباری و زحمات طاقت فرسای پیامبر اکرم به تعظیم و تکریم وا میدارد .

پیامبر در برابر آن قوم وحشی ناگزیر بود که ابتدائاً قدری مماشات و مدارا کند و روش تسامح و تساهل پیش گیرد کیفیت وضع و تشریح 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 و عادت نبود بلکه پاره ای مصالح و ملاحظات دیگر نیز در کار بود مانند برده گیری که اوضاع اقتصادی و اجتماعی و تربیتی مقتضی لغو آن بطور کلی نبود ولی اسلام بیشتر جامعه را تحریر و تشویق کرد تا در موارد مختلف و به بهانه های گوناگون بردگان را آزاد کنند و در اعمال و رفتار نیز با آنان بطریق نیکو رفتار نمایند .

باری ظهور پیامبر اسلام و تاثیر دکنترین عالی و مترقی آن در بهبود بخشیدن وضع اجتماعی عرب تاثیر شگرفی داشته است .

گوستاولوبون مینویسد :

« ظهور پیامبر اسلام در ۶۲۲ میلادی در عربستان بوقوع پیوست و در مدت ۱۵ سال اعراب را آنرا چنان تغییر داد که همه با هم متحد شده و از زنده بگور کردن دختران و جنگ و چپاول و غارت دست کشیده و از صدمه گرفتن تبری و بیزاری نمودند »

اسلام در مدت ۲۳ سال همه نهادهای اجتماعی و سیاسی اجتماع اعراب و حتی امپراطوری ایران را تغییر شکل داد و جای آن نهادهای زشت و ناقص يك زندگی



هماهنگ و مترقی را جایگزین کرد بطوریکه قبل از آن هرگز وجود نداشته است حکم شرعی تعدد زوجات در آیه سوم از سوره نساء است که میفرماید :

«وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَتِلْكَ وَرُبَاعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ...»

یعنی «واگر میترسید که دربارهٔ یتیمان به عدالت رفتار نکرده باشید پس آنچه برایتان نیک باشد از زنان دو، سه و چهار بگیرید و اگر میترسید که عدالت نکنید پس یکی.»

و آیه ۱۲۸ از سوره نساء میگوید :

«وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَنذَرُوا مَا كَالْمُعَلَّقَةِ.»

یعنی «هرگز نمیتوانید میان زنان عدالت نمائید و اگرچه بر عدالت کردن حریص باشید، پس میل نکنید تمام میل (یعنی همهٔ توجهتان را بیکمی منحصر نسازید بطوری که دیگری بکلی محروم ماند) پس بگذارید او را چون محبوس (یعنی نه پیشوهر که آزاد باشد و نه شوهر دار که از لوازم آن برخوردار گردد.)»

این آیات تفسیر بردار است یعنی اگرچه ابتدا درجواز تعدد زوجات صراحت دارد ولی دنباله آیه آنرا مشروط با اجرای عدالت در میان آنان مینماید و چون اجرای عدالت با تعدد زوجات مانعة الجمع است بنصیر بعضی آیه، تعدد زوجات را با این شرط تعلیق بر محال کرده است یعنی امر مععلق غیر ممکن است در جواب سیره پیامبر اکرم و ائمه میگویند که رفتار رسول اکرم مختص خود آن حضرت بوده است و باصطلاح آنرا در ردیف خصائص النبوی دانسته اند و میگویند :

کار پاکان را قیاس از خود مگیر      گرچه باشد در نوشتن شیر شیر

اما موافقین تعدد زوجات میگویند محال است که فردی که از خردمندی عادی

بر خوردار باشد اول امری را اجازه دهد و حتی بگوید دو، سه و چهار زن بگیرد  
و اگر ترس عدم عدالت داشتید یکی .

بعد بگوید هرگز و ابدا نخواهید توانست عدالت کنید ! ناچه رسد بوحی و  
وکلام الهی پس عدالت در آیه اول بمعنی عدالت در رفتار از قبیل نفقه و کسوه و سایر  
وظایف زوجیت است و عدالت دوم که هیچکس نمیتواند داشته باشد میل و علاقه قلبی  
است بطور تساوی که قرینه اش در خود آیه هست که هرگز نمیتوانید زن را برابر  
دوست بدارید پس میل خود و همه توجهتان را بیکمی منحصر نسازید که دیگری بکلی  
محروم ماند .

بعضی نیز فلسفه تعدد زوجات را در اسلام درباره یتیمان میدانند ، چه همانگونه  
که طرح مسأله تعدد زوجات در مورد عدالت درباره یتیمان است همانطور هم این  
مسأله ناظر به افرادیست که در جنگهای پیامبر کشته میشوند و اغلب 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 داشته باشد تا محبت بیشتری در  
باطن خود نسبت به آنان احساس کند و درباره یتیمان بازمانده از شوهر اول زن به  
عدالت رفتار نماید و آیه را بدین نحوه تفسیر می کنند که مقصود از عدالت ، عدالت  
در رفتار با یتیمان است نه با زنان .

آمار زیر علت تعدد زوجات را توجیه میکند در فرانسه در مقابل هر ۱۰۰  
دختر نوزاد ۱۰۵ پسر بدنیامی آید ولی در عین حال تعداد زنان ۱/۷۶۵/۰۰۰ نفر از مردها  
بیشترند با آنکه جمعیت فرانسه در حدود چهار میلیون نفر بیشتر نیست سبب این موضوع  
اینست که پسرها مقاومتشان در برابر امراض کمتر از دخترهاست از اینجهت پنج درصد  
آنها تا سن نوزده سالگی از بین میروند و بقیه از ۲۵ تا ۶۵ سالگی همینطور روبه  
نقصان میگذارند که در این وقت یعنی ۶۵ سالگی در مقابل ۱/۵۰۰/۰۰۰ زن ۷۵۰/۰۰۰



مرد بیشتر باقی نخواهد ماند»<sup>۱</sup>.

پرفسور «پیتر مداوار» استاد حیوان شناسی و تشریح مقایسه‌ای دانشگاه لندن در تائید این نظرمینویسد «بهمن جهت و جهات دیگر نسل مرد در جهان نسبت بزنان رونقصان است»<sup>۲</sup>.

یکی از قضات و حقوقدانان مینویسد «در انازونی امریکاطبق سرشماری سال ۱۹۵۷ تعداد مردان ۱۸ ساله بیلا ۵۴/۵۹۰/۰۰۰ نفر و تعداد زنان ۱۸ ساله بیلا ۵۷/۲۵۷/۰۰۰ نفر میباشد و در فرانسه نیز طبق آمار رسمی تعداد زنان ۱/۱۰۰/۰۰۰ نفر بیش از مردان است»<sup>۳</sup>.

صرفنظر از اینها جنگها و کارهای سنگین مردان که اغلب در معادن، تونلها، کارخانه‌ها، باعث تلفات میشود موجب نقصان تعداد مرد بر زن میگردد. در جنگ جهانی اول و دوم روی هم در حدود ۵۵ میلیون نفر از سربازان جوان کشته شدند و در حدود ۵ میلیون نیز ناپدید گردیدند علاوه بر این خاصیت تولید نسل در مردان تقریباً همیشگی است یعنی یک مرد گاهی حتی در سن ۱۰۰ سالگی نیز میتواند تولید نسل کند و حال آنکه زنان در حدود ۵۰ سالگی قدرت تولید مثل را از دست میدهند روی این حساب از هنگامی که زن از بچه میافند تا آخر عمر مرد که نیروی جنسیش کاملاً آماده تولید است شاید تا چهل سال طول بکشد، مرد باید از خاصیت طبیعی تولید نسل محروم باشد! باین عوامل تعدد زوجات عامل اقتصادی را نیز باید اضافه کرد که در صورتیکه مردی استطاعت مالی فراوان داشت و توانست از چند زن بطور شایسته مواظبت کند اجازه داشته باشد زن بگیرد و یاد بعضی مردان که دارای نیروی جنسی فوق العاده سرکشی هستند بطوریکه زن در مدت عادت ماهانه یا در ایام حاملگی

۱- روزنامه اطلاعات ۳۵/۹/۱۱ و ۳۹/۹/۱

۲- کیهان ۳/۱۲/۳۸

۳- طلاق و تجدید هادی مهدوی ص ۳۵



وزایمان و مریضی نمیتوانند خود را قانع سازند و لذا برای این افراد استثنائی چاره‌ای جز تعدد زوجات نیست و نیز گاهی پیش می‌آید که زنی غقیم یعنی نازاست و بعلت شدت علاقه زن و شوهر و یا عواملی دیگر مانع از اجرای طلاق میشود آیا انصاف است که مرد از نعمت داشتن اولاد محروم بماند و یا زن ممکن است بامراضی گرفتار شود که همبستر شدن با وی ممنوع گردد شوهر در این مورد تکلیفش چیست؟<sup>۱</sup>

باین موارد که همه تجویز کننده تعدد زوجات هستند باید غایب مقفود الاثر شدن زن را نیز اضافه کنیم چه تا از وی خبری نشود اگر مرد حق نداشته باشد تا حکم موت فرضی وی زن دیگری اختیار کند واقعا تکلیف شاقی برای او خواهد بود.

حاصل اینکه علت تجویز تعدد زوجات مبتنی بر یک واقع بینی عمیق است. برتراندراسل مینویسد «قواعد اخلاقی نبایستی آنچه‌ان باشند که سعادت غریزی را ناممکن سازند. مسأله در مورد پراتیک تک همسری اجباری در اجتماعی که تعداد افراد مذکر و مؤنث آن برابر نیستند شکی نیست که در این شرایط اجباراً از قوانین اخلاقی موجود تجاوز میشود.

ولی وقتی که اطاعت از قوانین موجب کاهش شدید سعادت اجتماعی میگردد و وقتی که تجاوز از قوانین صورتی بهتر از رعایت آنها پیدا میکند آنوقت زمان آن فرا رسیده است که قوانین موجود را عوض کنند.

اگر این کار عملی نشود بسیاری از کسانی که در جهت مخالف منافع اجتماع کام برنمیدارند خویشتن را دستخوش ریا و بدنای میبینند. کلیسایه سالوس وریسا، که خراج چاپلوسانه ایست که نثار قدرتش شده، کاری ندارد. مع الوصف این نه بدان مفهوم است که میتوان بر هر کاری بادیده اغماض نگریست»<sup>۲</sup>.

۱- مکتب اسلام شماره ۱۲ سال ششم

۲- جوامع مسیحی نیستیم؟ برتراندراسل ۸۷

اسحق تیلر در خطبه‌ای که در یکی از کلیساهای شهر های آلمان ایراد کرد چنین گفته است «راست است که ظاهراً مسیحیان بیش از یک زن نمیگیرند لکن همه میدانیم که پشت پرده زواج و در نهان بطرز شرم آوری با چندین زن ارتباط نامشروع دارند» .

در سرتاسر اروپا و آمریکا تعدد زوجات اگر قانوناً منع شده ، ولی عملاً وجود دارد ، انهایی که این منع قانونی و حرمت ایجاد ناراحتیهای شدید روحی و اجتماعی کرده و میکنند و منجر به عصیان و طغیان عصبی و فکرگناه که ژائیده آنست میشود که نه تنها جامعه را به فحشاء و بی بند و باری بی حد و حصر سوق میدهد بلکه شخصیت انسانی را بشدت پائین آورده و سرکوب و منکوب مینماید .

مسأله تعدد زوجات در اروپا علاوه بر عکس العملها بصورت روابط نامشروع و یا باصطلاح آزاد ، عکس العملهای دینی هم داشته است از آن جمله پیدایش فرقه‌ای بنام «مُرمنها» میباشد مؤسس آن جوزف اسمیت (۱۸۴۴ - ۱۸۰۵) است که از اصول عقاید آن مجاز شمردن تعدد زوجات است و هنوز پیروان این فرقه در ایالت یوتا در آمریکا وجود دارند<sup>۲</sup> .

حقوق اسلامی عملی را که نمیتوان عملاً تحریم کرد ، تحریم نمیکند و با آن به مبارزه بر نمیخیزند و در خلاف جهت رود و فطرت گام بر نمیدارد غرائز زور مند بشری را ناچیز و پست نیانگارد بلکه با صحنه گزاردن و مشروع جلوه دادن آن ، با واقع بینی آنرا راهنمایی کرده و تحت نظم قرار میدهد و از عصیانها و فسادها جلوگیری مینماید ؛ دفع فاسد با فاسد نمیکند . زیرا اسلام دین رهبانیت و انزوا و کناره گیری نیست در تفسیر این کثیر و بسیاری از منابع دیگر آمده است که پیغمبر ﷺ فرمود «حَبَّبَ اِلَى مَنِ دُنْيَاكُمْ الطَّيِّبَ وَالنِّسَاءَ وَجَعَلَتْ قُرَّةَ عَيْنِي فِي الصَّلَاةِ» یعنی از

۱- Mormons

۲- آزادی فرد و قدرت دولت ص ۳۹۷



دنیای شما بوی خوش زنان برای من خوشایند است و روشنی دیده‌ام در نماز گذاشته شده است .

ملاحظه میشود که در این کلام پیامبر احساسات جنسی چنان محترم داشته شده که با پاکیزه ترین بوئیدنیهای دنیا و با نماز که عالیتین نقطه صعود و ترقی روحی بشر است بزابر نهاده شده است .

همچنین پیامبر برای توضیح بیشتر در اهمیت این احساس فرموده است که «شخص در برابر مباشرت و عمل جنسی با همسر خود ، از طرف خدا مأجور و مئاب خواهد بود و چون مسلمانان از سر تعجب عرضه داشتند که ای رسول خدا آیا فردی از ما در برابر کام گرفتن مأجور خواهد بود ؟ فرمود : مگر نه چنین است که هر گاه کام خود را از راه حرام میجست گناهکار بود ؟ پس بهمین قیاس در صورتیکه کامرانی خود را از راه حلال قرار دهد اجر و ثواب خواهد برد» .

ویل دورانت در مورد تعدد زوجات مینویسد «در حقیقت تعدد زوجات در زمان جنگ نوعی فضیلت است زیرا با برکت و خیر فرزندان زیاد همراه است هنگامی که در قبیله نظامی اجتماعی نبود و قبایل همواره در کشمکش و نزاع بودند مرگ مردان از زنان بیشتر بود و تعدد زوجات نتیجه طبیعی تفوق حدودی جنس ضعیف بود .

برای زن ، داشتن قطعه‌ای از مرد بهتر از نداشتن همه آنست اکتفا بیک زن از نتایج استقرار صلح و آرامش در قبیله است»<sup>۱</sup>.

در جای دیگر مینویسد «در آن روزگاران قدیم جنگ و تلفات امری پیوسته و دائمی بود و از اینرو مرگ بر مردان ژودتر از زنان تاخت میاورد . چند زنی اقدام خام و خشنی بود که مردان از چنگ جنگ و مهالك جسته برای سرپرستی از زنان که عده‌شان بیشتر از مردان بود بعمل میآمد . چون زنان کودکان خود را تا چند سال شیر میدادند و تا آن گاه که کودک را از شیر بازنگرفته بودند از آمیزش جنسی پرهیز



میکردند مرد صلاح در آن دید که جفت متعدد داشته باشد تا نیازمندیهای دائمی او را برآورند. بعلاوه چند زنی بیشتر از یک زنی فرزندبیارمی آورد و در روزگاری که حوادث و بیماریها و جنگها مردم را همیشه بستمه میآوردند داشتن فرزند زیاد نعمت و برکت بود<sup>۱</sup>.

ملاحظه میشود که ویل دورانت مسأله یتیمان را به هنگام جنگها و سرپرستی آنان پیش بینی کرده است همانگونه که آیه مربوط به تعدد زوجات نیز هنگام طرح مسأله یتیمان نازل گردیده است.

باری درست است که امروز افکار و احساسات تحت تاثیر روح عصر قرار گرفته اند و در این میان تبلیغات سوء مسیحیان بر ضد اسلام مزید بر علت گشته و با تعدد زوجات به مخالفت برخاسته اند و شاید بتوان قبول کرد که حیثیت زن نیز مقتضی است که جز با ازدواج دائم و مردهم بایک زن زناشوئی و زندگی نماید ولی همانطور که بیان کردیم موجبات بسیاریست که باعث میگردد مردان، زنان متعدد داشته باشند.

### ۳- تاسیس حقوقی متعه یا ازدواج موقت

امروز مشاهده میشود که فحشاء و روابط نامشروع شیوع بسیار پیدا کرده است و این ازدیاد فحشاء بمراتب بیشتر به حیثیت زن لطمه وارد میآورد تا قانونی که به ارتباط موقت جنبه شرعی بدهد و از اختلاط نسب جلوگیری نموده آنرا تحت نظم و ارتباط درآورد.

برتراند راسل مینویسد «در عصر حاضر سن ازدواج بدون اختیار پتاخیر میافتد صد تا دویست سال قبل تحصیلات دانشجوی در هر رشته ای که بود تا ۱۸ سالگی تمام میشد و در این سن از ازدواج برخوردار میکردید ولی در عصر حاضر بزحمت میتواند درس بیست و هشت سالگی ادعای تخصص در رشته ای بنماید و بعد از ۲۹ سالگی تازه باید در

صدد تهیه شغل برای امرار معاش خود برآید و بزحمت در دهلیز سن ۳۰ سالگی شاید بتواند ازدواج کند ، و در نتیجه از سن بلوغ تا ۳۰ سالگی ۱۴ سال که سنین بهرانی جوانی و نمو غریزه جنسی ، رغبت سرشار بزین و صعوبت مقاومت در برابر تمایلات غریزی است فترتی حاصل میگردد که در این فترت جوانان به بهانه تحصیل علم و کسب دانش از بهترین لذایذ عمر محروم میگردند .

این زیان را دانش آموزی عصر جدید بآنها وارد آورده و میآورد در صورتیکه در سابق دانشجویان از این زیان در امان بودند برای جبران این ضرر و زیان و رفع این نقصان چه باید کرد ؟ یا باید جوانان را از تحصیل محروم بآنها بگوئیم در آغاز عمر ازدواج ننمائید ، این امر غیر ممکن است و خلاف حکم خرد و عقل است و یا باید بآنها اجازه دهیم قوای غریزی خود را در مراکز فحشاء مصرف نمایند ، این امر مستلزم بروز امراض مقاربتی و شیوع سوزاک و سفلیس و شانکر و عقیمی جوانان خواهد بود و یا باید در اوایل بلوغ بجوانان اجازه ازدواج دائم دهیم این هم با علم باینکه جوانان شغلی در دست ندارند و بی پولند غیر ممکن است فقط در اینجا يك فرض ممکن است و آن فرض اینست که قوانین مدنی برای این بخش حساس از عمر بکنوع ازدواج موقتی را برای دختران و پسران در نظر بگیرند که هم دارای مشکلات ناراحت کننده ازدواج دائم و بدوش کشیدن بار زندگی نباشد و هم دختران و پسران جوان در پرتو آن از مفاسد گوناگون روابط نامشروع جنسی محفوظ بمانند<sup>۱</sup> .

برتر اندر اسل جای دیگر پیشنهاد قاضی بن لیندزی<sup>۲</sup> . را که سالیان متمادی رئیس دادگاه اطفال دنور<sup>۳</sup> امریکا بوده و از نزدیک با حقایق زیادی آشنا گشته است تأیید مینماید لیندزی ازدواج رفاقتی را برای جوانان پیشنهاد کرده بود که تقریباً معادل با تاسیس (متعه) در قانون اسلام است ولی متأسفانه جامعه غربی هنوز بآن درجه از

۱- زناشوئی و اخلاق برتر اندر اسل



واقع بینی نرسیده است که مشکل فحشاء و روابط آزاد و وجود هزاران طفل متولد از ژنارا باراهی نخرد مندانه حل نماید<sup>۱</sup>.

#### ۴- آمارهای وحشتناک تأیید کننده

روزنامه کیهان شماره ۵۳۵۶ - ۴/۲/۴۰ مینویسد «از هر پنج دختر انگلیسی يك نفر آنها از مجرای حرام حامله است، سالیانه بیش از ۵۰ هزار سقط جنین در آن کشور میشود، طبق سوابق موجود در اداره اطلاعات و رادیو در سال ۱۹۶۰ تعداد ولدالزناهای امریکه از روابط غیر مشروع، رابطه آزاد جنسی بدنیا آمده‌اند چهارصد هزار نفر میباشد درحالیکه در ۱۹۳۸ تعداد کودکان نامشروع این کشور ۳۰/۰۰۰ نفر بوده‌اند یعنی در ظرف سی و يك سال ۳۷۰/۰۰۰ نفر زیاد شده‌است و در سال ۱۹۶۰ بشرح گذشته فقط در دانشگاهها و دبیرستانهای آمریکه سیصد و هشتاد هزار ولدالزنا بدنیا آمد.

خانم (ام - کا) درمجله بانوان امریکا مینویسد علت این ازدیاد ولدالزنا دو امر است:

۱- آزادی بیش از حد جوانان و دانشجویان دانشگاهها.

۲- عدم مسؤولیت جوانان و نبودن قانون سهل و ساده ای که بتواند رابطه جنسی آنان را مشروع تلقی نماید. مشارالیه پیشنهاد شرایط سهلی را برای قانون ازدواج جوانان مینماید که عبارت<sup>۲</sup> از «آخرای متعه است...»<sup>۲</sup>

ویلموانلون<sup>۳</sup> استاد دانشگاه امریکا و از نمایندگان اسبق پارلمان که مطالباتی

۱- زناشویی و اخلاق ص ۸۷

۲- متعه و آثار حقوقی و اجتماعی آن ص ۳۳۲ و بعد



در روان‌کاوی و امور جنسی و مسائل اجتماعی دارد طرح ازدواجی بصورت پیشنهاد بدین شرح به پارلمان امریکا داده است: «تجربه و قوانین علمی روانی ثابت کرد که مردان و زنان پس از مدتی که از عمر زناشوئی آنها طی میشود دیگر برای یکدیگر تازگی و لذت جنسی نشاط‌آوری ندارند از این نظر ممکن است به انحرافات جنسی متمایل شوند.

چنانکه احصائیه‌ها و آمارها نشان میدهد که تا ۳/۶۵ درصد مردان زن دار به زنان خود خیانت کرده و با زنان دیگر آمیزش و ارتباط برقرار کرده‌اند و همچنین زنان، برای خاتمه دادن به این انحرافات و از طرفی سبک کردن بارهای زناشوئی دولت باید زناشوئی موقتی را نیز که طرفین تحت شرایطی بمیل یکدیگر انتخاب و تا هر مدت که مایل بودند آنرا امضاء کنند بپذیرد.<sup>۱</sup>

ذکر این موارد و آمارها باعث تطویل کلام و خستگی است، از این نمونه‌ها بسیار است در اینجا نباید به مشکل نگهداری و تعلیم و تربیت کودکان بی‌گناهی که زائیده روابط آزادند و یکی از مصیبت‌های بزرگ اجتماعی جامعه غربی است اشاره کرد چه این اطفال برای دولت از نظر روحی افرادی پرعقده و اغلب جانی و قاتل و دزد بار می‌آیند زیرا از مهر و عواطف پدر و مادر و کانون خانواده بی‌نصیب بوده‌اند. علاوه بر اینکه نادیده گرفتن غرائز بشری و انکار طبیعت انسانی، مردم را عاصی و یاغی علیه تمام مقررات میکند و واکنش آن همان مکتب‌های فلسفی بی‌بندوباریست که ارتباط نامشروع را مباح گردانیده، «النهاییه» هم زن و هم مرد در خود احساس گناه و خفت میکنند و طفل مولود از این رابطه را یا با سقط از میان می‌برند و یا پس از تولد تحویل سازمانهای نگهداری فرزندان طبیعی<sup>۲</sup> میدهند.

برتراند راسل مینویسد: «غریزه دارای حقوقی است و اگر ما بیش از حد معین

۱- حقوق و حدود زن در اسلام ص ۱۸۱

نسبت بدان شدت بخرج دهیم با انحراف ژیرکانه‌ای تقاص میگیرد بهمین جهت وقتی که اشتیاق به یک زندگی سعادت‌مند داشته باشیم باید محدودیت ظرفیتهای انسانی را در مد نظر داشته باشیم<sup>۱</sup>

پس باید گفت که هیچ مصلح و هیچ پیامبر و فیلسوفی آنچنان که پیامبر اسلام طبیعت بشری را شناخته است پی به سرشت انسان نبرده است شارع اسلام با شناخت همه‌جانبه انسان قوانین خود را وضع کرده است.

### ۵- سوء استفاده از قانون تعدد زوجات

درخاتمه باید اشاره کنیم که هر حقی ممکن است در معرض تجاوز و سوءاستفاده قرارگیرد و تعدد زوجات نیز یکی از همین امور است، در ایران قبل از اسلام هم به تصریح «مادیکان هزارستان» که کتاب حقوقی مهم عصر ساسانی بوده است و محتوی هزار ماده قانون بوده و همچنین به‌تایید تاریخ<sup>۱</sup> تعدد زوجات بی‌حد و حصر هم تجویز شده و هم عملاً وجود داشته است.

استراین<sup>۲</sup> مینویسد «مادیها قانونی دارند که بموجب آن پادشاهان باید چند زن داشته باشند و سلاطین مجاز نیستند که کمتر از ۵ زن بگیرند و طرز فکر طوری است که زن پادشاه نیز آنرا جزو افتخارات لازمه خود میداند که شوهر آنان هرچه ممکن است بیشتر زن داشته باشند».

مطابق تائید تاریخ آداب و رسوم اولیه ایران دست‌کم برخی از تاثیرات خود را حتی تا زمان مادری ایران باقی نگه داشته است، در اجتماع ایران اغلب مشاهده میشود که افرادی روی سابقه زنی قبلی بدون رعایت شرایط و قیود و حتی بدون رعایت بضاعت مالی بخاطر ارضای هوسها و شهوات خویش به تعدد زوجات مبادرت

۱- چرا مسیحی نیستم؟ برتراند راسل ص ۷۴

۲- دکتر نصر عبارت را از استراین نقل کرده است. استراین حدود ۴۵۸ قبل

از میلاد بدنیا آمد و در ۴۰۵ فوت گردید کتاب جغرافیای وی بسیار معروف است.



میورزیده اند .

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 و پلید است که هر عمل حرام دیگر ، و این مطلب نه تنها در مورد عقد ازدواج است بلکه در مورد سایر عقود و ایقاعات و معاملات نیز جاری است .

مبحث خیارات در حقوق اسلامی بدین علت وضع شده که افراد در استفاده از حقوق خود راه مبالغه نیمایند و هملشان مخالف روح شریعت اسلامی که همه جا عدل و انصاف را مطمح نظر قرار داده است نباشد و بوسیله جعل خیارات به حمایت افراد از بی عدالتی در نابرابری عوض با معوض ( مبیع و ثمن ) و ترمیم و جبران آن بر میخیزد و اساسا تفسیر و عمل به قانون نباید مستلزم نقض غرض ( که در اینجا استقرار عدالت اجتماعی است ) باشد ، چه تناقض گوئی از شارع مقدس اسلام بسیار بعید بنظر میرسد که از طرفی هدف و غایت از قوانین را استقرار عدل بداند ، و از سوی دیگر با وضع قانون متناقض با این هدف آنرا برهم زند ، در حقوق نیز هرگاه تفسیری از قانون بشود که متضمن نقض غرض باشد آنرا کن لم یکن و باطل دانسته اند .<sup>۱</sup>

۱- برای مطالعه بیشتر درباره حقوق زن علاوه بر کتبی که در پاروقی این فصل

آمده به کتب زیر مراجعه کنید :

- (۱) ارزش زن ، خانم دکتر قدسیه حجازی
- (۲) بررسی جرائم زن در ایران ، خانم دکتر قدسیه حجازی
- (۳) زن در حقوق ساسانی ، دکتر ناصرالدین صاحب الزمانی
- (۴) شبکه تحریم جنسی دکتر ناصرالدین صاحب الزمانی
- (۵) روح زن ، خانم ویرجینیا لومبروزو ، ترجمه پری حسام شهرتیس





## فصل نهم

نقش اجتهاد در رشد و توسعه حقوق اسلامی





## ۱ - اجتهاد چیست؟

کتاب و سنت را جزو منابع وریشه های اصلی و ثابت و لایتغیر می‌شمارند که باصطلاح امروز جنبه استاتیک<sup>۱</sup> دارند یعنی اموری هستند که لازمه وجود نظام حقوقی اسلام بوده و انتظام هیئت این نظام بستگی بوجود و اعتبار آن دارد ولی ما در فصل ششم این کتاب در بحث از منابع و قدرتهای سازنده حقوق اسلامی بیان کردیم که بویژه در آیات و روایات متشابه اختلاف درجه فهم معنی از نظر گاههای متفاوت در ازمه و امکانه مختلف و بالاخص در نقل گفتار فقیه فقید میرزا صادق تبریزی در مبحث حقیقت شرعی، حتی در همین دو منبع بظاهر ساکن و لایتغیر خاصیتی انعطاف پذیر و متکامل دیده میشود.

از دو منبع کتاب و سنت که بگذریم این دلبران و ماشین حقوقی بوسیله اسبهای نیرومند و موتورهای قوی (عقل، اجماع، قیاس، استحسان و استصلاح، عرف) مجهز بوده و در قرون و اعصار متمادی اصول اساسی این نظام را بدنبال می‌کشیده و در مسیر راههای پر پیچ و خم تحولات و دگرگونیهای اجتماعی آنرا از هرگونه دست انداز و بن بست حفظ و حراست مینموده است. این موتورهای نیرومند منابع و ریشه های متحرك و متحولند و جنبه دینامیک<sup>۲</sup> دارند.

اجتماع این منابع این نظام را آنچنان ساخته است که تا ابد چرخهایش بتوانند کار کنند و هرگز فرسوده و کهنه نشوند و با مدنیت متکامل و نیازهای متطور و رُخدادهای متنوع همواره هماهنگ و قابل انطباق گردند و معنی دعوی جاودانگی این نظام بنظر ما از همین جا ناشی است ، ( شرعٌ محمدٌ مستمرٌ الی یوم القیامه ) و یا ( حلالٌ محمدٌ حلالٌ الی یوم القیامه و حرامهٌ حرامٌ الی یوم القیامه ) زیرا منابع عقل و اجماع و قیاس و عرف اموری هستند که لازمه تحولات نظام حقوقی بوده و ترقی و پیشرفت هیئت این نظام بسته بوجود و معتبر شناختن آنهاست حاصل و نتیجه این منابع ، اجتهاد یا مکائیسم 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 و طاقت 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 و بدان 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 و سنت و علم تفسیر قرآن و درایه و رجال و منطق و کلام و مقداری ریاضیات و هیئت در مورد مسائل ارث و تعیین جهت قبله باندازه کافی وارد باشد .

منابع زنده و سرچشمه های لایزال حقوق اسلامی موجب ایجاد راه حل های متناسب با اوضاع زمان بوده بنحویکه باز بودن طریق اجتهاد همه تحولات و



رخدادها را در این نظام قابل هضم و انعطاف کرده مانند کارخانه‌ای که از یک سوم 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 در مورد اجتهاد بیان کردیم با کنفرانس<sup>۱</sup> بمعنی اصولی که بر حسب آن از روی راحت طلبی و فرصت جوئی، شخص خود را با اوضاع محیط تطبیق میدهد فرق دارد، زیرا کنفرانس خفه کننده و محو کننده ارزشهای مدنیت انسانی است، واقع بینی آنستکه به مکاتب و ایدئولوژیها با توجه به اولویت عمل، توجه گردد، و واقعیاتی را که از پدید آمدن رخدادهای جدید نتیجه شده اند در چهارچوبهای بقدر کافی متحرک 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 و چه 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 ایجادگشته و از آن سرچشمه گرفته، رشد و نضج نموده و تکامل یافته است و لذا حکمی به «غیر ما انزل الله»<sup>۲</sup> با این توجیه نخواهد بود، چه خود این تغییر؛ حکم خدا است<sup>۳</sup>

۱- conformisme یا Social conformity که عبارتست

از انطباق و یا «همنوایی اجتماعی»، که این خصلت را سازمانهای اجتماعی اکثراً باقتضای وظایف خود، طبق موازینی تحمیلی برای اعضای جامعه فراهم می آورند.

۲- آیه ۴۹ سوره مائده: «ومن لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون»

۳- مفاد حدیث حضرت صادق (ع): «علینا ان تلقی الیکم الا صول وعلیکم ان



## ۲ - اقسام اجتهاد

الف - اجتهاد مطلق و آن در شخصی فراهم میگردد که در همه ابواب فقه ( عبادات ، معاملات ، احکام ، سیاسات ) بدون استثناء بتواند احکام و حوادث واقع را بوسیله امارات و اصول معتبر استنباط و استخراج نماید .

ب - اجتهاد متجزی در مجتهدی است که قدرت استنباطش به برخی از ابواب فقه به کمال رسیده باشد در مورد اجتهاد مطلق که هم نسبت به شخص مجتهد و هم نسبت به مردم حجت است هیچگونه اختلافی نیست اما در مورد اجتهاد بوجه تجزی اختلاف است ، نظر کسانی که اجتهاد به تجزی را حجت ندانسته اند شاید در زمان خودشان صحیح بوده است ولی این نظر در دنیای امروز عملی بنظر نمیرسد میدانیم که از دو قرن پیش پیدایش نظریه جدید ، تقلید اعلم ( مجتهد مطلق ) که از همه دانشمندان تر باشد ( که بهنگام خود از جهت تمرکز دادن سازمان رهبری فقه امامیه بسیار مرفعی و پیشرفته بود ، بوجود آمد ، ولی مانند هر پدیده این نظریه نیز سیر خود را کرده و امروز نمی تواند بدون هیچگونه تغییر وضع و شرایط کماکان باقی بماند .

اکنون این نظریه باید جای خود را به شورای فقهت بدهد ، شورای حقوقدانان متخصص در شعب مختلف تا تبادل نظر در فقه اختلاف انظار را از میان ببرد و حقوق اسلامی را تخصص ، توسعه و ترقی دهد ، در این زمان در برابر روش دنیای متمدن در تحقیقات و تتبعات ناگزیر از پیروی و یا تجدید نظر هستیم ، وعدم تبعیت و تجدید نظر نشانه آن است که این رشته را بعنوان « تاریخ حقوق » مورد مطالعه قرار میدهیم نه یک دانش زنده و حقوق مورد عمل در مسائل جاری ، و اگر تجدید نظری در این میان بعمل نیاید و فقها همانطور سرگرم افکار گذشتگان بوده و بکنفر بخواهد در همه ابواب فقه با اینهمه توسعه و پیشرفتی که در علوم حقوقی بوجود آمده ، متخصص

و اعلم باشد دیر یا زود این سازمان حقوق اسلامی ناگزیر است، رسالت خود را بکادر دانشگاهی کشور واگذار کند و خود از صحنه رخت بر بندد. آقای سید محمود طالقانی این ضرورت را بخوبی احساس کرده و چنین می نویسد:

«با توسعه و تکامل پیوسته‌ی مباحث و ابواب فقه و اصول، فروع و مباحث فقه هر يك تخصصی خواهد شد، آنوقت مجتهدین برای انجام مسئولیت شرعی خود در مسائل جادئه و مورد اختلاف، احتیاج بمشورت را (مانند متخصصین در رشته های توسعه یافته‌ی همه شئون) بیشتر درك خواهند کرد، در این دوره که اکنون شروع شده آراء فردی در اینگونه مسائل خود ناشی از غرور و استبداد در رأی می باشد که در شریعت مقدس اسلام مطرود است»<sup>۱</sup> پس با این مقدمات باید گفت که اجتهاد به تجزی ضرورت زمان ماست و مجتهد علی‌الاطلاق شدن در جمیع رشته های حقوقی امری است که از واقع دور است.

### ۳- تخطئه و تصویب

در حقوق اسلامی دو مکتب پیدا شده که هر کدام نیز طرفدارانی دارد، مکتب اول «تخطئه» نام دارد و آن اینست که حکم شرعی واقعی در هر مسأله از فروع فقهی یکی بیش نیست؛ نهایتاً مجتهدین در کوشش خود برای استنباط آن ممکن است به خطا روند و یا واقع را احراز نمایند در صورت اول بنا بمفاد حدیث يك اجر و در صورت دوم یعنی احراز واقع و طریق درست دو اجر خواهند داشت (لِلْمُصِيبِ أَجْرَانِ وَ لِلْمُخْطِئِ أَجْرٌ وَاحِدٌ) طرفداران این مکتب که از حقوقدانان شیعی هستند بنام مخطئه نامیده میشوند مکتب دوم که بیشتر از حقوقدانان اهل سنت و جماعت میباشند معتقدند که هر چه را حقوقدانی پس از کوشش خود استنباط نماید حکم واقعی و الهی

۱- بحثی درباره مرجعیت و روحانیت ص ۲۰۲ همچنین در فصل چهارم این

کتاب در بحث «شورای فقاها» مطالبی را یادآور شده‌ایم.



آن همان خواهد بود که اودر اثر اجتهاد خود بدست آورده است و تصور خطا و اشتباه در مجتهد صحیح نیست .

پیروان این مکتب رامصوبه نامند ؛ بهرحال ، غرض از نقل این دو مکتب نشان دادن سعه صدر و بلند اندیشی شارع نظام حقوق اسلامی است ، زیرا پشتگرمی و جرأت دادن به اظهار نظرهای مختلف به مجتهد از این بهتر نمی شود که در صورت وجود خطا باز هم مأجور باشند .

#### ۴- تقسیم حکم بواقعی و ظاهری

##### و حکم واقعی به عناوین اولی و ثانوی و ... ۱

در فصل ششم بحث 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 ظاهری می پردازیم .

حکم واقعی اولی آنست که موضوع آن صرفاً افعال مکلفان باشد مانند وجوب اداء دین و زکوة و غیره حکم واقعی ثانوی آنست که موضوع آن افعال مکلفان باشد النهایه بعد از عجز از عمل به تکلیف اولی . حکم ظاهری حکمی است که از امارات و قرائن استنباط و استخراج گردد (مانند قاعده تجاوز و فراغ) اکنون پس از ذکر این مقدمه کوتاه گوئیم که یکی از موازد و مصادیق جنبه کششدار و پرتاب بودن حقوق اسلامی همین بحث عناوین نخستین و دومین و سومین و ... است .

بنحوی که بموجب آن مستحذات اجتماعی و تکالیف افراد به عناوین گوناگون احکام جداگانه پیدامی کند ، حکم واقعی همانطور که گفته شد مانند وجوب اداء دین

۱- بحث عناوین اولیه و ثانویه فقیهان ، مارایید نظامهای نهادی نخستین و نظامهای نهادی دومین در جامعه شناسی می اندازد . 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 و فراغ که پس از اتمام عملی، هرگاه شك و دودلی نسبت بصحت و سقم انجام آن پیش آید بموجب روایات وارده، باین شك نباید اعتنائی کرد و عمل انجام یافته را باید حمل بر صحت کرد، گویانکه در واقع ممکن است عمل درست انجام نشده باشد، و بطور کلی تمام احکامیکه در اصول عملیه مسبوق به شك است و برای رفع سرگردانی مکلف وضع شده، با واقع ممکن است تطبیق کند یا نکند، و برای از میان بردن وسواس و تردید همه احکام ظاهری وضع شده است.

اما حکم واقعی اولی مانند حرمت تشریح اجساد مردگان، که در نظام حقوق اسلامی عملی حرام شمرده شده است و حکم اولی و واقعی آن حرمت است اما دانش پزشکی بدون تشریح نمی تواند به پیشرفت های خود نائل گردد و یاد برخی از موارد که فوت شخصی مشکوک بنظر میرسد از نظر کشف حقیقت، تشریح بدن لازم و واجب است و حتی پس از دفن میت نیز نبش قبر ضرورت پیدا خواهد کرد در اینجا حکم واقعی نازی و وجوب تشریح خواهد بود و بدین ترتیب ملاحظه میشود که قطعیت (دگماتیسم) در حقوق اسلام راه ندارد و هیچ عملی بطور مطلق نهی نشده است مثال دیگر حکم واقعی اولی در اسلام آنست که: «تَناسَلُوا نَسْلَهُمْ وَ تَنَاسَلُوا نَسْلَهُمْ» یعنی «از دواج کنید و تولید نسل نمائید» اما اگر غیر محدود ساختن موالید موجب زیان شدیدی در جامعه باشد محدود ساختن آن مباح، بلکه واجب خواهد شد، زیرا توسعه بدبختی و جنگ و همچنین غیر ممکن ساختن حل بسیاری از مسائل اقتصادی و اجتماعی بستگی به محدود ساختن زاد و ولد در بعضی از ممالک دارد و یا حکم واقعی اولی طلاق در اسلام کراهت شدید بلکه نزدیک به حرمت است اما همین حکم بهنگام ضرورت بقوت خود باقی نیست و سنت جاریه پیشوایان دین شاهد این مطلب بوده است، پس در حقوق اسلام، هیچ چیز ثابت و لایتغیر نیست، در فصول گذشته باین مطلب طی استناد با حدیث و آیات قرآن اشاره شده است و در اینجا برای

تأیید مدعای خود حدیث دیگری را از حضرت رسول اکرم نقل می‌کنیم که :  
 «شما در عهدی زندگی می‌کنید که اگر تنها یک عشر از احکام را متروک بدارید  
 به هلاکت خواهید رسید ، ولی عهدی خواهد آمد که اگر بیک عشر آن احکام  
 عمل نمایند رستگار خواهند شد » .

واحادیث مؤید این موضوع بسیار است ، این احادیث نشان‌دهنده این مطلب  
 است که عناوین ثانویه‌ای در اعصار و ازمنه بعد از رسول اکرم خواهد آمد که احکام  
 واقعی ثانویه تحت آن عناوین مصداق پیدا خواهد کرد و یا حتی در زمان واحد هم  
 یک موضوع چند عنوان میتواند پیدا کند همانطور که در مثالهای گذشته یاد گردید و این  
 عناوین اکثراً عناوین عسرو حرج و ضرر و اضطرار و ضرورت است که در فصول گذشته  
 بآنها اشاره شده است و در اینجا یاد آور می‌شویم که فی‌المثل محدود ساختن زاد و ولد  
 حکم واقعی ثانویست تحت اصل لاضرر است زیرا فرض اینست که اجتماع از آزاد ساختن  
 زاد و ولد ضرری بیند و جلوگیری از این ضرر جز از طریق محدود ساختن آن میسر  
 نیست ، و یا در دادوستد حکم اولی آن لزوم است ولی اگر یکی از طرفین مغبون گردد  
 این لزوم تحت قاعده لاضرر حکم ثانویست جواز خواهد بود و طرف مغبون می‌تواند  
 عقد (بیع) را بهم بزند .

### هـ- مصلحت شخصی و نوعی

این عنوان نیز یکی دیگر از مصادیق و موارد انعطاف پذیری حقوق اسلامی  
 است مثلاً وقتی شخصی کالای خود را از بیم غرق شدن کشتی در دریا می‌اندازد ، البته  
 معلومست که حکم اولی و واقعی آن حرمت است زیرا اتلاف مال بدون بیم خطر کاری  
 است حرام ، اما چون اینجا مصلحت جانی و نوعی ایجاب کرده است حکم حرمت  
 مبدل به وجوب میگردد ، و یا اگر شخصی باغی داشته باشد که از اشجار گوناگون غرس



شده ، درحالت عادی هیچکس حق ندارد وی را مجبور بفروش آن اشجار نماید ، ولی هرگاه سیلی آمد و مردم باخطر آن مواجه گشتند و برای جلوگیری از سیل و ایجاد سده چوب و اشجار نیازمند بودند ، بدیهی است که مصلحت نوعی مقتضی است که علی‌رغم میل صاحب باغ ، چوبهای آن راکنده و آن اشجار را برای رفع سیل مورد استفاده قراردهند .

این حکم ثانوی نیز ناشی ازقاعده لاضرر است ، بدیهی است پس از رفع خطر آنان که ذی نفع بوده اند ، باید قیمت عادلانه اشجار را بصاحب ملك پردازند و این مطلب از باب مثال بود والا این حکم در وقوع زلزله ؛ قحطی و امراض مسری و غیره به اعتبار خود باقی است .

پس عملی راهمواره نمی توان مجاز دانست وهمواره هم نمی توان ممنوع شمرد و تشخیص این مطلب نیاز به بصیرت واطلاع کافی از اوضاع زمان وروح عصر خواهد داشت که قبلا بدان تذکر داده شده است و همین دقت و باریک بینی است که اجتهاد را در حقوق اسلامی دارای مرتبه ای بسیار بلند ساخته است ، زیرا که آن فرع برینش اجتماعی بسیار ودور اندیشی وحزم و فراوان است تا حکم هر موردی که پیش می آید چنان داده شود که نه اصل فدای فرع گردد و نه اجتماع بخاطر نفع افراد و یا خود سری آنان زیان ولطمه ببیند ، ونتیجه نقض غرض شود .

مثلا هیچ چیز در اسلام باندازه وفای به عهد و پیمان تاکید نشده است که ( اَوْفُوا بِالْعَهْدِ ) ولی اگر در اثر پیمانی اجتماع اسلامی از هم پاشیده شود و آسیب ببیند ، آن پیمان کلن لم یکن و باطل است و اینکه حقوقدانان اسلام درباره شرط باطل و مبطل عقد بحث فراوان کرده اند ، باین جهت است که از آزادی عقود ( قراردادهای ) نقض غرض نشود و بدلیل آزادی ، حقوق اجتماع و حقوق فرد از بین نرود ، در دادوستدهای بینیم موارد بسیاری از خیارات پیش بینی شده است تا در اثر دادوستدی که مبتنی بر اشتباه یا اکراه یا خدعه و غیره بوده ، شخص در برابر امری قرار نگیرد که هیچگاه



تواند آنرا برهم زند و یا جبران نماید ، تا آنجا که در عقد زناشوئی که مقه‌سترین و مورد اهمیت ترین عقود است اگر یکی از طرفین مایل بادامه آن نباشد ، طلاق را تجویز کرده است زیرا ادامهٔ چنین عقدی نقض غرض و مخالف منافع فرد و اجتماع است .

در مورد مصلحت این نکته را باید توجه نمود که گاهی مصلحت مشخصی که موجب وضع قانونی بوده ، ممکن است بعدها تغییر کند . آیا قانون را باید با مصلحت قدیم یا جدید ؟ کدامیک تفسیر نمود ، مثلاً در مورد نکاح با دختر باکره حدیثی از پیغمبر است که « اِنْ نَهَا صَمَاتَهَا » یعنی سکوت آن دختر مبین رضایت وی می باشد ، مبنای وضع این قانون عرف زمان شارع بوده که دختران باسکوت ، رضایت خود را بیان میکرده اند ، ولی امروز بخصوص در شهرهای بزرگ این عرف تغییر کرده است : آیا باز هم باید سکوت را علامت رضا دانست ؟

عده‌ای از حقوق‌دانان اسلامی و از جمله قاضی ابویوسف عقیده دارند که هرگاه عرف تغییر کند قانون هم که بر مبنای آن کار گذاشته شده است تغییر خواهد کرد چه قانون تابع مصالح اجتماعی است نه مصالح اجتماعی تابع قانون ؛ و اصل «الضرورات تبیح المحظورات» که حدیث و اصل عقلی و عرفی است باین معنی است که ضرورت‌های اجتماعی باعث عقب زدن الزامات قانونی می‌گردند در تاریخ اسلام شواهد بسیاری در تایید این اصل وجود دارد از جمله نماز که واجب در همهٔ قرآن در اهمیت پیمای آن نمیرسد ، بهنگام ضرورت ، بتاخیر می‌افتد ، آنهم نماز عصر را بعد از نماز عشاء گزارده و پیغمبر نیز این اصحاب را نکوهش نکرد ( سنت تقریری ) در محاصرهٔ بنی قریظه پس از وقعهٔ خندق ، مؤذن ندا در میدهد که : « هر که شنوا و فرمانبردار است ، نماز عصر را جز در بنی قریظه نگذارد » و چون گروهی گرفتار امور شخصی بودند و نتوانستند عصر را به بنی قریظه برسانند ناچار نماز عصر را پس از نماز عشاء

گزاردند.<sup>۱</sup>

موضوع دیگر اجتهاد ابوزر غفاری بود در مورد نماز، وی می‌گفت در مسجد شهری که مانند معاویه‌یی بر آن حکومت کند نماز مقبول درگاه خدا نیست پس برای رفع مانع عبادت می‌کوشید و با اصطلاح اصولیین برای اشتغال یقینی بر اثبات یقینی می‌جست، امام میفرماید:

«یا ابا زر انک غضبت لله فارح من غضبت له» علی این عمل را غضب برای خدا و در راه خدا میداند که برای حق فقرا در برابر خلیفه بخروشند و آنرا بر هر عبادتی مقدم دارند.<sup>۲</sup>

#### ۶- قاعده لاضرر و قاعده تسلیط

در حقوق اسلامی اصول و قواعدی وجود دارد که قابلیت انعطاف فراوان دارند از قبیل: اصل عدم عسرو حرج (لا عسرَ ولا حرجَ فی الدین) اصل ضرورت که پیش از این مورد بحث قرار گرفت اکنون اصل لاضرر و تسلیط را بطور اختصار مورد مطالعه قرار میدهم.

شان نزول قاعده لاضرر چنین است که سَمْرَةَ بِنِ جَنْدَبِ درخت خرمائی در خانه یکی از انصار داشت، گاه و بیگاه بی‌اجازه صاحب منزل وارد خانه میشد و بسوی درخت خود میرفت، مرد انصاری از سمره درخواست کرد که هنگام ورود اجازه بگیرد. سمره اعتنائی نکرد لذا انصاری شکایت نزد رسول اکرم برد، آنحضرت سمره را احضار کرد و جریان شکایت را بوی فرمود، سمره گفت آیا در راه ورودی که حق من است اجازه بگیرم؟

۱- اسلامشناسی دکتر علی شریعتی ص ۲۱۸

۲- سرود جهشها محمد رضا حکیمی ص ۱۰۶



حضرت فرمود: درخت خود را بیش از آنچه ارزش دارد بفروش. سمره بهیچ قیمتی حاضر بفروش نشد. حضرت رسول فرمود:

إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَلَا ضَرَّ رَ وَلَا ضِرَّارَ فِي الْإِسْلَامِ يَعْنِي تُو مَرْدِي زِيَانِ  
رسانی و ضرر و ضراری در اسلام نیست و بانصاری فرمود:  
درختش را قطع کن و بسوی وی بینداز.

این حدیث بعد تواتر رسیده و بعضی تا ۱۸ روایت در بازار آن آورده اند و همچنین حدیث نبوی دیگر:

«كُلُّ شَيْءٍ يَضُرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ» یعنی هر چیزی که در طریق و معبر مردم ژبانی را سبب شود صاحب آن ضامن است.

فقها مبنای خیار غبن را از قاعده «لاضرر» استخراج می کنند، زیرا شخصی که در دادوستد مغبون شده است، باستناد این قاعده حق رجوع به طرف مقابل دارد، قاعده لاضرر در ماده ۱۳۲ قانون مدنی ایران نیز منعکس است باین عبارت:

«کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که بقدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.»

از مجموع عقاید گوناگونی که در مورد این قاعده ذکر شده چنین استنباط میشود که در اسلام هرگونه خسارت مادی و معنوی باید جبران شود، این قاعده با مقررات حقوق اروپائی موافقت کامل دارد، بدینگونه که در عصر حاضر در مجامع حقوقی اروپا این قاعده را بعنوان یک پیشرفت و تحول در حقوق تلقی می کنند، زیرا اکثر فیلسوفان اروپا حتی آنان که پیرو مکتب اصالت فرد هستند، معتقدند که اگر فردی بواسطه اعمالی که می کند به منافع دیگران لطمه بزند در برابر اجتماع مسؤول است و از لحاظ نفع اجتماع، مشروع است که وی را مجازات کنیم و یا جبران خسارت مادی و معنوی را از وی بخواهیم و تعیین نوع مجازات هم بر عهده اجتماع است که برای حفظ منافع خود از آن استفاده کند، البته این حق برای اجتماع نیز محدود و محدودی است زیرا مثلاً کسی که در شغلی که شاغل فراوان دارد سرآمد



دیگران گردد و در رقابت بر اقران پیشی گیرد ، موجب زیان افراد دیگر شده است . معتقدین به لیبرالیسم اقتصادی این زیان را بسود بشرمی دانستند و زیان دینه ها را مستحق هیچگونه مطالبه خسارتی نمی دانستند مگر آنکه سود او بوسائل نامشروع از قبیل فریب و تقلب و زور باشد و این نوع زیان هم در نتیجه تقصیر فرد نیست . لذا فرد مقصر نیست بلکه این زیان معلول تشکیلات اجتماعی است که نتوانسته بود راه حلی صحیح برای اینگونه زیانها پیش بینی کند لذا می بینیم که مکاتب اقتصادی دیگری در اروپا ظهور کردند .

پس اجتماع نباید اجازه دهد که گروهی با نادیده انگاشتن سود اجتماع ، زندگی خود را اداره نمایند .

مثلا اگر افراد برای فرار از مالیات باصل مالکیت متوسل گردند ! در مقابل اصل مالکیت ، اصل لاضرر را قرارداد و باین استدلال که امروز باید اصل مالکیت هر چه بیشتر برای نفع جامعه محدود گردد از توسعه بی حد و حصر آن ممانعت بعمل آید .

همچنین در مورد اصل تسلیط واصل آزادی مبادلات ، چون آزادی مبادلات بضرر کشورهای توسعه نیافته و بسود آنها نیست که از همه بیشتر توسعه یافته و صنعتی شده اند . لذا بموجب قاعده لاضرر که وارد و حاکم بر قواعد دیگر است این آزادی مبادلات باید بموجب يك نقشه صحیح و یاکار مطابق نقشه محدود شود ، باید از واردات اشیاء لوکس و غیر ضروری و مصرفی بکلی ممانعت بعمل آید و صادرات تشویق گردد و در عوض صنایع تولیدی ، تشویق و پشتیبانی شود ، واردات باید منحصر بماشین آلات و تجهیزات صنعتی گردد .

مثالی دیگر : اگر شخصی وجهی به تاجری بپردازد که در ظرف چهار ماه هر موقع دسترسی به مبیع داشت تعویل دهد ، پس از دو ماه کالا وارد گردد و تاجر با اعتراف باین دادوستد فقط بمنظور تقلیل ارزش متاع و در نتیجه اضرار شخص خریدار

از تحویل جنس بفروشنده امتناع کند ، تاجر مطابق قاعده لاضرر مسؤول است .  
 مثالی دیگر : شخصی بدون اینکه نفعی از اقامه و طرح دعوائی در دادگستری داشته باشد ، بمنظور زیان به مدعی علیه دعوائی اقامه کند ، در اینصورت نمی تواند از حقوق خود در دادگستری استفاده نماید ولی اگر این ضرر بشخص طرف با نفع جامعه تصادم پیدا کند نفع اجتماعی مقدم است مثلاً رقیب انتخاباتی می تواند معایب طرف خود را برای مردم افشا کند .

در روایت معتبری نقل شده که هرگاه شاهدی گواهی دهد که شوهری فوت نموده است و حاکم بر اثر شهادت شاهد عقد ازدواج زن را با مرد اجنبی جاری سازد ولی بعداً شوهر اول از مسافرت مراجعت نماید و در نزد حاکم حضور یابد و از این راه کشف شود که گواهی شاهد مزبور خلاف واقع و دروغ بوده است ، در این صورت شاهد به قاعده تسبیب ضامن خواهد بود که غرامت و زیان شوهر اول را ترمیم نماید به این ترتیب که مهریه زن را به پردازد و بدینوسیله جبران ضرر مادی و معنوی او را تا حدی بنماید .

مطابق اینگونه روایات که از باب مثال ذکر شد و بسیار فراوان است ، هر کس حق دارد از ثروت خود مادام که بکسی زیان وارد نیاورده است بهره مند گردد ولی آیا حق خواهد داشت که این ثروت را تبدیل به ارزش خارجی کند و در بانکهای خارج حبس نماید ؟

باتوجه باینکه این کار نه تنها به اجتماع فعلی این کشور زیان میرساند بلکه ضررش متوجه نسلهای آینده نیز هست ، مطابق قاعده لاضرر این کار حرام است و یا مثلاً در مورد وقف ، نظر واقف و مقصود و هدف وقف باید دارای ارزش اجتماعی و مفید باشد ، حال دروقف اگر چنین سود و ارزش وجود نداشته باشد ، آیا باید به اراده واقف ترتیب اثر داد و عین موقوفه را راکد و بی حرکت گذاشت یا اینکه باید منظور واقف را با اوضاع و احوال جدید و مقتضیات عصر هماهنگ و منطبق نمود ،



اینجا ابتکار عمل با حقوقدان و قاضی است که مطابق روح حقوق اسلامی از یک ضرر اجتماعی جلوگیری کند و عین 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 :

« النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَيَّ وَاللَّهِمَّ » یعنی همهٔ مردم به مال خودشان تسلط دارند ؛ این حدیث را بسیاری از حقوقدانان اسلامی به اصالت فردی تعبیر کرده‌اند و حتی ماده ۳۰ قانون مدنی ایران آنرا بگونه فردیت ترجمه کرده است و در نتیجه حق مالکیت را حقی مطلق پنداشته ، در حالیکه چنین نیست و حقوق در فقه اسلامی همه نسبی و اضافی و محدود هستند ؛ در مقام توجیه قاعدهٔ تسلیط باین معنی بلا فاصله ، حکومت اصل لاضرر را عنوان کرده و رفع تعارض را باین وسیله خواسته‌اند بنمایند ، اما اگر قدری دقیق شویم خواهیم دید که میان این دو حدیث ابدا تعارضی و منافاتی بچشم نمی‌خورد ، زیرا تسلیط به صیغهٔ جمع آمده است ( مسلطون ) و صاحبان تسلط نیز به لفظ جمع آمده ( الناس ) بخصوص که خود کلمهٔ ناس جمع است و در اینجا الف و لام هم که اگر برای استغراق و فراگیری همگان باشد کاملا مدعای ما را با ثبات میرساند که این قاعده اصالت جمعی است نه فردی یعنی همهٔ افراد مردم در هیئت اجتماع نسبت بمال خودشان با هم تسلط دارند و هرگاه تسلط فرد از تسلط جمع بکاهد و یا در مورد بهره‌مندی از حقوق شخصی بزبان دیگران منتهی شود برخلاف قاعده تسلیط خواهد بود پس این قاعده به اجتماع اصالت میدهد و در حقیقت عنوان لاضرر که اینهمه از آن فقها برای رفع تعارض با قاعده لاضرر استفاده می‌کنند در متن اصل تسلیط گنجانده شده است نه اینکه در خارج آن باشد تا آنرا حاکم و وارد بر این اصل بدانیم و در حقیقت این دو اصل یا دو قاعده مؤید یکدیگرند و از یک اصل ناشی شده‌اند و آن اصل عدالت و اصالت اجتماعی است پس هرگاه فرد در حین استفاده از مال خود بدیگری



ضرر برساند درحقیقت از تسلط او کاسته و این حرام است .  
 خلاصه اینکه همه وقت نفع اجتماع بر نفع فرد مقدم است و حتی نفع فرد در  
 اسلام در برابر نفع اجتماع به پیشیزی شمرده نمیشود .

\* \* \*

در اینجا بحث از اصول کَششدار را پایان میدهیم و اضافه می‌کنیم این اصول  
 وقواعد بواسطه جنبه انعطاف پذیری ' حقوق اسلامی را با تحولات اجتماعی منطبق و  
 سازگار می‌نماید ، و منشأ موارد بسیاری از رُخدادهای جدید شده است ، هر کدام  
 از این اصول وقواعد عامل تکان‌دهنده و متکامل این نظام حقوقی بشمار می‌آیند که  
 می‌توانند موضوع کتب فراوان قرار گیرند که فعلا از حوصله این کتاب خارج است ،  
 فقط باید متاسفانه بگوئیم که از این اصول مترقی بالاخص از دوره پدید آمدن اقتصاد  
 مبتنی بر ماشین استفاده نشده است .

### ۷ - مسألة تقلید

لزوم پیروی جاهل از عالم از بدیهیات است ، در همه شئون عمل بر طبق نظر  
 خبره و کارشناس که مرجع تقلید در امور مردم هستند ، جاری و لازم الاتباع است ،  
 حتی پزشکی که پس از طی دوره عمومی ، متخصص چشم پزشکی است در سایر امراض  
 که در آن تخصص ندارد به متخصص مراجعه می‌کند ، در دادگاهها قضات برای اجراز  
 حقیقت قضائی يك دعوی گاهی مجبور بمراجعه به خبره و کارشناس میگردند ، بسط  
 و توسعه بی حد و حصر علوم روز بروز این مطلب را بدیهی تر نموده است ، در حقوق اسلامی  
 هم هر گاه مجتهدین متعدد و از حیث علم و پرهیزگاری برابر باشند ، تقلید از هر يك

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 وسیله استنباط احکام شرعی دانش است نه تقوی.

مسئله دیگری که باز متفق علیه است آنستکه هیچکس نمی‌تواند ابتداء از میت تقلید کند، ولی با اجازه مجتهد زنده به عقیده برخی می‌توان در مسائلی که در زمان حیات مرجع قبلی از وی تقلید کرده و عمل نموده است، بعد از فوت او نیز باقی بماند، این مسأله لزوم اجتهاد در شخص زنده جنبه تحريك حقوق را می‌رساند والا معنی نداشت که در این مورد این اندازه پافشاری شود.

در حقیقت اجتهاد يك فن تطبیق و انطباق است و اساسش بر آنستکه هر مسأله جدید را با اصول کلی حقوقی تطبیق کنند و از مجرای اجتهاد، حقوق را بسط و توسعه دهند و سر ادعای جاودانگی حقوق اسلامی بر همین نکته مبتنی است و دعوی عدم اختصاص آن به نژاد و ملت و یا منطقه و ناحیه خاص نیز از همین جنبه آب می‌خورد.

### ۸ - علل توقف و رکود در حقوق اسلامی

تشریح علل و موجباتی که موجب توقف و رکود حقوق اسلامی شده بسیار مفصل و احتیاج به بررسی تاریخ اجتماعی و اقتصادی و سیاسی ممالک اسلامی دارد که از حوصله این کتاب بیرون است، در فصول گذشته گاهی بدان اشاره‌ای کرده‌ایم. در اینجا همینقدر یادآور می‌شویم که روحانیت شیعه از دوره صفویه بعد، روز بروز بر قدرت و نفوذش افزوده می‌گشت تا اینکه، یکباره در برابر هجوم اقتصاد ماشینی و تغییر رژیم از استبداد به مشروطه خود را باخت و کنار نشست.

دکتر باهری در کتاب حقوق جزای عمومی می‌نویسد:

« عملاً دولت مستقل از مذهب اداره مملکت و امور عمومی و وضع و اجراء قوانین را در اختیار گرفت و اولیاء مذهبی در امر روزی مدخل نشدند، شاید بعضی تصور



کنند که علت این بوده است که تبعیت از قواعد اسلامی مغایر با تکامل اجتماعی است و قوانین يك جامعه متری را نتوان با آنها منطبق نمود و فقه، کافی برای رفع احتیاجات و نیازمندیها نیست اما این تصور بکلی باطل است، زیرا سرچشمه حقوق اسلام نمی‌خشکد، حقوق اسلام منحصر بدستورات و قواعد قرآن و یا سنتهای نبوی نیست، اجماع و عقل نیز دومنبع زنده و دوسرچشمه زلال حقوق اسلامی است از این دومنبع قواعد و قوانینی که متناسب باوضع زمان و احتیاجات عصری باشد میتوان بدست آورد، ولی این کار فرع بر کوشش و علاقمندی است.

باکمال تأسف علمای دین ما نخواسته اند و از عهده این مهم بر نیامده‌اند، وقتی رویه روحانیون مسیحی را با روحانیون اسلامی مقایسه می‌کنیم سر توجیحات باطل را درمی‌یابیم.

جامعه روحانیون ما نسبت بمسائل زمان بی‌علاقه بوده و هرگز در صدداستنتاج و استنباط احکامی که مربوط به موضوعات بدیع و جدید است نیستند در حالیکه جامعه روحانیون مسیحی در مقابل هر مسأله اجتماعی که طرح می‌شود حکم متناسبی که از اصول مسیحیت استنباط مینمایند تعیین و اعلام می‌کنند... در حالیکه ارباب مذاهب دیگر که اصولاً نسبت بمذهب اسلام ارتجاعی بشمار می‌روند بدینگونه کوشش می‌کنند همراه تحولات زمان خود را متناسب و منطبق با احتیاجات جامعه سازند، جامعه روحانیان اسلام باکمال تأسف در مورد تحولات زمان انزوا اختیار کرده و از اظهار نظر در مسائل خود داری و احتیاط می‌کند.

اجتهاد، افتخار و امتیازی است که میان مذاهب دنیا، اختصاص به مذهب اسلام دارد، ولی بالاخص از دوره تحولات صنعتی و اجتماعی و علمی غرب تاکنون از این امتیاز بهره برداری نشده است، نگاهی به کتب فقه و اصول که فعلاً در حوزه‌های دینی تدریس می‌شود و نظری برساله‌های عملیه مجتهدین از عصر صفویه تاکنون ادعای ما را تأیید می‌کند، رساله‌ها در مسائل عبادی مانند طهارت، نجاست، غسل، دعا،



حیض و نفاس، شکایات نماز، حج و مناسک آن که وضع ثابتی دارند و شرایط و موجبات آنها کمتر در معرض تغییر و تبدل است بحد اشباع موشکافی می‌کنند و در مسائل معاملات و خمس و زکوة و جهاد و غیره که وضع و شرایط آنها از زمین تا آسمان تفاوت پیدا کرده باز هم بهمانگونه از چندین قرن قبل تا کنون تغییری مشاهده نمی‌شود، مجتهد اعلم پس از نیم قرن رنج و مشقت و تحمل مشکلات فراوان با احتیاط و وسواس شدید گاهی يك على الاحوط را به على الاقوى و یا بالعکس تبدیل مینماید.

نمونه این کار، روشی است که عده زیادی از مراجع در ابتدای مرجعیت خود بدان دست می‌زدند و آن این بود که به رساله «جامع عباسی» شیخ بهائی<sup>۱</sup> حاشیه‌ای زده و در برخی از صفحات بهمانگونه که ذکر شد نظر خود را نوشته و مهر و امضاء کرده اند، زیرا در فرصت کم مجال تألیف رساله ای جداگانه را نداشته اند.

از باب مثال «صراط النجاة» شیخ مرتضی انصاری را میرزا محمد حسن شیرازی معروف به میرزای بزرگ (مجتهدی که حکم به تحریم تنباکو داد) در ۱۲۹۹<sup>ق</sup> حاشیه زده و میرزا محمد تقی شیرازی نیز همان رادر ۱۳۲۶ قمری مجدداً حاشیه زده است.

در حاشیه برخی از صفحات چنین دیده می‌شود «على الاحوط میرزا» مشکل است مگر آنکه از حد جهر بیرون شود میرزا. عدم غفوقیست میرزا علی الاقوی میرزا» و سایر موارد ...

۱- تدوین قانون (La codification) برای اولین بار در زمان شاه عباس و بامروی توسط شیخ بهاء الدین محمد عاملی و شاگردش نظام ساوجی بصورت کتاب «جامع عباسی» بزبان فارسی صورت گرفت، شیخ بهائی آنرا در ۱۰۳۲ هجری قمری یعنی حدود سیصد و پنجاه و هفت سال پیش نوشته و هدف تدوین این کتاب بطوریکه از مقدمه آن برمیآید علاقه خاطر شاه عباس به نشر مقررات فقه اسلامی در میان مردم بوده است.

«منهج الرشاد» شیخ جعفر شوشتری را آخوند ملا محمد کاظم خراسانی و آیه الله سید اسماعیل صدر اصفهانی و سید محمد کاظم طباطبائی و شیخ عبدالله مازندرانی متوالیاً حاشیه زده‌اند (۱۳۲۸ هـ . ق) .

«ذخیره المعاد» شیخ زین العابدین مازندرانی را نیز سید محمد کاظم طباطبائی یزدی و دیگران حاشیه زده‌اند . و بدینقرار در زمان حاضر رساله (توضیح المسائل) حاج آقا حسین طباطبائی بروجردی را از جمله آیه الله شاهرودی حاشیه زده و حاشیه‌ها در یک ورق کاغذ که در ۱۷ مسأله اختلاف نظر جزئی دارد ، جداگانه بچاپ رسانیده و نظر خود را در مورد آن مسائل پس از ذکر شماره مسأله یاد آور شده و البته آنهم مانند همان نظرانی است که قبلاً یاد آور شدیم یعنی علی الاقوی تبدیل به علی الاحوط شده است .

یک سیر اجمالی از چهار قرن قبل ، زمان تألیف جامع عباسی تا کنون نشان میدهد که هیچگونه تحولی در این رسائل ایجاد نشده و تغییرات بسیار جزئی و ناچیز و مبتنی بر احتیاط و وسواس بوده است ؛ این وضع در باب عبادات و امور فردی که جنبه ثبات دارند قابل توجیه است ؛ اما در ابواب دیگر قابل توجیه نیست .

این رساله‌ها بیاد چندین قرن قبل عربستان که زراعت و درختکاری منحصر و محدود به غلات و خرما بوده و وسائل نقلیه را شتر و اسب تشکیل میداده ، احکام زکوة فقط شامل گندم ؛ جو ، خرما ، کشمش (مویز) و از حیوانات شتر و گاو و گوسفند و از سنگهای قیمتی طلا و نقره با نصاب معین میباشد ، دیگر از برنج ، قهوه ، چای ، پنجه ، چغندر ، و مرغداری و کشت دانه‌های نباتی برای روغن و نباتات طبیبی برای استفاده در داروسازی و صنایع ماشینی دائم التزاید که همه شئون بشر امروزی را در بر گرفته است و صنایع نفت و پتروشیمی و از وسائل نقلیه اتوبوس ، راه آهن و هواپیما و غیره هیچگونه زکری نمی رود که آیا حکم این مواد و پدید آمده‌ها چیست و آیا مشمول کدامیک از مواد حقوق اسلامی است ؟



در باب نظام وظیفه عمومی (جهاد) و قوانین ارزش و مالیاتها و حقوق مالی (زکوة خمس، غنیمت و فیه و جزیه) حقوق کیفر عمومی و اختصاصی (حدود و تعزیرات و قصاص) هیچکدام مسائل روز در آنها انعکاسی ندارد، انواع شرکتهای تجاری و غیر تجاری امروز، کارتلها؛ تراستها و مسائل ناشی از آنها در این رسالهها بیچشم نمیخورد، بنحوی که یک نفر اگر بتاریخ تحریر کتاب نگاه نکند، آنرا برای مسلمانان پیش از رنسانس و تحولات غرب خواهد پنداشت، و یا توهم خواهد کرد که شاید اسلام هم مانند مسیحیت به حفظ رابطه خلق با خالق اکتفا کرده و یا همچون شریعت موسی غیر قابل تحرك و تکامل بوده و متحجر باقی مانده است، در حالیکه اسلام از صحنه مسائل اجتماعی و حقوقی روز دور و برکنار نیست و این توقف و رکود باید جبران شود و گرنه نتیجه تراکم این قصورها و تقصیرها موجب ابدی شدن جمود و بیحرکتی شده و بهانه بی معنی بدست آنانی میدهد که مدعی اند که سنگینی دائم التزاید مسائل و مشکلات حقوقی عصر، اصلا نمی تواند در این نظام حقوقی قابل حل باشد و این سیستم حقوقی با جمودی که دارد از حل آنها عاجز است<sup>۱</sup>

۱- دکتر افشار در کلیات حقوق تطبیقی، ص ۹۳ ضمن بحث درباره حقوق هند، می نویسد: «اشتباه انگلیسی ها در ابتدا این بود که تصور کردند، حقوق هندو مانند حقوق اسلام یک حقوق مقدس لایتغیری است» در حالیکه درست هفت صفحه پس از آن (ص ۱۰۰) می نویسد: «در مدت ۱۴ قرن اصول حقوق اسلامی بخصوص در در قسمت حقوق مدنی قابلیت تطبیق فوق العاده ای با احتیاجات مختلف ملتگاهی که از لحاظ تمدن نیز تفاوت بسیار داشته اند نشان داده است» و همچنین در صفحه ۱۳۳ درباره عامل عرفی می نویسد: «وجود عرف در حقوق اسلام از دلائلی است که از نظر فنی این حقوق را با احتیاجات مختلف ملل متنوع در هر زمان و با هر درجه از تمدن منطبق و سازگار میسازد» این دو مطلب بنظر متناقض میرسد، چه جایی حقوق اسلامی لایتغیر و جایی قابل تطبیق با زمانها و ملتگاهی گوناگون معرفی شده است.



و باید آن‌هم مانند مسیحیت به حفظ رابطه خلق با خالق قناعت نماید. و از آنجا که عدم انعطاف نشانه ای از کم‌رشدی و انعطاف نشانه رشد و کمال یک موجود است، پس عدم وجود انعطاف در این رساله‌ها علامت نقص و کم‌رشدی این نظام است، برای توجیه این اوضاع عده‌ای می‌گویند عوامل بسیاری که خارج از قلمرو واقعی و علمی روحانیت بوده است باعث نفوذ در حوزه‌های علمی شده حتی در انتخاب کتب و مسائل مطرح شده دخالت کرده‌اند.

علما نیز با فشار آن عوامل و عوام بازاری آگاهانه و ناآگاهانه بسوی این وضع کشانده شده‌اند، وضع عمومی مملکت و عوام مردم که از دانش بهره‌ای ندارند و هم اینان هستند که به رساله‌ها عمل می‌کنند و نقص سازمان علمی روحانیت و غیره در این غقب نشینی مؤثر بوده‌اند.

ولی بقول اسپینوزا فیلسوف معروف «هر چیز عالی، هم مشکل است و هم کمیاب و دیر یاب» این نارواییها و آیات یاس که اغلب برای سرپوش گذاشتن روی وظیفه و پیدا کردن محمل برای کاهلی‌ها است نمی‌تواند عذری قابل قبول شمرده شود و این وضع نابسامان را توجیه کند و حکم برائت زمه به نفع آنان صادر نماید که روح زمان رادرك نکرده‌اند، فرصتها را مغتنم نشمرده‌اند و به مبارزه منفی پرداختند! باینصورت که همه چیز را تحریم کردند، خدمت در دادگستری و نشستن بر مسند قضا را تحریم کردند. حتی رادیو و تلویزیون را نیز خریدن و فروختن و نگهداشتنش را تحریم کردند، بجای اینکه سلاح زمان مسلح گردند، همانگونه که واتیکان مرکز کاتولیکهای جهان فرستنده رادیو دارد، روزنامه یومیه‌ای دارد که در سال ۱۸۶۱ میلادی تاسیس شده و اکنون تیراژ آن متجاوز از ۳۰۰/۰۰۰ نسخه در روز است و علاوه بر آن در هر ماه در حدود ۵۰ نوع نشریه و مجله، با چند میلیون تیراژ چاپ و در سراسر عالم پخش می‌کند، انجیل را به بیش از هزار زبان ترجمه کرده‌اند و فقط در سال ۱۹۳۷

سه مؤسسه بخش و نشر انجیل در آمریکا ۲۳/۰۷۳/۴۱۴ جلد انجیل بخش کرده اند<sup>۱</sup>  
 «علاوه بر داخل اروپا و امریکامبشرین مسیحی در آسیا و آفریقا و دور افتاده ترین  
 نقاط دنیا، از تمام وسائل جدید برای پیشرفت مسیحیت استفاده می کنند، سینما،  
 تلویزیون، رادیو، روزنامه، مجله، کتاب، کنفرانس، حزب؛ مدرسه، دانشگاه  
 از بهترین وسائل تبلیغی آنانست.»

مبلغین مسیحیگری. فقط در توکیو پایتخت ژاپن که متجاوز از ۹ میلیون نفر  
 جمعیت و سی دانشگاه و ۲۰۰/۰۰۰ نفر دانشجو دارد، پنج دانشگاه تاسیس کرده اند  
 که جوانان ژاپونی را با تسهیلاتی به تحصیل تشویق کرده و در ضمن به مسیحیت دعوت  
 مینمایند»<sup>۲</sup>.

مسیحیان بدون شریعت و قوانین حقوقی در هر مورد بر روی خلأ محض وزمینۀ  
 خالی برای پدیده های جدید اجتماعی و حقوقی حکم صادر می کنند و می کوشند تا  
 نشان دهند که تعلیمات عیسی با اوضاع اجتماعی و اقتصادی جدید بشری قابل انطباق  
 است و مثلاً مسائل اقتصادی جامعه جدید از قبیل بیکاری و فقر را از میان بر خواهد  
 داشت!

سوسیالیسم مسیحی که در نیمۀ قرن نوزدهم پس از شکست نهضت چارتیزم  
 (۱۸۴۸) پدیدار شد، نمونه ای از این کوشش است، آنان بدون اینکه سوسیالیسم  
 خود را از افکار مارکس و لنین ملهم بدانند، از اخلاقیات کتاب مقدس استخراج  
 میکردند، این نهضت که جانشین سوسیالیسم غیر دینی شده بود، صورت سیاسی قوی  
 و با قدرتی را بخود گرفته بود و در میان احزاب سیاسی آلمان، اتریش، فرانسه، ایتالیا  
 و دیگر کشورها پایگاهی خاص یافته بود. و گاهی بناهای دیگر مانند «حزب سوسیال  
 دموکرات مسیحی» نامیده شده است کلیسای کاتولیک رم (واتیکان) و فرمانهای پاپ

۱- آمار مذکور نقل از مقدمۀ «مذهب در اروپا» نوشته مهندس بازرگان ص ۹۰۸

۲- مذهب در اروپا ص ۹۰۸



در مورد وضع کارگران ، زندگی خانوادگی ، وظایف کارگر و کارفرما و مساله مزد و کار به روشن شدن و وسعت و قوام نظریات سوسیالیست مسیحی کمک بسیار کرده است ، خلاصه اینکه طرفداران این حزب معتقدند که در برابر نظام سوسیالیزم مادی مارکس می توان يك نظام سوسیالیست مسیحی خلق کرد که از «فساد» سرمایه داری و مادیگری برکنار باشد .

حال چقدر توانسته اند باین فکر جامه عمل بپوشانند بهشی دیگرست ، منظور ما نشان دادن درستی و یا نادرستی و تحقق و یا عدم تحقق نیست ، بلکه فقط میخواهیم بگوئیم که دیگران چه می کنند و ما چه می کنیم !

\* \* \*

حقوقدانان اسلامی تاپیش از پیدایش تحولات اقتصادی و اجتماعی دو قرن اخیر ، مقرراتی درباره اجاره از اصول حقوق اسلامی استخراج نموده اند که بسیار جالب و مورد تحسین است اما بسیاری از آنها اکنون دیگر قابل عمل نیست مثلا فقهای گویند «مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد» !

این جمله در اعصار قبل از ماشین ابدا تعجیبی نداشت ، ولی امروز این هر سه احکام و مقررات جدا دارند ، حقوق کار و بیمه های اجتماعی کارگران با مسائل زیادی که در قبال کار کارخانه ها وجود دارد از قبیل : ساعات کار ، سن کارگر ، کار شب ، کار اطفال کارهای مشکل و حوادث ناشی از کار و نقش سندیکا ها و اعتصاب و فشار طبقه کارگر در جلب توجه افکار عمومی و حتی بسر کار آوردن حکومتهای مساعد با منافعی

---

۱- این جمله ترجمه بلا تصرف فقه است که در ماده ۴۶۷ قانون مدنی ایران نیز منعکس است قانون مدنی به تقلید از فقها از ماده ۴۶۸ تا ۵۰۷ درباره اجاره اشیاء و از ۵۰۷ تا ۵۱۱ درباره اجاره حیوانات و از ۵۱۲ تا ۵۱۴ درباره اجاره اشخاص موادی را بیان کرده است .



کارگر ، بحرانهای اقتصادی و عوامل پدید آورنده آن از قبیل قیمت تمام شده کالا ، میزان دستمزد ، تخلفات ، سازمانهای بین‌المللی کار ، قراردادهای دسته جمعی و بسیاری دیگر ... همه جای مقررات محدود «اجاره انسان» را گرفته است .

در عصر حاضر اکثر افرادی که در حوزه های صنعتی مشغولند بصورت ابزار و آلت ماشین درآمده و بطور اجبار یا اختیار زندگی یکنواخت و کسل کننده ماشینی و قالبی را ادامه میدهند ، زندگی قالبی که هرگونه فردیت منس ، و تنوع عقاید و کردار را که لازمه تمدن و فرهنگ بشری است از میان میبرد ، زندگی بی‌کیفیت که افراد مانند بردگان برای دولت ناچارند کار کنند و پرورش روحی و ارزش افراد محدود و در جدافلی نگاهداشته می‌شود تا تسلط جا برانه دولت بر آنان میسر گردد ، دنیای ماشینی که در آن شخصیت افراد فدای تخصص میگردد و کلیه استعداد های فردی در زیر چرخ ماشین مستهلك میشود ، و این مرحله‌ای است جبری که باید همچون پلی باشتاب از آن گذشت ، بی آنکه بر روی آن درنگ کنیم بی آنکه از ماشین وحشتی داشته باشیم چه برای تعالی و تکامل اجتماعی صنعتی شدن امری ضروری است .

دنیای ماشینی خواهان انتر ناسیونالیست شدن (بین‌المللی شدن) همه چیز است ، خواهان بدور افکندن چهارچوب و حصار ملی و از میان بردن مرزهاست ، تاییدی از تضادهائی را که نتیجه اقتصاد دولتی است ، برایش راه حلی ایجاد کند و بدینوسیله سایه شوم و هولناک جنگ را که بر جهان امروز سایه افکنده بزاید ، در اقتصاد و بازرگانی طرفدار «بازار مشترک» است ، خواستار حاکمیت بین‌المللی است که سازمان ملل نویدی و یا نطفه‌ای از آنست ، امروز سرحدات و مرزهای اقتصادی دامن گستر ، در قلمرو کمپانیها ، تراستها و کارتلهاست ، فقها در باب شرکت بحد اشباع بحث کرده اند ولی کلیه آن مباحث مربوط به شرکتهائی است که قبل از پی بردن به نیروی ماشینی

در دنیا معمول بوده است .

امروز يك ماشين جای چندین هزار کارگر را گرفته و مسأله بیکاری را بوجود آورده است .

کابوس هراسناک ماشینیسیم امروز یکی از بزرگترین نقاط ضعف علمای اقتصاد در برابر علمای علم الاجتماع است ؛ زیرا بیکاری بر اثر ماشین و یا عبارت دیگر بی نیازی بکارگر بر اثر بکارگرفتن ماشین مهمترین مسأله اجتماعی روز شده است .

### ۹ - تاثیر اجتماعی ماشین ۱

« در نیمه دوم قرن بیستم در ساحل غربی قاره امریکا يك کارخانه تهیه مواد شیمیائی تنها با کمک يك نفر مهندس اداره میشود و تنها در شهر نیویورک با بکار گماشتن آسانسورهای خودکار ۴۰/۰۰۰ تن از نگهبانان آسانسور ها از کار بیکار شده اند و در مؤسسات آمارگیری ۵۰ تن آمار گیر با استفاده از دستگاههای الکترونیک همان کاری را انجام میدهند که تا ده سال پیش توسط ۴۱۰۰ کار شناس انجام می یافت .

یکی از آخرین اختراعاتی که بتازگی بی بازار آمده است ماشیننی است که (ترانسفوربوت) نام دارد . بتوسط این ماشین که با مغز الکترونیک کار می کند می توان اصولا دستگاه اداری را از يك مؤسسه اقتصادی حذف کرد ، زیرا این دستگاه به تنهایی قادر است که هم در ساعات ورود و خروج کارگران نظارت کند و هم - حقوق آنها را با کسر جریمه بیمه غیبت بپردازد - و هم کلیه نامه ها را ماشین کند و با نصب يك یا چند دستگاه فرعی از عهده انجام هر کاری که تصور رود بر آید ... مهمتر از مسأله صلح - بعقیده عده ای (اتوماسیون) یا خودکاری است که قلب صدها هزار نفر را در حال حاضر می تواند

۱- آمار نقل از کیهان هفته دهم ماه ۱۳۴۱ ترجمه از تئودور ایروین .



پلرزه درآورد ، جان . اف . کندی رئیس جمهور امریکا فاش کرد که در ایالات متحده طی دهسال آینده باید هر هفته ۲۵۰۰۰ محل کار خالی تازه بوجود آید تا بتواند کار-گرانی را که بتدریج از کارخانه های خودبی کار شده اخراج میگردند مشغول گرداند و بقول او تا پایان دهه (۶۰) این بزرگترین مشکلی خواهد بود که دولت های امریکا با آن مواجه خواهندگشت .. »

زندگی ماشینی و صنعتی ناگزیر ملاکها و معیارهای دیگر لازم دارد ، و دیگر نمی توان به همان ملاکهای قرون وسطائی و رسوم کهنه آن اکتفا کرد .  
ماشین هر جا که میرود کلیه رسوم اجتماعی و اقتصادی پیشین را از میان میبرد ، ماشین اقتصاد شبانی و روستائی را از ریشه قطع میکند ، صنایع محلی و دستی قدیم از قبیل دوکدستی و چرخ ریشه ها ، آسیابهای آبی و بادی ، نمد مالیها ، شعر باقیها و اوضاع خیش و گاواهن و ماله و کلدر و داس و ابزار و ادوات عهد قدیم همه در مقابل اقتصاد ماشینی و کشاورزی مکانیزه فنی و مدرن تاب تحمل ندارند ، اجاره اشیاء و حیوان در حقوق هوائی و فضائی بین المللی و حقوق بحری بین المللی ، مقررات و جرائم مربوط براه آهن و غیره بامباحث اجاره اشیاء و حیوان در کتب فقهی ، تفاوت بسیار دارد .

۱- ترقیات علمی و صنعتی در ساختمان اجتماعی تحولاتی در پی دارد که بیکباره بسیاری از تئوریهای حقوقی را ناگهان قابل خدشه ساخته و هر روز فصل جدیدی در علوم وابسته پدیدار کرده است ، با اختراع کشتی بخاری در نیمه اول قرن نوزدهم حقوق بحری بین المللی و با پرواز برادران رایت (Wright) با هواپیمایسال ۱۹۰۳ حقوق هوائی و با پرتاب نخستین ماهواره بنام «اسپوتنیک اول» از طرف دانشمندان شوروی در سال ۱۹۵۶ سر آغاز حقوق فضائی بین المللی پدید آمد و همچنین از زمان هوگو گروسویوس هلندی تا امروز حقوق بین الملل مراحل را گذرانده است از جمله پس از افکندن بمب اتمی بر هیروشیما و ناگازاکی و پس از آن که امریکا در روسیه بمب نیدرژنی هزاران بار مخوفتر از بمب اتمی ساختند حقوق بین الملل در راهی دیگر افتاده که با خط سیر گذشته بکلی متفاوت است .



فقها در اجاره اشیاء و حیوان، مثال از اسب و شتر و الاغ میزنند و احکام آنرا مورد بررسی و کنجکوی قرار میدهند .

و جالب توجه اینجاست که آنچنان با حرارت و صمیمیت تدریس و بحث میشود که گوئی فردا میخواهند درباره مسائل آن به دادرسی پردازند و مسند قضا را اشغال کنند.

این سبک مطالعه دیگر کاری از پیش نمی برد ، مطالعه باید بر اساس مسائل جاری زمان بوده و به منظور و مقصود صریح و روشن و سودمند باشد ، در اسلام مصرف نیروها اعم از مغزی، عضلانی و غیره در راههایی که نفعی برایش متصور نیست حرام است .  
 و امتیاز اجتهاد وقتی دارای ارزش است که از قوه به فعل و از نظر به عمل رسد و با واقعیت تطبیق داشته باشد و گرنه اگر مطالعه و تحقیق از نوع « تقریرات نائینی » و امثال آنها بسبب عهد قدیم باشد که اگر هزاران کتاب هم آنچنان نوشته شود نه در شناسائی حقوق اسلامی به دنیا اثری خواهد داشت و نه از اینهمه بحثهای پیچ در پیچ نفعی برای اجتماع حاصل خواهد شد، فقط دانش آنان به مصرف تغذیه خودشان میرسد و پس از عمری زحمت ، يك فقیه ارجمند آلت دست يك عده افراد استخاره گر و چهارتا مسأله در امور عبادی است که اینهم نوعی احتکار فضل و دانش است .

## فصل دهم

مسئولیت مدنی و کیفری در حقوق اسلامی





## ۱ - حقوق اسلامی به واقعیتهای برونی توجه دارد

کتابی بنام « علل انحطاط مسیحیت در مشرق زمین » توسط یکی از مسیحیان نوشته شده و در آن مطالبی را به اسلام نسبت داده است که ابدأ با واقعیت و حقیقت دین اسلام موافق نیست و از جمله :

« اسلام مردم را با قصد و منظور آنها داوری می کند ، نه با اعمال آنها ، چنانچه باین هم در انجیل متی باب پنجم اشاره شده است »  
این مطلب بکلی غلط است ، زیرا اسلام بیشتر به اعمال توجه دارد . قرآن می گوید :

« فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَنْعَمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ » سوره زلزال آیه ۷ و ۸ .

یعنی هر کس با اندازه خردلی عمل نیک انجام دهد پاداش آنرا می بیند و هر کس با اندازه خردلی عمل بد انجام دهد نیز جزای آنرا خواهد دید .

و نیز پیامبر فرمود :

« النَّاسُ مَجْزِيُّونَ بِأَعْمَالِهِمْ إِنْ خَيْرًا فَخَيْرٌ وَإِنْ شَرًّا فَشَرٌّ » یعنی مردم بوسیله اعمالشان پاداش داده میشوند ، پس اگر اعمال نیک داشته باشند پاداش نیک والا پاداش بد خواهند داشت .

و از این قبیل احادیث بسیار است که این مطلب را تأیید می‌کند، در اینجا برای تأیید بیشتر لازم میداند که بیکی از افتخارات حقوق اسلامی اشاره شود و آن مسأله ضمان قهری در فقه اسلامی و مقایسه آن با حقوق اروپائی است، موضوع الزامات یا مسؤولیت‌های مدنی<sup>۱</sup> غیر قراردادی در حقوق اسلامی بنام ضمان قهری نامیده شده است و این نوع مسؤولیت در حقوق اسلامی کلاً مدعای ما را تأیید مینماید.

## ۲ - کلیات پیرامون مسؤولیت مدنی

در علم حقوق مسؤولیت مدنی هنگامی است که شخص یا کسیکه تحت مراقبت یا اداره شخص است و یا حتی اشیائی که تحت حراست وی هستند، خسارتی بدیگری وارد سازند و همچنین هنگامی که شخصی بر اثر تخلف از انجام تعهدات ناشی از قرارداد موجب زیان دیگری گردد، مسؤول است و باید این زیان‌ها را جبران و تلافی نماید.

مسؤولیت مدنی اصطلاحی است در مقابل مسؤولیت کیفری.

مسؤولیت مدنی بردو گونه است:

۱ - مسؤولیت قراردادی:

۲ - مسؤولیت خارج از قرارداد.

۱ - مسؤولیت قراردادی<sup>۲</sup>: هرگاه کسی تعهد انجام کاری بکند و یا تعهد

خودداری از انجام امری را بنماید، در صورت تخلف از تعهد مسؤول خسارت طرف مقابل خواهد بود.

1 - Responsabilité Civile

2 - Responsabilité Contractuelle

۲. مسئولیت خسارج از قرارداد : هرگاه کسی بدون تعهد و قرارداد موجب وارد شدن ضرری به غیر گردد مسئول خواهد بود ، در فقه اسلامی باینگونه مسئولیت ضمان قهری گویند ، در حقوق اروپائی بآن مسئولیت تقصیری<sup>۱</sup> گویند .  
مسئولیت تقصیری یا مسئولیت ناشی از تقصیر در حقوق اروپائی مبتنی بر نظریه تقصیر است و ما فعلا بشرح آن میپردازیم .

### ۳ - تئوری تقصیر ۲

بنابر نظریه تقصیر ، فاعل زمانی مسئول خسارات ناشی از فعل خود میباشد که مرتکب تقصیری شده باشد و تقصیر رکن اصلی و اساسی مسئولیت وی بشمار میرود و لذا دارای دو شرط است یکی اینکه باید قابلیت مسئولیت را داشته باشد پس صغیر غیر ممیز و مجنون از دائرهٔ مسئولیت خارج هستند .  
شرط دوم اینکه تقصیر نموده باشد و تقصیر هم عبارت است از رفتار نمودن آنگونه که باید رفتار شود و اینجا ملاک عمل ، اشخاص محتاط میباشند .  
تئوری تقصیر از حقوقدانان رومی گرفته شده چنانکه اولین<sup>۲</sup> حقوقدان رومی این موضوع را در مجلدات حقوقی خود یاد آور گردیده است ، این تئوری تا ابتدای قرن بیستم یعنی تا حدود هفتاد سال قبل چه در امور کیفری و چه در دعاوی مدنی مجری و معمول بوده است چنانکه ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه میگوید :  
« هرگونه عمل شخصی که زبانی را بدیگری سبب شود ، کسی را که زبان او تقصیر او وارد شده به ترمیم آن ملزم میدارد ، و ماده ۱۳۸۶ قانون مدنی فرانسه میگوید :

1 - Responsabilité délictuelle

2 - Théorie de faute

3 - Ulpian



« صاحب عمارت مسؤول زیانی است که از خراب شدن آن به کسی وارد شود مشروط به اینکه خرابی در نتیجه قصور او در مواظبت و یا بر اثر وجود عیبی در ساختمان آن حادث شده باشد » بنا بر این قانون مدنی فرانسه شرط اصلی در ضامن بودن اشخاص را از تکلیف تقصیر دانسته و ازین رو در این قانون دربارهٔ مسؤولیت مدنی طفل یا دیوانه ذکری بمیان نیامده است و دادگاهها در عمل بواسطهٔ فقدان شعور ، آنان را از ترمیم ضرر و زیان معاف دانسته اند و در ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه در مورد مسؤولیت پدر و مادر در مورد اعمال زیان آور اطفال صغیر و مر بیان و معلمان نسبت به دانش آموزان ، گوا اینکه دربارهٔ تقصیر ذکری نرفته است ولی دادگاهها در عمل صدور تقصیر را در بارهٔ والدین و مر بیان مفروض دانسته اند ، زیرا که در مواظبت و یا نظارت آنان تقصیر کرده اند .

ثوری تقصیر به سه امر و اثبات آن در دادگاه ناظر بود :

۱ - وجود خسارت<sup>۱</sup> .

۲ - تقصیر طرف .

۳ - رابطهٔ علیت میان تقصیر طرف و خسارت<sup>۲</sup> .

۱ - وجود خسارت : در مورد خسارت یا آور میگردد که خسارت بردو گونه

است مادی و معنوی .

خسارت مادی آنستکه شخص از نظر مادی متضرر شود ، اگر شخصی اسبی تندرو داشته باشد که در تمام مسابقات اول میشده ، نزدیک انجام يك مسابقه ، توسط شخصی مجروح گردد در اینجا شخص باید زیان جرح را بپردازد ولی خسارت آتی و احتمالی که امکان برنده شدن باشد باوی نیست ، ولی اگر خسارت احتمالی نباشد بلکه قطعی باشد مسؤول پرداخت زیان خواهد بود ، مانند کاری که در اثر ضرب و جرح

شخصی در بیمارستان بستری میشود و پس از مداوای پزشکی 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 بر زیان مادی ضرر معنوی و روحی بر شخص وارد آورد مثل پاشیدن اسید بصورت دوشیزه ای که بدان سبب زیبایی خود را از دست داده و از یافتن شوهر دلخواه محروم مانده است ، در اینصورت شخص مجرم باید خسارت معنوی وی را که عبارت از یافتن همسر دلخواه است بپردازد برخی را عقیده بر اینست که زیان معنوی قابل تقویم بپول نیست ، ولی بهر صورت تاحدی جبران خسارت را مینماید و صادر مورد اهانت و توهین و افترا در روزنامه (اینها جرم مدنی نیستند بلکه جرم کیفری میباشد ) فرد مجرم ملزم است که بخرج خود در روزنامه اعلان کرده و رفع شبهه از افراد بنماید و این جبران مادی جرم کیفری است و الا طبق قانون مجازات هر يك از جرائم (اسید پاشیدن ، توهین و افترا و غیره) مجازاتی دارد .

در حقوق اسلامی در مبحث سیاسات «دیه» پیش بینی شده مثلاً هر گاه صغیر در اثر ارتکاب خطا مرتکب قتل 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 و الا فوت فرزند شاید زیان مادی بحسب ظاهر متوجه پدر نکند ، چه از زمان فوت ببعدی را از مخارج فرزند بی نیاز میسازد ! البته خسارت معنوی فروض مختلف دارد ، از قبیل :

هتك حرمت ؛ افترا و بهتان ، جریحه دار کردن محبت و غیره .

۲- تقصیر طرفی یا زکن موضوعی : یعنی باید از شخص عملی صادر گردد که آن عمل جنبه تعدی و تجاوز داشته باشد و الا اگر شخصی در مرز خود مشی کند ولو اینکه بدیگران ضرر برساند مسؤول نیست پس اگر بنگاه تبلیغاتی از جنس 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 و خطا کار شناخته میشود .

۳- رابطه علیت - باید خسارت مستند به شخص بوده و رابطه علیت بین شخص و زیان وارده باشد مثل اینکه کشتی رانی که باید هر دو چراغ را در شب روشن سازد اگر یکی از چراغها بر اثر اهمال ناخدا یا خرابی خاموش بماند و بسا کشتی دیگری که ناخدای آن مست باشد تصادف کند آیا ناخدای کشتی اول مسؤول است و یا اینکه تمام مسؤولیت بعهدۀ ناخدای دوم است ؟ در اینجا سه نظریه وجود دارد :

۱- نظریه تساوی شرایط یا علیت اتفاقی، در این نظریه کلیۀ عوامل مؤثر در ایجاد خسارت مسؤولند و در این جریانات اتفاقی، مثلاً اگر يك عامل شخصی و سایر عوامل طبیعی باشد مسؤولیت متوجه هر دو است . پس در مثال سابق الذكر ناخدا در هر صورت چراغ را روشن میکرد یا نمیکرد بعلت مستی ناخدای دوم تصادم روی میداد ولی خاموش بودن چراغ هم یکی از عوامل بوده و نمیتوان آنرا نادیده گرفت .

خلاصه در این مکتب هیچیک از اسباب به تنهایی نمی تواند زبانی را ببار آورد و با اصطلاح فیلسوفان علت تام باشد ، بلکه وجود تمام آنها برای ورود ضرر ضروری است . و همه در شرایط مساوی در ایجاد زیان سهیمند ، و میان آنها و خساراتی که ببار آمده رابطه تسبیب وجود دارد ، مطابق این نظریه ، هر کس در اثر تقصیر خود یکی از اسباب ورود زیان را موجب گردیده باشد ، در برابر زیان دیده مسؤولیت خواهد داشت .

۲- نظریه علیت تامه میگوید مسؤولیت متوجه عاملی است که خطای مهم و اصلی را مرتکب شده و دیگری بری از مسؤولیت است ، پس اگر جراحاتی به فرد ضعیفی وارد آید و آن شخص به سبب ضعف فوت کند ضارب مسؤول نیست .

خلاصه در این مکتب گفته اند که از میان اسباب باید آنرا برگزید که بطور متعارف و سیر عادی امور سبب ورود ضرر شده است ، و برعکس اموری را که بر حسب اتفاق منجر بآن شده اند جزو اسباب نباید بشمار آورد .



۳- نظریه سبب نزدیک و بی واسطه؛ بموجب این نظریه نزدیکترین علل عمده است که در واقع باید سبب خسارت بشمار رود. زیرا که تقصیر گاهی چنان با اموال دیگر بهم آمیخته است که نمی توان آنرا به مقصر منسوب کرد و لذا باید میان اسباب دور و نزدیک فرق گذارد در این مورد «پوتیه» حقوقدان فرانسوی مثالی دارد وی میگوید: «دامداری گاوی را که مبتلی بیکی از امراض ساری است و هیچ ارزشی ندارد میفروشد، و در اثر سرایت آن مرض گاوهای خریدار نیز میمیرند. این دو خسارت چون بطور مستقیم ناشی از تقصیر فروشنده است باید جبران شود، ولی خریدار نمی تواند زیانهای را که در اثر شخم زدن زمین و فروختن محصول یا توقیف اموال خود متحمل شده است از او مطالبه کند؛ زیرا ممکن بود حوادث دیگری هم مانع زراعت و باعث کمبود محصول او میشدند»<sup>۱</sup>

فرانسیس بیکن، فیلسوف مشهور انگلیسی، میگوید: برای علم حقوق، قضاوت درباره تمام علت و معلولها و اثرهای هر یک بردیگری وظیفه تمام نشدنی است، و بهمین جهت بعلم مستقیم و بی واسطه اکتفا می کند»<sup>۲</sup>.

در این مورد یاد آور می شود که تقصیر دارای دو جنبه است: جنبه بیرونی و جنبه درونی، جنبه بیرونی تقصیر همان اقدام به عمل خطا و یا ترك تکلیف است، و در این مورد تقصیر حتماً قصد زیان را لازم نخواهد داشت بلکه عدم رعایت احتیاطات و پیش بینیهای لازم نیز تقصیر خواهد بود، اعم از اینکه رعایت نکردن آنها بصورت مثبت (تعدی) و یا منفی (تفریط) و ترك عمل باشد مثل اهمال متصدی نجات غریق در وظیفه خود و ... زیرا کسیکه قادر است کلیه احتیاطات لازم را بنماید فقط یک فرد ایدئال و خیالی است و در حقوق هم ملاک و معیار افراد عادی و متوسط هستند نه افراد استثنائی و فوق العاده، اما جنبه درونی تقصیر اینست که شخصی که ایجاد خسارت می کند باید متوجه باشد که عمل او موجب خسارت دیگری میشود، یعنی باید دارای قوه ممیزه

باشد پس شخصی که فاقد قوه ممیزه است مانند دیوانه و صغیر غیر ممیز در صورت وارد ساختن خسارت آیا مسؤولند یا خیر ؟ .

رویه قضائی کشور های اروپائی تا پنجاه سال قبل بر این بود که شخص فاساد قوه ممیزه را مبری از مسؤولیت اعلام کنند ؛ ولی امروز بیشتر جناب مصلحت رادر نظر میگیرند و عدالت را مورد توجه قرار میدهند تا پیروی از تئوریهای خشک ، و مثلاً در مورد زیانی که از دیوانه و صغیر ناشی میشود ، ولی یا محافظ وی را به جبران خسارت و ادا می کنند و اگر ولی یا محافظ احتیاطات لازم را هم انجام دهند و باز هم خسارتی از جانب مجبور وارد شود اگر مجبور متمول باشد باید جبران خسارت را بنماید :

حقوقدانان اروپائی تا اواخر قرن نوزدهم تقصیر را بچهار دسته تقسیم میکردند :

- اول - خدعه و تقلب و آن تقصیر از روی عمد و بداندیشی است .
- دوم - تقصیر شدید و آن تقصیر از روی لالابالی گری شدید و عدم مراقبت و مواظبت است . بطوریکه حتی اشخاص لالابالی نیز در کار خود آزار عایت مینمایند .
- سوم - تقصیر خفیف ، که شخص در رفتار خود از مراقبت و مواظبتی که هر شخص متوسط و عادی نسبت به کار خود معمول میدارد غفلت نماید .
- چهارم - تقصیر بسیار خفیف که شخص در رفتار خود نسبت بدیگری مراقبتی را که هر شخص محتاط نسبت به کار خود معمول میدارد انجام ندهد .

ولی همانطـور که میدانیم عنوان تقصیر از جنبه درونی و داشتن قصد و عمد در ارتکاب جرم و وارد ساختن زیان در حقوق مدنی از اواخر قرن نوزدهم جای خود را به تئوری دیگری داد ، توضیح اینکه ، عملی که من غیر حق بکسی ضرری وارد آورد ، اگر از روی قصد باشد جرم نامیده میشود ، جرم هم بردو گونه است جرم جزائی و جرم مدنی .



جرم جزائی تقصیری است که در قانون پیش بینی شده و مجازاتی برایش در نظر گرفته شده است مانند جرم سرقت، قتل عمد، ضرب و جرح و غیره.

جرم مدنی آنستکه در قانون عنوان خاصی نداشته باشد، حال اگر عمداً بدیگری خسارت وارد آورده باشد مرتکب جرم، و اگر غیر عمدی باشد مرتکب شبه جرم شده است؛ شکستن پنجره همسایه اگر عمدی باشد جرم مدنی و اگر غیر عمدی باشد شبه جرم مدنی محسوب است، دادستان؛ جرم و شبه جرم مدنی را نمی تواند تعقیب کند بلکه باید فقط جبران خسارت وارده را از مجرم بخواهد، یعنی تا خسارتی روی نداده باشد جرم وجود خارجی ندارد لکن بمحض ورود خسارت مجرم مقصود مسئول خواهد بود، از اواخر قرن نوزده در مورد جرائم مدنی توجهی با آنچه مرتکب میخواست است بکنند نمی شود، بلکه فقط توجه باینستکه مرتکب چه مبلغی خسارت وارد آورده است و باید جبران شود و حقوق مدنی رفته رفته تئوری تقصیر را ترك نموده و عنصر ریسک را بجای تقصیر پذیرفته است، و توجه از قصد و نیت عامل خسارت منصرف و معطوف به خسارت و میزان آن شده است، در حالیکه در مسئولیت جزائی (جنحه و جنایت) چنین نیست در آنجا مورد توجه قصد و نیت است و در موارد استثنائی بجای قصد، بی احتیاطی نیز پذیرفته میشود، حتی در مورد جرائم جزائی اگر تصمیم بارتکاب شد و عملیات اجرائی آن شروع گردید هر چند که خسارتی هم وارد نیآورده باشد، معذک گاهی قابل تعقیب است، زیرا قصد مجرمانه خطرناک است و باید مجازات شود تا جرم در نطفه خفه شود و مجال تظاهر پیدا نکند، پس در مسئولیت جزائی، اطلاق غیر ممیز و مجنون جزائاً قابل مجازات نیستند یعنی مسئولیت کیفری ندارند و فقط اولیاء آنان ملزم بجبران خسارت مدنی می باشند.



## ۴ - تئوری ایجاد خطر یا زیان احتمالی ۱

بموجب تئوری تقصیر درمسئولیت مدنی ، مسبب یا فاعل زیان در دادگاهها می توانست به سه امر زیر توسل جسته و رفع مسئولیت از خود بنماید :

الف - خسارت در اثر اجرای حق قانونی متوجه طرف زیان دیده شده است .

ب - قوه قهریه (فرس مازور) علت واقعی عمل موجب خسارت ، بوده است .

ج - علت خسارت ناشی از فعل شخص زیان دیده بوده نه فعل طرف دیگر .

اثبات خلاف این سه امر در دادگاه کار آسانی نبود ، چه فی المثل اگر بازوی کارگر کارخانه ای را استوانه دندانان دار ماشین قطع میکرد وی نمی توانست علیه صاحب کارخانه ادعای جبران خسارت کند ، زیرا مطابق تئوری تقصیر ، ضرر نمی توانست بصاحب کارخانه مستند گردد ، زیرا عمداً این ضرر به شخص کارگر وارد نشده بود ، تا مسؤول باشد و قوانین مدنی اروپا می گفت بینید عمد داشته است یا خیر ؟

از طرفی کارگر مزبور که فی الواقع میخواسته است سنگریزه میان دندانهای ماشین را بردارد - چه اگر می گذاشت بگذرد ، چسب ردیف سوزن می شکست و زیان فراوان به کارخانه وارد می آمد - در اثر همین عمل خیرخواهانه ، ماشین بازویش را می گیرد واژ نوک انگشت تا شانه وی را خرد می کند ، کار متوالی و خستگی آور متجاوز از ۱۴ ساعت در روز به ازدیاد اینگونه ضایعات و تلفات کمک میکرد .

## ۱ - Théorie de Risque یعنی خطر کردن و دل بدریازدن ، چه کسی

که اذدل بدریازدن مهورسد میترسد که پای خود را از ساحل قدری جلوتر گذارد و لذا چنین شخصی هرگز قادر بشنادر دریانخواهد بود ، در اسلام مفهوم دمن له الغنم فعلیه الغنم ، یعنی کسی که سودی میبرد باید خسارت را هم تحمل کند ، مفهوم نظریه ریسک است .

در چنین اوضاعی صاحب کارخانه در دادگاه عنوان می‌کند 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 چنانچه می‌دانستند که نفعشان در جانبداری از کدامیک 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 بی‌جقی 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 بسرمایه‌های خود بیفزایند، این وضع در تمام کارخانه‌ها و معادن و محیط‌های کارگری حکمفرما بود، وجود این اوضاع باعث انتقادات شدید از جانب مکتب سوسیالیسم که تازه در دنیا پدید آمده بود، شد.

تئوری تقصیر زادهٔ حقوق‌رم بود، زیان دیده اکثرآ 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 ریسک داد معیناً هنوز تئوری تقصیر در مواد ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه بچشم می‌خورد و مواد مزبور به عنصر عمد در مسئولیت مدنی کار دارد و از مسئولیت درونی (Subjective) پیروی می‌کند. فقط رویه قضائی نقص قانون را جبران کرده و رفته رفته این سیستم را ترك نموده و عنصر ریسک را بجای تقصیر پذیرفته است. و از قصد و نیت فقط در امور کیفری پیروی می‌کند، و در مسئولیت مدنی از جنبهٔ بیرونی (Objective) پیروی مینماید.



امروز حقوقدانان اروپائی پیدایش تئوری ریسک را پیشرفت فوق‌العاده‌ای در علم حقوق دانسته و با تمجید از آن یاد می‌کنند، تا آنجا که برخی از حقوقدانان این قاعده را مربوط به نظم عمومی دانسته و هرگونه توافق و شرط خلاف آن را بی‌اثر و غیر قانونی می‌دانند.

این جهش در حقوق اروپا برای نخستین بار توسط پرفسور سالی<sup>۲</sup> در زساله‌ای بنام «حوادث کار و مسؤلیت مدنی»<sup>۳</sup> در حدود شصت سال قبل بیان گردید همانطور که گفتیم تئوری ریسک یا زیان احتمالی زائیده ماشینیسم بود زیرا که ماشین و کارخانه خطرات و صدمات بسیاری برای کارگران ایجاد میکرد و چون کلیه این خطرات که اغلب غیر قابل جبران بود بخاطر نفع مادی و معنوی شخص صاحب کارخانه و صنعت بود، پس وی نیز باید خسارت ناشی از عمل کارگر را جبران مینمود، زیرا که ضمانت کارگر و راننده ماشین و مسؤلیت مباشر و رعایت قاعده (مَنْ أَقْدَمَ) و یا ملاحظه قاعده و عنوان عدم النفع برای فضیلت دادن بعدالت با توجه به اینهمه مخاطرات مالی و جانی کافی نبود؛ لذا مسؤلیت را بطرف مالک کارخانه متوجه ساختند و اقوی بودن او را نسبت به مباشر زیان مورد توجه قرار دادند.

### ۵ - مسؤلیت مدنی در نظام حقوق اسلامی

حقوق اسلامی اساساً جنبه برونی و عینی دارد و تئوری ریسک را که زائیده ماشینیسم است در قرن قبل بیان داشته است، اسلام می‌گوید «مَنْ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ فَتَهْوَلَهُ ضَامِنٌ» یعنی «هر کس مال دیگری را تلف کند بر آن اتلاف ضامن است» و

1 - L'ordre publique

2 - Raymond Saleille

3 - Les accidents du travail et le Responsabilité



باید خسارات را جبران کند ، و بنا بقواعد حقوق اسلامی ، ' مَن لَّهُ الْغُنْمُ فَعَلَيْهِ الْغُرْمُ ' یعنی کسیکه غنیمت را میبرد غرامت را هم باید بپردازد ، در حقوق اسلامی قاعده تلف عبارت است از میان رفتن مال با دخالت مستقیم و تسبیب از بین رفتن مال با دخالت غیر مستقیم مالک یا شخص دیگر است ، قاعده تلف مستفاد از چندین احادیث است .

و در حقوق اسلامی مسئولیت کارگر را بطرف صاحب کارخانه و مالک ماشین متوجه میسازد و اقوی بودن وی را نسبت به مباشر زیان در نظر میگیرد ، و در مورد تلف نمی گوید که عامد بوده است یا خیر ؟ - به جنبه عینی و مشهود قضیه کار دارد و اینکه کدامیک از طرفین دهنوی برای دادن غرامت و خسارت از لحاظ مادی قویتر و وضعش مناسبتر است ، در عصر حاضر که تولید ماشینی کلیه اوضاع زندگی انسان را تحت تسلط خود گرفته و عیبی بظواهر کوچک و قابل پیش بینی ممکن است سبب بسیاری ضایعات و خسارات گردد حتماً باید ارباب صنایع در برابر اینگونه غفلتها مجازات گردند و هم جبران خسارت مادی و معنوی کارگران را بنمایند ، کارگری که بر اثر ترکیدن دیک بخار و یا سقوط از آسانسور و ایجاد حریق و هزاران اتفاق دیگر برای يك عمر دیده از حیات خود فرو می بندد و یا مادام العمر معیوب و ناقص العضو در گوشه ای می افتد نمی توان بقانون خشک رومی ثنوری تقصیر ، که بیش از دوهزار سال از وضع و تدوین آن میگذرد استناد کرد

باید دید مصلحت و عدالت چه امری را ایجاب میکند ، قاعده اتلاف و مباشرت در حقوق اسلامی انتساب زیان به فعل انسانی است اما قاعده تسبیب در حقوق اسلامی اعم از آن است یعنی اگر دیک بخار منفجر شود و زیانی جانی یا مالی وارد گردد قاعده تسبیب کافی است که مسئولیت 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 از صاحب فعالیت (کارخانه) گرفت .

این یکی ازدهها تحولی است که ماشین در حقوق بوجود آورده، قانون مدنی فرانسه (مصوب ۱۸۰۴) و قانون مدنی آلمان (مصوب ۱۸۹۷) که در ۱۹۰۰ بموقع اجرا گذاشته شد) با وجودی که هر دو تحت تأثیر شدید حقوق رومی قرار گرفته‌اند و از نظر اساس فکر حقوقی و منبع اختلافی ندارند، معذالک از نظر زمان تدوین درست یک قرن باهم فرق دارند، قانون مدنی آلمان تحول بزرگی را بنام مساشینیسیم در بر دارد، در حالیکه قانون مدنی فرانسه از آن برخوردار نیست و اصول جدیدی که در قانون مدنی آلمان مشاهده می‌کنیم تماماً نتیجه همین تکان خوردن حقوق است؛ ولی همانطور که گفتیم در حقوق فرانسه؛ رویه و تفسیر قضائی و توجه به فعلیت دادن به اصل عدالت این نقیصه را جبران کرده است.

یکی از حقوقدانان<sup>۱</sup> درباره این موضوع که فرق مذهب با حقوق اینست که حقوق بیشتر از مذهب تابع اقتصاد می‌باشد می‌گوید:

«مذهب برخلاف بعضی از فرضیه‌های حقوقی اصولاً جبران خسارت بدون تقصیر را تجویز نمی‌کند<sup>۲</sup>.» در حالیکه بدون استقراء کامل منطقی بطور کلی یک نظر غیر منطقی ابراز شده، چه این نظر در مورد مذهب یهود و مسیح ممکن است مصداق داشته باشد؛ اما در مورد مذهب اسلام اساساً صادق نیست.

\* \* \*

۱- مقدمه حقوق تطبیقی ص ۱۷ و ۱۸

۲- «کلیات حقوق تطبیقی» دکتر حسن افشار در حقیقت چاپ چهارم «مقدمه حقوق تطبیقی» است که متأسفانه چاپ کتاب حاضر (زمینه حقوق تطبیقی) به نیمه رسیده بود که در تهران ملاقاتی با دکتر افشار دست داد، و موفق بدریافت این کتاب از معظم له گردیدم در «کلیات حقوق تطبیقی» استاد نظر خود را اصلاح کرده‌اند، بدینصورت که «توضیح فوق جنبه مادی و معنوی حقوق و مذهب را آشکار مینماید و علت این را که حقوق نمی‌تواند باندازه مذهب متوجه نیت افراد باشد بیان می‌کند» و دیگر اشاره‌ای نمی‌شود باینکه «مذهب برخلاف بعضی از فرضیه‌های حقوقی اصولاً جبران خسارت بدون تقصیر را تجویز نمی‌کند».



پيامبر اسلام در چهارده قرن پيش گوئی تمام اوضاع و احوال زندگی امروز را میدیده و در آن زمان قانونی را وضع کرده که تا پنجاه سال پيش نیز اروپائیان بآن پی برده بودند ، و حقوق اروپا پس از گذشت دوهزار و هفتصد سال از سیر حقوق بپایه کنونی رسیده است ، حقوق رُم از هشت قرن پيش از میلاد مسیح تطور خود را آغاز کرد و در قرن ششم میلادی مدون گشت و در حقوق اروپائی مراحل تکامل را پیمود تا در قرن بیستم باین مرحله رسیده است ، در حالیکه مبانی حقوق اسلامی در چهارده قرن قبل اکثر اصول ترقیات حقوقی کنونی را واجد است .

توضیح اینکه ضمان قهری از بیست و هفت قرن قبل تا کنون سه مرحله را گذرانده است :

۱ - مرحله بدوی ، در اوائل حقوق رومیان مبتنی بر تسکین حس انتقام -

جوئی بود .

۲ - اصل تقصیر در زمان ژوسطینین و مقارن با ظهور اسلام پدید آمد ، و در

حقوق اروپائیان تا اواخر قرن نوزدهم میلادی منعکس بود ؛

۳ - اصل تسبیب یا مسئولیت برون ذاتی در قرن بیستم .

اما اصل تسبیب در فقه اسلامی از ابتدای امر تشریح شد و در مسئولیت‌های مدنی غیر قراردادی هم از اصول حقوقی رومی و هم از اصول حقوقی قدیم اروپا متفاوت گشته و ازین رو مبانی حقوق اسلامی بهیچوجه با حقوق اروپائی اختلاط پیدا نکرده و حقوق اروپائی مجال نفوذ و تأثیر در حقوق اسلامی را نداشته است .

خوشبختانه قانون مدنی ایران تحت تأثیر حقوق اسلامی در مواد ۳۲۸ تا ۳۳۵

و همچنین در ماده ۱۲۱۶ که ترجمهً بالانصرف فقه اسلامی است در مورد مسئولیت از

تثوری برون گرا و عینی تسبیب پیروی نموده است .

ماده ۳۲۸ قانون مدنی ایران در مورد قاعده تلف میگوید :

« هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد



اعم از اینکه از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از اینکه عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است .

ماده ۳۳۱ قانون ایران در مورد قاعده تسبیب می گوید :

« هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آنرا بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن بر آید . »

ماده ۳۳۲ میگوید :

« هر گاه یکنفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود مباشر مسؤول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد بنحوی که عرفاً ای تلاف مستند باو باشد . »

پس با توجه با آنچه در مورد قاعده لاضرر و غیره تاکنون گفتیم ملاحظه میشود که اسلام به مکتب اصالت اجتماع ( سوسیالیزم ) نزدیکتر است چه تفاوت مکتب اصالت اجتماع از مکتب اصالت فرد در همین است که در اولی عنصر برون گرائی ( برون ذاتی ) بر عنصر درون گرائی مقدم است ولی در مکتب اصالت فرد بعکس آن است .

برای مطالعه بیشتر این فصل رجوع شود به کتابهای:

- ۱ - حقوق جنائی دکتر عبدالحسین علی آبادی .
- ۲ - حقوق مدنی دکتر سید حسن امامی .
- ۳ - مبانی حقوق دکتر موسی جوان .
- ۴ - دوره مقدماتی حقوق مدنی دکتر ناصر کاتوریان .
- ۵ - کلیات حقوق تطبیقی دکتر حسن افشار .
- ۶ - آئین دادرسی کیفری دکتر محمدعلی هدایتی .
- ۷ - قانون مدنی ایران .
- ۸ - شرح لمعه زین الدین بن نور الدین عاملی معروف بشهید ثانی .
- ۹ - مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا پرورگارو ترجمه دکتر نقابت .





## فصل یازدهم

مرزهای حقوق و اخلاق در فقه اسلامی



## ۱ - ارتباط حقوق و اخلاق

قلمرو حقوق ، دردنیای امروز ، تا آنجاست که بتوان برای آن ضمانت اجرائی<sup>۱</sup> تصور کرد پس از این رو قواعدی که در زمان و مکان خاص توسط اکثریت مردم لازم الاتباع شمرده شده اند ، ولی دارای ضمانت اجرای قانونی نیستند و در زمره قواعد اخلاقی شمرده میشوند .

ضمانت اجرا عبارت از قدرت عمومیست که پشتیبان و حامی مقررات قانونیست و از اینجهت حقوقدانان ، حقوق بین الملل را ناقص دانسته اند ، زیرا تاکنون ضمانت اجرای مؤثری نداشته است ، چه ایجاد جامعه ملل و متعاقب آن تأسیس سازمان ملل متحد و مؤسسات وابسته بآن اعم از فرهنگی ، اقتصادی ، سیاسی و غیره چنانکه مشهور و محسوس همگانتست ، نتوانسته امنیت بین المللی را آنگونه که شایسته و بایسته است حفظ و تأمین نماید ، و باکمال تأسف در راه صلح جهانی موفقیت کاملی حاصل نکرده است . زیرا یکی از ارکان حق را که قوه اجرائی باشد ، فاقد بوده است و حاکمیتی فوق حاکمیت دولتها وجود نداشته تا قواعد حقوق بین الملل را اجرا نموده و بدان جامعه عمل بپوشد .



از سوی دیگر حقوق اروپائی جنبه تہذیب نفس و اخلاق جامعه را بعهده ندارد و لذا تا اندازه ای منظور آن پیشگیری از جرم و بزه نیست بلکه بیشتر هدف اینست که دعاوی از میان برداشته شود یعنی بفصل خصومت توجه شده است و احقاق حق واقعی معمولاً در مرتبه دوم قرار گرفته است ، کمال مطلوب و مقصد آنستکه دعاوی هر چه بیشتر بوجه سهل تر و سریعتری پایان پذیرد و در نتیجه این وضع آنان که توانائی و قدرت مادی و معنوی بیشتری دارند تا وسائل بهره برداری از قواعد تشریفاتی را توسط وکلای مدافع فراهم کنند ، همواره موفقیت بیشتری را کسب خواهند کرد .

همچنین در حقوق اروپائی ، حقوق در خلأ تحقق نمی یابد و صورت خارجی بخود نمیگیرد و این اصلی است که علمای حقوق رم آنرا بصورت ضرب المثل در آورده اند که « حقوق زائیده اجتماع و جامعه بشری است » یعنی خارج از اجتماع اساساً فرض حق و تکلیف بی معنی است .

پس اگر شخصی در جزیره ای مرتکب جرمی شود و سپس افراد آن جزیره آن محل را تخلیه کنند و از آنجا کوچ نمایند بطوریکه هیچ کسی در جزیره باقی نماند جز همین شخص تبہکار ، حقوق امروز فرض حق و تکلیفی برای وی نمی نماید و او را مجازات نمیکنند .

اما از نظر مکتب فلسفی اما نوئل کانت آلمانی که در حقوق معتقد بدالت مطلقه است و برای احساس تکلیف و اطاعت از قانون اصالت خاصی قائل است وی عدالت اجتماعی را بدون قید و شرط و بطور مطلق تاکید کرده و میگوید جرم و عدم ایفاء تکلیف ایجاد یک لوٹ اخلاقی در روح مجرم میکند که باید بوسیله مجازات پاک گردد و نفع اجتماعی که در عصر حاضر از کیفر دادن مورد نظر است وی آنرا بر اساس مکتب عدالت مطلقه مورد توجه قرار نمیدهد .

در نظام حقوق اسلامی نیز تہذیب نفس و پاکیزگی روح و اخلاق بیش از هر چیز ارزش داده شده است ، چه غرض از بعثت پیامبران از طرفی تحقق عدالت اجتماعیست

که لازمه تعالی روانی افراد بشر است و از سوی دیگر عروج انسان بمرتبه ملکوتی و علو روح است .

پس در حقوق اسلامی باخلاق اهمیت بسیاری داده شده و آنرا یکی از وسائلی دانسته که در پیشگیری جرم و جنایت بسیار مؤثر بوده و خواهد بود .  
بنام میگویند :

« اگر حقوق و اخلاق يك مركز دارند ، يك محيط ندارند » یعنی مركز و منظور اصلی از این دو يك امر است که آسایش و سعادت بشر باشد اما این دو دارای قلمروهای متعدد هستند ، یکی ضامن اجرا دارد و دیگری ندارد در حقوق اسلامی قواعد حقوق و اخلاق از یکدیگر انفکاک ناپذیرند و يك محيط دارند یعنی حقوق هم ناظر باخلاق و هم ناظر با استقرار عدالت اجتماع است و لذا در کلیه کتب فقه اسلامی از قدیمترین ادوار تا کنون نخستین بابی که فقها از آن بحث کرده اند باب عبادات است و بندرت دیده شده که کتابی این بخش را مسکوت گذاشته باشد و همین مقدم داشتن این باب بر ابواب دیگر ( عقود و ایقاعات و احکام و سیاسات ) میرساند که در این نظام حقوقی عبادت یکی از ضمانت اجراها و هم یکی از وسائل پیشگیری جرم و جنایت محسوب میگردد .

در حقوق اسلامی غیر ممکن است که يك فرد که مطیع قوانین کشوریست از لحاظ اخلاقی فردی پست و فاسد باشد در حالیکه در کشورهای اروپائی این امر نه تنها غیر ممکن نیست بلکه اکثر چنین میباشد. در حقوق اسلامی نحوه زندگی شخصی و اجتماعی هر دو تعیین گردیده و از هم قابل تفکیک نیست و هر دو دارای ضمانت اجرای دنیوی و اخروی بوده و اعمالیکه مورد شکایت ستم دیده قرار گیرد تحت تعقیب قانونی قرار خواهد گرفت .

از سوی دیگر این مطلب که ضمانت اجرا یکی از ارکان تشکیل دهنده حق باشد ؛ مورد قبول همه حقوقدانان نیست یعنی حقوق و ضمانت اجرای آن دو موضوع جداگانه اند چه ممکنست حقوق وجود داشته باشد در حالیکه فاقد ضمانت اجرا باشد .



وجود حق بیشتر بسته بایمانی است که مردم نسبت به حقانیت آن دارند و همچنین قواعد اخلاقی هم از طرفی کاملاً بدون ضمانت اجراییست و حتی در اکثر قوانین فعلی دنیا قراردادهائی را که برخلاف اخلاق حسنه باشد از نظر دادگاهها غیر قابل ترتیب اثر اعلام داشته‌اند .

چنانکه ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران میگوید :

« محکمه نمیتواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا بعلمت دیگر مخالف بانظم عمومی محسوب میشود بموقع اجرا گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد »

و همچنین ماده ۶ آئین دادرسی مدنی ایران میگوید « عقود و قرار دادهائی که مغفل نظام عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست » و از این قبیل در قوانین کشورهای خارجی نیز دیده میشود و از این طریق بسیاری از مطالب اخلاقی متدرجاً وارد حقوق گردیده اند فی‌المثل در قوانین ، قاتل مورث را ازارت ممنوع نموده‌اند و این امر در همه قوانین از اخلاق منبعث گشته است و یا در حقوق کار و بیمه های اجتماعی و تعاونیها مقررات مربوط بکار اطفال و زنان و غیره از قواعد اخلاقی الهام گرفته است .

در حقوق اسلامی از مواردی که فقها متعرض آن شده اند نفقه بهائیم و حقوق حیوان است در صورتیکه در حقوق سایر کشورها اساساً حقوق از روابط انساها بحث میکنند و حقوق حیوان مربوط بکتب اخلاقیست اما در حقوق اسلامی حتی ضمانت اجرای دنیوی علاوه بر اخروی برای آن مقرر گشته است چه حاکم شرع برای حیوانی که قابل بهره برداری نباشد ، در صورت امتناع مالک ، میتواند برای نگاهداری آن حیوان ، املاک و حتی متاع خانه مالک حیوان را بفروش رساند .

از جهات دیگر ارتباط حقوق و اخلاق ، سیر تحول جامعه است که موجب تغییر



عرف و عادت و آداب و رسوم و اخلاق و سنن میشود و ناگزیر اینگونه تحولات در حقوق تأثیر قطعی دارد، در حقوق امروز همان طور که گفته شد قوانینی که مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه باشند جزو قوانین امری محسوب میگردند یعنی اراده افراد نمیتواند برخلاف آن قرار دادی را منعقد نماید درحالیکه قوانین دیگر که فاقد این جنبه هستند، از جمله قوانین تعویضی یا تفسیری بوده و افراد میتوانند آزادانه برخلاف آن قرار دادهای خصوصی خود را منعقد نمایند.

در نظام حقوق اسلامی هم با اعتبار عرف و عادت و اخلاق این دگرگونیها در تحول حقوق تأثیر قطعی خواهد داشت چه عرف و عادت از منابعی سرچشمه میگیرد که از آن جمله اصول عالیله اخلاق است که هوریو<sup>۱</sup> حقوقدان معروف فرانسوی از آن تعبیر با اصول فوق انسانی<sup>۲</sup> میکند چه نیروی اصول اخلاقی گاهی به حدی است که بنظر برخی میتواند مدرک حکم دادگاه قرار گیرد مثلاً اگر مسلم شود که شخصی مرتکب تقلب گردیده و در قانون فرضاً در این مورد نباشد قاضی میتواند ویرا محکوم نماید.

البته هر اندازه که وجدان اخلاقی اجتماعی در سطح غالبتری قرار گیرد، بهمان اندازه نیز تأثیر آن در حقوق بیشتر خواهد بود اینجا باید اضافه کرد که وجدان اخلاقی با وجدان روانشناسی فرق دارد، وجدان روانشناسی میگوید افراد جامعه دارای چه حالات و صفاتی هستند و حال آنکه وجدان اخلاقی میگوید چه حالات و صفاتی باید داشته باشند از موارد تأییدکننده اعتبار مقررات اخلاقی در فقه اسلامی همچنین اعتباریست که این حقوق با اقرار و گواهی و حنسی بسوگند داده است (سوگند در فقه بچندگونه منقسم گشته که عبارتند از: سوگند جزء بینه، سوگند استظهاری و قسمه و سوگند نفی العلم و سوگند بتی) همه اینها نشان دهنده آنست که

1-Hauriou

2 - Superlégalité

اخلاق در حقوق اسلامی دارای اهمیت بسزائیست و حال اینکه در دسته های حقوقی دیگر بسوگند چندان ارزشی داده نمیشود .

همچنین از موارد تأثیر اخلاق در حقوق یکی رشته حقوق جز است ، فی المثل در عنصر مادی جرم در جرم ترك فعل و یا فعل ناشی از ترك فعل مشاهده میشود ، مادری که از شیر دادن طفل خود داری کند و آن بچه بمیرد و یا شخصی که میتواند نایبائی را راهنمائی کند و از این کار امتناع نماید و در اثر آن نایبنا سقوط کند و بمیرد و از این قبیل موارد ، کسی که قصور و کوتاهی کرده مجازات میگردد. چنین موارد از جمله تکالیف اجتماعیست و همه این تکالیف از اخلاق ریشه و منشأ گرفته اند و همچنین اینکه در مجموعه های قوانین دیده میشود که هر چه مخالف اخلاق حسنه است مخالف نظم عمومی نیز هست و بالعکس ، این مطلب عبارت از آخرای همانست که در کلیه قراردادها هدف نباید نامشروع باشد و در حقوق مدنی در این باره تحت عنوان مشروعیت جهت معامله و داد و ستد بحث گردیده است .

از جهات افتراق همچنین میان حقوق و اخلاق اکنون بیک مورد دیگر اشاره میشود و آن همانست که مفاهیم اخلاق بیش از مفاهیم حقوق متغیر و متحول است. نهادهای جامعه و افکار عمومی در هر زمان و مکان وضع خاصی دارد و در هر عصر اکثریت مردم در زندگی اجتماعی پایبند اصولی هستند که ممکنست در اعصار دیگر چندان بدان از خود علاقه نشان ندهند و لذا مفهوم متغیر اخلاق ، حقوق را هم بتبع خود تغییر میدهد چه اخلاق از وجدان الهام میگردد و حکم وجدان بسیار متنوع است ، گاهی به احسان و نیکوکاری دعوت میکند زمانی بعبادت و پرستش و عشق میخواند و وقتی هم بعدالت خواهی و دادگری ، توده های انسان را بر میانگیزاند ، در حقوق همین انگیزش بسوی عدالت ، الهام بخش و منبع حقوق است و در حقیقت قواعد مربوط باین بخش است که اساس نظام حقوق اسلامی است .

تحقق بخشیدن بعدالت در هر زمان راه و روش مقتضی همان زمان را دارد و دنیا



را باید همواره در حال تحرك تحت مطالعه قرار دادنه در حالت سکون و ثبوت ، هربرت اسپنسر میگوید «هنگامیکه کمال مدنیت نسبی است کمال اخلاقی هم نسبی خواهد بود اما البته باین دلیل که کمال مطلق اخلاقی موقوف به کمال مطلق مدنیت است نباید از کمال نسبی اخلاقی صرف نظر کنیم و برای پی بردن به اصول این کمال نسبی هم باید همواره اصول کمال مطلق را پیشنهاد همت خود داشته باشیم پس در امر اخلاق نیز باید مانند کلیه امور جهان معتقد بتکامل باشیم» در حقوق اسلامی قوانین بردبان و وسیله نیل به هدف و مقصد هستند هدف نیز استقرار عدالت است و هم اعتلای روح و اخلاق فردی است و البته در این میان قوانین که وسیله و طریق رسیدن بمقصد هستند نیز مورد اعتنا میباشند چه اگر برای رسیدن به عدالت اجتماعی از بیراهه ظلم و تعدی عبور کنیم بدون تردید سرانجام ، چندان رضایت بخش نخواهد بود بلکه عاقبت الامر کار بیپایان و بالنتیجه بشکست و انحراف از هدف اصلی منتهی خواهد گشت .

## ۲- وظیفه و قلمرو حقوق

نقش حقوق و حوزه عمل آن ، در نظام اسلامی ، رهبری اجتماع بسوی فضیلت اخلاقی و عدالت اجتماعی است در این نظام هم زندگی پرهیزگارانه و هم راه حل‌های عاقلانه برای تحقق عدالت ضروری است اسلام هم ناظر بروح و هم ناظر ببدن است حقوق نقش رهبر را دارد که رهبری همه ارزشهای مادی و معنوی را بعهده میگیرد مکتب جامعی است و در واقع مانند کارخانه ایست که تمام قسمتهای مختلف آن بیکدیگر متصل و مربوط است انسان که خراب شدن و تباهی يك مهره یا بیج باعث فلج شدن و از کار افتادن تمام دستگاههای کارخانه میگردد ، حقوق اسلامی نیز تمام اصول و مقرراتش بیکدیگر وابسته و لازم و ملزومند .



برتراندراسل میگوید «چینیها در سینه دم تاریخ خود در مسیر رودخانه زرد ، خاک ریز هائی ساختند . حال آنکه در آسیای غربی ، چنانکه در داستان نوح دیده میشود ، زندگی پرهیزگاران را درمان شناختند در مورد آشفشانیها نیز همین نظر را داشتند و آنرا بایمانی ادیبانه در شرح نابودی سدوم و الغموره عرضه کردند . تا امروز این دو نوع تئوری ، نظریه چین و نظریه آسیای غربی بهمین صورت متناقض بحیات خود ادامه داده اند ولی سلطه نظر چین بتدریج افزایش یافته است .

باری پیشرفتهای بسیار جدید حاکی است که زندگانی پرهیزگاران ( بمعنای مایمتر از سابق) برای بقاء نوع بشر بهمان اندازه لازم است که ساختمان خاک ریزها ضرورت دارد .

این دو نوع تئوری در حقوق اسلامی توأماً وجود دارد ، در این نظام قوانین بدون اخلاق فردی ناقصند و ما هر چه هم که دستگاه مجهز و بی عیب و نقصی برای قضا و دادرسی با بودجه های هنگفت برپا کنیم باز این قوانین توسط افراد بشر باید اجرا گردند و معلوم است که يك نفر قاضی که معتقد و مؤمن ب ارزشهای اخلاقی نباشد تا چه حد برای جامعه خطر ناك است ، پس عبادت و زندگی پرهیزگاران از این رودر اسلام بدان اهمیت و اعتبار داده شده تا فکر گناه و جرم از ریشه قطع گردد .

از نظر اسلام يك فرد که مرتکب قتل نمیشود نباید باین علت باشد که بشدت از آن عمل پرهیز میکند بلکه باید از این جهت باشد که اندیشه قتل بخاطرش خطور نکرده است ، باین ترتیب آنچه بدو اباحکم اجبار قانونی ایجاد گشته متدرجاً جزء خصلت و فطرت و ملکة اخلاقی میگردد و دیگر آنرا بعنوان يك عامل محدود کننده آزادی و اختیار احساس نمیکند ، بلکه بخودی خود بدون احساس اجبار و فشار این خصلت نيك عادت میگردد ، عبادت در ایجاد چنین وضعی ، نقش بسیار مهمی را ایفاء میکنند و این وضع را در قبال همه جرائم و جنایات پدید میاورند عبادت در اسلام

تنها نماز نیست بلکه روزه ، خمس و زکوة و حج و جهاد و امر بمعروف و نهی از منکر نیز در شمار عباداتند زیرا در همه آنها قصد قربت بخدا شرط صحت عمل است .

باری روانشناسی و روانکوی که از نتایج آن خود آگاهیست ، امروز متأسفانه نتوانسته است اینگونه نرائل اخلاقی و بدبختیهای اجتماعی را ریشه کن کند و آگاهی بماوراء خود هم ، که بشر را قادر بکشف قوانین و نیروهای طبیعت کرده است بازظلم و فقر را از دنیا برنینداخته است پس ناگزیر باید از انان کنیم که تنها راه نجات همان تکیه گاه معنوی و زندگی پرهیز کارانه است که بهترین راه برای صفا و تعالی روح و کمال معنویست .

عبادت هدف مکتب «اقدامات دفاع اجتماعی» را تأمین میکند مکتب دفاع اجتماعی مکتبی است که پس از نحله عدالت مطلقه و نحله تحقیقی بوجود آمد. بموجب این مکتب مجازات در مبارزه با جرم اثری ندارد و از این رو انریکو فری در لایحه قانون جزای ایتالیا مجازات را حذف کرد و بجایش اقدام و تأمین اجتماعی را قرار داد ، وی میگفت همانگونه که کمال مطلوب دانش پزشکی مداوا و معالجه پس از واگیری امراض نباید باشد بلکه پیشگیری و جلوگیری از پیدایش و انتشار مرض باید وجهه همت پزشکان باشد چنانکه امروز نیز با از میان بردن عوامل واگیری و سرایت چه از لحاظ مجهز ساختن محیط داخلی بدن (تزیق واکسن و غیره ) و چه از نظر محیط خارجی کوشش میشود که علت اصلی بروز و ظهور امراض را با وسائل علمی نابود سازند ، بهداشت و بهداری جای پزشکی را میگیرد و بهمان نسبت که بهداشت پیشرفت میکند ، پزشکی بمفهوم درمانی آن کاهش مییابد و این دو باهم نسبت عکس دارند .

بهمین گونه ، در حقوق منظور غائی و نهائی مجازات و کیفر ، پس از ارتکاب بزه نباید باشد ، بلکه محو کردن عوامل جرم وجهه همت و کمال مطلوب آن باید باشد ، زیرا جامعه بخاطر دفاع از خود باید از وقوع و ارتکاب مجدد و مکرر جرم جلوگیری



کند و این امر را در حقوق جزا سیاست جزائی گویند .

این سیاست جزائی و نحلّه 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 ورطه هلاک خواهد افتاد ، اخلاق عاری از ضمانتهای دینی نمیتواند بملتی آن تقوا و تسلط بر نفس را که ضروری دوام و ثبات يك ملت است بدهد .

اگر ضمانت اجرای مذهبی گرفته شود اجتماع دچار هرج و مرج ، فساد ، جنایت و خودکشی خواهد شد .  
بقول يك نفر هندی :

« اخلاق بدون دین مانند آتش است که ازدور گرمی نمیبخشد »

و بعقیده گابریل تارد « زندگی شریف و احترام آمیز بعضی از بیدینان مدیون تأثیر و نفوذ مداوم تربیت دینی آنهاست »

و کارلیل این معنی را دنباله نور مسیحیت میداند ، همچنین رنان بهمین معنی اشاره میکند آنجا که جملات مشهور خود را مینویسد : « مادر سایه يك سایه زندگی میکنیم ، اما مردم پس از ما درجه زندگی خواهند کرد ؟ »  
اگر دنباله این نور مختصر نیز از میان برود آنها چگونه بر شهوات و دواعی و محرکات دروغ و دزدی و قتل مسلط خواهند شد ؟

رنان نتیجه میگیرد که « دین يك وهم ضروری است » .

دوستویوسکی بزرگترین داستان عالم را نوشت تا ثابت کند که چگونه انسان پس از ترك خداشناسی اسیر پنجه دیو میگردد .<sup>۲</sup>



از مبحث اصلی دور نشویم، گفته شد که حقوق باید جنبه پیشگیری داشته باشد و از سوی دیگر بنظر گروهی از دانشمندان حقوق جزا، کیفر دادن بتمنهایی کافی نبوده و خوب از بوتۀ آزمایش بیرون نیامده است.

افلاطون از نخستین کسانی است که گفت قوانین جزا باید برای تنبیه و اصلاح حال مجرم باشد نه کینه جوئی و آزار و انتقام و ازین رو درباره جنایت کاران میگوید که باید به بیمارستان فرستاده شوند.

و جان لاک میگوید: «کیفری که بمجرمی روا میداریم باید متناسب باشد با گناهی که کرده است و میزان کیفر عادلانه آنست که برای ترمیم آسیب و جلوگیری از وقوع جرم مجدد کافی باشد و دیگران را از کردن آن جرم بیمناک کند.»<sup>۱</sup>

ولی متأسفانه مشاهده میشود که در اکثر کشورهای دنیا، رژیم زندانها، بزهاران را تأدیب و تهذیب نکرده، بلکه بر جسارت و تمور و بیباکی آنان افزوده است، مجازات از انحطاط اخلاق نتوانسته است جلوگیری کند و ما در تنظیم حقوق فردی و اجتماعی بوسیله وضع قوانین کیفری نتوانسته ایم بکمال مطلوب برسیم. پس باز میرسیم باینکه باید افراد بنحوی تربیت شوند که از درون خود عوامل جرم و فساد را محو نمایند و مسلم است که این امر جز در سایه تعالیم مذهبی و انجام مناسک و عبادات دینی میسر نبوده و نتیجه مطلوب را نخواهد داد.

مطلب دیگری که لازم است یادآور شویم آنست که از نظر مکتب تحقیقی هرگاه اختلالی در وظایف الاعضاء ایجاد گردد، موجب بیماریهایی میشود که گاهی عرضی و گاهی اکتسابی است و در واقع بفساد اخلاق مربوط بوده و سلب مسؤولیت از بزهار نمیکنند و ژمانی نیز این اختلال در اساس دماغ و شعور مجرم بوده که البته نسبت به

۱- آزادی فرد و قدرت دولت ص ۱۴۶

۲- positivisme که به حقوق موضوعه یا مثبتته نیز تعبیر شده حقوقی است

که در میان مردم به تحقق رسیده و مورد عمل باشد.

شدت وضعف آن حدود مسؤولیت مرتکب تفاوت پیدا میکند ، بنحویکه اگر این اختلال آنقدر شدید باشد که مجرم را فاقد قصد و اراده و باصطلاح حقوق جزا فاقد عنصر معنوی جرم ، نماید ، در اینصورت اساساً مجرم را بجای زندان نباید روانه تیمارستان یا بیمارستانهای روحی و روانی کرد تا اینگونه بیماریها که ریشه‌های این نوع جرائم هستند تحت معالجه و درمان قرار گیرند .

در نظام حقوق اسلامی نیز افرادی که دارای عقل و شعور کامل نباشند و یا آزادی و اختیار نداشته باشند مشمول قوانین جزائی نیستند و حدود و کیفرهای اسلامی فقط دربارهٔ شخص عاقل و بالغ و رشید و جایزالتصرف و مختار اجرا میگردد . ولی البته در این نظر که مجرمین ممکن است بیمار باشند نباید آنچنان افراط کرد که هر جانی از نظر شعور و عقل ناقص تلقی شود و لذا نتوان وی را مجازات کرد ، بلکه اگر اینگونه بهانه‌ها در مورد تبهکاران بطور مطلق پذیرفته شود ، فساد و تباهی روزافزون میگردد و آنان که میل بفساد و تباهی دارند در صورت شناخته شدن و بچنگ عدالت افتادن ، جرم خود را ناشی از بیماری جلوه خواهند داد تا از مسؤولیت و در نتیجه از مجازاتشان کاسته شود و یا بکلی از کیفر معاف گردند .

از سوی دیگر اگر رفتار در زندان بدان پایه جنبهٔ انسانی و خیرخواهی داشته باشد که هر زندانی بطور رایگان و بدون رنج از تربیت عالی و آسایش و رفاه بهره‌مند گردد در این صورت همهٔ مردم بجنایت گرایش پیدا خواهند کرد پس مجازات بطور قطع باید جنبهٔ پیشگیری داشته باشد .

دکتر باهری در کتاب حقوق جزای عمومی مینویسد :

« در کمون حقوق اسلام قواعد و اصولی وجود دارد که تحولات ژمان قابل انعکاس در فروع احکام باشد و هرگاه تحولات جامعه از طریق صحیح و اصولی در فروع حقوق جزای اسلامی انعکاس پیدا کند ، دفاع اجتماعی قابل تأمین است ، حقوق جزای اسلام اصولاً امروز در عربستان 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 تکنیک حقوق جزای اسلامی نیز در حرکت بوده و فروع احکام را متناسب با اوضاع و احوال زمان تغییر دهد بدون شك حقوق جزای اسلامی خواهد توانست دفاع اجتماعی را بنحو مطلوبی میسر سازد»

از سوی دیگر همانطور که بارها گفته شده است، حقوق اسلامی يك حقوق علمی و الهی است و لذا ناظر به مسئله شؤون است امروز بعضی بر اساس تخصص علمی خود با برخی از مطالب آن ممکنست مخالف باشند ولی آنان بطور مجرد و انتزاعی آن موضوع را بررسی کرده اند و آنرا در نظام جامع الاطراف و بهم پیوسته حقوق اسلامی مطالعه نکرده اند. فی المثل ممکنست با قطع دست دزد مخالف باشند اما ضرر اقتصادی زندانها و عدم تأمین دفاع اجتماعی ناشی از آنرا ودهها مضار دیگری که از رژیم زندانها ناشی میگردد نمیبینند و بعلاوه متوجه این نکته مهم نیستند که تمام قوانین اسلام در محیط و نظام اجتماعی اسلامی قابل اجراست و بهمانگونه که در قرون اولیه اسلامی بندرت مشاهده شده است که دستی قطع شود در نظام اسلامی فعلی هم در صورت ایجاد چنان خواهد بود.

آلکسیس کارل<sup>۱</sup> در کتاب «انسان و وجود ناشناخته» موقعی که از رژیم زندانها انتقاد میکند موضوع جراحی یکی از اعضاء بدن را مطابق با کیفیات مخفیه و مشخصه جرم پیشنهاد میکند که تقریباً با آنچه حقوق اسلامی در مورد جرم سرقت میگوید هماهنگ است.

۱- Dr. Alexis Carrel - فیزیولوژیست و جراح وزیست شناس معروف

فرانسوی (۱۸۷۳ - ۱۹۴۴) نویسنده کتابهای انسان موجود ناشناخته، راه و رسم زندگی، نیایش و کتبی در طب و برنده جایزه نوبل.



الکسیس کارل مینویسد « بالاخره برای ما مسئله حل نشده انبوه فراوان افراد معلول و جنایت کار باقی میماند که چون بارگرانی بردوش بقیه اجتماع سنگینی میکند؛ مخارجی که برای زندانها و تیمارستانها و حفاظت مردم در برابر دزدان اجتماع و دیوانگان صرف میشود چنانکه میدانیم سرسام آور است .

از طرف ملت‌های متمدن برای حمایت این موجودات تبه‌کار و زیان‌بخش ، اقدامات ناچیزی شده است چنین افرادی رشد افراد طبیعی را نیز مانع میشوند ، ضروری است که این مسئله ، از نزدیک مورد مطالعه قرار گیرد ، چرا اجتماع مسئله جنایتکاران و دیوانگان را بشکل دیگری که مقرون بصرفه باشد ، حل نمیکند ؟ گرچه هنوز نمیتواند پاك را از ناپاك و مجرمین حقیقی را از آنها که اخلاقاً بیگناهند ، جدا کند و قادر بقضاوت درباره آدمیان نیست ، ولی باید در برابر عواملی که برای موجودیتش خطرناکند خود را حفظ کند ، چگونه میتواند ؟... محققا با بنای زندانهای بزرگتر و محکمتری ممکن نخواهد بود ، همانطوریکه تندرستی افراد با ساختمان بیمارستانهای بزرگتر و مجهزتری تامین نخواهد شد .

ما دیوانگی و جنایت را جز با شناسائی کامل انسان و با اورژنیسم<sup>۱</sup> و یا تحولی در روش تعلیم و تربیت و شرایط اجتماعی خود نمیتوانیم از میان برد ، ولی در انتظار چنین روزی باید در برابر جنایتکاران يك راه علمی درپیش گرفت .

شاید میبایستی زندانها را از میان برداشت و بجای آن مؤسسات کوچکتر و کم خرجتری ایجاد کرد ، برای تنبّه مقصرینی که گناه بزرگی مرتکب شده‌اند چند ضربه شلاق و یا بطریق علمی تری ، يك عمل كوچك و چندروز اقامت در يك بیمارستان کافی خواهد بود<sup>۲</sup>

۱- Eugenisme علم اصلاح نژاد بشر

۲- انسان موجود ناشناخته ص ۳۳۰

آیا الکسیس کارل همان مجازاتی را پیشنهاد نمی‌کند که اسلام در چهارده قرن قبل در مورد سرقت تجویز کرده بود؟ النهایه با قیود و شروط وحد نصاب معینی از مال مسروقه وضوابط دقیقتری که شرح آن از حوصله این گفتار بیرونست وهم مادر مقام بیان آن نیستیم. فقط در مورد کیفر قطع دست باید گفت که اسلام به طول زندگی بیشتر توجه کرده است تا بعرض آن.

توضیح آنکه هر کسی مایلمست فی المثل يك بند انگشت نداشته باشد و آزادانه در اجتماع زندگی کند وماهها و گاهی سالها محصور و محبوس زندان نباشد، ولی قوانین بشری از طول زندگی میکاهند و سالها فردی را در زندان گرفتار میکنند و قطع چند بند از سر انگشت را مخالف حیثیت وشؤون سارق میدانند و حال آنکه زیانهای زندان بیشمار است از آنجمله عدم وسائل رفع نیاز جنسی که غالباً منجر به ارتکاب همجنس بازی میشود که صدبار بیشتر بحیثیت وشؤون انسانی لطمه وارد میآورد، زیانهای اقتصادی که بر بودجه اجتماع وارد میآورد وهمچنین نداشتن اثر تأمین اجتماعی از نظر پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم و تمبیه تبهکاران و ارعاب آنان در مورد رژیم زندانها کاملاً مشهود است چه مجازات زندان پنهان از دید افراد اجتماع صورت میکیرد و لذا اثری را که از لحاظ ایجاد رعب و ترس و گرفتن عبرت در افراد بزهکار باید داشته باشد، فاقد است در حالیکه قطع دست چتین نیست و همه این جوانب در آن رعایت شده است.

پس فلسفه حقوق جزای اسلامی هم ناظر باجرای عدالت وهم ایجاد ترس و ارعاب از مجازات شدید و خشونت مجازات و از طرفی هم اصلاح و تهذیب مجرم میباشد و از سوی دیگر مجازات جنبه عینی و برون گرائی دارد و از سوی دیگر در مورد مجرمین سیاسی (که بحث آن نیاز بمقاله جداگانه ای دارد) قسائل بسار فساق و چشم پوشی شدید است.



دانشمندان و حقوقدانان بزرگی امثال کاروفالو<sup>۱</sup> و سزار لومبروزو<sup>۲</sup> و انریکو فری<sup>۳</sup> و فیلسوفانی چون سقراط و هربرت اسپنسر و دیگران همگی میگویند :

انسان طبیعتاً جنایتکار نیست ، بلکه عواملی از جمله محیط اجتماعی وی را و ادار بار تکاب آن میکند و بشر را در ورطه هلاک و نیستی میافکند والا تکامل بشر بسوی اخلاق عالی و تعالی روانی ، امری حتمی است و انسان در این راه پیش میرود تا جایی که خودخواهی و خود پرستیش به غیردوستی و نوع پرستی مبدل میگردد .

اسپنسر میگوید :

«در زمان مایک فرد تربیت یافته‌ای که از لحاظ مادی متوسط الحال باشد ، بی‌بج وجه نمیتواند خود را بر اهلی و اشتغال بکارهای زشت و پست حاضر کند و برای عمل باین فضیلت احتیاج بر ریاضت و مشقتی ندارد و چه رذائل اخلاقی تدریجاً محکوم بزوالند و ترقی و تعالی اخلاق مسلم و محسوس است » و نظیر آنرا لومبروزو در کتاب «انسان جنایتکار»<sup>۴</sup> آورده و گفته است که فساد اخلاق و ازدیاد جرائم در اثر اعتیاد بالکل ، افیون ، و امراض مقاربتی است که در اثر آن نوزاد سفیه و مجنون و فاقد استعداد می‌گردد .

۱- Garro Fallo از نمایندگان بنام مکتب تحقیقی (اثباتیون) در حقوق است .

۲- Cesar Lombroso طبیعی دان و جرم شناس ایتالیایی قرن نوزدهم وی معتقد است که همه بزهکاران بیمارانی هستند که قوه اراده را مرض از آن سلب کرده است .

۳- Enrico Ferri وکیل دادگستری و استاد حقوق جزا در دانشگاه رم بوده و کتابی بنام «افقهای جدید در عدالت جزایی» نوشته و تعبیر جامعه شناسی جنایی را او برای نخستین بار بکار برده است .

۴- L'homme Criminel که در ۱۸۷۴ منتشر شده است .



در اثر چنین عقایدی حقوق‌دانان جزائی می‌گویند از فقر بوسیله ایجاد کار و تعلیم و تربیت اجباری و همگانی باید جلوگیری کرد و با اعتیادات مسموم که موجب اختلالات عصبی میشود و در نسل نیز اثر سوء می‌گذارد، باید مبارزه کرد.

برای پیش گیری از جرم، بحثهای فلسفی و پیچیده و دور و دراز جبر و اختیار، عدالت مطلق و انسانی و یا وجود یا عدم مسؤولیت و کشف علت ارتکاب جرم فایده عملی ندارد، زیرا غور و تفحص در این مباحث نتایج نامطلوبی بار آورد، ازین رومسائل حقوق جزا را با فرض اراده آزاد و اختیار مورد تجزیه و تحلیل قرار دادند و بحثهای جبر و اختیار را بعهده فیلسوفان گذاشتند. دردنیای کنونی باید با توجه به عوامل محیطی و اجتماعی و فرهنگی و اقتصادی و غیره در پی کاهش عده جنایتکاران بود، چه محیط اجتماعی اگر فاسد باشد فرضاً اگر مجرمی در زندان یا ادارات تأدیب موقتاً اصلاح گردد همینکه بمحیط فاسد قبلی بازگشت، جرم و جنایت را خواه ناخواه دوباره از سر خواهد گرفت.

تربیت خانوادگی در کاهش دادن جنایات سهم بزرگی دارد؛ در خانواده‌ای که پیوسته میان زن و شوهر دعوی و منازعه و کدورت است و چشمهای فرزندان همواره شاهد گریه‌های مادر و طغیان پدر است، کودک معنی کانون گرم خانواده و محبت را نخواهد چشید و روح وی ناسالم و پر عقده خواهد بود چه در اینگونه خانواده‌ها بشخصیت وی توجهی نشده و حتی این محیط وی را فردی طاغی و یاغی بار خواهند آورد.

در خانواده‌ای که پدر هر شب مست از مجلس باده‌گساری بر میگردد و یا با اعصابی خسته و ناراحت از مجلس قمار بازگشته و یا بنام آزادی معاشرت و تجدد طلبی پدر و مادر خود را تا نیمه‌های شب در شب نشینی‌ها سرگرم قمار و رقص و مشروب خوری ببیند و .... مسلم است که اطفال اینگونه خانواده‌ها اعتیاد به الکل و قمار و انحرافات جنسی را بارث خواهند برد؛ صرف نظر از اینکه اینگونه اعتیادات از نظر توارث در نسل تاثیر قطعی دارد، خلاصه سخن اینکه اجتماعیکه خود از خرد مندی و تعادل و

احسان و نیکوکاری و تهذیب نفس بوئی نبرده است ، چگونه میتواند بنسل بعدی اینگونه فضائلی را که خود از آن بهره ای ندارد ، القاء کرده و میراث گذارد . همچنین فیلمهای زنده ضد اخلاق و عفت و مجلات و رنگیننامه های تجارتنی و رمانهایی که قهرمان داستانش را معمولاً يك دزد ناموس تشکیل میدهد و بجای ایجاد حس تنفرو از جاز نسبت به تبهکاریها ، هوس و وسوسه اینگونه اعمال جنایتکارانه را بیشتر اشاءه میدهد و حتی ارائه طریق مینماید از روابط نامشروع میان زن و مرد با آب و تاب فراوان حکایت میکند ، مسلم است که اینگونه عوامل در ایجاد میل بجنایت و عصیان و طغیان تأثیر قطعی خواهند داشت والا کسی با نشریات سودمند مخالف نیست و در لروم فیلمهای آموزنده نیز شك و تردیدی ندارد .

عامل اقتصادی نیز در ایجاد جرائم از عوامل بسیار مؤثر است و تأثیر عظیم فقر را بهیچوجه نمیتوان انکار کرد (كادَ الْفَقْرُ أَنْ يَكُونَ كُفْرًا . حدیث نبوی) و (أَلَمْ يَكُنْ يَدُومُ مَعَ الْكُفْرِ وَلَا يَدُومُ مَعَ الظُّلْمِ . حدیث نبوی) عامل اقتصادی زیر بنای اجتماع است و هر قدر اجتماعی از نظر رفع نیازهای مادی خود موفقتر باشد ، بهمان نسبت از سلامت روح و آرامش فکر بیشتر برخوردار خواهد بود .

عدم تعادل در آمد ها و بیکاری و ولگردی جوانان و نداشتن روزنه امید با آینده ای روشن و فشار طبقاتی شدید و ایجاد عقده حقارت ناشی از عدم تساوی شرایط اقتصادی و امکانات اجتماعی ایجاد حس کینه و انتقام علیه طبقات مرفه و برخوردار میکنند و همگی آنها بفساد نسل و بی بند و باری و انحرافات و ارتکاب جرائم از قبیل کشیدن چکهای بی محل ، دزدی کلاهبرداری و غیره منجر میشود .

#### ۴- آمار های تایید کننده

طبق تحقیقات روپنویچ ۸۰ درصد از صغار تبهکار متعلق بطبقات فقیر و پائین اجتماع هستند و وی فقط ۱۷ درصد از کودکان تبهکار را متعلق به طبقه بالای اجتماع



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 فقراست که نمی‌گذارد اطفال با فرهنگ و با تربیت بار آیند .

دختران خانواده های بی‌سامان از فقر و بی‌سرپرستی و بی‌توجهی اکثر به بدنامی و فحشا کشانده میشوند و بعد بچنگ دلان و مقاطعه کاران فحشاء و مؤسین معروفه خانه ها افتاده و براه سقوط و اضمحلال و بمنجلاب بدبختی فرومیروند .

این اوضاع و احوال باعث میشود که روز بروز امنیت اجتماعی در معرض تهدید شدید و بی‌نظمی و هرج و مرج قرار گیرد و مالیاتهای گزاف از مردم گرفته شود تا این ناپسامانیها را سامان بخشند بدون اینکه نطفه آنرا نگذارند منعقد شود ، درست مانند کسی که بخواهد باپشه مالاریا مبارزه کند بجای خشکاندن با تالاقها و پاشیدن گردهای سمی ، یکی یکی پشه هارا با دست بدیوار خانه بمالد که جز کثیف کردن دیوار نتیجه‌ای نخواهد داشت ، آیا کارپلیس قضائی در دنیاى امروز شبیه باین تمثیل نیست؟ از يك سو بنام آزادی و مساوات افراد در نحوه زندگی هرگونه بی‌بند و باری را آزاد میکنند و از سوی دیگر بودجه‌ای سنگین بردوش اجتماع تحمیل میکنند تا مخارج زندانها ، پلیس و مامورین آگاهی و قضات و دستگاه دادگستری را فراهم نمایند .

پس بهترین قانون همان است که همه جانبه و جامع باشد و از هر نظر توجه داشته باشد تا روح را تزکیه کند و تنها به قانون تکیه ننماید بلکه با وجود قانون بتهدیب نفس بپردازد تا مردم بتوانند در محیطی مافوق قانون زندگی کنند و علاوه بر اطاعت قانون حتی باحسان و نیکوکاری و تعاون بپردازند .

حقوق اسلامی با قوانینی که برای تعادل ثروت وضع کرده و امری که به استقرار عدالت نموده و تاکیدى که برای عبادت بیان داشته است منظور مکتب دفاع و تامین اجتماعى را بسهولت تامین خواهد کرد ، چه همانطور که گفته شد قوانین بتنهائی نمیتوانند صلح و آرامش را برقرار سازند مادام که مردم قلباً و روحاً پاك نشده و نسبت



بیکدیگر محبت پیدا نکرده‌اند و تاروح جرم و جنایت و طمع و حرص از میان نرود، قوانین کاری از پیش نخواهند برد و برای پاکی شهوات نفسانی پاکی قلب لازم است و پاکی قلب جز با عبادت پروردگار میسر نخواهد بود پس هم باید محیط پاک شود هم باید فرد از درون آماده گردد، اسلام مجازات راراه منحصر بفرد برای مبارزه با جرم ندانسته و حتی در عین تجویز قصاص و انتقام، عفو و بخشودگی را نیزه مجاز دانسته است.

الکسیس کارل میگوید «فقدان نیایش در میان ملتی برابر است با سقوط قطعی آن ملت ۰۰۰ اجتماعاتی که احتیاج به نیایش را در خود کشته‌اند معمولاً از فساد و زوال مصون نخواهند بود ۰۰۰ چنین بنظر میرسد که نیایش انسانها را آنچنان رشد میدهد که جامعه‌ای که وراثت و محیط به قامتشان دوخته است برایشان کوتاه گردد ملاقات پروردگار آنها را از صلح و آرامش درون لبریز میسازد بطوریکه شععه<sup>۱</sup> پرتو این صلح از چهره شان نمودار است و آنها هر جا که روند با خود میبرند»

ویلیام جمس فیلسوف آمریکائی نیز در کتاب «تحقیق در چگونگی انواع سیر باطنی انسان» مطالبی نظیر گفته‌های کارل دارد. و تأثیر دعا را هم جمس و هم کارل بصورت علمی در بهبود بخشیدن بیماریهای صعب‌العلاج بروش تجربه و آزمایش اثبات کرده‌اند. مؤسسه پرشکی لورد<sup>۲</sup> موارد زیادی از شفای امراض بوسیله دعا را در امراض سل استخوانی، صفاقی، پوستی و حتی سرطان و غیره جمع آوری کرده است<sup>۳</sup> پس مکتب تربیتی اسلام با ایجاد ایمان بخدا و معاد و دستور باشاعه کارهای خیر و نهی از منکرات آنگونه تنظیم شده که عبادات امور اجتماعی را تقویت میکنند و اجتماعیات، عبادات عملی بشمار میروند، اما با کمال تأسف در اوضاع و احوال کنونی در کشور ما با ایجاد

۱- نیایش دکتر کارل ص ۱۷ و ۲۱

۲- Lourde

۳- انسان موجود ناشناخته ص ۱۵۹

حس تجدد پرستی و تقلید ناقص و کورانۀ وسطحی از ظواهر تمدن فرنگ ، روز بروز از قوه ضمانت اجرائی و الزام کننده تعالیم اخلاقی و مذهبی کاسته میشود و اجتماع بسوی لجام گسیختگی شتابان گام برمیدارد ، تا آنجا که در وصف این عصر بعضی گفته اند : «عصر مسکنت ایمان و وحشت از بی ایمانی» .

آمارها نشان میدهد که از حدود چهل سال قبل تا کنون منحنی جرائم بنحو وحشتناکی سیر صعودی را طی کرده است تقریباً در سال ۱۳۰۷ در عدلیه تهران فقط يك شعبه بازپرسی وجود داشت و آنهم بخوبی از عهدۀ رسیدگی بیرونده های مرجوعه برمی آمد ، اما اکنون متجاوز از ۶۰ شعبه بازپرسی در دادرسی تهران دایر است و معذالك در اثر ازدیاد سرسام آور جرائم بازپرسان از رسیدگی به انبوه پرونده ها خسته هستند و شکایت دارند .

زیلا آماری متخذ از اداره کل آمار قضائی وزارت دادگستری نقل میشود. این آمار، کارکرد قضات استان مرکز، تهران و حومه (ورامین - گرمسار - شمیران) را از سال ۱۳۳۸ تا آخر سال ۱۳۴۳ که شامل پرونده های مدنی - کیفری و متفرقه میشود نشان میدهد.

سنوات	موجودی اول سال	پرونده های وارده یکساله	پرونده های 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 درممالک مختلف نشان میدهند، نمونه دادن وجمع آوری و تجزیه و تحلیل آن آمارها از گنجایش این گفتار بیرونست فقط برای نمونه چندآمار رادرزیر نقل میکنیم:

روزنامه اطلاعات (۴۶/۷/۲۷) چنین مینویسد:

«ساز ماناف. بی آی (امنیت فدرال) امریکا اعلام کرد که هوارد قتل، سرقت،



تجاوز بزنان و چاقو کشی در سال گذشته یازده درصد افزایش یافته و بهر کورده میلیون و سیصد و پنجاه هزار رسیده است از سال ۱۹۶۰ بعد جمعیت امریکا ۹ درصد افزایش یافته است در حالیکه موارد جرائم و جنایات ۹۶ درصد بالا رفته است .

این افزایش بیشتر در حومه شهرهای بزرگ مشاهده میشود . در یکسال اخیر ۱۰۹۲۰ فقره جنایت در امریکا روی داده از هر صد نفر - امور پلیس ۱۲ نفر - مورد حمله قرار گرفته و ۷۵ نفر آنها کشته شده اند . همچنین در مدت یکسال تعداد بازداشت شدگان با اتهام حمل مواد مخدره قاچاق نسبت بسال ۱۹۶۶ ، ۲۸ درصد و نسبت به شش سال گذشته ۸۲ درصد افزایش یافته است .

سازمان اف . بی . آی در گزارش خود دولت امریکا و دادگاههای محلی را از خطر عفو زندانیان و تضعیف کیفر آنها بر حذر داشته و خاطر نشان ساخته است که هفتاد و پنج درصد زندانیانی که در سال ۱۹۶۳ با سپردن تعهد اخلاقی آزاد شده اند در مدت دو سال اخیر به اتهام ارتکاب جرائم مختلف بار دیگر بازداشت گردیده اند .

طبق آمار منتشره در آمریکا «در هر ۲۵ ثانیه یک جرم بزرگ اتفاق می افتد در هر ۲۴ ساعت سی قتل نفس، ۵۰ عمل منافی عفت با قهر و غلبه، ۷۳۰ فقره سرقت بزرگ و بالغ بر ۳۰۰۰ دزدیهای کوچک و بطور خلاصه بالغ بر یک میلیون و پنجاه هزار جرم در سال رخ میدهد» .

روزنامه اطلاعات ۴۰/۵/۸ مینویسد «در گزارشی که (هاور) رئیس اداره آگاهی آمریکا منتشر ساخت یاد آورد شد که در سال ۱۹۶۰ تعداد جرائم و جنایات افراد در آمریکا بالغ بر ۱/۸۶۱/۰۰۰ بوده است که نسبت بسال گذشته چهار درصد افزایش پیدا کرده است هاور در گزارش خود افزود که اگر جرائم و جنایاتی که در سال ۱۹۵۰ در آمریکا روی داده با سال ۱۹۶۰ مقایسه کنیم می بینیم که در طول ده سال اخیر این

رقم ۹۸ درصد افزایش یافته است در حالیکه در همین مدت جمعیت امریکا فقط ۱۸ درصد زیاد شده است .

این آمارها نشان میدهد که تاریخ بشر ، علی‌رغم همه قدرتها و زمینه های مساعد ، به قهقرا برگشته است انسان متمدن بفساد و جنایت میکراید ، و علاوه بر این آمارهای جنایات فردی ، هر روز ما شاهد جنایات دسته جمعی ملل متمدن به کشورهای عقب ننگهداشته شده آسیا و آفریقا و امریکای لاتین هستیم . جنگ ویتنام ، الجزایر و غیره از مظاهر رؤسای این ملل با اصطلاح متمدن است که روی امثال چنکیز و تیمور و آنیلا را سفید کرده است .

\* \* \*

لازم نیست که آمار وحشتناک روزنامه هارا نقل کنیم ، یک نظر به سرسرای کاخ دادگستری تهران و باهر شهرستان دیگر کافی است که صحت این مطالب را تأیید کند ؛ اگر قانون دارای نفع اجتماعی نباشد چه سودی بر آن مترتب تواند بود .

کارل می‌نین جر روانشناس و روان‌پزشک نامی معاصر امریکا در برابر گروهی از حقوقدانان و کیفرشناسان بزرگ در انتقاد از فلسفه جزائی اظهار داشت « اگر نظریه شما درست میبود ، و مجازات بصورتی که شما طرفدار آن هستید موجب عبرت میشد ، اینک بایستی جرم و جنایت از جهان ریشه کن شده باشد »

کانت و ژوزف دومستر از بنیانگزاران مکتب عدالت مطلقه هستند ، اما انتقادی که از این مکتب شده اینست که قاضی نمیتواند به وجدانیات افرادی ببرد و دانای باسرار نهان فقط خداست ،

بلی قاضی میتواند عدالت را اجرا کند ولی عدالت نسبی نه مطلق ، که آنهم



بستگی بزمان و مکان دارد .

باید توجه کرد که از نظر کانت آلمانی علم و ادراک ما از پدیده ها و حوادث بدانگونه نیست که این ادراک بر حقایق امور منطبق گردد ، بلکه امور بر ادراک ما منطبق میشوند و معلومات ما بدانگونه است که ذهن ما اقتضا دارد ، یعنی پدیده ها و عوارضی را که درک میکنیم در واقع و نفس الامر چه هستند ؟ نمیدانیم ، زیرا ذهن ما برای دریافت آنها قالبهایی دارد که آنها را در آن قالبها میریزد و معلومات ما در حقیقت قالبگیریهایی ذهن از امور است و این کیفیت در ادراک ما چاره ندارد و ناگزیر چنین است خواه درست باشد خواه نادرست از این رو مذهب کانت را اصالت تصور<sup>۱</sup> یعنی انکار واقعیت اشیاء دانسته اند ، در حالیکه نباید اشتباه شود .

کانت مانند برخی از سوفسطائیان نمیکوید حقیقتی در کار نیست و هر چه هست وهم و پندار و عدم هستی ناساست بلکه می گوید ما ذوات را درک نمیکنیم و فقط عوارض آنها را در مییابیم و برای ما حقیقت همین است .<sup>۲</sup>

بنام صاحب تألیفات متعددی است که از جمله آنها کتاب « مجازاتها » و

پاداشها است .

وی یکی از بنیانگذاران مکتب فایده اجتماعی است و از اینرو او را میتوان یکی از علمای حقوق جزا دانست وی در مجازات متوجه فایده اجتماعی آنست بنظر او چون اجرای کیفر هزینههایی برای اجتماع دارد لذا هرگاه جامعه از آن فایده ای نبرد اجرای آن کیفر چه لزومی خواهد داشت ؟ در مجازات او طرفدار شدت عمل است زیرا هر اس و ترس مجرمین از تصور مجازاتهای سنگین وزندانهایی طولانی بساعت میشود که از ارتکاب و اقدام بجرم خودداری کنند .



قانون باید آنقدر مفید باشد که از تعداد جرائم بکاهد تا حدودی حقوق فردی رعایت شده و داد مظلوم گرفته شود و هم وجدان جامعه که جریحه دار شده تسکین یابد و هم قوانین بنحوی باشد که از تعداد مجرمین بکاهد و جنبه پیشگیری داشته باشد و مردم را بارزشهای اخلاقی آگاه گرداند و گرنه بصرف اینکه هواخواهان مکتب تحقیقی مسؤولیتی برای مجرمین قائل نباشند و یا آنان را دارای مسؤولیت خفیف بدانند نه باواقع تطبیق میکند و نه عملی میباشد چه همانطور که گفته شد ملل متریقی دنیا از این روش نتیجه معکوس گرفته اند .

نظام حقوق اسلامی بر این پایه است که باید بافقر و فاقه و تنگدستی و جهل مبارزه کرد و موانع ازدواج را از میان برداشت و آنرا تسهیل کرد، بافساد و تبهکاری ورشوه و منافیات عفت و قمار و باده گساری و خودکشی و یأس و ناامیدی بشدت مبارزه نمود و این مبارزه نباید بدانگونه باشد که اصل را رها کنند و فرع را کیفردهند. زن و مردی که مرتکب زنا میشوند آزاد باشند اما دلال و رابطه را جریمه نمایند و با قمارخانه دار را مجازات نقدی کنند ولی به قمار باز و زانی کاری نداشته باشند . این روش جامعه ای سالم بوجود نمی آورد در حقوق اسلامی علاوه بر دلال و واسطه و قمارخانه دار با نفس عمل به مبارزه میپردازد و آزادی لجام گسیخته را مستمسک قرار نمیدهد .

حقوق اسلامی يك حقوق مداخله گراست و برای فرد در این مورد ارزشی نمینهد و اصلت را برای اجتماع قائل است ، از ابتدا اجازه فروش مشروبات الکلی را نمیدهد تا مجبور باشد دستگامی عریض و طویل با مخارج هنگفت ایجاد کند تا جرائم قتل و ضرب و جرح را پس از وقوع تعقیب کرده کیفردهد .

حقوق جزا از ارفاق بحال مجرم و رعایت وی نتیجه خوبی نگرفته است لذا مکتب تأمین و دفاع اجتماعی اکنون علمدار بسامان رسانیدن نابسامانیهاست .

## ۴ - قصاص در حقوق اسلام

مکاتب حقوق جزا اغلب قصاص را عموماً و قتل را خصوصاً مورد اعتراض قرار داده‌اند و مجازات اعدام را در مورد قتل عمد از سنگدلی و بیرحمی دانسته‌اند که مورد تنفر طبیعت و شعور و وجدان آدمی است و معتقدند که اگر قتل موجب از میان رفتن يك فرد شده قصاص نیز فردی دیگر بآن میافزاید، پس بساید تربیت و فرهنگ عمومی بالا رود تا این رذائل اخلاقی ریشه‌کن گردد و ضمناً برای اینکه جمع میان حقیقت هم شده باشد یعنی حق اجتماع و حق صاحب خون (ولی دم) بساید مجرم را در مورد قتل عمد به حبس ابد که نتیجه آن با اعدام مساوی است محکوم نمود.

ولی قرآن در سوره مائده آیه ۳۵ میگوید :

أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا

یعنی « هر کس کسی را بکشد بدون اینکه او کسی را از وی کشته و یا فساد در زمین نموده باشد مانند آنست که همه مردم را کشته باشد و هر کس که یک نفر را از مردن رهایی دهد مانند آنست که همه مردم را از مرگ نجات داده باشد»

این حکم مطابق فطرت انسان است چه فطرت میگوید هرگاه شخصی آهنگ جان ما را کند و جز با کشتن وی راهی برای رهایی نباشد در اینجا بی درنگ بساید آن فرد را از میان برد از سوی دیگر از نظر ذات و طبیعت انسانی فرقی میان يك فرد و افراد دیگر نیست یعنی يك فرد از انسان برابر با همه انسانهاست، چه اگر فردی بدون حق از میان برود در حقیقت نسلی که ممکن است در صورت زنده بودن وی بوجود آیند تا لایتنهای ادامه می یافت و از طرفی این بکنوع احترام بارزش آدمی است که وی را برابر با همه انسانها قرار داده چه اگر فردی در حد اقل مرتبه از حیث ارزش



انسانی قرار گیرد باز در یک فضیلت ممکن است موجودی با ارزش باشد و باین ترتیب همان فضیلت را با تمام انسانها برابر نهاده است .

ویا هر فردی بقول کانت از حیث انسانیت یعنی عقل ، وجودیست مستقل و مقصود ، بالذات و چون حاکم بر اعمال خود میباشد و حکمش کلیست یعنی قانون است پس قانون گزار است و از این رو با کلیه نفوس دیگر برابر خواهد بود و این همان قاعده سوم اخلاقی کانت است که میگوید « چنان رفتار کن که از قانون گزاری تو (یعنی از اراده عقلی تو) دستورهائی برآید که با استقرار غایات مطلق سازگار باشد »<sup>۱</sup>

بعقیده هگل فیلسوف بزرگ « مجازات برای تأدیب نیست بلکه جبران نقض حق است پس در بعضی مواقع اعدام شخص هم در مقام جزا رواست بخلاف بعضی که مجازات را برای تأدیب میدانید و بنا بر این اعدام را در سیاست کاری بی اساس میشمارند. چون منافات میل و اراده شخص با حق یعنی اراده کل از میان رفت و اراده نفس با قانون و حق منطبق شد اخلاق و نیکی کردار میشود پس حق که امری برون ذاتی است چون برگشت و امری دوران ذاتی شد اخلاق خواهد بود در اخلاق عمل که بیرونی و پدیدار است تنها منظور نیست، نیت که پدیدار نیست و درونی است معتبر است و اخلاقی آنست که دلش بر درستی و داد و برطبق آنچه قانون و نظام مقرر داشته است گواهی دهد و نفع و سود را تابع خیر سازد »<sup>۲</sup>

بهر حال ، درد نیای امروز ملل روی غریزه حب و صیانت ذات با آنچه که حیات را در مخاطره انداخته باشد بمبارزه برمیخیزند تا چاه رسد که قتلی واقع شده باشد .

برای «منافع مادی و مقاصد پلید سیاسی خود دست باستعمار و استثمار زده و در این راه از انهدام میلیونها نفر انسان بخود نمیلرزند .

۱- سیر حکمت در اروپا جلد دوم ص ۱۶۲

۲- سیر حکمت در اروپا جلد سوم ص ۳۷



در مسابقات تسلیحاتی هر روز میلیونها دلار صرف میکنند تا از یکدیگر پیشی گیرند .

طبق اصل طبیعی «عکس العمل» که وقایع تاریخی و جبر زمان نیز آنرا صحنه میکند ، عملاً خود را هر چه بیشتر در برابر خطرات احتمالی مجهز میسازند هزاران گونه اعمال خلاف انسانی دربارهٔ ممنوع خود مرتکب میشوند و برای منافع اقتصادی و بازار فروش از هرگونه سیاست ظالمانه‌ای ابائی ندارند .

بیاد بیاوریم دو بمب اتمی را که بر فراز شهر هیروشیما و ناگازاکی انداختند و بدین ترتیب در سال ۱۹۴۵ یکی از ناجوانمردانه ترین جنایات را که بشریت از یادآوری آن بخود میلرزد مرتکب شدند ، چه در ۱۹۱۹ در کالج بریج دانشمندان انگلیسی معروف «دو تر فورد» ، اتم را تجزیه کرد و یک ربع قرن پس از آن ، فقط یک واحد اسلحه که قدرت تجزیه شدن اتم را در اختیار داشت متجاوز از یکصد هزار انسان را خاکستر کرد و بیشتر از این عده را برای همهٔ عمر از شکل و قیافه انداخت و همهٔ این کارها در ظرف چند ثانیه اتفاق افتاد .

در جنگ بین الملل دوم مبلغ  $۱/۱۱۶/۹۹۱/۴۶۳/۰۳۴$  دلار صرف کشتار یکدیگر کرده‌اند که باید بر آن مبلغ  $۲۳۰/۹۰۰/۰۰۰/۰۰۰$  دلار خسارت که به املاک خصوصی وارد آمده نیز اضافه شود و هم اکنون مخارجی که صرف تسلیحات میشود اگر واقعاً در مورد مبارزه بسا عقب ماندگی اقتصادی که اینهمه برای جهان امروز ضروری است بعمل آید فقر و فاقه و بدبختی از جهان رخت بر خواهد بست .

جنگ اول جهانی سی و سه کشور جهان را با جمعیت مجموع یکمیلیارد و پانصد میلیون نفر در شاع خود قرار داد عدهٔ تلفات به ده میلیون نفر بالغ شد و بیست میلیون نفر زخمی و معلول و مسموم شدند .

جنگ دوم جهانی هشتاد دو صد کلیه ساکنان روی زمین را در شعاع خود گرفت در ارتش دولتهای وارد در جنگ مجموعاً یکصد و ده میلیون نفر خدمت میکردند شصت میلیون نفر کشته و معیوب شدند بهای جنگ معادل ۲۲۳ میلیارد لیره انگلیسی برای جهان تمام شد<sup>۱</sup>.

در دورانی که ما زندگی میکنیم بررسیهای علمی نشان میدهد که نزدیک به دوسوم افراد بشر در گرسنگی دائم بسر میبرند و نزدیک به دو میلیارد نفوس بشری وسیلهای در اختیار ندارند تا از جنگ این مصیبت رهایی یابند<sup>۲</sup>.

برتر اندر اسل مینویسد :

«ملتهائی که سرگرم جنگ سردند سالیانه سه هزار میلیون پوند (قریب ۶۶ هزار میلیون تومان) یا در هر دقیقه ۶۶ هزار پوند (قریب یک میلیون و چهارصد و پنجاه و دو هزار تومان) در راه تدارک آدمکشی خرج میکنند.

بینید این هزینه گزاف تا چه حد میتواند سطح رفاه آدمیان را بالا ببرد. بیش از نیمی از مردم جهان غذا به مقدار کفایت نمیبخورند. نه بدانجهت که لازم است اینطور باشد بلکه بدانجهت که ملتهای ثروتمند ترجیح میدهند به کشتن یکدیگر مشغول باشند تا به ملتهای فقیرتر یاری کنند که سطح زندگی خود را ترفیع دهند. تا وقتی طرز فکر ما این باشد که امروز هست یگانه چیزی که ما را ترغیب میکند به ملتهای فقیر کمک کنیم امید جلب یاری آنان در جنگ سرد است. چرانباید ثروت ما صرف جلب یاری آنان برای تامین صلح شود؟»<sup>۳</sup>.

بحث پیرامون این مطالب به درازا خواهد کشید و ما را از مطلب اصلی دور

۱- حاکمیت دولتها دکتر حسن ارسنجانى ص ۳۳۹

۲- ناهماهنگی رشد اقتصادی و اجتماعی در دنیای معاصر دکتر عبدالرحیم احمدی

ص ۱۲۵

۳- برتر اندر اسل، آیا بشر آینده ای هم دارد ؟ ص ۲۴۲



خواهد کرد. گفته شد مکاتب حقوق جزا در عصر حاضر قصاص را مورد اعتراض شدید قرار داده‌اند و همین گروه که مقابله به مثل را ظالمانه میدانند، و تا این اندازه دل رحیم هستند دیدیم که چه بروزگار بشر در آورده‌اند.

و آنچه در باره تربیت میگویند که بایشرف‌ت آموزش و پرورش مردم خود بخود از مقابله به مثل در مورد قتل و ضرب و جرح نفرت پیدا خواهند کرد. باید گفت اتفاقاً اسلام هم در عین تجویز قصاص عفو و بخشش را از جانب صاحبان خون و شاکیان تجویز نموده است.

فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ آخِيهِ شَيْءٌ فَاَتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ  
(بقره آیه ۱۳۶)

پس اگر افراد آن درجه از اخلاق عالی برسند که عفو و گذشت و اغماض را اختیار کنند و گرد مقابله به مثل و کینه و انتقام نگردند، اسلام نیز بدان‌ها کاری نخواهد داشت ولی فقط اسلام ابتدائاً و منحصرأً محبت و گذشت را تجویز نمیکند و آنرا دستور نمیدهد چه اینکار با واقع منافات دارد.

ترحم بر پلنگ تیز دندان      ستمکاری بود با گوسفندان

اینجا بایک مقایسه اجمالی میان اسلام و مسیحیت واقع بینی اسلام محرز می‌گردد آیات ۳۸ تا ۴۱ از باب ۵ انجیل متی میفرماید «شما شنیده‌اید که چشمی به چشمی و دندان در مقابل دندان، لیکن من شما میگویم با شری مقاومت مکنید بلکه هر که بر خساره‌ر است تو تپانچه‌زند دیگری را نیز بسوی او بگردان و اگر کسی خواهد با تو دعوا کند و قبای تو را بگیرد عباي خود را نیز بدو واگذار. و هر گاه کسی ترا برای يك میل مجبور سازد دو میل همراه او برو».

صرف نظر از اینکه این دستور العمل تازگی نداشته و لائوتسو<sup>۱</sup> و بودا<sup>۲</sup> پنج

1- Lao Tzu

2- Boudha



یاشش قرن قبل از مسیح آنرا بیان داشته اند و صرف نظر از اینکه اساساً هیچ مسیحی بی بدان عمل نکرده و نمیکند چه با زندگی واقعی سازگار نیست. خود ملل مسیحی و بخصوص آباء کلیسا از بیرحم ترین و سفاکترین جنایتکاران تاریخ درنده تر بوده اند و بقول جان استوارتمیل «این دستگاه اخلاقی از لحاظ نکات بسیار مهمی ناقص و یک جانبه است و اگر وضع تمدن اروپائی امروز بدتر از آنکه هست نیست به علت آنست که عقاید و افکار و نمایانی که مورد قبول دستگاه اخلاقی عیسوی نبوده اند بتدریج در زندگانی اروپائیان نفوذ کرده و در آن موثر افتاده اند»<sup>۱</sup>.

در اخلاق عیسوی جنبه فعالیت و مثبت بسیار کمتر از جنبه فعل پذیری و منفی است و اساساً وظیفه فرد را از منافع هموعانش جدا میداند و لذا به اخلاقیات جنبه خودخواهی داده است استوارتمیل مینویسد «در اخلاقیات ملل پیش از دوران عیسوی تکلیف نسبت بدولت گاه چنان اهمیت می یافت که مزاحم آزادی مشروع فرد میشد. اما در اخلاقیات عیسوی این میدان مهم تکلیف اصلاً مورد توجه قرار نگرفته است مادر قرآن میخوانیم و نه در انجیل که «سلطانی که حاکمی بر رعایای خود میگمارد که از او بهتر در کشورش پیدا میشود نسبت به خداوند و اجتماع هر دو گناه کرده است» در اخلاقیات ما تصویری که دربارهٔ وظیفه نسبت با اجتماع موجود است ریشه های یونانی و رومی دارد نه عیسوی»<sup>۲</sup>.

ویل دورانت مینویسد «عده کمی از ماسجاعت آنرا دارند که آنچه بر دل غالب ما میکنند بر زبان آورند و آن اینکه اخذ آئین مسیح بتمام و کمال عملی نیست، ممکن نیست که بزنگی خود به آنچه باید بخوری یا بنوشی فکر نکنی ما نمیتوانیم ما فاند مرغان هوازندگی کنیم تا چه رسد بزنبق های صحرائی؛ بسیار مشکل است که همسایگان خود را مثل خود دوست بداریم و محال است بدشمنان خود مهر بورزیم».

۱- آزادی فرد و قدرت دولت ص ۳۳۶

۲- آزادی فرد و قدرت دولت ص ۳۳۷

مقاومت نکردن در جهانی که مردم آن ساخته انتخاب طبیعی و مبارزه برای حیات میباشند دعوت به حمله و برده سازی است ، قومی که دشمنان خود را دوست ندارد از روی زمین محو میشود<sup>۱</sup> .

اما اسلام در برابر این دستور مسیح میگوید «سزای بدی ، بدی بی است مانند آن و هر که ببخشد و اصلاح و سازش کند پاداشش بعهده خداوند است» جزاءُ سیئتهِ سیئتهِ مِثْلِهَا وَمَنْ عَفَى وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ (سوره شوری آیه ۳۹)

جامعه شناسی گفته است که همواره کشیشان و سپس بازرگانان و در دنباله آنها کشتی های جنگی در سواحل مستعمرات پیاده میشدند و ظاهر میکشیدند آری این مؤمنین به مسیحیت و پيشاهنگان تسلیح اخلاقی درست بخلاف مهمترین اصل مسیحیت آنچه را برای خود می پسندند برای کشورهای کم رشد و توسعه روانمیدارند !

اینجا واقع بینی نظام حقوق اسلامی بخوبی نمایان میگردد چه در مورد قصاص می گوید کیفری که بحکم قانون و بوسیله مجتبیٰ علیه یا صاحبان قانونی وی علیه تبهکار بکار میرود ، باید نظیر جرمی باشد که از طرف مجرم صورت گرفته یعنی جرم و کیفر شبیه یکدیگر باشند .

معتسب خم شکست و من سراو      سین بیالسن و الجروح قصاص

### ۵- قلمرو علم و دین

سخن اصلی در مرزهای حقوق و اخلاق بود ، گفته شد که حقوق باید عهده دار تأمین و دفاع اجتماعی باشد ، ولی دایره علم محدود و ناظر بیک جهت است و هر علمی از چهار چوب و حصار و مرز خود اغلب پافرا تر نمینهد .

و حال اینکه دیدگاه و جهان بینی اسلامی وسیع و گسترده و همه جانبه است . اینجا کلیه علوم بشری در قلمرو آنست .

در عین حال هیچکدام از علوم بنابه تخصص محدود خود نمیتوانند با قاطعیت درباره دین اظهار نظر کنند زیرا که در علوم هر مسئله ای جدا و منفک و مجرد از مسائل



دیگر مورد بررسی قرار میگیرد. ملامت‌متخصص در علوم طبیعی نمیتواند مسائل جهانی را با اتکاء به زمینه دانش خود کاملاً حل و فصل کند و بسامت‌متخصص در علوم روانی و پسیکولوژی نمیتواند با استفاده از معلومات خود درباره مشکلات سیاسی و اقتصادی جهان نظر دهد و فی‌المثل طرحی ارائه دهد که دولتها و حکومتها تأسیساتشان مبتنی بر اصول روانی باشد و یا دانشمند دیگری که همه چیز را از دیدگاه امور جنسی مینگرد<sup>۱</sup> حق ندارد همه مسائل راحتی موضوعی نظیر پرستش خدا را نیز از دریچه امور جنسی حل کند.

البته دین راهی را طی میکند همانگونه که علم مسیری را می‌پیماید ولی این دو مسیر در کنار هم و در عرض یکدیگر قرار گرفته‌اند و گاهی از پیشرفتهای یکدیگر برای توسعه و گسترش خود استفاده مینمایند.

بقول اسپینوزا «پس او باب ادیان از این ادعا دست باید بردارند که از بی‌نشان نشان بدهند و خدا را مانند یکی از افراد بشر معرفی کنند (غرض عیسویانند) که توانائی بسیار وهوی وهوس فراوان دارد، مهر میورزد و کینه میجوید و همواره با انتظار نشسته است که هدیه و تعارف با او بدهند... و نیز باید از اموری که حس و عقل و ادراک انسان بر او تعلق میگیرد صرف نظر کنند و باهل علم بگذارند تا از راههای علمی بآن رسند از آن طرف اهل علم هم باید بدانند که جز بر امور نسبی و عوارض دسترسی ندارند و از آنچه قابل ادراک نیست دست بردارند و منکر هم نباید بشوند»<sup>۲</sup>

باری همیشه باید دانست که ارزش علم ناظر بیک جهت است ممکن است موضوعی از نظر یک پزشک هیچگونه ضرری نداشته باشد و یا شاید دست کم در برخی موارد برای آن محاسنی هم قائل باشد، در صورتیکه از نظر یک جامعه شناس و یا عالم اقتصاد قضیه برعکس باشد و آنرا مضر بداند مانند حرمت استعمال ظروف طلا و نقره در شرع

۱- زیگموند فروید حکیم اتریشی (۱۹۳۸ - ۱۸۵۶)

۲- سیر حکمت در اروپا جلد سوم ص ۱۰۴



اسلام، که از نظر يك پزشك نه تنها هیچگونه زبانی ندارد بلکه باید گفت ممکن است از نظر بهداشتی آنرا مفید هم تشخیص دهد چه این دوفلز کمتر از فلزات دیگر میل ترکیبی باغذاهای مختلف دارند و یا پوشیدن ابریشم و طلا برای مسرد در شرع اسلام حرام است و حال آنکه از نظر بهداشتی ابدأ ضرری ندارد.

بنابراین پزشك نمیتواند بیدرتنگ حکم بدهد که حرمت اینهاواهی و بدون دلیل است. درحالی که می بینیم همین امور از نظر يك عالم اقتصاد و جامعه شناس بسیار جالب توجه میباشند، چه شارع اسلامی در تحریم آنها شاید جنبه اقتصادی را منظور کرده باشد که مسلمانان از تجمل بپرهیزند چه زیانهای اشیاء لوکس و غیر ضروری بویژه برای کشورهایی 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 و تجملی را هرچه میتواند تقلیل دهند و محدود کنند بطوریکه ذخیره ارزداشته باشند برای کالاهای تجهیزاتی که باید خریداری شود تا دیگر نیازی بکمک خارجی اعم از قرضه و هدیه با سرمایه گذاری خصوصی آنان نداشته باشند و خودشان بتوانند روی پای خود بایستند.

دکتر عبدالرحیم احمدی مینویسد «خرید محصول مصرفی خارجی مساوی است با برداشتن از درآمد عامه، یعنی بکارگرفتن نیروی کار و منابع داخلی بسود اقتصاد مسلط خارجی. اگر سهم اعظم واردات، محصولات مصرفی باشد و وسائل تولید را دربر نگیرد، این برداشت بلاائتها خواهد بود، پس منطق رشد اقتصادی ایجاب میکند که واردات مصرفی بسود واردات و وسائل تولید کاهش یابد»

ملاحظه میشود این مطلب در مورد محصولات مصرفی بود تاچه رسد به محصولات و واردات تجملی و تزئینی!

فهر و میگوید هر چه از خارجه میآید خیلی گرانتر از آنست که به وسیله دستهای هندی درست میشود گرچه قیمت این ده مقابل کالای خارجی باشد» .  
 از یاد آوری این مطالب غرض این بود که حقوق اسلامی ناظر بهمه شوون و جوانب اطراف بوده و پیوستگی مطالب آن جبران بسیاری از توهمات و نتیجه گیریها غلط رامیکند .

حقوق اسلامی نظامی است بهم پیوسته و جامع الاطراف و چند بعدی که هیچکدام از شعب آن بدون توجه بشعبه های دیگر نمیتواند به تنهایی ضامن نجات و رستگاری بشر باشد .

حقوق اسلامی نظامی همه جانبه و بهم پیوسته است هم اصالت فردی (فردگرا) هم اصالت اجتماعی (جمع گرا) است هم بخانواده وهم به محیط هم باقتصاد وهم به اخلاق عالیه اهمیت میدهد اگر حقوقدانی بدون در نظر گرفتن اینکه قانون اسلامی ناگزین باید در محیط اسلامی عمل شود این نظام را بررسی نماید دست به بعضی اظهار نظرهای نسنجیده و غیر علمی خواهد زد . که از عدم مطالعه و دقت کافی وی در اینکه کلیه قوانین اسلامی بر روی هم اثر میکنند ناشی میگردد . و مانند آن میماند که کسی بانگریستن عصاره آب آنرا شکسته ببیند ولی زحمت آنرا بخود ندهد تا از حس دیگری بنام لامسه مددگیرد و ببیند آنچه که شکسته می نماید بحقیقت شکسته نیست ، بلکه این خطای باصره است چه هواچگالی کمتری از آب دارد و لذا اشعه در هوا کمتر منکسر میگردد تا در آب ، و چون آب چگالی بیشتری دارد لذا اشعه در آن بیشتر انکسار پیدا می کند ، این مثل برای آنست که بدانیم که بایک دید و یک بعد به مسائل اجتماعی نگاه کردن تاچه اندازه ناروا و غیر علمی است هر چند که آن عوامل که بدان نمی نگریم و ارزش نمی نهیم از نظر ما عاملی غیر تعیین کننده باشد ، و این در مورد همه مسائل کاملا منطبق است و مورد استعمال دارد .

منابع:





ارزیابی حقوق اسلام ، حسین نجومیان  
۷۶

اساسنامه دیوان داوری بین المللی لاهه ۱۱۰

استبصار ، شیخ طوسی ۲۱۰

اسفار ، ملاصدرا ۷۰

اسلام، ومیثیک سوردل ترجمه دکتر دولتشاهی  
-۲۲۱

اسلام شناسی ، دکتر علی شریعتی ۴۴

۱۹۴-۱۹۵-۲۳۵-۴۱۷

اسلام و مالکیت ، سید محمود طالقانی

۳۶۹-۳۷۰-۳۸۰

اصول الاستنباط ، سیدعلی نقی حیدری ۷۱

اصول روانشناسی ، نورمان ، ل ، مان

ترجمه دکتر محمود صناعی ۳۸ -

۳۱۱-۳۱۰

اصول فقه ، محمد رشاد ۲۱۸-۲۴۲

۲۷۳

اصول کافی ، محمد بن یعقوب کلینی ۴۳-

۱۰۷

اعترافات ، ژان ژاک روسو ۱۷۱

اعلامیه حقوق بشر ۱۵۰

الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة

زین الدین بن نورالدین عاملی

معروت بشهید ثانی ۲۲۳-۳۵۴-۳۶۵

الندیر ، علامه عبدالحسین امینی ۲۱۳

آئین دادرسی کیفری ، دکتر محمدعلی  
هدایتی ۴۵۳

آئین دادرسی مدنی ، دکتر احمد متین

دفتری ۲۸-۳۶۰

آئین دادرسی مدنی (مجموعه قانون)

۲۷-۲۹-۵۲-۲۷۰-۲۷۶-۲۸۱

۲۹۳-۳۱۴

آزادی فرد و قدرت دولت ، دکتر محمود

صناعی ۶۷-۱۵۱-۱۷۸-۲۵۰-

۲۵۶-۳۲۲-۳۳۵-۳۷۵-۳۸۷-

۳۹۶-۴۶۷-۴۸۸

آزادی هند ، مهندس بازرگان ۱۳۸

آیا بشر آینده ای هم دارد ؟ برتراندراسل

ترجمه م . منصور ۲۰۷-۴۶۴-

۴۸۶

## الف

اخلاق ناصری ، خواجه نصیرالدین طوسی

۱۰۳-۱۰۲-۳

ارث در حقوق مدنی ایران ، دکتر موسی

عمید ۳۴۴

ارزش زن ، خانم دکتر قدسیه حجازی

۴۰۳

- تاریخ علم کلام ، شبلی نعمانی ترجمه  
فخر داعی ۴۲
- تاریخ فلسفه غرب ، برتراند راسل  
ترجمه نجف دریابنده ری ۱۸
- تئوری اقتصادی و کشورهای کم رشد ،  
گونار میردال ترجمه غلامرضا  
سیمعدی ۲۰۷-۲۵۵-۳۳۸
- تئوری کلی فلسفه حقوق ، کلود دو  
پاکیه ترجمه دکتر علی محمد  
طباطبائی ۶
- ترمینولوژی حقوق ، دکتر جعفری  
لنکرودی ۶۴-۷۱-۱۸۲-۲۰۹
- ۲۱۵-۲۳۰-۲۶۴-۲۶۹-۲۷۱-۲۷۱-  
۳۰۰-۳۰۱-۳۰۶-۳۱۱-۳۱۲-  
۳۱۶-۳۱۴
- 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 لایوم  
۹۴
- تقریرات ، میرزای نائینی ۸۴-۲۸۵-  
۴۳۴-
- تقریرات اصول ، محمود شهابی ۷۱-  
۲۱۳-۲۳۷-۲۳۹
- تقوی دمه‌نون ، افلاتون ترجمه دکتر  
کاپوانی و دکتر لطفی ۷
- تمدن اسلام و عرب ، گوستاوا لوبون  
۳۹-۱۰۹
- المدينة الفاضلة ، فارابی ۳
- المعتبر محقق حلی ۲۴۲
- امیدهای نودر زندگی متغیر برتراند راسل  
ترجمه دکتر شایگان ۱۰۰-۱۲۶-  
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**
- بحار الانوار مجلسی ۱۸۰-۲۴۰-۲۵۷
- بعثتی دربارهٔ مرجعیت و روحانیت بقلم جمعی  
از نویسندگان ۷۴-۷۵-۷۶-
- ۱۰۶-۱۰۸-۲۲۲-۴۱۱
- بردگی ، مورس لائزله ترجمه فصل الهی  
۳۰۸
- بررسی جرائم زن در ایران ، خانم دکتر  
قدسیهٔ حجازی ۴۰۳
- برهان قرآن ، صدرالدین بلاغی ۱۸۲-  
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



## ح

- حاکمیت دولتها، دکتر حسن  
ارسنجانی ۴۸۶
- حقوق اساسی، دکتر قاسم زاده  
۲۴۸-۲۴۹
- حقوق بین الملل خصوصی، دکتر محمد  
نصیری ۳۸۵
- حقوق جزای عمومی، دکتر محمد  
متمضد باهری ۴۷-۴۲۳-۴۶۸
- حقوق جنائی، دکتر عبدالحسین  
علی آبادی ۴۵۳
- حقوق در اسلام، مجید خدوری، لیبسنی  
ترجمه زین العابدین رهنما  
۱۶۶-۱۷۵-۳۳۹
- حقوق زن در اسلام و اروپا، دکتر حسن  
صدر ۳۸۸-۳۸۶
- حقوق مدنی، دکتر سید حسن امامی  
۳۵۶-۴۵۳
- حقوق مدنی، مصطفی عدل ۳۵۶
- حقوق مدنی ایران، دکتر سید علی  
شایگان ۶۳-۳۵۴
- حقوق و حدود زن در اسلام ۴۰۱
- حقوق يك عنصری، دکتر جعفری  
لنگرودی ۲۹۱

## خ

- خدا پرستی و افکار روز، مهندس مهدی  
بازرگان ۱۷۱
- خصال، شیخ صدوق ۲۸۷

۹۷

ترجمه فخر داعی

- تورات ۳۸۸-۳۸۵
- توضیح المسائل، حاج آقا حسین طباطبائی  
بروجردی ۴۲۶
- توضیح و بررسی مصاحبه برتراندراسل  
وایت، محمد تقی جعفری تبریزی  
۱۳-۲۲-۲۳-۱۱۷-۱۷۲
- تهذیب، شیخ طوسی ۲۱۰

## ج

- جامع عباسی، شیخ بهاء الدین محمد  
عاملی ۴۲۵-۴۲۶
- جامعه شناسی، دکتر یحیی مهدوی ۱۹۴
- جامعه شناسی، ساموئل کنینگ ترجمه  
مشفق همدانی ۴۸۶
- جمهور افلاطون. ترجمه فؤاد روحانی  
۳-۳۴۸
- جنگ اصفهان ۲۰۱
- جهانی بین ترس و امید، تیپور مند ترجمه  
خلیل ملکی ۹۱-۱۱۱-۱۳۲
- جهانی که من می شناسم، برتراندراسل  
ترجمه روح الله عباسی ۲۴

## چ

- چرا مسیحی نیستیم؟ برتراندراسل ترجمه  
روح الله عباسی  
۳۱-۴۱-۳۶۴-۳۹۵-۴۰۳
- چگونه جاه طلبی یونان را از میان برد؟  
توسیدید ۳۵۰

- حسام شهرتیس  
روزنامه اطلاعات ۳۹۴ - ۴۷۸ - ۴۷۹  
روزنامه کیهان ۳۹۴ - ۴۰۰  
روشهای تحقیق در علوم اجتماعی، ترجمه  
دکتر خسرو مهندسی ۳۷  
روضه کافی ۳۷۷

## ز

- زبده الاصول، شیخ بهاء الدین محمد عاملی  
۳۰۱  
زمینه جامعه شناسی، آگ برن ونیم کف  
ترجمه دکتر آریان پور  
۲۱ - ۹۳ - ۱۳۴ - ۱۹۹ - ۳۰۹  
زناشویی و اخلاق، برتر اندر اسل  
۴۱۲

- ۳۹۹ - ۴۰۰  
زن در حقوق اساسی، دکتر صاحب  
الزهانی ۴۰۳

## س

- سرود جهشها، محمد رضا حکیمی  
۴۱۷ - ۳۷۶  
سلمان پاک، لوئی ماسینیون ترجمه  
دکتر شریعتی ۴۴ - ۱۹۲ - ۲۲۰  
سوسیالیسم، ژرژ بورژن و پیر ریمر ترجمه  
مصالحی ۹۱ - ۲۵۱  
سیاست، ارسطو ۳  
سیر حکمت در اروپا، محمد علی فروغی  
۴۰ - ۶۶ - ۸۷ - ۹۴ - ۱۰۴ - ۱۴۷  
۱۴۸ - ۲۵۴ - ۲۵۹ - ۲۶۱ - ۳۱۶  
۳۳۶ - ۳۵۲ - ۳۵۸ - ۳۶۲ - ۳۷۲

## د

- دانشمندان نامی اسلام، خیری ۳۶  
دانشنامه حقوقی، دکتر جمفری  
لنگرودی ۷۱  
در آزادی، استوارت میل ترجمه دکتر  
صناعی ۱۳۹ - ۱۶۱ - ۲۴۸  
درسهائی از مکتب اسلام (مجله) ۱۶۹  
در نقد و ادب، دکتر مندور ترجمه  
دکتر شریعتی ۱۵۴ - ۱۵۶ - ۱۷۶  
دوره مقدماتی حقوق مدنی، دکتر  
ناصر کاتوزیان ۶۳ - ۳۲۵ - ۴۴۳  
۴۵۳  
دولة القرآن، طه عبد الباقي سرور ۱۷۱

## ذ

- ذخیره المعاد، شیخ زین العابدین  
مازندرانی ۴۲۶

## ر

- را ذکر شده ها، دکتر صاحب الزمانی  
۴۸۰  
راه و رسم زندگی، دکتر الکسیس کارل  
ترجمه دکتر پرویز دبیری ۴۶۹  
رحمة الامه فی اختلاف الائمة محمد بن  
عبدالرحمن دمشقی ۴۲ - ۴۳  
رسالة فی السیاسیه، شیخ رئیس ابوعلی  
سینا ۳  
روح القوانین، مونتسکیو ترجمه مهتدی  
۲۷ - ۹۸ - ۳۴۵ - ۳۸۰  
روح زن، ویرجینیا لومبروزو ترجمه پری

احمد آرام ۱۱-۱۵-۱۶-۱۷  
 علم ودین، مارسل کاشن ۳۹

## غ

غریبزدگی، جلال آل احمد ۴۳۱

## ف

فراغ الاصول، شیخ مرتضی انصاری

۸۴-۲۸۵

فروع کافی ۱۲۵

فصول، شیخ محمد حسین 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 (کدنا پلئون)

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

۴۶۳-۴۸۱-۴۸۴-۴۹۰

سیر روابط و حقوق بین الملل دکتر احمد

متین دفتری ۱۴۸

## ش

شبهه تحریم جنسی، دکتر صاحب الزمانی

۴۰۳

شجاعت و لاس، افلاطون ترجمه دکتر

کاوایی و دکتر لطفی ۲۵۰

شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام،

نجم الدین 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 الانسانیة، جرج جرداق

۴۳

## ط

طلاق و تجدید، هادی مهدوی ۳۹۴

## ع

عذر تقصیر به پیشگاه محمد و قرآن، جان

دیون پورت ترجمه سید غلامرضا

سعیدی ۱۷۷

علل ترقی و تنزل رومیان، مونسکیو ۴

علم به کجا میرود؟ ماکس پلانک ترجمه



۷۱ عبده  
کلیات حقوق تطبیقی، دکتر حسن افشار  
۴۵۰-۴۲۷-۳۸۶-۳۶۱-۳۰۷

۴۵۳  
کلیه و دمنه، به تصحیح مجتبی مینوی ۸۱  
۴۳۲ کیهان هفته

## گ

گفتار در روش درست راه بردن عقل،  
دکارت ترجمه محمد علی فروغی  
۸۳-۷۴-۴۹

گفتار عاشورا، بقلم جمعی از دانشمندان ۱۰۷

## ل

لذات فلسفه، ویل دورانت ترجمه دکتر  
عباس زریاب خوئی ۱۲-۱۹-۲۴-  
۴۸۹-۳۶۴-۳۹۸

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 هلی اکبر سیاسی

۳۷-۴۷-۲۶۰-۳۱۱-۳۱۲-

متعه و آثار حقوقی و اجتماعی آن،

دکتر محسن شفاغی ۳۸۶-۴۰۰

مثنوی معنوی، جلال الدین محمد بلخی

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-

۲۴۹-۲۵۱-۲۶۴-۲۷۲-۲۷۳-

۲۷۴-۳۰۳-۳۳۹-۳۴۲-۳۴۶-

۳۵۲-۳۶۵-۳۶۶-۳۶۷-۳۶۹-

۳۷۰-۳۷۷-۳۸۳-۳۹۰-۳۹۲-

۴۲۷-۴۸۳-۴۸۷-۴۸۹-

قرارداد اجتماعی، ژان ژاک روسو ترجمه

غلامحسین زیرک زاده ۱۷۱-۱۷۲-

قواعد فقه، محمود شهابی

۷۱-۸۴-۱۹۱-۲۸۰-

قوانین الاصول، میرزای قمی ۸۴-۱۸۷-

## ز

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-

کلبه عوتم، هریت بیچراستو ترجمه

منیرجرنی (مهران) ۳۸۰

کلیات حقوق، دکتر ناصر کاتوزیان

کلیات حقوق اسلامی، محمد بروجردی

ملاك اصول استنباط ، دكتر محسن شفاغی  
 ۲۹۲-۷۱  
 منظومه ، حاج ملاهادی سبزواری ۷۰  
 من لا يحضره الفقيه ۲۱۰  
 منهج الرشاد ، شیخ جعفر شوشتری ۴۲۶

## ن

نامه های ایرانی ، مونتهسکیو ۴  
 ناهماهنگی رشد اقتصادی واجتماعی در  
 دنیای معاصر ، دكتر عبدالرحیم  
 احمدی ۹۱-۱۰۲-۴۸۶-۴۹۱  
 نژاد پرستی وفرهنگك، امه سزر ترجمه  
 دكتر منوچهر هزارخانی ۵۹  
 نقد عقل دیا لکتیکی ، ژان پل سارتر ۱۳۴  
 نوامیس افلاطون ۳  
 نهج البلاغه علی علیه السلام، فیض الاسلام  
 ۱۸۶-۲۳۵-۳۷۷-۳۷۸  
 نیایش، دكتر الكسیمس كارل ترجمه دكتر  
 علی شریعتی ۴۶۹-۴۷۶

## و

وافی ۳۰۰  
 وسائل الشیعه ، شیخ محمد بن حسن حر-  
 عاملی ۲۵۷

## ه

هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، دكتر  
 موسی عمید ۶۲

## ی

یأس فلسفی ، دكتر مصطفی رحیمی ۱۳۵  
 یونانیان و بربرها ، امیر مهدی بدیع  
 ترجمه احمد آرام ۳۶-۱۴۸

مولوی ۲۴۸-۲۵۸  
 مجله جهان نو ۶۹  
 مجله زن روز ۳۲۸-۳۲۷  
 مجله كانون وكلا ۲۹۹  
 مدارج الاصول ، محقق حلّی ۲۴۲  
 مذهب دراویا ، مهندس بازرگان ۴۲۹  
 مرز میان دین وامور اجتماعی، مهندس  
 بازرگان ۹۵-۹۴  
 مستدرک الوسائل ، میرزا حسین نوری  
 ۲۵۷  
 مشکوة المصابیح ۴۱۴  
 مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا ،  
 پرفسور گارو ترجمه دكتر نقابت  
 ۴۵۳  
 معالم الاصول ، ابومنصور جمال الدین  
 حسن بن زین الدین ۲۳۹  
 مقالات الغریبه ، میرزا صادق تبریری  
 ۲۲۸-۲۳۲-۲۴۶-۳۴۲  
 مقدمه های بر اصول اخلاق وقانون نگزاری،  
 جر می بنقام ۱۳۷  
 مقدمه ابن خلدون ترجمه محمد پروین  
 گنابادی ۲۳۵  
 مقدمه حقوق تطبیقی ، دكتر حسن افشار  
 ۲۰-۱۰۶-۱۲۱-۱۲۲-۱۲۳  
 ۱۴۰-۱۴۱-۱۴۸-۱۴۹-۱۵۳  
 ۴۵۰  
 مقدمه عمومی علم حقوق، دكتر جعفری  
 لنکرودی ۳۴-۷۱-۲۴۹-۲۶۷  
 ۲۶۹-۲۸۱-۲۸۲-۳۰۲-۴۱۶  
 مکاسب ۳۵۴  
 مکتب اسلام (مجله ماهانه) ۳۹۵

## فهرستنامه

صفحه	سطر	فادرست	درست
۳	۱۴	۱۹۶۷	۱۶۷۹
۵	۲۱	پرسش	پاسخ
۷	۱۳	تغیر	تغییر
۱۴	۱۰	خواست‌هان	خواست‌های
۱۹	پاورقی	لذت فلسفه و يك	لذات فلسفه و ییل
۴۰	۱۸	نقش	نص
۴۰	۱۹	Philosophie sophestique Philoiobhie soqhtipve	
۴۲	۱۸	رسو الله	رسول الله
۷۳	۶	غورسیها	غوررسیها
۸۹	۱۳	بصورت‌های	بصورت‌های
۹۸	۲۴	۱۸۷۳	۱۷۸۳
۱۰۵	۷	بوده	باشد
۱۰۷	۹	استفاده	استفاده
۱۰۸	۳	توجی	توجهی
۱۰۸	۱۲	که	یعنی
۱۰۹	۹	مماوی	متمادی
۱۳۱	۵	قدوت	قدرت
۱۳۱	۹	این کشور	این دو کشور
۱۳۹	۱۷	پالمان	پارلمان
۱۴۰	۵	زمان	زمان



درس	فادرست	سطر	صفحه
متأسفانه	متأسفانه	۱۰	۱۴۲
به عمل و حقیقت	به عمل حقیقت و	۱۵	۱۹۲
میدهند	میدهد ،	۱۸	۲۰۲
یعقوب	یمقوب	۹	۲۱۰
مسلمانان	مسلمانان	۱۸	۲۱۱
معلوم	معلم	۴	۲۲۱
لمحمول	لمحول	۲۳	۲۳۰
ماهیت	ماهیت	۱۹	۲۳۱
قدر	قد	۱۴	۲۵۷
وروده	وروده	۱۳	۲۷۴
عبارتست	عبارتست	۱۰	۳۱۳
قطعی	قطعی	۱۵	۳۷۰
تا پایان	و پایان به	۱۰	۳۷۱
واگذار	واگذار	۱۸	۳۸۶
	وارد	۹	۳۸۹
واقعیتهای	واقعیتهای	۱	۴۳۷
فعلیت	فضیلت	۱۲	۴۴۸
قاعده	قائده	۱۹ و ۱۸	۴۴۹
عنصر	عصر	۱۳	۴۵۲
در ،	و در	۴	۴۵۷
چه ،	و چه	۱۰	۴۷۲



Library of



Princeton University.



Princeton University Library



32101 076317393