



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



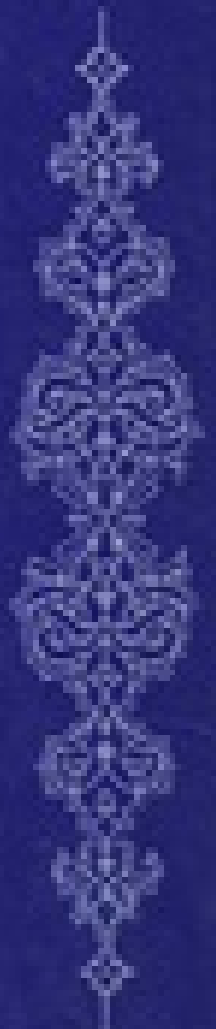
الرأیا
علیها یصی
الرأیا

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir



مسانی حقوق در ایران

حسین نجریان



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مبانی حقوق در ایران

نویسنده:

حسین نجومیان

ناشر چاپی:

بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۳	مبانی حقوق در ایران
۱۳	مشخصات کتاب
۱۳	اشاره
۱۷	فهرست مطالب
۲۸	پیش درآمد:
۳۳	بخش نخست - تمهیدات
۳۳	اشاره
۳۴	گفتار اول: مفاهیم حقوقی نسبی است یا مطلق؟
۳۴	اشاره
۳۵	مکتب تاریخی و طبیعی
۳۹	دیدگاههای نسبی گرایی
۳۹	اشاره
۴۰	۱- از نظر جامعه شناسی
۴۱	۲- از نظر روانشناسی فردی
۴۳	۳- از نظر فلسفی
۴۵	۴- از نظر علوم تجربی
۵۲	۵- از نظر تاریخی
۵۵	۶- از نظر حقوقی
۵۶	نتیجه و برآیند مطلب
۵۸	گفتار دوم: حقوق بیگانه و روش تجربی
۵۸	اشاره
۶۱	تاثیر علوم تجربی در حقوق
۶۵	نتیجه و خلاصه

۶۶	گفتار سوم: سیر تحول میان‌ی استنباط
۶۶	اشاره
۶۸	مکتب فلسفه گرایان
۶۹	مکتب اخباری و ظاهری (مکتب الفاظ) و مکتب اجتهاد
۷۳	مکتب تفسیر واژه به واژه
۷۵	مکتب حقوق فطری و نظام فلسفی آن
۷۹	گفتار چهارم: قوانین غایی (آرمانی) و قوانین علی (تجربی و عملی)
۹۱	بخش دوم - همسنجی نظام‌های حقوقی -
۹۱	اشاره
۹۱	گفتار اول: سیاست اقتصادی
۹۱	مقدمه:
۹۴	ویژگی‌های حقوق روسیه (پیش از فروپاشی)
۹۶	اعتبار اقتصاد
۹۸	آرای مارکس
۱۰۱	گفتار دوم: عرف و سابقه
۱۰۱	مقدمه:
۱۰۳	ارزش قانون
۱۰۵	عرف و سابقه چیست؟
۱۰۶	مقایسه با حقوق فرانسه
۱۰۶	رویه قضایی در اسلام
۱۰۷	اعتبار عقل
۱۱۱	گفتار سوم: قانون نوشته
۱۱۱	مقدمه:
۱۱۲	قدرت قانون
۱۱۳	عرف و عادت در نظام «قانون مدون»
۱۱۶	بخش سوم - پایه‌های استنباط

۱۱۶	اشاره
۱۱۸	مقدمه:
۱۱۹	گفتار اول: کتاب
۱۱۹	اشاره
۱۱۹	محکم و متشابه
۱۲۰	اعتبار آیه های محکم و متشابه
۱۲۰	دلایل اخباریان
۱۲۱	دلایل اصولیان
۱۲۳	اقسام آیه های متشابه
۱۲۴	مکتب تعدی از نص
۱۲۷	گفتار دوم: سنت
۱۲۷	سنت در لغت و جامعه شناسی
۱۲۸	ویژگیهای سنت از نظر جامعه شناسی:
۱۲۹	عقیده
۱۲۹	ویژگیهای عقیده عمومی:
۱۳۰	نقش سنت گرای و نوگرایی
۱۳۱	جنبه های مثبت و منفی
۱۳۱	سنت در فقه اسلامی
۱۳۲	علت وجودی سنت
۱۳۲	مجموعه های اهل سنت و جماعت:
۱۳۳	مجموعه های امامیه
۱۳۴	فرقه های اهل تسنن
۱۳۴	ارزیابی سنت
۱۳۶	انواع سنت
۱۳۷	شرایط اعتبار خبر متواتر:
۱۳۸	مرسل و مسند

- انواع خبر واحد ----- ۱۳۸
- تقسیمی دیگر از سنت ----- ۱۳۹
- تخصیص قرآن به حدیث ----- ۱۳۹
- گفتار سوم: اجماع ----- ۱۴۰
- الف: اصل شورا یا اجماع در حوزه حقوق عمومی ----- ۱۴۰
- ب: اجماع در حوزه حقوق خصوصی ----- ۱۴۳
- ۱ - نظر اهل سنت ----- ۱۴۳
- ۲ - نظر امامیه ----- ۱۴۴
- اشاره ----- ۱۴۴
- معصوم کیست؟ ----- ۱۴۴
- حجیت اجماع نزد امامیه: ----- ۱۴۶
- عقاید گوناگون درباره اجماع ----- ۱۴۸
- چگونه اجماع از رأی معصوم کاشف است؟ ----- ۱۴۹
- منقول و محصل ----- ۱۵۰
- گفتار چهارم: عقل ----- ۱۵۱
- اشاره ----- ۱۵۱
- عقل از نظر امامیه ----- ۱۵۵
- حسن و قبح عقلی ----- ۱۵۷
- آیا «عقل» می تواند مخصص قرآن باشد؟ ----- ۱۶۰
- ثمره بحث ----- ۱۶۰
- اشاره ----- ۱۶۰
- ۱- قاعده اضطرار ----- ۱۶۰
- ۲- حدیث لاضرر ----- ۱۶۳
- ۳- اباحه عقلی ----- ۱۶۵
- گفتار پنجم: اصلهای عملی (فروضهای قانونی) ----- ۱۶۶
- اشاره ----- ۱۶۶

۱۶۸	اقسام اصول عملی
۱۶۸	اشاره
۱۶۹	۱- اصل برائت
۱۶۹	اشاره
۱۶۹	دلایل اصل برائت:
۱۷۰	دلایل اخباری ها در بطلان اصل برائت:
۱۷۲	۲- اصل استصحاب (اعتبار حالت سابق)
۱۷۵	گفتار ششم: قیاس
۱۷۵	مقدمه:
۱۷۵	قیاس منطقی
۱۷۶	در لزوم قیاس حقوقی
۱۷۸	مکتبهای قیاس
۱۷۸	اشاره
۱۷۸	۱- مکتب نفی قیاس
۱۸۰	۲- مکتب تعدی از نص (قیاس منصوص العله)
۱۸۱	۳- مکتب قیاس مستنبط العله
۱۸۱	۴- مکتب قیاس آزاد (اصحاب رأی)
۱۸۱	اشاره
۱۸۴	آیا قیاس یک منبع حقوقی است؟
۱۸۴	آیا قیاس می تواند مخصص قرآن باشد؟
۱۸۵	قیاس در قوانین کیفری
۱۸۷	دلایلهای اعتبار قیاس
۱۸۷	الف - قرآن
۱۸۸	ب - سنت
۱۸۹	ج - اجماع
۱۸۹	د - عقل

۱۸۹	تعریف و عناصر قیاس
۱۸۹	تعریف قیاس
۱۹۰	عناصر قیاس
۱۹۱	۱- دلالت تنبیه و ایما
۱۹۲	۲- دلالت مفهوم موافق (اولویت)
۱۹۲	۳- علت مستنبط از نص
۱۹۲	اشاره
۱۹۲	عنصر دوم،
۱۹۳	عنصر سوم،
۱۹۳	عنصر چهارم،
۱۹۳	۱- سبر و تقسیم
۱۹۴	۲- طریق مناسبت
۱۹۴	۳- قیاس شبه
۱۹۴	ویژگیهای امامیه در باب قیاس
۱۹۶	گفتار هفتم: استحسان و استصلاح
۱۹۶	۱- استحسان
۱۹۶	اشاره
۱۹۹	دلایلهای اعتبار و حجیت استحسان
۱۹۹	الف - قرآن (کتاب):
۲۰۰	ب - سنت:
۲۰۰	ج - عقل:
۲۰۰	اقسام استحسان
۲۰۲	عقیده امامیه
۲۰۳	۲- استصلاح (مصلح مرسله)
۲۰۳	چند مثال برای استصلاح:
۲۰۶	گفتار هشتم: سد ذرایع

- ۲۰۶ - اشاره
- ۲۰۸ - عناصر سد ذرایع
- ۲۰۸ - عقاید موافق و مخالف
- ۲۰۹ - گفتار نهم: عرف و عادت
- ۲۰۹ - اشاره
- ۲۰۹ - ۱- عرف و عادت در روانشناسی
- ۲۰۹ - اشاره
- ۲۰۹ - الف - حرکت انعکاسی:
- ۲۰۹ - ب - حرکت غریزی:
- ۲۱۰ - ج - حرکت عادی:
- ۲۱۲ - د - حرکت ارادی:
- ۲۱۲ - تعریف عرف
- ۲۱۳ - «مد» یا رفتار اجتماعی
- ۲۱۴ - ۲- عرف و عادت در حقوق امروز
- ۲۱۵ - عقاید موافق و مخالف پیرامون عرف
- ۲۱۵ - اشاره
- ۲۱۵ - اول - موافقان:
- ۲۱۶ - دوم - مخالفان:
- ۲۲۰ - ارتباط عرف و قانون
- ۲۲۲ - ۳- عرف و عادت در فقه اسلامی
- ۲۲۲ - اشاره
- ۲۲۳ - عناصر عرف:
- ۲۲۳ - مصادیق عرف:
- ۲۲۴ - اقسام عرف: (۱- عرف حکمی و عرف محلی ۲- عرف لفظی و عملی)
- ۲۲۷ - آیا عرف، مخصّص نصّ می شود؟
- ۲۲۷ - ارزیابی عرف:

۲۳۱	گفتار دهم: عدل و انصاف
۲۳۱	اشاره
۲۳۱	۱- عدالت در فلسفه
۲۳۶	۲- عدالت در نصوص دینی
۲۴۱	گفتار یازدهم: تأسیس و امضاء
۲۴۴	گفتار دوازدهم: اخلاق
۲۵۰	بخش چهارم - کار آیی
۲۵۰	استنباط و استدراک
۲۵۱	تعریف و اقسام استنباط
۲۵۵	حکم اولی و ثانوی
۲۵۷	مصلحت شخصی و نوعی
۲۶۱	منابع و مراجع
۲۶۹	درباره مرکز

سرشناسه: نجومیان، حسین

عنوان و نام پدیدآور: مبانی حقوق در ایران / حسین نجومیان.

مشخصات نشر: مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی، 1376.

مشخصات ظاهری: [252]ص.

شابک: 5700 ریال: 9644440137؛ 5700 ریال (چاپ دوم)

یادداشت: ص.ع. به انگلیسی: Hossein Nojoomian. Foundations of law in Iran.

یادداشت: ویراست اول این کتاب در سال 1366 تحت عنوان "مبانی قانونگذاری و دادرسی" منتشر شده است.

یادداشت: کتابنامه: ص. [230] - 233؛ همچنین به صورت زیرنویس.

یادداشت: نمایه.

موضوع: حقوق تطبیقی

موضوع: حقوق -- تفسیر و استنباط

موضوع: اصول فقه

شناسه افزوده: بنیاد پژوهش های اسلامی

رده بندی کنگره: BP155/ن3م2 1376

رده بندی دیویی: 297/31

شماره کتابشناسی ملی: م772462

ص: 1

اشاره

مبانی حقوق در ایران

تالیف

حسین نجومیان

ص: 3

پیش درآمد *** 11

بخش نخست - تمهیدات

گفتار اول: مفاهیم حقوقی نسبی است یا مطلق؟ *** 17

مکتب تاریخی و طبیعی *** 18

دیدگاههای نسبی گرایی *** 22

1- از نظر جامعه شناسی *** 23

2- از نظر روانشناسی فردی *** 24

3- از نظر فلسفی *** 26

4- از نظر علوم تجربی *** 28

5- از نظر تاریخی *** 33

6- از نظر حقوقی *** 36

نتیجه و برآیند مطلب *** 37

گفتار دوم: حقوق بیگانه و روش تجربی *** 39

تاثیر علوم تجربی در حقوق *** 42

نتیجه و خلاصه *** 46

گفتار سوم: سیر تحول مبانی استنباط *** 47

مکتب فلسفه گرایان *** 49

مکتب اخباری و ظاهری (مکتب الفاظ) و مکتب اجتهاد *** 50

مکتب تفسیر واژه بواژه *** 54

مکتب حقوق فطری و نظام فلسفی آن *** 55

گفتار چهارم: قوانین غایی (آرمانی) و قوانین علیّی (تجربی و عملی) *** 59

بخش دوم - همسنجی نظامهای حقوقی

گفتار اول: سیاست اقتصادی *** 69

ص: 5

مقدمه *** 69

ویژگیهای حقوق روسیه (پیش از فروپاشی) *** 72

اعتبار اقتصاد *** 74

آرای مارکس *** 76

گفتار دوم: عرف و سابقه *** 79

مقدمه *** 79

ارزش قانون *** 81

عرف و سابقه چیست؟ *** 83

مقایسه با حقوق فرانسه *** 84

رویه قضایی در اسلام *** 84

اعتبار عقل *** 85

گفتار سوم: قانون نوشته *** 89

مقدمه *** 89

قدرت قانون *** 90

عرف و عادت در نظام «قانون مدون» *** 91

بخش سوم - پایه های استنباط

مقدمه *** 96

گفتار اول: کتاب *** 97

محکم و متشابه *** 97

اعتبار آیه های محکم و متشابه *** 98

دلایل اخباریان *** 98

دلایل اصولیان *** 99

اقسام آیه های متشابه *** 101

مکتب تعدی از نص *** 102

گفتار دوم: سنّ-ت *** 105

سنت در لغت و جامعه شناسی *** 105

ویژگیهای سنت از نظر جامعه شناسی *** 106

عقیده *** 107

ویژگیهای عقیده عمومی *** 107

نقش سنت گرایی و نوگرایی *** 108

جنبه های مثبت و منفی *** 109

سنت در فقه اسلامی *** 109

ص: 6

علت وجودی سنت *** 110

مجموعه های اهل سنت و جماعت *** 110

مجموعه های امامیه *** 111

فرقه های اهل تسنن *** 112

ارزیابی سنت *** 112

انواع سنت *** 114

شرایط اعتبار خبر متواتر *** 115

مرسل و مسند *** 116

انواع خبر واحد *** 116

تقسیمی دیگر از سنت *** 117

تخصیص قرآن به حدیث *** 117

گفتار سوم: اجماع *** 118

الف: اصل شورا یا اجماع در حوزه حقوق عمومی *** 118

ب: اجماع در حوزه حقوق خصوصی *** 121

1 - نظر اهل سنت *** 121

2 - نظر امامیه *** 122

معصوم کیست؟ *** 122

حجیت اجماع نزد امامیه *** 123

عقاید گوناگون درباره اجماع *** 125

چگونه اجماع از رأی معصوم کاشف است؟ *** 126

منقول و محصل *** 127

گفتار چهارم: عقل *** 128

عقل از نظر امامیه *** 132

حسن و قبح عقلی *** 134

آیا «عقل» می تواند منحصر قرآن باشد؟ *** 137

شماره بحث *** 137

1- قاعده اضطرار *** 137

2- حدیث لاضرر *** 140

چند نمونه از مصادیق لاضرر *** 141

3- اباحه عقلی *** 142

گفتار پنجم: اصلهای عملی (فروضهای قانونی) *** 143

اقسام اصول عملی *** 145

1- اصل برائت *** 146

ص: 7

دلایل اصل برائت: (کتاب - سنت - عقل - اجماع) *** 146

دلایل اخباری ها در بطلان اصل برائت: (کتاب - سنت عقل) *** 147

2- اصل استصحاب (اعتبار حالت سابق) *** 148

دلایل اعتبار استصحاب *** 150

گفتار ششم: قیاس *** 151

مقدمه *** 151

قیاس منطقی *** 151

در لزوم قیاس حقوقی *** 152

مکتبهای قیاس *** 153

1- مکتب نفی قیاس *** 153

2- مکتب تعدی از نص (قیاس منصوص العله) *** 154

3- مکتب قیاس مستنبط العله *** 155

4- مکتب قیاس آزاد (اصحاب رأی) *** 155

آیا قیاس یک منبع حقوقی است؟ *** 157

آیا قیاس می تواند مخصص قرآن باشد؟ *** 157

قیاس در قوانین کیفری *** 158

دلایلهای اعتبار قیاس *** 160

الف - قرآن *** 160

ب - سنت *** 161

ج - اجماع *** 162

د - عقل *** 162

تعریف و عناصر قیاس *** 162

تعریف قیاس *** 162

عناصر قیاس *** 163

عنصر اول: (راههای استنباط علت - چگونگی استنباط علت از نص) *** 163

1 - دلالت تنبیه و ایما *** 164

2 - دلالت مفهوم موافق (اولویت) *** 165

3 - علت مستنبط از نص *** 165

عنصر دوم *** 165

عنصر سوم *** 166

عنصر چهارم: (جامع یا علت - چگونگی استخراج علت) *** 166

1 - سبر و تقسیم *** 166

تنقیح مناط *** 166

ص: 8

2 - طریق مناسبت *** 167

3 - قیاس شبه *** 167

ویژگیهای امامیه در باب قیاس *** 167

گفتار هفتم: استحسان و استصلاح *** 169

1 - استحسان *** 169

دلایلهای اعتبار و حجیت استحسان *** 172

الف - قرآن (کتاب) *** 172

ب - سنت *** 173

ج - عقل *** 173

اقسام استحسان *** 173

عقیده امامیه *** 174

2 - استصلاح (مصالح مرسله) *** 175

چند مثال برای استصلاح *** 175

گفتار هشتم: سد ذرایع *** 178

عناصر سد ذرایع *** 180

عقاید موافق و مخالف *** 180

گفتار نهم: عرف و عادت *** 181

1 - عرف و عادت در روانشناسی *** 181

الف - حرکت انعکاسی *** 181

ب - حرکت غریزی *** 181

ج - حرکت عادی: (کیفیت تشکیل عادت) *** 182

د - حرکتِ ارادی *** 184

تعریف عرف *** 184

«مد» یا رفتار اجتماعی *** 185

2- عرف و عادت در حقوق امروز *** 186

عقاید موافق و مخالف پیرامون عرف *** 187

اول - موافقان *** 187

دوم - مخالفان *** 188

ارتباط عرف و قانون *** 192

3- عرف و عادت در فقه اسلامی *** 194

عناصر عرف *** 195

مصادیق عرف *** 195

اقسام عرف: (1- عرف حکمی و عرف محلی 2- عرف لفظی و عملی *** 196

ص: 9

ارزیابی عرف *** 199

گفتار دهم: عدل و انصاف *** 202

1 - عدالت در فلسفه *** 202

2 - عدالت در نصوص دینی *** 207

گفتار یازدهم: تأسیس و امضاء *** 211

گفتار دوازدهم: اخلاق *** 214

بخش چهارم - کار آیی استنباط و استدراک

تعریف و اقسام استنباط *** 221

حکم اولی و ثانوی *** 225

مصلحت شخصی و نوعی *** 227

منابع و مراجع *** 230

ص: 10

این رساله دستاورد کوششی است برای بازنمایی شیوه‌ای تازه در ساخت و کارکرد هنر استنباط، چکیده و برآیند برخی اندیشه‌ها که در گنجینه تالیف‌های پیشینیان ما در گذر قرن‌ها پدید آمده، با دید و دریافتهایی از حقوق امروز دنیا، به سبک و به زبان روز بازگو شده و باریک بینی و موشکافی‌های آنان در بسیاری موارد از جمله در: سکوت و یا نقص و یا اجمال و ابهام و یا تعارض قوانین، بررسی شده و نشان داده که در امر قضا رهگشای دادرسان بوده است و بنابراین نباید از این شاخه از دانش که درس‌های گرانبهایی به ما داده است، چشم پوشید.

فلسفه تجدید نظر خواهی در حقوق به مدد فنون استنباط، آمده است تا توان هماهنگی حقوق موضوعه را با تحولات زمان روشن کند و این همه با نظام‌های بیگانه مقایسه شده است تا ریزه کاریهایی که در سازمان‌های گوناگون به کار رفته بیشتر و بهتر آشکار شود.

گرچه این دفتر بیشتر جنبه نظری دارد و کمتر به مسائل عملی دنیای روز پرداخته است، مع ذلک از فایده عملی آن کاسته نمی‌شود، بی‌گمان از مطالعه یک کتاب همواره نباید سودمندی آتی و عملی آن را در نظر گرفت و حل همه پرسش‌ها و دشواری‌ها را انتظار داشت، چه بسا هدفهایی که بیش از نفع آتی و عاجل، در سازماندهی کلیت فکر ما در آینده، مؤثر می‌افتد، مثلاً فلسفه حقوق، که موضوع آن علت‌ها و انگیزه‌های قانونگذاری و دادرسی است، ازین دست است. فهم این همه به معنای عام، برای آنان که کم حوصله اند در آغاز بیهوده می‌نماید، لکن این که بدانیم ماده قانون را در یک دعوی و یا واقعه‌ای حقوقی یا جزایی چگونه به کار بریم، غیر از آنست که در واقع آن را فهمیده و به ریشه‌ها و سرچشمه‌هایش پی برده باشیم، - در مثل مناقشه نیست - رانندگی اتومبیل را اگر بدانیم، هرگز نباید ادعا کنیم که اصول و مبانی علمی را که در اتومبیل به کار رفته، می‌دانیم، و بدین گونه چون در کار دادرسی به کار بستن ماده قانون را می‌دانیم، نباید مدعی شویم که به حقیقت تکوین آن نیز وقوف داریم و از دانستن اصول علمی و فلسفی آن بی‌نیازیم و بالعکس هر گاه از فلسفه حقوق آگاهی داریم، نمی‌توانیم مدعی دانش دادرسی و هنر استنباط نیز بشویم که اینها دو مقوله اند.

بگفته یکی از حقوقدانان: «هر گاه حقوق تنها عبارت از مواد قانون باشد ارزش نخواهد داشت که برای مطالعه آن حتی یک دقیقه هم صرف وقت شود.» هر چند این سخن مبالغه آمیز باشد، لکن در آن حقیقتی نهفته است، نظریه تقدم حقوق بر قانون - که یکی از بدیهیات تاریخ حقوق است - مؤید آن است، زیرا جامعه قبل از پیدایش دولت و قوانین موضوعه و مدون، دارای حقوق فطری و طبیعی بوده است. بنابراین چون این کتاب پژوهشی فلسفی گونه است و از سوی دیگر میان علم حقوق و دانشهای دیگر مثل: اقتصاد و فلسفه و اخلاق خویشاوندی و ارتباط وجود دارد، از این رو گهگاه به این دانشها اشاره هایی کرده ام، لکن سعی وافر داشته ام تا سخن آن سان کوتاه و روشن باشد، که همگان بفهمند و آشنایان به موضوع پیسندند، و بنابراین از بحثها و عبارتهای فنی تا حد امکان دوری شده و گاه شعری آمده تا سخن به نرمی گراید و زیبایی کلام از ملال خاطر بکاهد، با این همه اگر در برخی جاها جمله هایی معترضه و دور از خط اصلی کتاب آمده، بنظر من در تکامل فکر و فهم موضوع مؤثر بوده است. امیدوارم خواننده در داوری شتاب نورزد و درنگ کند که: هر نوشته ای از این گونه، هر اندازه هم جامع باشد، باز در برابر سیر تکاملی اندیشه ها ناقص است، تا چه رسد به این دفتر ناچیز که از هم اکنون ادعایی ندارد و مانند هر کار دیگر در این زمینه ها، حرف آخر نیست، بلکه تمهیدی است برای آینده. بنابراین آرزو دارم، این اندیشه ها مانند زورقی در اقیانوس پژوهشهای زمان، شناور باشد و در لنگرگاهی راکد، پای در بند نگردد.

آب در کشتی هلاک کشتی است

آب در بیرون کشتی پشتی است

اینجا این نکته را هم ضروری می دانم یادآور شوم و آن این که حقوق امروز ایران، هر چند در بدنه نظام جمهوری اسلامی از نیرومندی و گستردگی خاصی برخوردار است، اما محدودیتهایی که دریافتهای ما را در مواجهه با مسائل و دشواریهای تازه و روزمره احاطه کرده است، ناگزیرمان می کند تا هر روز به تصحیح دریافتهای و معارف خود از درک این مسائل مبادرت ورزیم و این همان کاری است که نهادهای مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام، بدان اشتغال دارند و حجم بالنسبه وسیعی از قوانین و مقررات جاری کشور را مورد بررسی و تنقیح و تفسیر مستمر و مداوم قرار می دهند، و هر روز در کاوشهای حقوقی و اقتصادی جدید با کاربردها و راه حلهای تازه ای مواجه می شوند که قبلاً بدان پی نبرده بوده اند. صحنه عمل و عکس العمل جامعه در برخورد با قوانین تازه به ابتکارهای جدید میدان می دهد که به توسعه و غنای مفاهیم حقوقی جدید ایران سود رسانند. وظیفه نهادهای مولد مقررات و قوانین تازه در کشور ما هماهنگ کردن این مقررات است با واقعیات جهان خارج، و امید است از این نظر در آینده پیروزیهایی چشمگیر نصیب این مرز و بوم گردد و این فرصت و موقعیت عزیز و

مغتنمی که فعلاً به برکت انقلاب اسلامی، نصیب حقوق اسلام شده، موقعیتی است که در طی چهارده قرن هیچ گاه با این وضوح و عظمت و با این کمال و قاطعیت جامه عمل به خود نپوشیده بود. این موقعیت مسائلی را پیش می آورد که حقوقدانان، رسالت تاریخی خود را از قوه به فعل درآوردند و خواب غفلت ناگزیر و سنگین سالیان را با بیداری و هوشیاری جبران کنند و در ارائه نظامی که خواهان ارزشهای والای انسانی است گامهای مؤثری بردارند. ان شاء الله.

سرانجام بر خود فرض می دانم که از دوست شفیق و ارجمندم آقای حسن عطائی برای ویرایش برخی عبارتها و پیشنهادهای سودمند سپاسگزاری کنم.

مشهد مرداد ماه 1375

حسین نجمیان

ص: 13

مشمول بر چهار گفتار:

1 - مفاهیم حقوقی نسبی است یا مطلق (1)؟

2 - حقوق بیگانه و روش تجربی

3 - سیر تحول مبانی استنباط

4 - قوانین غایی (آرمانی) و قوانین علمی (تجربی و علمی)

ص: 16

1- - این گفتار در شماره های 87 و 91 مجله سروش، زمستان 1359 به طبع رسیده است.

هیچ چیزی ثابت و برجای نیست جمله در تغییر و سیر سرمدی است مولوی پژوهشهای حقوقی و اجتماعی تا پیش از سده هیجدهم میلادی بیشتر بر پایه تعیین ارزش نیکی و بدی افعال آدمی و شرح «مدینه فاضله» استوار بود، و فرد و جامعه را چنان که، شاید و باید، یعنی به صورت کمال مطلوب (ایده آل) بررسی می کرد(1)، اما از قرن هیجدهم به بعد کم کم این اندیشه پدید آمد که فرد و جامعه را چنان که هست و واقعیت دارد مطالعه کنند، و تحقیق را بر پایه علم و واقعیت (رنال) کار گذارند، ازین رو از روش استدلال قیاسی به استدلال استقرایی کشانیده شدند، زیرا روش قیاس از کلی به جزئی رسیدن است و بنابراین نتایج معین و ویژه ای را از مقدمات و کلیات مورد قبول که بیشتر بر آثار ارسطو و کتب مقدس (تورات و انجیل) مبتنی بود، اخذ می کرد، در حالی که روش استقرا از جزئی به کلی رسیدن است و اساس کار را بر جزئیات مشهود و واقعیات و تجربیات محسوس قرار می داد، اما اینکه روش استنتاج استقرایی، تا چه اندازه کامل و همه جانبه است و این روش تجربه که متکی به حواس پنجگانه ناقص بشری است تا چه حد می تواند وسیله کشف مجهولات بشری، آن هم در مسائل اجتماعی،

ص: 17

1- - مانند جمهور افلاطون، سیاست ارسطو، لویاتان تامس هابز، آثار اسپینوزا، لاک و روسو؛ و در ایران، مدینه فاضله فارابی، رساله فی السیاسه ابن سینا، اخلاق ناصری خواجه نصیر، و کیمیای سعادت غزالی.

بوده باشد و نیز میزان توفیق آن در این راه تا به کجا است پاسخ آن را میزان و درجه پیشرفت آدمی در علم معلوم می کند و ارزش آن را تعیین می نماید بدین توضیح که هر چه معلومات بدست آمده بیشتر مبتنی و متکی بر آمار و جستجو در واقعیات اجتماعی باشد، درجه توفیق در کشف حقیقت به همان اندازه مطلوبتر خواهد بود، در علم حقوق نیز دو مکتب وجود دارد آنچه مربوط است به این که قواعدی موجود در جامعه را جستجو کند، یعنی به «آنچه هست» تکیه نماید به آن حقوق موضوعه گویند و آنچه مربوط است به «آنچه باید باشد» به آن حقوق فطری یا حقوق طبیعی نام نهاده اند.

«ابن خلدون»⁽¹⁾ از نخستین کسانی است که بنیاد پژوهش را در جامعه شناسی بر اصول مقتضیات محیط و موقع جغرافیایی، تاریخی، مذهبی، فرهنگی و اقتصادی و چگونگی حکومت و آداب و رسوم و سنن کار گذاشت و پس از وی «مونتسکیو» روش کار او را دنبال کرد و آن را بر روابط علت و معلولی که منجر به کشف قانون می شود بنیان نهاد و در تعریف قانون گفت:

«قانون رابطه ای است ضروری که از طبیعت اشیا برمی خیزد.» هر چند تحقیقات مونتسکیو امروز آن گونه که وی ارائه می کرد برای تبیین امور کافی نیست، لکن به هر حال نباید ارزش کار وی را در نشان دادن روش علمی نادیده گرفت، بلکه بحق باید وی را یکی از پیشروان جامعه شناسی دانست.

اما تاسیس جامعه شناسی علمی از مفاخر «اگوست کنت» است وی که از بنیانگذاران فلسفه تحقیقی در فرانسه است، نخستین کسی است که استقلال جامعه شناسی را از دیگر علوم اعلام کرد و آن را در طبقه بندی علوم جای داد و امور اجتماعی را مانند وقایع طبیعی در خور تحقیقات علمی دانست، پس از وی «اسپنسر» در انگلستان و «ویلهلم وونت» در آلمان و «مک دوگال» در امریکا و «گابریل تارد» در فرانسه روش وی را دنبال و تکمیل کردند.

مکتب تاریخی و طبیعی

حقوق طبیعی یا فطری را معمولاً در برابر حقوق موضوعه قرار می دهند، حقوق موضوعه مجموعه قواعد و مقرراتی است که بر ملتی حکومت می کند و حقوق فطری قواعد ثابتی است که

ص: 18

1- - مؤلف العبر و دیوان المبتداء والخبر ... که در دو جلد با عنوان مقدمه ابن خلدون به وسیله محمد پروین گنابادی به فارسی برگردانده شده است.

برتر از اراده حکومت و بالاتر از تصمیم قانونگذار است و معمولاً باید قانونگذاران آنرا رعایت کنند و این حقوق فطری بالاتر از آداب و رسوم و عادات است شاید آنچه در حقوق امامیه مستقلات عقلی نامیده شده است را بتوان جزو حقوق فطری بشمار آورد که در مباحث آینده این کتاب، بحث آن خواهد آمد.

مونتسکیو در «روح القوانین» می نویسد: «قوانین باید آنچنان با ملتی که برای آن وضع شده است مرتبط باشد، که اگر اتفاقاً قانون ملتی متناسب با ملت دیگری درآید، این اتفاق از عجایب روزگار تلقی شود. قوانین باید متناسب با وضع ظاهر کشور، آب و هوا، خاصیت اراضی، موقع و مساحت، نوع زندگی مردم و مربوط به مذهب ساکنان، تمایلات، ثروت، جمعیت، تجارت، عادات و آداب آنها باشد»⁽¹⁾.

مونتسکیو به پیروی از مکتب تاریخی، حقوق را امری محلی و بومی و آن را ساخته و پرداخته تاریخ و فرهنگ و تمدن یک ملت می داند، و باور دارد که مانند زبان با گذشت تدریجی و خود بخود زمان تکوین می یابد و با تکامل و تحول اوضاع اجتماعی قهراً تغییر و تکامل پیدا می کند. وی به اصل نسبیت در امور اجتماعی اعتقاد دارد یعنی چگونگی و سیر هر بنیاد اجتماعی را تابع و وابسته بنیادهای دیگر و متناسب با شکل و ساختار جامعه می داند و بنابراین برحسب زمان و مکان آن را متغیر و متفاوت می شمارد⁽²⁾.

اما «پاسکال» که از پیروان مکتب طبیعی است و به اصل مطلقیت در امور اجتماعی و حقوق اعتقاد دارد، آن را چنین بیان می کند: «اگر انسان عدالت را می شناخت، بی گمان این اصل چنان شایع نمی شد که: «هرکسی 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 قانونگذاران، به جای توجه به عدالت ثابت و لایتغیر، سلیقه ایرانیها یا ژرمنها را برای وضع قوانین سرمشق قرار نمی دادند و عدالت حقیقی در تمام کشورهای زمین و در تمام ازمنه حکمفرما می شد، درحالی که می بینیم، هیچ عدالت یا ظلمی نیست که به واسطه تغییر اقلیم تغییر ماهیت ندهد. سه درجه عرض جغرافیایی سبب می شود که کلیه دستگاههای قضاوت و عدالت زیر و زبر شود؛ 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. واقعا عدالتی که رودخانه ای آن

ص: 19

1-- روح القوانین، ص 89.

2-- کلیات حقوق تطبیقی، ص 13؛ جامعه شناسی، ص 4.

را متوقف یا محدود می سازد پدیده ای شگفت است. در این طرف جبال «پیرنه» حقیقت و در آن طرف خطاست»(1).

«پاسکال» به پیروی از مکتب طبیعی، حقوق را مانند جان در کالبد انسان می داند که از ساعت تولد تا دم مرگ، به طور لایتغیر شرط ادامه حیات هر فرد است و بنابراین تغییر و تکمیل حقوق موردی ندارد و به گفته «سیسرون» حقوق ناشی از اراده آزاد نیست، بلکه تحمیل طبیعت و سرشت آدمی است(2) به طور خلاصه به باور علمای مکتب حقوق طبیعی، انسان دارای حقوقی است که قواعد آن، مطلق، جامع، همیشگی و همگانی است و با مصالح افراد بشر سازگار است و بنابراین تغییر قانون بی مورد است، در حالی که به عقیده دانشمندان مکتب تاریخی حقوق، حقوق امری نسبی متغیر و تابع مکان و زمان است و ازین رو آنان اساساً مخالف تدوین قانونند.

«ساوینی» Savigny آلمانی که از جمله طرفداران مکتب تاریخی است، پس از وضع قانون مدنی فرانسه به سال 1814 در مقام مخالفت با تدوین قانون چنین گفت: «حقوق از تاریخ پدید آمده و در ضمیر مردم نقش بسته و مانند زبان پیوسته در تغییر و تبدیل است، تدوین قوانین برخلاف این حقیقت تاریخی است و حقوق را ثابت و بی حرکت نگاه می دارد و از رشد و توسعه بعدی آن جلوگیری می کند و منابع حقوق را از میان می برد. اساساً حقوق در قالب قانون از شکل طبیعی خود خارج می شود(3)».

بنظر ساوینی حقوق از وجدان اجتماع برمی خیزد و خود بخود راه تغییر و تحول را می پیماید و مردم در این تحول نقش اساسی دارند، مردمی که عادات و سنن را به شکل میراثی نسل به نسل به یکدیگر منتقل می کنند. بدیهی است که با این بیان سهم شخصیتها و قدرتهای سیاسی در حقوق نادیده گرفته شده است حقوق در شمار اعمال غیرارادی مردم نیست، عقل بشر در آن دخالت دارد، بنابراین پدیده ای خود بخودی نمی باشد، لذا در آلمان بخصوص این نظریه مورد انتقاد شدید ایرینگ قرار گرفت و او حقوق را ناشی از اراده اشخاص و قدرتی که متکی بر حکومت باشد، دانست. هگل نیز همین نظر را دنبال کرد.

اما چنین می نماید که عقاید علمای حقوق در فاصله قطبهای مختلف مکتبهای حقوقی

ص: 20

1- - فلسفه نظری، ج 1، ص 146.

2- - دو طرز فکر حقوقی، ص 24.

3- - فلسفه هگل، ص 605.

پیوسته در نوسان بوده است و اغلب مناسبترین راه حلها، راههایی میانگین بوده و عملاً عقاید هیچ یک از مکتبهای مذکور را نمی توان صد در صد پذیرفت، زیرا هرکدام از آنها یک جانب افراط و تفریطند.

حقیقت آنست که حقوقی فطری یا طبیعی وجود دارد که در هر جا و هر زمان معتبر و مانند اصول ثابت قابل احترام در هر زمانی هستند مانند: احترام به قراردادهای و قوه الزامی آنها، عطف به ماسبق نشدن قانون، رفع خسارت از شخصی که بی جهت از دیگری زیان دیده است (ضمان) و ازین قبیل؛ لکن این بدان معنی نیست که حقوق راه کمال نمی پیماید، و لایتنیغیر است زیرا از این اصول ثابت که در بالا برشمردیم در هر عصر و زمان آرای دیده می شود که در همان عصر و زمان کمال مطلوب مردم محسوب می شوند، لکن در زمانهای بعد بی پای آنها آشکار می شود؛ تغییر و تحوّل می یابند و جای خود را به اصولی تازه می دهند.

برای مثال حقوق فطری و طبیعی سده هیجدهم در «اعلامیه حقوق بشر» که به وسیله مجلس مؤسسان فرانسه در سال 1789 میلادی وضع و تصویب شد در چند اصل خلاصه می شود که از آن جمله است:

اصل اول - شخص انسان منظور غایی حقوق است و بنابراین قوانین موضوعه هر کشور باید قوای جسمی و روحی و عقلی افراد را توسعه و ترقی دهد تا بدین وسیله رفاه و سعادت آنان فراهم شود.

اصل دوم - هرکس مختار و مسؤول انتخاب و مسائل ترقی و سعادت خویش است، این اصل همان است که در حقوق موضوعه به آزادی فردی تعبیر می شود.

اصل سوم - قوانین و نظامهای جامعه باید ناشی از فکر و اراده خود مردم باشد یعنی همه مردم باید بوجهی در وضع قانون شرکت کنند.

اصول بالا - که از حقوق فطری و طبیعی قرن هیجدهم محسوب می شود و بر مکتب اصالت فرد، استوار است، در قرن نوزدهم به «اصل تعاون» مبدل شد که بر پایه اصالت جامعه متکی است، و به موجب آن هیچکس موفق به تکمیل قوای شخصی خود نمی شود مگر به کمک غیر محسوس و ضروری جامعه ای که در آن زندگی می کند، بنابراین هرکس در برابر جامعه تعهد ضمنی دارد که در صورت لزوم از هیچ گونه کمک و از خودگذشتگی نسبت به آن خودداری نکند تا دولت که نماینده جامعه است بتواند همه را از فواید اجتماع برخوردار کند. این اصل که باعث توسعه حدود دخالت دولت در امور مردم می شود و به آن حق می دهد که محرومان را

حمایت کند و از شدت اختلاف و عدم مساوات افراد تاحدی بکاهد، با حقوق فردی قرن هیجدهم تفاوت آشکار دارد، و با این همه با برداشت و احساس ما از عدالت و انصاف، کاملاً موافق است، و حقوق فطری عصر محسوب می شود، قوانین تعاونیها، و بیمه های اجتماعی که امروز در قوانین موضوعه دنیا مقام بزرگی را احراز کرده است همه برخاسته از همین اصل تعاون یعنی حقوق فطری زمان ما است (1).

پیرامون مکتب حقوق طبیعی (فطری) و مکتب تاریخی، در بخشهای آینده باز هم بحث خواهیم کرد.

دیدگاههای نسبی گرایی

اشاره

برای توضیح بیشتر پیرامون نسبی بودن مفاهیم حقوقی باید دلایل آن را از دیدگاههای گوناگون به طور فشرده بررسی کنیم: اما قبل از آغاز به مطلب باید به این نکته اشاره کنیم که منظور از نسبیّت در اینجا نسبی پنداشتن حقیقت یا حقایق عالم نیست زیرا اگر مقوله ای حقیقت باشد دیگر فرض نسبیّت در ساحت آن راه ندارد بلکه منظور معارف بشری و مفاهیمی انسانی است که در مسیر کمال و تکامل و در جستجوی حقیقت در تکاپو و پژوهش است، این درک و این استنباط و چنین معارفی همواره نسبی اند، زیرا هیچ گاه حرف آخر و سخن واپسین نیستند. به عبارت بهتر، حقیقت و واقع ثابت است و مطلق است و تغییرناپذیر. اما فهم آدمی و معارف معمولی بشری در جستجوی آن همواره در تغییر است، هر روز در طریقی سیر می کند و هر روز به استنباط و استدراک تازه ای می رسد. و تاریخ علم و معارف بشری ما را به این کشف و راز نمان آشنا می کند، زیرا در تاریخ علم است که ما در اعصار و قرون، آدمی را با احوال مختلف در معرفت مقوله ای واحد، مواجه می بینیم، از سوی دیگر یک سوء تفاهم هم باید رفع شود و آن این که منظور ما از نسبیّت مفاهیم حقوقی آن نیست که هرگونه مفهومی را از حقوق درست بدانیم بلکه در معارف حقوقی آراء صحیح و سقیم و صدق و کذب توأماً وجود دارد.

ص: 22

میدان و مجال بحث، قلمرو و حوزه عمل در علوم اجتماعی بی نهایت پهناور و نامحدود است تا آن جا که برای مبتدی و تازه کار بسختی برای مسائل آن مرز و سرحدی معلوم و مشخص یافت می شود، زیرا علوم اجتماعی و شاخه های آن با وجود اختلافهایی که با هم دارند، دارای مرزهای مشخصی نیستند.

از سوی دیگر، می دانیم که هستی در تغییر و تحول است و انسان که خود جزئی از هستی است، از این قانون برکنار نمی ماند، بنابراین هم انسان که شناسنده هستی است و هم هستی که موضوع شناسایی است هر لحظه در حال دگرگونی و تحولند، پس چگونگی معارف اجتماعی به هیچ وجه نمی تواند همواره از ثبات و قطعیت برخوردار باشد و این یکی از جمله برهانهایی است که شناخت اجتماعی را امری نسبی و وابسته به زمان و مکان می نماید.

بنا به مراتب قوانین جامعه‌شناسی به هیچ وجه نمی توانند از کلیت، عمومیت و قطعیت برخوردار باشند، بلکه اینگونه قوانین جدا جدا و معین و محدودند، جامعه‌شناسان در قانونمندی جامعه، بویژه در کلیات آن هنوز به توافق نرسیده اند. البته بسیاری از آنان رشد ناکافی جامعه‌شناسی را دلیل این امر می دانند و تنها در این اتفاق نظر دارند که قانون تا آن جا که با واقعیت مطابق است همواره جزئی است و شعاع عمل آن محدود به موقعیت و وضع خاص و معینی است.

باتوجه به آنچه گفته شد، کوششی گسترده به کار می رود تا این رشته از علوم - آن طور که شاید و باید - راهی به سوی «علوم دقیقه» باز کند، ولی تاکنون توفیقی به دست نیامده است.

علوم دقیقه مانند ریاضیات و طبیعیات، در کلیه شاخه ها، سر و کارش با جزم و قطع و مشاهده و تجربه در آزمایشگاه است، در حالی که علوم اجتماعی با احساسات و طبیعت بشری سر و کار دارد و واژه های فنی و تعاریف در علوم اجتماعی برخلاف ریاضی دقیق و صریح و مسلم نیستند.

تعاریف ریاضی زاده اندیشه آدمی و مبدأ دانشند و دارای ویژگی Apriori یعنی پیش از تجربه هستند و یا به آنها می گویند معارف پیشینی در برابر معارف پسینی که حاصل تجربه و بعد از تجربه به دست می آیند. در حالی که تعاریف در علوم اجتماعی، تجربی و حاصل آن است، از این رو حاصل و نتیجه دانش بشری هستند، و برخلاف قوانین ریاضی و فیزیکی که مبتنی بر جبر هستند، این قوانین نسبی و غیرقطعی و تغییر پذیرند.

قطعیت علوم دقیقه مدیون سادگی و بسیط بودن موضوع آنها است زیرا موضوع این علوم تعیین

روابط و بستگیها و ارتباطها میان مقادیر، اعداد، اشکال و حرکات است، در حالی که موضوع علوم اجتماعی، جامعه و مناسبات آنهاست، و می بینیم که در برابر نیروی شگفت انگیز پیش بینی های نسبتاً دقیق علوم دقیقه، علوم اجتماعی فقط به دستاوردها و پیشرفتهای آن با حسرت می نگرد، زیرا موضوع علوم اجتماعی، تا آن اندازه به طبایع مجهول و پیچیده و گره خورده بشری پیوسته است که بسادگی نمی توان در زمینه آن امید به تحقق نتیجه ای قطعی داشت.

عوامل و چگونگیها در جامعه های انسانی بقدری متنوع، متغیر و متحول است که براساس حساب احتمالات امکان برابری و انطباق کامل عوامل و شرایط در دو مرحله از زمان و مکان گوناگون، اکثراً در عمل محال از آب درمی آید، حدس و گمانهایی که خلاصه و نتیجه افکار و احساسات و آرزوهایی هستند که از رویدادهای خاصی رنگ گرفته و از طبیعتهای ویژه ای پدید آمده اند، بسیار بعید به نظر می رسد که بتواند قطعیت منطقی یک قضیه هندسی را بیابد.

یک جامعه شناس معاصر می گوید: «باوجود جدایی و گسستگی عظیمی که میان علت و معلول وجود دارد، جای تردید است که بتوان در جامعه شناسی به تدوین قوانین به اصطلاح علی پرداخت، میان مقدمات و نتایج فاصله ای آن چنان ابهام آمیز وجود دارد که تعمیم هرگونه شناخت قبلی را در خصوص تکرار علتها و معلولهای معین غیرمقدور می سازد (1)». مثلاً در برخی از کشورهای پیشرفته جهان در قرن بیستم رابطه ای میان آمار طلاق در خانواده های باسواد و تحصیل کرده به ثبوت رسید، از این آمار نمی توان نتیجه گرفت که سواد علت طلاق است درواقع این امر را جامعه شناسان چنین توجیه می کنند که سواد و طلاق هر دو معلولهای وضعیت واحدی هستند و آن ضعیف شدن علقه ها و پیوندهای اجتماعی و عاطفی و عدم جبران کافی این ضعف بوسیله علقه های دیگری است که از برکت توسعه آموزش به دست آمده است.

2- از نظر روانشناسی فردی

می دانیم که هر فرد بر آنچه در درون و «من» وی می گذرد آگاه و ناظر است. و خودش میان پیشامدهای درونی خویش، رابطه علت و معلولی برقرار می کند. لکن اگر بخواهد این مطالعه درونی وی، نتیجه ای بدهد باید آن قدر خود را از واقعیتهای زندگی دور کند، تا احساسات و انگیزه های گوناگون، مجال برای دخالت در قضاوت وی پیدا نکنند، زیرا پژوهشگر فقط وقتی

ص: 24

می تواند نسبت به موضوعی دست به تحقیق درست بزند که از خارج آن را مطالعه کند والا اگر خواهشهای درونی خویش را در کار پژوهش دخالت دهد و خود، جزئی از موضوع پژوهش خویش باشد، چنین امری محال خواهد بود، زیرا در آن صورت شخص ناظر با چیزی که بدان می نگرد، یکی شده است و می دانیم که هیچ چشمی قادر به دیدن خویش نیست. در مقام شناسایی آدمی چقدر فاعل و چقدر منفعل است و یا چه میزان تماشاگر و چه میزان بازیگر است مقوله ای است که در آن کانت فیلسوف آلمانی بحثی مستوفی دارد، خواننده می تواند به فلسفه کانت مراجعه کند.

بگفته شبستری در گلشن راز:

چو مبصر با بصر نزدیک گردد

بصر ز ادراک او تاریک گردد

بنا بر مراتب فرد در حوادث درونی خویش تابع قانون علیت نیست و از تبعیت آن آزاد است، لکن این احساس آزادی نه تنها به لحاظ عدم ادراک و فهم ما، بلکه علاوه بر آن به لحاظ ناپایداری دایمی و تغییر و تحول لحظه به لحظه است، به عبارت دیگر همان گونه که مکتب «اگزیستانسیالیسم» می گوید: «بشر بودن یعنی بشر شدن» و این با انتخاب آن به آن انسان تحقق می یابد که یکی از امتحانها و بلیه های بشر در این هستی همین گزینش همیشگی و مستمر اوست. همه چیز همواره در تغییر است یعنی همه چیزهایی که از روی رضای خاطر می گوییم هستند، در واقع در حال شدن اند، این در مورد موضوعات حسّ صادق است ولی در مورد معرفت حقیقی صادق نیست.

«لاندمان» می گوید: «هر احساس مطلق که از بودن خود داریم، غالباً تمام نیست و نقصان در آن بیشتر دیده می شود تا کمال. منتها این تشخیص بعد از به وجود آمدن و رفتن آن احساس بر ایمان حاصل می شود. آنچه بر ما می گذرد یک شدن دائمی و تحول بی پایان است که در سطوح بی نهایت هستی صورت می گیرد. و این شدن را قرار و آرامی نیست و به همین لحاظ است که انسان شناسی وظیفه ندارد انسان را دقیقاً تعیین کند، چون نمی تواند (1)».

با این همه چون شناخت آدمی و پدیده های رابط میان وی و جهان، جز با مغز آدمی قابل بررسی نیست، فرض محدودیت دانش و اندیشه، مانع درستی استنباط وی از قواعد رفتاری و جامعه شناسی نیست، بلکه همین دریافتهای ذهن تک تک افراد، نه تنها مانع شناخت کلی نمی شود

ص: 25

بلکه به دریافت بیشتر راز و معمای جهان کمک می کند و بنابراین ناگزیر علیت در روانشناسی فردی و اجتماعی امری است که نمی توان آن را انکار کرد.

در قرآن آمده است که: «هرگز در مورد هیچ امری مگویید، که من فردا خواهم کرد، مگر اینکه بگویید: اگر خدا بخواهد(1)».

این مسأله تعلیق کارها به مشیت پروردگار، قابل تأمل و بررسی است، زیرا اراده آدمی برای اقدام و عزم و یا خودداری از کاری که ناگهان برایش پیش می آید اغلب بدون موجب و وسیله ای مادی است با اینکه همین خاصیت در حیوان هم هست، ولی حیوان را تنها موجبات مادی از قبیل: شوق و یا ترس به سویی سوق می دهد، در حالی که در انسان گاه اراده ای پدید می آید بی آن که محرکی اضطراری از قبیل: ترس و شوق وجود داشته باشد، و این همان سخن مشهور علی علیه السلام است که: «خدا را با شکستن اراده ها و به هم خوردن همتها و پیمانها و تصمیمها شناختم(2)».

3- از نظر فلسفی

از نظر فلسفی، این فرض که آدمی در جهان نسبت زندگی می کند، امری ثابت و مسلم است، بررسی کامل پیرامون آن، شرحی دراز دارد، لکن در اینجا اشاره ای کوتاه به آن می کنیم، می دانیم که وجود را نمی توان تعریف کرد، زیرا هرچه در نفس خود ظاهر باشد از تعریف بی نیاز است، و هیچ چیزی از وجود ظاهرتر نیست، امور قابل تفهیم و تفهم، اموری محدود و مشخص هستند، و چون وجود و هستی کلی نه حد و اندازه ای دارد و نه دارای تشخیص و تعیین است بنابراین قابل تعریف نیست، توضیح آن که چون هستی و سپهر حد و اندازه ای ندارد و بی نهایت است، بنابراین نمی تواند به تصور آید و ذهن آدمی گنجایش نامحدود را ندارد، زیرا هرچه بیندیشیم از هستی محدود نمی تواند بیرون باشد، از این رو ما در جهان شناسایی و تعریف، چیزهای محدود را می توانیم تعریف کنیم، اما از تعریف هستی کلی نامحدود ناتوانیم و کمند عقل به پایه بارگاه وجود مطلق راهی ندارد، بدیهی است که آدمی آن حقیقت نامحدود و بحت و بسیط را می تواند احساس کند، می تواند به وجودش اقرار و اعتراف کند و باور داشته باشد، لکن نمی تواند او را تعریف کند و نمی تواند او را بشناسد.

ص: 26

1- - کف: 23.

2- - شرح نهج البلاغه، ابن ابی الحدید، ج 4، ص 350.

به گفته شبستری در گلشن راز:

معانی هرگز اندر حرف ناید

که بحر قلزم اندر ظرف ناید

جهان جمله فروغ نور حق دان

حق اندر وی ز پیداییست پنهان

همچنین نیستی محض هم قابل تصور نیست زیرا هرچه را که محکوم به نیستی می کنیم بواسطه ارتباط آن با یک جهت هستی است، وگرنه عدم محض و کلی قابل تصور نیست، و به عبارت دیگر بگفته «دانتون»، خلأ وجود ندارد و جهان پر است، زیرا اگر یک ذره را نابود یعنی نیست محض کنیم، ناچار همه ذرات عالم جاری خواهند شد و طوفان و تزلزلی عظیم بر هستی عارض می شود.

به گفته شاعر:

اگر یک ذره را برگیری از جای

فرو ریزد همه عالم سراپای

و به همین دلیل، نمی توان چیزی را از وجود تفکیک و جدا کرد، زیرا امکان ندارد که نیست هست شود و امکان ندارد که هست نیست شود. هست شدن و نیست گشتن چیزها عبارت از آنست که مفردات مرکب می شوند و مرکب باز مفردات می شود، و به عقیده پیشینیان مفردات آبا و امهاتند یعنی افلاک و انجم و عناصر و طبایع؛ لکن مرکبات موالیدند یعنی: گیاه، حیوان و انسان، که آغاز و انجام دارند، می آیند و می روند، از مفردات زاییده می شوند و باز به مفردات باز می گردند، که در قرآن آمده است: «منها خلقناکم و فیها نعیدکم و منها نخرجکم تاره اخری».

بنابراین، هستی کلی و وجود مطلق، خیر محض است و نیستی و عدم بدی است، و هرچه را که ما بد می دانیم، بواسطه آنست که در آن یک جهت منفی تصوّر کرده ایم وگرنه بد مطلق وجود ندارد، مثلاً قتل از آن جهت بد نیست که فاعل قتل قدرت ارتکاب آن را دارد، یا تیغ قاتل خاصیت برندگی دارد، بلکه قتل بد است زیرا که منجر به نیست شدن یک فرد و نفی حیات می شود، پس قدرت ارتکاب و برندگی تیغ چون از امور وجودی است، بد نیست بلکه آنچه در آن یک جنبه منفی و عدمی متصوّر است، بد است. بدی چیزها از آن نیست که هست، بلکه از آن است که در جای خود نیست، دروغ گفتن بد است، در آن نیستی و عدم است، اما بدی آن از آن نیست که دروغ وجود دارد، از آن است که در جای خود نیست و به قدر خود نیست، چه بسا وقتی کسی سخنی راست می گوید که جامعه ای را به نابودی می کشد و همان وقت کسی دروغی می گوید و جامعه ای را نجات می دهد.⁽¹⁾

ص: 27

بنابراین، مبدأ خیر و مبدأ شر، یزدان و اهریمن، در برخی از ادیان به دلیل این مشکل فلسفی بوده است که نمی خواسته اند امور شر و بد و امور خیر و خوب را به مبدأ واحدی نسبت دهند زیرا که به عقیده آنان: «الواحد لایصدر منه الا الواحد.» اما در عرفان نظری و توحید محض، خدا، عین خوبی و زیبایی و مظهر رحمت و بخشایش و مطلق نور و روشنایی محض است و شرور و بدیها، امور عدمی و عرضی و اضافی و نسبی اند و همین امور نسبی هم بنا به مقتضای حکمت بالغه الهی - که بر ما مجهول است - وجود پیدا کرده اند و لغو و بیهوده نیستند، نیکی امری درونی و ذاتی است اما بدی عرضی و از بیرون در ما راه پیدا می کند مثل بیماری.

به گفته مولوی:

زهر مار آن مار را باشد حیات

نسبتش با آدمی آمد ممات

پس بد مطلق نباشد در جهان

بد به نسبت باشد این را هم بدان

یا به گفته شبستری در گلشن راز:

وجود آن جا که باشد محض خیر است و گر شری است در وی، آن ز غیر است و این مطلب به اندازه ای بدیهی است که نیازی به بررسی مفصل ندارد زیرا اگر امور در این عالم نسبی و اضافی نباشد، لازمه اش آنست که مطلق باشد، و ما می دانیم که مطلق، فقط مخصوص یک وجود واحد نامحدود نامتناهی است، و هیچ موجودی را بدان راه نیست، تا چه رسد به بشر که در این جهان با مسأله مرگ و زندگی درگیر است.

در اینجا باید به یک نکته اشاره شود و آن اصطلاح «عدم» در حوزه عرفان نظری است، وقتی مولوی می گوید:

پس عدم گردم عدم چون ارغنون

گویدم کانا الیه راجعون

منظور وی از عدم، نفی تشخیص و تعینات اعتباری از آدمی است که وسیله سیر کمال آدمی بسوی وجود مطلق است و اینگونه عدم چون در مسیر وجود مطلق است خیر است و خوبی است. و یا عدم به تعبیر مولانا همان عالم غیب است و دنیای علم حق که مولانا آن را کارگاه صنع حق می داند و فراسوی عالم وجود.

4- از نظر علوم تجربی

گروهی از دانشمندان بر این عقیده اند که چیزهایی که مورد ادراک آدمی هستند، آن چنان که بواقع هستند، در ذهن ما نقش نمی بندند، بلکه بر حسب افراد مختلف و حواس آنان متفاوتند،

یعنی معلومات علمی، نسبی و اضافی اند.

«اینشتین» می گوید: «تنها چیزی که بتواند مصدق و مؤید نظر و آرای اصولی ما و نظام این نظرها و آرا باشد، همین است و بس که آنها مجموع تجربیات ما هستند والا از این گذشته دلیل دیگری بر حقانیت آنها در دست نداریم(1)». از سوی دیگر، علم بخودی خود هدف نیست، بلکه چراغ راه است به سوی واقع، بنابراین اگر مسائل علمی جنبه اطلاق داشته باشد موجب رکود و بن بست دانش بشری است و تنها در صورتی که جنبه احتمال داشته باشد یعنی نسبی باشد، همواره راه مفتوح است، حتی در بخشی از علوم دقیقه - که پیش از این ذکرش گذشت - بسیاری معتقدند که تعاریف آن نیز نسبی و اضافی و تقریبی است لکن میزان این تقریب بر ما پوشیده است، زیرا دانش بشری درباره طبیعت بر حس و تجربه متکی است و بسیار واضح است که این نقطه اتکا تا چه حد غیرقابل اعتماد است. «پوانکاره» می گوید: «روزی که کپرنیک مدلل داشت که آنچه بی حرکت و ثابت می نماید، متحرک است و آنچه متحرک بنظر می آید ثابت است، برای ما روشن ساخت که چقدر استدلال های کودکان ناشی از مشهودات بی واسطه حواس، ممکن است فریب دهنده باشند(2)».

از طرفی تا پایان سده نوزدهم نظریه جبر مادی که بر قانون علیت استوار بود، بر اندیشه های علمی حکمفرمایی می کرد، لکن با ظهور «ماکس پلانک» در اوایل قرن بیستم، اصل عدم حتمیت (اندترمی نیسم) جای آن را گرفت، توضیح آن که همان گونه که علم حضوری انسان نسبت به خود همواره حکایت از نوعی اراده و اختیار در باطن هر فرد دارد که تابع هیچ گونه جبر مادی و قانون علیت نمی تواند باشد، به همان ترتیب در «نظریه کوانتوم» نیز «پلانک» درجه ای از عدم قطعیت و بی تصمیمی شبه انسانی را نشان می دهد.

تا پیش از قرن بیستم دانشمندان فیزیک و طبیعی فریادشان بلند بود که ما هرچه در آزمایشگاه، ماده را شکافتیم، خدا را ندیدیم؟! در حالی که از زمان «پلانک» به بعد ندا در دادند که وجود اراده و اختیاری شبه انسانی یا بهتر بگوییم خدایی را در آن بعیان دیده ایم. برطبق نظریه «کوانتوم» که فیزیکدانان آن را پذیرفته اند، حرکت «کوانتاها» نامنظم و ناپیوسته و غیرقابل پیش بینی و ناگهانی و طفره ای است، از اینرو «ادینگتون» گفته است که نتیجه این نظریه آنست که فیزیک که از علوم دقیقه است،

ص: 29

1- - یونانیان و بربرها، ص 8.

2- - مبانی فلسفه، ص 5.

دیگر تابع قوانین صد در صد جبری نمی تواند باشد! نظریه جبر مادی انسان را به ماشینی تشبیه کرده بود که همه چیز در آن قابل پیش بینی است، در حالی که در قرن حاضر علم خلاف آن را اثبات می کند، کار سلولهای روده و حتی سلولهای دیگر اعضای بدن همه اختیاری و انتخابی است، هر دسته از سلولهای روده تنها بر روی یک نوع غذا تاثیر می کنند، خمل های روده مواد خاصی را که بدن لازم دارد، انتخاب می کنند و بقیه را واپس می زنند، سلولهای دیگر همین کار را با خون می کنند، و گاه نیز عکس این عمل را می کنند(1).

«یونگ» در کتاب فیز یولوژی خود عقیده دارد که قوه شعور و ادراک و انتخاب در عموم بدن تقسیم شده و مخصوص مغز نیست، بلکه می تواند در هر سلول بدن نیز باشد(2).

دکتر «خوزوئه دوکاسترو» می نویسد: «حقیقت اینست که در طب هم مانند علوم اجتماعی وقتی که از جبر علمی (دترمینیسم) سخن می گوئیم باید بیش از پیش احتیاط کنیم، طرز تفکر مخصوص دیگری وجود دارد که آن را امکان پذیری Possibilisme می گویند و آن طرز تفکر درباره اثر عواملی که ممکن است موجب ظهور بعضی نمودهای زیست شناسی و اجتماعی شود، بحث می کند، حتی موقعی که عده ای از متخصصان درباره ارتباط منطقی و واضح و انکارناپذیر عامل کمبود غذایی و «سندروم» مخصوصی که از آن نتیجه می شود، سخن می گویند، مشاهده می کنیم که عوامل بی شمار دیگری در ظهور این حالت مرض تاثیر دارند، مثلا باید در نظر داشته باشیم که در میان عده ای از گروههای انسانی که به کمبودهای شدید مبتلا هستند، علایم این کمبودها کم است، در صورتی که در گروههای دیگری که وضع غذایی نسبتا بهتری دارند، این کمبود به میزان بیشتری دیده می شود(3)»!

به گفته مولوی:

چون قضا آید طیب ابله شود

آن دوا در نفع خود گمراه شود

از قضا سرکنگبین صفرا فزود

روغن بادام خشکی می نمود

از هلیله قبض شد اطلاق رفت

آب آتش را مدد شد همچو نفت

شربت و ادویه و اسباب او

از طبیبان ریخت یکسر آبرو

باری آنچه گفتیم، با آن که از آرای تازه قرن حاضر است، با این همه به نحوی دیگر در آثار

1- علم به کجا می رود؟، ص 225 تا 230؛ لذات فلسفه، ص 75.

2- اصول اساسی روانشناسی، ص 325.

3- کتاب سیاه گرسنگی، ص 18.

فیلسوفان قدیم نیز دیده می شود، «اپیکور» نخستین کسی است که برای ذرات در حرکت، نوعی از قوه و اختیار می شناخته و آدمی را مختار می دانسته و جبر و ضرورت را منکر بوده است، «امیل بوترو» نیز حتی قوانین طبیعت را تقریبی و اجمالی می دانسته است، که خلاف قیاس در آن بسیار دیده می شود که به آنها برنخورده و یا به مسامحه از آن گذشته ایم، و بنابراین قاعده و جوب ترتب علت بر معلول به نظر وی احاطه و شمول کلی ندارد و به جوب اصل علیت و قوانین طبیعی که مبتنی بر آن است نمی توان قطع پیدا کرد، پس قوانین طبیعت ممکن است نه واجب نسبی است، نه مطلق (1).

اما با این همه، اینجا باید بلافاصله از پدید آمدن یک سوءتفاهم جلوگیری شود، و آن این است که «ماکس پلانک» اصل علیت را بطور کلی رد نمی کند و آن را باطل نمی داند، بلکه می گوید: اصل علیت در نتایج جزئی قابل تطبیق نیست لکن اصل «علیت آماری» وجود دارد، پلانک می گوید، 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 گوناگون بیمه تعیین و بیمه نامه ها تنظیم می شود ولی از این آمارها هیچ نتیجه ای در مورد مرگ فرد خاصی که بیمه شده است نمی توان گرفت (2).

جای دیگر پلانک مثال دیگری می زند: «در فیزیک، علاوه بر قوانین نیرویی یا دینامیک، یک دسته قوانین دیگر نیز شناخته شده اند که آنها را قوانین آماری می نامند. این قوانین اخیرا با دقت شایان توجهی احتمال پیدایش حوادثی را که باید اتفاق بیفتد معین می کنند، و به همین جهت راه پیدا شدن استثنایی در این قوانین مسدود نمی ماند. یکی از نمونه های این قوانین مسأله انتقال گرما از جسمی به جسمی دیگر است، هرگاه دو جسم با درجات حرارت متفاوت مجاور یکدیگر قرار گرفته باشند، بنابر دو قانون ترمودینامیک، انرژی گرمایی باید از جسم گرمتر به جسم سردتر ریزش کند، ولی امروز بنا به تجربه می دانیم که این قانون حالت احتمالی دارد، چه در حالی که اختلاف درجه حرارت دو جسم خیلی کم باشد، ممکن است در نقطه ای از نقاط تماس دو جسم و در لحظه ای 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 ان

ص: 31

1- - سیر حکمت در اروپا، بخش نظرات اپیکور و بوترو.

2- - علم به کجا می رود؟ ص 47.

حوادث صحت ندارد. اگر بخواهیم در مورد یک حادثه مفرد سخن بگوییم، با مقدار معینی از احتمال حق بحث داریم(1)».

پس علیت اگر در مورد حوادث و پیشامدهای دسته جمعی مصداق پیدا کند باوجود این در همین مورد هم علیت آماری مانند علیت تاریخی تکرار نشدنی است، از سوی دیگر در همان مثال شرکت بیمه دیدیم که به هیچ وجه از حساب احتمالات، مرگ فرد خاصی را نمی توان پیش بینی کرد بلکه حساب مذکور نسبت به میانگین عده بسیاری از حادثه ها ممکن است درست از آب درآید، لکن برای فرد آن حادثه ها چنین نیست، پس انسان نیز نباید انتظار داشته باشد که تصویرهایی که از حد متوسط صفات ممتازه افراد پیش خود می سازد، در یک شخص جمع شود، زیرا همان اتحاد ناظر با چیزی که بدان می نگرند در مورد روابط ما با دیگران، نیز مصداق دارد، و چون هستی ما وابسته به سایر افراد است، از اینرو نمی توانیم خود را در وضعی قرار دهیم که اعمال افراد دیگر را از لحاظ انگیزه ها یعنی از لحاظ علیت مورد مطالعه قرار دهیم، و از اینجاست که انسان موجودی تا این حد دست نیافتنی و حساب نشدنی جلوه می کند، به طوری که بیشتر دانشمندان با حیرت و سرگردانی به ناتوانی در توضیح و تشریح پیچیدگیهای بی پایان طبیعت این موجود پرابهام و ناشناخته اعتراف کرده اند، زیرا ویژگیها و خصلتهایی که برای ساختن شخصیت آدمی به کار رفته، آن قدر پیچیده، متعدد، متناقض و نامتناهی است که بسادگی می توان در یک فرد قطبهای متضاد و امیال و شهوات ضد و نقیض را مشاهده کرد، از قبیل: بلندنظری و کوتاه نظری، خیال پرستی و خردمندی، یاس و امید، عشق و نفرت، شجاعت و جبن، تقوا و گناه، عفو و انتقام، و حتی خدا و شیطان و... (2) و حال آن که نتیجه کار و آزمایش کارشناسان علوم تجربی، بالنسبه معلوم و آشکار است و می توان آنها را، بکرات آزمایش کرد، خلاصه آن که می توان با فراگیری تجربه های پیشینیان و کشفیات آنان، بر روی این مفروضات، احکام جدیدی را به دست آورد و در پهنه وسیع علوم دقیقه - که دایره مدار محسوسات است - به افقهای تازه تری رسید و هر روز روزنه ای تازه به فضای نامتناهی دانش بشری، گشود، زیرا علوم تجربی با عقاید غیرقابل تردید و انکار سر و کار

ص: 32

1- - همان کتاب، ص 201.

2- - انسان شناسی فلسفی، ص 45 تا 55. و به قول مولانا: گر بظاهر آن پری پنهان بود آدمی پنهان تر از پریان بود نزد عاقل ز آن پری که مضمحل است آدمی صدمبار خود پنهان تر است

دارد، در حالی که علوم اجتماعی چنین نیست، زیرا روابط و مناسبات مردم بر منطق صرف بنا گذاشته نشده بلکه روابط اجتماعی اکثر برپایه ضرورت اجتماعی است نه برهانهای عقلی از پیش ساخته؛ افراد آدمی بیشتر از احساسات و عادات پیچیده و نامتعادل خود پیروی می کنند و از اینرو برای کارشناس فن حقوق و علم الاجتماع، آزمایشگاهی همانند آزمایشگاههای علوم تجربی که کلیه عوامل در آن ثابت و لایتنیغیر باشند وجود ندارد.

5- از نظر تاریخی

می دانیم که آزمایشگاه در علوم اجتماعی، در اغلب و اکثر موارد بر تاریخ گذشته مبتنی و استوار است، اما چه کسانی سازندگان تاریخند؟ آیا پیامبران الهی و ادیان تاریخ را می سازند؟ آیا فیلسوفان و دانشمندان و مصلحان اجتماعی و اخلاقی در این راه دخالت داشته اند؟ آیا مخترعان و مکتشفان در این جریان سهمی دارند؟ آیا غرایز سرکوفته بشر عامل حرکت وی بوده است؟ آیا عوامل جغرافیایی و نژادی و فرهنگی و حوادث طبیعی دست اندرکار بوده است؟ آیا اراده مصمم و خلل ناپذیر قهرمانان و فرمانروایان نظامی تاریخ را می سازد؟ آیا وضع اقتصادی و دورانهای آن سازنده بوده اند؟ آیا عامل اساسی تحول تاریخ خود مردم و توده ها بوده اند؟ آیا نیروهای محرکه تاریخ بنا به عقیده مارکس: اقتصاد است، یا بنا به عقیده فروید: غرایز جنسی، و یا بنا به عقیده نیچه: اراده معطوف به قدرت است و مسابقه در نبرد لیاقت، و یا به عقیده عارفان و صوفیان: عشق و محبت، و یا به تعبیر قرآن: عامل روانی بشر؟ (1) کدامین عامل، اساسی و اصلی بوده است؟ و کدامین عامل، فرعی و تبعی؟ ... از یک دیدگاه چنین می نماید که همه آنها که بر شمردیم هریک به نوبه خود، کم و بیش سهمی در حرکت تاریخ داشته اند، لکن تکیه بر هر یک از آنها بدون توجه به عوامل دیگر ناروا و غیر منصفانه است، آنچه فعلا مورد نظر است، آنست که باید همه عوامل و علل و اسباب را در نظر گرفته و از ترکیب آنها راهی برای حل مشکلات و مسائل به دست آورد. سخن «ولتر» بسیار حکیمانه است که: «تاریخ را باید فیلسوفان بنویسند.» زیرا فیلسوف در مطالعه تاریخی، در پی افکندن نظامی اجتماعی برمی آید، همه مواد تاریخی را که اشاره شد، فراهم می کند و در این جمع بندی به نتایج کلی می رسد، او در مطالعه تنها به قطع طولی و عمودی نمی پردازد، یعنی اکتفا به مطالعه تاریخ ادوار قبل و بعد نمی کند، بلکه علاوه بر آن، به مطالعه عرضی و افقی می پردازد و در یک

ص: 33

زمان در کشورهای مختلف یک بررسی تطبیقی را به کار می‌گیرد، یک عصر و یک نسل را در نظر می‌گیرد و سپس به تحقیق همه مظاهر زندگی آن از اقتصاد و مذهب و اخلاق و آداب و رسوم و عرف و عادت و حتی علم و فلسفه و فرهنگ می‌پردازد و تاثیرات عرضی و متقابل و نفوذ عمقی و عمودی آنها را بررسی می‌کند، زیرا حوادث نه تنها معلول علت‌های پیشین که معلول اوضاع همزمان و همعرض خود نیز هستند، و همان‌گونه که در پیش گفته شد، اصل علیت منفرد، در پدیده‌های اجتماعی باطل است.

به هر حال، با همه این اشکالها، اگر آزمایشگاه علوم اجتماعی را تاریخ بشری قرار دهیم، باز به سبب فقدان پدیده‌ها و رخداد‌های عصر حاضر در آن، نمی‌تواند به طور کامل و بی‌عیب و نقص ما را به راه حل تازه‌ای راهنما باشد، به عبارت دیگر برای توجیه و تفسیر زمان حال، نمی‌توانیم بدرستی از تجربیات پیشینیان، بدون عنایت به عوامل و مسائل روز، بهره بگیریم، اگر آنچه را که همچون جوی در حال گذر است، بررسی کنیم، نقایص دیگری در کار ما خودنمایی خواهد کرد: زیر اولاً نتیجه این آزمایشها سالها بعد بروز خواهد کرد و هم اکنون برای ما دردی را درمان نمی‌کند و انگهی کاملاً به کار خود نمی‌توانیم اطمینان کنیم و سالها منتظر اخذ نتیجه بمانیم، ثانیاً همان‌گونه که در پیش یادآور شدیم، چون جامعه انسانی، نه مانند اجتماع چند موجود مادی است که تنها نتیجه آن افزایش کمی باشد و نه از قبیل اجتماع عناصر شیمیایی که نتیجه آن قابل پیش بینی علمی باشد و به دستاوردهایی محسوس و مشخص تبدیل شود، بلکه آدمی با دارا بودن ویژگیهای دو اجتماع مذکور، دارای تبدلات کیفی است و می‌تواند همان پدیده‌های کیفی را با تصرفات انتخابی و ارادی خود، به صورت موجودی تازه عرضه کند، و چون ما در مسائل اجتماعی با کیفیتها روبرو هستیم و این کیفیتها معلول برخورد حوادث غیرقابل پیش بینی است، بنابراین برای کارشناس علوم اجتماعی بسیار دشوار است که دستاوردهای تحقیقی خود را در شکل $2 + 2 = 4$ نشان بدهد زیرا می‌دانیم که مثلاً: «خانه‌ای را که 3 بنا و 6 کارگر ساده در مدت 60 روز با روزی 8 ساعت کار می‌سازند قطعا 360 بنا و 720 کارگر ساده در 4 ساعت نخواهند توانست ساخت (1)».

و یا «توانایی کارکردی یک سازمان بمراتب از تواناییهای کارکردی اشخاصی که آن را تشکیل می‌دهند، بیشتر است، به عبارت دیگر، اگر توانایی یک تن (فرد) برابر X باشد توانایی

ص: 34

یک سازمان یکصد نفری 100 X نیست، بلکه ممکن است سر به صدها X بزند (1)».

از سوی دیگر، این حقیقت که «انسان موجودی متحول و قابل انعطاف است» یکی از اصول بدیهی مورد قبول همگان است، بنابراین، 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 جداست، زیرا اجتماع تنها پیرو اصل علیت نیست، بلکه از اصل غایت نیز پیروی می کند. یعنی آرمان گر است.

و به همین دلیلهاست که در عمل پس از گذشت زمانی طولانی و در اثر تحولات اجتماعی، بی پایی و ضعف بسیاری از تئوریهای سیاسی و اقتصادی آشکار می شود و این امر نسبی بودن تئوریهای اجتماعی را آشکار می سازد، پس بدون توجه به حقایق مسلم زندگی مردم، راه‌هایی ثابت و لایتغیر که بر پایه منطق خالص و به دور از واقعیات یا هر میزان دیگری استوار باشد، برای مردمی که خود منطقی نیستند، برای مردمی که مانند ماشین از قوانین جبری پیروی نمی کنند، کاری است نادرست، زیرا ما همواره در اجتماعات بشری با علتها و معلولهای چند از چند سر و کار داریم، نه یک از یک، و نه یک از چند، و نه چند از یک.

باتوجه به آنچه تاکنون گفته شد، یادآوری یک نکته ضروری است، و آن اینکه نباید این توهم پیش آید که ما با تاکید و اصرار بر این همه مشکلات می خواهیم، جلو اقدام و عمل و قاطعیت را سد کنیم، و یا خدای نخواستہ می خواهیم هر ادراکی را در مسیر علم، به شک و تردید و یا احیاناً به تعطیل بکشانیم، و دامنه این شک و تردید را تا آنجا دامن بزنیم که انسان را از وصول بحقایق مأیوس کنیم، ابتدا چنین نیست بلکه درست بعکس همین که بشر بر خطای معلومات خویش از راه حس یا عقل پی می برد خود دلیل بر آنست که یک سلسله حقایق مسلمی هست که ما آنها را معیار و مقیاس تشخیص خطا از صواب قرار داده ایم. ما عقیده داریم که همین احتیاطها، و پی بردن به پیچ و خمها و خطاها، دلیل بر این است که حقایق مسلمی در پس پرده هست که آنها را مقیاس قرار داده و از روی آنها به خطای خود پی برده ایم، چه بسا اگر ما به قدر کافی قوانین اجتماعی را می شناختیم، بخوبی از عهده پاسخ به پرسشهای زندگی جاری خود و حتی مسائل آینده برمی آمدیم، و اگر نمی توانیم، به خاطر جهل ما به قوانین اجتماعی و حقایق گذشته و حال و آینده است، به عبارت دیگر هرگاه علم ما با یک واقعیت خارجی تطبیق

ص: 35

کند، در همان مورد آن علم حقیقی و معتبر و مطلق است، اما فقط در همان مورد خاص و منفرد؛ والا برای آینده باید زمان و مکان و عوامل دیگر را سهیم بدانیم، اما در حال حاضر، برای دست زدن به عمل، نباید در انتظار حقایق مطلق بمانیم و کاری نکنیم، همین قدر که اصولی بتوان یافت که در آن حقیقت احتمالی وجود داشته باشد، باید آن را میزان و ملاک عمل قرار داد، زیرا تردید نیست که هر چه در امور اجتماعی پافشاری و اصرار در پیروی از منطق محض بیشتر شود و آدمی اسیر فرضیه‌ها و تئوری‌هایی شود که مربوط به زمان و مکان دیگری است، به همان مقدار خطر دور شدن از واقعیات و رویارویی با شکست بیشتر خواهد بود، هر چند آن فرضیه و منطق بخودی خود درست باشد و با موازین علمی و فلسفی هماهنگ، لکن بدون نظر و عنایت به تاریخ و فرهنگ و سنن و مذهب یک ملت و بدون توجه به اوضاع و احوال خارج کمترین درد جامعه را درمان نخواهد کرد و مواجه با شکست خواهد شد، تا هنگامی که بسیاری از تحقیقات را «فرضیه» ندانیم، راه پژوهش‌های آینده به روی ما باز نخواهد شد، لکن اگر آنها را واقعیت غیرقابل تردید پنداریم همواره با خطر انحراف و گمراهی روبرو خواهیم بود. از اینرو همه فیلسوفان در طبقه بندی علوم، جامعه شناسی را از مرکب‌ترین و پیچیده‌ترین علوم دانسته‌اند بگونه‌ای که مبنای آن را بر همه علوم دیگر استوار می‌دانند، زیرا موضوع آن، حیات و ویژگی‌های مربوط به آن است و اینها کیفیاتی بی‌نهایت در هم و پیچیده‌اند.

6- از نظر حقوقی

در حقوق بحث نسبت مفاهیم، از همه دانش‌ها بیشتر است، تا آن جا که برخی در تعریف علم حقوق آن را «دانش اصل و استثنا» دانسته‌اند، زیرا در برابر یک اصل به قدری استثنا، فراوان است که گاه اصل در آن میان، محو یا فراموش می‌شود. بعضی نیز قانون را وسیله و آلت برقراری نظم و عدالت دانسته و بنابراین نسبت به آن نظر «آلی» داشته‌اند و پرواضح است که وسیله و آلت همواره در زمانها و مکانها دستخوش تغییر و تبدیل است، وسیله امری نسبی است نه مطلق. توجهی به معنی لغوی شرع و شریعت که به معنای طریق و راه آمده، مؤید این نظر است و این جمله میان فقه شناسان زبانزد است که: «خداالغایات و اترک المبادی». باری، می‌دانیم که علمای یهود، نسخ شریعت را از جانب خداوند امری محال می‌دانسته‌اند، و می‌گفتند: از خداوند بعید است که نخست به کاری امر کند و یا آن را مباح اعلام فرماید، و بعد از همان کار نهی کند و اگر این امر به وقوع پیوندد، لازم می‌آید که حق، باطل و باطل، حق شود و تفاوتی میان معصیت و طاعت نباشد، علمای اسلام در پاسخ به یهود با استناد به تورات

می گویند: در شریعت یعقوب، تزویج دو خواهر در یک زمان و برای یک نفر منع نشده بود، و سپس در شریعت موسی حرام شد. از آن جا که گاهی مصلحت اجتماع بر حسب زمانها و مکانها تغییر می کند، لازم می آید که شریعتی منسوخ و شریعتی دیگر، جایگزین آن شود و برخی نیز گفته اند:

حکمی که منسوخ شده به حسب ظاهر دوام داشته، لکن در واقع از آغاز برای مدت محدود و موقت وضع شده بوده است (1). به هر تقدیر به نظر می رسد که این نمونه و نمونه های بسیار دیگر در قرآن، در باب آیات ناسخ و منسوخ، که ذکرش به درازا خواهد کشید، شاید نشان دهنده این حقیقت باشد که بیشتر قوانین شرعی از دیدگاه باری تعالی نیز نسبی و اضافی بوده است و از اینرو در زمانها و مکانها و نسبت به مصالح و مفاسد اجتماعی با وجوه اعتبارهای گوناگون و صورتها و حکمهای اولی و ثانوی ... باید در تحول و تکامل دایمی باشد. در واقع اکثر قوانین شرعی، قالب هایی از مواد مبهم و متشابهی است که تاب انطباق عملی با مصداقهای گوناگون را تنها به مدد آزاداندیشی در روح و محتوای معنوی آن دارد، تفصیل این مجمل در گفتار آینده، خاستگاه وضعی و فطری قانون روشن خواهد شد.

نتیجه و برآیند مطلب

در اثر پیشرفت و گسترش علوم اجتماعی و پیدایش و برآمدن طرز فکری که به جنبه های عملی بیش از نظری اهمیت می دهد، و مناسبترین راه حلها را راههایی می داند که در عمل اسیر هیچ یک از مکتبهای فلسفی و سیاسی و اقتصادی نبوده باشد، و به سبب وضع ویژه مسائل حقوقی و اجتماعی که از دیدگاههای گوناگون، نسبی بودن مفاهیم آن حقیقتی انکارناپذیر است، زیرا: از نظر جامعه شناسی وجود عوامل بی شمار و جدایی عظیم میان علتها و معلولها، پژوهش را از قطعیت و جزمیت دور می سازد. از نظر روانشناسی به لحاظ اینکه آدمی طبع ثابتی ندارد و در هر جامعه ای هماهنگ مقتضیات فرهنگ و تاریخ آن جامعه، عمل می کند و می اندیشد، طبیعت ساختمان جامعه های بشری نیز به همین دلیل هزاران بار از ساختمان طبیعت آدمی پیچیده تر و بنابراین هزاران بار حساب نشدنی تر است، جوامع بشری مانند علوم دقیقه وضعیتی ثابت ندارند، بلکه دایم در حال رشد و تحول و تکاملند، فطرت آدمی و صفات وی محصول و دستاورد عادات و رسوم و تربیت و فرهنگ و تاریخ یک جامعه است بنابراین نسبی بودن مفاهیم

ص: 37

1- - تقریرات اصول، ص 97؛ ملاک اصول استنباط، ج 1، ص 171؛ معتقدالامامیه، ص 155 به بعد.

از نظر فلسفی، همه فیلسوفان درباره خوبی و بدی افعال آدمی عقیده به نسبیّت دارند. از نظر تاریخی نیز، گفته شد، که تکیه بر یک عامل از عوامل محرک تاریخ، بدون توجه به عوامل دیگر، توجیه و تفسیر حرکت تاریخی را دشوار و از انسان که دارای ابعاد مختلف فکری و روحی است، موجودی «تک بعدی» می سازد، به گفته «برگ» که در جواب «روسو» ابراز داشته بود: «جامعه قرارداد میان اشخاص همزمان نیست، بلکه تشکیل تدریجی و نامحسوس است و اگر قراردادی در میان باشد، میان گذشته و حال و آینده است(1)».

بنابراین، اغلب راه درست در نهضت‌های اجتماعی، اصلاحات تدریجی و تکاملی است که هم به سنتها و معنویات و فرهنگ و مذهب و تاریخ یک ملت استوار باشد و هم برپایه نیازها و نهادها و بنیادهای در حال حرکت فعلی و متغیر قرار داشته باشد و هم به برکت علم آمار، واقعیت‌های هر قدم اصلاحی، به دقت سنجیده و ارزیابی شود. مگر اینکه جامعه آن چنان از مسیر اصولی و منطقی و تاریخی خود دور شده باشد و آنچنان رابطه او را با گذشته خویش قطع کرده باشند، که برای جبران این از هم پاشیدگی نظام اجتماعی، نهضتی انقلابی عهده دار بسامان رساندن آن شود.

انقلابی که در اجتماع به سبب بیماری بیش از حد، رخ می دهد، در واقع مانند بیماری است که زمان درمان آن با دارو گذشته و ناگزیر باید با عمل جراحی آن را درمان کرد.

ص: 38

در میان مکتبهای حقوقی دو دیدگاه حایز اهمیت است، یکی می گوید: قاضی حق را کشف می کند و دیگری می گوید: حق را می آفریند! «موتسکیو» پیرو دسته اول است و قاضی را دهانی می داند که گفتار قانون را کشف و بیان می کند و جز این برایش نقشی نمی شناسد، این طرز فکر «مکتب فرانسوی» نامیده شده زیرا بیشتر پیشروان آن از فرانسه اند، و طرز فکر دوم که می گوید قاضی حق را می آفریند و پدید می آورد «به مکتب انشا» و یا «مکتب آلمانی» موسوم است زیرا که خاستگاه آن، این کشور بوده است.

مکتب کشف، در واقع از مکتب تاریخی الهام گرفته است که تکامل حقوق را مانند زبان امری خود بخودی می داند، زبان را کسی وضع نمی کند، بلکه قواعد آن را کشف و شاخه بندی می کنند، به همین دلیل، مجسمه عدالت را در فرانسه بمانند فرشته ای چشم بسته و شمشیر به دست، نشان می دادند، یعنی که قانون بی طرف است و همه در برابر آن یکسانند، به هر تقدیر این مظهر و علامت چشم بسته با شمشیری در دست، زاده انقلاب کبیر فرانسه و حاصل اوضاع سیاسی قرن هیجدهم بود، و در واقع نشان رهایی از ستم حکومتهای خودکامه و بی قانون بود که اینگونه بازتاب و افراط بیش از اندازه را در حفظ و حراست قانون توجیه و تجویز می کرد، در حالی که پس از خاموش شدن آتش انقلاب، در عمل متوجه شدند که قاضی نباید چشم بسته و بی هدف و بی اراده در برابر قانون باشد، او باید اطراف و جوانب و کیفیت قضیه را برای کشف «حقیقت قضایی» در نظر بگیرد، و جای خالی قانون را پر کند، برای قانون امکان پیش بینی همه موارد وجود ندارد، زندگی رویدادهایی تازه دارد که هرگز در قانون قابل پیش بینی نیست، و اگر

قاضی تنها بیان کننده چشم بسته قانون باشد، چگونه می تواند وظیفه اصلی خود را که تحقق عدالت است، ایفا کند؟ در این مکتب، حکم قاضی یک قیاس منطقی را نشان می داد که در آن قانون، کبری؛ قضیه مورد دعوی، صغری و حکم قاضی که حمل قانون بر قضیه مورد دعوی بود، نتیجه این قضیه را نشان می داد و بنابراین حقوق از شاخه های علم منطق بود! در حالی که در مکتب آلمانی حقوق جزء علوم تجربی و قاضی یک مهندس اجتماعی تلقی می شد.

بی گمان، قاضی باید پایبند به حدود قانون باشد، اگر میزان در دست نباشد آدمی در همه امور از افراط و تفریط ناگزیر می شود، لکن اگر قانون مانند زندانی برای قاضی فرض شود، باز هم قاضی باید بتواند در محدوده زندان حرکت کند، تصرف کند و صاحب نظر و رأی باشد، بنابراین امروز در خود فرانسه هم جنبه افراطی این مکتب تعدیل شده و در موارد ابهام و اجمال و یا نقص و یا سکوت قانون به قاضی اختیار داده شده که برای جبران آن با تفقه و به کارگیری روشهای استنباط به ایجاد رویه های قضایی متناسب دست زند و بدین گونه آزادی قاضی را در عمل پذیرفته اند و مکتب کشف، هواداری ندارد، زیرا با نیازمندیها و الزامهای اجتماعی تازه سازگار نبود، و ازین رو نظریه «ثبات قانون» که از اصول این مکتب بود، محکوم به شکست شد، توضیح این که منظور آن نیست که هر روز قانون تازه ای وضع کنند و جامعه را دچار سرگردانی کنند بلکه از همان قانون ثابت در پرتو تفسیرهای تازه و نو، مفاهیم جدیدی استخراج کنند با این که از زمان تصویب قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) تاکنون بیش از یکصد و هشتاد سال می گذرد، مع ذلک، قضات در راه تحقق هرچه بیشتر عدالت و انصاف، با دست باز از همان قانون ثابت احکامی متناسب با مقتضیات زمان استخراج کرده اند(1).

در امریکا، نیز می گویند اگر قاضی حق ارزیابی قانون را نداشته باشد، درواقع آزادی رأی ندارد، و بنابراین در قوانین اساسی ایالات، پیش بینی شده که اگر مجلس تحت تاثیر عوامل سیاسی، قانونی برخلاف قانون اساسی تصویب کند، قاضی حق دارد که به هنگام صدور

ص: 40

حکم، از اجرای آن خودداری ورزد و آن را باطل اعلام کند(1).

حقوق زاده عوامل و حوادثی است که پیوسته در حرکت است و هیچ قانونی که خاستگاهی وضعی داشته باشد نمی تواند زمانی دراز بی دگرگونی و تحول پایدار بماند، حقوق حاصل فکر قانونگذار نیست، بلکه نتیجه دقت در تجربه های مکرر رویدادها و واقعیات زندگی روزمره است، و شناخت کامل احوال و آثار آن در صورتی میسر است که به علل و اسباب بروز این حادثه ها پی برده شود، قانون با کلیت و عمومیت و اطلاقی که دارد، امکان پیش بینی همه موارد در آن فراهم نیست، قانون با دستورالعمل و بخشنامه خلق الساعه و زودگذر و موقتی که تکلیف موارد جزئی را معین می کند، فرق دارد. هر چند انتخاب ملاکهایی که با واقع و نفس الامر نزدیک باشد. برای قانونگذار دشوار است، لکن اینگونه معیارها را باید از تحولات گذشته تا اندازه ای به دست آورد. عواملی که در این تحولات ناشناخته مانده و یا قابل پیش بینی نبوده اند برای قانونگذار اشکال پدید می آورد، زیرا ارزیابی تحولات آینده براساس دگرگونیهای گذشته، در صورتی ممکن است که عوامل آنها دارای ماهیتی یکسان و هماهنگ باشند و بدیهی است که زمان تا چه اندازه این عوامل را تغییر می دهد، ازین رو اگر قانون ثابت بماند، به حکم اجبار و ضرورت، معنی و مفهومش دستخوش مقتضیات و الزامهای عصر قرار خواهد گرفت. هر چند با منظور اصلی قانونگذار هماهنگ نباشد.

چنان که گذشت، قانون مدنی فرانسه، زاده و خونبهای انقلاب کبیر و بازتاب رهایی از استبداد و بی قانونی بود، به همین دلیل، عکس العمل این اوضاع، به این صورت نمایان شد که حقوقدانان، قوانین مصوب پس از انقلاب را چون ودیعه ای مقدس و مانند قوانین هندسه و ریاضی از اصول ثابت و تغییرناپذیر عالم بیندارند، اما با این همه حوادث بعدی و گذشت زمان و مسائل تازه، عناصر جدیدی را در آن قوانین وارد کرد و تفسیر و رویه قضایی آن را انعطاف پذیر ساخت که از هر حیث با مبانی آغاز انقلاب و پندارهای نخستین متفاوت و گاه متضاد بود.

حاصل اینکه، در حقوق موضوعه هیچ قانونی ثابت و برجای و ابدی نیست، بلکه همه

ص: 41

1- ر. ک به قانون اساسی ایران، اصل 170؛ آیین دادرسی مدنی، ج 2، مقدمه.

چیز در حال گذر و سیر و دگرگونی است، نظامی می رود تا جای خود را به نظامی بهتر بسپارد، و نظریه «ثبات قانون» جایش را به نسبیت و عقیده به دگرگونی دایم سپرده است (1).

به گفته مولوی:

هیچ چیزی ثابت و برجای نیست

جمله در تغییر و سیر سرمدی است

باری، در فرانسه برای رفع نقص قانون و یا سکوت و اجمال و ابهام و یا تعارض آن، روشها و مکتبهای گوناگونی پدید آمد که عهده دار تفسیر و گاه توسعه شمول قانون در رویدادهای تازه شد، از جمله تفسیری که بر مبنای آن مراد قانونگذار، از وضع و تصویب قانون، ملاک عمل قرار می گیرد امروز طرفداری ندارد، مکتب دیگر، مصلحتهای عامه را مقیاس و راهنمای تفسیر قرار داد که هنوز به قوت خود باقی است.

در مکتب اول، تفسیر پیرامون مراد و منظور قانونگذار می گشت، عنوان حقوق در واقع با قانون یکسان بود، تا آن جا که یکی از حقوقدانان فرانسه گفت: «من حقوق مدنی فرانسه را نمی شناسم و تنها مجموعه قانون مدنی ناپلئون را می شناسم (2)».

در حالی که در مکتب دوم، حقوق از تنگنای مراد و منظور قانونگذار خارج شد و در فضای باز مصلحتهای عمومی مجال تنفس یافت.

تأثیر علوم تجربی در حقوق

با گسترش علوم تجربی، پس از تجدید حیات علمی در اروپا (رنسانس)، حقوق نیز از تاثیر این پیشرفت برکنار نماند و در مسیر روش علمی قرار گرفت، فلسفه حقوق نیز به موازات آن حرکت کرد، لکن فلسفه حقوق امروز، بیشتر سازشی میان مکتبهای گوناگونی است که به طور مطلق و مجرد متعارض به نظر می رسند، امروز به جای تقویت جنبه های نظری بیشتر تکیه بر جنبه های عملی است، زیرا کلیات نمی توانند مدت زیادی در برابر منطق قوی واقعیات مقاومت نشان دهند. مکتبهایی که در وضعیتهای خاص و معینی پدید آمده اند، در برابر واقعیات و مقتضیات زمان نقش بر آب می شوند.

امروز در حقوق غربی به جای هواداری از مکتبی خاص، نظر حقوقدانان بر آنست که از

ص: 42

1- ر. ک به قانون اساسی ایران، اصول 2 و 73.

2- فلسفه حقوق، ج 1 ص 79.

دستاورد‌های مکتبها با توجه به علم آمار و نتیجه‌گیریهای آن بهره‌گیری کرد. ارزیابی این کیفیتها و کمیتها به دستیاری کارشناسان مربوطه، برای اطمینان به درستی و قابلیت هماهنگی عملی آنها، روش تحقیق را یکسره دگرگون کرده است، زیرا نزدیکترین راه برای درک حقیقت روبرو شدن با واقعیتهای زندگی است، و همین هاست که موجب یافتن راه‌حلهای عینی می‌شود.

هرچند بخش بزرگی از حقوق هنوز جنبه کیفی دارد و از قلمرو علم آمار بیرون است، لکن روز بروز با توجه به روشهای آمار تحلیلی به آنها جنبه کمی داده می‌شود و پایه مکتبهای حقوقی را اغلب اندازه‌گیریهای کمی و دستاوردهای اقتصادی تشکیل می‌دهد، و دیگر امروز این عقیده که اینگونه علوم را به مجرد تعقل و صرف استدلال می‌توان شناخت، طرفداری ندارد. حقوق وامدار و خریدار علوم تجربی و عقلی است، هر کشف تازه و نظریه جدید در این دانشها، به تحول حقوق کمک می‌کند و به دگرگونی آنها خواهد انجامید.

برای مثال در اثبات ادعا، نگاهی به برخی از دوره‌های تکامل طرق اثبات جرم کافی است، یکی از این دوره‌ها، دوره دلایل قانونی بود، در این دوره، مأموران کشف جرم، به هر وسیله سعی می‌کردند از متهم «اقرار» بگیرند، زیرا اقرار دلیلی قانونی و عمدیه بود، در بازجویی گاه به حیله و نیرنگ و گاه به شکنجه و زور متوسل می‌شدند! دادرسی غیر علنی، غیر تدافعی و شفاهی بود⁽¹⁾! در حالی که علنی، تدافعی و کتبی بودن دادرسی از وثایق امنیت قضایی و از اصول غیر قابل تردید حقوق بشری است.

بعدها پژوهشهای روانشناسی نشان داد که بسیاری از اقرارها و شهادتها، بسهویا بعمد، دروغ و بی اساس بوده و با تقواترین افراد ممکن است حتی از روی حسن نیت به دروغ شهادت دهند، و بنابراین حکمی هم که بر مبنای آن صادر شده بر خلاف حق و عدالت بوده است، زیرا عوامل: تهدید، تطمیع، فریب، ارباب، نیرنگ یا قرابت و دوستی شدید با متهم اصلی، یا امراض دماغی از قبیل جنون شهرت طلبی و یارهایی از شکنجه‌های غیر قابل تحمل و ... همه آنها بسهولت متهم را وادار به اقرار و یا شاهد را ناگزیر از شهادت دروغ می‌کرده است، از این رو اقرار و گواهی، قاطعیت و موضوعیت خود را از دست داد و در راه رسیدن به حقیقت قضایی، در حد یک وسیله نسبی تنزل کرد و جنبه طریقییت به خود گرفت، و در این راه «ولتر» فیلسوف فرانسوی در قرن هیجدهم، از جمله کسانی است که شیوه قاطع بودن اقرار و گواهی را مورد انتقاد سخت قرار داد و

ص: 43

لازم به تذکر است که در قوانین شرعی اصولاً دلایل جنبه طریقیّت دارد نه موضوعیت، و قاضی دستش در ارزیابی و سبک و سنگین کردن آنها باز است.

گفته شد، با انتقادهایی که از روش دلائل قانونی شد، دوره دلایل معنوی یا اقتناع وجدان قاضی جای آن را گرفت، به این دلیل که افراد مردم اغلب در نشان دادن حالات روانی خویش صدیق نیستند و همه یک نوع علامت را به کار نمی برند، از این رو بخصوص قاضی جزایی در حقوق امروز دستش در ارزیابی دلایل باز است، هر چند قاضی حقوقی نیز می تواند دلایل را ارزیابی کند و ارزش و اعتبار شهادت بسته به نظر اوست، لکن بیشتر از قاضی جزایی پایینند دلایل است، در حقوق امروز قاضی جزایی حتی می تواند متهمی را که به جرم خود اقرار کرده براساس دلایل دیگر تبرئه کند. اقتناع وجدانی در امور کیفری باید همواره به نفع متهم تفسیر شود.

در نیم قرن اخیر، اکتشافاتی در علوم پدید آمده که موجب شده برخی دوره دیگری را در دلایل حقوقی و کیفری پیش بینی کنند که در آن دلایل علمی جایگزین دلایل قانونی و یا معنوی شود، و طبیب و روانشناس و جرمشناس دستیار قاضی شوند، مبنای این فرضیه، تجربه های علمی اواخر قرن گذشته درباره وقوع جرم هم از لحاظ دلایل و هم از جهت عوامل فردی و اجتماعی است، روانشناسی با همه شاخه های آن، پزشکی قانونی و روانپزشکی، استفاده از ضبط صوت (برای نوشتن پرسشها و پاسخها)، استفاده از فیلم و وسائل مخابراتی، انگشت نگاری، داروسازی و شیمی (برای تجزیه دلایل جرم مثل: لکه خون، تعیین گروه خونی و نوع سم و میزان مصرف الکل) و کالبدشکافی جسدی که فوتش مشکوک است و ... همه در پدید آمدن دوره دلایل علمی مؤثر خواهند بود.

لکن با این همه هنوز در قوانین دنیا، قاضی مکلف به تبعیت از نظر کارشناس نیست، نظر کارشناس جنبه طریقیّت دارد نه موضوعیت، و در صورتی که عقیده کارشناس با اوضاع و احوال

محقق و معلوم مسأله موافقت نداشته باشد، دادگاه متابعت آن عقیده را نمی‌کند، زیرا کارشناس چه بسا در ارائه نظریه دچار اشتباه علمی و یا تهدید و تطمیع شده باشد، با این همه کارشناسی امروز در عمل جای خود را باز کرده و پایه بسیاری از احکام دادگاهها را تشکیل می‌دهد، زیرا دلایل کتبی مثل اسناد و مراسلات و علایم مادی واقعه، ضعف شهادت یا اقرار انسانی را ندارند. در واقع اینها شهود صامت قضیه اند و در عین حال صادقانه سخن می‌گویند.

از لحاظ ماهیت حقوقی، کارشناسی عبارتست از شهادت به معنی اخص، شاهدی که اطلاعات فنی و تخصصی را که قاضی قادر به تشخیص آن نیست، و یا تشخیص آن وی را از کار اصلی باز می‌دارد و بنابراین نمی‌تواند دخالت کند، در اختیار وی قرار می‌دهد.

کارشناسی چنان که معلوم است همه علوم را تقریباً دربر می‌گیرد، علمی که با اجتماع و انسان رابطه مستقیم دارد. انواع مختلف دارد از قبیل: پزشکی و شاخه‌های آن، داروسازی، عکاسی، مهندسی، حسابداری، خط‌شناسی و غیره.

در اینجا مناسب است که اشاره‌ای به یکی از کاربردهای کارشناسی در علم حقوق بشود، در بیشتر کشورها، امروز مسؤلیت متهمی را که مبتلا به جنون است، به طور کامل منتفی نمی‌دانند، زیرا دانش پزشکی به ثبوت رسانده که جنونی که موجب زوال کامل عقل است، یکنوع بیش نیست، و در دیگر موارد، چند درصد موجب زوال عقل می‌شود، پیشرفتهای جدید پزشکی، میزان جنون متهم را تعیین می‌کند و قاضی به نسبتی که جنون کمتر باشد کیفر سنگینتری برای متهم تعیین می‌کند و به نسبتی که بیشتر باشد کیفر سبکتری در نظر می‌گیرد.

این مطلب به عنوان «مسؤلیت ناتمام» در حقوق بیشتر کشورها پذیرفته شده است، آیا در شریعت اسلام، دلائلی وجود دارد که قبول این نظریه را با اشکال مواجه نکند؟ مگر نه اینست که صغیر ممیز (طفلی که میان 12 تا 15 سال دارد) اگر مرتکب جرمی شود کیفرش با شخص بالغ متفاوتست، و «حد» بر وی جاری نمی‌شود بلکه «تعزیر» یعنی تادیب می‌شود، و مگر نه این است که زنای جوان با افراد سالمند حکمی متفاوت دارد، بنابراین به نظر می‌رسد شاید بتوان برای آنان که مجنون نیستند، لکن به درجاتی دچار کم‌عقلی، سفاهت و بلاهتند و یا اعصابی بسیار متشنج و تحریک پذیر دارند، کیفری سبکتر از آنان که سالم و عاقل و مختارند،

وضع کرد و قاضی را در تعیین کیفر به نسبت میزان عقل و شعور و اختیار افراد راهنمایی کرد، زیرا در تعیین کیفر دور از انصاف و عدالت است که افراد کم هوش و کم عقل را در ردیف افراد باهوش و عاقل قرار داد، زیرا از نظر هوشی آنان واجد خصوصیات کودکانند، به هر تقدیر به نظر می رسد که این نظریه نوعی اجتهاد در مقابل نص و یا گونه ای استحسان و یا قیاس مستنبط العله باشد و آن جا که موضوعات احکام شرعی که از سوی شارع تحدید و تفسیر نشده باشد تعیین آنها موکول به نظر عرف است بنابراین در تشخیص جنون و اغما (بیهوشی) نظر عرف مقبول و متبع است (1).

نتیجه و خلاصه

از آن جا که قاضی بیانگر چشم بسته و آلت بی اراده قانون نیست؛ از آن جا که جمود بر الفاظ قانون و مراد و منظور قانونگذار در حل مشکلات روزانه، ناتوانست و مؤید این ادعا سه نقیصه بارز قانون است که عبارتند از: نارسایی، عمومیت، ثبات، از آن جا که دوره «کلاسیک» جایش را به عصر آزادی اندیشه های علمی سپرده و دوره جمود منطق ارسطویی با تجدید حیات علمی، سپری شده و روشهای تجربی و عینی جای آن را گرفته و در عمل راه حل های عینی و تجربی با واقعیت های زمان هماهنگتر است و از ضرورت های عصر ماست و حقوق و عدالت پیشرفتهای علمی را به خدمت گرفته است، و از آن جا که دوره دلایل قانونی بویژه در حقوق کیفری، جایش را به تحولات اجتماعی و علمی عصر سپرده است... و همه اینها نوید ظهور دوره ای را می دهد که حقوق در مسیر علوم تجربی قرار گیرد و یا از دستاوردهای آن بیش از پیش و به نحو احسن استفاده شود، بنابراین فلسفه نسبیّت و تجدید نظرخواهی در حقوق موجه است. مؤید این نظر مطالبی است که در گفتار یکم آمده است.

ص: 46

1- - در بند ب ماده 36 قانون مجازات عمومی ایران مصوب 1352 شمسی، اختلال نسبی شعور یا قوه تمیز و اراده پیش بینی شده بود.

روش پژوهش در مبانی استنباط - که مقدمه فقه شناسی است - از آغاز تاکنون، دستخوش دگرگونی‌هایی شده، که تفصیلی دراز دارد، در اینجا اشاره ای کوتاه به آن می شود(1).

معنی واژه‌هایی که در شریعت به کار می رفت، در آغاز روشن بود و شنونده به مقصود و منظور و کاربرد آن پی می برد، و جوب و حرمت، استحباب و کراهت و اباحه دستورها آشکار بود، اگر گهگاه به مشکلی برخورد می شد به پیامبر (ص) و یا اصحاب مراجعه و رفع اشکال می شد، در حالی که بعدها به دلیل دگرگونی‌هایی که در زبان و مناسبات اجتماعی پدید آمد و دامنه حکومت مسلمانان در دنیا گسترش یافت و کشورهای به قلمرو آنان افزوده شد، و نیز به دلیل دوری از مراجع نخستین که قولشان حجت و قابل استناد بود، تاریکیها و ابهامهایی در عمل پیش آمد که بویژه در امر قضا و دادرسی مسائلی را پدید آورد، بنابراین برای آشکار ساختن مقصود و منظور اصلی شارع و راه حل قضایا ناگزیر بحث و بررسی در واژه‌ها و معانی و اشتقاق لغات به میان آمد، تا مثلا در عقدها از به کار بردن واژه‌های مشترک یا غیر صریح و مبهم و مجمل خودداری شود و شکل و قالب هر عقد معلوم باشد.

پس از رحلت پیامبر اکرم (ص) درباره استنباط احکام، روشهای گوناگون و پراکنده پدید آمد برای رفع این تشتت و پراکندگی دانشهای دینی تدوین شد، مجموعه این دانشها را «فقه» نامیدند؛ لکن به دانشهای اعتقادی که علم کلام بیشتر بررسی استدلالی آنها را عهده دار بود، «فقه

ص: 47

اکبر» می گفتند، با این حال بعدها هریک از این شاخه ها نامی خاص پیدا کرد.

در بخش «عقود و ایقاعات» از فقه، اصولاً عرف و عادت موجود مورد تایید واقع شد و اتکای شارع مقدس در باب معاملات بر عرف و عادت، موجب شد که نیازی به ذکر جزئیات از طریق نصوص نباشد، از اینرو و به دلیل قلت نصوص، میدانی وسیع در قرون متمادی برای کشف فنون و ابزارهای استنباط باز شد و تسلط کامل بر فنون مزبور به فراوانی راههای اجرای عدالت کمک می کرد، تا آن جا که احکام معاملات، بیشتر از عرف مایه گرفتند برخلاف عبادات که چون حالت تاسیسی دارند عرف و عادت در آنها تاثیری نداشت.

در حوزه علم کلام، در دوره عباسیان ترجمه کتب طب و فلسفه و علوم دیگر از سریانی به عربی به وسیله نسطوریان و ترجمه فلسفه ای که در اسکندریه تدریس می شد و ترکیبی از فلسفه اشراق و مشاء بود، در برخورد با افکار شرقی که نوافلاطونی بود، روش استدلال تازه ای پدید آورد؛ بخصوص معتزله که در هر چیز به بررسی و استدلال می پرداختند، مثلاً: درباره صفات خدا، که اراده خدا عین ذات اوست یا مغایر با آن؟ آیا طلب واقعی عین اراده است؟ و ... این استدلالها، رفته رفته از علم کلام وارد اصول فقه شد و «عینیت» یا «غیریت» قصد و رضا در عقود، بحث انگیز شد، چنانکه گروهی به هواداری از معتزله معتقد به عینیت و اتحاد طلب و اراده شدند و عده ای به طرفداری از اشاعره به غیریت آن دو اعتقاد پیدا کردند. و ... از سوی دیگر علمای اصول فقه بتدریج برای تشخیص ظهور الفاظ در بعضی از معانی از قبیل ظهور صیغه امر در وجوب و یا صیغه نهی، در حرمت به چگونگی شکل‌های آن پرداختند و در نتیجه بحث الفاظ تقریباً نیمی از کتابهای اصول استنباط را دربر گرفت.

حاصل اینکه برخورد معارف دینی با فرهنگ و فلسفه یونان بخصوص در عهد مأمون و منصور عباسی، موجب بیداری مسلمانان شد تا از مبانی دین در برابر فرهنگ جهان آن روز دفاع کنند، و پیامد این تلاشها، پایه گذاری اصول استنباط، علم کلام و بویژه عرفان است، در این میان دانشمندانی که اکثریت قریب به اتفاق آنها ایرانی بودند مکتبهای فقهی و روشهای استنباط گوناگون را پدید آوردند (1).

باری، هرچند مبانی استنباط بر درک مفاهیم عادلانه و هماهنگی با آن استوار بود، لکن دیری نپایید که به دلیل تعصب و یکسونگری تند و شدید گروهی از فقه شناسان، هر نوع تحقیق در مبانی

ص: 48

1- - دکتر جعفری لنگرودی در اثر نفیس و بی نظیر خود «مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام» به شرح بیست و هشت مکتب فقهی پرداخته اند.

دیگر و یا دخالت عقل ممنوع شد، شاید جذبه معنوی مذهب و یا ترس از عوام اینگونه تعبد و تندروی را در میان این گروه که «اخباریان» و یا «ظاهریه» نام گرفته اند موجب شده است، تا آن جا که بیرون از سنت، منبع دیگری به رسمیت شناخته نشود، لکن مقتضیات زندگی و اوضاع و احوال متغیر زمان، قواعدی متناسب را طلب می کرد، ازین رو برخی از فقه شناسان را وادار به ابتکار روشی کرد که هم با توسعه و دگرگونی جامعه ها، هماهنگ باشد و هم مبانی فقهی صیانت شود و آن کشف و تدوین اصول استنباط بود، اما در این میان مکتبهای پدید آمد که جنبه افراط و یا انحراف به خود گرفت، که به آنها اشاره می کنیم.

مکتب فلسفه گرایان

تأثیر منطق و فلسفه در روشهای استنباط و مکتبهای فقهی، بی گمان محاسنی داشت، زیرا فلسفه در آدمی سعه صدر و بلنداندیشی و باریک بینی و موشکافی پدید می آورد، و از سوی دیگر در افکار و اصول پراکنده و ناسازگار، نظام و کلیت و سازگاری ایجاد می کند، لکن از آن جا که هرگاه چیزی از مرز و حد خود تجاوز کند و یا به کمال خود رسد، آغاز نابودی و پایان آن فرا رسیده است (1) و از آن جا که حقوق بیشتر با تجربه و عمل سروکار دارد تا منطق و فلسفه، پس، این روش استنباط مسائل را از واقعیتهای زندگی دور و فراگرفتن آن را نیز دشوار می کرد.

می دانیم که افلاطون کلیات را موجود واقعی و اصل می دانست و جزئیات را موهوم می پنداشت. ارسطو جدایی کلیات را از جزئیات در ذهن می پذیرفت نه در عالم خارج، لکن به هر صورت در میان شکلهای استدلال آنچه بدیهی الاستنتاج بود، قیاس بود که از کلی به جزئی می رسید، بنابراین پژوهش در حقوق، برخلاف سرشت اصلی خود، جنبه درون گرایی پیدا

ص: 49

1- - الانسان الكامل، ص 30 و 34. هرچیز که به کمال خود رسید، ختم آن چیز شد، «الشیء اذا جاوز عن حده انعكس ضده».

کرد(1). در حالی که منابع معرفت در حقوق از جمله بر تاریخ و طبیعت و تجربه استوار است و حاصل اینکه این انحراف، پیامد غور بیش از اندازه لازم در فلسفه بود که تکلیفهای لازمتر را به باد فراموشی می سپرد. ناگفته نماند که پیش از انتقاد فیلسوفان غربی از منطق ارسطویی، عارفان ما به نقاط ضعف آن پی برده بودند، ابوسعید ابوالخیر به ابن سینا گفته است: «بر فلسفه اعتماد مکن، زیرا در منطق، شکل اول قیاس، از همه بدیهی تر است و حال آن که در آن دور باطل نهفته است، زیرا فهمیدن نتیجه موقوف بر ثبوت کبری است و ثبوت کبری بدون فهم نتیجه میسر نشود(2)».

توضیح این که وقتی می گوئیم: پرویز انسان است، همه انسانها فانی اند، پس پرویز فانی است، کبرای این قیاس چون محمول را به همه افراد موضوع خود نسبت می دهد، مصادره به مطلوب می کند و حقیقت نتیجه خود را مسلم می انگارد.

مکتب اخباری و ظاهری (مکتب الفاظ) و مکتب اجتهاد

نخستین کسی که منابع فقه را منحصر در کتاب و سنت کرد، «داودبن علی ظاهری» از اهل سنت است و چون تنها ظاهر کتاب و سنت را حجت می دانست ازین رو به ظاهری معروف شد، وی در اوائل سده سوم هجری می زیسته است.

«ابن خلدون» در زمینه تطور فقه می نویسد: «در زمان صحابه و صدر اسلام کسانی اهل فتوا شمرده می شدند که حامل قرآن و عارف به ناسخ و منسوخ و محکم و متشابه بودند و بدین مناسبت ایشان را «قراء» می خواندند، چه آن که امت عرب بی سواد و امی بود و قراءت قرآن به نظر ایشان کاری شگفت می نمود، لکن چون اسلام توسعه یافت و کتابها فراوان و فقه کامل شد، نام حافظان و قاریان قرآن به فقیهان و عالمان مبدل گشت. پس دو طریق در میان فقیهان پدید آمد:

1- مکتب اهل رأی و قیاس (فقیهان عراق).

2- مکتب اهل حدیث (فقیهان حجاز).

در عراق به دلیل دوری آن از مرکز دین، حدیث کم بود، ازین رو اهل عراق بیشتر به قیاس روی آوردند و به واسطه مهارتی که در آن پیدا کردند، بنام «اهل رأی» خوانده شدند، پیشوای عراق، ابوحنیفه و پیشوای مکتب حجاز، مالک بن انس و پس از وی شافعی است.

ص: 50

1- آزادی فرد و قدرت دولت، ص 93.

2- مکتبهای حقوقی، ص 321.

دیری نگذشت که دسته ای از عالمان به مخالفت با قیاس برخاستند و عمل به آن را باطل و مدارک و دلائل استنباط را به «نصوص» و «اجماع» منحصر ساختند، پیشوای این گروه «داود بن علی» و پسرش «محمد» و اصحاب آن دو بودند و این طایفه را «ظاهریه» گویند ...

سه مذهبی که یاد کردیم، مذهب مشهور جماعت کثیری در میان امت بود لکن مذهب ظاهری کم کم از میان رفت و پیروانی برای آن باقی نماند و عقایدشان تنها در کتابها باقی مانده است، حتی «ابن حزم اندلسی» با آن مقام شامخ که در حفظ حدیث داشت، چون به مذهب ظاهری گروید، مورد خشم مردم واقع شد به طوری که کتابهای او متروک ماند ... و اکنون بجز مذهب اهل رأی (عراق) و اهل حدیث (حجاز) مذهب دیگری به جای نمانده است.

اما پیشوای عراق ابوحنیفه نعمان بن ثابت است که مذهب حنفی را پایه گذاری کرد، و پیشوای حجاز مالک بن انس است که امام اهل حدیث است، او علاوه بر مدارک و دلایلی که در نظر دیگران برای استنباط احکام مورد اعتبار واقع شده دلیل دیگری را معتبر دانسته و آن عبارت است از «عمل اهل مدینه» زیرا ایشان در کارها تابع پیشینیان خود می شدند تا برسد به نسلی که با پیامبر معاصر و معاشر بوده و از وی دستورها را آموخته اند.

بسیاری گمان بردند که این «اجماع» است ولی مالک آن را انکار می کرد زیرا «اجماع» تنها اختصاص به مردم مدینه ندارد، بلکه شامل همه امت می شود، و باید دانست که اجماع عبارت از اتفاق و هم رأی بر امری دینی از روی اجتهاد است. و مالک رفتار مردم مدینه را نه از این جهت بلکه از این حیث معتبر شمرده است که نسلی با مشاهده رفتار نسل پیشین رفتار آنان را بعینه پیروی کند تا به شارع (ص) منتهی شود و آوردن این مسأله در باب اجماع نیکوست ...

پس از مالک، «محمد بن ادریس شافعی» از حجاز به عراق رفت و با اصحاب امام ابوحنیفه ملاقات کرد و از آنان بسیاری از اصول را فراگرفت و طریقه حجازیان را با عراقیان در آمیخت و مذهب خاصی پدید آورد و با بسیاری از شیوه ها و عقاید مالک به مخالفت برخاست.

پس از محمد بن ادریس، «احمد بن حنبل»، که از بزرگان اهل حدیث است قیام کرد، اصحاب او با سرمایه فراوانی که از حدیث داشتند از اصحاب ابوحنیفه استفاده کردند و مذهب حنبلی که چهارمین مذهب اهل سنت است پدید آمد.

تقلید، منحصر به این چهار تن شد و باب اجتهاد و اختلاف و طرق آن مسدود گردید... (1)

ص: 51

«ابن خلدون» - که بخشی از نظرهای او را آوردیم - خود از اهل سنت است و شاید به منابع امامیه دسترسی نداشته است، زیرا روشن است که تشیع نه یکی از چهار مذهب مذکور است و نه اجتهاد را منع کرده است.

اما در میان امامیه سیر تحول فقه و علم استنباط چگونه بوده است؟ گفته شد، تا زمان دسترسی مردم به امام، کمتر پای اجتهاد و استنباط به میان می آمد، لکن چون دوره غیبت کبری فرارسید، گروهی با استناد به قرآن و روایات، در مسائل مطروحه به استنباط شخصی دست می زدند و در این میان دسته ای از امامیه با قواعد استنباط به مخالفت برخاستند و تنها قرآن و اخباری را که از اهل بیت رسیده بود، شایسته پیروی دانستند و پاره ای از ایشان به اندازه ای به جانب افراط گراییدند که حتی عمل به ظاهر قرآن را نیز تحریم کردند! و تنها اخبار را مناط دریافت حکم شرعی قرار دادند، در نتیجه این وضع در میان امامیه دو مکتب پدید آمد: 1- اخباری 2- اصولی.

در کتاب: «روضات الجنات» فرقه‌های این دو مکتب به تفصیل آمده که به برخی از آنها اشاره می شود:

1- اجتهاد از نظر مجتهد واجب عینی و یا کفایی است، در صورتی که از نظر اخباری حرام است و فقط باید از روایات مسائل عملی را فرا گرفت! 2- مجتهد به دلائل چهارگانه (کتاب، سنت، عقل، اجماع) تمسک می جوید در حالی که اخباریان تنها به دلیل دوم و برخی به دلیل اول و دوم اکتفا می کنند، لکن دسته اخیر دلیل اول را به کمک سنت معتبر می دانند.

3- اخباری به صدور اخبار با قطعیت نظر می دهد و عمل می کند، در صورتی که مجتهد در صدور اخبار با تردید می نگرد و درستی و نادرستی آنها را بررسی می کند.

4- مجتهد رسیدن به مرحله اجتهاد را منوط به دانستن زبان عربی، اصول، منطق، رجال و غیره می داند، لکن اخباری فقط دانستن زبان عربی را کافی می شناسد.

5- اخباری، حدیث «علینا القاء الاصول و علیکم بالتفریع» را تطبیق قاعده بر مصداق می داند، در حالی که اصولی، اجازه استنباط و برداشت را از آن استخراج می کند و ازدیاد مسائل نوظهور را مؤید نظر خود می داند.

6- مجتهد سکوت قانون را زیر عنوان «مالانص فیه» قبول دارد، بنابراین با استنباط خود این خلأ را پر می کند، در صورتی که اخباری می گوید: جایی که شریعت درباره خسارت خراش

پوست بدن، نص دارد، بنابراین سکوت قانون را نمی پذیرد.

7- مجتهد، «تنقیح مناط قطعی» را جایز می داند، اخباری آن را به دلیل اینکه «قیاس» است رد می کند(1).

بنابراین، می توان گفت، اخباری در میان امامیه و ظاهری در میان اهل تسنن، به دلیل تعبد و جمود بر پوسته واژگان، مکتبی لفظی پدید آورده اند.

پیشوای اخباریان، محمد امین استرآبادی (متوفی 1026 ه. ق) بود که پیروانی بسیار، بخصوص در کربلا- و نجف داشت، لکن در برابر مبارزه های مجتهدان، رفته رفته شکست خورد و میدان را برای رقیب باز گذاشت، در واقع اخباریان، جناحی بسته و واپس گرای یا بگفته درست تر محقق نائینی: «حاملان شعبه استبداد دینی» بودند(2)، که جبر و ضرورت زمان و پویایی جامعه و در نتیجه نهاد متغیر حقوق و اخلاق را نمی شناختند.

اما ویژگیهای نظری مکتب اجتهاد عبارت است از: استناد بدلیل عقل گاه تا سرحد تشریح و عمل به «ظنون خارج از علم عادی(3)»، استناد به قاعده اضطرار و حاجت عمومی، عمل برطبق قواعد عدل و انصاف و تنفیذ عرف در موارد سکوت نص و استفاده از فرضهای قانونی یا اصلهای عملی و ... که به آنها در این دفتر اشاره خواهد شد.

ص: 53

1- - مکتبهای حقوقی، ص 288؛ تاریخ ادبیات در ایران، ج 5، بخش یکم، ص 253 تا 263.

2- - تنبیه الامه و تنزیه المله، ص 76.

3- - فقط در این جا به اصطلاح «ظنون خارج از علم عادی» اشاره می کنیم، علم در لغت به معنی دانستن و دانش است و در اصطلاح فقهی به معنی اطمینان است که آن را علم عادی هم نامیده اند. علم عادی در مقابل علم به معنی فلسفی کلمه است که عبارت است از حالتی نفسانی که تحمل احتمال مخالف را نمی نماید. در امور قضایی و علم حقوق رسم این است که علم عادی حجت است. ترمینولوژی حقوق لغت: علم. ظنون و ظن: ظن حالتی است نفسانی بین قطع و شک متساوی الطرفین یعنی از شک بالاتر است و از یقین و قطع فروتر گاهی ظن بقدری به قطع نزدیک می شود که حالت جذب در آن است یعنی وجدان شخص را به اظهار نظر می کشاند (مانند قطع) در این صورت چنین ظنی را (ظن غالب) نامیده اند و در بعضی از تعبیرات متنافر آن را (ظن متأخم به علم) می نامند. تفصیل این بحث را مراجعه کنید به ترمینولوژی لغت: ظن.

مکتب تفسیر واژه به واژه

معنی آن باشد که بستاند ترا

بی نیاز از نقش گرداند ترا

معنی آن نبود که کور و کر کند

مر ترا بر نقش عاشقتر کند

مولوی - مثنوی دفتر دوم

صورت الفاظ را چون پشه دان

معنی آن عنقای لاهوت آشیان

صورت ار معنی پذیرد کامل است

ور ندارد معنی او بی حاصل است

صفی علیشاه - زبده الاسرار

چنانکه گذشت، مکتب تفسیر لفظی و استنباط فنی قانون در اروپای سده هیجدهم به دلیل ناهماهنگی با نیازهای جامعه، رفته رفته از نفوذ و قدرتش کاسته شد، در این مکتب ملاحظه های ادبی پیرامون مواد قانون و سنجش مواد سابق و لاحق با یکدیگر و جز آن، وسیله استنباط بود، لکن بر اثر شکست این مکتب، مکتب ملاحظه های علمی جایگزین و یا مکمل آن شد، افراط برخی از فقیهان در باب اعتبار الفاظ، یادآور مکتب تفسیر لفظی در اروپاست.

فایده و لزوم بهره گیری از قواعد لفظی بخصوص در امر قضا و اصالت آن قابل انکار نیست، لکن جایی که باید مشکلات و مجهولهای قضایی را به کمک علم و عقل و تجربه حل و فصل کرد و در قالب قانون ریخت، یاری جستن از قواعد لفظی آن هم بیش از اندازه لازم، انحراف از خط اصلی هنر استنباط و عدالتخواهی است.

کار آنان که بی توجه به منابع دیگر حقوق، بر تفسیر واژه به واژه قانون تکیه می کنند، بی شباهت به اخباریان نیست! دکتر جعفری لنگرودی می نویسد: «بیشتر فقهای جمهور که عقد ضمان را تضامنی (ضم ذمه به ذمه) می دانند به یکی از دو دلیل لفظی، متوسل شده اند:

الف - ضمان، مشتق از (ضمن، یضمن) است یعنی بموجب عقد ضمان، ذمه مدیون اصلی در ضمن ذمه ضامن، قرار می گیرد باوجود اینکه ذمه خود مدیون اصلی هم کماکان، مشغول است! ب - ضمان، مشتق از (ضم، یضم) است، یعنی ذمه ضامن، ضمیمه ذمه مدیون اصلی می شود! این طایفه فکر نمی کنند که غیر از ملت عرب، سایر مردم جهان هم عقد ضمان تضامنی دارند و لغت آنان، با این اشتقاق وفق نمی دهد! اکثریت فقهای جمهور می گویند: عقد ضمان، عقد وثیقه است و بدون تضامن، وثیقه حاصل نمی شود، این استدلال عقلی است که بر سنجش مصالح، متکی است و کار درستی است و سخنان

باری فقه شناسان بیشتر مذهبها دریافتند که صیغه های امر و نهی در قرآن واژه به واژه تفسیر نمی شود، برخی از آنها مفهوم بهتریابی دارد و لزوم قطعی را نمی رساند، و بنابراین چنان احکامی نیستند که اجرای آنها واجب باشد، مثلاً بسیاری از صیغه های امر در قرآن دلالت بر استحباب و در بسیاری جاها، نهی دلالت بر کراهت دارد (مثل سوره جمعه آیه 10 و سوره نساء آیه 3 که امر است و دلالت بر استحباب دارد.) به گفته عارف قرن هفتم عزیزالدین نسفی: «هر که خواست از لفظ به معنی رود، لفظ سبب گمراهی و دوری وی گشت و هرکه از معنی به لفظ آمد، لفظ سبب هدایت و نزدیکی وی شد، یعنی هرکه به ریاضات و مجاهدات در صحبت دانایان از راه کشف و عیان، معانی و حقیقت چیزها را دریابد، الفاظ به هر اصطلاحی که باشد حجاب وی نشود بلکه سبب زیادتی علم او گردد و هرکه از لفظ به معنی رود، می آید که یک حقیقت را ده چیز داند و در کثرت و سرگردانی افتد(2)».

اصولاً عبارت برای معانی مادی به کار می رود و قادر به بازشناسی عالم معنی و روح نیست ازین روست که ما از راه مجاز و استعاره و به کمک شعر و کلام موزون و آهنگین کوشش می کنیم که نقص کلام را جبران کنیم.

مکتب حقوق فطری و نظام فلسفی آن

پیش از این درباره حقوق فطری (طبیعی) اشاره هایی شده، اکنون دوباره آن را بررسی می کنیم، خواجه نصیرالدین طوسی می گوید: «مبادی افعال بشر که مقتضی نظام امور ایشان بود، دراصل یا طبع باشد یا وضع. اما آنچه مبدأ آن طبع بود به اختلاف ادوار و آثار متبدل نشود و آنچه مبدأ آن وضع بود، اگر سبب وضع رأی جماعتی بود، بر آن آداب و رسوم گویند و اگر سبب آن اقتضای رأی بزرگی بود مؤید به تایید الهی، مانند پیامبر یا امام، آن را نوامیس الهی خوانند و این نیز بر سه گونه باشد، اول آنچه راجع بود با هر نفسی به انفراد مانند عبادات، دوم آنچه راجع بود به اهل منازل به مشارکت مثل مناکحات و معاملات، سوم آنچه راجع بود به اهل شهرها و

ص: 55

1- - مکتبهای حقوقی، ص 319.

2- - کشف الحقایق، ص 49؛ الانسان الكامل، ص 351.

اقلیمها مانند حدود و سیاسات و این نوع علم را فقه خوانند و چون مبدأ این جنس اعمال وضع است به تقلب احوال و تطاول روزگار و تفاوت ادوار در تبدل افتد(1)».

پس بنا به عقیده «خواجه» منشأ و خاستگاه کارهای آدمی یا طبع است یا وضع، یعنی یا حقوق فطری و طبیعی است و یا حقوق وضعی و قراردادی، آنچه سبب آن وضع است، مثل معاملات و مناکحات و حدود و سیاسات، همگی به دگرگونی زمانها و مکانها و دولتها و ملتها تغییر می یابند، و آنچه براساس فطرت و طبیعت است ثابت و تغییرناپذیر می ماند.

گفتنی است که تقسیم بندی خواجه در قرن ششم هجری با تقسیم بندی امروز حقوقدانان دنیا بدرستی منطبق است، تقسیم بندی خواجه از آن جا سرچشمه می گیرد که میان فطرت و عادت فرق گذاشته شود، فطریات و صفات، قابل تغییر و تبدیل نیستند، فطیر چیزی است که بی مایه و بسیط باشد، پس فطرت یا سرشت چیزی است که خود مبدأ و سرچشمه است، آنچه خود مبدأ است چگونه دگرگونی می یابد؟ درحالی که حقوق وضعی و تشریحی و یا عادی از محسوسات سرچشمه می گیرد و محسوسات قابل دگرگونی است.

از پیامبر اکرم نقل کرده اند که: «بعثت لرفع العادات لالرفع الصفات و بعثت لیبان الاحکام لا لیبان الحقیقه»(2) یعنی «من برای برداشتن و تغییر عاداتها آمده ام نه صفات و برای بیان احکام آمده ام نه بیان حقیقت.» اگر این حدیث از صحت و اصالت برخوردار باشد بنا بر مفاد آن فطرت و صفات ذاتی آدمی تغییرپذیر نیست بلکه عادات قابل تغییر است، (در آیه 31 سوره روم آمده است: «فطرت و نهادی که خدا مردمان را بر آن نهاد؛ خلقت خدا دیگر شدنی نیست») و در حدیث آمده است که: «کل مولود یولد علی الفطره ولکن ابواه یهودانه و ینصرانه و یمجسانه.» دکتر جعفری لنگرودی می نویسد: «در حال حاضر در کشور ما حقوق فطری یا حقوق طبیعی، موضوعی است که در محافل علمی شناخته شده است اما از راه ترجمه حقوق خارجی.

آیا در حقوق اسلام، حقوقدانان آن را می شناختند؟ سه مسأله ذیل نشان می دهد که آنان با فکر حقوق فطری آشنا بوده اند:

اول - اصل اباحه یا آزادی اراده - ... عده ای از مؤلفان قدیم این مسأله را با این عبارت طرح کرده اند: آیا قبل از نشر قوانین شرع، در جهان، آزادی اراده افراد انسان در کارها و بهره وری ها از اشیای موجود در طبیعت، شناخته شده بود؟

ص: 56

1- - اخلاق ناصری، ص 26؛ نامه مینوی آئین زردشت، ص 340 دانش سرشتی و دانش آموزشی.

2- - الانسان الكامل، ص 168.

این صورت مسأله نشان می دهد که آنان قبل از ورود شرایع و ادیان، حقوقی برای افراد انسان می شناختند که جز حقوق فطری چیزی نبوده است.

نتیجه - مقصود از حقوق فطری و طبیعی در اینجا حقوق خارج از قلمرو ادیان و شرایع است.

دوم - حقوق ذاتی - گفته اند حق ولایت پدر و جد بر فرزند و نوه صغیر، ولایت ذاتی است. در اینجا ولایت ذاتی و یا ولایت قهری که دو اصطلاح مسلم حقوق اسلامی است چیزی جز حقوق فطری نمی تواند باشد.

سوم - سرانجام حقوقدانان اسلامی تصریح به نمونه های حقوق فطری کرده و استصحاب را از جمله حقوق فطری شمرده اند.

محقق نائینی می نویسد: *فعمل العقلاء علی الحالہ السابقہ لیس لاجل الرجاء و لا لحصول الاطمینان بل لکون فطرتهم جرت علی ذلک.* (فوائد الاصول - ج 4 ص 118).

یعنی بر پایه حالت سابقه رفتار کردن (که معنی اصل استصحاب است) نه از آن روست که قلب انسان در گرو حالت سابقه باشد یا اطمینان به وجود وضع سابق داشته باشد بلکه این موضوعی فطری و ارتکازی (ثبات یافته) است. پس استصحاب که یک فرض قانونی است در فطرت انسان، نهفته است. شاید اصل برائت هم چنین باشد (1).

و همچنین شاید آنچه از غریزه صیانت ذات برمی خیزد، مثل دفاع از نفس، ناموس و مال جزء حقوق فطری باشد، هر چند تاکنون حقوق فطری احصاء نشده است.

ناگفته نماند، که در طبیعت، قوانین ثابتند لکن در موجودات زنده تکامل می یابند و در تغییرند، حال اگر قوانین اجتماعی برخاسته از فطرت و سرشت آدمی باشد، ثابت و تغییرناپذیر است و اگر از فطرت و طبیعت آدمی برخاسته باشد، ناگزیر متغیر است. و آیه کریمه: *فطره اللہ التی فطر الناس علیہا لتبدیل لخلق اللہ* (آیه 31 سوره روم) مشعر بر این معنی است.

درواقع قانونهای سرشتی و عقلی با هم یکی هستند و هرکه از قانونهای سرشت تبعیت کند از خرد پیروی کرده است.

به عبارت دیگر، حیوان تابع و محکوم غریزه است ازین رو در زندگی او ثبات و سکون و یکنواختی فرمانرواست، درحالی که آدمی صاحب اراده و اختیار است و زندگیش دستخوش

ص: 57

تنوع و اختلاف و تغییر و تکامل است و هر روز با مسائل تازه و رویدادهایی جدید روبروست.

بنابراین سیر تکاملی حیات آدمی تعطیل بردار نیست، لکن آن دسته از افعال آدمی که غریزه و فطرت در آنها دخالت بیشتری از اراده دارد، به همان نسبت از ثبات و دوام بیشتری برخوردار است، بنا به مراتب برای مسائل و رویدادهای تازه حقوقی - که از شمار بیرون است - باید با وساطت عقل و علم و توجه به مصلحت اجتماعی زمان راه حلی مناسب و عادلانه پیدا کرد، و با عنایت به اصول ثابت که بر مبنای فطرت استوار است به مدد قوه استنباط و ملکه اجتهاد، قواعد تطبیق و هماهنگی آنها را با زندگی روزمره هر عصر و احراز خیر و مصلحت اجتماعی به دست آورد(1).

ص: 58

1- - در بخش چهارم این کتاب باز هم پیرامون این گفتار بررسی خواهد شد.

گفتار چهارم: قوانین غایی (آرمانی) و قوانین علی (تجربی و عملی)

قانونی که ریشه فطری دارد، مانند قانون مادی و طبیعی تابع اصل علت و معلول است. و از این رو به آن قانون علی هم می توان گفت. زیرا از اراده بر نخاسته است، بنابراین مقصدی در خود دارد نه در بیرون، مقصد زناشویی خود آن است، هر چند نتیجه اش بقای نوع باشد و دفاع از نفس مقصدی در خود دارد هر چند نتیجه اش حفظ نظم باشد، لکن اعمالی که بر اساس وضع و قرارداد انجام می شوند، هدفی در بیرون از خود دارند، زیرا از اراده آزاد برخاسته اند. در طبیعت، اصل تقدم علت بر معلول فرمانرواست، لکن در اعمال وضعی و قراردادی، اصل غایت و تقدم معلول بر علت جاری است، بگفته «لوکنت دونویی» علم با «چگونگی» سر و کار دارد نه با «چرایی» (1). علم در پی آن نیست که جهان را دگرگون کند بلکه به حالت انفعال جهان را می پذیرد، در حالی که خواست و اراده آدمی کوشش در دگرگونی جهان دارد تا آن را با خود سازگار کند. فرق میان فلسفه با علم، در همین جا است، فلسفه می کوشد تا دنیا را «با معنی» کند، در حالی که علم در پی آن است که در جهان، «معنی» پیدا کند و بروشنی محسوس است که «با معنی کردن» با «پیدا کردن معنی» دو مقوله اند. فلسفه در جهان پیچیده در پی افکندن نظامی از معانی مجرد است و علم در صدد کشف قوانین.

حافظ می گوید: «فکر هر کس به قدر همت اوست» چرا؟ زیرا فکر اگر خودبخود، سازنده بود، نیازی به همت نداشت، فکر روابط موجود را می بیند و بیان می کند، بخودی خود خلاق

ص: 59

نیست، و دگرگونی را سبب نمی‌شود، بر عکس آنچه آفریننده است، همت، عشق، ایمان و احساس ارزش است که اراده را در اختیار دارد و آن را به عمل و می‌دارد، عشق از آنچه هست خبر نمی‌دهد بلکه از آنچه باید باشد و از نو باید پدید آید، دم می‌زند. عالم اندیشه، تابع قانون علت (تقدم علت بر معلول) است، اما در فلسفه ارزش، چون هدف خارج از خود است لذا معلول بر علت تقدم دارد. عمل، کار عشق است، «کار خردمند نیست»، تجلی عرفان در این مقوله شگفت‌انگیز است:

حافظ می‌گوید:

جناب عشق را درگه بسی بالاتر از عقل است

کسی این آستان بوسد که جان در آستین دارد

و یا:

قیاس کردم و تدبیر عقل در ره عشق

چو شب‌نمی است که در بحر می‌کشد رقمی

مولوی آشکارتر می‌گوید:

زین خرد، جاهل همی باید شدن

دست در دیوانگی باید زدن

آزمودم عقل دور اندیش را

بعد از این دیوانه خواهم خویش را

هست دیوانه که دیوانه نشد

این عسس را دید و در خانه نشد

پای استدلالیان چوبین بود

پای چوبین سخت بی‌تمکین بود

در طبیعت، هدف، نهفته و نامعلوم است، نوعی بی‌خبری از نتیجه حکمفرماست، حیوان بر طبق غریزه اعمالی را در مواقع معین انجام می‌دهد، بی‌آن که نتیجه آنها را بداند، زندگی حیوان از این جهت بی‌معنی است که هدف ندارد، زلزله و سیل، هدف ندارند، خود معلولند و هر گاه علت تحقق پیدا کند، وقوعشان غیر قابل اجتناب است، اما در زندگی ارادی بشر، هدف (معلول) مقدم بر علت است، نخست هدف را در نظر می‌گیرد، به آن ایمان می‌آورد، عشق می‌ورزد، برایش ارزش می‌نهد و بعد در پی رسیدن به آن به کار می‌پردازد، در واقع

علت، معلول شده و معلول علت، البته علت در اینجا علت غایی است نه مادی یا صوری و یا فاعلی.

در تصور علت غایی همواره علت مقدم است لکن در عالم تحقق و وجود، همیشه مؤخر است، نشستن بر روی صندلی علت غایی ساختن آن است، که گفته اند: «اول الفکر آخر العمل» علت غایی در فکر اول هر علتی در آید لکن در خارج مؤخر است.

به گفته مولوی :

ص: 60

اول فکر آخر آمد در عمل

بنیت عالم چنان دان در ازل

گر نبودی میل و امید ثمر

کی نشاندی باغبان هر سو شجر

میوه ها در فکر دل اول بود

در عمل ظاهر به آخر می شود

چون عمل کردی شجر بنشاندی اندر آخر حرف اول خواندی «شو پنهاور» به اندازه ای در این معنی غرق شده بود که به طور مبالغه آمیز، حقیقت جهان را «اراده» می پنداشت و تنها اراده را اصیل می دانست و دیگر امور را عارضی و فرعی تلقی می کرد (1). و «نیچه» به همین معنی اشاره می کند که: «انسان نخست چیزها را ارزش نهاد تا خویشتن را حراست کند، او معنای چیزها را آفرید، معنایی انسانی! از این روست که خود را انسان خواند یعنی: ارزشگذار» (2) در طبیعت به دنبال علت و در آدمی به دنبال هدف باید رفت، عشق به کودک، به هنگام بیماری، مادر را به جستجوی درمان بر می انگیزد، در حالی که علم، شناخت و مسائل رسیدن به بهبودی و شفاست، عشق به کودک علت است، و اقدام به درمان معلول؛ لکن در ذوب شدن برف و جاری شدن سیل، علت بر معلول مقدم است، و این سخن حضرت عیسی درست است که برای سعادت و نجات آدمی، اول ایمان لازمست و سپس عقل.

حضرت مسیح می گوید: «اندیشه ها و تشخیصهای ما چیزی نیست جز غروری متعفن که ریشه آن در مرداب خودخواهی نهفته است. آن سوی این مرداب، عشق و ایمان قرار دارد، و در همین سرزمین عشق و ایمان است که می توان به عنایت الهی امیدوار بود. تکیه بر «خرد» امکان پذیر نیست. خرد نمی تواند پناهگاه هستی انسان باشد، چون جایی که پای ایمان در کار باشد «روباخ خرد» فرار را بر قرار ترجیح می دهد (3)».

قرآن در سومین آیه از سوره بقره ایمان به «غیب» را شرط لازم رستگاری دانسته است. عقل و مسائل مادی را آماده می کند و ایمان نیکبختی معنوی را فراهم می سازد، حیوان مسئولیت ندارد زیرا پیر و غریزه است، آدمی مسؤول است زیرا بیشتر افعالش ارادی است.

قوانین طبیعت مانند قوانین ریاضی جنبه «Apriori» (پیش از تجربه) دارند و بنابراین

ص: 61

1- سیر حکمت در اروپا، ج 3، ص 48.

2- چنین گفت زردشت، ص 72.

3- انسان شناسی فلسفی، ص 117.

بی هدفند(1) درحالی که قوانین وضعی که ناظر بر اعمال ارادی است چون هدف دارد، محصول تجربه است.

قوانین فطری و طبیعی در زمره قوانین علی و تجربی، و قوانین حقوقی و وضعی از جمله قوانین غایی و آرمانی اند، قاعده ای که هدف و غایتی را طرح می کند، طبعاً باید مقدم بر عمل باشد، زیرا حقوق می کوشد تا بهترین طرز سلوک را در روابط و مناسبات مردم، تا آن جا که ممکن باشد، تدوین و جامعه را وادار به پیروی از آن سازد، درحالی که قوانین فطری و طبیعی بی هدفند و ازین رو یکسانی و همه زمانی و همه مکانی از ویژگیهای آنهاست، تغییرناپذیرند و گویی از خارج ماده بر ماده تحمیل شده اند، درحالی که قوانین حقوقی تا آن جا که برخاسته از وضع است، تغییرپذیر است زیرا که از اراده آزاد ناشی شده و بنابراین دارای هدف مشخص و ریشه های فراوان در جامعه است، و چون برخاسته از وضع است، چشم بسته عمل نمی کند تا بد و خوب را با هم ناپود کند، اما آن جا که ناشی از طبع و فطرت است، مانند قوانین مادی است که تنها از دیدگاه عینیت به موضوعها می نگرد درحالی که قوانین حقوقی هم از دیدگاه عینیت و هم از دیدگاه ذهنیت موضوعها را بررسی می کند، درواقع بر قوانین حقوقی، وقوف و شعور بشری سایه انداخته است، درصورتی که قوانین طبیعی، خود از خارج از شعور و وقوف بشری کشف شده و از بیرون از اراده بشر ناشی می شود.

بنابراین حقوق مثل قوانین جامعه شناسی نیست که فقط و صرفاً به کشف واقع ناظر باشد، حقوق هدفی را دنبال می کند، که استقرار عدالت است، حقوقدان مثل یک فرمانده عمل می کند نه مانند یک محقق آزمایشگاه! زیرا که به نیروهای اخلاقی و سنن جامعه در کار خود نظر دارد و از همین جاست که قاعده ای حقوقی محسوب است که مفهوم دولت نیز در آن سهمی داشته باشد.

به عبارت بهتر حقوق نیاز دارد که قدرت حاکمه پشتیبان آن باشد والا قوه الزام آور و ضمانت اجرای خود را از دست می دهد و تبدیل به قاعده ای اخلاقی می شود، هرچند که قانونگذار در تدوین قانون ناگزیر است که به قواعد اخلاقی حاکم بر جامعه نیز نظر داشته باشد والا یک قانون ضدّ اخلاق مواجه با مقاومت و کارشکنی جامعه خواهد شد.

ص: 62

باتوجه به اینکه قوانین علمی، عمومی و کلی و عینی است و قوانین حقوقی هم عینی و هم ذهنی است، حقوق از این حیث به هنر نزدیک می شود و همچون دانشی هنری جلوه می کند زیرا ذوق شخصی که در ادراک دخالت مستقیم می کند در آن اثر بسیار دارد.

مرز میان علم و هنر را مولوی در داستانی در «فیه مافیه» آورده است، می گوید: کسی پسرش را به آموختن «رمل» نزد استاد فرستاد، پس از مدتی روزی انگشتی در مشت گرفت و گفت:

«رمل بینداز و بگو تا چه در دست است؟» گفت: «گرد هست و معدنی است و سوراخی در میان دارد.» گفت: «نشانه ها راست دادی، حکم کن که چه چیز است؟» پسر پس از اندیشه بسیار گفت: «سنگ آسیایی باشد.» گفت: «آخر، چندین نشانه های دقیق که عقول در آن حیران می شوند، دادی، از غایت علم؛ اما این قدر ذوق و عقل نداشتی که آسیا سنگ در مشت نگنجد!»⁽¹⁾ مرز میان هنر که ذوق و قریحه می خواهد با علم که چندان در نفس خویش بدان نیاز ندارد از این حکایت بخوبی پیداست. و این که مولانا در مثنوی بارها می گوید:

این همه گفتن به قدر فهم تست

مُردم اندر حسرت فهم درست

در واقع مراد او از فهم درست همان قوه استنباط و شم علمی است که هرکس بدان دست یابد به قولی دارای قوه قدسیه است.

به دیگر عبارت، مواد اولیه یک غذا، هرگز طعم مخلوط و مزه ترکیب شده آن را نمی دهد، و از مواد اولیه نمی توان به مزه ترکیب شده آن پی برد، باید آن را چشید، و توصیف یک منظره، هرچند دقیق و ماهرانه باشد، هرگز ما را از دیدن آن بی نیاز نمی سازد، زیرا در ترکیب رنگها و در آمیزش مواد اولیه غذا، موجود تازه ای پدید می آید که با عناصر ترکیب کننده خود فاصله بسیار پیدا می کند.

دو تقاش ممکن است هر دو تابلوی را روی اصول علمی، درست کشیده باشند، در صورتی که یکی از دو تابلو ارزش بسیار داشته باشد و دیگری را بهایی نباشد! اولی علاوه بر اصول علمی، هنر و قریحه و ذوق نیز از خود نشان داده در حالی که دومی از آن بی بهره بوده است.

این معنی در سرودن شعر و نوشتن داستان و اثر ادبی به وسیله دو شاعر و نویسنده که دقایق علمی قضیه را بدرستی رعایت کرده باشند، نیز دیده می شود و مرز میان علم و هنر را از هم جدا می کند، اساسا در هر شاخه از دانشها و هنرها و ادب و فلسفه و حقوق، هرکس بی ذوق و قریحه

ص: 63

وارد شود، به نتیجه مطلوب نمی‌رسد، شاعر بی‌ذوق، بد شعر می‌گوید، مهندس بی‌ذوق، ساختمان ناقص و زشت می‌سازد، قاضی بی‌ذوق بد حکم می‌کند، هزاران نفر در راه فلسفه افتاده‌اند و دانستیهای لازم را فراگرفته‌اند، اما تنها معدودی به مقام والا رسیده‌اند و توانسته‌اند نظامی نو ارائه دهند.

از سوی دیگر علم کاملاً غیرشخصی است بنابراین عینی و پایدار است و متوجه واقع است، درحالی که هنر برعکس، ذهنی و شخصی است و نشان و امضای هنرمند بر آن خورده است، هنر راههای شخصی دریافت حقیقت است و بنابراین با تغییر محیط فرهنگی در معرض تغییر واقع می‌شود، هنر از حالت انفعالی آدمی سرچشمه می‌گیرد، درحالی که علم عمومی و کلی است، هنر امری احساسی و علم امری عقلانی است. هنر امری ذوقی و شخصی و علم امری عمومی و کلی است، ذوق از احساس برمی‌خیزد و از راه اندیشه به شناخت نزدیک می‌شود اما مرز میان ذوق و علم همواره محفوظ می‌ماند.

پس ذوق که اساس هنر است وسیله احساس است که به شناخت بدل می‌گردد همان گونه که از معرفت حسی به معرفت علمی دست می‌یابیم و این استعدادی خاص لازم دارد، به گفته حافظ: «قبول خاطر و لطف سخن خدادادست.» یعنی ذوق آموختنی نیست، مراد از قبول خاطر، توانایی ضبط غیرعادی و مراد از لطف سخن، ذوق نهادی برای تشخیص معانی و واژه‌های لطیف است که استعدادی خاص می‌خواهد.

هنر محض، هنری است که هدف و غایت مشخصی ندارد همان که «کانت» آن را غایت بدون غایت اصطلاح کرده است، امور سودمند معمولاً-غایتشان در خارج از خودشان است، درحالی که در هنر محض، غایت آن در خود آن است، بنابراین غایت آن ذهنی است نه عینی، درون‌گراست نه برون‌گرا، به همین دلیل از اینگونه هنرها تنها کسانی لذت می‌برند که ذهنی عاری از هرگونه تعلق داشته باشند، ولو در همان لحظه‌های مشغولی با آن هنر؛ علت این امر را در آزادی از قوانین منطقی خالص، در هنر محض باید جستجو کرد، بخصوص شعر بیشتر در قلمرو هنر محض است، زیرا در عالم شعر، نوعی آزادی وجود دارد که با نظم و ترتیب و مقدمه و نتیجه سازگاری ندارد.

به گفته مولوی:

معنی اندر شعر جز با خبط نیست

چون فلاسنگ است آن را ضبط نیست

جوهر شعر مانند پرتاب سنگ فلاخن است که به هیچ وجه نمی‌توان برایش هدف و راه

مشخصی پیش بینی کرد، لکن با اینهمه مقصود این نیست که هنر بکلی از سودمندی عاری است و یا خالی از هدفهای اجتماعی و اخلاقی است، ممکن است هنری برای پیشبرد این هدفها به کار آید ولی بدان معنی نیست که علت و هدف اصلی و اساسی از پدید آمدن آن این گونه هدفها باشد.

«هگل» در حوزه هنر بر همین عقیده است، او می گوید نمی توان هنر را با هدفهای خارج از خود از قبیل: آموزش اخلاقی و غیره محدود کرد، چه در این صورت به خاصیت پایان ناپذیری هنر زیان رسانده ایم، زیرا تنها آن چیزی ابدی است که در نفس خویش غایتی باشد اما آنگاه که وسیله هدف و غایت دیگری بیرون از خود شود تابع جز خود می شود و از جز خود تعیین می پذیرد و به جاودانگیش لطمه وارد می آید(1).

با این همه باید اذعان کرد که اگر هنرمند، این فداکاری را بکند که خود را و هنر خود را وسیله هدفهای خارج از خود قرار دهد، این گذشت و ایثار می تواند فرهنگ، فلسفه، اخلاق و مذهب را پرواز و تعالی دهد. توفیق کامل در این کار بسیار مشکل می نماید لکن واقعیتهای اجتماعی نشان داده است که برخلاف نظر «هگل» هنر در خدمت «جز خود» درآمده است و به ارزش واقعی او نیز کمتر صدمه رسیده است، و این به زمینه انفعالی و ایمان هنرمند بستگی دارد که هرچند هنر در دست هنرمند به گفته مولوی: بی قرار، بی ضبط، بی قانون و رهاست و هدف آن نامعلوم است لکن آهنگ و قصد کار، برعکس از آغاز آشکار است و از محیط اجتماعی و زمینه های پذیرشی هنرمند سرچشمه و مایه می گیرد.

در حقوق نیز هنر حقوقدان و قاضی ورزیده می تواند در خدمت «عدالت» درآید زیرا حقوق علاوه بر اینکه شاخه ای از دانشهاست هنر خاصی نیز هست، و این نکته در عمل و کار دادرسی معلوم می شود که عوامل گوناگون و پیچیده در یک دعوای حقوقی و یا یک واقعه کیفری دخالت می کنند و کشف «حقیقت قضایی» آن و انطباق این حقیقت با مفاهیم عدالت، کاری است که علاوه بر علم، نیاز به هنر و ذوق و شم مخصوص دارد. پس اینکه گفته شد، هنر دادرسی و

ص: 65

استنباط، ذوق و قریحه می خواهد و کاری هنری است، این سخن، نفی علمی بودن این شاخه از علم نیست.

تعریفهای بسیاری از علم حقوق کرده اند و ما تعریفی را که جنبه های دوگانه علمی و هنری قضیه را از یکدیگر جدا کرده است، در اینجا می آوریم: «علم حقوق به معنای اخص عبارت از به دست آوردن اصول و قواعد حقوقی و ترکیب و آمیختن آنها از راه ترتیب و تنظیم عمومی است، اما فن حقوق عبارت از تطبیق این قواعد و اصول با موقعیتهای و وضعیتهای و رویدادهای اجتماعی است(1)».

باین تعریف انتقاد شده و گفته اند که اگر فن تنها کارش تطبیق و انطباق موضوع با محمول و یا مفهوم با مصداق باشد، در کار دادرسی، پیشرفت و تجدد راه نخواهد داشت، بنابراین تعریف دیگری را جایگزین آن کرده اند و گفته اند: «حقوق عبارت از فنی است که غرض و هدفش فعلیت دادن به عدالت اجتماعی است.» تفصیل این بحث دراز است، در بخشهای آینده دوباره به آن خواهیم پرداخت.

حاصل اینکه: علم شناختی است مقرون با واقعیت که در صدد شناسایی نمودهای هستی است پاسخگوی پرسشهایی است که جهان در برابر وی می نهد، هرچند از جنبه های عاطفی دور و بر کنار نیست لکن اصولاً بر مفاهیم انتزاعی استوار است و جنبه کمی آن بر جنبه کیفی اش می چربد، درحالی که شناخت هنری کاملاً عاطفی و درونی است، هنرمند تفسیر خود را به جهان می دهد و به آن معنی می بخشد، واقعیت درونی و ذهنی بر واقعیت برونی حکومت می کند، اما فلسفه شناختی است که هر دوی واقعیتهای درونی و بیرونی را شامل است، سرچشمه پرسشهای فلسفه هم در اندیشه و هم در جهان است، به جنبه های کمی و کیفی واقعیتها در علم و هنر، وحدت و هماهنگی و تعادل می بخشد و از آن یک نظام می آفریند که کلی و جامع است(2).

ص: 66

1- مبانی حقوق، ج 1، ص 158.

2- زمینه جامعه شناسی، مقدمه اول، شناخت.

1- مانند جمهور افلاطون، سیاست ارسطو، لویاتان تامس هابز، آثار اسپینوزا، لاک و روسو؛ و در ایران، مدینه فاضله فارابی، رساله فی السیاسه ابن سینا، اخلاق ناصری خواجه نصیر، و کیمیای سعادت غزالی.

1- مؤلف العبر و دیوان المبتداء والخبر ... که در دو جلد با عنوان مقدمه ابن خلدون به وسیله محمد پروین گنابادی به فارسی برگردانده شده است.

1- فلسفه نظری، ج 1، ص 146.

2- دو طرز فکر حقوقی، ص 24.

3- فلسفه هگل، ص 605.

1- دکتر شایگان. حقوق مدنی ایران، ص 6 تا 8؛ کلیات مقدماتی حقوق، ص 173 به بعد.

1- طرح مسائل جامعه شناسی، ص 104.

1- انسان شناسی فلسفی، ص 59؛ تاریخ فلسفه، ویل دورانت، ص 294. 2- شرح نهج البلاغه، ابن ابی الحدید، ج 4، ص 350. 1- سیر فلسفه در ایران، ص 104؛ مجموعه مصنفات شیخ اشراق، ج 3، ص 60 و 165؛ زرتشت و جهان غرب، ص 30 به بعد.

1- یونانیان و بربرها، ص 8.

2- مبانی فلسفه، ص 5. هدایتی، آیین دادرسی کیفری، ص 6 تا 16.

3- فقط در این جا به اصطلاح «ظنون خارج از علم عادی» اشاره می کنیم، علم در لغت به معنی دانستن و دانش است و در اصطلاح فقهی به معنی اطمینان است که آن را علم عادی هم نامیده اند. علم عادی در مقابل علم به معنی فلسفی کلمه است که عبارت است از حالتی نفسانی که تحمل احتمال مخالف را نمی نماید. در امور قضایی و علم حقوق رسم این است که علم عادی حجت است. ترمینولوژی حقوق لغت: علم. ظنون و ظن: ظن حالتی است نفسانی بین قطع و شک (متساوی الطرفین) یعنی از شک بالاتر است و از یقین و قطع فروتر گاهی ظن بقدری به قطع نزدیک می شود که حالت جذب در آن است یعنی وجدان شخص را به اظهار نظر می کشاند (مانند قطع) در این صورت چنین ظنی را (ظن غالب) نامیده اند و در بعضی از تعبیرات متنافر آن را (ظن متأخم به علم) می نامند. تفصیل این بحث را مراجعه کنید به ترمینولوژی لغت: ظن.

«ابن خلدون» از نخستین کسانی است که بنیاد پژوهش را در جامعه شناسی بر اصول مقتضیات محیط و موقع جغرافیایی، تاریخی، مذهبی، فرهنگی و اقتصادی و چگونگی حکومت و آداب و رسوم و سنن کار گذاشت و پس از وی «مونتسکیو» روش کار او را دنبال کرد و آن را بر روابط علت و معلولی که منجر به کشف قانون می شود بنیان نهاد و در تعریف قانون گفت:

«قانون رابطه ای است ضروری که از طبیعت اشیا برمی خیزد.» هر چند تحقیقات مونتسکیو امروز آن گونه که وی ارائه می کرد برای تبیین امور کافی نیست، لکن به هر حال نباید ارزش کار وی را در نشان دادن روش علمی نادیده گرفت، بلکه بحق باید وی را یکی از پیشروان جامعه شناسی دانست.

خطاست» قرن نسبی اند، زیرا هیچ گاه ونسبی اند و اضافی اند. به طوری تجربه های دست اندرکار علوم اجتماعی، جامعه و مناسبات آنهاست، و می بینیم که در برابر نیروی شگفت انگیز کنیم، به وقوع بی اراده در حالی که به کارگیری تجربه های گذشته، تجربه های بی اراده بدیهی الاستنتاج فانی اند، می انگارد. مکتب تفسیر واژه به واژه واژه به واژه به کار علی الفطره لا تبدیلا لخلق الله علم در پی آن است که در جهان، «معنی» پیدا کند و روشنی محسوس است که «با معنی کردن» با «پیدا کردن معنی» دو مقوله اند. فلسفه در جهان پیچیده در پی افکندن نظامی از معانی مجرد است و علم در صدد کشف قوانین.

نیست، و دگرگونی را سبب نمی شود، بر عکس آنچه آفریننده است، همت، عشق، ایمان و احساس بر می انگیزد آرمانی اند، به وسیله این گونه کیفی اش

ص: 67

دادند. شگفت انگیزی آن را فن استدلال قیاسی عام سال 1861 یک باشد آن را رخت بر بندد بشر مبتلا به بیماریهای روانی صعب العلاج می شود، قدرت طلبی و نفع شخصی جزو غرائز بشر است، آن را نمی توان انکار کرد بلکه باید تحت نظم و انضباط در آورد، محدود کرد، قانونمند کرد، ولی ریشه کن، هرگز.

تحت الشعاع کباب الله گذاشت بشود زیرا بنظر شگفت انگیز «مهلکه ها».

حجیت اجماع نزد امامیه: شیعه می گوید، همان گونه که رأی یک نفر به تنهایی اعتبار ندارد و حجت سرشت آدمی و مصلحت اندیشی برای حفظ نظم و مقتضیات و ضرورت‌های زمان به استنتاج می پردازد، و اغلب در اصول استنباط به عنوان «سند» و «دلیل» از آن یاد می شود، تا آن جا که به صورت ضرب المثل درآمده است که: «کلما حکم به العقل حکم به الشرع» یعنی آنچه را که عقل به وجود داشته است، اعتقاد به این که عدالت و بی عدالتی همانست که قوانین تحقیقی آن را امر یا نهی قانونگذار است. شکر خدا والسنة معالم الاصول، عنصر اول، اصل: اصل، عبارتست از دلایل اعتبار استصحاب: درباره اعتبار استصحاب عقیده های گوناگون است، برخی آن را معتبر راههای استنباط علت (مسالک علت): چگونگی استنباط علت از نص:

عنصر دوم، فرع: فرع همان مورد سکوت قانون است، عنصر سوم، حکم (فتوا): حکم اصل باید از نص حاصل شود و مستقیم به دست آید نه غیر مستقیم و از امور تبعیدی مانند عبادات نباشد.

عنصر چهارم، جامع یا علت: جامع یا علت، قدر مشترک میان اصل و فرع است، علت باید وصفی روشن و آشکار باشد نه مبهم، تا بتوان با محک آن فرع را به علت عرضه کرد، علت باید چنان باشد که حکم اصل با اثبات آن اثبات و با نفی آن نفی شود و نیز مناسبت ذاتی میان علت و حکم اصل موجود باشد و همین مناسبت ذاتی است که شرط را از علت جدا می کند زیرا در شرط مناسبت ذاتی با مشروط ممکنست موجود نباشد.

چگونگی استخراج علت (جامع): برای بدست آوردن علت چند راه وجود دارد:

تنقیح مناط: قیاسی که علت آن به هنگامی که در حالی که اسلام، ص 153.

خواهد بود، این تشخیص به نظر اهل تسنن «حجت» است. راه ج - عقل: پی بردن به مصلحت‌های شرعی از راه قیاس گاه منجر به نتایج نامطلوبی می شود، بدین استحسان عبارت از رجحانی است که مستند به دلیل شرعی نباشد یا عبارت است از عدول از دلیل شرعی به عادت که شرعاً معتبر نیست. اما رجوع و عدول به عادت که شرعاً معتبر است استحسانی باطل و مردود نیست زیرا چنین عادتی مانند اجماع بلکه خود اجماع است مانند تقریباً ضامن و هـ - نص شرعی و مصلحت اجتماعی؛ مختصر حقوق مدنی، ص 3.

(نگاهی کوتاه به حقوق بیگانه) مشتمل بر سه گفتار:

1- سیاست اقتصادی 2- عرف و سابقه 3- قانون نوشته

گفتار اول: سیاست اقتصادی

مقدمه:

عنوان فصل: «همسنجی نظامهای حقوقی» را به جای «حقوق تطبیقی» از آن جهت به کار برده ام که بر اصطلاح اخیر برتری دارد، زیرا حقوق تطبیقی در معنی مطالعه و تحقیق چند جانبه نظامهای حقوقی به کار می رود و بنابراین سنجش و مقایسه است نه تطبیق، لکن به هر تقدیر «حقوق تطبیقی» امروز بر این معنی علم شده است.

حقوق تطبیقی کسانی را بیشتر به خود جلب می کند که عادت دارند، در مسائل چندجانبه فکر کنند، اگر چنین کنیم، چه بسا خواهیم دید که دو وجه متناقض حتی می توانند با یکدیگر بسیار نزدیک باشند تا آن جا که هر دو از علتی واحد سرچشمه گرفته باشند. از سوی دیگر شناخت هر ساختمان فکری وقتی کامل است که پژوهشگر از راه سنجش با دیگر نظامها به بررسی برخیزد تا بتواند به ریزه کاریهایی که در سازمانهای گوناگون به کار رفته وقوف یابد، از این رو از میان نظامهای حقوقی، سه نظام را که اساسی ترند برگزیده ام.

اساسا هر فکری در مقام مقایسه با اندیشه ای که رویاروی آن باشد بهتر شناخته می شود و بهتر روح و حیات می یابد والا اگر فکر، برخوردی با آرای مخالف نداشته باشد در انزوای خویش می میرد. همواره حقیقتها از درون شعله های مقدس اختلاف عقیده، سربرکشیده و روشنی بخش محیط علم شده اند.

به گفته مولوی:

پس نهانی ها به ضد پیدا شود

چون که حق را نیست ضد پنهان بود

پس به ضد نور دانستی تو نور

ضد ضد را می نماید در صدور

در دوره عباسیان در برخورد معارف دینی با فرهنگ یونانی، اندیشمندان مسلمان، درهای پژوهش و اندیشه درباره مسائل مذهبی را که پیش از آن بکلی بسته بود، یکباره باز کردند، و نتیجه آن گنجینه های گرانبهایی از فرهنگ است که از آنان به یادگار مانده و از آن زمان، هرگاه خود را از برخورد با معارف بیگانه بی نیاز احساس کردند، انحطاط علمی آغاز شد، و گرمی و شور و شوق رو به سردی نهاد و از آنهمه، قالبهایی سرد باقی ماند که نه می توانست آتشی در جان دانش پژوهان برافروزد و نه انگیزه ای ژرفای وجودشان را برآشوبد.

باری به قول «نی بوايه»: «حقوق تطبیقی مانند نورافکنی است که از خارج بنای حقوق داخلی را روشن و ریزه کاریهای آن را مجسم می سازد(1)».

حقوق سیاست اقتصادی، یا حقوق روسیه شوروی - پیش از فروپاشی - نظامی که نزدیک به هشتاد سال بیش از دو بیست و پنجاه میلیون انسان را اسیر و دربند و بیش از چند برابر همین عده را در دنیا مفتون و مرعوب خود کرده بود، بالاخره در برابر زبان فصیح واقعیات تاب نیاورد و از درون خود فروپاشید و از پا درآمد، اینک ما دلایل فروپاشی این نظام را، تنها از دیدگاه قضایی - و نه از دیدگاه سیاسی و اقتصادی - تا آنجا که به موضوع این کتاب مربوط می شود فهرست وار اشاره می کنیم. اما به این نکته هم بطور گذرا باید تاکید کنم که وقتی نظامی جوابگوی مسایل و معضلات اقتصادی و اجتماعی عصر خود نباشد و از پا درآید، جمیع مبانی نظری و فلسفی آن نظام بی گمان زیر سؤال می رود و محکوم به مرگ و نیستی می شود، و پیکره نظام در برابر واقعیات غرق در گردابها می شود.

دکتر حسن افشار می نویسد: «برای نمونه کامل حقوق سیاست اقتصادی، حقوق روسیه شوروی را می توان ارائه کرد. زندگی بیش از دو بیست و چهل میلیون از مردم مستقیماً تابع حقوق

ص: 70

«سویت» می باشد. نفوذ این حقوق از مسکو تا کوبا رسیده و از کره شمالی تا ویتنام شمالی کشیده شده است، به نظر روسها امروز 14 کشور جزء خانواده سوسیالیست - مارکسیست هستند.

ولی همه اعضای خانواده با این رقم موافقت ندارند. چینی ها می گویند: یوگسلاوی به سمت سرمایه داری مایل و از جرگه خانواده سوسیالیست خارج گردیده است. بعلاوه به نظر چینی ها روسها هم فعلا در راه سرمایه داری قدم برمی دارند. 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، خصومت آشتی ناپذیری را با کلیه دسته های حقوقی اعلام داشته است و به همین علت بیشتر مطالعاتی که از طرف پیروان و یا دیگران در خصوص حقوق «سویت» به عمل آمده است از شائبه اغراض سیاسی مصون نمانده است(1)».

دکتر افشار جای دیگر می نویسد: «فرض ارزش غیرقابل بحث اصول این حقوق، برای تکمیل یا تغییر آنها مجال زیادی باقی نمی گذارد. فرد انسانی که در سایر دسته های حقوق «پیشرو» حقوق می باشد در این دسته «پیرو» تلقی می گردد. هر مطالعه حقوقی که از طرف پیروان بعمل آید یا بمنظور تطبیق اصول است با موارد یا توضیحی است در خصوص اجرای حقوق مزبور و یا بیشتر از نظر توجیه و تمجید اصول موجود در آن حقوق می باشد. تمایل عالمگیر شدن را نیز از مختصات حقوق مزبور می توان دانست، بعلاوه این دسته از حقوق در موقع ایجاد، مخالفت شدید و عمیقی با اصول معمول سابق ابراز می دارند، همین مخالفت در واقع علت موجودیت آنها می باشد(2)».

پس در این نظام، نسل حاضر و نسلهای بعد مطیع و منقاد محض این نظام است و «حقوق پیشرو» در پیشاپیش جامعه حرکت می کند و اجتماع «پیرو» به دنبال آن کورکورانه باید برود. پژوهشها در این نظام، تقننی و برای اثبات درستی اصولی است که از پیش به آن اعتقاد داشته اند. تصحیح و اصلاح آن اصول مورد نظر نیست، درحالی که هر نظام حقوقی و یا اقتصادی باید یک فن و روش تصحیح کننده در داخل خود داشته باشد تا در پرتو آن بتواند هر روز اصول و آرمانهای خود را، اصلاح و یا تکمیل کند و الا از درون متلاشی می شود مثلاً در اسلام اجتهاد را ما همان روش و شیوه ای می دانیم که توانسته است این نظام را در طی چهارده قرن زنده بدارد و آن را از کاروان علم و پیشرفت باز ندارد.

ص: 71

1-- همان.

2-- همان.

به عقیده یکی از حقوقدانان روسی که پس از انقلاب به فرانسه مهاجرت کرد: «حقوق روسیه، حقوق خاصی است که جنبه اقتصادی آن بر جنبه حقوقی می چربد».(1) عده ای نیز با استناد به گفته لنین که می گوید: «حقوق یعنی سیاست» و با توجه به انعطاف پذیری فوق العاده ای که از خصوصیات سیستم سوسیالیستی است و با تکرار به مواردی که عملاً اجرای قانون منوط به وجدان انقلابی قاضی است و او طبق وجدان سوسیالیستی خود حکم می کند، اصولاً اطلاق عنوان حقوق را بر این سیستم جایز نمی دانند(2).

به گفته گینز بورک: «حقوقدانان روسی در انتخاب فلسفه حقوقی آزاد نیستند و بدون استثنا از فلسفه ای که بنا و اساس تشکیلات حقوق روسیه پس از انقلاب بر آن نهاده شده است متعصبانه طرفداری می کنند. رهبران کشورهای مارکسیست نیز مجبورند که همیشه عقاید خود را با عقاید لنین کاملاً تطبیق نمایند(3)».

انگلس بر سر قیر مارکس درباره نظریه تاریخی او چنین گفت: «... اقتصاد ... پایه ای است که اساس تشکیلات دولتی، مفاهیم حقوقی، نظرات هنری و عقاید مذهبی هر ملت بر آن قرار گرفته است». انتقاد از اصول مارکسیسم لنینیسم که در خارج از روسیه از ساده ترین و معمولی ترین امور است در داخل آن کشور مقدور نیست(4)».

ویژگیهای حقوق روسیه (پیش از فروپاشی)

در روسیه دادرسی تابع سیاست است، دادگاهها باید بکوشند تا سیاست دولت را اجرا کنند، خواه نصی باشد یا نباشد(5). پروفیسور «داوید» معتقد است که در حقوق روسیه اصل تفکیک قوا را نپذیرفته اند، و اصل وحدت قوا در آن جا حکمفرما است بدین توضیح که قوه مقننه و اجرائیه و قضائیه همگی ناشی از «دیکتاتوری پرولتاریا» و همه در قلمرو شورای عالی اتحاد جماهیر است(6).

ص: 72

1- همان، صفحه های 105 تا 107..

2- همان.

3- همان.

4- همان.

5- 8 تا 10 تاریخ حقوق، صفحه های 711، 718 و 719.

6- همان.

در روسیه تفاوتی میان «قانون» و «تصویب نامه» نیست در حالی که وضع قانون در صلاحیت مجلس و تصویب نامه از شؤون هیأت وزیران است و طبق اصل کلی مورد قبول همه حقوقدانان دنیا و نیز بحکم عقل و منطق تصویب نامه نباید ناقض و یا ناسخ قانون باشد در حالی که در روسیه چنین نیست (1).

در حقوق کشورهای «قانون نوشته» و «عرف و سابقه» حقوق خصوصی از حقوق عمومی جداست، توضیح این که در حقوق خصوصی که از جمله حاکم بر مناسبات افراد در امور مالی و بازرگانی (عقود و ایقاعات) و نیز مناسبات روانی و اخلاقی (مانند حقوق خانواده، نکاح و طلاق) است مقامهای قضایی و دولت در آن نقش مستقیم ندارند بلکه مردم می توانند مورد اختلاف و منازعه را بدون مراجعه به دادگاهها به صلح و سازش خاتمه دهند، و یا راه مراجعه به مقامهای قضایی را در پیش گیرند، در حالی که حقوق عمومی، ناظر به حاکمیت دولت و سازمانهای دولتی است (حقوق اساسی و اداری) و نیز «حقوق جزا» و آئین دادرسی کیفری و همه شاخه هایی از علم حقوق که ناظر به روابط میان افراد و دولت است جزء حقوق عمومی است.

حقوقدانان روسیه تقسیم بندی حقوق را به خصوصی و عمومی مطابق واقع نمی دانند، پرفسور «هزرده» (Hazard) در کتاب «نظام حقوق روسیه» می نویسد: «حقوقدانان شوروی همه روشهای حقوقی را بر پایه پیروی از هدفهای دولت تشخیص می دهند و تفاوت نظام خود را با نظامهای دیگر تنها در میزان علاقه ای می دانند که دولت روسیه نسبت به جمیع شؤون اجتماعی نشان می دهد و فاش و آشکار می گویند چنین علاقه ای وجود دارد. لب کلام تعریفی است که «لنین» از حقوق کرده و حقوق را در جمیع رشته ها و شؤون آن «حقوق عمومی» دانسته و کلمات او پیوسته زبانه زد حقوقدانان روسیه بوده است (2)».

در یک مقاله سه تن از استادان دانشگاه کالیفرنیا پنج مورد از اختلافهای حقوق روسیه را با حقوق کشورهای غربی یادآور شده اند:

1- حزب کمونیست در جامعه روسیه و برخورد جایگاه حزب با وظایف محاکم رسمی: بدین معنی که اجرای احکام حزبی فقط شامل اعضای حزب نیست، بلکه حاکم بر همه افراد جامعه است! مقررات حزب مقدم بر مقررات دیگر است، بویژه این که اکثر دادرسان نیز اعضای حزبند! 2- در امریکا هر فردی می تواند درباره تعارض قوانین موضوعه با قانون اساسی به دادگاه

ص: 73

1- همان.

2- تاریخ حقوق، صفحه های 695، 726 و 675.

شکایت کند. در شوروی مرجع تفسیر قوانین «هیأت رئیسه شورای اتحاد جماهیر» است نه دیوان کشور، و افراد حق چنین اعتراضی ندارند.

3- حقوقی که در فصل دهم قانون اساسی شوروی برای افراد پیش بینی شده هرگاه به طرفیت دولت باشد در محاکم قابل استیناف نیست!
4- حقوق شوروی چون بر مبنای طبقه واحدی است بی طرف نیست، و بخلاف حقوق کشورهای غربی که همه طبقات و اصحاب دعوی در برابر قانون یکسانند، حقوق شوروی به زیان طبقه متوسط و سرمایه دار، پشتیبان «پرولتاریا» به مفهوم توده مردم و طبقه رنجبر و کارگر است.

5- «کمونیسم خالص» را به هنگام تحقق نیازی به قانون نخواهد بود و سرانجام قانون محلی از اعراب نخواهد داشت. هنوز آرزومندان شوروی این اندیشه ها را رها نکرده اند و حال آن که به اعتقاد حقوقدانان غربی، «قانون برای یک کشور متشکل همیشه ضروری است(1)».

اما با همه اینها حقوقدانانی که در روسیه مأمور تنظیم و تدوین نظام نوین شده اند، تصمیم داشتند رشته را یکسره با قوانین ماهوی که از آثار امپراطوری بود بگسلانند، اما دیری نباید که در اغلب موارد و از طرق گوناگون با سنتها و روشهای گذشته هماهنگی نشان دادند(2).

اعتبار اقتصاد

برتراند راسل می گوید: «از ظهور اسلام تا امروز امری بسرعت و شگفت انگیزی پیشرفت کمونیسم دیده نشده است(3)». بسیاری این پیشرفت سریع را معلول نیروی عقاید مارکس و پیروان او که از «کینه و انتقام» سرچشمه می گیرد، می دانند. اما بنا به عقاید خود مارکس این کینه نباید منطقی باشد، زیرا ستمگریهای سرمایه داران به خاطر حرص و مال اندوزی، امری جبری است، امر جبری و مقدر نمی تواند به شرارت و بدی افراد منسوب و مربوط باشد.

عقاید مارکس بازتاب تحقیق او در وضع کارگران بریتانیا در سالهای 1840 تا 1850 بود، در این سالها، کارخانه های بزرگ به کار افتاده بود، در میان کارگران، اطفال و زنان نیز دیده می شدند، روزی چهارده و گاه تا هفده ساعت کار در برابر دستمزدی بسیار کم!

ص: 74

1- همان.

2- تاریخ حقوق، ص 675.

3- امیدهای نو، ص 179.

در آن روزگار هنوز قرارداد کار عمومی نبود، بیمه و تعاونی وجود نداشت، بنابراین در بحرانه‌ها و تعطیل کارخانه‌ها یکباره هزاران کارگر بیکار می‌شدند و همان دستمزد کم هم به آنان نمی‌رسید. «کینه» واکنش طبیعی این اوضاع شوم بود، مارکس این کینه و نفرت را به صورت اصلی از اصول و نظام عالم معرفی کرد و آن را منشأ و خاستگاه و انگیزه همه پیشرفت‌ها و جهش‌های اجتماعی دانست. مارکس می‌گفت: عقاید سیاسی هر فرد مبین منافع طبقاتی اوست، بنابراین سعی در تغییر این عقاید فایده‌ای ندارد، در انقلاب کبیر فرانسه طبقه بورژوا (بورژوا یعنی متوسط)، طبقه اشراف و فئودال را سرنگون کرد و در انقلاب کمونیستی طبقه کارگر می‌خواهد طبقه بورژوا را براندازد، در این جنگ طبقاتی، کارگر پیروز می‌شود. اما واقعیت تاریخی خلاف این نظریه را نشان داده است زیرا مطابق پژوهش‌های تازه، اغلب رهبران انقلاب اکتبر را نجیب زادگان و اشراف تشکیل می‌دادند! و تنها نوزده درصد آنها کارگر و دهقان بودند تا آن جا که بنیانگذار سوسیالیسم علمی خود از طبقه بورژوا بوده است(1).

مارکس می‌گفت: پیروزی نهایی با کارگر است، او دیکتاتوری پرولتاریا را به وجود خواهد آورد، عبور از «سرمایه داری» به سوی کمونیسم از گذرگاهی به نام سوسیالیسم صورت می‌گیرد که بر دیکتاتوری طبقه کارگر متکی است.

اما به گفته آلبر کامو: «هیچ یک از بدیهایی که استبداد مدعی مبارزه با آنهاست بدتر از خود استبداد نیست(2)».

برخلاف وعده‌های دروغین مبلغان مارکسیسم به طرفداران خود و نوید بهشت برین در این دنیا به آنان، دیدیم که پس از هشتاد سال تجربه در یک ششم سطح زمین در کشوری نیمه اروپایی، حکومت پرولتاریا نتوانست حتی نان اتباع خود را دریاورد تا چه رسد به نجات بشر! و کمونیسم از آنجا شکست خورد که با فطرت و ناموس طبیعی خلقت درافتاده بود، با انگیزه نفع و سود شخصی درافتاده و زندگی بی انگیزه برای هیچ انسانی قابل دوام نبود، وقتی انگیزه از زندگی آدمی رخت بر بندد بشر مبتلا به بیماری‌های روانی صعب‌العلاج می‌شود، قدرت طلبی و نفع شخصی جزو غرائز بشر است، آن را نمی‌توان انکار کرد بلکه باید تحت نظم و انضباط درآورد، محدود کرد، قانونمند کرد، ولی ریشه کن، هرگز.

از سوی دیگر اصلاح آدمی باید همراه اصلاح اجتماعی باشد، و هریک بدون دیگری راه

ص: 75

1- - هنرمند و زمان او، ص 181.

2- - همان کتاب، ص 101.

به جایی نبرده است و تجربه های بشر گویای آن بوده و خواهد بود.

آرای مارکس

کارل مارکس (1818-1883) آلمانی و اصلاً یهودی است ولی پدرش به مسیحیت گرویده بود، اثر معروف وی کتاب «سرمایه» است، در سه جلد که دو جلد آن در سالهای 1867 و 1885 منتشر شد و جلد سوم آن در 1895 پس از مرگ او به وسیله دوست و همکارش انگلس تکمیل شد و انتشار یافت، کتاب سرمایه به «انجیل کمونیسم» معروف است، این دو دوست در 1848 مانیفست کمونیست را تنظیم و نشر دادند. برای بررسی حقوق روسیه لازم است نگاهی گذرا به نظریه فلسفی و عقیده مادی تاریخی مارکس داشته باشیم. کلمه «دیالکتیک» نزد فیلسوفان یونان به معنی بحث و جدل از راه پرسش و پاسخ به کار می رفت، افلاطون آن را فن عروج از معلومات محسوس به معلومات معقول (مثل) می دانست، ارسطو آن را فن استدلال قیاسی براساس مقدمات ضروری نام داد، و این نظر تا زمان «هگل» ادامه داشت. هگل، «دیالکتیک» را در معنی سیر اندیشه از «تر» (وضع) و «آنتی تر» (وضع مقابل) و «سنتز» (وضع مجامع) که از تقابل دو مقدمه ایجاب و نفی به صورت «نتیجه» حاصل می شود، تعریف کرد، در حالی که در منطق قدیم، جمع ضدین محال بود، منطق هگل براساس جمع و تقابل ضدین بنا نهاده شد، هگل که ایده نالیست بود، دیالکتیک را قانون تحرک اندیشه آدمی می دانست، در حالی که مارکسیستها جریان آن را در ماده می دانند و اندیشه را انعکاسی از آن می پندارند، «انگلس» قوانین دیالکتیک را حاکم بر تاریخ و بر تحول اندیشه می دانست.

پس به نظر منطق مادی و ماتریالیسم تاریخی، جهان، جهان اضداد است، هر ضدی با ضدی دیگر ترکیب می شود و از اجتماع آنها عنصر ثالثی پدید می آید، دنیا، دنیای تغییر و تحول و تکامل است و اگر نبرد و کشمکش نباشد، تکاملی هم وجود نخواهد داشت، ضمن این نبرد ممتد گاه یکباره موجود، جهش و خیز برمی دارد، کمیت در او انباشته می شود و به کیفیت تازه ای مبدل می گردد، و باز موجود جدید با ضدی دیگر موجود جدید دیگری را پدید می آورند. و این امر تا بی نهایت ادامه می یابد، در عالم اجتماع هم سکون وجود ندارد و این منطق بر آن هم جاریست.

«هراکلیت» از فیلسوفان اواخر قرن ششم پیش از میلاد نخستین کسی است که نظریه عدم ثبات موجودات جهان را بیان کرده است، «دو دفعه وارد یک رودخانه نمی توان شد». از گفته معروف اوست، سقراط که حقایق را از لابلای نفی و اثبات و تناقض استخراج می کرد نیز

همین روش

ص: 76

دیالکتیک را به کار می برد، به نظر مارکس حقیقت مطلق وجود ندارد، همه چیز نسبی است.

نخستین ایرادی که از این جهت به عقیده وی وارد است، آن است که وقتی چنین است، چگونه این نظریه را مطلق و ازلی و ابدی می دانند؟ پس عقاید مارکس هم مطابق عقیده خودش نباید مطلق و ازلی و ابدی باشد، از سوی دیگر باید پرسید که آیا تضاد میان اصل تغییر و اصل یکسان ماندن را چه اصلی می تواند حل کند؟ وانگهی حقیقت، اگر حقیقت است، نسبی نیست، بلکه مطلق است؛ همین که بشر بر خطای معلومات خویش از راه حس و عقل پی می برد خود دلیل بر آنست که یک سلسله حقایق مسلمی هست که ما آنها را معیار و مقیاس تشخیص خطا از صواب قرار داده ایم والا پی بردن به خطا چه معنایی می تواند داشته باشد، زیرا یک غلط، نمی تواند غلط دیگری را تصحیح کند(1).

بر نهاد (تز) و برابر نهاد (آنتی تز) لزوماً به هم نهاد (سن تز) منجر نمی شود و امروز این امر در قلمرو علوم طرفداری ندارد آنچه امروز به آن معتقدند آنست که: «بر نهاد و برابر نهاد به تناوب اثبات می شوند، اما همدیگر را نفی نمی کنند، و به یک هم نهاد روشن نمی رسند یعنی به فرمولی که حقیقت هر دو اثر پیشین را یکجا جمع کند، این هر دو همدیگر را تکمیل می کنند، بی آن که بتوان گفت عقلاً چگونه این تکمیل کنندگی یا متمم بودن صورت پذیرفته است(2)».

سارتر می گوید: «چنین به نظر می رسد که وجدان معاصر بر اثر دو افراط و تفریط از هم گسیخته است، کسانی که شایستگی فرد بشری و آزادی وی و حقوق زوال ناپذیر او را مافوق همه چیز می دانند، براساس همین فکر معتقد به تحلیلی هستند که به موجب آن افراد بشر بیرون از مقتضیات واقعی زندگی خود قرار می گیرند. اینان مردم را دارای طبیعتی تغییرناپذیر و انتزاعی می دانند، این عقیده، افراد را از همبستگی جدا می کند و چشمشان را در این باره می بندد، کسانی که پی برده اند که بشر در جمع ریشه دارد، و می خواهند، اهمیت عوامل اقتصادی و فنی و تاریخی را تاکید کنند، متمایل به اندیشه ترکیب گری هستند که این شیوه تفکر بر فرد دیده می بندد و جز گروهها را نمی بیند، مثال این افراط و تفریط در این اعتقاد بسیار نمایان است که می گویند سوسیالیسم در قطب مقابل آزادیهای فردی قرار دارد. بدین ترتیب کسانی که به استقلال خود آدمی معتقدند در تنگنای سرمایه داری، که عواقب شوم آن آشکار است، قرار می گیرند. و از سوی دیگر کسانی که طالب تشکیلات سوسیالیستی در اقتصاد هستند باید آن را در فلان رژیم قدرت طلب (توتالیتار)

ص: 77

1- اصول فلسفه، ج 1، ص 99.

2- فولکیه، دیالکتیک، ص 121.

بجویند. تشویش کنونی حاصل آنست که هیچکس نمی تواند عواقب افراطی این اصول را بپذیرد(1)».

به گفته آلبرکامو: «صفت مشخص جهانی که ما در آن زندگی می کنیم منطق شومی است که بیعدالتی یک جبهه را در برابر بردگی جبهه دیگر قرار می دهد(2)».

ص: 78

1- - هنرمند و زمان او، ص 32.

2- - همان کتاب، ص 73.

حوزه جغرافیائی این حقوق شامل کشورهای انگلوساکسون و توابع است، از قبیل: انگلستان، ایرلند، استرالیا، زلاند جدید، کانادا و کشورهای متحده امریکای شمالی و همچنین هندوستان، سیلان، اسکاتلند ...

آداب و رسوم، سنتها، عرفها و سوابق قضایی در نظام «عرف و سابقه» بسیار مقدس و محترمند و از ویژگیهای ذاتی حقوق انگلیس نفوذ عمیق آن در زندگانی مردم است.

«ساختمان حقوق انگلیس شبیه به یک بنای قدیمی است که به جای آن که یکباره با نقشه ای معین و منظم و طبق اصول مهندسی جدید بنا گردد در اعصار مختلفه هنری بالا آمده و هر زمان تغییرهایی در آن داده شده و پیوسته هر یک از مالکان لاحق بر حسب سلیقه - سرمایه و راحتی خودشان آن را مرمت کرده یا چیزی بر آن افزوده اند. در چنین ساختمانی بیهوده است اگر دنبال ظرافت - هماهنگی - نظم و تناسب اجزایی که از یک ساختمان مدرن انتظار می رود، بگردیم، بعلاوه یک چنین هماهنگی و قرینه سازی بیشتر رضایت خاطر تماشاگر را فراهم می سازد و کمتر راحتی ساکنان آن را تامین می کند(1)».

گرچه تاکید بر سنت و عرف و سابقه تاریخی قضایی عیبهایی نیز دارد، اما نباید از نظر دور داشت که استواری و ثبات جامعه انگلیسی بر پایه همین سنتها گذاشته شده است، انگلیسیها از

ص: 79

«قانون نوشته» به مفهوم کشورهای دیگر متنفر و بیزارند، زیرا می گویند وضع و تصویب قوانین که با یک قیام و قعود در مجلس (پارلمان) صورت می گیرد، بهترین عامل استبداد و مخالف آزادی و دموکراسی است، با یک نشست و برخاست همه عرفها و عاداتها و حقوق مکتسبی که مبتنی بر یک سیر و سابقه ممتد تاریخی بوده یکباره محو و نابود می شود، عرفی که در قرون و اعصار متمادی به آن خو گرفته و دلبستگی پیدا شده، با این وضعیت پیوسته در معرض تزلزل است. انگلیسیها «قانون نوشته» و یا حقوق مدون را مخالف منافع و حقوق مردم می دانند و قانون را موجد حق نمی شناسند بلکه عرف و سابقه و رویه قضایی دادگاهها را موجد حق می دانند. بگفته «جرمی بنتام»: حقوق انگلیس، «حقوق ساخته قاضی» است. به نظر انگلیسیها با روش قانونگذاری نظام «قانون نوشته» حقوق مردم هر لحظه با خطر پایمال شدن رو به روست و جنبه ثبات و دوام خود را از دست می دهد، در صورتی که در نظام حقوقی مبتنی بر عرف و سابقه انگلیس مردم عملی را تکرار کرده و در خوی و منش آنان جای گرفته و به صرافت طبع و از روی اختیار و آزادی کامل آن را اجرا کرده و به مرور زمان به آن دلبستگی پیدا نموده اند، و این روش در طول قرنهای دراز، یادآور خلق و خوی نیاکان و فرهنگ قومی است و ازین رو قداست و معنویت ویژه ای پیدا کرده است که بسادگی از آن دست بردار نیستند.

چرچیل می نویسد: «اصل استقلال کامل قوه قضائیه در برابر قوه مجریه پایه بسیاری از امور در زندگانی جزیره نشینی ما است. در سراسر جهان آزاد، کشورهای مختلف به درجات متفاوت به این اصل تاسی کرده اند و یکی از عمیقترین شکافهایی که میان ما و همه اشکال حکومتهای استبدادی و انحصاری موجود است شاید مربوط به همین موضوع باشد. قوه قضائیه بریتانیا با سوابق و سنتی که دارد یکی از بزرگترین سرمایه های نژاد ما و قوم ماست و استقلال قضایی جزئی از پیام ما به جهان مرفعی است؛ جهانی که با گامهای سریع در اطراف ما مراحل ترقی را می پیماید»⁽¹⁾.

درواقع استحکام و استقلال و قدرت دستگاه قضایی در هر کشور ضامن بقا و حیثیت و اعتبار آن کشور است، ملتی که دستگاه قضایی آن منحط و دست نشانده عوامل سیاسی باشد و از درون بارشا و ارتشا فاسد و تباه شده باشد، روی نیک بختی و بهروزی را نخواهد دید، دستگاه قضایی انگلیس از حیث استقلال و تربیت در دنیا زبانزد است، در دیوان دایمی داوری بین المللی لاهه در

ص: 80

قضیه ملی شدن صنعت نفت، قاضی انگلیسی به سود دولت ایران و به زیان کشور خودش رأی داد در صورتی که قاضی هندی چنین نکرد و قاضی روسی تمارض کرد!

درباره حقوق «عرف و سابقه» از جمله چمبرلن می نویسد: «درجه اعتبار این منبع حقوق بسته به موافقت آن با روح زمان یا بسته به نظر دادگاهها در مورد انطباق آن با قاعده واقعی حقوق است، و نظریه سابقه، در آخرین تحلیل، بیشتر دارای یک اعتبار معنوی و اخلاقی است تا یک نیروی محرک و خودکار(1)».

این کم کردن ارزش و اعتبار حقوق «عرف و سابقه» بخصوص در امریکا بیشتر بوده است، یکی از قضات امریکا می گوید: «سوابق قضایی الزاما شامل عاقلانه ترین راه حلها نیستند، آنها را نباید همیشه پذیرفت، بلکه باید غالبا مردود شناخت، ارزش حقوقی و عقلی آنها درست مربوط به اوضاع و احوال خاص است. سوابق باید همیشه و در برخورد، جای خود را به مقتضیات انصاف بدهد(2)».

ارزش قانون

از سال 1832 حقوق انگلیس در مرحله تازه ای گام نهاده مانند کشورهای دارای «نظام قانون نوشته» دست به وضع قوانین زده است؛ مع ذلک این امر طرز فکر قضات انگلیسی را تغییر نداده است، قانون پارلمان را در نظام عرف و سابقه (کامن لو) استثنایی بر اصل می دانند، و یا به صورت قانون خاصی که پس از قانون عام وضع می شود تلقی می کنند و دادگاهها قوانین مجلس را فقط بر همان مورد خاص و محدود و معین، آن هم به عنوان استثنا بر اصل، اعمال می کنند. اصل عبارت است از: عرفهای اعمال شده و تثبیت شده، در آرا و احکام قبلی دادگاهها و استثنا بر اصل، قوانین مجلس است.

بنابراین قاضی انگلیسی بیش از هر قاضی دیگری باید «تاریخ حقوق» خود را بداند زیرا

ص: 81

1- - حقوق ایالات متحده، ص 127.

2- - همان کتاب، ص 128.

برای تفسیر قانونی خاص وقتی کتابی نوشته می شود به آرای از دادگاهها استناد می گردد که پیش از وضع قانون وجود داشته است(2). دادگاهها از این که دایره شمول قانون را مانند نظام کشورهای «قانون نوشته» مثل فرانسه، بلژیک و غیره وسعت دهند، بشدت اجتناب می ورزند، و بنابراین برای هر مورد تازه هر روز احتیاج به وضع قانون جدیدی است. «جان استوارت میل» می گوید: «در کشور ما انگلستان به علت اوضاع خاص سیاسی، هرچند یوغ سنت و عقیده بر گردن ما سنگینتر است، اما یوغ قانون نسبت به اغلب کشورهای اروپایی سبکتر است. در کشور ما دخالت مستقیم قوه قانونگذاری یا قوه اجرایی در زندگی خصوصی افراد برای مردم سخت ناگوار است، علت این هم کمتر ناشی از احترام بحق مردم نسبت به آزادی فردی و 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 نپذیرفته اند که قدرت دولت را همان قدرت ملت حس کنند و عقاید دولت را همان 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(3)».

از آنچه درباره ارزش قانون در حقوق انگلیس گفته شد، این توهم پیش نیاید که در این نظام اساسا قانون وجود ندارد بلکه بعکس شاید هیچ کشوری مانند انگلستان دستگاه قانونگذاری سرعت نداشته باشد، هر سال صدها ماده قانون از مجلس می گذرد، لکن معنا و کاربرد همه این قوانین با کشورهای دارای «قانون نوشته» فرق دارد، قانون در انگلیس «غلطنامه» عرف و سابقه (کامن لو) است، آن هم در مورد محدود و معین و الا-عرف و سابقه عمومیت خود را از دست نداده است، زیرا قانون عام (عرف و سابقه) با وجود قانون خاص که از مجلس می گذرد مبادی ندارد. (مامن عام والا وقد خصص). پس یک قاضی انگلیسی باید راه حل موضوع مورد نظر را ابتدا در عرف کلی قدیمی جستجو کند سپس برای اطمینان از عدم تغییر عرف مزبور به مجموعه قوانین مراجعه کند.

ص: 82

1-- کلیات حقوق تطبیقی، ص 81.

2-- همان.

3-- در آزادی، ص 22.

معنی عرف و سابقه در انگلیس با معنی آن در کشورهای با حقوق مدون مثل فرانسه تفاوت بسیار دارد، زیرا عرف و سابقه در حقوق انگلیس یک عرف واقعی نیست، بلکه عرف و سابقه منشورهای است که تا سال 1189 زمان تاجگذاری «ریچارد شیردل» از طرف دادگاههای شاهی انگلیس صادر و بدانها عمل شده است، و این است معنی آن جمله که گفته اند: عرف و سابقه را قضات دادگاهها در عمل ساخته اند و بعد به عنوان اصولی تغییر ناپذیر باقی مانده و به همین سبب است که حقوق انگلیس از تاریخ آن جدا نیست، و اغلب ممکن است قضات در حکم خود استناد به یک ماده از منشور چند قرن قبل بکنند، به عبارت دیگر در این نظام حقوقی، قانون منبع درجه دوم حقوق است و عرف و سابقه منبع درجه اول؛ اگر قوانین همگی لغو شوند حقوق انگلیس باقی خواهد بود، بر خلاف حقوق کشورهای با «قانون نوشته» که قانون منبع درجه اول و رویه قضایی منبع درجه دوم است و اگر قانون لغو شود از حقوق چیزی باقی نمی ماند.

و چون در حقوق انگلیس «عرف و سابقه» منبع درجه اول و مقتدر حقوق است، گهگاه تصفیه دسته جمعی انبوهی از قوانین مصوب مجلس ضرورت پیدا می کند، مثلاً در سال 1861 یک قانون، 900 ماده قانون را از اثر انداخت و در 1867 قانون دیگر 1300 ماده قانون را ملغی الاثر اعلام کرد(1).

بدیهی است که حقوقدانان هوادار نظام «قانون مدون» این لغو کلی را نمی پسندند. از سوی دیگر انگلیسها به استدلال حقوقی و فرضیه و اصل کمتر توجه می کنند تا به واقعیت پدیده های مختلف اجتماعی، از نظر حقوقدانان انگلیسی هیچ اصل کلی نمی تواند راه حل موارد خاص را به نحو شایسته تعیین کند، زیرا هیچ تعمیمی جز اندکی «حقیقت» در بر ندارد، بنابراین حقوقدانان انگلیسی قواعد عرف و سابقه را در مجموعه های آرای قضایی و در خلال دعاوی جستجو می کنند.

«سر فردریک پلک» نصیحتی را که جدش در موقع شروع مطالعه حقوق به او کرده است چنین نقل می کند: «من هیچ گاه کتابی راجع به کلیات حقوق نخوانده ام، حقوق را با مطالعه مجموعه های آرای قضایی و تعقیب مباحثات حقوقی در دادگاهها و تفکر راجع به آنچه خوانده بودم و تکرار آنچه شنیده بودم آموخته ام(2)».

ص: 83

1- - کلیات حقوق تطبیقی، ص 88.

2- - کلیات حقوق تطبیقی، ص 82.

پس «عرف و سابقه» در واقع معادل «تصمیمات قضایی» دادگاههاست که به میراث مانده و با «عرف و عادت» متفاوت است، عرف و عادت در حقوق انگلیس مانند نظامهای دیگر است، عرف و عادت عبارتست از: عادت کردن مردم به این که پیوسته در موقع بروز قضیه معینی قاعده مخصوصی را رعایت کنند، بنابراین عرف و عادت، ساخته مردم است در حالی که «عرف و سابقه»، حقوقی است که دادگاهها آن را پدید آورده اند؛ پس بر خلاف آنچه شهرت پیدا کرده است، حقوق انگلیس یک حقوق عرفی نیست، شاید این اشتباه ناشی از ترجمه غیر مطمئن اصطلاح «Common law» کامن لو به معنی «عرف و سابقه» باشد در حالی که اگر آن را به «حقوق تصمیمات قضایی» ترجمه می کردند بهتر می بود⁽¹⁾ اما به هر تقدیر در زبان حقوقی ما امروز «عرف و سابقه» بر حقوق انگلیس اطلاق می شود و به این معنی شناخته شده است.

مقایسه با حقوق فرانسه

در نظام حقوق فرانسه یا نظام «قانون نوشته» نیز «تصمیمات قضایی» به چشم می خورد لکن با آنچه در حقوق انگلیس تعریف می شود متفاوتست، تصمیم قضایی یا رویه قضایی Jurisprudence (ژوریسپرودانس) در حقوق فرانسه به معنی تفسیر و تفقه در حقوق آمده که دادگاهها در آرای خود به عمل می آورند که وسیله علمی است برای رفع کاستیهای قانون از قبیل: اجمال و ابهام و نقص. حال اگر این تفسیر را حقوقدانان در تالیفاتشان به عمل آورند به آن دکترین Doctrine یعنی نظریه و عقیده علمای حقوق گویند، اما هیچ یک از رویه های قضایی - چه از جانب قضات و چه از جانب دانشمندان علم حقوق قطعیت و رسمیت و اعتبار «عرف و سابقه» در حقوق انگلیس را، ندارد.

رویه قضایی در اسلام

آیا «رویه قضایی» آن گونه که در حقوق غربی یکی از منابع حقوق به شمار می رود در اسلام هم یک سرچشمه مستقل شناخته شده است؟ دکتر جعفری لنگرودی می نویسد: «ابن حزم از عبدالله بن مسعود نقل کرده که: هرگاه خواستید به قضا پردازید به قرآن رجوع کنید، اگر مورد قضا را در آیات قرآن نیافتید به قضای پیامبر مراجعه

ص: 84

کنید و اگر مورد نیاز را در آن هم ندیدید به قضا (آرای قضایی) صالحان و شایستگان مراجعه کنید و اگر در آن جا هم چیزی نبود به اجتهاد خود کار کنید...».

محمدبن احمدبن سهل سرخسی معروف به شمس الاثمه از فقیهان حنفی و از مفاخر سرزمین ایران، می نویسد: شخصی را عمر به منصب قضا گماشت که بسیار جوان بود از او پرسید چگونه دادرسی خواهی کرد؟ پاسخ داد، بر طبق نص قرآن؛ و اگر بر نص قرآنی دست نیافتم برابر قضای پیامبر حکم می دهم و اگر به آن هم دست نیافتم به قضای ابوبکر و عمر، حکم خواهم داد...

ابن قیم حنبلی در اعلام الموقعین می نویسد: علی به قضات خود گفت: آن طور که قبلاً رأی می دادید رأی بدهید و خوش ندارم که بین شما اختلاف نظر و تغییر رویه هایی را که به وجود آمده است پدید آورم! از مدارک بالا بخوبی می توان استفاده کرد که رویه قضایی با مشخصات خاص آن عصر را، مسلمانان بخوبی می شناختند و آن را طرف توجه و استفاده قرار می دادند لکن بعداً به علت گسترش فراوان قلمرو اسلامی و بروز جنگها و تجزیه طلبی ها و نبودن سازمان اداری منظم، ضبط رویه قضائی میسر نشد و این پدیده حقوقی نوحاسته در حقوق اسلامی، مجال رشد و بقا نیافت.

... اضافه باید کرد که مکتب حقوقی امامیه و مکتب ظاهریه نظر موافق با رویه قضایی به شرح فوق ندارند (1). ناگفته نماند که «دکترین» یا تفسیر قضایی علمای حقوق، به عنوان یک منبع حقوق اسلامی با عنوان «فتوا» و اجماع مجتهدان در فروع فقهی که گونه ای رویه قضایی نظری است، در فقه امامیه پذیرفته شده است، در بخش بعد این مبحث بیشتر بررسی خواهد شد.

اعتبار عقل

عقل در حقوق انگلیس هم از نظر تکامل حقوق و هم توسعه آن مؤثر بوده است. حقوق کلیسا یا حقوق مذهبی، نظرات حقوق رم، آرا و افکار جاری زمان و ... از مجرا و بستر عقل وارد حقوق انگلیس شده است، با اعتبار عقل، حيله های قانونی ممنوع شد، دستورالعملهایی که محللهای

ص: 85

گریز و انعطاف برای فرار از ممانعت‌های قانونی به دست می‌دهد تا خود را از پیچ و خم آنها برهاند و به مقصود غیر قانونی برساند، این کار را عقل ممنوع اعلام کرد، و این روش فرار از ممنوعیت‌های قانونی را نخستین بار دادگاه‌های انصاف ممنوع کرد، زیرا بنا به یکی از قواعد ساخته این دادگاه‌ها که هنوز هم به اعتبار خود باقی است «انصاف قبول نمی‌کند که یک «قانون نوشته» وسیله تقلب شود(1)». به اصطلاح حقوق غربی: «سوء استفاده از حق» یا حتی «افراط در استفاده از حق» از پشتیبانی قانون بهره‌مند نخواهد بود.

در اسلام نیز با اصل «مشروعیت جهت معامله» نیرنگ و حيله به قانون بشدت ممنوع شده است.

در قرآن آمده است که بنی اسرائیل از صید ماهی در روزهای شنبه ممنوع شدند، چندی اطاعت کردند، لکن ماهیها گویا این مصونیت را احساس کرده بودند! بنابراین روز شنبه بیشتر از همه وقت در ساحل دیده می‌شدند، بنی اسرائیل چاره جویی کردند و گفتند که تهیه مقدمات صید که منع نشده است پس آنگیرها ساختند که با دریا ارتباط داشت و ماهیها را در روزهای شنبه به آنها هدایت می‌کردند و بعد راه برگشت ماهی را می‌بستند و روز یکشنبه براحتی همه آنها را صید می‌کردند(2).

حاصل این که از آن جا که عقل در حقوق انگلیس از نظرات و آرای زمان الهام می‌گیرد بنابراین در تغییر و تکامل است و نوعی ویژگی انعطاف پذیری در حقوق پدید آورده است، حقوق انگلیس با تغذیه از مفاهیم عقلانی بارور شد و از آن جا که عقل همواره به همگی واقع احاطه نمی‌یابد وانگهی مقتضیات زمان در تغییر است بنابراین نظرات و آرای عقل نیز بتبع در تغییر خواهد بود.

عقل در حقوق انگلیس عبارت است از «نظریات جاری زمان و آرای مردم، اعمال عرفهای تثبیت شده یعنی عرف و عادت که میان مردم به مرحله ثبات و قطعیت رسیده، هماهنگی لازم

ص: 86

1- کلیات حقوق تطبیقی، ص 64.

2- اعراف: 163.

میان تصمیمات قضایی، احترام به اصولی که قبلاً قبول و همواره اعمال شده است». همگی این اصول را عقل به نفع جامعه و ثبات و امنیت روابط حقوقی استخراج کرد(1) اعتبار عقل، حقوق انگلیس را به پیش برد و امروز یکی از دسته های حقوقی با ارزش به شمار می رود، در استرالیا و هندوستان و آمریکا وارد شد، هر چند در هند مانند استرالیا و آمریکا با خلأ مواجه نشد، مع ذلک حقوق هند را تحت نفوذ قرار داد و به پیشرفت آن کمک کرد.

گفته شد، احکام دادگاههای انگلیس دارای چنان اعتباری است که منبع درجه اول حقوق به شمار می رود و قاضی به حکم صادر شده مثلاً 700 سال قبل استناد می کند، اکنون این پرسش پیش می آید که: با توجه به این که مبانی و مقتضیات عقل امروز با چندین قرن قبل فرق دارد، تکلیف دادگاه چیست؟ راه حل قضیه را اغلب این گونه می دانند که قاضی «وجه افتراقی» میان دعوی مطروحه با حکم دادگاه (عرف و سابقه) پیدا می کند و هنگامی که اثبات شد این دو از جهتی با هم فرق دارند دادگاه خود را از اجرای قاعده سابقه معاف می کند و رأساً مطابق اقتضای عقل امروز رأی می دهد، بدیهی است این کار موقعی جایز است که قانونی از مجلس در خصوص مورد به تصویب نرسیده باشد. شاید به همین دلیل بوده که «بنتام» گفته است: «قضات انگلیس (کامن لو) یعنی عرف و سابقه را به همان طریق که یک نفر برای سگ خود قانون وضع می کند برای ملت انگلیس وضع کرده اند(2)». بنابراین در انگلیس قاضی اختیارات وسیعی دارد که در هیچ نظام حقوقی دیگر نظیر ندارد زیرا قاضی قانونگذار هم هست و چون خطر خودکامگی و افراط و تفریط قاضی امری اجتناب ناپذیر می نماید، قضات را تحت مراقبت و انضباط تربیتی و علمی سخت قرار می دهند و آنان را از طبقات مهذب جامعه انتخاب می کنند تا از بی بند و باری در امر قضا جلوگیری کرده باشند.

در نظام قانون مدون مثل فرانسه قانون منبعی کلی است که بر طبق آن حکم بر مورد و مصداق جزئی قرار می گیرد مانند قیاس منطقی، در حالی که در نظام حقوق انگلیس اغلب از موارد جزئی (عرف و سابقه) قاعده ای به دست می آید که به موارد جزئی دیگر قابل تسری است. بنابراین حقوق انگلیس «حقوق پیرو» است، پیرو عرف و سابقه و عقل زمان، در واقع حقوق بدنبال جامعه کشانیده می شود و خود را با آن میزان می کند و ترکیبی خاص از حقوق

ص: 87

1- - کلیات حقوق تطبیقی، ص 58.

2- - دو طرز فکر حقوقی، ص 90.

در حقوق انگلیس تفکیک قوای سه گانه: مجریه، مقننه، قضائیه از یکدیگر نسبی است نه مطلق، زیرا هیأت دولت کمیته ای از مجلس عوام است و اعضای آن از میان نمایندگان مجلس انتخاب می شوند و نخست وزیر خود نیز عضو مجلس عوام است بنابراین قوه مقننه بر همه قوا حکومت دارد.

بگفته هارولد لاسکی: «مواردی پیش می آید که میان تفسیر قاضی از قانون و ساختن قانون تشخیص مشکل می شود. هر اداره دولتی ناچار است خود قانونگذاری کند و اغلب شغل قضا را نیز بر عهده می گیرد!»⁽¹⁾ انتقاد دیگر از «سرچارلز پت» یکی از حقوقدانان قرن هیجدهم است: «هرگاه صدور رأی به دلخواه قاضی باشد چنین قانونی را باید قانون ستمگران دانست زیرا در حکومت جور، قانون همیشه نامعلوم است و بسته به مزاج و خلق و خوی هر ستمگر تفاوت می کند، چه بسا بهترین وجه این گونه قوانین ناشی از هوا و هوس حکام جور و در بدترین احوال، معرف جمیع مظاهر فساد و دیوانگی و شهوت و غضب است که در استعداد و طبیعت بشر تواند بود»⁽²⁾.

بر اثر همین انتقادات بود که از قرن هفدهم به بعد آزادی و اختیار برای قانونگذاری رو به افزایش نهاد و حقوق انگلیس را به حقوق مدون بسیار نزدیک کرد، به گونه ای که آنچه تا کنون درباره آن گفتیم بیشتر به گذشته مربوط است تا به حال!؟

ص: 88

1- - آزادی فرد و قدرت دولت، ص 131.

2- - تاریخ حقوق، ص 295.

تا کنون نظام حقوقی مبتنی بر «سیاست اقتصادی» و «عرف و سابقه» را به اختصار بیان کردیم، اکنون به تشریح حقوق دسته «قانون نوشته» یا «قانون مدون» که شامل حقوق کشورهای اروپایی (به استثنای روسیه و انگلیس) و کشورهای آمریکای لاتین (به استثنای کوبا) و برخی از کشورهای آسیا و آفریقا می پردازیم و به عنوان نمونه «حقوق فرانسه» را که قوانین کشورهای بسیاری از آن اقتباس شده برای بیان مطلب انتخاب می کنیم.

اصول حقوق فرانسه از حقوق رم اقتباس شده است، «ایرینگ» حقوقدان آلمانی در کتاب «روح حقوق رم» می نویسد: «اهمیت حقوق رم از این جهت نیست که در زمانی منیع حقوق بوده است؛ 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 (1)».

جای دیگر در پاسخ این پرسش که: «آیا تدوین قوانین جدید علامت زوال حقوق رم است؟» می نویسد: «همان طور که اهمیت مدرسه به علت خروج شاگردانی که در آن جا تحصیلات خود را به پایان 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 به هیچ وجه محدود به تاسیساتی که از آن گرفته شده است نمی باشد، فکر حقوقی، روش ادراک و کلیه

ص: 89

منظور از تاثیر حقوق رم در قوانین دسته «قانون مدون» این نیست که مقررات حقوق رم از قبیل بیع و تجارت و طلاق و نکاح و غیره عیناً در حقوق این دسته وارد شده است چرا که این تاثیر از نظر فن استنباط و نحوه دادرسی است نه در قوانین ماهوی. همان گونه که نظام حقوق رم یا «قانون مدون» با نظام «عرف و سابقه» در روش استنباط و نحوه دادرسی اختلاف دارند لکن چه بسا در ماهیت، قوانینی مشابه هم داشته باشند(2).

قدرت قانون

گفته شد، در این نظام حقوقی قدرت قانون از همه نظامهای دیگر بیشتر است، قدرت قانون را از نطق «بالوبو پره» رئیس دیوان کشور فرانسه در جشن صدمین سال قانون مدنی در 1904 می توان استنباط کرد: «من حقیقتاً باور نمی کنم که کسی در مسائل حقوقی موفق به تصور موردی شود که قاضی برای حل دعوی مربوط به آن نتواند به کلمات مضبوط در قانون یا اصلی که در یکی از متنهای قانونی تثبیت شده است استناد نماید(3)».

سپس اضافه می کند: «وقتی عبارت قانون مبهم باشد قاضی نباید درصدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانونگذار در صد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق کند که هرگاه این قانون در عصر حاضر به تصویب می رسید قانونگذار از آن چه منظوری بایستی داشته باشد». (4) در سخن فوق به ضرورت آزادی قاضی اشاره شده لکن خارج از عبارتهای قانونی و بیرون از نظر قانونگذار راهی برای تحقیق پیش بینی نمی کند و هر گونه تفسیر و تعبیری را منوط و محدود به مواد قانون می کند.

حاصل این که در این رشته حقوقی همه آرا و نظرات دادگاهها، سرانجام باید به قانون منتهی گردد و در امور کیفری نیز هر جرم باید عنصر قانونی داشته باشد والا عقاب بلایبان خواهد بود. فرق میان حقوقدان ماهر و زبردست با آن که مهارتی ندارد آنست که حقوقدان ورزیده از قریحه و شم قضایی برخوردار است و می تواند از روح و فحوای ماده قانونی به استناد قیاس و تفسیر

ص: 90

1-- همان.

2-- دو طرز فکر حقوقی، ص 14.

3-- کلیات حقوق تطبیقی، ص 50.

4-- مبانی حقوق، ج 3، ص 370.

ادبی و منطقی قانون، حکم مورد را استنباط کند و آن که فاقد قریحه و ذوق و استعداد این فن است از این کار عاجز است، زیرا حقوق علاوه از این که شاخه ای از علم است خود یک فن و هنر خاصی است که استعداد لازم دارد.

در بخش اول در این باره به تفصیل به بحث پرداخته ایم و آنها را تکرار نمی کنیم.

عرف و عادت در نظام «قانون مدون»

در نظام قانون مدون یا «قانون نوشته» قاضی گاه ممکن است بر مبنای عرف و عادت حکم دهد، لکن این عرف و عادت با «عرف و سابقه» حقوق انگلیس فرق دارد، از سوی دیگر ارجاع به عرف در نظام «قانون نوشته» به موجب قانون است یعنی نص قانون باید آن را تجویز کند کوتاه آن که آرای دادگاهها باید به استناد قانون باشد.

لکن امروز رفته رفته این روش هواداران خود را از دست می دهد زیرا در اغلب کشورها قانون پیش بینی کرده و اجازه داده تا در مواردی که متنی قانونی وجود ندارد و عرف و عادت مسلمی نیز در مسأله و دعوی مطروحه، مورد اعمال مردم نیست، قاضی خود را به جای قانونگذار بگذارد و بر مبنای عدالت و انصاف حکم بدهد.

روشی را که بر طبق آن باید همه موارد را در قانون جستجو کرد، روش «پروکروست» گویند، پروکروست در اساطیر یونان نام راهزنی بوده که پس از ربودن اموال مردم در شوارع و راهها، آنان را روی تخت مخصوصی می خوابانید و اگر قد مسافر بلندتر از تخت بود، زیادی بدن او را قطع می کرد! و هر گاه بعکس کوتاهتر بود، باندازه ای آن را می کشید تا در نتیجه اتساع، بدن وی به اندازه تخت شود، این تشبیه اشاره به اجبار و الزامی است که دادگاههای دسته «قانون نوشته» به انطباق قانون با مصداقها و موارد دعوی دارند و نقش و اقتدار قانون را نشان می دهد.

گفته اند دادگاهها در عمل دو روش دارند:

1 - انطباق مورد با قانون 2 - انطباق قانون با مورد. در مورد اول قاضی ناچار است تا از اوضاع و احوال قضیه کم و کسر کند و یا افزایش دهد تا بتواند آن را در قالب قواعد و دستورهای قانونی بریزد، در حالی که در روش دوم قواعد و دستورهای قانونی را با اوضاع و احوال هماهنگ می کند، در روش اول نظر به اجرای قانون با همه کلیت و عمومیت آن است و در روش دوم نظر به رویدادهای

نقش قانون در نظام «قانون نوشته» از تشبیه زیر پیدا است: «حقوق در این رشته همانند سیمی است که قانون همچون جریان برق از آن عبور می کند و به محض این که جریان برق از آن سیم قطع شد برق هم خاموش می شود یعنی اگر قانون را از «حقوق نوشته» جدا کنید از حقوق هم اثری باقی نخواهد ماند»⁽¹⁾. در حالی که در حقوق «عرف و سابقه» اگر قانون را حذف کنیم، به حقوق لطمه ای وارد نمی شود، در حقوق عرف و سابقه (انگلیس) تفسیر قانون مضیق است یعنی فقط در همان مورد محدود آن هم به عنوان استثنای بر اصل اجرا می شود، و اصل «عرف و سابقه» است در حالی که در نظام حقوق نوشته (فرانسه) تفسیر موسع است و قاضی هرگونه راه حلی را در قانون جستجو می کند و بقانون معنیهایی می دهد که ندارد، لکن قاضی انگلیسی این کار را با رویه قضائی (عرف و سابقه) می کند، النهایه با دخالت عقل و اگر وجه شبهه در قضیه مطروحه نبود، رأساً حکم صادر می کند.

در خاتمه این یادآوری لازم است که حقوق هر کشور را همواره طبق اصول همان کشور و در قالب و هیأت همان حقوق باید مطالعه کرد والا اگر به کلمات قانون در حقوق انگلیس همان معنیهایی را که در حقوق فرانسه دارد، بدهیم، به هیچ وجه به درک واقعیت حقوق انگلیس نخواهیم رسید، و با این روش شناخت هیچ نظامی امکان نخواهد داشت، بلکه محال خواهد بود و بسیاری از اختلافها و تضادها، ناشی از همین توجهات غلط است.

شواهد بسیاری می توان ارائه داد که در اثر عدم تفاهم اصول حقوقی ملتهای مختلف موضوع منجر به اختلاف شده است، چنان که در جریان ملی شدن صنعت نفت ایران، در زمان حکومت مرحوم دکتر مصدق، دولت انگلیس به دادگاه لاهه شکایت کرد، دادگاه مزبور عرض حال دولت انگلیس را برای دولت ایران فرستاد، ابتدا دولت ایران در پاسخ عرض حال مذکور دلایلی مطابق اصول حقوقی ایران اقامه کرده بود در صورتی که بموجب همان پاسخ، دلایلی که دولت انگلیس به آن نیازمند بود، برای آن دولت تحصیل شد و چون جواب مزبور از نظر نظام حقوقی دادگاه لاهه کافی نبود، بنابراین قراری به ضرر دولت ایران و به نفع دولت انگلیس، صادر شد، لکن پرفسور رولن Rolin حقوقدان بلژیکی وکیل مدافع ایران با کمال سهولت از تئوری حقوقی ایران دفاع کرد و با آشنایی کامل به اصول حقوقی دادگاه بین المللی لاهه، سرانجام حکم نهایی دادگاه مزبور

این مثال قدری کهنه شده است، مثالی تازه تر: «داستان عبارت از این است که افشای اخبار فروش اسلحه به عراق در خلال جنگ با ایران، در زمانی که ظاهراً سیاست تحریم فروش اسلحه غرب به هر دو کشور اعمال می شده جنجال زیادی به پا کرد و سبب شد که «لرد اسکات» از قضات برجسته بریتانیا مأمور بررسی مسأله شود، وی پس از ماهها مطالعه و بازجویی از مقامات گوناگون دولتی از جمله دو نخست وزیر پیشین و کنونی (خانم تاچر و آقای میجر) به این نتیجه رسید که نه تنها دولت بریتانیا مقررات وضع شده خود را زیر پا گذارده و وسایلی به عراق فروخته که می توانسته تبدیل به اسلحه شود و نه تنها پارلمان را دقیقاً در جریان نگذاشته، بلکه میزان فروش این گونه وسایل به عراق تا آن حد بوده که بی طرفی بریتانیا در جنگ ایران و عراق را منتفی می کرده و این که دولت بریتانیا نه فقط همه پول وسایل فروخته شده را دریافت نکرده بلکه تاکنون حدود 700 میلیون پوند بابت اعتبار این فروش ها در اختیار شرکتهای بریتانیایی فروشنده این وسائل گذاشته ... (1)» پس از آشنایی به حقوق داخلی برای پیروزی در دادگاههای خارجی یا بین المللی کافی نیست، مثلاً اگر بازرگان ایرانی از قوانین تجاری یک کشور خارجی طرف قرارداد بی اطلاع باشد، نمی تواند هیچ قراردادی را با آن کشور منعقد سازد زیرا نمی داند که کشور مزبور چه شرایط و چه آثاری بر آن قرارداد بار می کند و عدم اطلاع وی ممکنست برایش زیانهای بی شمار بار آورد.

به گفته «استورات میل»: «آن کس که فقط دلایلی برای دفاع از خود یاد گرفته است، نمی داند چگونه از خود دفاع کند، ممکن است دلائل او قوی باشد و کسی نتواند آنها را رد کند، اما اگر او هم نتواند دلایل مخالف خود را رد کند و حتی نداند که آن دلایل چه هستند، آن وقت موجبی ندارد که قاضی به یکی از دو عقیده مخالف معتقد باشد، در چنین وضعی راه عاقلانه ای که می تواند در پیش گیرد این است که از اتخاذ هر عقیده ای در آن باب خودداری کند و اگر جز آن کند معلوم است یا ندانسته عقیده ای را پذیرفته است و یا مثل اکثر مردمان جهان آن عقیده را رجحان داده است که با تمایلات او موافقتر بوده است (2)».

ص: 93

1- - اطلاعات مورخه 6 تیر 1375، مصاحبه با دکتر پیروز مجتهدزاده.

2- - در آزادی، ص 87.

مشمول بر: مقدمه و 12 گفتار:

1- کتاب (1) 2- سنت 3- اجماع 4- عقل 5- اصلهای عملی 6- قیاس 7- استحسان و استصلاح 8- سد ذرایع 9- عرف و عادت 10- عدل و انصاف 11- تاسیس و امضاء 12- اخلاق.

ص: 95

1- * - گفتار اول این بخش، در شماره 99 مجله سروش بهار 1360 به چاپ رسیده است. و گفتار نهم عرف و عادت در مجله وقف میراث جاویدان شماره 7 پائیز 1373.

پیش از این گفته شد که قوانین، آن جا که برخاسته از سرشت و فطرت آدمی است، ثابت و تغییرناپذیر و برجای است و آن جا که ناشی از وضع است با مصلحت‌های اجتماعی زمان و مکان، در تبدل و تغیر و تکامل است، دانستن روشها و پایه های استنباط به روشن کردن این معنی کمک می کند و ما این مبانی را در مکتبهای فقهی (امامیه و اهل سنت) با اشاره به مبانی قانونگذاری امروز دنیا، در دوازده بخش بررسی می کنیم.

برخی از این سرچشمه ها مثل کتاب و سنت و اجماع تقریباً مورد قبول اکثر مذهبهای فقهی است، و پاره ای مانند استحسان و استصلاح و سد ذرایع ویژه سنیان است و از این میان، امامیه همگام معتزله از عقل گرایان هستند، و دیگر مبانی همچون عرف و عادت و اخلاق و انصاف از نهادهای فرعی استنباط هستند و کارایی چندانی ندارند.

قرآن نخستین منبع و خاستگاه حقوق است، در حدود پانصد آیه از آن، قوانین اجتماعی را در بردارد و با توجه به تعداد کل آیه ها (6236 آیه) قوانین اجتماعی حدود یک دوازدهم همه قرآن است، اما این پانصد آیه هم اغلب مربوط به آداب و تشریفات مذهبی است و تنها در حدود هشتاد آیه مربوط به مسائلی است که امروز آنها را مواد قانونی تلقی می کنند، از سوی دیگر متون غیر حقوقی و پندهای اخلاقی و وعده های الهی نیز وجود دارد که با «قیاس» و یا «تقیح مناط» از آنها مقررات قانونی را استخراج می کنند.

قرآن، پایه همه قوانین شرعی و همچون «قانون اساسی» منبع اصلی و مقتدر حقوق به شمار می رود و در واقع منابع دیگر برای تکمیل و توضیح اصول آن است.

محکم و متشابه

پیش از بررسی محکم و متشابه، لازم است چند اصطلاح را تعریف کنیم:

1- نص: لفظی که به معنای خاصی چنان ظهور و بروز داشته باشد که احتمال خلاف آن نرود و یا آن که آن قدر ضعیف باشد که عرف عقلا به آن اعتنا نکنند، پس وقتی می گوئیم: «اموال بر دو قسم است: منقول و غیر منقول» این جمله چون معنی روشنی دارد بدانگونه که معنی دیگر و یا دلیل مخالف آن به ذهن نمی آید، «نص» است.

2- ظاهر: هرگاه از لفظی دو احتمال برود که یکی قوی و دیگری ضعیف باشد، قوی را

«ظاهر» گویند، و هرگاه دو احتمال برود که یکی از آنها قویتر باشد آن را «اظهر» گویند، نص به معنی گسترده تری هم به کار رفته که شامل ظاهر و اظهر هم می شود و نیز در مقابل معنی مستفاد از استنباط و تفسیر قانون به کار می رود، در این معنی می گویند: «اجتهاد در برابر نص جایز نیست».

3- مجمل: هرگاه از دو معنی یکی بر دیگری برتری نداشته باشد و برابر باشند آن کلمه «مجمل» است و بعکس آن «مبین» عبارتی است که ظهور در معنی دارد.

4- مأول: هرگاه از لفظی دو احتمال برود که یکی «قوی» و دیگری «ضعیف» باشد قوی را «ظاهر» و ضعیف را «مأول» گویند.

5- متشابه: هرگاه لفظ یا جمله ای نوعاً در تشخیص منظور و مراد گوینده آن شبیه در ذهن پدید آورد، خواه با بررسی و تأمل رفع شبهه بشود و خواه نشود آن را «متشابه» گویند. پس متشابه مشترک میان دو معنی «مجمل» و «مأول» است.

6- محکم: هرگاه لفظ یا عبارتی در معنی خود «نص» یعنی صریح و بدون احتمال خلاف باشد «محکم» است. پس مشترک میان «نص» و «ظاهر» را محکم گویند (1).

اعتبار آیه های محکم و متشابه

در این که آیه های محکم را هر زمان می توان مورد استناد قرار داد تقریباً همه متفقند، لکن علمای اخباری و ظاهری، ظواهر آیه های قرآن را قابل استناد نمی دانند، و تنها آیه ها را برطبق حدیثها قابل استناد می دانند!

دلایل اخباریان

می گویند: در قرآن آیه های گوناگونی است، برخی عام و برخی خاص، بعضی مطلق و بعضی مقید، عده ای ناسخ و عده ای منسوخ، گروهی مجمل و گروهی مبین و از این قبیل ... وجود این کیفیت میان همه آیه ها محتمل است، بنابراین معنی همه آنها مبهم و متشابه است، مثلاً آیه ای که از نظر ما عام است ممکن است به موجب آیه دیگری «تخصیص» یافته باشد یا آیه ای که «مطلق» است به موجب آیه دیگری «مقید» باشد و براین قیاس ... پس به هیچ یک از آنها نباید عمل کرد

ص: 98

1- - مقدمه عمومی علم حقوق، ص 188؛ دانشنامه حقوقی، ج 1، ص 688؛ و کشف الحقایق ص 263 تعلیقات استاد دکتر احمد مهدوی دامغانی.

و از معنی تحتاللفظی آنها نیز مقصود و منظور را نمی توان استنباط کرد، بلکه باید همه آنها را بررسی کرد و این تفسیر هم تنها از «شخص معصوم» یعنی ائمه برمی آید، زیرا به موجب اخباری که نقل شده ما را از تفسیر قرآن منع کرده اند.

دلایل اصولیان

قرآن کتاب لغز و معما نیست تا همه آن مجمل و چند روی و چند معنی و غیرقابل فهم باشد، بلکه قرآن به زبان ساده و برای راهنمایی همه مردم آمده است، بی آن که به تفسیر و توضیح در همه موارد از سوی معصوم نیاز باشد، لکن اگر دلیلی از سنت بر تفسیر آیه ای وجود داشت البته مورد استناد خواهد بود. بلی آیات احکام قرآن از آن جا که در مظان نسخ و تقیید و تخصیص هستند، پیش از تحقیق و بررسی لازم از ناسخ و یا مخصص آنها نمی توان به آنها استناد کرد ولی پس از فحص و بررسی و کشف ناسخ و یا مقید آنها مانعی از استناد بدانها نخواهد بود. به عبارت دیگر حجیت آیه های قرآن به معنای استناد و استدلال بی قید و شرط نیست بلکه باید یک سلسله پژوهشهای مقدماتی انجام شود تا امکان استدلال و استناد به عموم آیات فراهم آید. اگر تفسیر قرآن در برخی از حدیثها منع شده منظور آیه های متشابه است که اغلب واژه های آن بر معانی غیر عرفی و غیرحقیقی دلالت دارد، در صورتی که از معنی لفظی آیه های محکم می توان پی به مقصود برد. آیه 5 آل عمران می گوید: «او است که بر تو کتابی فرستاد که آیه هایی از آن محکم و استوارند و آنها اصل و مادر کتابند و دیگرها متشابهند». معنای آیه متشابه مجهول و معنای محکم بعکس روشن است، در متشابه اگر قرینه معینه باشد که آن را روشن کند، محکم است، گفته اند:

«المحکم مالم یشتبه معناه و المتشابه ما اشتبهت معانیه» یعنی متشابه سخنی است دارای معانی متعدد و محکم چنین نیست. به عقیده بعضی از فقیهان: «برخی خبرها دلالت دارد براین که محکم آیه های ناسخ، و متشابه آیه های منسوخ را گویند». به نظر می رسد که این عقیده درست نباشد زیرا در حدیثها و خبرهایی به آیه های متشابه استناد شده، و از این استناد، احکام بسیار سودمند به دست آمده است.

بنابراین وقتی با حکمی شرعی سروکار داشتیم، هر چند آیه متشابه و مجمل به نظر برسد، باید در فهم آن کوشش کرد و اگر با کوشش باب اختلاف و منازعه بسته نشد، آن گاه به خبرها و حدیثها

مراجعه شود و نباید به احتمال اجمال و ابهام از کوشش دست بداریم که وظیفه پژوهندگان همین تفحص و کوشش است. و در آیه های بسیار اشاره شده از جمله: «قرآن را فرستادیم تا آنچه را که برای مردم آمده تفسیر کنی و روشن نمایی (1)».

و «قرآن را فرستادیم تا اختلافهای میان مردم را حل کنی و حکم دهی (2)». و از همه اینها روشنتر «و نزلنا علیک الکتاب تبیاناً لکل شیء» و در واقع با این بیان قرآن از آن جهت که مبین هر چیزی است باید بیانگر آیات متشابه خویش هم باشد و به همین معنی حضرت مولا علی (ع) در نهج البلاغه اشاره می فرماید که: «ینطبق بعضه ببعض و لیشهد بعضه علی بعض» و بنابراین از این دیدگاه می توان گفت: همه قرآن «محکم» است که خود می گوید: «کتاب احکمت آیاته...». از سوی دیگر باید از اخباریان پرسید: همه آنچه که در عدم استناد و اعتبار قرآن گفته اید در حدیث هم مصداق دارد زیرا در حدیثها هم، مجمل و مبین و مطلق و مقید و ناسخ و منسوخ هست، آیا باید از همه آنها چشم پوشید و همه آنها را غیرقابل استناد اعلام کرد؟ وانگهی همه اینها ملازمه با منع تفسیر و استنباط و اجتهاد ندارد. باید به اخباریان که جناحی جزمی و افراطی هستند، بگوییم که به نظر ما منع حدیثها از تفسیر به رأی، به جای خود سخنی بسیار منطقی است، زیرا در جستجوی حقیقت تا آدمی ذهنش را از عقاید شخصی و پیشداوری و جانبداری پاک نگرداند، هرگز به حقیقت نخواهد رسید.

پژوهشگر حق ندارد، هر کلمه و جمله را بزور با رأی خود تطبیق دهد و به سلیقه خویش آنرا توجیه کند، پیشداوری و جانبداری یعنی تعصب، متعصب هیچ گاه حاضر نمی شود دست از عقاید قبلی خود بردارد، هرچند به دلایلی بر رد و بطلان آن برخورد کند.

تفسیر به رأی یا تفسیر به دلخواه، به معنی جزم و قطع و تحجر است، اگر آدمی دچار این بیماری بشود بزرگترین فساد و انحطاط را برای خود خریده است تا آن جا که به گفته «حدیث» جایش در آتش است؛ آتش تعصب؛ آتش جهل مرکب.

در تفسیر به رأی، بی گمان، لغزش وجود دارد، آدمی در درون خویش دستخوش پابندیها و زبونیهاست اسیر خشم و آز و شهوت است و تا اسیر این زبونیها است راه بر وی بسته است، در تفسیر به رأی چون میزانی در دست نیست، انحرافها و بدعتهای گمراه کننده ای پدید می آید و جامعه را دچار هرج و مرج فکری می کند، والا اگر تفسیر در جهت هرچه بهتر فهمیدن مقصود و منظور

ص: 100

1- - نحل: 44.

2- - بقره: 213.

قانونگذار (شارع) باشد، ایرادی که ندارد بلکه واجب است، بویژه که تاویل و تفسیر در واقع نیروی فعاله و محرک حکمت باطنی آدمی است که ودیعه ای خدادادی است. بنابراین، تفسیر به رأی شخصی ممنوع است اما تفسیر به رأیی که برخاسته از فرهنگ عمیق عصر و جامعه باشد، نفی نشده است. و این تفسیر همواره در تحول و تکامل است بی آن که اصل دین تغییر پذیرد، معارف دینی همواره گسترش می یابد.

ما در گفتار «قیاس» باز هم پیرامون تفسیر به رأی به جستجو خواهیم پرداخت.

اقسام آیه های متشابه

اگر اجمال و ابهام آیه ها در خود قرآن رفع نشود - که برخی از آیه ها مفسر برخی دیگرند - حدیث این مهم را عهده دار است، حتی حدیث ممکن است آیه مطلق را مقید و یا عامی را مشروط و یا مجملی را مبین و حتی به عقیده برخی ناسخ آیه ای شود.

اکنون، اگر از حدیث یا سنت هم معنی آیه روشن نشود، وظیفه دانشمندان است که این مهم را به عهده گیرند.

ابهام در آیه های متشابه بر دو گونه است:

1- ابهام و اجمال در مفهوم و معنی.

2- ابهام و اجمال در مصداق و مورد.

مثلا در قرآن آمده که: «صلوات بیای دارید». لکن «صلوات» به معنی مطلق دعا نیز هست. رفع اجمال آن را حدیث می کند که پیامبر گفت: «صلوا کما رأیتمونی اصلی» یعنی آن گونه که من نماز می گزارم نماز بگزارید.

اما اجمال و ابهام در مصداق بیشمار است، بخش اعظم آن در آیه های مربوط به معاملات و قوانین مدنی و اجتماعی است و کمتر به مسائل اعتقادی و عبادی مربوط است.

در قرآن آمده که: «خدا بهترین گفتار را به صورت یکنواخت (متشابه) فرود آورد(1)». زیبایی در این آیه ها از چیست؟ به نظر می رسد که دلیل آن در برگیری مصداقهای بیشمار است، این

ص: 101

مصادقاتهای بسیار، گستره معنی را می افزاید و زمان و مکان آن را وسعت می بخشد. مصادقاتها اغلب از عرف و عادت و نیازمندیها و مصلحتها و مقتضیات زمانه مایه می گیرد، و خود را با هر عصر هماهنگ می سازد، پیش بینی همه موارد در هیچ قانونی امکان ندارد، به همین دلیل، قوانین قرآن بیشتر از تشابهات است.

برخی آیه های محکم را تنها درباره اصول عقاید می دانند و می گویند اصول اعتقادی در قرآن روشن و آشکار است و بنابراین در آنها هرگز دگرگونی راه ندارد، اما احکام مربوط به معاملات و حقوق مدنی در شمار تشابهاتند.

مکتب تعدی از نص

از دیدگاهی دیگر، پژوهش را دنبال می کنیم، شاید مطلب روشنتر شود. اختلاف در فهم قرآن، ریشه ای به اندازه تاریخ اسلام دارد، تنوع تفسیرها که در طول چهارده قرن بر قرآن نوشته شده شاهد گویای این ادعاست، تفسیرهای: اخباری، اجتهادی، عرفانی، کلامی، فلسفی، اجتماعی، سیاسی، علمی، ادبی و ... هر یک از دیدگاهی متفاوت به بررسی پرداخته اند و گاه اختلاف نظر از سرحد کفر تا اقلیم ایمان گسترده است، تفسیر ابوالفتوح با تفسیر صفی علیشاه، تفسیر طنطاوی با تفسیر طبری و از این قبیل.

در واقع قرآن و مجموعه های حدیث، مانند بیشتر کتابهای مقدس ادیان دیگر، به اندازه ای پر دامنه و گسترده است که فرقه ها و گروهها و مذاهبهای گوناگونی که در طول قرنهای پس از ظهور اسلام پدید آمدند هر یک محتوای فکری و نیازهای معنوی خود را از آنها استخراج کردند، مقایسه تفسیرهایی که بدان اشاره شد گواه روشنی بر این معنی است.

فیلسوفان، متکلمان، مفسران، فقیهان، عارفان و صوفیان همه با مذاهبها و مسلکها و مشربهای گوناگون برای درستی و اثبات باورهای خود به نصوص اسلامی استناد می کردند و آن آیه ها و حدیثها را که با پایه های عقیده خود ناسازگار می یافتند تاویل و توجیه می کردند و در این میان، تاریخ، عرصه پیکار غوررسی ها در مسائل دینی بود و جنگهای لفظی بیش از اندازه لازم را، در تفسیر دلیلهای نقلی نشان می داد. برخی دلیلهای نقلی را یقین بخش نمی دانستند و پایه کار خود را بر دلیلهای عقلی استوار می ساختند و گروهی بعکس تاکیدشان بر دلیلهای نقلی بود و گروهی دیگر که اساس کار خود را بر کشف و شهود درونی می گذاشتند بیش از سایر فرقه ها برای بیان

درستی رازهای عرفانی و حتی شطحیات خویش به نصوص استدلال می کردند(1)، و گاه در طول تاریخ، شاهد جدالهای خونین و جنگهای غم انگیزی هستیم که عقیده را بهانه سودای ریاست طلبی خود قرار داده اند.

به هر تقدیر، چگونگی تغییر معنی کلمه ها در جامعه شناسی و زبانشناسی اجتماعی، مورد پژوهش است، زبان مانند هر موجود زنده در طول قرن‌ها در معرض دگرگونی است، کیفیت کاربرد واژه ها تغییر می یابد، حتی برخی از واژه ها، کاربرد خود را از دست می دهند، و به جای آنها واژه های تازه ای پا به میدان می گذارند، معنی ها و تعبیرهای تازه برای واژه ها پدید می آید، دلیل همه این تحولات را در عوامل اجتماعی جستجو می کنند.

منطقیان واژه را عبارت از «لفظ» و «معنی» می دانستند، لفظ را «دال» و شیء مورد دلالت را «مدلول» می گفتند، واژه ها به غیر از معنی حقیقی و نخستین در معنی های مجازی دیگری در طول زمان به کار می روند، گاه یک کلمه در دانشهای مختلف معنی های گوناگون به خود می گیرد، شاعر برای نشانه فقر و بیدادگری به جای کلمه «خانه» کلمه «زاغه» را به کار می برد، معنی کمی و کیفی کلمه عوض می شود، هر کلمه علاوه بر معنی ظاهری و معمولی دارای ارزشها و بارهای فرهنگی و اجتماعی ویژه ای است، در نتیجه بار بسیاری از مفاهیم را به دوش می کشد، مثلاً واژه «سرو» علاوه بر درختی خاص، نشانه آزادگی و بلندی نیز هست، در شعر واژه «باد» علامت یغماگری و غارت و «صبح» مظهر پیروزی است و ...

جمله های قرآن «آیت» خوانده می شوند که به معنی نشانه و علامت است. خود قرآن می گوید: «بل هو آیات بینات» شاید این تعبیر به آیت از آن جا برخاسته که معنی درونی این نشانه ها از راه تاویل به دست می آید، و حدیثهای بسیاری است که به ظاهر و باطن قرآن و این که در هر بطنی بطنهاست اشاره دارد.

بنابراین به نظر می رسد که در قرآن از جمله ناسازگاری در درجه فهم و گسترش مصداقهاست، از باب نمونه: اطعام مسکین که در آیه های بسیار آمده، مرتبه نازل و عرفی آن، نانی است که به

ص: 103

گرسنه ای داده می شود، اما معنی «اطعام» را می توان توسعه داد و از «نص» تجاوز کرد، مثلاً تاسیس نوانخانه، پرورشگاه، خیریه و ازین قبیل، که در یک معنی دقیق از مصداقهای عرفی اطعامند.

«تعدی از نص» بار دیگر در این کتاب در بخش قیاس بررسی خواهد شد.

ص: 104

سنت در لغت به معنی روش، رفتار و کردار است. در جامعه‌شناسی، «رسمهای ریشه دار عمومی که به اقتضای قدمت خود از حرمت اجتماعی برخوردارند «سنت اجتماعی» نام می‌گیرند(1)».

و یا به عبارت دیگر: «رسمی دقیق و معتبر و عمومی که از دیرگاه مانده باشد، «سنت اجتماعی» خوانده می‌شود، چنان که بزرگداشت آب و آتش و بعضی دیگر از مظاهر طبیعت از سنن جامعه‌های کشاورزی است(2)». سنت بطور کلی لذت حرص انگیز به حفظ طرق معتاد است، یعنی مناسک و آداب و رسوم که از نسلهای پیشین به نسلهای بعدی منتقل شده است و مردم در برابر آن حالت تسلیم و اطاعت بخود گرفته‌اند. سنت انواع بسیار دارد از جمله یکی سنت مذهبی است، که مناسک آن از نفوذ معنوی بسیار برخوردار است و از نسلی به نسل دیگر انتقال می‌یابد و یا سنتهای ملی که گاهی به صورت جشنها و اعیاد و بازیها و زمانی در قالب فرهنگ قومی در داستانها و مثلها و ترانه‌ها و وقتی در آیینهای عامیانه جلوه می‌کند و یا سنتهای حرفه‌ای و شغلی مثل سنتهای ورزش باستانی که در «زورخانه‌ها» تشریفات و آداب و رسوم مخصوص به خود دارد؛ این سنتها اثر عمیقی در جامعه‌ها به جای می‌گذارند و مردم بسادگی از آنها دست بردار نیستند.

ص: 105

1- -زمینه جامعه‌شناسی، ص 36.

2- -همان کتاب، ص 157.

سنت جنبه «تقدس» دارد و به جهت ارزش بسیارش مردم به آن همچون ودیعه خداداد، نگاه می‌کنند. سنت جنبه «استدامه» دارد و قرن‌ها در میان ملتها ممکن است ادامه یابد، سنت همواره «نمودار» و «شاخص» دسته و گروهی است که به آن پایبندند و همین به آن گروه «شخصیت» می‌دهد.

سنتها در میان پیروان یک مسلک، هرچند از ملتهای گوناگون باشند، همانندند، مثلا لبنانی همان مناسک را در حج به جای می‌آورد که ایرانی؛ همچنین سنت غالباً جنبه «از خود بیگانگی» به خود می‌گیرد، بدین معنی که گهگاه چنان نیرویی می‌یابد که از حیطه تسلط آدمی بیرون می‌شود و مستقل از اراده انسان بر او فرمانروایی می‌کند، و در این هنگام بیگانگی آدمی با خود آغاز می‌شود (1). آدمی خود را در برابر مناسک و مراسم بیگانه حس می‌کند، برخی این احساس را در روابط انسان امروز با همه آدمیان می‌دانند، می‌گویند آن که سرمایه دار است انسان دیگری را در کارخانه به کار می‌گیرد، همانگونه که یک ماشین را وسیله قرار می‌دهد، کارگر نیز به کارفرما مثل یک «شیء» نگاه می‌کند و او را ابزاری برای هدفهای مادی خویش می‌شناسد و بدینگونه «از خود بیگانگی» شروع می‌شود (2).

در حین انجام مناسک مذهبی، بخصوص اگر از روی خلوص و حضور قلب باشد، این بیگانگی با خویش بیشتر احساس می‌گردد.

غالباً احترام سنت بستگی به اعتبار اشخاصی دارد که واسطه انتقال آن از گذشته به زمان حال هستند، زیرا که: «احترام امامزاده را متولی نگاه می‌دارد» سالخوردگان واسطه انتقال سنتها به دیگرانند، کسی که به جایی تازه می‌رود، سنتهای محیط جدید در او، آن احترام لازم را ندارند، از این رو در عصر ما بر اثر سرعت ارتباطها روز بروز از نیروی معنوی سنتها کاسته می‌شود، اثر سنت در مردم کشورهای باستانی بیشتر است تا کشورهای جوان، در دیه‌ها و شهرکها به سنت بیشتر اعتنا دارند تا شهرهای بزرگ.

امروز چون ملتها کم‌کم به شناخت و تفاهم بیشتری می‌رسند، اگر پای منافع مادی در میان

ص: 106

1-1 - ادبیات چیست؟، ص 31، مقدمه.

2-2 - گریز از آزادی، ص 128.

نباشد، موازین فرهنگی خود را مانند فرهنگهای دیگر نسبی و متغیر می دانند، و این وضع در شهرهای بزرگ بیشتر است به این دلیل که مردم در محیط بزرگ کمتر تحت مراقبت و «کنترل» دیگران قرار می گیرند زیرا گرفتاری در شهرهای بزرگ مجال نظارت به کار دیگران را نمی دهد.

همبستگی میان افرادی محدود بیشتر است تا میان گروهی کثیر؛ و به همان نسبت کنجکاوی و تجسس در میان افراد محیطی کوچک، بیشتر است تا در شهری بزرگ.

عقیده

برخی عقیده را به غلط در برابر سنت قرار می دهند، و می گویند در جامعه نخست «سنت» پدید می آید که بیشتر در کشورهای باستانی است و هنگامی که جامعه پیشرفت کرد و شخصیت افراد رو به رشد نهاد، آن گاه عقیده در آنان ایجاد می شود، زیرا عقیده ملازم با شخصیت است، لکن در واقع عقیده دو جنبه دارد: گاه شخصی و فردی است که موضوع روانشناسی است و زمانی اجتماعی و عمومی، که موضوع جامعه شناسی است.

عقیده عمومی: آن داوری که مورد پذیرش همگان قرار گیرد عقیده عمومی است. عقیده هم جنبه عاطفی دارد و هم جنبه ادراکی، بنابراین از تعصب و جانبداری برکنار نیست، عقیده عمومی اگر بشدت تعمیم یابد و ریشه دار شود به صورت «اجماع» یا «وفاق عمومی» درمی آید. عقیده عمومی را با «شایعه» نباید اشتباه کرد، زیرا شایعه جنبه موقت دارد، در حالی که عقیده عمومی مستمر و پایدار است.

ویژگیهای عقیده عمومی:

1- عقیده عمومی یکباره پدید نمی آید، بلکه بکندی پذیرفته می شود لکن همین که استقرار پیدا کرد و جزء اعتقاد مردم شد از آن بسختی دست برمی دارند. مانند عقیده ایرانیان نسبت به انگلیسیها که بدبینانه و توأم با احساس خطر و استعمارگرانه از جانب آنان بوده و به طوری که ریشه هر اغتشاشی را در دستگاه جاسوسی آنان جستجو می کرده اند.

2- عقیده عمومی مستلزم فشار بر هیأت حاکمه است، و دولت ناگزیر است که نسبت به آن بی اعتنا نماند و گرنه با شکست روبرو خواهد شد.

3- عقیده عمومی جنبه شخصی افراد را تحت الشعاع قرار می دهد و چون کسی آن را پذیرا شود،

رفته رفته جایگزین اعتقاد شخصی و فردی وی می شود.

4- عقیده عمومی ایجاد نهادهای اجتماعی می کند، نهاد اجتماعی تاسیسی است پایدار که کارکرد اجتماعی آن برای جامعه بسیار با ارزش است.

پس با ویژگیهایی که از عقیده و سنت برشمردیم نباید عقیده را در برابر سنت قرار داد، این دو یک پدیده اجتماعیند و دارای یک مرکز؛ لکن سنت متراکمتر است در حالی که عقیده چنین نیست. مثلاً در اشغال آذربایجان بعد از شهریور 1320 وسیله حکومت «پیشه وری» غالباً مردمی که خود مرام اشتراکی داشتند به مقابله با حکومت پیشه وری برخاستند چرا که مرامی که بدان باور یافته بودند رویاروی سنتهای ملی، قومی و فرهنگی آنها قرار گرفته بود(1).

نقش سنت گرایی و نوگرایی

از نظر حقوقی، که بیشتر مورد نظر است، باتوجه به ارزش و نیروی معنوی و ریشه دار سنت در میان ملتها، قانونگذاران، بهنگام وضع قانون و دادگاهها بهنگام دادرسی نباید به آن بی اعتنا بمانند.

در اکثر کشورها سنت حقوقی می تواند تا آن زمان که مدتی دراز از محو و لغو حق عینی گذشته است برقرار بماند، یک مثال ساده روشنگر خواهد بود: مستاجر یک ساختمان برای نصب تلفن و گاز و برق در مورد اجاره به اجازه مالک احتیاج دارد، لکن مالک (عرفاً) حق ندارد از دادن این اجازه خودداری کند، کسب اجازه یک سنت حقوقی و این که مالک نمی تواند اجازه ندهد امحای حق عینی است(2).

سنت حقوقی می تواند تا آن جا برقرار بماند که، به گواهی تاریخ، بسیاری اقدامهای مخالف با آن، با شکست مواجه شده اند به همین دلیل اصلاحاتی که از بالا رهبری می شود و زمینه مردمی ندارد پیش نمی رود، خواست مردم نقش اساسی دارد و از آن نباید غافل بود، لکن این خواستها نیاز به محرکهایی دارد تا آنها را همسو و رسیدن به هدف را تسریع کند.

ص: 108

1- - ویژگیهای عقیده عمومی، از یادداشتهای شخصی مؤلف از کلاس درس دکتر عبدالحسین علی آبادی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، جامعه شناسی جنایی، 1337 شمسی.

2- - سوسیالیسم، ص 74.

سنت مانند هر پدیده اجتماعی هم جنبه مثبت دارد و هم منفی، از جنبه مثبت: چون آدمی نمی تواند همه ارتباطهای خود را با گذشته قطع و مشکلها را تنها با تجربه و ابتکار شخصی حل کند ازین رو باید از نتیجه تجربیات پیشینیان که حاصل عمر آنان و میراثی ارزنده است و به صورت سنتها باقی مانده بهره برداری کند وگرنه به گفته سعدی:

مرد خردمند جهان دیده را

عمر دو بایست در این روزگار

تا به یکی تجربه آموختن

با دگری تجربه بردن به کار

در سنتها عقل قرون نهفته است، اگر هر نسل به میراث گذشته بی اعتنا بماند، آن جامعه در همان پله نخست درجا خواهد زد، سنتها در وجدان «ناخودآگاه» آدمی به گونه الهامی اجتماعی وجود دارند، و از آن بسادگی نمی توان گذشت، اما با این همه افراط در حفظ سنتها موجب عقب ماندگی است، نسبت به هر نغمه ناآشنا و مخالف، بحکم ناشناخته بودن، نباید بدگمان شد.

اغلب مردم چنان با محیط سازگار می شوند که هیچ گونه تحولی را نمی پذیرند، درحالی که افراد دارای هدف، حاضر به تسلیم به وضع موجود نیستند، در این راه گروهی به دنبال ساخته های وهم و خیال خود می روند و بسیار اندکند آنان که دیدی واقع بینانه دارند.

به هر تقدیر، نتیجه و برآیند فعالیت سنت گرایان و نوگرایان مسیر جامعه را تعیین می کند، اما این نکته را نباید از نظر دور داشت که شرط رشد شخصیت آن است که انتخاب راه با خود انسان باشد. قدرت خلق و ابتکار نوگرایان زندگی را از صورت مرداب راکد خارج می کند و تاریخ را تغییر می دهد و به سوی کمال مطلوب به پیش می برد، هرچند زندگی بشر هنوز تا کمال مطلوب فرسنگها راه دارد.

سنت در فقه اسلامی

واژه سنت بمعنی روش یا طریقه پسندیده است و در اصطلاح فقه امامیه عبارت است از: «گفتار یا کردار یا تقریر پیامبر (ص) یا یکی از امامان (ع)». لکن در مذهب اهل تسنن: گفتار و کردار اصحاب و تابعان نیز جزء سنت است.

در علم «درایه» به نقل و حکایت یکی از سه امر یاد شده نام «حدیث» و خبر داده اند: پس

سنت به سه دسته است: 1- قولی (گفتار معصوم) 2- فعلی (کردار معصوم) 3- تقریری (فعل یا ترک فعلی که در حضور معصوم انجام شده، و یا معصوم بر آن آگاهی یافته و از آن منع نکرده باشد و به اصطلاح آن را تقریر کند). برخی حدیث را به هر سخنی می گویند که از پیامبر «ص» نقل شود و سنت را تنها منحصر در کردار او می دانند.

مستفاد از تاریخ اسلام اینست که در زمان پیامبر برای عقود متعارف مثل عقد بیع یا اجاره و رهن و غیره صیغه و شکل خاصی از الفاظ به کار نمی رفت، و این رویه از ناحیه پیامبر نهی نشد با این که در میان مردم شیوع داشت لذا این را دلیل بر آن می دانند که عقود در فقه اسلامی «رضایی» است نه «صوری و تشریفاتی(1)».

در علم «درایه» درباره زنجیره سند حدیث و چگونگی آن بررسی می شود و در علم «اصول فقه» از دو امر سخن به میان می آید.

1- آیا خبری که در فن درایه نوع و گروه آن مشخص و شناسایی شده حجت است باید به مفاد آن عمل شود یا خیر؟ 2- آیا ظاهر الفاظ حدیث حجت است یا خیر؟ که در مورد اخیر درباره ظاهر آیه های قرآن هم بررسی می شود که در بخش محکم و متشابه در قرآن بدان اشاره کرده ایم.

علت وجودی سنت

نص قرآن در مسائل حقوقی بسیار کم است بنابراین از همان آغاز مشکلاتها و پرسشهایی تازه پیش می آمد که با مراجعه به قرآن قابل حل نبود، نزد اصحاب و امامان و یا پیامبر «ص» می رفتند و آنان درباره آنها دستورهایی می دادند که «مجموعه» ای بسیار گسترده و متنوع به نام سنت یا حدیث یا اخبار از آن فراهم آمد.

مجموعه های اهل سنت و جماعت:

در میان اهل تسنن شش کتاب یا مجموعه که فراهم آورده ایرانیان است از منابع عمده شمرده می شود و آنها را «صحاح سته» گویند:

ص: 110

1- صحیح بخاری تالیف محمد بن اسماعیل بخاری (متوفای 256 ه) شامل 9082 حدیث.

2- صحیح مسلم تالیف مسلم بن حجاج نیشابوری (متوفای 261 ه) شامل 7275 حدیث.

3- سنن ابوداود سجستانی (متوفای 275 ه) شامل 4800 حدیث.

4- سنن ابن ماجه قزوینی (متوفای 273 ه) شامل 4341 حدیث.

5- سنن نسائی احمد بن شعیب نسائی (متوفای 303 ه).

6- جامع ترمذی یا صحیح ترمذی محمد بن عیسی ترمذی (متوفای 279 ه)

مجموعه های امامیه

چهار کتاب که بیشتر حدیثهایی از امام پنجم و ششم و امام هشتم است و همه فراهم آورده ایرانیان است مجموعه امامیه را تشکیل می دهد که به آن «کتب اربعه» گویند.

1- کافی، تالیف: محمد بن یعقوب کلینی رازی است که بیست سال در تالیف آن کار کرده است. او در 329 در بغداد وفات یافت، این اثر شامل 16199 حدیث است.

2- من لا یحضره الفقیه، تالیف: محمد بن علی بن الحسین بن بابویه معروف به شیخ صدوق، نزدیک به سیصد تالیف از وی نقل شده در 381 در ری وفات یافته و در شهر ری جایی که به ابن بابویه معروف است، دفن شد، شامل 9044 حدیث.

3 و 4- «تهذیب» و «استبصار» تالیف: محمد بن حسن طوسی معروف به شیخ طوسی (شیخ الطایفه) که در 385 متولد شد و در 408 به عراق رفت پنج سال شاگرد شیخ مفید و 23 سال شاگرد سیدمرتضی بود و 12 سال در بغداد تدریس کرد سپس به نجف آمد و 12 سال دیگر تدریس کرد و در 460 ه وفات یافت، دو کتاب فوق از جمله تالیفهای اوست. تهذیب شامل 13590 حدیث و استبصار 5511 حدیث.

مؤلفان کتب اربعه را محمد بن ثلاثه متقدم نامند که عبارتند از: محمد بن یعقوب کلینی و محمد بن علی بن بابویه قمی و محمد بن حسن طوسی، در مقابل سه کتاب معتبر دیگر نیز هست که آنها را ثلاثه متاخره از محمد بن ثلاثه متاخر گویند که عبارتند از: محمد بن حسن شیخ حر عاملی صاحب وسائل الشیعه، و ملا محمد حسن فیض کاشانی صاحب الوافی و محمد باقر مجلسی صاحب بحار الانوار.

1- حنفیان: پیروان ابوحنیفه نعمان بن ثابت تمیمی اند. او از نژاد ایرانی است وی به سال 80 متولد شد و سال 150 وفات یافت، وی مکتبی در فقه پدید آورد، کتاب «الفقه الاکبر» و المسند معروف به مسند امام اعظم را از اخلاف او برشته تحریر درآورد که روایات مورد استشهاد ابوحنیفه است.

2- مالکیان: پیروان مالک بن انس اصبحی اند که سال 93 در مدینه متولد شد و به سال 179 وفات یافت و در بقیع دفن شد، وی مانند ابوحنیفه معاصر امام صادق بود. و از محبان خاندان مولا علی علیه السلام است.

3- شافعیان: پیروان محمدبن ادریس بن عثمان بن شافع هستند که از قریش است در روز وفات ابوحنیفه متولد شد و در سال 204 وفات یافت و قبرش در قاهره است.

4- حنبلیان: پیروان احمدبن حنبل هستند. وی در سال 164 متولد شد و در سال 241 وفات یافت و در بغداد به خاک سپرده شد.

ارزیابی سنت

حدیث از همان آغاز ارزش بسیار پیدا کرد و مسلمانان علاقه فراوانی به بازگویی و نگهداری و شنیدن آن نشان دادند و حتی برای شنیدن یک حدیث و ضبط آن به سفرهای دراز دست می یازیدند، این توجه موجب شد که گروهی از مردم ضعیف الایمان، بدون آگاهی از عواقب خطرناک کار خود بنا به سلیقه و ذوق شخصی دست به جعل حدیث زدند(1)، و برای استوار کردن عقاید خود از این راه استفاده می کردند و گروههایی نیز به منظور لطمه زدن به اسلام به این کار دست می زدند، زیرا حدیث ارزش وحی الهی را داشت که: «ماینطق عن الهوی ان هو الاّ- وحی یوحی»(2) «سخنی از هوای نفس نمی گوید، هرچه می گوید وحی است که از پروردگار به او الهام شده است».

کار جعل حدیث در میان اهل تسنن شیوع بیشتری داشت تا جایی که بیشتر حدیث شناسان و دانشمندان علم رجال و تاریخ بر جعلی بودن بیش از پنجاه هزار از حدیثهای آنان تصریح کرده اند.

ص: 112

1- - درایه الحدیث، ص 94 به بعد.

2- - نجم: 3.

این حدیثها که به صورت انبوهی از کتابها درآمده بود؛ برای گروهی از دانشمندان ایجاد مشکل کرد. جمعی با افزار نقد و سنجشی که ابتکار کردند به بازشناسی حدیث پرداختند از جمله این که ظاهر لفظ که به کلمات معصوم و یا پیامبر شبیه است یا خیر؟ زنجیره روایانی که حدیث را بازگو کرده اند تا به «معصوم» رسیده و شرح حال یکایک آنان و بررسی و تعیین درجه تقوی و عدالت آنان! تا از این راه حدیث درست را از نادرست بازشناسند و تصفیه کنند و از این جا دانشهای رجال و درایه پدید آمد. ازین رو نیز برخی آشنایی با تاریخ را برای ارزیابی حدیث لازم می شمارند، از روایان حدیث مسلم نقل کرده که ابوسفیان هنگامی که اسلام آورد سه خواهش از پیامبر کرد: اول، ازدواج آن حضرت با دخترش ام حبیبه. دوم قرار دادن پسرش معاویه را جزو نویسندگان خود. سوم، دادن سرکردگی لشکری را به خودش. و حضرت با سه تقاضای وی موافقت فرمود. در صورتی که پیامبر ام حبیبه را هنگامی که در حبشه بود تزویج فرمود و ابوسفیان در عام الفتح اسلام آورد و بین این دو واقعه چندین سال فاصله است. دیگر این که در تواریخ در مورد سرکردگی ابوسفیان در غزوه ای مطلبی دیده نمی شود و از این جا می توان به جعل حدیث مذکور پی برد (1). و حدیث از پیامبر است که: «مأموران شرطه سگهای دوزخند». بی گمان این حدیث جعلی است زیرا در زمان پیامبر هنوز این سازمان به وجود نیامده بوده است.

در این جا لازم است حدیثی را که در کافی آمده است به طور خلاصه بیاوریم: شخصی به حضرت علی «ع» عرض کرد که: حدیثهایی از مردم در تفسیر قرآن می شنوم که شما آن را باطل و یا دروغ می دانید؟ حضرت فرمود: آنچه در دست مردم است در آن راست و دروغ، حق و باطل، ناسخ و منسوخ، عموم و خصوص، محکم و متشابه است، تا آن جا که پیامبر در خطبه ای فرمود:

هرکس بر من از روی عمد دروغ بندد، جایگاهش در آتش است، و حال بدانید که حدیث بر چهارگونه است:

1- حدیثهایی که منافقان آن را بازگو می کنند، آنان هیچ گونه پروایی از این که به رسول خدا دروغ ببندند ندارند، درحالی که مردم بلحاظ مصاحبت آنان با رسول خدا سخنان را می پذیرند.

2- حدیثهایی که مردمی بازگو می کنند که آنان سخن پیامبر را بدرستی حفظ نکرده اند و از روی وهم و خیال و البته بدون عمد می پندارند که آنچه می گویند همان کلام پیامبر است، درحالی که خیالبافی خودشان بوده است.

ص: 113

3- حدیثهای دیگر از ما می گویند که از پیامبر شنیده اند و بدرستی هم بازگو می کنند، لکن از ناسخ آن خبر ندارند، پیامبر سخنی گفته است لکن بعد از آن نهی کرده یا مخالف آن فرموده لکن راوی گفتار بعدی را نشنیده است.

4- حدیثهایی است که هم بدرستی حفظ شده و هم راوی ناسخ و منسوخ آن را می شناسد، پس به ناسخ عمل می کند و منسوخ را رها می سازد، همانا سخن پیامبر مانند قرآن، ناسخ و منسوخ، عام و خاص، محکم و متشابه، مطلق و مقید و ... دارد که با تفقه در آن باید آنها را از هم باز شناسند(1).

همچنین باید میان حدیثهایی که جنبه حکم و فتوا در موضوع و واقعه خاصی دارد با آنها که در مقام تشریح کلی و عمومی آمده، فرق گذاشت و در این کار وضعیت زمانی و مکانی و سابقه و شأن نزول حدیث باید بررسی شود.

و همچنین از حضرت صادق آمده است که: «کلمه و افق کتاب الله فخذوه و ما خالفه فذروه» یعنی هرچه را هماهنگ با قرآن است بگیرید و هرچه را ناسازگار است رها کنید.

انواع سنت

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

1- متواتر: «هرگاه کسانی، که به حسب عادت سازش آنها با هم ممکن نباشد، از امری محسوس خبر دهند، به طوری که خبر ایشان بخودی خود یقین آور باشد و در شنوندگان باور پدید آورد، آن خبر را متواتر می خوانند(2)». پس تعداد افراد محصور در عدد معین نیست، همین اندازه که از روی عرف و عادت نتوان به آنها اتهام دروغگویی زد، آن حدیث حجت است، و این یا از راه شنیدن و یا از راه مشاهده به دست می آید نه استنباط عقلی و نظری، البته خبر متواتر بسیار نادر است.

برخی، قطع آور بودن خبر متواتر را مورد تردید قرار داده اند زیرا که: «الخبر یحتمل الصدق والكذب» و چون احتمال راست و دروغ در آن می رود، پس مفید یقین نیست، که: «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال». این نظر نادرست است، زیرا آگاهیهای روزانه ما براساس همین

ص: 114

1- - کافی، ج 1، ص 80؛ خطبه 209 نهج البلاغه.

2- - تقریرات اصول، ص 110؛ معتقدالامامیه. ص 158.

خبرهاست و برای هیچ کس میسر نیست که همه رویدادها را خود شاهد و ناظر باشد و به گفته های دیگران اعتنا نکند، ما در روزنامه ها و از رادیو و یا در افواه به طور متواتر خبرهایی می شنویم، در ما یقین پدید می آورد.

خبر متواتر خود بر دو گونه است: متواتر لفظی و متواتر معنوی.

متواتر لفظی آنست که تواتر لفظ در نقل حدیث باشد بگونه ای که همه راویان آن را به یک لفظ و عبارت بازگو کنند بدون کوچکترین اختلافی با هم.

متواتر معنوی آنست که متن و مفهوم حدیث در لفظها و عبارتهای گوناگون آمده لکن معنی همه آنها با هم یکسان باشد.

شرایط اعتبار خبر متواتر:

باید تعداد خبردهندگان آن قدر باشد که دروغشان غیر ممکن به نظر برسد نیز باید همه طبقه های زنجیره راویان که واسطه حدیث بوده اند چه در طبقه اول و چه دوم و چه بالاتر تعدادشان به حد نصاب برسد والا متواتر نخواهد بود.

2- خبر غیر متواتر: گفته شد اگر خبر به حد تواتر نرسد، غیر متواتر است، حال اگر عده راویان دو و یا سه نفر باشد آن را خبر واحد یا آحاد و اگر بیش از سه نفر باشد آن را خبر مستفیض یا مشهور گویند، هرگاه با خبر غیر متواتر، قراین و اماراتی همراه باشد که با ملاحظه آنها درستی آن خبر مسلم شود، همه فقیهان آن را حجت می دانند، لکن اگر همراه با قرینه نباشد در آن اختلاف است، عده ای آن را معتبر نمی دانند و می گویند چنین خبری احتمال و گمان پدید می آورد و عمل به ظن و احتمال نکوهش شده از جمله: «لاتقف ما لیس لک به علم»⁽¹⁾ یعنی از آنچه به آن علم نداری پیروی مکن و یا: «ان یتبعون الا الظن و ان هم الا یخرون»⁽²⁾ یعنی آنان جز از پندار و گمان پیروی نمی کنند و آنان نیستند مگر کسانی که دروغ می سازند. و یا: «ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً»⁽³⁾ یعنی همانا پندار، هیچ به جای حق به کار نیاید و چیزی را از حق بی نیاز نمی کند و جای حق را نمی گیرد.

حتی یکی از فقیهان پیشین در مورد بی اعتباری خبر غیر متواتر ادعای «اجماع» کرده است اما فقیهان متاخر چنین خبری را معتبر دانسته و می گویند آیه های مربوط به نکوهش پیروی از ظن

ص: 115

1- - بنی اسرائیل: 38.

2- - انعام: 116.

3- - یونس: 37.

و گمان مربوط به امور اعتقادی است نه مسائل فرعی و عملی، وانگهی در قرآن آمده است که:

«ای مؤمنان اگر دروغ زنی (فاسقی) به شما خبری داد، نیک برسید تا مبادا به گروهی به نادانی زبانی برسائید(1)» پس اگر راوی شخص فاسقی باشد پذیرش آن مشروط به تحقیق و بررسی است، مفهوم مخالف این سخن آنست که هر گاه خبر بوسیله شخص عادل و بازرگو شود پذیرش آن به جستجو نیاز ندارد. و آیه 123 سوره 9: «چرا از هر گروه طایفه ای بیرون نروند تا در دین خویش دانش آموزند و خویشان خود را بیم و امید دهند، هنگامی که نزد آنان بر می گردند تا شاید آنان هم از ناپسند پرهیزند؟» پس آنان که دانش دین را فرا می گیرند، عمل بر طبق گفتار آنان بر قوم واجب است.

و این آیه نیز بر اعتبار خبر واحد دلالت دارد، از سوی دیگر عمل به خبر واحد از آغاز تا کنون معمول بوده است و خود پیامبر کسانی را به اطراف می فرستادند تا حدیثها را به مردم بگویند و مردم هم از همان یک نفر می پذیرفتند و به آن عمل می کردند.

مرسل و مسند

هر گاه راوی حدیثی را بازگو کند که زنجیره واسطه ها پیوسته باشد، آن حدیث را «مسند» و اگر نباشد، چه بعمد و چه به سهو نگفته باشد، آن را «مرسل» نامند.

انواع خبر واحد

خبر واحد بر چهار دسته است: صحیح، حسن، موثق، ضعیف صحیح آنست که راویان آن همه دوازده امامی و عادل و جامع شرایط بازگویی حدیث باشند و سند آن پیوسته به امام باشد. خبر حسن آنست که راویان همه دوازده امامی و ممدوح باشند لکن در عدالت همه یا برخی از آنان شک باشد این گونه حدیث را در صورتی که قرینه ای آن را تایید کند می پذیرند و به آن عمل می کنند.

خبر موثق آنست که سلسله و زنجیره سند پیوسته به امام باشد و در میان آنان یک یا چند نفر غیر دوازده امامی باشند. لکن کلیه راویان متصف به صفت و ثاقت باشند، خبر ضعیف آنست که در زنجیره سند اشخاص ناشناس و یا اشخاصی که مورد ایرادند باشند؛ بطور کلی آنچه واجد

ص: 116

شرایط صحیح و حسن و موثق نباشد در شمار ضعیف است.

تقسیمی دیگر از سنت

در قرآن درباره اعتبار و اهمیت سنت آیه‌هایی آمده از جمله آیه 21 سوره احزاب: «برای شما در رفتار و گفتار پیامبر سر مشقی پسندیده است». برای روشن شدن حدود پیروی از سنت لازم است یادآور شویم که سنت از دیدگاهی دیگر نیز بر دو گونه است:

1 - سنتی که ثابت و لایتغیر است و مفاد آن مخصوص به زمان و مکان ویژه‌ای نیست. مانند سنتهای مربوط به نماز و روزه.

2 - سنتی که پیرو مقتضیات زمان و مکان است و تحت تاثیر عامل و عرف و عادت در می‌آید مانند آداب و رسوم لباس پوشیدن و نحوه آرایش سر و صورت که امروز به آن «مد» می‌گویند.

غزالی می‌گوید: «خضاب به سرخی و زردی است، و این اگر غازیان کنند تا کافران بر ایشان دلیر نشوند و به چشم ضعیفی و پیری بدیشان ننگرند، این سنت بود. و بدین غرض، بعضی از علما نیز به سیاهی خضاب کرده‌اند، اما اگر این غرض نباشد هم تلبیس بود و روا نباشد(1)» ملاحظه می‌شود که خضاب و رنگ موی ریش برای تضعیف روحیه دشمن بوده و چون موضوع از میان برود، حکم نیز رفتنی است.

تخصیص قرآن به حدیث

قرآن متنی عام است، فقیهان حدیث را مخصص قرآن قرار داده‌اند از جمله:

1 - ارث نبردن زوجه از عرصه، مدلول حدیث است که مخصص آیه‌های راجع به ارث زوجه در فقه امامیه است.

2 - طبقات ارث در فقه امامیه مطابق قرآن است، اما در فقه اهل تسنن یک حدیث را مخصص قرآن دانسته‌اند(2).

توضیح بیشتر این دو نمونه، فنی و دراز است و از حوصله کتاب ما بیرون، بنابراین گفتار دراز مختصر باید کرد.

ص: 117

1- -1 - کیمیای سعادت، ص 157.

2- -2 - مکتبهای حقوقی در اسلام، ص 230.

الف: اصل شورا یا اجماع در حوزه حقوق عمومی

اصل شورا یکی از مبانی مسلم اصول اسلامی است، قرآن در چند آیه از آن بصراحت یاد کرده است.

1 - شورا، آیه 38: «کارهای ایشان با مشورت یکدیگر است».

2 - آل عمران، آیه 159: «در کاری که پیش آید با آنان مشورت کن و هرگاه عزم کردی کار را به خدا واگذار».

3 - نمل، آیه 32: «بلقیس گفت: ای بزرگان قوم، مرا در این کار پاسخ درست دهید، من هیچ گاه در کاری تصمیم قاطع نمی گیرم، مگر آن که شما پیش من بدرستی آن گواهی دهید». که دلالت دارد بر این که حکومت بلقیس بر اساس مشورت بوده است.

4 - طه، آیه 65: «پس در کار و تصمیم خود اختلاف کردند و مطلب خویش را برای مشورت پنهان کردند» یعنی مجلس سری تشکیل دادند.

5 - بقره، آیه 233: از شیر گرفتن نوزاد را به مشاوره خانواده می گذارد که مسأله کوچکی بنظر می رسد، تا بطریق اولی شورا در مسائل عظیم اجتماعی جای خود را داشته باشد.

علاوه بر این، نامگذاری یک سوره در قرآن به نام «شورا» اهمیت قضیه را صد چندان می کند. در خبرها و روایتها نیز توصیه های ارزنده و آموزنده ای به چشم می خورد: از پیامبر نقل شده که: «من شاور الرجال شارکهم فی عقولهم» به گفته مولوی:

شورا در حکومت و امور همگانی در تاریخ نیز شواهد بسیار دارد، پیامبر روز پیش از آغاز جنگ «احد» جلسه مشاوره نظامی تشکیل داد، دو نظر ابراز شد، اکثریت بر آن بودند که از مدینه برای رویارویی با دشمن بیرون شوند، اقلیت بر آن بودند که شهر را سنگر قرار دهند و منتظر حمله دشمن بمانند.

نظر شخص پیامبر «ص» این بود که در مدینه بمانند زیرا در آن صورت مردم، هم برای عقیده خواهند جنگید و هم برای حفظ ناموس و خانواده و شهر و ثروت خویش و هم اگر جنگ شدت یابد، زنان و کودکان نیز از میان خانه ها و فراز بامها به جنگ خواهند برخاست، لکن چاره نبود، رأی گرفته بودند و پیامبر در اقلیت بود، بنابراین به حکم اکثریت تن داد، هر چند نتیجه جنگ نظر پیامبر را تایید کرد زیرا مسلمانان شکست خوردند و بازگشتند، لکن پیامبر به احترام رأی اکثریت هرگز آنان را سرزنش نفرمود، بلکه باز هم امر به مشورت کرد و چنین است شورای جنگی غزوه بدر و خندق.

در تاریخ به این جمله پیامبر بسیار برخورد می کنیم که: «اشیروا علی اصحابی(1)» یعنی با اصحابم مشورت کنید، و این بیانگر آنست که شورا از ضروریات است.

حضرت علی(ع) در جنگ «صفین» خطبه ای در میان مردم که شمار آنان تا پنجاه هزار نفر گزارش شده، ایراد کرد و در پایان گفت: «فلا تکفوا عن مقاله بحق او مشوره بعدل» از سخن حق یا مشورت به عدل هیچ گاه خودداری نکنید! علی(ع) با اخذ آرای عمومی یا به اصطلاح آن زمان «بیعت عام» روی کار آمد و اقلیتی را که باو رأی ندادند، آزاد گذاشت(2)، مخالفت علی با ماجرای «سقیفه بنی ساعده» علاوه بر این که خلافت را طبق وصیت پیامبر در غدیر و جاهای دیگر حق خود می دانست(3)، باین دلیل هم بود که او با شکل انتخابات در سقیفه که به صورت «بیعت عام» نبود، نیز مخالف بود و آن را با اسلام ناسازگار می دید، و الا آن حضرت با اصل شورا در امور عمومی موافق بود و شرکت در انتخابات بعدی که به زمامداری وی منتهی شد، دلیل صحه گذاشتن آن حضرت به این اصل است.

1-1 - تنبیه الامه تنزیه المله، ص 54.

2-2 - همان.

3-3 - احادیث نبوی دیگر: حدیث منزلت، سقیفه، ثقلین، و غدیر.

از سوی دیگر دلیل این ادعا بیعت حضرت با ابوبکر بود، هر چند پس از شش ماه آنهم با اکراه، ولی به هر صورت به اصطلاح امروز در انتخابات خلیفه شرکت فرمود(1).

بعلاوه حضرت با این که بارها در خطبه های نهج البلاغه بصراحت یا بکنایت، به حق خود در زمامداری بر اساس وصیت پیامبر و منصوب شدن از جانب او اشاره می کند، مع ذلک در زمان زمامداری خود در نامه ای که به معاویه می نویسد، به مسأله «اجماع» و «بیعت عمومی» نیز اشاره می فرماید در بخشی از نامه آمده است که:

«آنان که با ابوبکر و عمر و عثمان بیعت کردند با من نیز بیعت کردند، و به سویم روی آوردند، بنابراین سزاوار نیست آنان که حضور داشتند حرف خود را زیر پا بگذارند و آنان که نبودند آن را نپذیرند، و مشورت درباره خلافت، حق مهاجران و انصار است که هر گاه اتفاق و اجماع کنند بر این که کسی را به پیشوایی برگزینند همانا خشنودی خدا نیز در آن خواهد بود، اما اگر شخصی از تصمیم آنان سرپیچی کند و بنای عیبجویی و تهمت بگذارد، وادارش می سازند که دوباره به راهی که از آن خارج شده است برگردد، پس اگر گستاخی ورزد و رام نشود، با او به پیکار می پردازند زیرا براه راستی که مؤمنان می روند نمی رود... (2)» برخی عقیده دارند، که علی (ع) نامه را به این دلیل به معاویه نوشت تا استدلال بنحوی کند که مورد قبول عقاید طرف باشد نه آن که در واقع عقیده شخصی حضرت این بوده که در نامه آمده است! بعدها در تاریخ می بینیم که «زید بن علی بن الحسین (ع)» قبل از قیام، چهل هزار نفر با او بیعت کردند و او را به خلافت برگزیدند، تا دست به کار قیام زد، یا در واقعه غم انگیز کربلا نیز ابتدا با ارسال نامه ها برای امام حسین (ع) و سپس با فرستاده اش مسلم بن عقیل، در آغاز ورود به کوفه بیعت کردند تا حضرت دست به قیام زد و زیارت خانه خدا را رها کرد و عازم حرکت به کوفه شد، هر چند امامت آن حضرت نه بر پایه این نامه ها بلکه امری الهی است.

پیامبر «ص» علی (ع) را در واپسین حج در غدیر خم به جانشینی تعیین فرمود و مستند جانشینی علی حدیث معتبر غدیر و احادیث دیگر است و به اصطلاح «امرالله» بود نه «رأی الناس» در قرآن در همین باره آمده است که: «ای پیامبر این فرمان را که از سوی خدایت آمده، به مردم

ص: 120

1- اصل الشیعه، ص 141 به بعد.

2- نهج البلاغه، بخش نامه ها، نامه شماره 6.

برسان که اگر نرسانی در واقع رسالت خویش را به انجام نرسانده ای (1)».

پس از انجام مراسم غدیر در آیه 3 سوره مائده آمده است: «امروز برای شما دین را کامل و نعمت خویش بر شما تمام کردم» که اهمیت و عظمت موضوع را می‌رساند که بجز زمامداری به امر دیگری نمی‌توان آن را تاویل کرد زیرا نحوه انشای آیه و شأن نزول همگی دلالت بر جانشینی الهی آن حضرت دارد و موارد بسیار که حضرت مولا در نهج البلاغه آن چنان سخن می‌گوید که جز به مسأله حق مسلم خلافت و امامت به مطلب دیگری نمی‌توان آن را توجیه کرد (2).

ب: اجماع در حوزه حقوق خصوصی

1 - نظر اهل سنت

واژه اجماع به معنی توافق و اتحاد است پس هر گاه فقیهان در مسأله خاصی وحدت کلمه داشتند آن را اجماع گویند. فقیهان عامه، اجماع اهل حل و عقد یعنی فقیهان را بر امری از امور دینی معتبر می‌دانند. فخر رازی می‌گوید: «اجماع عبارت است از این که اهل حل و عقد از امت اسلام بر امری از امور اتفاق کنند (3)» و ابو حامد غزالی گفته است: «اجماع عبارت است از این که این امت بر امری از امور دینی اتفاق کنند (4)».

امام غزالی گوید:

«اما آنچه مبني باشد بر اجماع، درکش از دشوارترین چیزهاست چون شرط آن این است که اهل حلّ و عقد در زمینه یی واحد گرد آیند و بر امری واحد با لفظ صریح اتفاق حاصل کنند و این اتفاق به عقیده بعضی فقط یک بار و در نزد بعضی دیگر تا پایان عصر مستمر باشد، یا آن که امام با اهل حلّ و عقد که در تمام اقطار زمین پراکنده اند مکاتبه کند و در زمانی واحد فتواهاشان را دریافت دارد چنانکه اقوال آنها به طور صریح اتفاق داشته باشد و حتی رجوع از آن و خلاف در آن امتناع داشته باشد. تازه اینجا باز نظر هست که آیا هر کس از آن پس به مخالفت با آن برخیزد کافر می‌شود یا نه؟ چون بعضی مردم می‌گویند وقتی در یک زمان (برای اهل حل و عقد)

ص: 121

1- - مائده: 55 .

2- - نهج البلاغه، بخش خطبه ها، خطبه شششقیه .

3- - تقریرات اصول، ص 114 . و نیز دکتر زرین کوب - با کاروان اندیشه ص 186 و 187 به نقل از فیصل التفرقه طبع مصطفی القبانى 12/56 .

4- - همان .

جایز هست که اختلاف داشته باشند توافق آنها را می توان بر اتفاق حمل کرد و البته برای هیچ یک از آنها ممتنع نیست که بعد از اتفاق ، از آن باز گردد و این نیز مسأله بی است غامض» . و ابن خلدون در تعریف اجماع گفته است: «اجماع عبارت از اتفاق و هم رأیی بر امری دینی از روی اجتهاد است(1)». سیف الدین آمدی گفته است: «اجماع عبارت است از اتفاق حقوقدانان اسلام در هر عصر بر واقعه ای از وقایع حقوقی یا غیر حقوقی(2)».

سنیان اجماع را یکی از منابع حقوق می شناسند و پژوهندگان از عامه و خاصه به اعتبار آن اقرار و اعتراف کرده اند، لکن راه هر یک با دیگری متفاوت است. سنیان به اعتبار اجماع بخودی خود عقیده دارند، در حالی که شیعیان اعتبار آن را به دلیل کاشف بودن از «رأی معصوم» می شناسند و بخودی خود برایش ارزشی نمی گذارند.

2 - نظر امامیه

اشاره

امامیه از اجماع تعریفهای گوناگون کرده اند ، «اجماع عبارت است از اتفاق گروهی از امت بگونه ای که کاشف از رأی معصوم باشد و یا گفتار معصوم را در بر داشته باشد(3)».

برخی نیز گفته اند: «اجماع عبارت است از اتفاق قاطبه فقیهان امامیه در مسأله ای از مسائل دینی(4)». بنابر تعریف اخیر: اولاً اتفاق باید کامل باشد یعنی نظر همه فقیهان بر یک مسأله فقهی. ثانیاً باید اتفاق از سوی فقیهان امامیه باشد پس اتفاق دیگر فرقه ها معتبر نخواهد بود. ثالثاً اتفاق رأی در امری برای قرنهای بعد نیز معتبر است! رابعاً مسأله باید دینی و فقهی باشد بنابراین اتفاق در یک مسأله ادبی یا فلسفی مشمول آن نیست.

معصوم کیست ؟

گفته شد، امامیه اجماع را به اعتبار کاشف بودن آن از رأی معصوم معتبر می دانند، پس بهتر است، معصوم را بشناسیم. شیعه به اصل عصمت پیامبران و امامان عقیده دارد، آنان را معصوم از هر گناه و خطا و نفوذ ناپذیر در برابر وسوسه های شیطانی و خواهشهای نفس می شناسد.

اما می گوید به پیامبر وحی می شود در حالی که امام احکام را از راه الهام و با تایید خدا دریافت می کند.

و چه بسا احکامی که در زمان پیامبر سخنی از آن به میان نیامده و امام بیان فرموده است، امام

ص: 122

1-1 - مقدمه ابن خلدون ، ج 2 ، ص 908.

2-2 - مکتبهای حقوقی در اسلام، ص 97.

3- - تقريرات اصول، ص 114.

4- - معالم الاصول، ص 164.

باید به همه احکام اجتماعی و حقایق مربوط به مبدأ و معاد عالم باشد و شیعه دلیل عصمت را از جمله آیه 122 بقره می داند: «خدا به ابراهیم خطاب کرد و گفت: من ترا پیشوای مردم قرار دادم، ابراهیم می گوید: از دودمان من هم پیشوای مردم خواهند شد؟ خدا در برابر خواسته وی می گوید:

پیمان من به ستمکاران نخواهد رسید». یعنی اگر دودمان تو پاک و معصوم باشند پیشوا خواهند بود.

لکن اهل تسنن می گویند به مفاد آیه: «الیوم اکملت لکم دینکم ..». رسول اکرم، رسالت خویش را انجام داده و تکلیف مسلمانان را قرآن مقرر فرموده پس نقصی در شریعت نیست تا نیازی به جانشین و امام باشد که ملهم از جانب خدا و دارای عصمت پیامبر خدا باشد، بلکه کافی است شخصی که بر مسند ریاست مسلمانان قرار می گیرد در اجرای احکام خدا کوشا باشد و از سنت پیامبر پیروی کند و بنابراین به عصمت پیامبران عقیده دارند و امامت را در اساس نمی پذیرند و حتی برای خلفای راشدین نیز عصمت را شرط نمی دانند، ما دلائل امامیه را با عنایت به قرآن و حدیث پیش از این گفته ایم و تکرار نمی کنیم.

آیا پیامبران فقط در زمان پیامبری «معصوم» بوده اند یا پیش از آن هم معصوم بوده اند؟ هر دو نظر هوادارانی دارد لکن سنیان فقط عصمت را پس از بعثت می پذیرند و قبل از آن معاصی صغیره را بر آنان جایز می دانند (1). لکن امامیه می گویند که باید عصمت از زمان ولادت تا پایان عمر پیامبر برقرار باشد (2).

حجت اجماع نزد امامیه:

شیعه می گوید، همان گونه که رأی یک نفر به تنهایی اعتبار ندارد و حجت نیست، رأی گروهی که بر پایه این آرا تشکیل یافته نیز فاقد اعتبار است، بخصوص که در «اجماع» مشورت فقیهان با یکدیگر شرط تحقق و صحت آن نیست.

محقق حلی می گوید: به عقیده ما اجماع حجت است لکن به شرط این که در بر دارنده «قول معصوم» باشد، بنابراین اگر صدها فقیه در امری اجماع کنند، و آن اتفاق از گفتار معصوم خالی باشد معتبر نخواهد بود و حجت نیست لکن اگر دو نفر به همان امر فتوای مخالفی بدهند که یکی از آنها معصوم باشد در این صورت قول آن دو حجت است لکن نه باعتبار اجماع بلکه فقط به اعتبار قول معصوم (3).

برخی را عقیده بر آن است که اعتبار اجماع میان امامیه به وجهی که گفته شد، از آن جا برخاسته

ص: 123

1-1 -- ترجمه تفسیرالمیزان، ج 9، ص 125؛ معتقد الامامیه، ص 46.

2-2 -- بحار الانوار، ج 1، ص 90.

3-3 -- اصول فقه، ص 220.

که چون اجماع در نظر اهل تسنن، اتفاق اکثریت اصحاب بر خلافت ابوبکر بود، فقیهان امامیه به صراحت آن را انکار نکردند و آن را جزء منابع حقوق به شمار آوردند لکن بشرطی که کاشف از رأی معصوم باشد و معلوم است با این بیان خواستند بی پای و بی اساسی آن را آشکار کنند، زیرا گفتار کودکی نابالغ هم اگر کاشف از رأی معصوم باشد معتبر است و لزومی به اجماع ندارد.

اکنون بر فرض که اعتبار اجماع را بپذیریم باز هم مشکلهای دیگر در سر راه ما عرض وجود می کند و آن این که آیا اجماع می تواند تحقق یابد و جامه عمل به خود ببوشد و از قوه به فعل درآید؟! ما بلحاظ ابتدایی بودن وسائل ارتباطی در قرنهای گذشته، تحصیل چنین اطلاعی را از آرای فقیهان غیرممکن می دانیم، و در زمان حاضر نیز بواسطه تعداد بسیار فقیهان که در اطراف پراکنده اند به دست آوردن آرای آنان را در عمل غیرممکن می یابیم، آمارگیری برای به دست آوردن آرای آنان تاکنون در تاریخ سابقه نداشته است، در گذشته در عمل اجماع را از مطالعه کتابهای فقهی به دست می آوردند، آن هم کتابهایی که در دسترس بوده است، و همین اندازه که در ده یا بیست جلد کتاب نظری و فتوایی می دیدند که اتفاق رأی در آن دیده می شد، بی درنگ ادعای اجماع درباره آن می کردند، و حال آن که بسیاری از فقیهان اهل قلم نبوده اند و یا اگر کتابی می نوشته اند به لحاظ نبودن صنعت چاپ، در حوادثی از میان می رفته و یا در گوشه کتابخانه شخصی پنهان می مانده است و کسی از وجود آن آگاه نمی شده، پس چگونه تحقق اجماع ممکن بوده است؟ از سوی دیگر مشکل دیگری در تحقق اجماع وجود دارد و آن این که از چه زمانی تا چه زمانی، عصری که اجماع در آن تحقق می یابد آغاز می شود و به پایان می رسد؟ آیا می توان آغاز و انجام آن را بطور دقیق تعیین کرد؟

به هر تقدیر لازم است یادآور شویم که اجماع بنا به تعریفی که از آن شده است، باید مستند و مأخذ فتوا و اظهار نظر معلوم نباشد، پس هرگاه اظهار نظری مستند به قرآن یا حدیث و یا استدلالی عقلی و یا عرف و عادت و جز آن بوده باشد آن را اجماع نمی گویند بلکه آن یک اظهار نظر مستند است، بنابراین یکی از شرایط اجماع معلوم نبودن مستند رأی است.

عقاید درباره اجماع به طور خلاصه به قرار زیر است:

1- عده ای تنها اجماع اصحاب پیامبر را معتبر دانسته اند، وهابیان از این گروهند.

2- برخی اجماع هر عصر را معتبر دانسته اند لکن گفته اند در همان زمان می توانند از آن به طور جزئی یا کلی عدول کنند، اگر آن عصر سپری شد و کسی نظر مخالف نداد دیگر هیچ کس حق عدول و برگشت از آن را ندارد! 3- بعضی گفته اند در هر مورد که اختلاف نظر دیده نشد آن مورد را باید اجماعی تلقی کرد.

4- پاره ای قول اکثریت را اجماع پنداشته و اتفاق را شرط ندانسته اند، درحالی که به نظر می رسد که آنان اصطلاح اجماع را با «شهرت» اشتباه گرفته اند، توضیح این که شهرت بر سه گونه است: الف: شهرت روایی، به احادیثی گفته می شود که راویان آن را در کتب روایت زیاد ذکر کرده باشند و مقصود از این کتب، آن دسته از کتابهایی است که قبل از کتاب کافی تدوین شده است ب: شهرت عملی، اشتها عمل و استناد به روایت معینی را گویند ج: شهرت فتوایی و آن اشتها فتوا در یک مسأله معین بدون استناد به روایتی را گویند، شهرت از منابع فقه محسوب نمی شود یعنی همان طور که به آیات قرآن و احادیث و عرف استناد می شود نمی توان به شهرت فتوایی استناد کرد و مع ذلک چون اغلب اقوال مشهور، دارای اساس است، عدول از گفته مشهور نیاز به احاطه بیشتر و دلیل استوارتر دارد(1).

5- پیروان مذهب مالک اجماع اهل مدینه را معتبر دانسته اند! 6- گروهی از فقیهان حنفی، اجماع اهل کوفه را حجت دانسته اند(2).

7- ظاهریان از اهل سنت، از سرسخت ترین مخالفان اجماعند، آنان تنها قرآن و سنت را معتبر می دانند و می گویند حتی پس از رحلت پیامبر اکرم که تعداد اصحاب از سه هزار نفر تجاوز نمی کرد، تنها از صد و سی و اندی فتوا در دست است، بنابراین به دست آوردن اجماع اصحاب هم ممکن نیست تا چه رسد به اجماع همه مسلمانان عصرهای دیگر، مع ذلک «ابن حزم اندلسی» که خود از سردسته های این مکتب است کتمان نمی کند که «مضاربه» نصی ندارد و مدرک آن فقط

ص: 125

1- - ترمینولوژی حقوق، لغت شهرت.

2- - مکتبهای حقوقی، ص 98 و 101.

اجماع است(1).

8- احمدبن حنبل پیشوای مذهب حنبلی نیز از مخالفان اجماع است.

9- اخباریان مانند ظاهریان از اهل سنت، بشدت با اجماع مخالفند، آنان می گویند اجماع نه اساس عقلی و عرفی دارد و نه اساس تعبدی، آنچه از قرآن و حدیث برای حجیت اجماع نقل کرده اند هیچ گونه دلالتی بر اثبات آن ندارد و در دیگر نظامهای حقوقی دنیا نیز چیزی به عنوان اجماع دیده نمی شود(2).

10- فقیهان امامیه قریب باتفاق با اجماع نظر سازگاری ندارند، آن را کاشف از رأی معصوم می دانند و تنها بدین علت آن را معتبر می شناسند، بنابراین بخصوص در دو قرن اخیر اگر در موردی ادعای اجماع از سوی فقیهان عصرهای قبل شده باشد، اوضاع و احوال خصوص مورد را مورد دقت قرار می دهند، اگر «علم عادی» از آن به دست آمد به عنوان علم عادی به آن عمل می کنند نه به عنوان اجماع.

چگونه اجماع از رأی معصوم کاشف است؟

منشأ و مایه علم ناقل اجماع به قول امام معصوم یا فتوای مورد اجماع به طرق زیر است:

1- اعتقاد ناقل اجماع به این که امام به صورت ناشناسی در میان اجماع کنندگان است و این اجماع دخولی است.

2- اعتقاد به وجود امام معصوم در میان افراد اجماع کننده باستناد قاعده و جوب لطف بر خداوند است چنان که گفته شده است: «اللطف ما یقرب العبد الی الطاعة و یبعده عن المعصیه» زیرا اگر نظر امام با فتوای مورد اجماع مساعد و موافق نبود لازم بود از باب و جوب لطف بر خداوند که بنحوی از انحنا در میان اجماع کنندگان ایجاد اختلاف و ناسازگاری بشود و این اجماع لطفی است.

3- آن که ناقل اجماع شخصا به حضور امام (ع) رسیده و فتوای مزبور را از شخص امام معصوم شنیده است، ولی چون عصر غیبت است، و مدعی رؤیت در آن عصر متهم و محکوم به کذب است، به منظور پیشگیری از این اتهام فتوای امام را در قالب اجماع نقل کرده چنان که در مورد محقق

ص: 126

1- همان.

2- ترمینولوژی حقوق، لغت اجماع.

اردبیلی و سید بحرالعلوم چنین گفته اند و این اجماع را اجماع تشریفی گویند(1).

منقول و محصل

محصل اجماعی است که بی واسطه از راه استقرا و بررسی آرای فقیهان به دست آید، و منقول اجماعی است که تحقق آن را فقیه مورد اعتمادی ادعا کرده باشد از این گونه در کتابهای فقه امامیه بسیار آمده که مدرک احکام فرعی نیز قرار گرفته است.

اجماع به تقسیمهای دیگر آمده مثل: بسیط و مرکب که چون فایده عملی ندارد از آن صرفنظر می شود.

ص: 127

1- فرهنگ اصطلاحات فقه، ص 37.

عقل چشم و پیمبری نور است سنایی پیش از ورود به مبحث عقل، ناگزیر باید اشاره ای کوتاه به مقوله «آزادی» بشود زیرا بنظر می آید که هرگونه سخنی درباره عقل، بی توجه و عنایت به «آزادی» سخنی ناتمام خواهد بود، چه عقل و آزادی با هم لازم و ملزوم اند، عقل بی آزادی نهالی است که در زمین خشک و بی آبی کشت شده باشد و آزادی، بی عقل هم کار را به جنون و بی بند و باری و لجام گسیختگی می کشاند و مثمر هیچ گونه میوه و نتیجه ای نخواهد بود، درواقع آزادی، پشتوانه ای می خواهد که عقل یکی از آنهاست.

گلشنی کز نقل روید یک دم است

گلشنی کز عقل خیزد خرم است

مولوی

جلال الدین محمد مولوی در «فیه مافیه» گفته است: «در اندیشه گرفت نیست، درون عالم آزادی است». و این سخنی عظیم است زیرا بارزترین صفتی که انسان را از حیوان، جدا می سازد، اندیشه است و شاخصترین مصداق آزادی، همانا آزادی اندیشه است، و اگر فکر آزاد نباشد، عقل این ودیعه خداداد، زاید و بیهوده است و خاموش!

در قرآن نخستین سوره ای که نازل شده است به خواندن و آموختن دعوت می کند(1) و سرتاسر قرآن ترغیب آدمی به کشف اسرار و رموز هستی است، این همه تجلیل این نامه آسمانی از مقام علم و عقل نهی از تقلید و پیروی چشم و گوش بسته از افکار و عقاید نیاکان(2)، همه نشانگر آن است که خداوند، استقلال اندیشه را برای رشد آدمی و قوای عالی ذهن که در باطن وی به ودیعت نهاده لازم و ضروری می داند، تکیه بر تفکر و آزادی در انتخاب با تعبیرهای گوناگون در قرآن آمده است، ذکر همه آنها بدرازا می کشد(3).

از حضرت مولا علی(ع) نقل است که: «کسی که با آرای گوناگون رویرو شود، موارد خطای آنها را از درست باز خواهد شناخت(4)».

و نیز از آن حضرت نقل شده که: «مردم همواره در نیکی و نیکبختی اند مادام که تفاوت داشته باشند و آن گاه که تفاوتها برداشته شود و همه یکسان شوند، هلاک خواهند شد(5)».

از امام پنجم روایت است: «مردی از آن حضرت سؤالی کرد، به او پاسخ دادند، دیگری آمد و همان سؤال را تکرار کرد، پاسخی مغایر پاسخ نخست شنید، سومی آمد به او نیز پاسخی دادند که با دو نفر اول مغایر بود، راوی علت را جویا شد، حضرت فرمود: «این برای بقای ما بهتر و شایسته تر است... (6)».

و نیز از آن حضرت است که: «اگر مردم به کیفیت آفرینش آفریدگان، علم می داشتند، هیچ کس دیگری را ملامت نمی کرد(7)».

بنابراین، حوزه اندیشه برای استواری و گسترش مبانی خود، دروازه های باز اندیشه های گوناگون و متعارض را طلب می کند، تا بازار دانش و برخورد عقاید گرم باشد و رویارویی عقاید به غنای مکتبها بیفزاید.

درخت تناور اندیشه باید از ریشه های گوناگون تغذیه شود وگرنه، زردرویی و خشکی سرانجام آن است.

ص: 129

1- - علق: 1 و 3.

2- - مائده: 104؛ بقره: 170؛ قصص: 36.

3- - بلد: 10؛ کهف: 29؛ دهر: 3.

4- - نهج البلاغه، ترجمه فیض الاسلام، ص 1169.

5- - لایزال الناس بخیر ماتفاوتوا فاذا استوا هلكوا. سفینه البحار ج 2 ص 120.

6- - اصول کافی، ج 2، باب اختلاف حدیث، حدیث پنجم.

7- - «لو علم الناس کیف خلق الله هذا الخلق لم یلم احد احدا»؛ اصول کافی، ج 2، باب اختلاف ایمان.

بهره گیری از تجربه دیگران راه کمال است، زیرا هیچ عقیده ای به خودی خود کامل نیست، وقتی پیامبر در دعا می خواند که: «رب زدنی علما و تحیرا» خدایا دانش و حیرت مرا افزون کن، یا: «اللهم ارنی الاشیاء کما هی» خدایا حقیقت اشیاء را به من نشان ده، دیگران جای خود دارند.

به گفته «گوته» آلمانی: «عالیترین حد کمال که فکر بشر می تواند به آن برسد، احساس شگفتی و حیرت است که برای وی در برابر نمودهای طبیعت و کائنات پدید می آید». و ارسطو همین اعجاب را وسیله کشاندن آدمی به بحثهای فلسفی دانسته است (1). و در عرفان، حیرت یکی از منازل نهایی سالک است.

این همه دعوت قرآن، به تفکر برای چیست؟ تا آن جا که بی خرد را بی دین دانسته (2) و حتی گواهی دانشمند را در ردیف شهادت خدا و فرشتگان قرار داده است (3) از دین به رشد و کمال تعبیر کرده و اجبار و اکراه در آن را منع کرده (4) و پیامبر را از اعمال فشار بر حذر داشته است (5).

عین القضاة همدانی عارف قرن ششم (492525 ه. ق) در کتاب «تمهیدات» می گوید: «در همه کاینات تنها انسان است که در تسخیر کار معینی نیست، بلکه مسخر مختار است.

چنان که احراق بر آتش بستند، اختیار در آدمی بستند. چنان که آتش را جز سوزندگی صفتی نیست، آدمی را جز مختاری صفتی نیست (6)». پیامبر اصحاب را دسته بندی می کرد و به هر یک بنا به استعداد باطنی او آموزش می داد و می فرمود: «آنچه را سلمان می دانست، اگر ابوذر می دانست کافر می گشت (7)».

تاکنون کسی ادعا نکرده است که همه آنچه در باب ضرورت آزاداندیشی از قرآن و حدیث آمده است، نسخ شده باشد و آیات و روایات متعارض را به موارد خاص تاویل می کنند که اصل،

ص: 130

1- دکتر محمود هومن، حافظ، ص 32. به کوشش اسماعیل خوبی.

2- «انما یدرک الخیر کله بالعقل و لا دین لمن لا عقل له». تحف العقول ص 38.

3- آل عمران: 18.

4- بقره: 256.

5- غاشیه: 22.

6- تمهیدات، ص 189.

7- سفینه البحار ج 1 باب السین ص 646 باب فضائل سلمان.

عدم نسخ است، و عقل که حجت باطنی انسان است، چنین ادعایی را باور نمی کند، بنابراین اصل حرکت در تفکر، اصلی است غیرقابل انکار، در این باره باز هم بررسی خواهد شد. فقط اینجا به یک نکته اشاره کنیم و آن این که منظور از آزاداندیشی، تفکر بی مبنی و دلیل و اندیشه بی قید و شرط نیست، آزادفکری مطلق نیست، بلکه پابندی به فکری است که پسندیده تر باشد و الا آزادفکری مطلق به افسانه بیشتر شباهت دارد، همانگونه که هنر بی تعهد و آزاد هم امری موهوم و خیالی است.

شاعر گوید:

نسبت عاشق به غفلت می کنند

و آنکه معشوقی ندارد غافل است

پس هرگونه آزاداندیشی، پسندیده نیست، آزاداندیشی از ربه استبداد حاکم، و آزاداندیشی نسبی، از آنچه بد است و مذموم.

خرد حجت باطنی است، موهبت و ودیعه یی خداداد است؛ کسی حق ندارد آن را تعطیل کند؛ فلسفه جزم اندیشی، تعطیل عقل است و هرگونه جزم اندیشی چنین است. عقل درباره درستی و نادرستی عقاید و آرا داوری می کند و از آن میان یکی را برمی گزیند، درواقع عقل نسبت به همه ارزشها و از جمله نسبت به «مذهب» مقوله نخستین است، حجت بودن مبانی ادیان بستگی به حجت بودن عقل دارد، اگر عقل را حجت ندانیم، هیچ مقوله ای در دنیا حجیت نخواهد داشت، و از همین روست که در اخبار آمده است که: «نخستین چیزی را که خدا بیافرید عقل بود». در متون دینی ما آن قدر از خرد و خردمندی و خردمندان ستایش شده که شاید کمتر مقوله ای به پای آن برسد. کتاب کافی با مبحث عقل آغاز می شود و در حدیث است که: «آن که خردمند نیست دیندار نیست (1)». و «خدا در روز رستاخیز به اندازه خردمندی بندگان از آنان بازخواست می کند (2)». و «ساعتی اندیشیدن از عبادت سالی برتر است (3)». راه دراز تمدن با پای عقل پیموده

ص: 131

-
- 1- - انما یدرک الخیر کله بالعقل ولا دین لمن لا عقل له، تحف العقول، ص 38.
 - 2- - انما یداق الله العباد فی الحساب یوم القیامه علی قدر ما آتیهم من العقول فی الدنیا، اصول کافی، ج 1 ص 12 کتاب العقل و الجهل حدیث 7.
 - 3- - بحار الانوار، ج 71، ص 327.

شده و امتیاز آدمی بر حیوان، خردمندی اوست، همه راهها و راه حلها حاصل اندیشه بوده است و اصول اعتقادی باید بر پایه پژوهش عقل باشد و ایمان تقلیدی چندان پذیرفتنی نیست، اما اگر عارفان و صوفیان ما از عقل نکوهش کرده اند در واقع پای عقل را در آنچه مربوط به ماورای حس و عالم آخرت و عقبا است آن هم در مقام سنجش با عشق و نیروی الهام کشف و شهود، کوتاه و چوبین و غیرقابل اعتماد دیده اند، که از آن تعبیر به عقل جزوی کرده اند نه کلی؛ عرفان، بینایی عقل جزوی را در آنچه مربوط به حس و عمل و معاش انسانی و بطور کلی مسائل این جهانی است، تایید می کند و تنها آن را در علم به ماورای طبیعت ناقص و نابینا می پندارد و در این زمینه عقل کلی و یا عقل وحیی را که مبتنی بر علم کشفی و شهودی است دلیل راه معرفت واقعی خداوند می داند که بررسی آن در حوصله این کتاب نیست و اقلیمی است برای غیر اهل آن، ناشناخته و مرموز. والا عارفان از عقل ستایش بسیار کرده اند:

به گفته مولوی:

تا چه عالمهاست در سودای عقل

تا چه با پهناست این دریای عقل

بحر بی پایان بود عقل بشر

بحر را غواص باید ای پسر

صورت ما اندرین بحر عذاب

می دود چون کاسه ها بر روی آب

گر بصورت وانماید عقل رو

تیره باشد روز پیش نور او

عقل از نظر امامیه

از نظر امامیه عقل یکی از پایه های استنباط است، عقل در سلسله معلولها حجت است و در سلسله علل اعتباری ندارد، به عبارت دیگر عقل در برابر نص سندیت ندارد، بلکه در آنچه از لوازم نص است معتبر می باشد، سنیان به جای عقل، قیاس را حجت می دانند، در واقع قیاس هم کار عقل است و اساسا عقل، مجال و گسترش بیشتری نسبت به قیاس دارد، عقل با عنایت به سرشت آدمی و مصلحت اندیشی برای حفظ نظم و مقتضیات و ضرورتهای زمان به استنتاج می پردازد، و اغلب در اصول استنباط به عنوان «سند» و «دلیل» از آن یاد می شود، تا آن جا که به صورت ضرب المثل درآمده است که: «کَلِمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ» یعنی آنچه را که عقل به آن حکم کند، شرع نیز حکم خواهد کرد، اما عقل، حق چون و چرا در نصوص ندارد و همان گونه که گفته شد در الزاماتی که از نص نتیجه می شود، مجال استنتاج دارد، زیرا فرض آن است که نصوص چون بر وحی و الهام استوارند مبتنی بر عقل و یا فوق عقل می باشند.

و همچنین در میان اصولیان زبانزد است که: «الشرع و العقل یتطابقان» یعنی عقل و شرع هماهنگند، زیرا عقل حجت درونی آدمی است، و منظور آن است که احکام شرعی راه رسیدن به مصلحت‌هایی است که رعایت آنها بنابر حکومت عقل واجب است. تا آن جا که حضرت علی فرمود: «العقل شرع من داخل والشرع عقل من خارج (1)» یعنی خرد شریعت درونی انسان است و شریعت خرد بیرونی او. از آنچه گفته شد، قاعده «ملازمه» عقل و شرع استخراج شده است.

قانون خاستگاهها و سرچشمه های گوناگون دارد، اگر از عرف سرچشمه بگیرد، قانون عرفی و اگر از سرشت پیروی کند قانون سرشتی، و اگر از شرع برخاسته باشد قانون شرعی، و اگر از عقل الهام گرفته باشد قانون عقلی است، بسیاری معتقدند که قانون عقلی در ذات و نفس الامر از جانب خداوند نشأت یافته است و حتی قوانین عرفی را نیز بخشی از قوانین عقلی دانسته اند زیرا که در عرف مردم مقداری از «عقل قرون» نهفته است و ما در بخش عرف و عادت به تفصیل در این باره بحث خواهیم کرد.

احکام عرفی قابل تغییرند لکن احکام عقلی در «مستقلات» ثابتند، بدیهی است عقل سازنده قانون نیست بلکه کشف کننده آن است. عقل احکام را فهم می کند نه خلق. احکام عقلی بعضی نظری و برخی ضروری است، آنها که نظری است به استدلال نیاز دارد، و آنها که ضروری است به هنگام استنباط احکام شرعی نیازی به کمک قانون عقلی و یا قانون شرعی ندارد مانند حکم وجوب ادای دین، حرمت ظلم و ... که اینها «مستقلات عقلی» است زیرا بخودی خود عقل حکم شرعی را فهم و درک می کند و دیگر «استلزامات عقلی» است که با وساطت شرع استنباط می شود، مانند اموری که بخودی خود واجب نیست لکن تحقق امور واجب یا رفع امور حرام به وجود آنهاست، که واجب بشمار می روند.

محقق نائینی به همین دلیل می گوید: با این که در شرع، حکمی درباره تدوین قانون اساسی برای کشور نیامده است، لکن چون شرع جلوگیری از ستم ستمگر و غصب غاصب را لازم و ضروری دانسته و تدوین قانون بطور کلی برای تحقق این مقصود لازم است بنابراین تدوین

ص: 133

هدف و غایت قوانین، استقرار و تحقق عدالت است و بدین منظور پدیده های تازه حقوقی به اقتضای زمان از مسیر عقل و علم صورت قانون به خود می گیرد.

مونتسکیو می نویسد: «خردمندان می توانند قوانینی داشته باشند که خود ساخته اند، اما قوانینی هست که آنان نساخته اند، پیش از آن که قوانین وضع شوند روابطی میان افراد براساس عدالت وجود داشته است، اعتقاد به این که عدالت و بی عدالتی همانست که قوانین تحقیقی آن را امر یا نهی کرده مانند اینست که گفته شود شعاعهای یک دایره پیش از ترسیم محیط آن، با هم مساوی نبوده اند. این قانون اصلی و اساسی چیست؟ این همان عقل آدمی است که به همه حکومت دارد و قوانین هر ملتی باید با آن هماهنگ و سازگار باشد(2)».

حسن و قبح عقلی

قاعده ملازمه و مستقالات عقلی و استلزامات عقلی، ریشه ای تاریخی دارد، در علم کلام دو مکتب پدید آمد: 1- عدل گرایان (عدلیه) 2- وضع گرایان (غیرعدلیه) مکتب نخست معتقد به اصل «عدالت الهی» است و دومی منکر آن! دسته اول با توجه به نصوصی از قبیل: «بالعدل قامت السموات والارض» یعنی آسمانها و زمین به عدل برپا هستند، خدا را عادل دانسته و می گویند: مشیت او جز بر موازین عدل بر چیزی تعلق نمی گیرد، و خدا برطبق همین موازین ما را به بهشت یا دوزخ می فرستد. معتزله جبر را رد کرده و معتقد به اختیار آدمی شدند و اعمال انسان را مخلوق خود آدمی دانستند و از این مطلب قاعده «لطف» و محدودیت اراده خدا را استخراج کردند و گفتند: عدالت خدا واجب است، و عدالت نمی تواند از خدا جدا باشد و قدرت خدا محدود به شرایط عدالت است. قاعده لطف آن بود که چون خدا خیر و سعادت آدمی را می خواهد لذا بر او از راه لطف واجبست که پیامبران را برای

ص: 134

1- - تنبیه الامه و تنزیه المله، ص 74.

2- - سیر حکمت در اروپا ج 2 ص 107.

راهنمایی بشر بفرستد. در حالی که اشاعره معتقد بودند که خدا آخرین حد وجود است و هرچه از او صادر شود خیر محض است، هرچه آن خسرو کند شیرین بود، و در برابر معتزله می گفتند: بر خدا واجب است که نیکوکاران را پاداش و تبهکاران را کیفر دهد و لذا عدل خدا واجب است و به حدیثی از پیامبر استناد می کردند که: «هرگاه کسی کار نیک انجام دهد برعهده خداست که او را در این دنیا و یا در زندگی پس از این جهان پاداش دهد و یا عوض آن را به او بدهد». و بنابراین عقیده، خدا در کارهایش اختیار تام ندارد، در حالیکه اشاعره اینها را منافی توحید می دانستند و می گفتند: این نگرش اعمال الهی را از دیده بشری سنجیده و بنابراین در واقع خدا باید آن چنان عمل کند که از دیده آدمی عادلانه تشخیص داده شده است.

باری اشاعره یا وضع گرایان می گویند با توجه به آیه هایی از قبیل: «یفعل ما یشاء و یحکم ما یرید» اراده و مشیت باری تعالی را با هیچ قاعده و میزانی نباید محدود و مشروط و مقید کرد، اراده او مانند ذاتش مطلق است و محدودیت و مشروطیت در اراده خدا برخلاف توحید است، و تا آن جا می روند که می گویند: هرگاه خدا شخص بی گناهی را به دوزخ ببرد و گنهکاری را به بهشت، چون خواست اوست، عین عدالت است. درباره دستورهایی قرآن نیز می گویند: ظلم و عدل و حق و ناحق و حلال و حرام، همه تابع وضع شارع است (1). یعنی اراده مطلقه خدا، تابع هیچ اصل و قاعده ای نیست. اگر خدا ربا و سرقت را حلال می کرد، اینها حلال بود و چون افعال خدا را نباید مقید و مشروط کرد لذا افعال او نیز مطلق است، در حالی که عدل گرایان (معتزله) می گویند: اگر بیع حلال و ربا حرام است، اگر ظلم و دزدی و قتل بد است، و احسان و امانت و یاری مردم خوب است، همه به علت آنست که در واقع این گونه دستورها دارای حسن و قبح ذاتی است، در واقع، حقی و عدالتی است و آن واقع و نفس الامر این دستورها را می دهد و می گویند عدالت یعنی:

«اعطاء كل ذي حق حقه» یعنی عدالت آنست که به هر صاحب حقی، آنچه حق اوست داده شود.

هر دو دسته، دستورهایی شرع را موافق مصلحت و خیر جامعه می دانند لکن عدل گرایان (معتزله) می گویند: دستورهایی خدا موافق عدل است و وضع گرایان یا اشاعره می گویند: چون دستورهایی خداست موافق عدل است والا عدل معنی ندارد. عدل گرایان دستورهایی شرع را تابع حسن و قبح عقلی می دانند، در حالی که وضع گرایان، عقل را به هیچ وجه در قوانین شرعی راهگشا نمی دانند و می گویند هرچه را شارع خوب بداند خوبست و آنچه را بد بداند بد است، به جای این که

ص: 135

دستور را تابع حسن و قبح عقلی کنند، آن را تابع حسن و قبح وضعی و دینی کرده اند، دستورهای خدا تابع هیچ قاعده و قانونی از قبیل عدل یا عقل و یا حسن و قبح و غیره نیست، افعال بخودی خود نه بد است و نه خوب؛ فقط آن گاه بد و خوب است که از آن نهی و یا بدان امر شده باشد.

جناب کبریایی لاابالی است

منزه از قیاسات خیالی است

اما عدل گرایان (معتزله) در پاسخ به آیاتی استناد می کنند از قبیل: آیه 28 سوره اعراف: «هرگاه که زشت و ناشایسته ای از ایشان سرزند گویند که ما پدران خود را به این کار یافته ایم و خدا ما را بر آن امر کرد بگو ای پیامبر هرگز خدا به اعمال زشت امر نکند جز آن که آنچه را از نادانی خود می کنید به خدا می بندید بگو خدا شما را به حق و درستی و داد امر می کند».

از این آیه استنباط می شود که کار شایسته و کار ناشایسته، فحشا و عفاف، حقیقتی است که با امر و نهی خدا فحشا عفاف و عفاف فحشا نمی شود، خدا هرگز به فحشا امر نمی کند، این را آدمی خود باید بفهمد و تشخیص دهد، بشر باید عقل خود را به کار بندد و در دستورهای شرع بیندیشد.

امامیه معتزلی الاصول هستند و از جمله عدل گرایانند و از پیروان حسن و قبح عقلی. می گویند امر به معروف و نهی از منکر - روا دانستن پاکیزه ها و ناروا شمردن پلیدیها - دلالت دارد بر این که اوامر و نواهی شارع لاابالی نیست بلکه تابع موازین و مقیاسهای خوبی و بدی است (1).

دکتر جعفری لنگرودی به نقل از کتاب «الفوائد الجدیده» می نویسد: «اشاعره هر چند به زبان، منکر حسن و قبح عقلی هستند اما عملاً آن را انکار نمی کنند مگر نه اینست که غزالی اشعری است با این حال کتاب احیاء علوم الدین و کیمیای سعادت را در اخلاق نوشته است و حال این که اساس علم اخلاق، تکیه زدن به حسن و قبح عقلی است و همین طور است ملای روم و صاحب کتاب فتوحات (محمی الدین اعرابی) که از اشاعره هستند اما در آثار خود حسن و قبح عقلی را پذیرفته اند... گوش ما از صدای خوب، لذت می برد و از صدای بد ناراحت می شود اینها و امثال اینها علامت حسن و قبح ذاتی است (2)».

از جلال الدین سیوطی شافعی پرسیدند که عادت مردم این است که روز تولد رسول اکرم جشنی به پا می کنند در آن روز قرآن می خوانند و از حدیث گفتگو می کنند و سفره می گسترند و می خورند و پراکنده می شوند، مستند این اعمال در شرع چیست؟ سیوطی می گوید: «هو من البدع»

ص: 136

1- - کشف الحقایق، ص 302 به بعد سر نی، ص 447 تا 452.

2- - مکتبهای حقوقی، ص 119.

الحسنه» یعنی این از بدعت‌های نیکوست! با این که بدعت عملی است که شریعت آن را نگفته با وجود این چون حسن و قبح افعال عقلی و ذاتی است از آن به بدعت نیکو یاد شده است.

آیا «عقل» می تواند مخصص قرآن باشد؟

غزالی در کتاب المستصفی ده نوع مخصص برشمرده که یکی از آنها دلیل عقل است و می گوید: در قرآن آمده است که: «اللّه خالق کل شیء» یعنی خدا آفریننده همه چیز است. در حالی که ذات و صفات خدا مخلوق او نیست پس به دلیل عقل اینها مخصص این آیه اند، یا آیه «ان اللّه علی کل شیء قدير» که ذات در تمام جهات از مورد حکم آیه به حکم عقل خارج است و یا «وللّه علی الناس حج البيت» که کودک و دیوانه نیز از حکم آیه که در وجوب حج بر جمیع مردم است بحکم عقل از شمول آیه خارج است(1).

نهمه بحث

اشاره

از حسن و قبح عقلی نتیجه‌هایی گرفته شده است که به برخی از آنها اشاره می کنیم(2):

1- تکلیف به محال: شارع امر به محال و نهی از محال نمی کند و نباید بکند.

2- وجوب اصلح: شارع باید در امر و نهی، آنچه اصلح است برگزیند.

3- اصل آزادی اراده (اصاله الاباحه) یا اباحه عقلی.

4- اصل برائت: یعنی تا وقتی که دلیل قاطع بر تکلیف قانونی نباشد مسئولیتی متوجه انسان نیست.

همچنین عده ای نیز قاعده اضطرار و حاجت عمومی و قاعده لاضرر و اباحه عقلی را از مصادیق حسن و قبح عقلی دانسته اند که از مستقلات عقلی است.

اکنون مناسب آن است که به شرح برخی از آنها پردازیم:

1- قاعده اضطرار

به هنگام ضرورت و اضطرار هیچ حرامی به حرمت خود باقی نمی ماند، آدم گرسنه و در شرف

ص: 137

1- مبانی استنباط، ص 116؛ تقریرات اصول، ص 88.

2- مکتبهای حقوقی، ص 120.

مرگ حق دارد بی اجازه مال دیگری را به قدر رفع گرسنگی بردارد و بعد با رفع اضطرار عوض آن را به وی بدهد، در این باره گفته اند: «الضرورات تنقذ بقدرها» یعنی به قدر رفع ضرورت می توان مرتکب امر ممنوع شد، در آیه 173 سوره بقره نیز آمده است: 1- «همانا بر شما حرام کرد مردار و خون و گوشت خوک و آنچه را که به نام غیر خدا کشته باشند پس هرکس که در یافتن خوراک بیچاره ماند (مضطر) که نه ستمگار باشد و نه افزون جوی، بر او از خوردن آنها گناهی نیست که خداوند آمرزنده و بخشاینده است».

2- آیه 119 سوره انعام: «چه رسد شما را و چه عذر است شما را که از آنچه به نام خدا ذبح شده نمی خورید؟ در صورتی که آنچه بر شما خوردن آن حرام شده بتفصیل آمده، مگر آنچه در آن بیچاره (مضطر) مانید».

3- آیه 3 سوره مائده: «پس اگر کسی بیچاره (مضطر) شده و گرفتار گرسنگی باشد و بیم مرگ رود بی آن که تعرض به گناه کند، خوردن حرامهای گفته شده بر او روا باشد که خداوند بخشنده و مهربان است».

4- آیه 10 سوره مائده: «خداوند نمی خواهد شما را در تنگنا و سختی قرار دهد».

5- آیه 287 سوره بقره: «خداوند بر هیچ کس مگر به اندازه توانش تکلیفی ننهاده است».

و حدیثهایی نیز در تایید قاعده اضطرار آمده است:

خبر معروف به خبر رفع از پیامبر (ص): «رفع عن امتی تسعة اشیاء: الخطأ والنسیان و ما لا یعلمون و ما لا یطیقون و ما اضطرروا الیه و الحسد والطیره والتفکر فی الخلق ما لم ینطقوا بشفه».

یعنی: از امت من نه چیز برداشته شده است: خطا و فراموشی و نادانسته و ناتوانسته و اضطرار به امری و بدبینی و تقأل و اندیشه در آفرینش تا آن گاه که به زبان نیامده است.

فقیهان از همه این آیه ها و حدیثها قاعده اضطرار را استخراج کرده اند، که همان اصل «الضرورات تبيح المحظورات» و یا «لیس شیء مما حرم الله الا وقد احله لمن اضطر الیه»⁽¹⁾ باشد که در حقوق اروپایی نیز به حق ضرورت معروف است.

پس با این که در شرع خوردن مردار حرام است اما اگر کسی به علتهای طبیعی یا شخصی به خوردنی و نوشیدنی حلال دسترسی نداشته و در معرض مرگ باشد می تواند به اندازه رفع نیاز از آن بخورد.

ص: 138

1- وسائل الشیعه، ج 4، ص 69، طبع جدید.

به گفته مولوی:

گر ضرورت کرد مرداری مباح

بس فسادی کز ضرورت شد صلاح

همچنین هرگاه راننده ای برای احتراز از زیر گرفتن عابر پیاده ناچار از انحراف به چپ و تخلف از مقررات راهنمایی و رانندگی شود در حالت اضطرار است.

و همچنین: دیوان کشور بلژیک در حکم مورخه 26 مه 1946 باستناد اضطرار مرتکبان جعل در اسناد رسمی و استفاده کنندگان از اسناد مجعول را در خور کیفر ندانسته است گزارش کار از این قرار بوده که در زمان جنگ آلمانیها بموجب فرمانهایی اهالی سرزمینهای اشغال شده بلژیک و فرانسه را به کار اجباری فرا می خواندند و به تبعید و زجر و کشتار یهودیان می پرداختند، مقامهای صلاحیتدار محلی به منظور نجات مردم از بیگاری و رهایی یهودیان از چنگ دشمن، شناسنامه های خلاف واقع برایشان جعل می کردند و به دست آنان می دادند، بعدها این قبیل اشخاص تحت تعقیب قانونی قرار گرفتند و کار به دیوان کشور کشید، دیوان کشور در حکم خود چنین اعلام داشت: «هرچند مقررات قانون در مورد بحث مربوط به نظم عمومی است اما بیش از این اقتضا ندارد که کسی نباید به قصد تقلب و اضرار به غیر نام ساختگی اختیار کند، چون مرتکبان در عمل خود چنین قصدی نداشته اند بلکه در حال اجبار و اضطرار بدین کار مبادرت ورزیده اند بنابراین قابل تعقیب و مجازات نیستند(1)». حکم دیگری از یکی از دادگاههای انگلیسی: راننده تاکسی که باجبار وسیله فرار سارقان بانک را فراهم کرده به علت اجبار روحی و اضطرار قابل مجازات نیست(2).

ارتکاب ضرر اقل و اخص برای جلوگیری از ضرر اکثر و اعم یکی از اصول عقلی و عرفی است.

به گفته مولوی:

شر جزیی از برای نفع عام

شرع رخصت می دهد بگذار گام

و در صورت تراحم دو مصلحت، طبق حکومت عقل، باید آن شر که ضررش کمتر است بخاطر خودداری از شری که زیانش بیشتر است و ضرر خاص در برابر ضرر عام تحمل شود. اما

ص: 139

1- - مجله کانون وکلا، شماره 122، ص 60، مقاله دکتر احمدی و استائی.

2- - همان، ص 66.

اگر دو ضرر برابر باشد بنحوی که از همه جهات نتوان نفع و ضرر را تشخیص داد، در اینجا حالت اضطرار و اجبار موردی ندارد و شخص مختار است که هر یک از آن دو را برگزیند.

پیروان ابوحنیفه عرف مسلم را که با شرع ناسازگار باشد در صورت وجود اضطرار بر نص مقدم می‌دارند، فروش میوه درخت که بخشی به صورت میوه و بقیه بصورت گل و چغاله است بعلت مجهول بودن مبیع باطل است، اما در قرون اولیه عرف مردم فروش این گونه میوه را جایز می‌شمرد، مبنای عرف، عسر و حرج بود، بنابراین حنفیان به صحت آن رأی دادند (1).

گروهی قاعده اضطرار را از مصادیق حسن و قبح عقلی و از مستقلات عقلی دانسته اند لکن برخی که مخالف مکتب عقلی هستند، می‌گویند: ما قاعده اضطرار را از نصوص قانونی که قرآن و سنت است، استخراج کرده ایم نه از عقل، عقل گرایان می‌گویند: درست است اما نصوص مذکور جنبه اعلامی دارد نه تاسیسی، یعنی شارع، همان حکم عقلی را در نص گنجانیده است و اگر این نصوص هم نمی‌بود حکم عقل ما را به استخراج این قواعد راهنمایی می‌کرد.

2- حدیث لاضرر

از حضرت رسول اکرم (ص) نقل شده است که: «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» یعنی زیان دیدن و زیان رسانیدن در اسلام نیست.

مضمون این حدیث متواتر است و برخی تا 18 روایت درباره آن آورده اند و همچنین حدیث دیگر: «کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن» یعنی هر چیزی که در مسیر مردم زیانی را سبب شود صاحب آن ضامن است.

حضرت رسول اکرم (ص) حدیث لاضرر را به عنوان این که او نبی و پیامبر و حامل وحی است فرمود بلکه آن را به عنوان این که او قاضی و رئیس و حاکم مردم مدینه است انشاء فرمود، حضرت مولی علی (ع) هم حدیث لاضرر را از احکام حکومتی می‌داند، پس با این ترتیب این حدیث «اصل» نیست بلکه «حکم» است، یعنی حکمی است که برای رفع مشکلی در زمان خود پیامبر به مرحله اجرا درآمده لذا ما از آن فقط برای حل مشکلات مقطعی می‌توانیم استفاده کنیم، لکن از آن نمی‌توانیم به عنوان مثلاً دلیل و مدرک برای خیار غبن استفاده کنیم، چرا؟ چون لاضرر قاعده و اصل فقهی نیست بلکه حکم حکومتی است و ما با توجه به شأن نزول حدیث و انگیزه ای

ص: 140

که در صدور آن بوده این مطلب را استنباط می‌کنیم(1).

از مجموع آرای گوناگونی که درباره این حدیث آمده چنین بر می‌آید که هرگونه خسارت چه مادی و چه معنوی باید جبران شود، در حقوق غربی نیز این قاعده آمده است، اگر فردی بواسطه اعمالش به منافع دیگران لطمه بزند او را در برابر جامعه مسؤول دانسته‌اند و گفته‌اند که خسارت مادی و معنوی زیان دیده را باید جبران کند. بدیهی است این حق برای اجتماع حدودی دارد مثلاً در حرفه‌ای که شاغل فراوان دارد اگر کسی سرآمد دیگران شود و بر اقران پیشی گیرد، موجب زیان دیگران شده است، هواداران آزادی اقتصاد، این زیان را به سود جامعه می‌شمارند و زیان دیدگان را مستحق مطالبه خسارت نمی‌دانند مگر آن که سود به وسایل نامشروع از قبیل فریبکاری و تقلب و زور به دست آمده باشد، اما مخالفان مکتب آزادی اقتصادی، فرد را در برابر جامعه مسؤول می‌دانند و اदार کردن او به جبران زیان وارده را مشروع تلقی می‌کنند، تفصیل دلیلهای دو طرف بدرازا می‌کشد و ازین رواج آن می‌گذریم.

چند نمونه از مصادیق لاضرر برای روشن شدن مطلب: 1- برطبق قاعده لاضرر، اگر فروشنده با دسترسی به مبیع از تحویل آن به خریدار خودداری کند، و به دریافت ثمن معامله نیز اقرار داشته باشد، باید خسارت ناشی از تاخیر تحویل مبیع (کالا) را به مشتری بپردازد.

2- ماده 132 قانون مدنی ایران می‌گوید: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد».

3- ماده 114 می‌گوید: «هیچ یک از شرکا نمی‌تواند دیگری را اجبار بر بنا و تعمیر دیوار مشترک نماید مگر این که دفع ضرر به نحو دیگر ممکن نباشد».

و نیز مراجعه شود به مواد 100 و 117 و 133 و 591 و 594 و 595 قانون مدنی ایران که همگی حاوی مسائلی درباره قاعده لاضررند.

ممکن است سؤال شود که قاعده لاضرر بموجب نص قرآن (اولاً تمسکوهن ضراراً) و سنت

ص: 141

1- - نقل به معنی از مصاحبه آیه الله محمدهادی معرفت، اطلاعات 29/2/75.

حجت است بنابراین قاعده ای عقلی نیست؟ در پاسخ می گویند: مدلول حدیث لاضرر آن چنان نصی نیست که عقل به آن پی نبرد بنابراین یک قاعده عقلی است، مکتبهای مخالف عقل، این استدلال را نمی پذیرند و نزاع همچنان باقی است.

3- اباحه عقلی

اگر فعل یا ترک فعلی مطابق عقل دارای حسن و قبح عقلی نباشد، اراده آدمی نسبت به انجام یا عدم انجام آن آزاد است، این قاعده ای عقلی است اما مکتبهای مخالف دلیل عقل می گوید اباحه عقلی را نص بیان کرده است و از جمله دلیل می آورند:

1- «خلق لکم ما فی الارض جمیعا» یعنی: آنچه روی زمین و درون آن است برای شما آفریده شده است.

2- «ما احل الله فهو حلال و ما حرم فهو حرام و ما سکت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافیه فان الله لم یکن ینسیء شیئا» یعنی: آنچه را خدا حلال یا حرام کرد که حلال و حرام است اما آنچه را به سکوت برگزار کرده است شما را از تکلیف و تعهد نسبت به آن معاف کرده است، آن را به همین صورت پذیرا شوید خدا چیزی را فراموش نکرده است. (1)

ص: 142

1- - مکتبهای حقوقی، ص 66؛ چهار ساله، ص 154 تا 163؛ در نهج البلاغه حضرت مولی علی ع خطبه 105 سخنی است که بخشی از آن بدین قرار است: «وسکت عن اشیاء لم یسکت عنها نسیانا فلا تتکلفوها» و نیز ر. ک به ملاک اصول استنباط، ج 2، ص 29.

در حقوق غربی فرض قانونی (اصل عملی) عبارتست از: فرض یک پدیده یا حالت مغایر واقع به منظور استنتاج بعضی از نتایج حقوقی (1).

فروضهای قانونی یا اصلهای عملی در فقه امامیه بخصوص در سه قرن اخیر گسترش پر دامنه ای یافته است، از طرفی به لحاظ دوری از اشتغال به کار قضایی، این توسعه شگفت انگیز با ضعف تمثیل همراه است و از سوی دیگر ابهام پر ملال آن جنبه کاربردی آنها را بسیار کاهش داده است.

استناد به اصول عملی در فقه از جمله هنگامی است که پای شک و تردید به میان آید، والا آن جا که پای قطع و یقین و حتی گمان (ظن خاص) در میان است، جای استدلال و دلیل عقلی نیست.

پیش از آغاز باید معنی چند واژه روشن شود:

1- قطع یا یقین حالتی نفسانی است که احتمال خلاف و خطا در آن نرود، عمل بر طبق یقین، به ضرورت عقل واجب است، زیرا عقل حجتی باطنی و ذاتی است، در این جا به این نکته اشاره می شود که مقصود از قطع و یقین در حقوق، قطع و یقین فلسفی یا ریاضی نیست، در حقوق نباید بیهوده فرصت را برای رسیدن به «علم قطعی» از دست داد، در اینجا «علم عادی» کافی است، همین که اطمینان نسبت به موضوعی در حد «متعارف» پدید آمد باید به آن عمل کرد.

ص: 143

2- ظن: ظن یا گمان حالتی نفسانی است که احتمال خلاف در آن داده می شود لکن یک طرف بر طرف دیگر رجحان دارد، طرفی را که برتری دارد «ظن» گویند، اصولیان با استناد به ادله عقلی و شرعی برخی از ظنون را معتبر دانسته و آنها را ظن خاص نامیده اند. مثل «اماره تصرف» که نشانه مالکیت است طبق ماده 35 قانون مدنی: «تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است مگر این که خلاف آن ثابت شود».

به گفته شاعر:

این زمان که حجت از تو غایب است

ظن بود حجت که حکم غالب است

ظن خاص یا اماره برای حل مجهولهای قضایی به حد کافی در اختیار قاضی نیست بنابراین «اصول عملی» یا فرضهای قانونی را ابداع کرده اند، لکن بنظر می رسد فرضهای قانونی در حقوق غربی وسعت و دامنه پژوهشهای مکتب حقوقی ما را ندارد.

3- شک: شک حالتی نفسانی است که ذهن میان دو یا چند احتمال قرار گیرد و به هیچ یک از آنها گرایش پیدا نکند، دو جانب احتمال برابری و آدمی ناتوان از تصمیم گیری و انتخاب! اگر یکی را چشم بسته برگزیند، ترجیح بلا مرجع لازم می آید و آن باطل است. ناگفته نماند، چون اکثر این اصول بر پایه عقل استوارند، از این حیث به «اصول عقلی» و از جهت این که به طور مستقیم مبنای عملی مردمند به «اصول عملی» و در حقوق اروپایی از جهت این که از فرض یک حالت مغایر با واقع ممکن است استنتاج شده باشند به «فرضهای قانونی» نامگذاری شده اند. مهمترین اختلاف و تمایز میان اصول عملی با ادله شرعی و امارات آن است که مفاد ادله چه قطعی و چه ظنی از احکام واقعی هستند در حالی که اصول عملی به هیچ وجه جنبه ارائه و بیان واقع ندارند اصول عملی یا عقلی که مورد تایید شرع است نه کاشف از واقع و نه طریق به سوی واقعند، بلکه تنها برای رفع سرگردانی و بلا تکلیفی وضع شده اند و از این رو مفاد آنها «احکام ظاهری» هستند نه «احکام واقعی».

چند مثال برای روشن شدن مطلب:

1- ماده 1024 قانون مدنی می گوید: «اگر اشخاص متعدد در یک حادثه تلف شوند فرض بر این می شود که همه آنها در آن واحد مرده اند». مثلاً در زلزله خانه ای ویران می شود، فرض ماده اینست که همه با هم مرده اند و کسی پیش از دیگری نمرده تا از او ارث ببرد، بروشنی معلوم است که این فرض هرگز با واقع امر هماهنگ نیست و علم و یقین پدید نمی آورد واقع چیز دیگری است لکن این دستور برای رفع بلا تکلیفی قاضی و مردم، ارزنده است.

ص: 144

2- ماده 357 آیین دادرسی مدنی می گوید: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بقای آن است مگر این که خلافش ثابت شود».

بر فرض که دین ثابت شد، مگر مدیون دین خود را نمی دهد؟ چرا اصل، بقای دین باشد؟ ماده، مجهولی را معلوم نمی کند، چون مدیون ادعا کرده که دین خود را پرداخته لکن سفته یا قبض را نگرفته است و دلیلی هم بر این ادعا ندارد، شاید هم راست بگوید، لکن قانون به دادرس دستور می دهد و او را از بن بست شک بیرون می آورد؛ می گوید به ادعای بی دلیل اعتنا مکن، حکم قاضی در این قضیه یک حکم ظاهری است نه واقعی.

3- ماده 157 قانون مدنی می گوید: «هرگاه دو زمین در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد باید برای تقدم و تاخر در بردن آب به نسبت حصه قرعه زده شود...». قرعه زدن، یک دستور است، ممکن است با واقع منطبق نباشد لکن برای رفع سرگردانی وضع شده و در عمل بسیار مفید است.

4- ماده 223 قانون مدنی می گوید: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود». این ماده هم مجهولی را معلوم نمی کند، اساس آن بر قاعده غلبه گذاشته شده و برای رفع سرگردانی وضع شده است و به اصاله الصحه معروف است.

در همه مثالهای بالا- یک فرض قانونی یا اصل عملی وجود دارد که در همه آنها نه کشف واقع مورد نظر است و نه حتی راهی به سوی آن، بلکه تدبیری است برای رفع سرگردانی در مشکلات قضایی.

اقسام اصول عملی

اشاره

اصول عملی بر چهار دسته اند: 1- استصحاب 2- تخییر 3- احتیاط یا قاعده اشتغال 4- برائت.

این تقسیم بندی از یک حصر عقلی کشف شده که از تفصیل آن خودداری می شود همین قدر اشاره می شود که اگر در مسأله ای شک شود و امر میان دو یا چند احتمال قرار گیرد و یکی را بر دیگری رجحان نباشد، از دو حال بیرون نیست، یا حالت گذشته این شک معلوم است و حالت ثانوی و عارضی آن مشکوک است، در این حال وضع سابق معتبر است و فرض قانونی را بر بقای حالت سابقه می گذارند و به شک ثانوی اعتنا نمی کنند، این قاعده عملی را استصحاب گویند و می گویند شک نمی تواند یقین ما را بر هم بزند بلکه یقین باید تا یقین گذشته را به هم بزند پس در

استصحاب شک ثانوی و در سه اصل دیگر شک ابتدایی است (1) اکنون به شرح کوتاهی درباره دو اصل از این اصول چهارگانه می پردازیم:

1- اصل برائت

اشاره

چند ماده از قوانین ما این اصل را دربر دارد، 1- ماده 356 آئین دادرسی مدنی: «اصل برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حقی یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند والا طبق این اصل حکم به برائت مدعی علیه داده خواهد شد».

2- ماده 1257 قانون مدنی: «هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر بر عهده اوست». در هر دو ماده بالا اصل برائت مدعی علیه (خواننده) است، مدعی (خواهان) باید حق خود را اثبات کند، مفاد اصل برائت از بدیهیات عقلی است.

دلایل اصل برائت:

الف - کتاب: 1- آیه 16 سوره اسراء: «مادام که به وسیله پیامبران احکام را ابلاغ نکرده ایم کسی را مجازات نمی کنیم». از این آیه «قبح عقاب بلا بیان» استنباط می شود و مفاد آن در اصول 36 و 166 و 169 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است.

2- آیه 119 سوره انعام: «چه رسد شما را و چه عذر است شما را که از آنچه بنام خدا ذبح شده نمی خورید؟ در صورتی که آنچه بر شما خوردن آن حرام شده بتفصیل آمده است».

ص: 146

1- - تقریرات اصول، ص 119؛ معالم، ص 257؛ اصول الفقه، ص 241؛ مبانی حقوق اسلامی، ص 182 تا 187؛ چهار رساله، ص 172؛ قاعده ید مالکیت، ص 148.

3- آیه 115 سوره توبه: «خدا هیچ قومی را گمراه نمی کند مگر آن که موارد اجتناب و پرهیز را از پیش برایشان تشریح کرده باشد».

4- آیه 287 بقره: «خداوند بر هیچکس مگر باندازه توانش تکلیفی ننهاده است». که به طور ضمنی دلالت بر اصل برائت دارد.

ب - سنت: 1- «همه چیز رواست تا زمانی که در آن نهی نرسیده باشد(1)».

2- «همه چیز حلال است تا زمانی که حرمت آن را بشناسی(2)».

3- «هر چیزی را که خدا از بندگان خود پوشیده داشته و حکمش را بیان نفرموده آن چیز از حساب مردم کنار گذاشته خواهد شد و مباح است(3)».

و از این قبیل حدیثها بسیار است.

ج - عقل: می گویند به اصل برائت عقل نیز حکم می کند و اگر نصوص قرآنی و حدیثی هم نمی بود ما آن را از عقل که حجتی باطنی است فرامی گرفتیم.

د - اجماع: برخی مدعی حصول «اجماع» درباره اصل برائت شده و آن را از ضروریات مذهب امامیه دانسته اند!

دلایل اخباری ها در بطلان اصل برائت:

الف - کتاب: 1- آیه 38 سوره 17: «از آنچه بدان آگاهی نداری پیروی مکن».

2- آیه 169 بقره: «آنچه را نمی دانید مگویید».

3- آیه 59 سوره نساء: «اگر درباره امری اختلاف کردید آنرا بخدا و رسولش ارجاع دهید».

اخباری ها می گویند طبق سه آیه بالا، در امور مشتبه، چون به حکم واقعی علم نداریم، نباید اصل برائت را جاری کنیم و حکم بر «اباحه» دهیم، باید عمل به احتیاط کنیم، آنان اصل را بر ممنوعیت (حظر) گذاشته اند در حالی که مجتهدان اصل بر عدم محرومیت و عدم ممنوعیت می گذارند.

ب - سنت: 1- «آن گاه که مطلبی بر شما مشتبه شد، توقف کنید و بجا رجوع نمایید تا برای شما آنچه را که خدا فرموده تشریح کنیم(4)».

2- «امور بر سه دسته اند، آن که حق بودنش آشکار است، از آن پیروی کن، آنکه بطلانش آشکار است، از آن دوری کن، آن که در آن اختلاف است، در آن به خدا رجوع کن(5)».

3- «باز ایستادن در امور مشتبه بهتر است از سقوط در مهلکه ها(6)».

ج - عقل: می گویند از کاری که احتمال حرمت در آن می رود یا حکمش مجهول است، به حکم

- 1- - كل شىء مطلق حتى يرد فيه نهى، من لا يحضره الفقيه، ج 1 ص 208.
- 2- - كل شىء لك حلال حتى تعرف انه حرام. وسائل الشيعه، ج 6، ص 60، حديث 4.
- 3- - ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم. حقايق الاصول ج 2 ص 23 در بحث حديث رفع.
- 4- - اذا اشتبه الامر عليكم فقفوا عنده وردوه الينا حتى نشرح لكم من ذلك ما شرح لنا، وسائل الشيعه ج 18 ص 123.
- 5- - الامور ثلاثه امر بين رشده فيتبع و امر بين غيه فيجتنب و امر مشكل يرد علمه الى الله و الى رسوله تحف العقول ص 145.
- 6- - الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام فى الهلكات، اصول كافى ج 1 ص 50.

عقل باید دوری کرد، اشتغال یقینی، مبرء یقینی می خواهد، براءت یقینی جز با عمل به «احتیاط» تحصیل نمی شود.

پاسخ مجتهدان: دلیلهای استنادی هیچ یک مستلزم منع عمل به اصل براءت نیست، اصل براءت تنها به دلیل عقل نیست، آیه ها و روایتها هم هست، عمل به اصل براءت مثل عمل به آیه ها و روایتهاست، صرفنظر از آنچه گفتیم، آیه ها و روایتهایی که عمل و اظهارنظر را در مسائل مجهول منع می کند به «احکام ظاهری» بر نمی گردد بلکه ناظر به «احکام واقعی» است، درحالی که مراد ما از اصل براءت و اجرای آن، دستورالعمل برای رفع بلا تکلیفی است، درست است که: «اشتغال یقینی خواستار فراغ یقینی است». لکن براءت یقینی در برابر «احکام واقعی» است نه ظاهری بنابراین ما هیچ گونه اجباری به عمل به احتیاط نداریم (1). بدیهی است فراغ یقینی تنها در مورد تکالیفی که اشتغال ذمه نسبت به آنها به اجمال یا تفصیل مسلم باشد جاری است والا جایی که اصل اشتغال مشکوک است نیازی به تحصیل فراغ یقینی نیست.

2- اصل استصحاب (اعتبار حالت سابق)

واژه استصحاب به معنی به همراه داشتن چیزی است و در اصطلاح عبارتست از معتبر شمردن حالت و وضع یقینی سابق که بعدا در بقای آن شک و تردید حاصل شده است. به عبارت دیگر هنگام شک در بقای حکمی از احکام یا موضوعی از موضوعات که دارای حکم است، حکم به باقی بودن حالت پیشین می کنند، استصحاب در احکام را استصحاب حکمی و در موضوعات را استصحاب موضوعی می گویند. و این اصل بر اصول عملی دیگر حاکم است لکن اگر اماره شرعی وجود داشته باشد اماره شرعی بر استصحاب حاکم و وارد است.

سربازی که به جبهه جنگ رفته و با خاتمه یافتن جنگ از مراجعت وی خبری نیست، در اینجا سابقه حیات مسلم است، بقای حیات مشکوک است، در این صورت آیا باید او را فوت شده فرض کنیم و اموال او را به ورثه بدهیم؟ زوجه او می تواند شوهر کند؟ «مصلحت اجتماعی» در آن است که بدون ضابطه این رابطه را قطع نکنیم، حیات او را باقی فرض کنیم، به اموالش دست نزنیم، و زوجه اش تا مدتی ازدواج نکند، این فرض قانونگذار است.

پس استصحاب بر دو امر استوار است: 1- یقین به وجود سابق 2- شک در بقای آن. اما حالت سابق نیز بر دو گونه است: 1- حالت عدمی 2- حالت وجودی بنابراین از این جهت استصحاب بر

ص: 148

دو گونه است: عدمی و وجودی.

1- استصحاب عدمی: ماده 356 آئین دادرسی مدنی یک نمونه از آن را دربر دارد؛ ماده می گوید: «اصل برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حقی یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند والا مطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه داده خواهد شد».

حالت سابق هر دین و حقی عدم است زیرا هیچ حق و دینی ازلی نیست لذا مدعی تا دلیل نیاورد قاضی حق دارد تردید کند. حالت سابقه که مدیون نبودن مدعی علیه است در این ماده معتبر شناخته شده و قاضی باید استصحاب بقای عدم مدیون بودن وی را در صورت عدم اقامه دلیل از جانب مدعی بکند. مدعی علیه فقط کافی است که بگوید: من دینی به مدعی ندارم، قاضی از مدعی علیه دلیل نمی خواهد، به قول معروف: «نافی را نفی کافیت». این مدعی است که بار دلیل آوردن را به دوش می کشد. می گویند: «البینه علی المدعی والیمین علی من انکر».

بهتر است قدری توضیح داده شود، می گویند، همه چیز از سر حد عدم قدم به اقلیم وجود گذاشته و از نیستی به هستی آمده است، بنابراین اثبات نیستی (عدم) نیازی به دلیل ندارد، بلکه وجود است که بدان نیاز دارد، این معنی را به «اصل عدم» نیز نامگذاری کرده اند و بنابراین می گویند هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند، از طرف او که منکر است، کسی دلیل نمی خواهد.

2- استصحاب وجودی: ماده 357 آئین دادرسی مدنی می گوید: «در صورتی که حق یا دینی برعهده کسی ثابت شد اصل بقای آن است مگر خلافش ثابت شود».

حسن بموجب سند معتبر مبلغی به حسین بدهکار است، حسن در دادگاه مدعی پرداخت دین می شود، در این حالت در صورتی که دلیلی معتبر بر پرداخت دین به دادگاه ندهد، دادگاه حالت سابق را که مدیون بودن حسن است استصحاب می کند و بقای آن را تا زمان حال مستمر می داند.

درست است که ادعای پرداخت، شک در بقای حالت سابق، برای قاضی ایجاد می کند لکن تا این شک بمرحله یقین نرسد نمی تواند یقین سابق را از میان ببرد، وانگهی وجود اصل مُستند (سفته، چک و غیره) در ید مدعی ظهور عرفی بر مدیون بودن مدعی علیه دارد، در عرف کسی که دینی را می پردازد، اصل مستند را از طرف می گیرد.

مثال دیگر: ماده 763 آیین دادرسی مدنی می گوید: «اگر متصرف فعلی تصرف سابق خود را اثبات کند تصرف او مستمر محسوب است مگر این که انقطاع تصرف در بین ثابت شود».

در این ماده نیز یک استصحاب وجودی است که به آن استصحاب قهقری نیز می گویند.

دلایل اعتبار استصحاب: درباره اعتبار استصحاب عقیده های گوناگون است، برخی آن را معتبر و بعضی آن را باطل دانسته اند و عده ای نیز قایل به تفصیل شده اند ما تنها دلایل طرفداران اعتبار آن را می آوریم:

1- بنای عقلا بر آن است که تا آن زمان که به زوال و نابودی قطعی چیزی که در سابق به آن یقین داشته ایم، علم پیدا نکرده ایم باید آن را همچنان باقی فرض کنیم. هنگامی که به دوستی که مدتهاست از وی خبری نداریم، نامه ای می نویسیم، به دلیل آن است که او را زنده فرض می کنیم، بازرگانان براساس اعتباری که به امانتداری افراد می کنند، برایشان کالا میفرستند، همه اینها استصحاب است، تا آن جا که برخی ادعا کرده اند که اگر استصحاب نباشد اساس جامعه متزلزل می شود! و به این امر بنای عقلا حکم می دهد نه حکم عقل نظری، که در این گونه موارد حکم ندارد و این عقل عملی است که مبنای کار عقلاست(1).

2- سنت: از امام پنجم روایت شده که: «لا تنقض الیقین بالشک ولكن تنقضه بیقین آخر» یعنی یقین با شک شکسته و گسیخته نمی شود، بلکه با یقین دیگر ممکن است نقض شود. و همچنین در حدیث دیگر آمده: «لیس ینبغی ان تنقض الیقین بالشک ابدأ» یعنی سزاوار نیست یقین بوسیله شک گسیخته شود. و نیز از حضرت علی نقل است: «من کان علی یقین فشک فلیمض علی یقینه فان الشک لا ینقض الیقین» یعنی هرکس بر امری یقین داشته باشد و شک بر وی عارض شود باید برطبق یقین خود رفتار کند زیرا شک نمی تواند یقین را از بین ببرد.

از این گونه حدیثها بسیار است یادآوری همه آنها را ضروری نمی دانیم.

3- اجماع: در چند مورد از مسائل فرعی شرعی نسبت به اعتبار استصحاب ادعای حصول اجماع شده است.

4- عرف و عادت: برخی مدرک استصحاب را «عرف و عادت» و بعضی آن را مبتنی بر «مصلحت اندیشی اجتماعی» دانسته اند، محقق نائینی استصحاب را از جمله بر فطرت آدمی استوار می داند.

در خاتمه این نکته لازم بیادآوری است که این اصول از روشهای استنباط هستند نه از مبانی آن و چون ابتکار این اصول، کار عقل و عقل در پدیدآوردن آن نقشی اساسی داشته است ازین رو این مبحث را به دنبال منبع عقل آوردیم.

ص: 150

مقدمه:

واژه قیاس به معنی سنجش و اندازه گیری و نیز به معنی مساوات و برابری آمده است، لکن معنی اول مشهورتر است، قیاس و مقایسه هر دو مصدر باب مفاعله اند.

آدمی همواره بسیاری از دانستنیهای خویش را از این راه به دست آورده است، او هر چیزی را از ضد و نقیض و یا مانند آن شناخته و اگر چنین نبود هرگز قادر به شناخت بسیاری از چیزها نمی شد، ساختمان ادراکی آدمی چنین آفریده شده است و بر همین اساس امروز در دانشگاهها:

حقوق تطبیقی، ادبیات تطبیقی، دین شناسی تطبیقی، زبانشناسی تطبیقی، اقتصاد تطبیقی و دهها شاخه تطبیقی دیگر تدریس می شود.

تا نباشد راست کی باشد دروغ آن دروغ از راست می گیرد فروغ پرواز اندیشه آن گاه به اوج می رسد که در مسائل، بویژه مسائل اجتماعی چند جانبه بیندیشد.

قیاس منطقی

قیاس در منطق ارسطویی یکی از انواع استدلال است، حجت یا استدلال در منطق بر سه گونه است: قیاس، استقرا، تمثیل.

1- قیاس: آن استدلالی است که ذهن را از حکمی کلی به حکمی جزئی، یا از اصل به نتیجه و یا از قانون به موارد اطلاق و یا از مفهومی کلی به مصداق برساند.

مثال: پرویز انسان است (صغرا) هر انسانی فانی است (کبرا) پرویز فانی است (نتیجه).

قیاس به اعتبار شکل و نحوه ترکیب قضایا به شکل‌های چهارگانه و به اعتبار مواد تشکیل دهنده به گونه‌های بسیار تقسیم می‌شود که تفصیل آن دراز است و از بحث ما بیرون.

2- استقرا: عکس قیاس است، از جزئی به کلی رسیدن است، فلزات گوناگون را پی در پی حرارت می‌دهیم، می‌بینیم منبسط می‌شوند، حکم می‌کنیم که تمام فلزات در برابر گرما منبسط می‌شوند، اگر استقرا مبتنی بر بررسی کامل باشد و فردی از افراد جزئی مورد شمول آن از قلم نیفتاده باشد، آن را استقرای کامل و تام گویند و گرنه ناقص است.

3- تمثیل: رسیدن از جزئی به جزئی دیگر است، شباهتی میان دو جزئی موجب بار کردن حکم یکی بر دیگری است، و بیشترین داوری در اخلاق و رفتار و منش اشخاص از این گونه است، تمثیل بجز گمان نتیجه‌ای نمی‌دهد و بنابراین منطقیان برایش ارزشی نمی‌گذارند. تفصیل روش‌های استدلال منطقی را در کتاب‌های منطق جستجو کنید.

برخی قیاس در اصول فقه را با تمثیل و بعضی با قیاس و استقرا در منطق نظری برابر دانسته‌اند، لکن به نظر می‌رسد که قیاس اصولی مفهومی گسترده‌تر دارد تا آن‌جا که هر سه روش استدلال منطق را در اقسام گوناگون خود دربر می‌گیرد، مثلاً در «سبر و تقسیم» به استقرا و در برخی صورتها به تمثیل و در مواردی به قیاس منطقی شباهت دارد، اما قواعد کار و نظام قیاس اصولی به طور کامل از ابتکارهای فقه‌شناسان ایرانی است و دامنه‌ای دارد که منطق ارسطویی به آن نمی‌رسد.

در این‌جا چکیده اندیشه‌هایی که در تالیف‌های فنون استنباط در طول قرن‌ها در باب قیاس اصولی پدید آمده با بیانی ساده و کوتاه در معرض خواننده قرار می‌گیرد و ملاحظه خواهند کرد که دقت و موشکافی پیشینیان ما در بسیاری از موارد از جمله: سکوت و یا اجمال و یا ابهام قانون (نص) در امر قضا می‌تواند رهگشای دادرسان باشد.

در لزوم قیاس حقوقی

پیش از آغاز مطلب در لزوم قیاس، به سخن مولوی در مثنوی (دفتر سوم) گوش فرادهیم:

مجتهد هر گه که باشد نص شناس

اندر آن صورت نیندیشد قیاس

چون نیابد نص اندر صورتی

از قیاس آن‌جا نماید عبرتی

نص، وحی روح قدسی دان یقین

و آن قیاس عقل جزوی تحت این

عقل از جان گشت با ادراک و فر

روح، اورا کی شود زیر نظر؟

ص: 152

لیک جان در عقل تاثیر کند

زان اثر آن عقل تدبیری کند

نوح وار از صدمتی زد بر تو روح

کویم و کشتی و کو طوفان نوح؟

عقل اثر را روح پندارد و لیک

نور خور از قرص خور دورست نیک

مولوی مانند همه فیلسوفان و متکلمان و صوفیان عقل را انکار نمی کند، بلکه برای عقل در پرتو نور وحی، مقام و منزلت قائل است، او عقل را تابع وحی می داند و به این معنی درجایی دیگر اشاره می کند:

عقل جزوی عقل استخراج نیست

جز پذیرای فن و محتاج نیست

قابل تعلیم و فهم است این خرد

لیک صاحب وحی تعلیمش دهد

مولوی در شعری که نخست گفته شد، «نص» را که ناشی از وحی است به خورشید و قیاس را که ناشی از اجتهاد مجتهد براساس عقل جزوی است، به نور خورشید تشبیه کرده است، لکن بی درنگ می افزاید که:

هیئات ... نور خورشید کجا و خود خورشید کجا؟ و به هر صورت با قیاس مخالفتی ندارد بلکه آن را ضروری می داند.

مکتبهای قیاس

اشاره

در ادوار فقه و اصول، چهار مکتب در باب قیاس اصولی (حقوقی) پدید آمده که یکی جانب افراط گرفته؛ دیگری به تفریط گراییده و دو دیگر راه میانگین رفته اند:

1- مکتب نفی قیاس 2- مکتب تعدی از نص (منصوص العله) 3- مکتب قیاس مستنبط العله 4- مکتب قیاس آزاد

1- مکتب نفی قیاس

ظاهریان از اهل تسنن و اخباریان از امامیه و نیز حنبلیان پیرو این مکتبند، می گویند تعدی و تجاوز از مدلول نص نارواست، کتاب و سنت

همه موارد را پیش بینی کرده است، حتی آیه های قرآن را هم به استناد اخبار حجت می دانند و مدلول آیه ها را از راه اخبار می فهمند و در نتیجه تنها اخبار برای آنان قابل استناد است.

ص: 153

درواقع این دسته، در مسأله قیاس بدرستی تحقیق نکرده اند تا آشکار شود، چه مسائلی داخل در قیاس است و چه مسائلی از حوزه آن بیرون است، و در صورت نبودن نص چاره چیست؟ محافظه کاری تا بدان جا رسیده که بسیاری از نویسندگان کتابهای اصول نیز از ورود به مبحث قیاس اجتناب کرده اند و این باب بسیار پرارزش را به دست فراموشی سپرده اند با این که خود از ظاهریان و یا اخباریان و یا حنبلیان نبوده اند(1).

2- مکتب تعدی از نص (قیاس منصوص العله)

هواداران این مکتب می گویند: باید ژرفای مراد و منظور قانونگذار را تا حد توان شناخت، و حدود قصد و منظور قانونگذار در واقع همان حدود نص است، به همان میزان که قصد قانونگذار توسعه دارد، نص هم دارد، بر معانی سطحی تحت لفظ مانند واژه گرایان قشری، نباید جمود کرد، بلکه باید علت و فلسفه صدور نص (قانون) را فهمید، هر جا در مصداقی همان علت پیدا شد، قاطعانه حکم نص را بر آن جاری کرد(2) مثلاً در خبر آمده: «لایحکم احد بین اثین و هو غضبان» هیچکس در حال خشم نباید به دادرسی پردازد(3)، مخالفان قیاس حکم این حدیث را فقط در همان مورد خاص که در عرف بدان خشم گفته می شود بار می کنند، در حالی که پیروان مکتب تعدی از نص، دادرسی قاضی را در حال پراکندگی و تشویش فکر، چه از خشم باشد، چه از بیماری و خستگی، چه از نابسامانی وضع مالی چه داشتن سابقه خصومت با یکی از طرفین دعوا و مانند آنها روا نمی دانند، با این تاویل، تعدی از نص شده است، لکن تجاوز از قصد و منظور قانونگذار نشده است، وانگهی دلیلی ندارد که تعدی از قصد قانونگذار منع شده باشد، پس تا حد امکان باید قصد و علت تشریح را فهمید و بسیاری از نیازها و مسائل حادث را بدین گونه حل کرد(4).

اگر بخواهیم بر شمریم، اکثر قریب به اتفاق امامیه و اهل تسنن پیرو این مکتبند. هر چند نام این روش استنباط را تعدی از نص گذارده اند، یعنی از سرحد نص به اقلیم قصد قانونگذار رسیدن، لکن در واقع نوعی قیاس به کار می برند که به آن در آینده اشاره خواهیم کرد.

ص: 154

1- منظور ملا محمد کاظم خراسانی صاحب کفایه و میرزای نائینی در تقریرات است، اما شیخ طوسی، شیخ بهائی، محقق و بسیاری دیگر بتفصیل به بحث قیاس پرداخته اند.

2- دانشنامه حقوقی، ج 2، صفحه های 359 تا 372.

3- قضا در اسلام، ص 109.

4- دانشنامه حقوقی، ج 2، ص 444.

هواداران این مکتب می گویند: باید قصد قانونگذار را شناخت لکن در راه شناخت قصد قانونگذار، یا مرحله قطع و یقین است یا ظن و گمان، و در صورت ظن نیز گاه استنباط از راه ظاهر واژه است و گاه به وسایل دیگر، به هر تقدیر پس از به دست آوردن قصد، مدلول آن را می توانیم به موارد «سکوت» یا «اجمال» یا «تعارض» قوانین تسری دهیم. به عبارت دیگر: تمام مواردی که در علت صدور قانون، اشتراک داشته باشند، مشمول آن حکم هستند، و یا «اشتراک در علت، موجب اشتراک در حکم خواهد بود». این قیاس را «مستنبط العله» نامیده اند (1).

برخی قائل به تفصیل شده اند و گفته اند: در حجت بودن قیاس مبتنی بر دلالت قطعی یا ظنی که از ظاهر واژه ها ناشی شده باشد، تردیدی نیست، لکن هر گاه دلالت به وسایل دیگری غیر از ظاهر واژه قانون به دست آید، دلیلی بر روا بودن آن وجود ندارد. و در پاسخ امام سرخسی که گفته بود: «النصوص معدوده و الحوادث محدوده فهو دلیل علی ان القیاس حجه» که کمی نصوص و بی شماری حادثه ها را دلیل بر اعتبار و حجت بودن قیاس دانسته بود، گفته اند: تجاوز از نص پاسخگوی رویدادها و پدیده های تازه خواهد بود و نیازی به این قیاس نیست (2).

4- مکتب قیاس آزاد (اصحاب رأی)

اشاره

هواداران این مکتب به هیچ وجه نه در صدد کشف مقصود و منظور شارع (قانونگذار) بوده اند و نه در پی تعدی از نص و یا توسعه موارد شمول نص؛ بلکه تنها عقل و دریافت خویش را ملاک اظهار نظر قرار می دادند و حتی اگر نص را با عقل و فهم خود ناسازگار می دیدند، کوشش می کردند تا آن را تاویل و توجیه کنند، در واقع این مکتب موارد شمول قانون را بی دلیل گسترش می داد.

به عبارت دیگر اهتمام آنان بر این بود که ظاهر عبارت را به مقصود و هدفی که گمان می بردند از آن اراده شده باز گردانند نه این که در واقع از آن اراده شده باشد؛ در عمل لفظی را که در آن اشکالی هست، به لفظی که در آن اشکالی نیست تفسیر می کردند.

این روش البته تنها به اسلام اختصاص ندارد، میان مذاهبها و فرقه های دیگر نیز دیده شده

ص: 155

1- همان کتاب، ص 445.

2- ترمینولوژی حقوق، صفحه های 554 تا 558 مقدمه عمومی علم حقوق، صفحه های 106 تا 112؛ مکتبهای حقوقی در اسلام، ص 136 به بعد.

است، که برای اثبات عقیده و رأی نوظهور و برای پیدا کردن راه فرار از سخنانی که گمان می برده اند، با ذوق و عقل هماهنگ نیست به این تفسیر و قیاس آزاد دست یازدیده اند، اصحاب فیلون یهودی در تفسیر «تورات» و فرقه زندیک مجوس در تفسیر «اوستا» همین راه را رفته اند.

به کار گرفتن قیاس در مفهومی تا این اندازه آزاد و بی قید و شرط واکنشی مخالف را در میان گروهی از دانشمندان برانگیخت، زیرا هر کاری را بازتابی است ناسازگار با آن و در جهت عکس آن.

امام صادق (ع) به ابوحنیفه فرمود: «لا تفسس فان اول من قاس الشیطان حیث قال: خلقتنی من نار و خلقته من طین!» قیاس مکن زیرا که نخستین کس که قیاس کرد، ابلیس بود آن جا که گفت: مرا از آتش و او را از خاک پروردی! ابلیس قیاس کرد و خلقت خود را که از آتش بود با آفرینش آدم که از خاک بود، سنجید و علی رغم دستور آشکار خدا خودپسندی کرد و بر آدم سجده نکرد (1).

قیاس ابلیس یک قیاس حقوقی نبود، یک قیاس آزاد بود، مخالفت با امر بود، اجتهاد در برابر نص بود، شیطان نمی دانست که علت سجده امر خداست نه جنسیت خاک و آتش؛ آن جا که پای امر صریح در میان باشد، چه جای قیاس است.

مولوی گوید:

اول آن کس کین قیاسکها نمود

پیش انوار خدا ابلیس بود

گفت نار از خاک بی شک بهتر است

من ز نار و اوز خاک ابتر است

پس قیاس فرع بر اصلش کنیم

اوز ظلمت ما ز نور روشنیم

و در داستان خوردن گندم در بهشت گوید:

این همه دانست چون آمد قضا

دانش یک نهی شد بر وی غطا

کای عجب نهی از بی تحریم بود؟

یا بتاویلی بد و توهم بود؟

در دلش تاویل چون ترجیح یافت

طبع در حیرت سوی گندم شتافت

ادبیات عرفانی ایران پر است از تمثیلهای زیبا و شنیدنی در باب قیاس، مولوی در داستان طوطی و مرد بقال در دفتر اول مثنوی، چه نیکو
حق سخن را ادا کرده است که:

کار پاکان را قیاس از خود مگیر

گر چه ماند در نوشتن شیر، شیر

ص: 156

1- - بقره: 34؛ اعراف: 12 .

و به همین قیاس آزاد در برابر نص نظر داشته که گفته است:

جان شو و از راه جان، جان را شناس

یار بینش شونه فرزند قیاس

در حدیث دیگر آمده است که: «السنه اذا قیست محق الدین» یعنی اگر در «شریعت» قیاس شود، دین نابود می شود و یا رو به «محاق» و کاستی می گذارد.

به نظر می رسد این حدیث هم ناظر به قیاس آزاد بوده است.

آیا قیاس یک منبع حقوقی است؟

پرسشی به ذهن می آید که چرا برادران اهل تسنن ما، قیاس را یک منبع حقوقی در ردیف کتاب و سنت شمرده اند؟ در حالیکه قیاس، اعم از تعدی از نص یا قصد و اعم از منصوص یا مستنبط از علت، بهر حال از توابع نص و تفسیر نص است، و از این رو نمی تواند منبعی حقوقی باشد بلکه از روشهای استنباط است، فرق است میان منبع و روش! به دلیل بالا امامیه قیاس را از منابع حقوق ندانسته اند، بلکه آن را از روشهای استنباط احکام فرعی شناخته اند و در عمل برخی از صورتهای آن را حجت دانسته و از آن بهره برداری کرده اند. اما پاسخ برادران اهل تسنن ما شاید این باشد که خواسته اند میان «حصول قیاس» و «مدلول آشکار نص» فرق بگذارند و حریم کتاب و سنت را نگهدارند و به آن تجاوز نکنند، بنابراین قیاس را منبعی مستقل از کتاب و سنت شناخته اند. و به همین مطلب مولوی اشاره می کند که:

عقل اثر را روح پندارد ولیک

نور خور از قرص خور دورست نیک

پس در روش برادران سنی ما، یک روح محافظه کاری به چشم می خورد، لکن این احتیاط در میان امامیه دیده نمی شود، اینان با آن که برخی از صورتهای قیاس را به کار بسته و حجت بودن آن را پذیرفته اند، لکن هرگز آن را به عنوان منبعی حقوقی در ردیف کتاب و سنت نیاورده اند، و در برابر از منبعی به نام «عقل» دم زده اند و از مستقلهای عقلی و استلزامهای عقلی و حسن و قبح و مصلحتها و مفسدتهای عقلی؛ و به عبارت دیگر از قواعد محصول عقل سخن به میان آورده اند، اما انصاف را، به هر تقدیر هر دو فرقه در عمل آن را به کار گرفته اند و این ناهمسازیها ظاهری بیش ندارد.

آیا قیاس می تواند مخصص قرآن باشد؟

غزالی در کتاب «المستصفی» بتفصیل در این باره سخن گفته است؛ خلاصه عقیده وی چنین

است: که صرف قیاس بودن دلیلی مانع نمی شود که مخصص قرآن گردد، زیرا قیاس در صورتهایی که حجت است، در شمار سایر دلیلهاست از جمله قرآن، و بنابراین باید دید دلالت کدام یک (عموم قرآن یا تخصیص قیاس) قوی تر است، در صورتی که دلالت قیاس قوی تر باشد، می تواند عموم قرآن را تخصیص دهد. سپس چند مثال می زند: آیه: «احل الله البيع» عام است و شامل حلال بودن معامله برنج و خرما و جز اینها می شود، لکن قیاس مستنبط از حدیث:

«لا تتبعوا البر بالبر» دلالت بر حرمت آن دو می کند، و چون عام مزبور به علت تخصیص فراوان ضعیف شده بنابراین قیاس هم در این مورد می تواند آن را تخصیص دهد(1).

قیاس در قوانین کیفری

هواداران قیاس، در سده های نخستین اسلام، بویژه قیاس آزاد، در قوانین کیفری (حدود و تعزیرات و قصاص) نیز قیاس می کردند، نصوص جزایی را تفسیر موسع می کردند، برای کارهای ممنوعی که در نصوص برایش کیفری تعیین نشده بود، به قیاس با کارهایی که کیفر داشت، مجازات تعیین می کردند، در حالی که در همه نظامهای حقوقی جهان امروز، این عمل ممنوع است، و علت و فلسفه آن هم روشن است، زیرا اگر قیاس در امور جزایی روا باشد دیگر کسی در زندگی تامین قضایی نخواهد داشت؛ هر روز ممکن است عملی با یکی از جرمها، قیاس شود و بر پایه آن، شخص به کیفری محکوم شود که تصورش را هم نمی کرده است.

قیاس در امور کیفری مخالف اصل: «قبح عقاب بلا بیان» و نیز اصل «قانونی بودن جرم و مجازات» است، این اصول مورد قبول قوانین همه کشورهای دنیاست و در اصل یازدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر بصراحت آمده است و همچنین در اصول 36 و 37 و 169 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مندرج است، مدرک «قبح عقاب بلا بیان» در نصوص اسلامی نیز آمده و به عقیده امامیه علاوه بر آن بر بنیاد «عقل» نیز استوار است.

در قرآن در آیه های 16 سوره اسرا و 119 سوره انعام و 115 سوره توبه و 233 سوره بقره به آن اشاره شده است.

در سنت، حدیث «ما حجب الله علی العباد فهو موضوع عنهم» یعنی هر چیزی را که خدا بر مردم پوشیده دارد (حکمش را بازگو نکرده باشد) آن چیز مباح و از حساب مردم کنار گذاشته

ص: 158

شده است، و حدیث: «الناس فی سعه ما لا یعلمون» و چندین حدیث دیگر ...

از سوی دیگر مطابق اصول حقوقی مورد قبول دنیای امروز و از جمله قوانین شرعی، شک همواره باید به نفع متهم تفسیر شود و مستند آن حدیث زیر است:

«إدراوا الحدود بالشبهات ما استطعتم فان وجدتم لمسلم مخرجا فخلوا سبيله فان الامام لان یخطی ء فی العفو خیر من ان یخطی ء فی العقوبه».

یعنی: «تا بتوانید حدود (کیفرها) را به تمسک به شبهات رفع کنید، و هر گاه برای مسلمانی گریزگاهی از حدود بیابید او را رها سازید، زیرا به حقیقت اگر پیشوا به خطا عفو کند بهتر است از آن که به خطا کیفر دهد».

در واقع عبارت مشهور «تدرء الحدود بالشبهات» که حدود را در موارد مشتبه ساقط می کند، گویای آنست که تفسیر در مقررات جزایی، مضیق و قیاس ممنوع است.

بنابراین حدیثهایی که در منع قیاس آمده است: اولاً ناظر و وارد بر قیاس آزاد و تفسیر به رأی است. ثانیاً به قیاس در قوانین جزایی و عبادی بر می گردد نه دیگر موارد. زیرا اطلاق امر و نهی قانونگذار (شارع) همواره منصرف به فرد اکمل و شایع آن است، فرد شایع در قیاس، در سده های نخستین و همزمان با امامان، قیاس آزاد (اصحاب رأی) و نیز قیاس در امور جزایی و عبادی بود، که به گواهی تاریخ شیوع فراوان یافته بود، هر روز صاحبان مکتبهای فقهی گوناگون، با تفسیر موسع برای اعمال مردم کیفر تعیین می کردند در حالی که حدی برای آن اعمال در قرآن و سنت نیامده بود و هر روز در مسائل عبادی با قیاس اجتهاد می کردند و بدعتهایی در دین می گذاشتند که حتی مخالف نص قرآن بود، بنابراین نهی امام هم از قیاس به همین موارد شایع و عمومی زمان بر می گردد، بخصوص از شأن نزول حدیثها و حتی از عبارات آنها، آشکارا این عقیده استنباط می شود.

مثلاً حدیث امام صادق (ع): «اگر قرار باشد دین بوسیله قیاس بدست آید لازم است که قضای نماز بر زن حائض واجب شود زیرا نماز افضل از روزه است و در باب زنا اقامه چهار شاهد لازم است لکن در قتل دو نفر شاهد کافی است»⁽¹⁾ در حالیکه قتل جرم عظیمتری از زنا است. که صراحتاً منع قیاس در مسائل عبادی و کیفری را در بر می گیرد و شامل مسائل حقوقی نمی شود.

و یا حدیث نبوی: «امت من هفتاد و سه فرقه می شوند و بزرگترین فتنه آنها فتنه قومی است که

ص: 159

1- عن ابی عبداللہ قال: ان السنه لا تقاس الا تری ان المرئہ تقضی صومها و لا تقضی صلواتها یا ابان ان السنه اذا قیست محق الدین، کافی، ج 1 ص 57 حدیث 15.

«یقیسون الامور فیحرمون الحلال و یحللون الحرام» در احکام به قیاس عمل می کنند و حرام را حلال و حلال را حرام می کنند».

در این حدیث نیز حلال و حرام مربوط است به «حدود» اسلامی که کیفرهای تعیین شده را در بر دارد و نمی تواند حلال و حرام را به مسائل مربوط به معاملات و حقوق تجارت از قبیل بیع و اجاره و شرکت و غیره تسری دهد.

همچنین حدیث: «السنه اذا قیست محق الدین» مربوط به دیات است و یا حدیث: «ما آمن بی من قاس برابه» به من ایمان نیاورده کسی که به رأی خویش قیاس کند». آشکارا قیاس آزاد و اصحاب رأی را در بر می گیرد و حتی مفهوم مخالف حدیث چنین است که اگر قیاس کند لکن قیاس به رأی نکند جایز است، مطلق قیاس منع نشده بلکه قیاس به رأی منع گردیده است. بدیهی است همان گونه که پیش از این گفته شد، چگونگی عبادات ایجاب نوعی تعبد می کند بنابراین در مسائل عبادی ملاکهای عقلی و قیاس به کار نمی رفته است و انگهی در عبادات علت (وصف ظاهر منضبط) بدست نمی آید تا قیاس را امکان پذیر سازد که شرح آن خواهد آمد.

دلایل اعتبار قیاس

الف - قرآن

1 - آیه 2 سوره حشر «فاعتبروا یا اولی الابصار» ای هوشیاران عالم از این حادثه عبرت بگیرید، که اعتبار و عبرت را بمعنی قیاس دانسته اند یعنی در مورد مشابه قیاس کنید (عبرت بگیرید)، اعتبار مصدر باب افتعال از عبور است یعنی عبور کنید و توقف نکنید قیاس هم عبور از مقیاس علیه است به مقیاس.

2 - «اطیعوا الله و اطیعوا الرسول واولی الامر منکم فان تنازعتم فی شیء فردوه الی الله والرسول» یعنی اگر نزاعی میانتان پیش آمد به خدا و رسول برگردید و مراد این است که در صورت انسداد وحی به سنت رسول مراجعه کنید در حالی که برخی گفته اند که خداوند فرع را در این آیه رد به اصل کرده و آن را دلیلی بر اعتبار قیاس دانسته اند.

3 - آیه های 77 و 78 سوره یس: کسی که به پیامبر در مقام اعتراض گفت:

«این استخوانهای پوسیده را باز که زنده می کند؟» حضرت پاسخ داد: «بگو خدایی زنده

می کند که اول به آنها زندگی بخشید(1)».

در واقع در آیه حشر پس از مرگ را به ایجاد قیاس کرده است.

4 - آیه 43 سوره عنکبوت: «این مثلها را می زنیم تا حقایق برای مردم روشن شود(2)» یعنی از امثال و حکایات قرآن می توان در موارد مشابه قیاس کرد و پند گرفت(3).

مخالفان قیاس می گویند: از هیچ یک از آیه های بالا حجت بودن قیاس استنباط نمی شود، زیرا آیه اول دلالت بر پند و اندرز دارد نه قیاس و آیه دوم و سوم بر مراجعه به رسول و قدرت خدا دلالت دارد و بس. لکن به نظر ما بجز آیه دوم سه آیه دیگر آشکارا بر اعتبار قیاس دلالت دارد.

ب - سنت

1 - پیامبر «معاذبن جبل» را مأمور حکومت یمن کرد، عرض کرد چگونه قضاوت کنم، فرمود: به کتاب خدا، گفت: اگر در کتاب نیافتم، فرمود: به سنت رسول خدا. گفت اگر نیافتم اجتهاد به رأی خویش کنم؟ حضرت دست بر سینه او گذاشت و فرمود: شکر خدا را که رسول او به آنچه او راضی است. موفق شد(4).

حدیث از «عبداللّه بن مسعود» صحابی بزرگ و فقیه مشهور دوره خلفای راشدین نقل شده: «اقض بالکتاب والسنة اذا وجدتهما فاذا لم تجد الحکم فیهما فاجتهد رأیک» یعنی مطابق قرآن و سنت قضاوت کن، و اگر در آنها نیافتی رأی خود را بکار بند(5).

اهل تسنن، اجتهاد به رأی را به معنی قیاس گرفته اند، لکن مخالفان می گویند: این اخبار با آیه 43 سوره نحل که می گوید: «اگر نمی دانید از اهل ذکر پرسید». ناسازگار است، در این مورد باید به دلیل عقل برگردیم، که اصل براءت و اباحه است زیرا اشتغال ذمه یقینی مبرء یقینی لازم دارد و چون یقین به اشتغال داریم باید عمل به «احتیاط» کنیم تا یقین به براءت ذمه حاصل کنیم و به استناد این حدیث نمی توان قیاس کرد.

2 - روایت از عمر است که گفت: از پیامبر پرسیدم، بوسه بی انزال موجب بطلان روزه است؟! حضرت فرمود: مضمضه آب موجب بطلان روزه است؟ گفتم: نه حضرت فرمود: بوسه هم نه!

ص: 161

1- - یس: 77 و 78.

2- - عنکبوت: 43.

3- - ملاک اصول استنباط، صفحه های 108 و 109.

4- - عده الاصول، جزء دوم، ص 10، به نقل از مبانی استنباط، ص 5.

5- - مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص 7؛ مبانی حقوق اسلامی، صفحه های 188 تا 192.

از این حدیث هم جواز قیاس را استنباط می کنند.

ج - اجماع

دلیل اجماع به نظر ما بکلی نادرست و ادعایی است بی دلیل، زیرا اجماعی که از راه استقرای همه آرا باشد به دست نیامده، بر فرض هم کسی چنین ادعایی کرده باشد، تاریخ خلاف آن را می گوید؛ کجا در مسأله ای که این قدر آرای متناقض و ناسازگار است، اجماع می تواند به دست آید، وانگهی قیاس کار عقل است و در امور عقلی به عقیده آنان که به حجت بودن اجماع عقیده دارند، اجماع اعتبار ندارد.

د - عقل

عقل آدمی همان گونه که در دیباچه این گفتار گفته شد، آشکارا حجیت قیاس را می پذیرد، لکن تنها هنگامی که نصی نباشد و الا نمی پذیرد و منع از قیاس هم بویژه در سده های نخستین بدین دلیل بود که به علت دوری از مرجعها و دسترسی نداشتن به آگاهان به کتاب و سنت، گروهی چشم بسته و از پیش خود دست به قیاس می زدند و زحمت مراجعه به کتاب و سنت را به خود نمی دادند که به آن پیش از این اشاره شد.

تعریف و عناصر قیاس

تعریف قیاس

دانشمندان اصول تعریفهای گوناگونی از قیاس کرده اند که به چند مورد اشاره می شود:

- 1 - تسری دادن حکم اصل به فرع به مناسبت جامع بر اساس علت واحدی که در اصل و فرع وجود دارد و آن علت تنها از عبارت نص درباره اصل، استنباط و دانسته نمی شود بلکه حاجت به نوعی اعمال نظر دارد(1) 2 - برابری میان فرع و اصل در علت حکم.
- 3 - از حکم معلومی بمانند حکمی که برای معلوم دیگری ثابت است بواسطه اشتراک آن دو در علت حکم(2).

ص: 162

1- - دانشنامه حقوقی، ج 2، ص 457؛ مجله کانون وکلا، سال 1337، ش 63، مقاله سید علی محمد مدرس.

2- - معالم الاصول، مبحث قیاس، ص 257؛ اصول الفقه ص 161؛ معتقدالامامیه، ص 166.

هر قیاس دارای چهار عنصر است از اینقرار:

1- اصل (مقیس علیه)، موضوعی که حکمش معلوم است.

2- فرع (مقیس)، موضوعی که حکمش مجهول است.

3- علت (جامع) یا سبب حکم که در هر دو موضوع وجود دارد.

4- حکم اصل (فتوا) یا حکمی که مجهول و مطلوب است.

مثلاً مداخله در بیعی که کسی انجام داده در شرع منع شده، حدیثی است که: «... لایحل للمؤمن ... ان یتباع علی بیع اخیه». یعنی حلال نیست بر مسلمان که آنچه را مسلمان دیگر خریده است، خریداری کند. این حدیث صراحت در «بیع» دارد لکن آیا مداخله در اجاره دیگری هم همین است؟ نمی دانیم، چون حدیث از آن ذکر نکرده است، اکنون اگر علت حکم اول را استنباط کنیم و مثلاً بگوییم، علت ممنوع بودن مداخله در بیع و خرید و فروش، این است که این کار موجب بالا رفتن قیمت مورد معامله شده، در نتیجه به زیان مشتری تمام خواهد شد، و بعد بگوییم همین علت در اجاره نیز وجود دارد یعنی اگر کسی در اجاره دیگری مداخله کند و به قول عوام روی دست او درآید، اجاره بها بالا می رود و موجب ضرر مستاجر خواهد شد و نتیجه بگیریم که: بنابراین مداخله در اجاره دیگران هم ممنوع است، در این قیاس، بیع را اصل، اجاره را فرع، بالا رفتن نرخ را جامع (یا علت) و ممنوع بودن مداخله در اجاره را حکم گویند (1).

عنصر اول، اصل: اصل، عبارتست از موردی که نص یا قانون، حکم آن را بیان کرده باشد. در اصل رعایت سه شرط لازم است:

1- اصل به مورد خاصی محدود نشده باشد مثلاً طبق ماده 456 قانون مدنی، خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن به «بیع» اختصاص یافته، بنابراین نمی توان از این خیار در عقود دیگر مثل: اجاره، صلح و نکاح استفاده کرد و این عقود را به بیع در این مورد قیاس کرد.

2- نص یا قانون باید آن گونه باشد که بتوان علت وضع را از آن استنباط و استخراج کرد. برای بدست آوردن علت از قانون راههایی ابداع کرده اند که به آن «مسالك علت» می گویند و به آن اشاره خواهیم کرد.

3- اصل در قانون (نص) باید تصریح شده باشد، پس اگر حکم مورد سکوتی را به وسیله

ص: 163

قیاس بدست آوردیم، نمی توانیم آن را برای مورد سکوت دیگری، اصل قرار دهیم زیرا تسلسل پدید می آید و آن باطل است.

راههای استنباط علت (مسالك علت): راههای استنباط علت بر دو گونه است: اول، از نظر آنان که به حجت بودن اجماع عقیده دارند که علت وضع قانون (نص) را با رأی اجماعی به دست می آورند.

دوم، هر گاه شارع یا قانونگذار علت وضع را در خود قانون بیان کرده باشد؛ مثلاً ماده 112 قانون مدنی می گوید: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، بواسطه عدم اهلیت، باطل است». که در خود ماده علت بطلان بیان شده که «عدم اهلیت» است، و چون همین علت در ایقاعات محجورین هم متصور است، بنابراین با این که در ماده از ایقاعات ذکری نرفته می توان با قیاس ایقاعات را هم باطل دانست، و این قیاس «منصوص علت» است که شرح آن خواهد آمد.

چگونگی استنباط علت از نص: در آن جا که علت، در نص آشکارا آمده است (مثل ماده 112 قانون مدنی که در بالا آمد) جای بحثی نیست، اشکال آن جاست که علت، بصراحت نیامده باشد، در این مورد راههایی برای چگونگی استخراج علت از نص آورده اند که عبارتند از:

1 - دلالت تنبیه و ایما 2 - دلالت مفهوم موافق 3 - دلالت استنباط علت

1- دلالت تنبیه و ایما

هر گاه حکم قانونی بر وصفی استوار باشد، آن را دلالت تنبیه و ایما گویند، مثلاً ماده 840 قانون مدنی می گوید: «وصیت به صرف مال در امر غیر مشروع باطل است». این ماده در وصیت عهدی است، لکن از راه قیاس می توان آن را به وصیت تملیکی نیز تسری داد، برای استخراج علت وضع، می گویند به دلالت تنبیه و ایما، «غیر مشروع»، صفت وصیت عهدی است که علت بطلان است، پس هرگاه همین صفت در وصیت تملیکی هم باشد حکم بطلان بر آن هم جاری است، در مثال بالا- علت وضع آشکارا در نص نیست بلکه به ایما استنباط می شود و این همان عبارت مشهور است که: «تعلیق حکم بر وصف، مشعر بر علیت است» و قیاسی هم که از

ص: 164

2- دلالت مفهوم موافق (اولویت)

اگر قدر مشترک میان اصل و فرع که موجب حمل حکم اصل بر فرع می شود، در فرع بیشتر و شدیدتر باشد، آن را قیاس اولویت یا دلالت مفهوم موافق گویند، مثلاً در آیه تافیف (و لا تقل لهما أف) یعنی به پدر و مادر اف مگویید، از مفهوم موافق این عبارت بر می آید که سایر توهینها و مثلاً ایراد ضرب و جرح به طریق اولی نهی شده است، علت حکم یا وجه جامع هم روشن است، زیرا پدر و مادر باید به نهایت درجه مورد احترام فرزندان باشند. برخی قیاس اولویت را قیاس ندانسته و آن را از باب دلالت لفظی نص دانسته اند و می گویند ذکر موضوع در قضیه از باب ذکر مصداق اضعف است تا نسبت به مصداق اقوی حکم به شدت و به وجه مبالغه به کار رود.

غزالی قیاس اولویت را قیاس نمی داند، می گوید: قیاس وقتی است که فرع مورد غفلت و سکوت قانونگذار باشد و در اولویت چنین نیست، لکن سخن غزالی مصادره به مطلوب است، جانا سخن از زبان ما می گویی!

3- علت مستنبط از نص

اشاره

سومین نحوه استخراج علت، علت مستنبط است، هر گاه به دلالت تنبیه و ایما و مفهوم موافق علت به دست نیاید باید کوشش بیشتری کرد تا از راه مصلحتها و مفسدتهایی که انگیزه وضع قانون بوده، علت به دست آید، این را قیاس مستنبط علت گویند که به آن اشاره خواهیم کرد.

عنصر دوم،

فرع: فرع همان مورد سکوت قانون است، در فرع باید نص (قانون) ساکت یا مجمل باشد و علت وضع قانون در فرع هم باشد. مثلاً اجرت قیم در ماده 1246 قانون مدنی بیان شده، حال اگر اجرت وصی مسکوت باشد، علت وضع در مورد قیم، ارزش کار هر کارگر است، همین علت در فرع (اجرت وصی) هم هست، اگر قیاس شود، قیاس مستنبط العله است. در فرع اوضاع و احوالی نباشد که مانع از تاثیر علت مشترک (جامع) گردد، در مثال بالا میان وصی و موصی و موصی له معمولاً یک رابطه عاطفی وجود دارد که مانع از چشمداشت اجرت است در حالی که در قیم چنین نیست(2).

ص: 165

1- - دانشنامه حقوقی، ج 2، صفحه های 458 و 427.

2- - اجرت وصی در مواد 336 و 826 قانون مدنی بدون اعمال قیاس تعیین شده است؛ منظور ما ذکر مثال بوده است.

حکم (فتوا): حکم اصل باید از نص حاصل شود و مستقیم به دست آید نه غیر مستقیم و از امور تعبدی مانند عبادات نباشد.

عنصر چهارم،

جامع یا علت: جامع یا علت، قدر مشترک میان اصل و فرع است، علت باید وصفی روشن و آشکار باشد نه مبهم، تا بتوان با محک آن فرع را به علت عرضه کرد، علت باید چنان باشد که حکم اصل با اثبات آن اثبات و با نفی آن نفی شود و نیز مناسبت ذاتی میان علت و حکم اصل موجود باشد و همین مناسبت ذاتی است که شرط را از علت جدا می کند زیرا در شرط مناسبت ذاتی با مشروط ممکنست موجود نباشد.

چگونگی استخراج علت (جامع): برای بدست آوردن علت چند راه وجود دارد:

1- سبر و تقسیم 2- مناسبت 3- قیاس شبه

1- سبر و تقسیم

1- سبر و تقسیم (1) سبر به معنی آزمایش و اختبار و نیز غوررسی و تجزیه و تحلیل است و تقسیم آن است که اوصاف متعددی را که گمان می رود علت حکم اصل است، برگزینند و هر وصف را در برابر حکم اصل بسنجند تا ببینند تناسب ذاتی میان آن وصف با حکم اصل هست یا خیر؟ و یکایک وصفهایی که شایستگی ندارند، حذف کنند تا سرانجام آن علتی بماند که شایسته علت بودن باشد مثلاً در مورد علت حرمت خمر، وصفهای: رنگ، طعم، میعان، تلخی، گرفتنش از انگور، مسکر بودن وجود دارد؛ بجز وصف اخیر بقیه وصفها در دیگر شربتها هم هست پس علت باید همان مسکر بودن باشد. این کار همان تحلیل (آنالیزه کردن) فرنگی هاست (2) حاج ملا هادی سبزواری در «لئالی» به استخراج علت حکم با سبر و تقسیم که نتیجه آن نفی مدخلیت اوصافی است جز وصف واحد اشکال کرده است، از جمله این که در اوصاف مذکور، حصر عقلی وجود ندارد تا از نفی عده ای از آنها اثبات واحدی از آنها باشد و بنابراین احتمال وصف دیگر نیز می رود که آن علت حکم باشد.

تتقیح مناط: قیاسی که علت آن از راه سبر و تقسیم به دست آید، «تتقیح مناط» نامیده شده است، و

ص: 166

1- منجدالطلاب، ص 318.

2- دانشنامه حقوقی، ج 2 ص 488.

آن یا قطعی است و یا ظنی، اگر قطعی باشد آن را «قیاس جلی» وگرنه به آن «قیاس خفی» گویند.

مثلاً ماده 218 قانون مدنی: «هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست» علت عدم نفوذ، فرار از دین است، اکنون اگر ایقاعی هم (مانند ابرا) به همین قصد باشد، می توان قیاس کرد و آن را غیر نافذ دانست، پس تنقیح مناط یکی از اقسام قیاس منصوص العله، و از اصطلاحات امامیه است.

2- طریق مناسبت

هر گاه برای بدست آوردن علت (جامع) بدون در پیش گرفتن راه دراز «سبر و تقسیم» به طور مستقیم وصفی را برگزینند به گمان این که علت حکم است و با اصل مناسبتی دارد آن را «تخریج مناط» گویند، اعتبار این قیاس بمراتب از تنقیح مناط کمتر است و امامیه آن را نپذیرفته اند.

3- قیاس شبه

هر گاه وصفی بدون سبر و تقسیم و بدون داشتن مناسبت با اصل، از روی حدس و گمان علت برای حکم اصل قرار داده شود، اگر ایجاد ظن برای قیاس کننده کند به آن قیاس مناسبت می گویند و اگر ظن هم ایجاد نکند قیاس شبه نام می گیرد قیاس شبه را هیچ یک از مکتبهای فقهی نپذیرفته اند.

ویژگیهای امامیه در باب قیاس

محقق قمی عقیده دارد که: «قیاس منصوص العله قیاس نیست بلکه نتیجه این قیاس در واقع جزئی از مدلول عبارت قانونگذار است و قیاس اولویت هم قیاس نیست زیرا مفهومی که از عبارت قانونگذار به دست می آید به گونه دلالت التزامی از آن مستفاد می شود» می بینیم که به حجت بودن هر دو قیاس اعتقاد دارد لکن بحث در نامیدن این روش استنباط است که از کلمه قیاس بشدت اجتناب کرده اند و این روشهای استدلال را به «فحوای خطاب» و «لحن خطاب» و «مفهوم موافق» و «وحدت ملاک» و «دلالت لفظی» و «استنباط از نص» نامگذاری کرده اند. آنان نهی امام را از همه مصادیق قیاس به معنای حقیقی آن دانسته اند و بنابراین در همه مواردی که از قیاس تا کنون یاد کردیم، آن را با تغییر اسم و عنوان در عمل به کار می برند.

سید مرتضی علم الهدی (متوفای 436) قیاس را بکلی بی اعتبار می داند و مثلاً می گوید، در سبر و تقسیم، حرمت شراب بواسطه اسکار نیست، زیرا امکان دارد که اسکار مختص شراب علت حرمت باشد نه مطلق مسکر بودن هر مشروبی!

و با این بیان راه قیاس دیگر مشروبهای الکلی را به شراب ظاهراً می‌بندد، علامه در پاسخ او می‌گوید: این سخن مانند آن است که پدری به فرزند خود بگوید از این گیاه مخور زیرا زهرآلود است، بدیهی است اقتضای این سخن آن است که هر گیاه زهرآلود دیگر هم مشمول همان نهی باشد، لکن سخن «علامه» در صورتی بجاست که علت، ظاهر و آشکار باشد، نه این که از راه سبر و تقسیم و تجزیه و تحلیل به دست آید، و ظاهراً عقیده «سید مرتضی» به نصی بر می‌گردد که علت در آن نیامده باشد، اما شیخ بهایی در «زبدہ الاصول» آشکارا قیاس اولویت و منصوص العله را حجت می‌داند و معتبر می‌شناسد، لکن در قیاس مستنبط العله تردید می‌کند (1) گفته شد، امامیه برای قیاسها واژه‌های دیگری به کار برده‌اند از جمله آنها «وحدت طریق مسألتین» (دو مسأله در طریق واحد) یا وحدت ملاک و مناط است مثلاً نص قانون مدنی می‌گوید: «ولی قهری اطفال می‌تواند مال صغیر را برای خود بخرد». می‌گویند وصی هم در اجرای وصیت می‌تواند مورد وصیت عهدی را برای خود بخرد، زیرا طریق هر دو مسأله یکی است، این را می‌گویند وحدت ملاک، اما اگر بدرستی درنگ کنیم، نوعی قیاس «مستنبط العله» به کار رفته است.

امید است این گفتار چشم اندازی از این مبحث با ارزش را مجسم کرده باشد.

ص: 168

استحسان در لغت چیزی را نیکو شمردن است و در اصول فقهی ابوحنیفه و پیروانش، عدول از نتایج قیاس به هنگامی که این نتایج با مصلحتهای مردم تباین پیدا کنند.

مثال: شخص می تواند بدون دانستن اندازه و ارزش آب یا صابونی که در حمام مصرف می کند و ذکر مدتی که در حمام می ماند، در مقابل اجرت معین به حمام در آید، در حالی که این مخالف است با قاعده اجاره که مبتنی بر علم بعوضین و ذکر اجل است، استحسان با استصلاح اصحاب مالک شباهت بسیار دارد(1).

حنفیان، استحسان را در ردیف کتاب و سنت بعنوان یک منبع حقوقی یاد کرده اند. غزالی در تعریف استحسان گفته است: استحسان عبارت است از این که مطلبی به ذهن مفتی و مجتهد خطور کند و او به عقل خویش آن را نیکو بداند(2).

در گفتار چهارم «عقل» گفته شد که مالکیان و حنفیان عقل را به عنوان یک منبع حقوقی نمی شناسند، و اگر تعریف بالا را بپذیریم، لازم می آید که این دو مکتب نیز مانند امامیه به حسن و قبح عقلی اعتقاد داشته باشند.

برخی دیگر استحسان را چنین تعریف کرده اند: دلیلی است که در ضمیر مجتهد خطور کند لکن

ص: 169

1- - دایره المعارف فارسی، لغت استحسان؛ و نیز ن. ک به ماده 337 قانون مدنی ایران در باب استیفاء .

2- - مکتبهای حقوقی در اسلام، ص 153.

قابل بیان نباشد! (یدرک و لا یوصف)(1).

به این تعریف هم ایراد شده است که شاید وهم و خیال به ذهن مجتهد خطور کند! بعضی گفته اند: استحسان عبارتست از این که فقیه به حسب ذوق و به صرافت طبع خود، نزدیکتر به حق و عدالت را تشخیص دهد و اگر چیزی را به نظر خود ناسازگار با حق و عدالت دید آن امر حرام خواهد بود، این تشخیص به نظر اهل تسنن «حجت» است.

بر این تعریف نیز انتقادهای بالا وارد است، زیرا طبع و ذوق، مرز و حدود مشخصی ندارد.

ابوالحسن کرخی چنین گفته است: «استحسان این است که در مسأله ای از حکمی که مسائل همسان و همانند آن دارند، چشم پوشی کنیم و حکم دیگری در آن باره بدهیم، بواسطه دلیل قویتری که مقتضی آن است .

مثلاً هر گاه کسی حیوان متعلق به دیگری را مشرف به مرگ ببیند و آن را سر ببرد که گوشت آن حلال باشد، این کار بدون اذن مالک اتلاف مال غیر و موجب ضمان است و حال آن که استحسان و رعایت مصلحت ایجاب می کند که این کار جایز و بدون ضمان باشد(2)».

مثال دیگر: می دانیم طبق قاعده کلی در فقه اسلام تصرفات مالی سفیه، در اموال خود نافذ نیست، در صورتی که ولی یا قیم او آن را تنفیذ کند و صحه بگذارد، صحیح می شود و اگر رد کند باطل می گردد، اکنون مسأله این است که هر گاه سفیهی وصیت کند که مقداری از اموالش را در کار خیری مصرف کنند، آیا چنین وصیتی صحیح است؟ بر طبق قاعده باید غیر نافذ باشد، لکن حنفیان آن را صحیح می دانند و به «استحسان» متمسک می شوند و می گویند: غرض از ممنوع ساختن سفیه از تصرف در اموالش این است که به زیان خود کاری نکنند تا نادار و درمانده نشود و سربار دیگران و جامعه نشود، اینها همه برای زمان حیات او هدفهای درستی است، اما اگر وصیت او را در کار خیری پس از مرگش بپذیریم، چه زبانی بر او وارد می شود و چه اثر بدی بر دیگران یا جامعه باقی می گذارد؟ هیچ، پس بهتر است که بر خلاف قیاس و قاعده چنین وصیتی را بر مبنای «استحسان» درست بدانیم(3). حاصل این که «مالک بن انس» و «ابوحنیفه» آن قدر به استحسان فتوا دادند، که گفته شده 109 علم فقه استحسان است. ابن عربی مالکی گفته است:

ص: 170

1- - «دلیل ینقده فی نفس المجتهد لا یقتدر علی اظهاره لعدم ماعده العبارة عنه»، همان مأخذ، ص 153؛ فرهنگ اصطلاحات فقه، ص 51.

2- - مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص 172.

3- - همان کتاب، ص 174.

استحسان نزد ما (مالکیان) و حنفیان عبارت است از عمل کردن به قوی ترین دلیل.

مقتضای استحسان آنست که استدلال آزاد را بر قیاس ترجیح دهیم، نه این که بر خلاف قیاس و بی دلیل و صرفاً به میل و دلخواه خود حکمی کنیم... مبنای قیاس اینست که مقصود و منظور شارع را در موارد نظیر و مشابه رعایت کنیم، لکن هر گاه رعایت این مقصود منجر شود به از بین رفتن مصلحتی یا گرفتار شدن به مفسده ای، برای رفع عسر و حرج از قاعده استحسان یاری می جوئیم و مصلحت مورد خاص را بر قاعده کلی مقدم می داریم(1).

تعریف دیگری از استحسان شده است: استحسان عبارت است از صرف نظر کردن از نتایج قیاس هنگامی که با توجه به روح حکم شارع (قانون) آن نتیجه زیان آور یا نامطلوب دانسته شود. در واقع با این تعریف حل مسائل بر وفق مقتضیات زندگی روزمره باید به عمل آید. ابوبکر سرخسی در کتاب المبسوط می گوید(2): «استحسان ترک عسر و اختیار یسر است» و آن را از آیه: «یریدالله بکم الیسر ولا یرید بکم العسر» استنتاج کرده است امام سرخسی که از فقیهان حنفی است می گوید: اگر کسی دیگری را وکیل در طلب دیون و مطالبات خود کند و پس از عقد وکالت، طلب جدیدی پیدا کند، این طلب مشمول عقد وکالت مذکور، به حسب قیاس نیست، لکن به حسب استحسان هست. عده ای از حقوقدانان حنفی در مجله الاحکام (قانون مدنی دولت سابق عثمانی) قاعده مرور زمان و عدم استماع دعوی را پس از گذشت زمانی طبق قانون، بر اساس استحسان صحیح دانسته اند، زیرا منع استماع دعوی در دادگاه نه بر اساس قیاس است و نه بر اساس نص(3).

اما به نظر می رسد که نشیندن دعوی باید از باب قاعده «اعراض از حق» باشد که بر اساس «قاعده غلبه» و «دلیل ظن» استوار است.

قاعده «اعراض از حق» بر این استوار است که هر شخصی چون حق دارد که از اموال خود به هر نحو که بخواهد طبق قانون بهره برداری کند بدین گونه دارای حق سلب حقوق از خود نیز هست. به قول هگل: «چون مال فقط به سبب اجرای اراده مالک آن، مال است، اگر اراده نسبت به مال مجری نشود آن مال بخودی خود بی صاحب می شود. این اصل، اساس منطقی قانون مرور زمان است. پس می توان حق مرور زمان را از صورت معقول استنتاج کرد و به همین دلیل آن را

ص: 171

1- همان کتاب، ص 174.

2- فرهنگ اصطلاحات فقه، ص 49.

3- آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج 3، ص 23.

باید حاصل ضرورت منطقی دانست نه مصلحت اندیشی اجتماعی(1)). لکن به نظر می رسد، این قاعده علاوه بر مبنای عقلی، بر مصلحت اندیشی اجتماعی نیز استوار باشد، در کتابهای فقه از طرفی بابتی بر عدم مشروعیت مرور زمان باز نشده و از طرفی بصراحت نیز مرور زمان نهی نگردیده و آنچه از سنت درباره قابل استماع بودن دعوی آمده نیز بدون مخصص نمی تواند باشد (ما من عام الا و قد خص) وانگهی اطلاق و عموم همواره منصرف بفرد اکمل و شایع است، فرد شایع دعوی، دعوایی نیست که بیست سال از منشأ آن گذشته باشد و شاکی با علم و اطلاع از منشأ حق و توانایی اقامه دعوی آن را طرح نکرده باشد، احیای اراضی موات در فقه بی شباهت به این قاعده نیست، سکوت نص (قانون) همواره با نهی ملازمه ندارد بلکه آنچه ممنوع نشده مجاز و مباح است، شیخ صدوق در کتاب احیای موات در باب حکم «من عطل ارضاً ثلاث سنین» چنین گفته است: «اعلم ان من ترک داراً او عقاراً او ارضاً فی ید غیره فلم یتکلم و لم یطلب و لم یخاصم فی ذلک عشر سنین فلا حق له» و مستند شیخ صدوق روایت و خبر متواتری است به این عبارت: «ان الارض لله جعلها و قفاً علی عباده فمن عطل ارضاً ثلاث سنین متوالیه لغیر عله اخذت من یده و رفعت الی غیره و من ترک مطالبه حق له عشر سنین فلا حق له(2)» به هر تقدیر بررسی در مبنای فقهی و فلسفی قاعده مرور زمان چه در امور کیفری و چه در امور مدنی ما را از مسیر اصلی بحث (استحسان) بیرون می کند و بنابراین به همین اشاره کوتاه در این جا بسنده می کنیم.

دلایلی اعتبار و حجیت استحسان

الف - قرآن (کتاب):

1 - آیه 56 سوره زمر: «از بهترین آنچه خداوند برای شما فرو فرستاده است، پیروی کنید»، استحسان به معنی خواستن بهترین هاست، و در این آیه مردم را به آن فرمان داده است، آن هم در بهترین فرمانها و آیه های آسمانی.

2 - آیه 185 سوره بقره و آیه 18 سوره زمر به یک عبارت آمده اند: «مژده ده به آن بندگان من که به گفتار گوش فرا می دارند و بهترین آنها را پیروی می کنند، و آنان کسانی هستند که خدا راهنمایی شان کرده و آنان خردمندند».

ص: 172

1- - فلسفه هگل، ص 537.

2- - آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج 3، ص 26، به نقل از رساله مرور زمان از نظر فقه اسلامی، چهار رساله، صفحه های 163 تا 167.

3 - آیه 181 سوره بقره: «خداوند برای شما آسانی خواهد نه سختی و مشقت!»،

4 - آیه 78 سوره حج: «در مقام تکلیف، خداوند بر شما رنج و مشقت نهاده است». و همچنین آیه 32 سوره نساء: «بیریدالله ان یخفف عنکم و خلق الانسان ضعیفا».

ب - سنت:

از ابن مسعود نقل شده که پیامبر فرمود: «ما رأه المسلمون حسن فهو عند الله حسن» هر چه را که مسلمانان نیکو شمارند، در نزد خداوند نیز نیکو خواهد بود.

اما آنچه از این حدیث فهمیده می شود آن است که اتفاق و هم‌رأیی همه مسلمانان بر نیکو شمردن امری معتبر و حجت است نه فتوای یک فرد، استحسان همه مسلمانان نه استحسان یک فرد. به نظر می رسد مستفاد از حدیث مذکور، اعتبار دادن به عرف و عادت باشد نه این که پایه فتوا و استنباط قرار گیرد.

ج - عقل:

پی بردن به مصلحت‌های شرعی از راه قیاس گاه منجر به نتایج نامطلوبی می شود، بدین معنی که مصلحتی ظلم و ستم را تقویت کند یا مفسده ای قطعی را موجب شود، عقل حکم می کند که باید آن قیاس را کنار گذاشت و به مقتضای مصلحت و استحسان رفتار کرد(1).

در واقع استحسان همان گونه که روشن است، همان نظر اصحاب رأی است که در سراسر سده اول هجری معمول بوده و پیش از «قیاس» نیز به کار می رفته است، تا جایی که عده ای رأی و قیاس را به یک معنی به کار برده اند(2). و درست همان تعریفی از «رأی» شده که از استحسان شده است.

اقسام استحسان

برخی استحسان را به چهار گونه تقسیم کرده اند:

1 - «استحسانی که دلیل آن حدیث است مانند بیع سلم که مقتضای قیاس بطلان آن است زیرا بیع معدوم است، لکن مقتضای استحسان جواز آن است به علت حدیث نبوی(ص): «من أسلف فی شیء فلیسلف فی کیل معلوم و وزن معلوم الی اجل معلوم».

2 - استحسانی که دلیل آن اجماع است مانند استصناع بدین معنی که انسان به کفاشی مثلاً سفارش دهد که یک جفت کفش برایش بدوزد با ذکر خصوصیات و قیمت آن؛ در این جا مقتضای قیاس عدم جواز است زیرا چنین معامله ای در اصطلاح فقه «بیع ما لیس عندالانسان» و آن

1- مبانی استنباط ، با تلخیص و تصرف، ص 177.

2- مکتبهای حقوقی در اسلام، ص 173.

به موجب حدیث نبوی (ص) منهی و ممنوع است، لکن استحسان جواز آن را ایجاب می کند از جهت وجود اجماع بر صحت آن.

3 - استحسانی که مستند آن ضرورت است مانند «تطهیر اوانی» هر گاه متنجس شود که در این جا قیاس پاک نشدن آنهاست زیرا فشردن آنها برای خروج نجاست ممکن نیست اما به حکم ضرورت باید گفت که طهارت آنها مستحسن است.

4 - استحسانی که مستند آن قیاس خفی است، مانند: «سور سباع طیر» یعنی آب نیم خورده پرندگان درنده که قیاس جلی مقتضی نجاست آن است از جهت حرام گوشت بودن چنان که «سور سباع بهائم» یعنی آب نیم خورده چهارپایان درنده نجس است لکن قیاس خفی مقتضی طهارت است بدان جهت که سباع طیر بوسیله منقار آب می نوشند و منقار استخوانی طاهر است به خلاف سباع بهایم که بر دهان آب می نوشند و لعاب نجس آنها با آب می آمیزد. و به بیان دیگر قیاس آنها بر جانوران درنده مقتضی نجاست و قیاس آنها بر آدمی که او نیز غیر مأکول اللحم است مقتضی طهارت است (1)».

عقیده امامیه

« در کتاب قوانین الاصول، استحسان را از ادله ای معرفی می کند که عامه به آن استدلال کرده اند و سپس آن را چنین توجیه می کند:

استحسان عبارت از رجحانی است که مستند به دلیل شرعی نباشد یا عبارت است از عدول از دلیل شرعی به عادتی که شرعاً معتبر نیست. اما رجوع و عدول به عادتی که شرعاً معتبر است استحسانی باطل و مردود نیست زیرا چنین عادتی مانند اجماع بلکه خود اجماع است مانند دخول در حمام بدون تعیین مدت مکث و مقدار مصرف آب که مخالف با قاعده اجاره (مبتنی بر علم به عوضین و ذکر اجل) است اما عادت بر آن جاری است.

بالجمله قسم اول باطل است زیرا اولاً- دلیلی بر اعتبار آن نیست ثانیاً مفید ظن به حکم شرعی نیست ثالثاً اجماع امامیه و اخبار آنان بر بطلان آن دلالت دارد (2)».

در خاتمه در مقام مقایسه با حقوق عرفی نظام انگلوساکسون می توان گفت که «استحسان» در حقوق اسلامی با «انصاف» در نظام حقوقی عرف و سابقه انگلیس دارای شباهتهای بسیاری

ص: 174

1- فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، ص 50.

2- همان مأخذ ص 52.

است. و این مقایسه می تواند موضوع بحثی جداگانه باشد که بسیار مفید است لکن از انگاره این گفتار بیرون است(1).

2- استصلاح (مصالح مرسله)

استصلاح در لغت به معنی چیزی را مناسب یا به صلاح دانستن است، مصالح جمع مصلحت و مرسل در مقابل مقید به معنای رها و آزاد است، در اصول فقهی «مالک بن انس» عدول و صرف نظر کردن از نتایج قیاس نظر به مصالح مردم است، نمونه آن اجازه ای است که به صرافان می دهند تا پول کاغذی یا فلزی را با زیاده یا نقصان با یکدیگر معامله کنند، از آن جهت که این کار به صلاح مردم است، در صورتی که اگر دیگران چنین معامله ای کنند ربا و حرام است! بنابراین استصلاح، شبیه استحسان ابوحنیفه است. پس هر گاه متن قانون (نص) که در اسلام عبارت است از کتاب و سنت، به رعایت مصلحتها تصریح نکرده باشد، به این اصل متوسل می شوند، می گویند مصالحی که سابقه ای در اسلام ندارد باید مجاز شناخته شود واز آنها حمایت گردد.

غزالی از مصلحت چنین تعریف کرده است: «هدف شرع، حمایت از دین، جان، عقل، نسل و مال مردمان است. هر آنچه متضمن حمایت از این پنج اصل باشد مصلحت نامیده می شود و هر آنچه ناقض آنهاست مفسدت است(2)».

چند مثال برای استصلاح:

1 - حکم به انحلال زوجیت بین غایب مفقودالاشر و زوجه او، در صورتی که زوجه او بخواهد، براساس رعایت مصلحت در مذهب مالکی مجاز است، هر چند زوجه از جهت نفقه در زحمت نباشد.

2 - فقهای متأخر حنبلی و حنفی فتوا داده اند که تصرفات مالی بدهکاری که بدهی وی بیش از داراییش باشد غیر نافذ است، مبنای این حکم رعایت مصالح مرسله است.

3 - پس از تاسیس ادارات ثبت اسناد و املاک در کشورهای اسلامی، برخی از فقیهان حنبلی و حنفی فتوا دادند که معاملات اموال غیر منقول مادام که ثبت نشده باشد، موجب انتقال عین یا منفعت آن به خریدار و منتقل الیه نیست، این فتوا نیز بر اساس رعایت مصلحت (جلوگیری از معاملات معارض و تولید اختلاف میان مردم) صادر شده است.

ص: 175

1- کلیات حقوق تطبیقی، ص 58 به بعد.

2- مجله کانون وکلا، شماره 116، ص 55.

به هر صورت استصلاح را مخصص نص (قانون) قرار می دهند، یعنی قانون عام (نص) با وجود قانون خاص (مصلحت) منافاتی ندارد (ما من عام الا وقد خص) اساس قانونگذاری و اجتهاد در اسلام بر رعایت مصلحتها و مفسدتها استوار است، می توان گفت که شاید تقریباً همه فرقه های اسلام بجز اخباریان و ظاهریان با «استصلاح» نظر موافق داشته باشند.

و اما در مورد امامیه پیش از این در گفتار «عقل» در باره حسن و قبح عقلی و این که تابع مصلحتها و مفسدتهای اجتماعی است، بحث بسیار کرده ایم، همه آن بحثها بر اساس اعتبار استصلاح است، ضرورتهایی بر حسب زمان و مکان پیش می آید که مصلحت اجتماعی ایجاب می کند که آنها مورد توجه قرار گیرد، اصل «الضرورات تبیح المحظورات» و قواعد دیگری که از «عقل» استنباط شده اند همگی نازل منزله و عبارت اخرای اصل استصلاحند، «عقد بیمه» در شرع بظاهر نصی ندارد، مصلحت مردم در این زمان ایجاب می کند که جایز باشد. هر چند که می توان «عقد بیمه» را با توجه به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» از عقود شرطی دانست و آن را بر این اساس تجویز کرد.

عقد بیمه را علاوه بر عقود شرطی شاید بهتر باشد که به «ضمان جریره» تشبیه کرد که بموجب آن عقدی است که یکی از طرفین عقد، مسئولیت جرائم مستلزم دیه را نسبت به طرف دیگر عقد می پذیرد با این شرط که از او ارث ببرد، شخصی که ضامن جریره می شود باید وارث قانونی مضمون عنه نباشد، در واقع ضمان جریره از سنخ بیمه مسؤولیت است.

غزالی در «کیمیای سعادت» سخن از بدعت بد و بدعت نیک به میان آورده و رعایت بسیاری از عرفها را از باب رعایت مصلحت، جزء بدعتهای نیکو شمرده است، قاعده مرور زمان را علاوه از آنچه در بحث استحسان آوردیم، برخی با اصل استصلاح تجویز کرده اند.

همه فقیهان قریب به این مضمون گفته اند که: زیر بنای شریعت مصلحت مردم است، ما در بحث «عقل» اشاره کردیم که «معتزله» از نخستین پاسداران ارزشهای عقلی در فقه و علم کلام بودند، آنان با ژرف بینی عجیبی همه آنچه را که از جانب خدا آمده است مبتنی بر مصلحت و عدل می دانستند و در شریعت قایل به حسن و قبح عقلی و ذاتی بودند، تا آن جا که هر گاه «قیاس» با مصلحتهای اجتماعی تعارض پیدا می کرد، مصلحت را مقدم می دانستند.

از فقیهان حنبلی «نجم الدین طوفی» (متوفای 716 هجری) چنین گفته است: احکام شرع بر دو دسته اند: عبادات و معاملات؛ عبادات از حقوق خاصه شارع است و مصلحت آدمی نمی تواند تغییری در آن بدهد، لکن در مورد معاملات به نظر «طوفی» شارع نظر خاصی ندارد جز تامین

مصلحت مردم. پس هر گاه حکم شرع در معاملات با مصلحت تطبیق نکند و جمع میان آن دو میسر نشود، مصلحت به حکم عمومی شرع باید مقدم شمرده شود(1).

«طوفی» بر تهور آمیز بودن نظر خود توجه داشته و بصراحت می گوید که این نظر با آنچه دانشمندان درباره «مصلح مرسله» گفته اند فرق دارد و تندتر از آن است، لیکن در پاسخ اعتراض مقدر آنان می گوید: نتیجه و دستاورد روش ما تعطیل شرع نیست بلکه روش شما مقدم داشتن دلیل شرعی بر دلیلی قوی تر از آن است(2). به هر حال او مصلحت اجتماعی را قویتر از دلیل شرعی می داند اما به نظر می رسد که مصلحت اجتماعی از مصادیق قاعده «لاضرر» باشد که ما در مبحث عقل به آن اشاره کردیم.

اندیشه های حقوقی «طوفی» در «هفته فقه اسلامی» در سال 1380 هجری در معرض داوری حقوقدانان دنیا گذاشته شد، عجیب است که عده ای از دانشمندان اهل تسنن «طوفی» را متهم به «شیع» کردند از جمله استاد محمد ابو زهره(3)! مصلح مرسله بر سه دسته است:

1 - مصلحتهای ضروری مانند حفظ و نگهداری: دین، جان، عقل، نسل و مال که در تعریف «غزالی» از مصلحت نیز آمده است مثل: نماز و روزه و زکات و جهاد و غیره.

2 - نیازمندیها که عبارت است از هر عمل و تصرفی که آدمی برای گشایش امور زندگی خویش و رفع عسر و حرج از خود لازم بداند.

3 - کمالها: هر عمل و تصرفی که ترک آن موجب دشواری زندگی نمی شود لکن انجام آن از مکارم اخلاق و آداب نیک شمرده می شود.

به نظر می رسد که استحسان و استصلاح از روشهای استنباط است در نظامهای دیگر حقوقی نیز از منابع حقوق شمرده نشده اند.

ص: 111

ص: 177

1- «و ان تعذر الجمع بینهما قدمت المصلحه علی غیرها لقوله ص لا ضرر و لا ضرار و هو خاص فی نفی الضرر المستلزم لرعايه المصلحه فیجب تقدیمه ..».

2- «فان قیل حاصل ما ذهبتم الیه تعطیل الشرع بقیاس مجرد و هو کقیاس ابلیس فاسد الوضع و الاعتبار قلنا هذا وهم و اشتباه من نائم بعید الانتباه و انما هو تقدیم دلیل شرعی علی اقوی منه ..».

3- مجله کانون وکلا، شماره 116، مقاله دکتر محمد علی موحد، زیر عنوان: طوفی و نظر تهور آمیز او در نص شرعی و مصلحت اجتماعی؛ مختصر حقوق مدنی، ص 3.

ذرایع، جمع ذریعه و بمعنی وسیله است، به نظر هواداران مکتب سد ذرایع: مقدمات هر واجب، واجب و مقدمات هر ممنوع، ممنوعست، ازین اندیشه تعبیر کرده اند به «سد ذرایع» یعنی مانع ایجاد کردن در سلسله وسایط، قانون وسیله برای مقصود است، که برقراری نظم و عدالت فردی و اجتماعی است، همین قدر که یک فرع فقهی مصداق خارجی پیدا کرد، کار تمام نیست، باید دید که با «صدق» آن غرض و هدف قانون، که عدالت است، پدید آمده است یا خیر؟ نباید درچنگ فروع، اسیر ماند و از هدف و غایت قانون غفلت کرد، در جامعه اصل غایی بودن حرکتها فرمانرواست، در حالی که در طبیعت اصل علی بودن.

در گفتار نخست از بخش اول این کتاب در این باب اشاره هایی رفته است که برخی قانون را وسیله و آلت برای برقراری نظم و عدالت دانسته اند و بنابراین نسبت به آن نظر «آلی» داشته و آن را آلت تحقق عدالت می دانند، در واقع قانون جنبه طریقت دارد نه موضوعیت؛ حقوق از قانون پدید نیامده بلکه قانون باید حقوق را رعایت کند، جامعه ها پیش از پدید آمدن دولت و قانون، دارای حقوق بوده اند، حقوق مقدم بر قانون، اصل مقدم بر فرع، و هدف مقدم بر وسیله است، اگر قانون وسیله ستم و انحراف و بدبختی قرار گرفت، آیا باید آن را محترم شمرد و به کار برد یا باید آن را از میان برداشت؟ هیچ گاه نباید هیچ چیزی را به عنوان حقیقت بپذیریم، مگر این که چنان روشن و بدیهی باشد که وجدان آدمی آن را به شهود دریابد و در خوبی و سودمندی و درستی آن جای هیچ گونه شکی باقی نماند، چه سخن عمیقی است که: آن کس که درمقابل قواعدی که دشمن می سازد، تسلیم شود هرگز پیروز نخواهد شد. چرا؟ زیرا قواعد و قوانین ساخته دست دشمن

به هیچ وجه هدف ما را تأمین نمی کند، از این رو در جنگ، حيله را روا دانسته اند.

شاید گفته شود که از نظر مذهب، غایت زندگی، هدفهای روحانی و معنوی آن است لکن باید گفت صرف نظر از این که در جامعه ای که عدالت اجتماعی فرمانروا نباشد، هدفهای روحانی نیز پایمالند، اساساً هدفهای روحانی و معنوی به هیچ وجه منافاتی با غایت‌های عدالت و انصاف ندارد، توجهی به معنای لغوی شرع و شریعت که به معنای طریق و راه است، مؤید این نظر است، و از این رو این جمله نزد فقیهان زبانزد است که: «خذالغایات واترک المبادی».

بدیهی است، زندگی فرد نباید وسیله بهره‌وری اقتصادی و گردآوری سرمایه باشد، این وضع مایه انزجار طبع آدمی است، زیرا که حقیقت زندگی انسان با معنویات و عروج بسوی کمال وابستگی مستقیم دارد از این رو، مادیات هدف اصلی نیست، بلکه برای هدف کمال معنوی ضرورت دارد بنابراین، نمی توان از هدف حقوق یعنی عدالت اجتماعی چشم پوشید.

خرید و فروش اسلحه به خودی خود نه کاری خوب است و نه بد، این هدف است که آن را توجیه می کند، اگر فروش اسلحه به دشمن باشد، حرام است و فروشنده اگر به عمد مرتکب آن شده باشد، جنایت کرده است و باید به کیفر برسد. اما با این همه وسیله دانستن قانون در اسلام و نظر آلی بدان داشتن به هیچ وجه مستلزم این نیست که هر وسیله بدی برای رسیدن به هدف به کار گرفته شود، در جنگ صفین وقتی فرات به چنگ سپاهیان علی افتاد و معاویه آب خواست، حضرت به دشمن اجازه آب برداشتن داد، زیرا این وسیله ای نبود که از آن بتوان بنفع هدف مسلمانان که شکست دشمن داخلی بود، استفاده کرد.

پیش از این در گفتار چهارم (عقل) گفته شد، که اموری که بخودی خود بدیهی نیستند لکن تحقق امور واجب یا رفع ظلم بستگی به وجود آنها دارد، «استلزامهای عقلی» هستند، «سد ذرایع» شباهت بسیار با «استلزامات عقلی» دارد، اما با این همه تفاوت‌هایی هم با آن دارد که بدان اشاره میکنیم.

استاد جعفری لنگرودی می نویسد: «هرگاه فعل معینی مباح باشد لکن غالباً انجام دادن آن مفسده به بار آورد، از باب سد ذرایع باید آن فعل را ممنوع، تلقی کرد، در این جا نصی وجود ندارد که عقل، راجع به لوازم آن بیندیشد. مثال: در عصر ما بسیاری از ممنوعیت‌های رانندگی نخست جزو مباحات بود که چون غالباً منشأ خسارت و ضرر می شد به فکر افتادند و از باب سد ذرایع آنها را ممنوع اعلام کردند(1)».

ص: 179

1 - ذریعه (وسیله) باید فعل یا ترک فعل باشد.

2 - ذریعه باید وسیله انجام فعل دیگر (یا ترک فعل) و یا وسیله نیل به هدفی باشد.

3 - ذریعه نباید خود حکم خاصی (مستقل از هدف و غایتش) داشته باشد.

بنابراین نکاح محلل هر چند که ذریعه برای تحلیل زوجه نسبت به زوج سابق است، اما خود این نکاح از نظر این که (ولو اینکه غالباً در این گونه ازدواجها) زوج محلل، قصد دوام ندارد، حکم خاص دارد بنابراین از بحث ذریعه خارج می شود(1).

عقاید موافق و مخالف

مالکیان و حنبلیان از طرفداران این مکتبند، و به همین سبب بیع شرط را چون برای تجویز ربا به کار می رود حرام می دانند. حنفیان و شافعیان موافقت آشکاری با «سد ذرایع» نکرده اند، امامیه هم بصراحت مخالف آن نیستند، اما چون با قبول حسن و قبح عقلی، عقل را ناتوان از درک مصلحتها نمی دانند بنابراین باید «سد ذرایع» را بپذیرند.

اصولاً مذهب مالکی و حنبلی معتقد به اصول خشک و لایتغیر است، در حالی که در مذهب حنفی و شافعی نرمش بیشتری به چشم می خورد.

اجتهاد «عمر» در صرف اراضی مفتوح عنوه و منع نکاح منقطع و مقررات «عول»، شاید از باب «سد ذرایع» پدید آمده باشد(2).

با توجه به این که «سد ذرایع» دارای گسترش بی اندازه ای است و قواعد و قوانینی منضبط ندارد بنابراین بسیاری از فقیهان با آن به ناسازگاری برخاستند زیرا آن را موجب دخالت و تشریح بیش از حد در قلمرو شرع می پنداشتند.

شاید در آینده درباره این منبع یا روش استنباط و اجتهاد، پژوهشهای بیشتری به عمل آید و حدود و ضابطه های دقیقتری برای آن کشف و تعیین شود.

ص: 180

1- همان کتاب، ص 166 و 169.

2- همان ص 169.

اشاره

گفتار مربوط به عرف و عادت را در سه بخش جداگانه مرور خواهیم کرد: در بخش نخست مفهوم عرف و عادت را در روانشناسی و در بخش دوم در حقوق امروز دنیا و در بخش سوم در فقه اسلامی بررسی می کنیم.

1- عرف و عادت در روانشناسی

اشاره

افعال و حرکات موجودات از «تک سلولی» تا آدمی که کاملترین نوع حیوان است بر چهار دسته است: انعکاسی، غریزی، عادی، ارادی.

الف - حرکت انعکاسی:

جنبشی است غیرارادی که در همه جانوران و از جمله انسان دیده می شود، با تحریک عصب حشره ای، حیوان واکنشی می کند که قابل پیش بینی است و یکسان و یکنواخت و با قالب و «الگوی» معین است، به هنگام برخورد ناگهانی چشم با نور شدید، مردمک چشم زیر تأثیر نور واکنشی از قبض و بسط اندامی از خود نشان می دهد.

ب - حرکت غریزی:

غریزه عبارت است از مجموعه متشکلی از اعمال که به وسیله ساختمانهای ارثی عصبی تعیین می شود⁽¹⁾. پس در حرکت غریزی بر خلاف حرکت واکنشی، وراثت دخالت دارد، هر چه جانور در مرتبه پائینتری باشد، هماهنگی وی با طبیعت بیشتر و حرکاتش غریزی تر

ص: 181

1- - اریک فروم، گریز از آزادی، ترجمه عزت الله فولادوند، ص 44؛ فعالیت غریزه instinct فقط برای تدبیر عملی زندگی حیوان است اما عقل intelligence برای تدبیر عملی زندگی انسان است که بر خلاف غریزه به تصرف امور که لازمه اختیار و آزادی است منجر می شود.

است، ولی هر چه حیوان کاملتر باشد هماهنگی با محیط کمتر است. حرکت غریزی به تعلیم نیاز ندارد، دارای کمال فوری و ثبات و یکسانی است، بویژه با نوعی بی خبری از نتیجه توأم است، مثل: لانه ساختن پرنده و عسل گذاشتن زنبور عسل؛ پرنده از آموختن بی نیاز است، وقتی برای نخستین بار می پرد، نوعی کمال در فعل او هست که نیازی به رفع نقایص و تکمیل ندارد، و از نتیجه فعل خود بی خبر است.

جوجه از بیضه برون آید و روزی طلبد

و آدمی زاده ندارد خبر از عقل و تمیز

«ویلر» نشان داده که کیفیت زندگی مورچه از پنجاه میلیون سال پیش تا کنون تغییری نکرده، حال آن که زندگی آدمی در ظرف چند صد هزار سال بارها دگرگون شده است (1).

هر چه مغز کاملتر باشد، از حرکت غریزی به همان نسبت کاسته می شود. نوزاد موش از نوزاد پرنده ناتوانتر است و پس از چند روز به استقلال می رسد، معمولاً در رفع نیازمندیهای خود تا دو هفته پای بند مادر است و آن گاه که از موش به آدمی می رسیم، پیچیدگی و کمال دستگاه عصبی بیشتر می شود و بنابراین اعمال غریزی به همان نسبت بسیار کاهش می یابد، و به همین دلیل نوزاد آدمی از همه جانوران بیچاره تر و ناتوانتر و دوره کودکی وی از همه درازتر است، حیوان طبق غریزه قالبهای معین رفتار را خود به خود دارا است، اما انسان باید آنها را بیاموزد و کسب کند. بعضی گفته اند: کودک دارای هسته اصلی بسیاری از غرایز است، ولی به دلیل آن که امکان پرورش آنها از وی گرفته شده و یا به این علت که والدین، رفتار وی را در راههای دیگری می اندازند، هیچ گاه این غرایز در او رشد کامل نمی یابند، می گویند اگر کودک انسانی را در آب بگذارند با دست و پایش حرکاتی می کند که او را در آب راه می برد و «غریزه شنا کردن» دارد، لکن این غریزه در اثر بکار نبستن در وی نابود شده است! با این همه برای روانشناسان هنوز این آزمایش ممکن نشده تا ببینند که اگر کودکی را به حال خود رها کنند تا بزرگ شود، در آن صورت افعال او چگونه خواهد بود. در مورد افعال غریزی آدمی، میان روانشناسان اختلاف است، بعضی بکلی منکر افعال غریزی شده اند و برخی بسیاری از افعال انسان را غریزی دانسته اند (2).

ج - حرکت عادی:

به کار بردن روشهای خاصی برای رفع نیازها را، عادت گویند، به نحوی که آن روش چنان جایگزین شود که نتوان - هر چند ممکن باشد - به گونه دیگر آن را رفع کرد. عادت ما را در راهی می اندازد که اگر بخواهیم از آن برگردیم، ترکش بیماری می آورد، این نیروی عادت

ص: 182

1- آگ برن ونیم کف، زمینه جامعه شناسی، ص 67.

2- نرمان، مان، اصول روانشناسی، ترجمه دکتر محمود ساعتچی، ص 97.

را انگیزه یا سائقه ثانوی گویند.

ویلیام جیمز می گوید: «عادت چرخ عظیمی است که اجتماع را می گرداند و عامل مهمی است که در اجتماع پایداری ایجاد می کند، عادت است که ثروتمندان را از طغیان تهیدستان حفظ می کند، شیوه های نامطبوع و ناهموار زندگی را هموار می کند؛ ماهیگیر و دریانورد را در زمستان سرد در دریا و کارگر معدن را در تاریکی معدن و روستایی فقیر را در زمستان سرد در خانه فقر نگه می دارد، عادت است که ما را از هجوم وحشیان بیابان و ساکنان نواحی یخزده قطبی حفظ میکند، مثل سرنوشت، ما را محکوم می کند کار و حرفه ای را که یک بار انتخاب کرده ایم دنبال کنیم، طبقات مختلف اجتماع را از هم جدا نگه می دارد، حتی در سن 25 سالگی می بینید آن که وکیل دعاوی است عادات حرفه خود و آن که بازرگان یا پزشک است عاداتِ صنفِ خود را کسب کرده اند(1)».

به نظر می رسد که "جیمز" در اهمیتِ عادتِ مبالغه کرده است، زیرا گاه اشخاص عاداتهای خود را عوض می کنند و گاه پیشامدها بکلی زندگی را در راه تازه ای می اندازد، اما نمی توان انکار کرد که آدمی در برابر مسائلِ نو مقاومت نشان می دهد و از تغییر و تحوّل هراس دارد، کسانی که می خواهند عاداتِ بزرگسالان را دگرگون کنند، نباید از این نکته غافل بمانند. شاعران ما در زمینه تغییر عادات ناهنجار مضامین جالبی سروده اند، دوبیتی برای آن که زیبایی سخنِ آنان از ملالِ خاطر خواننده قدری بکاهد، نقل می شود. حکیم نظامی گنجوی در مخزن الاسرار می گوید:

هر چه خلافِ آمدِ عادت بود

قافله سالار سعادت بود

و خواجه حافظ فرماید:

از خلافِ آمدِ عادت بطلب کام که من

کسب جمعیت از آن زلف پریشان کردم

در تعریف عادت گفته اند: "استعداد اکتسابیِ صدور حرکات یا تحمّل تأثیراتی معین، عادت است"(2). پس عادت، فطری و غریزی نیست بلکه اکتسابی است، و دو جنبه مثبت و منفی دارد، مثبت است آن گاه که منظور حرکاتی باشد که بتدریج از دشواریش کاسته گردد مثل عادتِ خواندن و نوشتن، و منفی است هنگامی که تحمّل تأثیراتی باشد مثل عادت به زندگی در مناطق معین و کارهای معین .

در جامعه شناسی در تعریف رسم و عادت گفته اند: «رسمهای اجتماعی رفتاری است که بر اثر

ص: 183

1- همان کتاب، ص 104.

2- دکتر علی اکبر سیاسی، مبانی فلسفه، ص 140.

تکرار فراوان و تثبیت کنشهای متقابل اجتماعی فراهم می آید، همچنان که از تکرار فراوان و تثبیت فعلهای فردی، عادت زاده می شود، هر رسمی دست کم در نخستین مراحل پیدایش خود، وسیله رفع یک یا چند نیاز اجتماعی است، یکی از رسمها در بسیاری از جامعه ها این است که مرد به خواستگاری زن می رود(1)».

کیفیت تشکیل عادت: برای تشکیل عادت، تکرار را شرط لازم دانسته اند، ولی در روانشناسی فردی ثابت شده که تکرار با این که به فعل آدمی مهارت و دقت می بخشد، و به نیروی تکوین عادت می افزاید، هرگز شرط کافی نیست، زیرا هر فعلی خود آغاز تشکیل عادت است، اگر در مرتبه نخست اثری از خود به جای نگذارد، بار دوم هم مثل بار اول است و چنین است دفعه های سوم و بعد چهارم ... و همچنین اگر کمال فعل و سود آن مورد توجه باشد، باید تکرار توأم با اصلاح حرکتها باشد، مثلاً آن که تمرین ساز زدن می کند، اگر هر بار همان حرکتهای خشن و غیر ماهرانه را تکرار کند و برای اصلاح آن کوششی نکند هرگز موفق به فرا گرفتن این هنر نخواهد شد، با این همه نمی توان منکر فایده تکرار شد بویژه که فاصله های تکرار آن قدر دراز نباشد که موجب محو آثار قبلی گردد و نه بسیار کوتاه باشد که خستگی آور شود. و استعداد هماهنگی با وضع جدید را از آدمی سلب کند.

د - حرکت ارادی:

حرکت ارادی آن است که پس از تأمل برای غرضی معین و معلوم، به اختیار از شخص صادر شود، پس فعل ارادی بر خلاف فعل غریزی دارای غرض و نتیجه معلومی است و از روی تأمل و اختیار سر می زند و صفت اختصاصی آدمی است و لازمه شخصیت و شرط فرهنگ و معنویت انسان است، آدمی، با اراده میان خوب و بد دست به انتخاب می زند، اراده دارای چهار مرحله است: تصور، تأمل، عزم و اجرا، که تفصیل آن دراز است و از بحث ما بیرون.

تعریف عرف

عرف به معنای شناسایی است، اما در علم حقوق، در تعریف آن گفته اند: «قاعدہ ای است که به تدریج و خودبه خود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعدہ ای الزام آور مرسوم شده است(2)». بدین معنی عرف عبارتست از عادت که چهره الزامی به خود گرفته باشد، عادت که از عاملهای فکری و اختیاری برخاسته باشد، تحقق عادت گاه برخاسته از عاملهای طبیعی است مثل

ص: 184

1- - زمینه جامعه شناسی، ص 156.

2- - دکتر ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص 188.

عادت به زندگی در مناطق سردسیر، و گاه ناشی از عاملهای فکری و اختیاری است مثل عادت به سیگار. پس در این معنی عرف اخصّ از عادت است و عادت اعم از آن است و علاوه بر این عرف عمل عادی و مکرّر اکثریت یا تمام افراد یک گروه است و حال این که عادت ممکن است عمل مکرّر فرد باشد، تا اینجا عرف به معنای اجتماعی آن بود اما عرف حقوقی همانگونه که در تعریف آن یادآور شدیم علاوه بر قوه الزام آور بودن آن، باید عرفی باشد که «قاعده حقوقی» پدید آورد. و بنابراین عرف حقوقی را با عرفی که در قراردادها اراده ضمنی دو طرف را بیان می کند نباید اشتباه کرد.

«مد» یا رفتار اجتماعی

نوظهور: «مد» اجتماعی (Social Fashion) رفتار اجتماعی نوظهوری است که به قدر رسم اجتماعی یا عادت تثبیت نشده باشد (1). تفاوت عرف با مد در عامل روحی و روانی است، زیرا در مد عامل عملی تکرار وجود دارد لکن عامل روحی یعنی فشار و الزام اجتماعی احساس نمی شود. مثلاً هیچ کس را برای نبستن «کراوات» مؤاخذه نمی کنند، در حالی که اگر عرف را رعایت نکند و مثلاً نوبت دیگران را در صف اتوبوس محترم نشمارد، مورد سرزنش قرار خواهد گرفت و در واقع همین ملامت عمومی که از اخلاق سرچشمه می گیرد ضامن اجرای طبیعی آن است.

عادت تقلید گذشته و «مد» تقلید حال یا آینده است! نیروی الزام معنوی عادت نسبت به «مد» بیشتر از همین ویژگی برخاسته است، «مد» پیش از عادت تغییر پذیر است، این ویژگی بیشتر در ملت‌هایی است که در معرض تحوّل‌های اجتماعی قرار گرفته اند، از این رو جامعه های بسته و قدیمی (Static Society) تقریباً فاقد رفتارهای اجتماعی نوظهورند، «مد» ریشه فکری عمیق مانند عرف و عادت ندارد، «مد» کوتاه عمر، سطحی و زودگذر است در حالی که عرف دیرپای و عمیق و دست و پاگیر است.

مد مانند عرف نمودار و مشخص طبقه اجتماعی است مثلاً مد طبقه مرفّه با طبقه متوسط فرق دارد، «مد» در میان ملت‌های متجدّد ظهور و بروز بیشتری دارد در صورتی که عرف تنها به یک ملت اختصاص ندارد، «مد» در جامعه های ابتدایی کمتر است.

فرق میان «مد و عادت» با «عقیده و سنت» این است که عقیده و سنت با فکر و اندیشه در ارتباط است در حالی که مد و عرف به کردار و رفتار بستگی دارد. به همین دلیل، تخلف از سنت

ص: 185

1- - زمینه جامعه شناسی ص 37 و ویژگیهای مد و فرق آن با عادت از یادداشتهای نویسنده از درس مرحوم دکتر عبدالحسین علی آبادی است، دانشکده حقوق، تهران 1337 شمسی.

شرمندگی وجدانی به دنبال دارد در حالی که در عرف و عادت تا این درجه ارزش معنوی وجود ندارد.

2- عرف و عادت در حقوق امروز

در یک معنی عام و گسترده در حقوق امروز، عرف به همه قواعدی اطلاق می‌شود که از وقایع اجتماعی استخراج شده و بی دخالت قانونگذار به صورت قاعده حقوقی درآمده باشد، در این معنی گسترده و عام، عرف جز قانون شامل منابع دیگر حقوق مثل رویه قضایی و قواعد ناشی از عقاید علما و عادات و رسوم تجارته نیز می‌شود، در حالی که همانگونه که اشاره شد عرف، عادت است که الزام آور بوده و قاعده حقوقی پدید آورده باشد در زبان حقوقی گاه به عرف «حقوق غیر مدون» نیز گفته می‌شود، عرف تحت دو عامل تشکیل می‌شود:

عامل عملی یا مادی و عامل روانی یا معنوی عامل عملی عبارتست از انجام پیاپی و مکرر یک عمل برای حل مسایل زندگی، پس عرف بر پایه تکرار استوار است و علاوه باید به مدت طولانی میان مردم مرسوم باشد و عمومیت پیدا کند.

ماده 426 قانون مدنی ایران می‌گوید: «تشخیص عیب (در خیار عیب) بر حسب عرف و عادت می‌شود و بنابراین ممکن است بر حسب ازمنه و امکانه مختلف شود». هر چند تشخیص معیوب بودن مبیع و یا کالای فروخته شده آسان است، اما چون ممکن است گاهی بی اشکال نباشد بنابراین قانونگذار عرف را مشخص معیوب بودن مبیع قرار داده است و حتی این عرف را بر حسب زمان و مکان قابل تغییر و تحول دانسته است.

و همچنین ماده 486 قانون مدنی می‌گوید: «تعمیرات و کلیه مخارجی که در عین مستأجره برای امکان انتفاع از آن لازم است، به عهده مالک است مگر آن که شرط خلاف شده یا عرف بلد بر خلاف آن جاری باشد و همچنین است آلات و ادواتی که برای امکان انتفاع از عین مستأجره لازم می‌باشد». بنابراین موجر یا مالک باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم مستأجر کند که وی استفاده مطلوبه را بتواند از آن بکند مگر این که عرف محل خلاف آن را بگوید.

عامل روانی یا معنوی عبارت است از احساس اجبار و الزام به هنگام انجام یک عرف، از این رو عرف به کمک اصول اخلاق و حقوق می‌آید، زیرا اصول اخلاقی در آغاز پیدایش بصورت باری بر دوش اجتماع سنگینی می‌کند، لکن نیروی عرف و عادت، آنها را پس از مدتی به آسانی قابل پذیرش می‌کند. بنابراین اگر عرفی به مرحله اجبار و الزام نرسد، عرف نیست بلکه آن را جزو آداب و رسوم و نزاکتهای اجتماعی باید به حساب آورد مانند آداب معاشرت و مراسم

عقاید موافق و مخالف پیرامون عرف

اشاره

نسبت به عرف و عادت، عقاید سازگار و ناسازگاری ابراز شده که به آن اشاره می شود.

اول - موافقان:

مکتب تاریخی - که بنیانگذار آن را باید ساوینی (Savigny) حقوقدان مشهور آلمانی دانست - عرف و عادت را به دلیل تحوّل پذیری آن بر قانون ترجیح می دهد، به نظر این مکتب، حقوق خاستگاه عرفی دارد و عرف قابل تغییر و دگرگونی است مانند زبان که با گذشت زمان به خودی خود، تغییر می یابد، حقوقدان مانند عالم دستور زبان، قوانین را کشف می کند و منظم می سازد، او وظیفه ندارد آن را تغییر دهد، قواعد زبان را از چگونگی گفتار و موازین شعر را از اشعار باید بیرون کشید، حقوقدان بر اساس تجربه و مشاهده رفتارهای اجتماعی آنها را استخراج می کند، او به اصول و قواعد عقل کاری ندارد! به نظر این مکتب، تدوین قانون، حقوق را بی حرکت و ثابت نگه می دارد و منابع آن را از بین می برد، عرف از وجدان مشترک توده های مردم پدید می آید و به همین دلیل هماهنگ با نیازهای جامعه است، به هنگام اجرای عرف، الزام و اجباری در کار نیست، مردم به صرافت طبع و از روی طیب خاطر به آن عمل می کنند.

قانون سه نقص عمده دارد: عمومیت، ثبات، نارسایی نسبت به بعضی از حالات و مصادیق؛ در حالی که عرف این نقصها را ندارد، بعضی از موارد جزئی در زندگی آدمی تحت قاعده کلی و عمومی نمی گنجد، ثبات و عمومیت قانون، هر چند از محسّنات آن است، زیرا به روابط مردم اعتماد می دهد و از تزلزل آن جلوگیری می کند، لکن خود زندگی، ثبات ندارد و همواره در تغییر است، بنابراین نمی تواند تحت قانون ثابت در آید، بنابراین در نظام حقوق مدوّن، رویه قضایی دادگاهها و عقیده حقوقدانان، که خود از منابع تبعی هستند، جبران نقیصه را به عهده می گیرند، دو منبع اخیر سکوت و اجمال قانون را در نیازمندیهای متحوّل به عهده می گیرند.

به نظر مکتب تاریخی، حقوق غیر از قانون است، قانون باید در خدمت و پیرو حقوق باشد، پیش از پدید آمدن مفهوم قانون و قانونگذاری، حقوق وجود داشته و بر آن مقدم بوده، حتی در عصر حاضر چه بسا که حقوق از زیر سلطه قانون خارج است! اگرچنین نبود نیازی به رویه قضایی و تفقه نبود، اگر تصوّر شود که قانون بر حقوق مقدم است، لازم است که پیش از پیدایش دولت و

ص: 187

بر آمدن نظامهای قانونی، آدمی بدون حقوق زندگی کرده باشد که تصوّرش محال است .

از سوی دیگر، قانون را نمایندگان مردم وضع می کنند و بر فرض که نماینده واقعی باشند، باز هم مردم به طور مستقیم در وضع قانون شرکت ندارند. نمایندگان اغلب نظر و خواست مردم را رعایت نمی کنند، و منافع شخصی و یا گروهی را بر مصلحت و سود عمومی برتری می دهند، اما در حقوق عرفی چنین نیست، مردم مُستقلند و نماینده لازم ندارند و روح فکر مشترک خود را به کار می برند!

دوم - مخالفان:

بر خلاف نظر مکتب تاریخی، قانون را «عقل» آدمی کشف می کند، و بخاطر رسیدن به غرض و هدف مشخصی آن را منظم می سازد، حقوق امری خود بخودی و در شمار اعمال غیر ارادی نیست، نتیجه عقل قرون و تجربه نسلهای متوالی است، اگر هم حقوقدان قواعد مبهم و نامشخص و جزئی عرف را در برخی از موارد صورت ثابت و معین می دهد، بخاطر سازگار کردن این قواعد کلی با زندگی است، قانونگذار قواعد عرف را در قالبهای قانون جمع بندی می کند، با دخالت عقل و علم آن را تغییر شکل می دهد و مناسبترین راهها را برای تحقق عدالت اجتماعی بر می گریند و این کار دشوار فقط از عقل و در پرتو علم ساخته است، به نظر این مکتب - که ایرینگ (Ihering) از بنیانگذاران آن است - حقوق ناشی از اراده اشخاص است و قدرت آن بر نیروی دولت تکیه دارد، حقوق مانند زبان خود به خود تحوّل نمی پذیرد، بلکه هر قاعده جدیدی، نتیجه کشمکش و نزاعی علمی و عقلی بوده تا به پیروزی یکی از دو طرز فکر منتهی شده است، الغاء بردگی نتیجه یکی از همین مبارزه های دامنه دار است، به نظر این مکتب، حقوق باید ثابت و عمومی و لایتغیر باشد، تا هر لحظه حقوق مُکتسب مردم دستخوش تغییر و تزلزل قرار نگیرد، ثبات و کلیت و عمومیت قانون ویژگی ذاتی آن است، زیرا از پایگاه بلند "عقل" مایه می گیرد، به همین دلیل مخالفان عرف نسبت به ارزش قانون آن قدر مبالغه میکردند که آن را جاوید می پنداشتند.

مخالفان عرف می گفتند: قانون در نظام استبداد مبتنی بر عرف و عادت است، بنابراین مبهم و ناقص است، قواعد عرف آشکار و روشن نیست و تشکیل عرف کند و بطیء است، در حالی که گاه در اجتماع ضرورت دارد که قانونی سریع و با شتاب به تصویب برسد، وانگهی اگر قاعده ای که از طرف دولت تعیین شده، در عمل متروک بماند، در واقع آن را نمی توان در عداد قواعد حقوقی بشمار آورد، خاصیت قاعده ای حقوقی از آن گرفته شده است، قاعده ای در شمار قواعد حقوقی است که دولت پشتیبان آن باشد و آن را در عمل بر مردم الزام کند، این «حقوق زنده»

است و مابقی حقوقی مرده اند! از سوی دیگر در هیچ جامعه ای تا کنون وضع قانون در دست همه مردم نبوده است حتی تا سه قرن پیش برای همه حق شرکت در وضع قانون متصور هم نبود.

"تامس هابز" می گوید: "قانون وجدان همگانی است و هر یک از افراد پذیرفته است که قانون راهنمایش 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(1)". "جان لاک" می گوید: "... آزادی انسان در اجتماع آن است که زیر فرمان هیچ قدرت قانونگذاری نباشد مگر آنکه خود با ایجاد دولت به رضا و رغبت بر پا کرده است و دیگر هیچ اراده و حکمی بر او فرمان ندهد مگر آنچه هیأت قانونگذار کشور بنابر 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 همه افراد برابر باشند و آن را قوه قانونگذاری که بر پا شده است ایجاد کرده باشد(2)".

از بحث دور نشویم، سخن درباره عقاید موافق و مخالف عرف و عادت بود، به نظر ما چنین می نماید که همه دلیلهای طرفین دعوی، ظاهری است بی حقیقت، و الفاظی است بی محتوی، زیرا دو منبع: قانون و عرف مکمل یکدیگرند، و امروز در قوانین بیشتر کشورها عرف جزو قوانین تعویضی است، یعنی عرف مفسر اراده افراد است، مردم در تنظیم قراردادها و شرطهای آن آزادند، عرف و قانون جاهای مبهم و مجمل و ساکت آن ها را پر می کند و جانشین آنها می شود.

ماده اول قانون مدنی سویس می گوید: "... در صورت فقدان نص، قاضی از روی حقوق عادی (عرفی) حکم خواهد کرد و اگر عرف و عادت نیز وجود نداشته باشد از روی قواعدی که اگر خود او قانونگذار بود، وضع می کرد حکم خواهد کرد."

ص: 189

1- - دکتر محمود صناعی، آزادی فرد و قدرت دولت، ص 106 در باره عقاید هابز در مورد حکومت مراجعه شود به برتراند راسل، تاریخ فلسفه غرب، ترجمه نجف دریابندری، ج 3، ص 107 تا ص 118 و در باره عقاید لاک، مراجعه شود به ج 3، ص 236 تا ص 238.

2- - همان کتاب، 159.

ماده 3 قانون آئین دادرسی مدنی ایران می گوید: "دادگاههای دادگستری مکلفند به دعاوی، موافق قوانین رسیدگی کرده، حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که 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." ملاحظه می شود که بر طبق ماده فوق، کامل نبودن قوانین موضوعه و عدم صراحت (اجمال نص) و تناقض (تعارض نص) و فقدان نص (مالانص فیه) در قوانین موضوعه برای همه آنها دو راه حلّ پیش بینی شده، یکی مراجعه به روح و مفاد قوانین موضوعه و دیگری عرف و عادت مسلم، روح قانون را بعضی: "اصول و نظرهای علمی که پایه یک یا چند ماده قانون باشد (1)". تفسیر و تعریف کرده اند و برخی روح قانون را مصلحتهای اجتماعی که علّت و انگیزه وضع و تصویب قانون بوده است، دانسته اند، مثلاً در علم، علّت همواره بر معلول مقدّم است، در حالی که ماده 258 قانون مدنی، در معامله فضولی نسبت به منافع مال، اجازه عقد فضولی و نیز عدم تنفیذ آن را اثر قهقرایی داده و آن را از زمان عقد مؤثر دانسته است. ملاحظه می شود که علّت نفوذ یا عدم نفوذ معامله باید نسبت به آینده اثر کند نه گذشته، علم این را می گوید، اما مصلحت جامعه اقتضا دارد که غائله ختم شود و حساب حال را به گذشته سرایت دهیم زیرا قانون باید بر مصلحتهای مردم استوار باشد.

و اما راه حل دوم را ماده 3 قانون آئین دادرسی مدنی ایران، مراجعه به عرف و عادت دانسته است، گفته شد که عرف و عادت در واقع وجدان حقوقی و مشترک مردم است که ریشه در تاریخ یک ملت دارد و گفته شد که به نظر طرفداران عرف و عادت، اگر یک اصل حقوقی تنها از عقل و نظر قانونگذار برخاسته باشد، لازم می آید که قبل از تصویب قوانین، مردم در جامعه ای بدون نظام حقوقی زندگی کرده باشند، اما امروز بنظر می رسد که با تصویب اصل 167 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیازی به مراجعه به عرف و عادت مسلم نباشد زیرا اصل مذکور مقرر می دارد که: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدوّنه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

ص: 190

1- - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی 5 جلد، 1358، ج2، ص447 و مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، 1341، ص64.

با این که در بادی امر بنظر می رسد که با تصویب اصل 167 قانون اساسی، ماده 3 قانون آئین دادرسی مدنی نسخ ضمنی شده باشد لکن در قانون مدنی ایران که از فقه امامیه اقتباس شده است و نسبت به همه قوانین عادی دیگر سمت مادری و ام القوانین را دارد، آن قدر قاضی را به عرف و عادت و متعارف بلد ارجاع داده است که در قدرت و اعتبار عرف در حقوق ایران جای بحثی باقی نگذاشته است، زیرا در قانون مذکور موارد ارجاع صریح به عرف و موارد ارجاع ضمنی و مواردی هم که عرف برای تکمیل قواعد قانون مدنی یا قاعده جدید آمده است بیش از یک دوازدهم از کل مواد قانون مدنی را در بر گرفته است و این میزان کمی نیست.

بهر تقدیر برای روشن شدن ذهن خواننده در موارد فوق الذکر، هر یک مثالی از قانون مدنی آورده می شود.

1 - مورد رجوع صریح به عرف، مثلاً در ماده 132 قانون مدنی است که می گوید: «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». قدر متعارف در ماده مذکور، رجوع صریح قانون به عرف و عادت محلی است و ماده مذکور میان قاعده تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) و قاعده لاضرر (لاضرر ولا ضرار فی الاسلام) راهی میانگین باز کرده است(1).

2 - مورد رجوع ضمنی به عرف، در این موارد در قانون ذکری از عرف و عادت نشده لکن در تفسیر، منظور قانونگذار جز عرف چیز دیگری نیست، مثلاً وقتی در مواد 167 و 227 قانون مدنی صحبت از قیمت یا مهلت عادلانه است، بطور ضمنی داوری عرف را درباره عادلانه بودن آنها می پذیرد(2).

3 - مواردی هم که عرف قواعد تازه ای مستقل از قانون پدید می آورد و یا برای رفع اجمال و ابهام از عرف استمداد می جوید نیز بسیار است، از جمله «سرقفلی» دکانها پیش از وضع قانون مالک و مستأجر مصوب 1339 می باشد که چون در قانون مدنی عنوانی نداشت ولی ضرورتهای اجتماعی این امتیاز را برای مستأجر پدید آورده بود، قدرت و اعتبار عرف، آن را بر قانونگذار تحمیل نمود و بصورت قانون از مجلس بیرون آمد(3).

ص: 191

1- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج 1، ص 48.

2- همان کتاب، ص 145 و ص 241.

3- برای موارد ارجاع به عرف در مورد رفع ابهام و اجمال و غیره، دکتر امامی، حقوق مدنی، ج 4، ص 77 و 336 و 343 و 385.

بی‌گمان عرف، جوهر و شالوده اکثر قوانین دنیا است، حقوق مانند جاده میان دو شهر است که در اثر آمد و شد به تدریج هموارتر می‌شود، حقوقی که از عرف مایه می‌گیرد، رفته رفته در روابط و مناسبات مردم جای خود را باز می‌کند و بعد به صورت قانون جلوه‌گر می‌شود، قوانین هم هر چه بیشتر از این سرچشمه، منشعب شود و بر این اساس پی‌ریزی گردد، تواناتر و غنی‌تر شده و آسانتر به اجرا در می‌آید و این واقعیت تا آنجاست که جمعی در ماهیت آن غلو کرده‌اند و بجز عرف منبع دیگری را برای قانونگذاری نمی‌شناسند.

طرفداران عرف می‌گویند: مردم برای رفع نیازهای خود به میل و رغبت به عرف عمل می‌کنند تا به صورت قانون در آید. عرفها در درون، نسلهای متوالی، گذشته و حال و آینده را به هم پیوند می‌دهد، و به صورت میراثی از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود و به وسیله همانها در معرض دگرگونی دائمی است و چون این تحوّل، طبیعی است بنابراین دوام دارد.

ارسطو گفته است: «هر گاه امری اخلاقی که جزو طبیعت انسان نیست و باید کسب شود، به درجه خوی برسد یعنی عمل به آن دشوار نباشد بلکه از روی میل و رغبت انجام شود، به درجه عادت رسیده و طبیعت ثانوی شده است(1)».

اعتبار عرف تا آنجاست که حتی «الواح دوازده گانه» (362 قبل از میلاد) بر اساس آن جمع‌آوری شده و عرفها و عادات رومیان در این الواح دیده می‌شود، ژوسطینین برای وحدت دادن به قوانین مستعمره‌ها، مجموعه‌های قانونی بر پایه عرف تدوین کرد و هیأتی را در سال 528 میلادی به این کار واداشت.

اساس قانون مدنی فرانسه نیز از حقوق رُم و عرفِ ژرمن اقتباس شده است. بر انگیزنده کوششهای آدمی بیشتر احساس و عاطفه و عرف و عادت است تا اندیشه و علم، و هر اندازه این عرفها متناقض و غیر طبیعی و تعصب‌آمیز باشد، باز برکنشها و واکنشهای ما تأثیر می‌گذارد و اساس فلسفه زندگی ما را تشکیل می‌دهد، آدمی این گونه اعمال خود را که بر اساسی غیر از اندیشه و علم کار گذاشته شده است، اغلب تنظیم نشده‌رها می‌کند، در این اعمال یک نوع احساس مبهم و شعور ناخودآگاه است که مردم آن را از عقاید و رسوم متداول در جامعه جذب و با تجربه‌های شخصی خود تعدیل و هموار می‌کنند و همین مجموعه درهم و برهم برایشان کافی است زیرا

ص: 192

در آن چیزی از «عقل قرون» نهفته است.

به گفته «گونار میردال»: «من از قدرت و نیرویی که آداب و رسوم بطور کلی در اغلب اندیشه های نظری (تئوریک) و بویژه در امور اقتصادی دارند، بسیار در شگفتم، حتی هنگامی که به ابداع خود ایمان کامل داریم، کم و بیش تحت تأثیر برخی ایده ها یا برخی نمودهای فکری بسیار کلی که بازمانده زمانهای باستان است قرار می گیریم»⁽¹⁾.

اصولاً همه نظامهای حقوقی دنیا یک زادگاه و خاستگاه عرفی و عاطفی و هیجانی دارند و کمتر در آنها عقل و علم بدون دخالت انگیزه های دیگر ریشه دارد، بنابراین نحوه برخورد و سابقه ذهنی، تأثیر غیر قابل انکاری در اعمال و اجرای یک تأسیس حقوقی دارد و حقوق نمی تواند از این طرز تلقی عموم دور و بر کنار بماند و قوانین آن گاه کامل است که عقیده و خواست مردم را رعایت کند و مردم نیز به آن ایمان داشته باشند.

تحول پیوسته حقوق کشورها، دنباله دگرگونیهای گذشته آنهاست، مثلاً حقوق تجارت امروز از عرفها و رسوم بازارهای مکاره قرون وسطی پدید آمده و در اثر نیاز جامعه با ابتکارها و راه حلهایی تکامل یافته است. بازرگانانی که در قرون وسطی با هم روابط تجاری داشتند به علت ناامنی راهها برای طلبکاران خود «برات» برای بازار مکاره سال بعد صادر می کردند، و بدین وسیله هم حمل و نقل پول که در آن زمان بیشتر فلزی (طلا و نقره) بود آسان می شد و هزینه ای بر نمی داشت و هم اغلب با صدور «برات» با کسانی که طرف معامله بودند تهاتر می کردند، و شکلهای: برات، چک، سفته، بروات بین المللی و چکهای مسافرتی همه صورت تکامل یافته همان راه حلهاست.

امروز هم تصویب قانون، یک پدیده کاملاً تازه نیست، به گفته «لئون دوگی» "Léon Duguit": «چیزی که در جامعه های امروز به یک قاعده، صفت حقوقی می دهد، نه از تصمیم قانونگذاران، بلکه از شعور و خودآگاهی همه مردم بر می خیزد، ولو این که به طور مبهم و غیر روشن لزوم اجرای این قاعده را احساس کنند.

چه بسا قواعدی که جزو قوانین به تصویب رسیده ولی هنوز از قواعد حقوقی شمرده نمی شود و چه بسا از قواعد حقوقی که میان مردم به کار بسته می شوند بی آن که در قوانین موضوعه وجود داشته باشد»⁽²⁾.

ص: 193

1- - گونار میردال، تئوری اقتصادی و کشورهای کم رشد، ترجمه محمد سعیدی، ص 168.

2- - دکتر موسی جوان، مبانی حقوق، ج 3، 338.

بنابراین قانونگذاری مانند بسیاری از پدیده های دیگر، ریشه در تاریخ و گذشته های دور دارد و قانونگذار ناگزیر است آنها را جستجو کند تا بهتر به درک واقعیت امر نایل شود.

به گفته جامعه شناسان: «وقتی نوزادی بدنیا می آید، جامعه، ارث چندین هزار ساله خویش را به او واگذار می کند». حال از گذشته بارور و آبستن آینده است، ما با بنیادهای اخلاقی پیشینیان زندگی می کنیم و آینده با نهادهای ما زندگی خواهد کرد و تاریخ سرچشمه های این نهادها را نشان می دهد. آن قانونها که به صورت کالای وارداتی ترجمه و تصویب می شوند و بدون زمینه داخلی و حتی نیاز مردم، تحمیل می شوند محکوم به شکستند و مردم در عمل به هزاران وسیله اثر آنها را خنثی و نقش بر آب می سازند.

بنابراین قانون باید به طور کامل با مقتضیات زمان و مکان هماهنگ باشد و کسانی آن را تدوین کنند که ویژگی های زندگی دوران خود را بخوبی بشناسند و بر مصلحتهای اجتماعی آگاه باشند.

3- عرف و عادت در فقه اسلامی

اشاره

در فقه اسلام عرف و عادت معمولاً به یک معنی به کار رفته و از آن تعریفهای گوناگونی شده است که به آنها اشاره می شود:

1 - «العاده عبارة عما يستقرّ في النفوس من الامور المتكرّره المقبوله عندالطباع السليمه».

عادت عبارت است از امری در پی در پی که در جانهای آدمی قرار گیرد و ذوق سلیم آن را پذیرفته باشد.

2 - «العاده مأخوذة من المعاودة فهی بتكرّرها و معاودتها مرّة بعد أخرى صارَتْ معروفه مستقرّة في النفوس والعقول متلقاه بالقبول». عادت از مفهوم بازگشت است که تکرار عمل به تناوب است و سبب می شود که آن کار نزد عده ای شناخته شود و در جان و خرد آدمی رسوخ یابد و مورد پذیرش عموم یا اکثر مردم قرار گیرد.

به این تعریف به لحاظ این که عنصر «عقل» را وارد عادت کرده در حالی که بسیاری از عرفها خلاف عقل است، انتقاد شده است.

3 - غزالی در «المستصفی» چنین گفته است: «العاده و العرف ما استقرّ في النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السليمه بالقبول»⁽¹⁾.

ص: 194

عادت و عرف آن چیزی است که به کمک عقل در جان آدمی رسوخ یافته و ذوقهای سلیم آن را پذیرفته است.

4- «العرف عاده جمهور قوم فی قول اوفعل». عرف، عادت اکثر مردم در گفتار و کردار است.

5- «روش مستمر قومی است در گفتار یا کردار، و آن را عادت و تعامل نیز نامند». لازم نیست همه مردم آن روش را داشته باشند تا عرف محقق شود بلکه کافی است که اغلب آنان دارای روش مزبور باشند تا عرف تحقق یابد، صورت اول را عرف شایع و صورت اخیر را عرف غالب نامند.

عرف خوب و بد دارد، بدیهی است شأن قانونگذاری تأیید عرف بد نیست.

عناصر عرف:

درباره اعتبار عرف و عادت دلیلهای زیر را آورده اند(1).

1- آیه: «كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ». شما بهترین ملتیی بودید که برای مردم خروج کردید تا آنان را به معروف و ادار کنید.

بدیهی است که آیه کریمه به «عرف و عادت» حقوقی دلالتی ندارد بلکه دستوری اخلاقی است تا قاعده ای حقوقی.

2- آیه: «خذ العفو و أمر بالعرف..». این آیه دلالت بر عرف دارد، اما این که آیا منظور از عرف همان است که در این گفتار آمده جای بحث و تأمل دارد زیرا ظاهراً در آیه به معنی کار نیکو و خصلت پسندیده آمده است.

3- حدیث: «مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» آنچه را مسلمانان نیک دانند و شمرند، نزد خدا نیز نیک است. این حدیث را که اهل سنت و جماعت درباره اعتبار و حجیت استحسان آورده اند، بنظر می رسد که از آیات بالا دلالت بیشتری بر اعتبار عرف داشته باشد.

4- هند زوجه ابوسفیان به پیامبر اکرم (ص) شکایت برد که: شوهرم به اندازه کافی نفقه من و فرزندم را نمی دهد. حضرت پاسخ دادند: «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف» یعنی می توانی از مال شوهرت با رعایت عرف برای نفقه خود و فرزندت برداری. دلالت این حدیث از همه موارد بالا بیشتر است.

مصادیق عرف:

مصادیق عرف از نظر فقیهان فراوان است از جمله:

1- استفاده رایگان از آب قنات و نهر و چشمه ای که مالک خاص دارد بی اجازه مالک

ص: 195

برای مصرفهای جزئی .

2- در بعضی هدیه ها که ظرف آن به دهنده هدیه رد نمی شود.

3- تعیین مهرالمثل از راه مراجعه به عرف.

4- توالی میان ایجاب و قبول، که منوط به پذیرش عرف است.

5- عرف و عادت نقش شرط ضمن عقد را ایفا می کند. ماده 225 قانون مدنی ایران می گوید: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». مثل لوازم یدکی اتومبیل، لاستیک اضافی، هندل و جک و غیره، که هر چند در مبیعه نامه قید نشده باشد، عرفاً جزو مبیع تلقی می شود، و از این قبیل. اما در فروش منزل، عرف ایران هنوز تلفن را جزو مبیع نمی داند و بنابراین باید در مبیعه نامه قید شده باشد.

اقسام عرف: (1- عرف حکمی و عرف محلی 2- عرف لفظی و عملی)

عرف را به اقسام مختلف تقسیم کرده اند که به دو مورد اشاره می شود:

1- عرف حکمی و عرف محلی: عرف وقتی «حکمی» است که در همه نقاط کشور یکسان باشد و یکنواخت بدان عمل شود بنابراین عرف حکمی از پیش معلوم است و جمع آوری شده است مانند کشور فرانسه، اما اگر عرفها در نقاط مختلف متفاوت باشد و در نتیجه قاضی محلی با محل دیگر با توجه به عرف احکام متفاوتی صادر کنند، عرف محلی است.

در ایران محلی بودن عرف متأثر از فقه اسلامی است. مثلاً در مورد حقوق مالک و زارع در مازندران حق «کارافه و تبر تراشی و یا دستارمی» عرف محلی است در حالی که در خوزستان این حق «تعبه» و در شیراز «فلاح» نامیده می شود که با یکدیگر متفاوتند (1).

در فقه اسلامی بارها قاضی برای حلّ مسائل حقوقی به عرف و عادت بلد ارجاع داده شده است، قانون مدنی ایران که تقریباً ترجمه بدون تصرّف فقه است و شرح لمعه و شرایع و مکاسب از جمله کتابهایی بوده که نویسندگان قانون مدنی پیوسته آنها را مدّ نظر داشته اند، صرفنظر از مواردی که بی تصریح قانون، در اثر اختلاف نظر در تفسیر و مراد قانون، عرف و عادت، حلّ مشکل را به عهده دارد، موارد بسیاری در متن قانون مدنی ایران به صراحت ارجاع به عرف و عادت داده شده است و نویسندگان شخصاً موارد را احصا کرده و در 68 ماده قانون مدنی ایران این ارجاع به عرف آشکارا به چشم می خورد.

برای مثال چند ماده از قانون مدنی آورده می شود: ماده 68: «هر چیزی که طبعاً یا بر حسب

ص: 196

عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می شود داخل در وقف است مگر این که واقف آن را استثنا کند به نحوی که در فصل بیع مذکور است». این ماده اشاره به همان قاعده کلی دارد که: اذن در شیء اذن در لوازم آن نیز هست، و در بالا نیز بدان اشاره شده است، و ماده 356 قانون مذکور باز هم در این معنی می گوید: « هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قراین دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در مبیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند». مثل کنتر آب و برق .

و ماده 357: « هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در مبیع نمی شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد». مثل امتیاز تلفن .

ماده 220: « عقود نه فقط متعاملین را به اجرای آن چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایج هم که بموجب عرف و عادت یا بموجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند». مثل تنظیم سند رسمی انتقال ملک، هر چند در سند مبیعه نامه عادی بدان تعهد نشده باشد.

همچنین در فقه اسلامی برخی از فقیهان در تشخیص مراد و منظور شارع در مباحث کیفری قضیه را موکول به عرف کرده اند(1).

و نیز در اختلاف راجع به مُفاد سند ماده 224 قانون مدنی می گوید: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». زیرا الفاظ و واژه های بکار رفته در سند که پایه و اساس قرارداد است اگر محمول بر معانی عرفی نباشد، در تشخیص مراد و منظور طرفین ایجاد تزلزل و هرج و مرج می کند و عقلایی نیست که دو نفر با بودن الفاظ به حد کافی برای منظور خود الفاظ را در غیر معانی عرفی استعمال کنند و مفاهیمی برای آن از پیش خود جعل نمایند(2).

ص: 197

1- - شیخ عبدالعزیز بن محمد نسفی. کشف الحقایق تصحیح دکتر احمد مهدوی دامغانی، ص 258 محشی «بهجه المرضیه» می گوید: «تشخیص این که گناهی کبیره یا صغیره یا متوسطه است موکول به «عرف» می باشد و همین عقیده و مبنی به مفهوم اخبار و احادیث وارده در این باب نزدیکتر است ولی می توان کبایر را چنین تفسیر کرد که گناهیست که ارتکاب آن صریحاً در قرآن مجید نهی و تحریم شده و یا از طرق قاطع دیگری حُرمت آن به ثبوت رسیده و وعید دوزخ برای مرتکب آن داده شده است». بهجه المرضیه شهید ثانی «قده»، ج 1، ص 156.

2- - دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج 1، ص 74 و 231 تا 234، 281 تا 442، دانشنامه حقوقی، ج 1، ص 378.

مثال دیگر: در معاملات اقرار به تصرف مورد معامله (مبیع) به صورت رسم القباله درآمده، اکنون اگر بر قاضی ثابت شود که این اقرار صوری و ظاهری بوده و از روی عرف دفترخانه‌ها این اقرار به تصرف صورت گرفته، اثر اقرار از میان می‌رود، لکن اگر معلوم شود که از روی عرف و عادت محل چنین اقراری واقعیت داشته، اقرار به تصرف به قوت خود باقی است. در مثال بالا تعارض میان عرف و یکی از دلیلهای اثبات دعوی که اقرار باشد بخوبی آشکار است و حکومت عرف را حتی بر ادله اثبات دعوی - آن هم اقرار که اقوی دلیل است - می‌رساند.

مثال دیگر: می‌دانیم که مال تعبیر عرفی از وجود یک حق است و مفهومی جدای از آن ندارد، اما از طرفی حق تألیف و تصنیف و حق پدید آوردن آثار هنری، علمی، ادبی و فنی... نه با حق عینی منطبق است و نه با حق دینی، زیرا موضوع آنها معنوی و مربوط به مفاهیم ذهنی و ابداع و آفرینش فکر شخص پدید آورنده است، و دینی هم نیست که میان دین و مدیون باشد، معهذا در عرف عام و بنا به مقتضیات عدالت و انصاف در برابر همه مردم دنیا قابل استناد و دفاع است و با عنوان مالکیت شباهت تام و تمام دارد و به همین اعتبار می‌توان آن را مشروع دانست.

مثال دیگر: سرقفلی و حق کسب و پیشه که امروز در عمل مورد پذیرش عرف عام مردم و حتی پشتیبانی دادگاههاست، یک رخداد تازه و یک عرف جدید است، اما با این که استفاده بلاجهت در اصول فقه اسلامی ممنوع است و موجب تردید در مشروعیت موضوع می‌شود مع ذلک در مورد سرقفلی که بخودی خود مالیت ندارد بلکه مالیت آن تبعی است، نه استقلالی، حقی است که عارض و طاری بر منافع عین مستأجره است، لذا می‌توان با استناد به عرف عام آن را مشروع دانست، زیرا سرقفلی در واقع حقی است که شخص بر مشتریان دایم خود در اثر حسن سلوک و رفتار و اعتبار و اعتمادی که طی سالیان دراز بدست آورده، پیدا می‌کند و بر خلاف عدالت و انصاف است که او را از حق خود محروم کنیم⁽¹⁾.

2 - عرف لفظی و عملی: عرف لفظی: عرفی است که مدلول یک واژه یا یک عبارت را از محاوره یک قوم که مورد پذیرش آنان باشد، به دست آوریم، زیرا گاهی معنی لغوی با معنی محاوره ای تفاوت دارد. ماده 224 قانون مدنی ایران می‌گوید: «الفاظ و عبارات طرفین عقد محمول بر معانی عرفی است». زیرا نیازمندیهای زندگی است که وضع لغات و الفاظ را سبب شده است و این واژه‌ها که عبارتهای فنی فقه از آنان ترکیب یافته ریشه در عرف دارد و به همین علت

ص: 198

1- - دانشنامه حقوقی، ج3، ص606، دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی معاملات معوض عقود تملیکی، ص403 تا 414، دوره
مقدماتی حقوق مدنی، ص79.

می گویند: تصرفات شارع در احکام به حالت منفی صورت پذیرفته است نه مثبت، یعنی آنچه ممنوع نشده جایز و مباح است و به اعتبار خود باقی است و معنی امضاء و تنفیذ همین است.

عرف عملی: عرفی است که از طرف همه یا اکثریت مردم پیروی شود و باید زمانی دراز و مستمر در عمل رعایت شود تا به صورت قاعده ای که موجب حق و تکلیف باشد - در آید، از این رو گفته اند: «الیقین بالعرف کالیقین بالنص» یعنی یقین حاصل از عرف مانند یقین حاصل از نص است و نیز گفته اند: «عرف شناخته شده مانند شرطی است که آورده شده باشد»⁽¹⁾.

فقیهان عرف را به اقسام دیگری نیز تقسیم کرده اند از قبیل: عرف عام، عرف خاص، عرف قضایی، عرف مذهبی، عرف تجاری، عرف صنفی که از تفصیل آنها به لحاظ درازی مطلب خودداری می شود⁽²⁾.

آیا عرف، مخصّص نصّ می شود؟

حنیفیان عرف عام یا عرف کشوری را مخصّص می دانند ولی در عرف محلی اختلاف نظر وجود دارد.

ارزیابی عرف:

گفته شده که ارزش عرف تا آن جا است که در صورت تعارض میان عرف و قیاس، فقهای اهل سنت و جماعت، عرف را مقدم دانسته اند باین دلیل که عمل به قیاس مخالف عرف جاری، موجب عسر و حرج است و به مصلحت جامعه نیست.

اما حجّیت عرف در نزد امامیه و اهل تسنن مورد اختلاف است، اهل تسنن آن را حجت می دانند در حالی که امامیه حجّیت آن را محدود به مواردی، نظیر تفسیر موضوع و بیان اراده طرفین معامله می کنند و آن را در عداد دلیلهای استنباط احکام به حساب نمی آورند، مواردی را که اهل تسنن به عرف استناد کرده اند از قبیل «بیع شرط» یا «بیع الوفا» که نخست یک عرف عملی در بلخ و بخارا و نواحی آن شهر بود و در واقع به صورت حيله ای برای فرار از ممنوعیت ربا درآمد و مخصّص نصّ (و حرّم الربوا) که تحریم ربا بود، شد⁽³⁾! امامیه با دلیلهای دیگر مورد را اثبات کرده اند.

برخی را عقیده بر آن است که: امضاء و تنفیذ پاره ای از عرفها وسیله پیامبر (ص) دلیل بر تأیید و امضای عرفهای بعد از زمان شارع نیست، زیرا اولاً رسمیت آن عرفها وسیله کتاب و سنت بوده و

ص: 199

1- دکتر محمود سلجوقی، عرف در حقوق مدنی ایران رساله دکتری، ص 39.

2- همان کتاب، ص 39.

3- مکتبهای حقوقی در اسلام، ص 91.

با فرض داشتن دلیلی از نصّ نیازی به حجت دانستن همه عرفها باقی نمی ماند. ثانیاً حجت بودن برخی از عرفهای زمان پیامبر دلیل بر حجّیت همه عرفهای بعد از زمان پیامبر نیست زیرا کبرای جزئی در قیاس نتیجه اش جزئی است به عبارت دیگر امضای برخی از عرفها همان قدر بعد از پیامبر به حجّیت عرف دلالت دارد که بر عدم حجّیت آن (1).

هر چند در بادی امر دلیل مذکور به نظر قانع کننده می رسد لکن به طور قطع و با اعتماد نمی توانیم به آن بنگریم زیرا با آنچه از کتاب و سنت در اعتبار عرف به طور کلی بیان کردیم این نظر سازگاری ندارد و از طرفی دلیلی در دست نیست که رسمیت برخی از عرفها فقط به وسیله نصّ باشد چه بسا به دلایل دیگری از قبیل اجماع یا عقل رسمیت یافته باشد و یا با قیاس منصوص العله اعتبار عرف استنباط شده باشد کما این که برخی اعتبار عقد مضاربه را که نصّی در قرآن و حدیث ندارد و عرف زمان بوده است. فقط از ناحیه اجماع دانسته اند.

بدیهی است که اعتبار عرف تا آن جا است که از سویی با نصّ و از سوی دیگر با عقل و ذوق سلیم هماهنگ باشد. مثلاً پیش از برآمدن اسلام، نکاح شغار مرسوم و متداول بود، دختری می دادند و دختری در عوض می گرفتند و می گفتند مثلاً مهر نکاح خواهر یا دختر تو، نکاح خواهر یا دختر من، اما این نکاح با این که عرف زمانه بود امضا و تأیید نشد، و یا بیع کالی به کالی عرف بود، اما امضا نشد.

بسیاری از معاملات رایج رسماً نهی و ممنوع شد مثلاً فروشنده به خریدار می گفت: این سنگریزه را پرتاب کن، به هر جامه و لباس یا کالایی که برخورد کرد، آن را به فلان مبلغ به تو می فروشم. یا می گفت: این سنگ به هر یک از چهارپایان این رمه بخورد، همان را به تو به این قیمت واگذار می کنم، یا لباس تا شده و پیچیده ای را در تاریکی می فروختند و فقط خریدار آن را لمس می کرد و می خرید، یا فروش بچه در شکم گوسفند و شتر قبل از تولّدش، همه اینها، عرفهای جاهلی عرب بود، لکن چون بنیاد آن بر فریب و نیرنگ و تضادف بود بنابراین همه آنها ممنوع شد (2).

به هر تقدیر عرف معقول و پسندیده از کهنگی و توقف حقوق جلوگیری می کند و آن را همواره با نیازهای مردم هماهنگ نگاه می دارد و محلّهای انعطاف برای پدیده های تازه و

ص: 200

1- - مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص 188، نقل به اختصار.

2- - زین العابدین رهنما، پیامبر، ج 1، ص 227 و فرهنگ اصطلاحات فقه، ص 71 تا 73، واژه های بیع مضامین، بیع ملاقیح، بیع ملامسه، بیع منابذه.

مستحده باز می‌گذارد، در واقع عرف به منزله جلو دار و پیشاهنگ قافله است، جلو دار باید راه را هموار سازد و نباید مخالف هدف اصلی و اساسی گام بردارد، درست است که حقوق از جمله علم به واقعیتهای اجتماعی است، لکن واقعیتهای اجتماعی دارای عنصر اراده و اختیار است و از جبر و علیت محض پیروی نمی‌کند بلکه در آن عنصر غائیّت و هدف یا آرمان‌گرایی حکمفرماست و به همین دلیل حقوق مثل علم اخلاق همه اعمال آدمی را صحّه نمی‌گذارد، و هر گاه با نشانه انحطاط و انحراف روبرو شد، بی‌درنگ راه خود را عوض می‌کند، از سوی دیگر، عرف در برابر قوانین آمره و مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه، قدرتی ندارد، بلکه قدرت عرف در برابر قوانین تفسیری یا تعویضی است، قوانین تفسیری که جانشین اراده طرفین در معاملات است و جایی که میان طرفین در موردی توافق از قبل موجود باشد عرف قدرت خود را نشان می‌دهد و عرف بر حکم تفسیری قانون مقدم خواهد بود(1).

ماده 344 قانون مدنی ایران موضوع را روشن می‌کند: «اگر در عقد بیع، شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت، موعدی معین نشده باشد، بیع، قطعی و ثمن، حال محسوب است مگر این که بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجاری، وجود شرطی یا موعدی معهود باشد اگر چه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد».

ص: 201

«خدا کمال عدالت است، و از میان ما آن کس که

عدالت‌ترین مردم است به خدا از همه بیشتر همانند است».

افلاطون

1- عدالت در فلسفه

«جمهور» افلاطون نخستین کتابی است که کوشش اصولی و منظمی برای به دست دادن تعریف عدالت در آن به چشم می‌خورد؛ او عدالت را در جامعه بررسی می‌کند و تحقق آن را به عنوان جزئی از ساختمان جامعه آسانتر می‌داند تا مانند یک صفت فردی و شخصی؛ بنابراین افلاطون اصالت را بیشتر به جامعه می‌دهد تا فرد، و در تعریف عدالت می‌گوید: «عدالت آنست که هر کس آنچه حق اوست به دست بیاورد و حرفه ای در پیش گیرد که استعداد و شایستگی آن را دارد(1)».

مطابق این تعریف، هر کس برابر آنچه تولید می‌کند مزد باید بگیرد و کاری باید انجام دهد که در آن استعداد و شایستگی دارد و همه چیز باید درست و به جای خود باشد تا هماهنگی در جامعه پدید آید.

ارسطو بیشتر به فرد اهمیت می‌دهد تا جامعه و عدالت را به یک اعتبار شامل همه فضیلت‌های

ص: 203

اخلاقی می‌داند، هر کس مرتکب یکی از رذیلتها شود در واقع ستم کرده و از جاده عدالت بیرون شده است بنابراین عدالت کیفیتی نفسانی است.

اما در تعریف عدالت به معنای اخص می‌گوید: «برابر داشتن اشخاص و دادن به هر کس آنچه حق اوست». و در معنی برابر داشتن و تساوی می‌گوید باید تناسب رعایت شود.

افلاطون چنان شیفته امر عام و کلی است که حاضر است فرد را برای استقرار حکومت کامل فدا کند. در صورتی که ارسطو به فرد تکیه دارد و عدالت را بر دو گونه می‌داند: توزیعی و تعویضی.

او می‌گوید: ظلم و انظلام یا ستم و ستم‌پذیری هر دو رذیلت است و عدالت حد وسط و میانه این دو است، عادل میان اشخاص استحقاق و شایستگی آنان را در نظر می‌گیرد و تناسب را رعایت می‌کند یعنی در مقام دادن مزد و منصب و جایزه و مانند آن هماهنگی برقرار می‌کند.

ارسطو می‌گوید: هر صفتی در اساس یک جنبه افراط دارد و یک جنبه تفریط، و حد میانه آن عدالت است، اما این ایراد بر او وارد است که بسیاری از صفتها دارای حد میانه نیستند، مانند: راستی و دروغ، اگر سخنی راست است یعنی هماهنگ با «واقع» است و اگر دروغ است یعنی هماهنگ با واقع نیست، دیگر حد میانه‌ای برایش متصور نیست، ستم و ستم‌پذیری هر دو بد است اما عدالت حد وسط این دو نیست، عدالت اساساً مقوله‌ای بیرون از ستم و ستم‌پذیری است (1).

اما در باب عدالت تعویضی در مقام حکومت و دادگری می‌گوید برابری باید رعایت شود نه تناسب، و استحقاق و شایستگی را در آن مؤثر نمی‌داند، قاضی به هنگامی که میان دو نفر در اثر ستم، نابرابری پدید آمده باید برابری را برقرار سازد، ظالم را از تمتعی که برده محروم کند و ضرر و زیان طرف را جبران کند و از آنچه که به ستمکار افزوده شده بکاهد.

اما با اینهمه ارسطو اضافه می‌کند که چون دادرسی با قانون انجام می‌پذیرد و احکام قانون کلی است و بر همه کیفیتها احاطه و شمول ندارد بنابراین گاهی، رعایت انصاف از جمود بر قانون یا اجرای عدالت محض بهتر است.

گفته شد، به نظر ارسطو، عدالت برابری است لکن مقتضای عدالت با تساوی هماهنگ نیست، استاد نباید به همه شاگردانش نمره مساوی بدهد او میزان استحقاق را باید در نظر گیرد، در جامعه هنرمند و بی‌هنر، با تقوا و بی‌تقوا، همه به یک چشم نباید نگریسته شوند و یکسان باشند. باید هر کس بمیزان لیاقت و شایستگی اش از حقوق فردی و اجتماعی بهره‌مند شود، بدیهی است باید

ص: 204

1- - در باره عقیده میانه روی ارسطو و اینکه بنظر می‌رسد که این نظریه حد وسط به کار بردن آن در فضایل عملی است نه عقلی. مراجعه شود به تاریخ فلسفه غرب ج 1 ص 334 و 348.

امکانات مساوی و متناسب برای همه فراهم شود تا در مسابقه اجتماعی به میزان کوشش خود شرکت کنند. زن را که به اقتضای طبیعت، ظریف و لطیف آفریده شده است به دلیل رعایت تساوی نباید به کارهای سنگین و خشن مثل بنایی و باربری و کندن معادن واداشت.

اصل تساوی عموم در برابر قانون آنست که ملاحظه های شخصی مثل غنی و فقیر، سیاه و سفید، نباید ملاک برخورداری از مزایای قانون باشد.

در حقوق عمومی و سیاست، هر کشوری باید هماهنگ مقتضیات داخلی خود گام بردارد، جامعه ای که اقتصادش خانگی و بر صنایع یدی استوار است نمی تواند پیش از این که صنعتی شود، مقررات اقتصادی یک کشور پیشرفته صنعتی را تحمل کند یک کشور پیشرفته صنعتی با یک کشور واپس مانده، اگر هر دو تحت عنوان تساوی، متعهد شوند که از اصل رقابت آزاد پیروی کنند و به وسیله مقررات گمرکی، صنایع خود را حمایت نکنند، تنها این تساوی فرضی در عمل به ضرر کشور عقب مانده تمام خواهد شد زیرا کشور پیشرفته صنعتی نیازی به این حمایت ندارد.

طفل را گر نان دهی بر جای شیر

طفل مسکین را از آن نان مرده گیر

رعایت تناسب در اجرای عدالت، به حاکم دادگاه اجازه می دهد که به مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط برای پرداخت دین داده شود (ماده 277 قانون مدنی) و یا در مقام اجرای حکم، توقیف اسباب کار و حرفه و لباس و اشیای ضروری مدیون و خانواده او را ممنوع می سازد (ماده 630 قانون اصول محاکمات حقوقی) و یا در حقوق کیفری کسانی را که در اثر عصبانیت مرتکب جرمی شده اند به مجازات کمتری محکوم می کند و یا آن که در مقام دفاع مشروع به دیگری صدمه زده است، از مجازات معاف می سازد، همه اینها از مفهوم رعایت تناسب در عدالت سرچشمه گرفته است.

گفته شد که عدالت از نظر افلاطون آنست که به هر کس آنچه حق اوست داده شود. اما به این تعریف ایرادهایی وارد است زیرا مفهوم حق روشن نیست، و شناخت عدالت به شناخت حق بستگی دارد، و اگر حق را خدمتی بدانیم که شخص به جامعه می کند، باز در ارزیابی خدمت دچار اشکالهای فراوان می شویم. «برتراند راسل» در این باره، یک نانو را با یک خواننده «اپرا» مقایسه می کند و می گوید شما بدون کار خواننده اپرا می توانید زندگی کنید لکن بدون کار نانو نمی توانید، پس به این جهت باید گفت که نانو به جامعه خدمت بزرگتری می کند، لکن بی گمان، هیچیک از دوستداران موسیقی با شما هم عقیده نخواهند بود، اگر مفهوم استحقاق را اساس معنی عدالت قرار دهیم، ممکن نیست قاعده منظمی برای عدالت به دست آید، زیرا خود معنی استحقاق

بسیار پیچیده است بنابراین گفته شده است که تعریف افلاطون از عدالت مستلزم «دور» است و دور، باطل است.

راسل می گوید، «در حقیقت «عدالت» مفهومی است که درباره آن عقاید اغلب مردم بی اندازه مغشوش و درهم و برهم است. به عقیده غالب مردم نسبت به درجات استثنایی شایستگی یا تقصیر باید عمل استثنایی انجام داد(1)».

«کانت» فیلسوف آلمانی می گوید: «عدالت هر عملی است که بنیادش بر این باشد که آزادی هر کس با آزادی همه کسان سازگار بوده باشد و بنابراین حکم کلی در این باب این است: چنان عمل کن که آزادی تو بر طبق یک قاعده کلی با آزادی همه مردم سازگار باشد(2)».

«شوپنهاور» حکیم آلمانی بنیاد اخلاق را بر شفقت استوار می داند و می گوید، اگر در دل کسی شفقت نسبت به موجودات دیگر باشد شخصی است اخلاقی؛ بنابراین در واقع شفقت همان عدالت است، و خودخواهی ظلم است، از آن رو که خودخواه منکر وجود یعنی اراده دیگران است، شخص عادل و شفیق، تصدیق دارد که دیگران هم حق حیات دارند و از روی همین بنیاد تمام قواعد اخلاق را که چون به عالم سیاست در آمد حق و عدالت نامیده می شود می توان استخراج کرد(3).

«نیچه»، فیلسوف آلمانی در حالی که ناامید و مأیوس از تحقق عدالت است فریاد بر می آورد که: «بگویدم، کجا می توان یافت آن عدالت را که عشقی است با چشمان باز(4) بر خلاف همه بزرگان عالم، خودپرستی را حق دانسته و شفقت را ضعف نفس و عیب پنداشته است. و عقیده دارد که دنیا دار تنازع بقاست و آن که توانا تر است پیروزی با اوست(5).

به هر تقدیر بررسی همه آرای فیلسوفان درباره عدالت، نیاز به کتابی جداگانه دارد، همین قدر باید گفته شود که اساساً عدالت در نظامهای فلسفی و اقتصادی و اجتماعی گوناگون، تعریفهای ویژه ای به خود می گیرد که با دیگری متفاوت است و حتی معنی عدالت در ادیان مختلف نیز با هم یکسان نیست، آنچه را بودا و کنفوسیوس و لائوتسه عدالت می دانند با آنچه که موسی و عیسی و

ص: 206

1- - امیدهای نو در زندگی متغیر، ص 115.

2- - سیر حکمت در اروپا، ج 2، ص 169.

3- - سیر حکمت، ج 3، ص 56.

4- - چنین گفت زرتشت، ص 84.

5- - سیر حکمت، ج 3، ص 127.

زردشت و محمد (ص) عدالت می دانند متفاوتست حتی در فرقه های مذهبی داخل در یک مذهب نیز اختلاف نظر به چشم می خورد.

دکتر ناصر کاتوزیان می نویسد: «اگر قواعد عدالت به صورت نوعی و کلی مبنای حقوق قرار گیرد و از داوریهای فردی ممتاز شود، اشکال مهم، تشخیص راه استنباط و احراز این قواعد است: یعنی باید دید چگونه می توان احکام عادلانه را به دست آورد، و چه مقامی برای این تشخیص صلاحیت دارد؟ در برابر این پرسش پاسخ مسلم و قاطعی وجود ندارد، و شاید بتوان ادعا کرد که از پیچیده ترین مسائل فلسفه حقوق است. زیرا بعضی گفته اند قواعد عدالت باید، به حکم عقل و از راه تحلیل مسائل اجتماعی و هدفهای ذهنی، استخراج شود، و بعضی دیگر داوری عقل را در این باب نمی پذیرند و معتقدند تنها از راه ایمان و اشراق می توان باین قواعد دست یافت؛ و عواطف انسانی و حکم دل است که مبنای تمیز داد و ستم قرار می گیرد، و جمعی نیز اراده خداوند و مذهب را به عنوان ضابطه برگزیده اند.

از سوی دیگر، جامعه شناسان عقیده دارند که عدالت ناشی از وجدان عمومی است، و آنها که نخواسته اند مفهوم مجرد «وجدان عمومی» را بپذیرند، می گویند قاعده ای عادلانه است که وجدان دسته بزرگی از مردم آن را درست بدانند. ولی در برابر آنها بسیاری از نویسندگان عدالت را تابع رأی عمومی نمی دانند. به نظر آنها، همان طور که قواعد طبیعی را به نیروی اکثریت نمی توان تغییر داد و حقیقت بسته به نظر عموم نیست، عدالت را نیز نباید با رأی اکثریت مردم تعیین کرد.

چنان که ارسطو در این باب می گوید: «عدالت امری است که انسان عادل فکر میکند». و لوفور Le Fur استاد فرانسوی، در توضیح آن تأیید کرده است که، به جای توجه به عده اشخاص، باید نظر بهترین و صالحترین مردم را مبنا قرار داد.

رویه Roubier نیز در پایان تحلیل خود نتیجه می گیرد که برای یافتن قواعد عدالت باید به جامعه حقوقدانان، که در جستجوی این قواعد و در مقام ستایش آن هستند، رجوع کرد. عرف عمومی و قوانین دولتی نمی تواند ضابطه تشخیص عدالت قرار گیرد، و به همین سبب است که گاه بین قواعد حقوق و عدالت تعارض ایجاد می شود».

«عدالت مفهومی است اخلاقی، پس تمام عواملی که در اخلاق هر قوم مؤثر است، در تمیز داد و ستم اثر دارد، قواعد عدالت فطری و ثابت نیست، ولی در تشخیص آنها تنها به نیروی عقل نباید اتکا کرد، زیرا اعتقادهای مذهبی و عواطف نیز در این راه سهم مؤثر دارند.

راست است که هر انسان متمدن در برابر حوادث اجتماعی در خود احساس عدالت می‌کند، و نیز درست است که گاه داوریه‌های اشخاص چنان به هم شبیه است که از مجموع آنها می‌توان قواعد نوعی استخراج کرد، ولی نباید افکار عمومی را میزان تشخیص عدل و ظلم قرار داد.

ذهن ساده عرف قادر به تحلیل تمام مسائل اجتماعی نیست و گاه نیز گرفتار احساساتی می‌شود که از عقل بدور است. درخت عقل را باید به یاری تجربه و مطالعه آبیاری کرد، و ذهن کسانی قادر به تشخیص عدالت است که در امور اجتماعی بینش و تجربه کافی اندوخته باشند. همان‌گونه که برای ارزیابی آثار هنری به کسانی رجوع می‌شود که ذهنشان آماده تمیز زشتی و زیبایی است، در جستجوی عدالت نیز بایستی بدنبال اشخاصی بود که صلاحیت تمیز درست را از نادرست دارند.

داوریه‌های عامیانه ممکن است در پاره‌ای از امور ساده و ابتدایی درست باشد، ولی همیشه به آن اعتماد نمی‌توان کرد:

در روزنامه‌ها می‌نویسند که مردی با کمال بی‌رحمی زن ناتوانی را کشته است؛ احساسات عمومی تحریک می‌شود همه او را در وجدان خود محکوم می‌سازند، ولی دادرسی که اثر محیط را در اراده افراد دریافته و می‌داند که بی‌نظمی اجتماع عامل اساسی وقوع جرم است، همانند مردم بسرعت حکم نمی‌کند. بیش از آن که درصدد انتقامجویی و تسکین احساس آنی خود باشد، در پی اصلاح مجرم و درمان اوست. وضع زندگی بزهکار، رابطه او با مقتول اوضاع و احوالی که قتل در آن اتفاق افتاده است، سبق تصمیم و درجه بداندیشی مجرم، شخصیت طرفین و دهها مسأله دیگر در تصمیم او مؤثر است. عدالتی که او می‌بیند با سایرین متفاوت است، همچنانکه دید یک هنرمند با نظر عوام تفاوت دارد. باضافه، عدالتی که در جامعه ناپاکان و هرزگان مطرح است، با آنچه در جمع پرهیزکاران و دوراندیشان عدالت نامیده می‌شود یکسان نیست ...

بنابراین، در تشخیص عدالت، ملاک، داوری عموم نیست، بلکه باید از مجموع عقاید علمای اجتماعی و رویه‌های قضایی آنها را در هر دوره‌ای استخراج کرد(1)».

2- عدالت در نصوص دینی

در بخش عقل، زیر عنوان: «حسن و قبح عقلی» به عدالت اشاره‌هایی شده است، عدالت و انصاف، سرلوحه همه آموزشهای مذاهب و مکتبهای فلسفی و اخلاقی و اجتماعی است، کافی

ص: 208

است که به مشتقات واژه «عدل» در قرآن مراجعه شود، مثلاً کلمه «قسط» که به معنی عدالت و بهره عادلانه است در 25- آیه آمده است. برای نمونه به چند مورد اشاره می شود:

1 - آیه 61 از سوره نساء: «امانتها را به صاحبان آن بدهید و آن گاه که میان مردم حکم می کنید به عدالت حکم کنید».

2 - آیه 36 سوره نساء: «عدالت را بپا دارید، گواهی را بی هیچ گونه ملاحظه ای فقط به خاطر خدا بدهید، هر چند به ضرر خود یا پدر و مادر و یا خویشاوندان شما باشد، غم این که فلان خویشاوند غنی یا فقیر است مخورید، خدا حال آنان را رعایت می کند مبادا به پیروی از هوای نفس از حق انحراف پیدا کنید».

3 - آیه 134 سوره بقره: «کیست ستمکارتر از آن کسی که شهادتی را که از طرف خدا در نزد اوست کتمان کند و از بیان حق و حقیقت خودداری نماید؟ و خدا از آنچه شما مرتکب می شوید غافل نیست».

4 - آیه 5 سوره احقاف: «اگر بخواهی به قضاوت پرداز و در میان مردم حکومت کنی پس میان آنان به عدالت حکم کن که خدا دادگران را دوست می دارد».

قرآن آشکارا می گوید: «لا تتركوا الی الذین ظلموا» یعنی به ستمکاران اعتماد مکنید و یا: «هرگاه فاسقی (غیرعادل) از امری گواهی داد از حال او تحقیق و تجسس کنید».

در حدیثهای بسیار در این باره آمده است:

1 - «بالعدل قامت السموات والارض» به عدالت آسمانها و زمین برقرار مانده اند. (دور فلکی یکسره بر منهج عدل است).

2 - «هرکس در معامله و رفتار با مردم ستم نکند و در گفتار با آنان دروغ نگوید و از وعده تخلف نرزد، عدالت در او پدید آمده است» (1).

3 - از حضرت مولا- علی (ع) نقل شده است که: «العدل یضع الامور مواضعها» یعنی دادگری، قرار دادن امور در جای و محل خود است، شاید فقیهان از همین عبارت اقتباس کرده اند که در تعریف عدالت گفته اند: اعطاء کل ذی حق حقه، یعنی رساندن هر حقی به صاحبش.

مولوی گفته است:

ص: 209

1 - من عامل الناس فلم یظلمهم و حدثهم فلم یکذبهم و وعدهم فلم یخلفهم کان ممن ظهر عدله، وسائل الشیعه ج 8، ص 597.

عدل چبود وضع اندر موضعش

ظلم چبود وضع در ناموقعش

عدل چبود آب ده اشجار را

ظلم چبود آب دادن خار را

نیست باطل هر چه یزدان آفرید

از غضب وز حلم وز نصح 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 در حدیث نبوی (ص) آمده است که: «یوم من امام عادل افضل من عبادہ ستین سنه» یعنی یک روز از زندگی پیشوایی دادگر، از عبادت شصت سال برتر است.

سنایی گفته است:

عدل کن زان که در ولایت دل

در پیغمبری زند عادل

و بالاخره از حدیث: «کشور با کفر می باید و با ظلم نمی باید» باید یاد کرد.

بگفته ملک الشعراء بهار

گفت که الملک لا یدوم مع الظلم

آن که خدایش بسی ستوده ز هر در

ملک درختی است نغز و ریشه او عدل

ریشه قوی دار کز درخت خوری بر

عدالت در لغت بمعنی استقامت نیز آمده است و در فقه: استقامت در دین است و معنی آن ملکه ای است که در آدمی پدید می آید و او

را به ترک بدیهها و ادار می کند. و همچنین در معنی عدل و انصاف گفته اند که: « گذاشتن پایه احقاق حق بر مساوات در مقابل قانون و احترام به حقوق افراد و نیز در مقابل قوانین موضوعه به کار می رود یعنی نظری که از قوانین موضوعه گرفته نشده باشد و در عین حال عرفاً مصداق عدل و انصاف شمرده شود(1)».

از جمله مواردی که حس برقراری موازنه حقوق در آدمی تحریک می شود آنجاست که هر گاه در حکمیت و داوری میان دو نفر که هر دو مدعی مالکیت ششدانگ ملکی باشند، و فرض آن باشد که دلائل هر دو طرف از هر حیث و هر جهت یکسان باشد بنحوی که نتوان یکی را بر دیگری ترجیح داد و از طرفی ملک هم در تصرف شخص ثالثی بوده باشد، در این حالت در مقام صلح و سازش داور مرضی الطرفین با داشتن حق صلح و سازش می تواند حکم به تنصیف ملک میان طرفین صادر کند، این قاعده انصاف است.

در قوانین موضوعه ایران از جمله مواردی که دادگاه را به رعایت قاعده عدل و انصاف دعوت

ص: 210

1- - ترمینولوژی حقوق، لغت عدل و انصاف .

کرده است ماده 571 قانون تجارت است به این عبارت که: «... محکمه اوضاع و احوال را سنجیده به طوری که مقتضی عدل و انصاف بداند حکم می دهد...».

و همچنین ماده 336 قانون مجازات اسلامی مصوب 1370 بخش دیات چنین مقرر داشته است که: « هرگاه در اثر برخورد دو سوار، وسیله نقلیه آنها مانند اتومبیل خسارت ببیند در صورتی که تصادم و برخورد به هر دو نسبت داده شود و هر دو مقصر باشند و یا هیچ کدام مقصر نباشند هر کدام نصف خسارت وسیله نقلیه دیگری را ضامن خواهد بود خواه آن دو وسیله از یک نوع باشند یا نباشند و خواه میزان تقصیر آنها مساوی یا متفاوت باشد و اگر یکی از آنها مقصر باشد فقط مقصر ضامن است.

تبصره: تقصیر اعم است از بی احتیاطی، بی مبالائی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی».

ملاحظه می شود که در ماده فوق نیز حکم به تنصیف داده شده که بر مبنای عدالت و انصاف است.

ص: 211

پیش از برآمدن تمدن در میان مردم، قانون جنگل یا حکومت زور فرمانروایی می کرد لکن با گذشت زمان اندک اندک در روابط خصوصی افراد نیروی الزامی حکومت زور، رو به کاهش نهاد، زیرا بشر هم فردی مستقل و هم عضو جامعه شد و چون هر دو احساس در او ریشه دوانید، قوانین اخلاقی و حقوقی را وضع کرد و جامعه ها تحت اصول و قواعدی درآمدند که سادگی قوانین نخستین را نداشت، و هر چه بر مدنیت گذشت پیچیدگی آنها بیشتر شد.

آن زمان که جامعه ای هماهنگ و منسجم است قانون حکومت می کند و امنیت برقرار است، مردم نمی توانند بفهمند، که در جامعه قانون است که حکومت دارد اما همین که نظم از هم پاشیده شد و با ستم و بی عدالتی روبرو شدند آن گاه لزوم وجود قانون را احساس خواهند کرد. مونتسکیو میگوید: «بعضی گمان برده اند که نیک و بد و داد و بیداد بکلی تابع وضع است یعنی در هیأت اجتماع هر چه را منع کنند زشت می شود و هر چه را جایز بدانند زیبا خواهد شد ولی البته چنین نیست و این سخن مانند آن است که بگویند متساوی بودن و نبودن شعاعهای دایره به اختیار مهندس است و پیش از آن که کسی دایره رسم کند شعاعها همه متساوی نبوده اند(1)».

پس جامعه بی قانون توان ادامه حیات ندارد، همان گونه که در منظومه شمسی، خورشید نقطه مرکزی و سیر ستارگان در مسیر معین است و قانون جاذبه عمومی و دیگر قانونها بر آن حکومت دارد در نظام جامعه قانون است که هماهنگی و تناسب و زیبایی پدید می آورد و از فرو ریختن و از

ص: 212

هم پاشیدن نظام جلوگیری می کند و این همه از غایت وضوح و روشنی از نظرها پنهان مانده است، و حتی به عقیده برخی ریشه این نظم در سازمانهای طبیعی مردم بوده است که قبل از تشکیل حکومتها و دولتها باز هم نظم وجود داشته و آن در وابستگی ها و منافع متقابل افراد جامعه بوده که همه را مانند سلسله زنجیر به هم پیوند می داده است.

پس حقوق پیش از تشکیل دولت و قانون پدید آمده است و چنانچه مدعی شویم که عدالت تنها از قانون سرچشمه می گیرد مثل آن است که بگوییم قبل از این که دایره ترسیم شود، شعاعهای دایره با هم برابر نبوده اند، قانون وسیله اجرای عدالت است، از این رو اگر قانون با عدالت ناسازگار باشد و نتوان به مدد عقل و علم آن را به نفع عدالت تأویل کرد دیری نخواهد پایید که جای خود را به قوانین جدید خواهد داد.

باری چگونه ممکن است پیچ و مهره اتومبیلی در جای خود بدرستی نصب نشده باشد و بی احساس خطر از آن اتومبیل بتوان استفاده کرد؟ و یا آن که در جامعه ای بدون قانون بتوان به حیات خود ادامه داد؟ پس قانون رشته استواری است که از آغاز تمدن پدید آمده و تا انسان باقی است باقی خواهد بود و مانند زندگی بشر حرکت تکاملی و سیر صعودی و نزولی دارد و همین نوسانها و مراتب تدریجی نقص و کمال، آن را به تأسیسی و امضایی تقسیم کرده است.

1 - قانون تأسیسی، قانونی است که آدمی آن را بنا به فطرت و عقل خود کشف و درک کرده و یا از سوی پیامبران آمده است و بر پیشینه ای استوار نیست مانند قانون رضاع که از تأسیسات اسلام است و پیش از آن نبود و در مقابل فرزند خواندگی (تبنی) ممنوع شد.

2 - قانون امضایی، قانونی است که چون ریشه ای عمیق در جامعه دارد، ناگزیر قانونگذاران آن را تصویب و امضاء می کنند و اگر چنین نکنند بیم آن می رود که چون مردم بدان علاقه مندند نظام اجتماعی دچار نابسامانی گردد.

در واقع هر نظام تازه ای باید هر دو گونه قانون را دارا باشد، تا از طرفی نقصها و کمبودها را با مقررات تازه جبران کند و از سوی دیگر سنتها و عرفها و آداب و رسوم و قوانین منطقی و شایسته قبلی را امضا کند بنابراین اکثر فقیهان اعتقاد دارند که بسیاری از عقود و ایقاعات و حتی برخی از عبادات و یا بعضی از احکام کیفری در فقه امضای سنن قبلی است (1)، مثلاً عقد بیع موجود چیزی

ص: 213

1- - بطلان قاعده استصحاب، ص 104، به نقل از «مقالات الغریه» محمد صادق تبریزی در باب حقیقت شرعی، و نیز قواعد فقه، ص

جز همان بیع عرف زمان شارع نیست و در ماهیت آن وضع و ابتکار تازه ای به عمل نیامده و چیزی را که قبلاً مشمول عنوان بیع نبوده شامل عنوان بیع قرار نداده اند، اگر در عقود و ایقاعات تصرفی از جانب شارع بعمل آمده، منفی است نه مثبت(1).

ص: 214

1- - بقره: 275.

به صدق کوش که خورشید زاید از نفست

که از دروغ سیه روی گشت صبح نخست

«حافظ»

قلمرو و حوزه عمل حقوق، در دنیای امروز تا آن جاست که ضمانت اجرا داشته باشد، از این رو قواعدی که در زمان و مکان خاص اکثریت مردم، پیروی از آنها را لازم شمرده اند، لکن ضمانت اجرای قانونی ندارد، در زمره قواعد اخلاقی به شمار می آید. اگر حقوق را مجموعه ای از قوانین و مقرراتی بدانیم که نظامی حاکم، آن را برقرار کرده است، اخلاق در واقع یکی از ارکان تعریف حقوق یعنی «نظام حاکم» را فاقد است و به این دلیل است که اگر قوانین از قدرت عمومی دولت پشتیبانی نشوند، سرنوشتی در حدود مسائل اخلاقی خواهند داشت. ناقص بودن حقوق بین الملل به سبب آنست که تا کنون ضمانت اجرای مؤثری نداشته است، تأسیس جامعه ملل و در پی آن سازمان ملل متحد و بنیادهای وابسته به آن، به هیچ وجه نتوانسته است، امنیت و صلح جهانی را تأمین و تضمین کند، زیرا یکی از ارکان حق یعنی قوه اجرایی را فاقد است و حاکمیتی فوق حاکمیت دولتها نیست تا قواعد حقوق بین الملل را به اجرا گذارد.

از سوی دیگر، حقوق غربی، بیشتر در پی آنست که دعاوی را از میان بردارد؛ فصل خصومت کند؛ احقاق حق واقعی و اجرای عدالت در مرتبه دوم قرار گرفته است. مقصد اصلی آنست که دعاوی بشکلی پایان یابد و در نتیجه این وضع، آنان که توانایی مادی دارند تا وسایل بهره برداری

از قواعد تشریفاتی آئین دادرسی را توسط وکلای مدافع خویش فراهم کنند، همواره موفقیت بیشتری کسب خواهند کرد.

در حقوق امروز گفته می شود که حقوق در خلایعنی جایی که در آن جا کسی نباشد، تحقق نمی یابد و صورت خارجی به خود نمی گیرد، و این اصل زبانزد علمای حقوق رم بوده است که: «حقوق زائیده اجتماع و جامعه بشری است(1)». یعنی بیرون از جامعه فرض حق و تکلیف بی معنی است.

پس اگر شخصی در جزیره ای مرتکب جرمی شود و سپس افراد آن جزیره از آن جا کوچ کنند و کسی نماند جز همان شخص خطاکار، پیروان «مکتب نفع اجتماعی» او را از مجازات معاف می دانند، زیرا می گویند مجازات باید برای جامعه سودمند باشد، اما پیروان «مکتب عدالت مطلقه» می گویند: جرم یک لوث اخلاقی در روح پدید می آورد که جز با کیفر، پاک نمی شود و کیفر کردن تنها برای نفع اجتماع بی معنی است.

در متون دینی و اخلاقی ما پاکیزگی روح و روان و تهذیب نفس شرط رستگاری است، رستاخیز پیامبران و اولیای خدا برای پدید آوردن عدالت اجتماعی نیز در واقع کمک به ایجاد زمینه مساعد برای تعالی روانی و اخلاقی و پرواز آدمی به ملکوت خداوند است؛ و بنابراین آن کس که در جزیره ای خالی از سکنه زندگی می کند، دست کم وظایفی برای خود دارد و از این رو حقوق و اخلاق به هم آمیخته است و از هم جدایی ناپذیر! از سوی دیگر اساساً یکی از امتیازهای روح شرقی توجه به اخلاق فردی است در حالی که غربی به اخلاق اجتماعی و حقوق نظر دارد(2).

بنام می گوید: «اگر حقوق و اخلاق یک مرکز دارند، یک محیط ندارند(3)». یعنی منظور اصلی این دو یکی است و آن نیکبختی بشر است، در حالی که قلمرو این دو متعدد است، یکی ضامن اجرا دارد و آن دیگری ندارد. این سخن بنام بیشتر ناظر به حکومت‌های غیر مذهبی است، در حالی که در حکومت‌های مذهبی اخلاق نیز فاقد ضمانت اجرا نیست.

اما باین همه از آن جا که ایمان مردم نسبت به قوانین موضوعه در حسن اجرای آنها مؤثر است در واقع همین احترام و اعتبار قوانین در نزد مردم ضمانت اجرای بسیاری از قوانین را به دوش مردم می گذارد.

ص: 216

1- - حقوق اساسی، ص 1.

2- - روح ملتها، ص 219.

3- - دکتر شایگان، حقوق مدنی ایران، ص 3. کلیات مقدماتی حقوق، صفحه های 14 تا 30؛ علم اخلاق نظری و عملی، ص 98.

مع ذلک قواعد اخلاقی رفته رفته در حقوق اثر می‌گذارد و در بیشتر قوانین دنیا قراردادهایی که بر خلاف اخلاق حسنه باشد از نظر دادگاهها غیر قابل ترتیب اثر اعلام شده‌اند (1). و از این راه بسیاری از مسائل اخلاقی وارد حوزه حقوق شده است.

همچنین بسیاری از قوانین از اصول اخلاقی سرچشمه گرفته‌اند، از قبیل: حقوق کار، بیمه‌های اجتماعی، تعاونیها که همه از اصل اخلاقی «احسان به نوع» برخاسته‌اند، و بالعکس گاهی قوانین حقوقی موجب ایجاد اخلاق و عادات تازه‌ای در میان مردم می‌شوند.

اما چون اخلاق در معرض تغییر است بنابراین تحولات آن در حقوق هم تأثیر قطعی دارد، زیرا قوانینی که مربوط به اخلاق حسنه است از قوانین آمره است و اراده افراد نمی‌تواند بر خلاف آن، قراردادی تنظیم کند در حالی که قوانین دیگر چنین نیست. عرف و عادت نیز از منابعی سرچشمه می‌گیرد که از آن جمله اخلاق است و از آن تعبیر به اصول فوق قانون کرده‌اند زیرا نیروی اخلاق گاه به حدی است که می‌تواند مدرک حکم دادگاه قرار گیرد، تا آن جا که هر چه را مخالف اخلاق حسنه است مخالف نظم عمومی نیز دانسته‌اند. و در حقوق مدنی ایران که از فقه امامیه اقتباس شده است از آن به عنوان «مشروعیت جهت معامله» یاد کرده‌اند.

گفته شد، مفاهیم اخلاقی در تغییرند، زیرا نهادهای جامعه و افکار عمومی در هر زمان و مکان وضع خاصی دارد، در هر عصر، مردم معتقد به مقرراتی هستند، بنابراین مفهوم متغیر اخلاق، حقوق را هم به تبع تغییر می‌دهد زیرا اخلاق از وجدان الهام می‌گیرد و حکم وجدان بسیار متنوع است، گاه به احسان و نیکوکاری دعوت می‌کند، زمانی به عشق و پرستش می‌خواند و وقتی هم به دادخواهی توده‌ها را بر می‌انگیزاند، همین انگیزه‌ها، الهام بخش حقوق می‌توانند باشند.

رسیدن به هریک از احکام وجدان، راه و روش ویژه‌ای دارد و با زمان همواره در حال دگرگونی است، لکن این که کمال اخلاقی امری نسبی است، دلیل آن نیست که ما اصول کمال مطلق را وجهه همت خود قرار ندهیم، ما باید در همه امور معتقد به تکامل باشیم.

پیش از این گفته ایم که قوانین نردبان و وسیله رسیدن به هدفند، هدف استقرار عدالت و اعتلای روح و اخلاق است، اگر برای رسیدن به عدالت از بیراهه ظلم و تجاوز عبور کنیم، بی‌گمان فرجام کار رضایت بخش نخواهد بود.

برتراند راسل می‌نویسد: «چینی‌ها در سپیده دم تاریخ خود در مسیر رودخانه زرد، خاکریزهایی

ص: 217

ساختند (شاید به منظور جلوگیری از سیل و طغیان رودخانه) و حال آن که در آسیای غربی، چنان که در داستان نوح دیده می شود، زندگی پرهیزکارانه را در مان شناختند، در مورد آتشفشانها نیز همین نظر را داشتند و آن را با بیانی ادیبانه در شرح نابودی سدوم و الغموره (گومورا) عرضه کردند. تا امروز این دو نوع تئوری، نظریه چین و نظریه آسیای غربی، به همین صورت متناقض به حیات خود ادامه دادند، ولی سلطه نظر چین بتدریج افزایش یافته است.

باری پیشرفتهای بسیار جدید حاکی است که زندگانی پرهیزکارانه (به معنای ملایمتر از سابق) برای بقای نوع بشر به همان اندازه لازم است که ساختمان خاکریزها ضرورت دارد(1)».

در آموزشهای همه مذهبها این هر دو شیوه تفکر، ریشه دارد، و بدیهی است که قانون بی پشتوانه اخلاق ناقص است، و هر چه دستگاه قضایی مجهز و بی عیب باشد باز قانون به دستگیری افراد نیاز دارد و روشن است که آن قاضی که به ارزشهای اخلاقی بی توجه است، تا چه حد برای جامعه خطرناک است.

کیفر خطاها از جانب افرادی که محکوم انگیزه ها و منافع مادی خویش، یعنی محکوم حس کینه توزی خویشند، احقاق حق نیست بلکه به خطای تازه ای می انجامد.

دادرسی باید بر مبنای عدالت استوار باشد، عدالت، کار کسی است که در اندیشه و عمل، اعتدال را نگه می دارد.

پس تعصب و جانبداری سختگیرانه با عدالت سازگار نیست، پیشداوری، علم را از پیشرفت باز می دارد، این گونه گرایشها ادراک آدمی را ضعیف و ناتوان می سازند، در عین حالی که ریشه هایی سخت استوار دارند.

به گفته مولانا:

این جهان همچون درختست ای کرام

بار او چون میوه های نیم خام

سخت گیرد خامها مر شاخ را

زانکه در خامی نشاید کاخ را

چون پیخت و گشت شیرین لب گزان

سست گیرد شاخها را بعد از آن

سختگیری و تعصب خامی است

تا جنینی کار خون آشامی است

بیش از این بحث در پیرامون اخلاق به عنوان یکی از مبانی استنباط و حکم دادگاه از موضوع خارج است لذا به همین اندازه بسنده می

کنیم.

ص: 218

1- - آیا بشر آینده ای هم دارد؟ ص 11؛ روح القوانین، کتاب نوزدهم، صفحه های 485 تا 518.

بخش چهارم - کار آیی

استنباط و استدراک

مشمول بر:

1 - تعریف و اقسام استنباط 2 - حکم اولی و ثانوی 3 - مصلحت نوعی و شخصی

ص: 220

در بخش گذشته، مبانی استنباط در دوازده گفتار بیان گردید، و روشن شد که «کتاب» و «سنت» - نخستین مبتنی بر «وحی» و دومی بر «الهام» - از مبانی اصلی و تغییر ناپذیر است، منابعی که انتظام هیأت و اساس نظام بستگی به اعتبار آن دارد.

و اما سرچشمه های دیگر مثل: عقل و قیاس، عرف و عادت، استحسان و استصلاح و فرضهای قانونی همه برای جبران نقص یا سکوت، اجمال و ابهام و یا تعارض نصوص است و در مسیر دگرگونیهای اجتماعی در مسائل تازه حقوق مدنی راه حل نشان داده است، در واقع اگر بدرستی منابع اخیر مورد مطالعه و بهره برداری علمی قرار گیرد توان خود را باز هم نشان خواهد داد.

واژه اجتهاد به معنی رنج بردن و سختی کشیدن است، و بنا به تعریف علامه: «اجتهاد به کار بردن همه توانایی و طاقت است، در راه دریافت گمان نسبت به حکمی شرعی از روی دلیلهای تفصیلی». یا اجتهاد و استنباط بیرون کشیدن پاسخهای مسائل قضائی از مآخذ آن است (1). و یا به دیگر تعبیر: علم حقوق و استنباط قضائی پاسخگویی به پرسشهایی است که جامعه در برابر وی می نهد.

در آیه 69 سوره عنکبوت آمده است که: «و آنان که در طریق ما بکوشند، ایشان را به راههای

ص: 221

1 - «الاجتهاد رد الفروع الی الاصول» این تعریف از سخن حضرت صادق ع اقتباس شده که: «علینا ان نلقى الیکم الاصول و علیکم ان تفرعوا» و بی شباهت به تعریف قیاس نیست، مبانی حقوق اسلامی، ص 196؛ معالم الاصول، ص 268.

خود رهبری خواهیم کرد». به نظر می‌رسد که اندیشه و اصطلاح اجتهاد (کوشیدن) از جمله از این آیه برخاسته باشد.

به گفته مولوی:

چون ز چاهی می‌کنی هر روز خاک

لاجرم روزی رسی بر آب پاک

و استنباط در لغت بیرون کشیدن آب از زیر خاک را گویند و نیز به طور مطلق به معنی آشکار ساختن چیز پنهان نیز آمده است، آیه 83 سوره نساء می‌گوید:

«و چون خبری از امن و بیم به آنها رسد انتشارش دهند و اگر آن را به پیامبر و کارداران وی رجوع می‌کردند هر آینه فرا می‌گرفتند آن را کسانی که قوه استنباط داشتند». و به نظر می‌رسد که واژه استنباط از این آیه گرفته شده باشد و در اصطلاح: بیرون کشیدن حکم فقهی پنهانی را به وسیله نیروی فهم و کوشش، استنباط گویند و بنابراین استنباط مرادف اجتهاد است. پس استنباط و اجتهاد، صاحب نظر شدن در فقه است و آن کس که این نیرو و درک را دارد مستنبط، مجتهد، مفتی و یا قاضی نامیده می‌شود.

در واقع مستنبط با مراجعه به منابع نقلی و عقلی «فتوا» می‌دهد و مادام که این فتوا با ضروریات عقل و علم و مصلحت جامعه و عدل و انصاف سازگار باشد، جای خود را در میان مردم باز خواهد کرد. اما واژه «فتوا» از ریشه «فتی» بمعنی جوان مشتق شده و مفتی با فتوایی که می‌دهد در واقع پرسنده فتوا را جوان می‌کند و نیرو می‌بخشد (1).

استنباط بر دو گونه است: جزئی و کلی، استنباط جزئی هنگامی است که منظور از آن تعیین تکلیف مورد خاص و شخص خاصی است، خواه در مقام قضا باشد و خواه نباشد، و استنباط کلی زمانی است که یک قضیه کلی مورد سؤال قرار گیرد (2).

ماهیت استنباط عبارت از قوه و استعدادی است باطنی که به شناخت بینجامد و اندیشه ای است که موجب فهم دشواریها و راه حل مسائل تازه شود، بنابراین استنباط، علمی است حصولی که شیئی و موضوع را به ما می‌شناساند بر خلاف علم حضوری که بر پایه کشف و شهود بلاواسطه استوار است، از نوع معرفتی که فاعل از خود دارد. پس پرورش استعدادی که از اصول علم حقوق و مواد قانونی راه حل مسائل تازه را بیابد و آنها را در جهت تحقق بخشیدن به عدالت اجتماعی تفسیر کند. به عقیده پیشینیان «ملکه اجتهاد» و «قوه استنباط» و یا «شم قضایی» نام

ص: 222

1- - مکتبهای حقوقی، ص 261؛ قضا در اسلام، ص 63.

2- - ترمینولوژی حقوق، لغت استنباط . Inference و دریافت Percept.

دارد - و امروز به کسی که دارای چنین استعداد و نیرویی است «حقوقدان» گفته می شود، نیروی استنباط، از عدالت بالقوه در منابع حقوق، عدالت بالفعل پدید می آورد، نیازهای زندگی و صور متحول و متجدد آن را با مبانی حق می سنجد و راه حل نشان می دهد، چرا که غایت و هدف حقوق، فعلیت دادن به عدالت است، بنابراین قریحه استنباط که از مواد قانونی و به کمک اصول علم حقوق، برای صورتها و رفتارهای زندگی آدمی - که معروض تحول و تجدد دایمند - حکمی عادلانه و مناسب می یابد، کارآیی استنباط را در گذر زمان و در شیوه حل مسائل نشان می دهد.

اختلاف فتاوی مجتهدان، موجب آن است که عمل به همه آنها محال و یا موجب تفرقه و تشتت شود، بنابراین به نظر برخی از صاحب نظران، ضرورت دارد که در این میان فتوای مورد اکثریت (که بصورت اکثریت آرای نمایندگان مجلس تجلی می کند) مورد عمل قرار گیرد، و از سوی دیگر چون قاضی باید بتواند حکم دعوی و یا واقعه حقوقی یا کیفری را از قوانین مصوبه مجلس که به زبان فارسی است استخراج کند، از این رو منظور مجتهد و اجتهاد، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در همه جا معنای شرعی آن نیست، بلکه منظور آن است که قاضی از اصول کلی فقه اسلامی، آگاه باشد و توانایی استنباط داشته باشد و بتواند حکم قضیه را از قوانین فارسی مصوب استخراج کند بنابراین بیشتر جاها که به دنبال واژه قاضی صفت مجتهد اضافه شده این معنی مراد است، بویژه که در حال حاضر در دستگاه دادگستری ما استخدام قاضی مجتهد به معنی شرعی آن دشوار بنظر می رسد و قضات فعلی به تعبیر شرعی به حکم ضرورت اکثر قریب به اتفاق مأذون از سوی مجتهدان و احکامشان بر طبق قوانین موضوعه کشوری است نه مبانی اصلی فقه.

از حضرت صادق روایت کرده اند که: «اگر قاضی در عمق ضمیر خویش مایل و علاقمند باشد که کاش در این دعوی حق به جانب فلان کس باشد، و من بتوانم به نفع او رأی دهم، این قاضی هر چند در صدور حکم رعایت بی طرفی را نیز کرده باشد، در برابر خداوند مسؤولیت دارد».

با عنایت بمراتب و مدارک دیگر به نظر می رسد که قاضی از عضویت در احزاب و گروههای تندرو باید ممنوع شود، جایی که حضرت علی (ع) می فرماید: «قاضی باید حتی در نگاه و اشاره و جای نشستن طرفین دعوی را به یک چشم نگاه کند و آنها را برابر دارد». بی گمان باید از آنچه این ویژگی را در او از بین می برد و یا حتی تضعیف می کند ممنوع شود.

قاضی برای تقویت علم خود می تواند از دانشمندان برای مشورت دعوت کند، و نظر آنان را در حکم خود دخالت دهد، اصل علن در دادرسی مورد قبول همه حقوقدانان است زیرا قاضی در دادرسی علنی رعایت حق و عدالت را بیشتر از دادرسی سری می کند، به این دلیل که در حضور گروهی تماشاچی بسیار بعید بنظر می رسد که در انحراف از حق وانصاف اصرار ورزد.

در همه نظامهای حقوقی دنیا، خردمندی و پارسایی و دادگری را از شرایط عمومی احراز مقام قضا می دانند لکن شرایط ویژه، داشتن معلومات کافی و قوه استنباط در قوانین آن نظام است، در نظام اسلامی قاضی چون باید موارد تازه را از مبانی اصلی فقه استنباط کند باید به زبان عرب و تفسیر قرآن و علم حدیث و درایه و رجال و منطق و فقه و اصول آشنا باشد و برخی «قوه قدسیه» را نیز از جمله شرایط ویژه دانسته اند⁽¹⁾ به نظر می رسد هدف هنر استنباط و شمع قضایی، پیدا کردن راه حل از مبانی فقه در مسائل تازه و گاه به حکم ضرورت هماهنگی آنها با اوضاع و احوال زمانه است و این به نحو اجمال و یا به نحو تفصیل، گاه ناگزیر از تغییر و تبدیل آرا و احکام شرعی است، حتی گاه ممکن است مخالف نص فتوایی داده شود، و با عنایت به این که در قرآن و سنت آشکارا از حکم دادن به آنچه از سوی خدا نیامده است نهی شده،⁽²⁾ ناسازگاری با نص چگونه توجیه پذیر خواهد بود؟ پاسخ آن است که دگرگونی در محتوای احکام شرعی، به دستور خود شریعت است و از آن سرچشمه گرفته و بنابراین حکم ثانوی در واقع هماهنگ با نص و حرکتی جوهری است؛ خط اصلی اندیشه انبیا همه یکی است؛ همانها که فطرت و طبیعت هر آدمیزادی و خوب و حرمت آنها را می شناسد، همان حقوق فطری و طبیعی آدمی، مثل بدی ظلم و خوبی عدالت و تعاون و احسان و مانند اینها ... که ماندنی و پایدارند و تغییر ناپذیر؛ لکن آنچه خاستگاهش فطرت آدمی نیست، بلکه وضع و قرارداد در آن دخالت دارد، و یا امضای عرفهای مربوط به زمانهای خاصی است، چون از فطرت الهی در نهاد بشر برنخاسته است، ناپایدار و قابل دگرگونی خواهد بود.

اجتهاد از دیدگاهی دیگر بر دو گونه است: مطلق و متجزی؛ اجتهاد مطلق در شخصی فراهم می آید که در همه ابواب فقه بی استثنا بتواند حکم قضیه را استخراج کند و اجتهاد متجزی در شخصی فراهم می شود که قدرت استنباط وی در برخی از ابواب به کمال رسیده باشد. به نظر

ص: 224

1- - امام صادق: «لا یحل الفتیما لمن لایستفتی من اللّٰه بصفاء سره». قوه قدسیه یا صفای سر را با «فیه ایزدی» در «زامیادیشت» اوستا و مقایسه کنید با یشتها، ج 2، ص 314.

2- - مائده: 34، 35 و 37.

می رسد که رفته رفته حوزه های فقهی به این نظر نزدیک می شوند که حجیت و اعتبار اجتهاد به تجزی را بپذیرند، و از نظریه اعتبار اجتهاد مطلق که زمانی برای تمرکز رهبری در یک فرد پدید آمده بود، دست بردارند. بدیهی است مجتهد مطلق جای خود را به «شورای فقاہت» خواهد داد که از متخصصان در شاخه های گوناگون حقوقی و اقتصادی تشکیل می شود. هر چند شاید ملاحظه های سیاسی امکان انجام چنین تصمیم متهورانه ای را تا کنون به تأخیر انداخته است.

به عقیده اخباریان، با وجود قرآن و سنت که احکام بتفصیل در آنها آمده، نیازی به اجتهاد و استنباط نیست؛ و این سخن مانند آن است که بگویند چون شرح همه داروها در کتابهای پزشکی آمده، نیازی به پزشک و علم پزشکی نیست، در واقع لزوم و ضرورت اجتهاد از همین نکته برخاسته است؛ و به همین دلیل همه را عقیده بر آن است که اجتهاد آن کس که دانشمند تر است، از آن که پارسا تر است معتبرتر است، زیرا وسیله استنباط علم است نه پارسایی! و همچنین چون مستنبط، با الهام از پیشرفتهای علمی و حقوقی روز نسبت به مسائل تازه اظهار نظر می کند، بنابراین بر استنباط آن که فوت شده، اعتباری نیست؛ زیرا او به هیچ وجه توانایی پیش بینی حوادث پس از مرگش را ندارد، در حالی که اخباریان می گویند: «حق» مردنی نیست و به تعبیر دیگر حقیقت با مرگ و زندگانی آدمیان تغییر نمی پذیرد و بدیهی است که این سخن به این معنی است که اساساً آنان جامعه را در حالت ثبات و سکون فرض کرده اند! در حالی که شناخت معارف دینی، نیاز به اجتهاد دارد، و هر روز در پرتو تغییر و تحول و تکامل معارف بشری، معارف دینی هم دستخوش دگرگونی است، البته معارف دینی، نه اصل دین که همواره ثابت است.

حکم اولی و ثانوی

می دانیم که احکام مستند به اصلهای عملی یا فرضهای قانونی، مثل استصحاب و برائت که برای رفع سرگردانی وضع شده، همه از احکام ظاهری است نه واقعی؛ بهر تقدیر حکم واقعی نیز از دیدگاهی دیگر به اولی و ثانوی تقسیم می شود.

حکم واقعی اولی تشریح جسد مرده، حرمت است، لکن چون دانش پزشکی بی تشریح نمی تواند به پیشرفتی برسد و یا در برخی موارد در پرونده های جنایی که فوت شخصی مشکوک است، به حکم ضرورت و از نظر کشف واقع، تشریح جسد و حتی نبش قبر واجب است، وجوب تشریح در اینجا حکم واقعی ثانوی است و مبنای حکم مصلحت اجتماعی و اصل ضرورت و استلزام عقلی است.

حکم واقعی اولی، تولید نسل به صورت نامحدود است، اما اگر محدودیت موالید به لحاظ مسائل اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی ضرورت پیدا کند، به حکم ثانوی محدودیت زاد و ولد و تنظیم خانواده مجاز است زیرا فرض اینست که جامعه از آزاد گذاشتن آن ضرر می بیند، بنابراین تحریم و تجویز هر چیزی در شرع بستگی به شناسایی نسبت حالات آن شیء با انسان دارد، و اگر ما به فلسفه نسبت توجه کنیم، روشن خواهد شد که عملی واحد در زمانهای گوناگون احکام گوناگون پیدا خواهد کرد و این همانانست حال به فعل و فعل به حال است و یا همان است که ما آن را زیر عنوان اولی و ثانوی بررسی می کنیم. چه بسا که حرمت فعلی بالذات نیست بلکه حرمت و یا اباحه آن اعتباری و نسبت به حال فاعل آن است، و این امر به آگاهی و بصیرت از زمان و جامعه نیاز دارد تا مستنبط بتواند از اصول کلی هدف عقلانی موارد را تمیز دهد زیرا هر فعل وقتی به غایت عقلانی خود برسد مباح است.

حکم ثانوی دائر مدار عسر و حرج و یا ضرورت اجتماعی و یا قاعده لاضرر است و مادام که آن عسر و حرج یا ضرورت باقی است حکم ثانوی هم معتبر است والا قضیه به اصل خود که نص است باز می گردد. و از این رو برای زمانی محدود و در اوضاع و احوالی خاص به عنوان حکم ثانوی اعتبار دارد.

بنابراین اکثر قوانین شرعی نسبی است، نسبت و عدم اطلاق احکام شرعی به نحوی است که برخی شریعت را مختلف الاصول دانسته و آن را به دانش اصلها و استثنایا تعریف کرده اند(1). در این جا برای تأیید مراتب به دو حدیث اشاره می شود:

ابن الخطیب در «مشکوه المصباح» از حضرت رسول نقل می کند که: «شما در عهدی زندگی می کنید که اگر تنها یک عشر از احکام را متروک بدارید به هلاکت خواهید رسید، ولی عهدی خواهد آمد که اگر به یک عشر آن احکام عمل نمایند رستگار خواهند شد».

غزالی حدیث را به گونه دیگر آورده است که: «روزگاری بیاید که هر که ده یک این احتیاطها بکند که شما می کنید، وی را کفایت بود». گفتند: چرا؟ گفت: «برای آن که شما یاور دارید بر خیرات، از آن سبب بر شما آسان بود و ایشان یاور ندارند و غریب باشند میان غافلان»(2). در منابع امامیه نیز حدیثهای مؤید این معنی و حتی به همین مضمون آمده است، به نظر می رسد که

ص: 226

1- مبانی حقوق اسلامی مختلف الاصول .

2- کیمیای سعادت ص 365. و نیز سید علی مولانا در کتاب ، ملا-حم: «قال النبی ص انکم فی زمان من ترک عشر ما امر به هلك و سیأتی علی الناس زمان، من عمل بعشر ما امر به نجی» ص 70 .

همه اینها نشان دهنده آن است که عنوانهای ثانوی در زمانهای پس از پیامبر خواهد آمد که احکام ثانوی زیر آن عنوانها مصداق پیدا خواهد کرد.

حکم اولی موسیقی و هنر اباحه است، لکن این هدف است که گاهی آن را حرام و زمانی واجب می نماید و در واقع به اعتبارهای گوناگون احکام ثانوی متفاوت دارد(1).

مصلحت شخصی و نوعی

هر گاه شخصی کالای خود را از بیم غرق شدن کشتی در دریا اندازد، بدیهی است که حکم اولی این عمل، حرمت است، زیرا اتلاف مال حرام است، لکن چون مصلحت نوعی و بیم جان ایجاب کرده است، تحریم مبدل به وجوب می شود.

در حالت عادی کسی حق ندارد، اشجار باغ دیگری را قطع کند، لکن اگر سیل آمد و مهار کردن سیل به چوب اشجار نیاز پیدا کرد، مصلحت نوعی اقتضا دارد که بی درنگ و بی جلب رضایت مالک، درختها را قطع کنند و برای دفع سیل مورد بهره برداری قرار دهند، بدیهی است پس از رفع خطر، باید از مالک جبران خسارت بشود.

در شرع به وفای به عهد و پیمان تأکید بسیار شده لکن اگر از وفای به عهد جامعه آسیب ببیند، آن پیمان باطل است، در قرآن آمده است که: «اگر از خیانت قومی بیمناک شدی، پیمانشان را بایشان باز گردان(2)».

برای این که از آزادی قراردادها حق فرد و جامعه تضییع نشود، «خيارات» پیش بینی شده تا در اثر اشتباه یا اکراه یا خدعه و نیرنگ، مردم در برابر امری قرار نگیرند که نتوانند آن را جبران کنند.

گاهی مصلحت مشخصی که موجب وضع قانون بوده، تغییر می یابد در آن جا آیا قانون را باید با مصلحت قدیم تفسیر کرد یا مصلحت جدید؟ مثلاً در حدیث آمده است که سکوت دختر در امر ازدواج مبین رضایت وی است، که: «اذنها صماتها» مبنای وضع این حدیث، عرف زمان پیامبر بوده، لکن امروز این عرف تغییر کرده

ص: 227

1- - فرهنگ اصطلاحات فقه، ص 136، فتوای محدث کاشانی: حرمت غنا مخصوص است به جایی که با حرام دیگر توأم باشد والا غنا فی نفسه حرام نیست. کیمیای سعادت، در آداب سماع و وجد صفحه های 473 و 499؛ مشنوی، ج 4، بیتهای 733 تا 744، چاپ نیکلسون.

2- - انفال: 58 و 59.

است، آیا باز هم سکوت، علامت رضا است؟ برخی از فقیهان و از جمله قاضی ابویوسف گفته اند: که هر گاه عرف تغییر کند قانون هم که بر مبنای آن وضع شده باید تغییر کند(1)، زیرا قانون تابع مصلحت اجتماعی است نه مصلحت پیر و قانون.

تاریخ گواهانی در تأیید این ادعا دارد، از جمله نماز که واجبی در همه احکام، به پای آن نمی رسد، به هنگام ضرورت، به تأخیر می افتد، آنهم مردم نماز عصر را بعد از نماز عشا گزاردند و پیامبر نیز آنان را نکوهش نفرمود. (سنت تقریری).

هر چند این مورد، بر فرض تأیید منابع تاریخی امامیه، کلیت نمی تواند داشته باشد، طبری می نویسد: « و چون پیغمبر خدای (ص) به بنی قریظه رسید بر چاهی که بنام چاه انا شهره بود فرود آمد و مردم پیوسته می رسیدند، کسانی به وقت نماز عشا رسیدند و نماز عصر نکرده بودند از آن رو که پیغمبر گفته بود نماز عصر را در محل بنی قریظه بگزارند و به گرفتاریهای جنگ اشتغال داشته بودند و خواسته بودند به رعایت گفتار پیغمبر در بنی قریظه نماز کنند نماز عصر را پس از عشا کردند و خدای در کتاب خویش این را عیب نگرفت و پیغمبر خدا توبیخشان نکرد(2)».

پس استنباط یک مسأله قضایی و راه حل یک واقعه اجتماعی بستگی به آگاهی و بصیرت کافی از اوضاع زمان دارد، بینشی فلسفی و عرفانی و اجتماعی می خواهد و دوراندیشی و فراوان و ژرف، و این کار بدون آگاهی از دانشهای مرتبط با حقوق، مثل فلسفه و اقتصاد و جامعه شناسی امکان پذیر نیست زیرا حقوق با این دانشها خویشاوندی نزدیک دارد و این جا سخن «ابن رشد اندلسی» تداعی می شود که گفته است: «فلسفه اگر بدرستی مورد مطالعه و استفاده قرار گیرد، دوست و در واقع خواهر رضاعی شریعت است(3)». علاوه بر آنچه گفته شد، مستنبط باید دنیایی از خودگذشتگی و پارسایی و مروت و انصاف داشته باشد، تا اصل فدای فرع نشود و جامعه زیان نبیند و نابود نگردد.

سرانجام، این هنگام که پایان دفتر رسیده ایم، برای تبرک و حسن ختام کلام مولوی را در شکایت قاضی از آفات قضا و دادرسی و پاسخ نایب وی می آوریم:

ص: 228

- 1- - مقدمه عمومی علم حقوق، ص 43. قاضی ابویوسف از فقیهان مشهور حنفی و 18 سال در زمان مهدی و هادی و هارون الرشید قاضی القضاة بغداد بود؛ کتاب «الخراج» او معروف است.
- 2- - تاریخ طبری، ج 3، ص 1083؛ تاریخ یعقوبی، ج 1، ص 411.
- 3- - عقل و وحی در اسلام، ص 71.

قاضی ای بنشسته با خود می گریست

گفت نایب: قاضیا گریه ز چیست؟

این نه وقت گریه و فریاد تست

گاه شادی و مبارکباد تست

گفت او: چون حکم راند بیدلی

در میان آن دو عالم جاهلی (1)

آن دو خصم از واقعه خود واقفند

قاضی مسکین چه داند زین دو بند

جاهلست و غافلست از حالشان

چون رود در خونشان و مالشان

گفت: آن دو عالمند و علتی

جاهلی تو لیک شمع ملتی

زانکه تو علت نداری در میان

نور شد بی علتی در دیدگان

وان دو عالم را غرضشان کور کرد

علمشان را علت اندر گور کرد

جهل را بی علتی عالم کند

علم را علت کژ و ظالم کند

علم اگر بر تن زند باری شود

علم اگر بر جان زند یاری شود

علمهای اهل تن احمالشان

علمهای اهل دل حمالشان
تا تورشوت نستدی بیننده ای
چون طمع کردی ضریر و بنده ای
چون دهد قاضی بر شوت دل قرار
کی شناسد ظالم از مظلوم زار
ظالم از مظلوم کی داند کسی
کو بود سخره هوا همچون خسی
ظالم از مظلوم آن کس پی برد
که سر نفس ظلوم خود برد
خشم و شهوت مرد را احول کند
ز استقامت روح را مبدل کند
چون غرض آمد هنر پوشیده شد
صد حجاب از دل بسوی دیده شد
رحم فرما بر قصور فهمها
ای ورای عقلها و وهمها(2)

ص: 229

-
- 1- - اشاره به حدیث نبوی: «القاضی جاهل بین العالمین» یعنی قاضی جاهلی است میان دو عالم با این توضیح که مدعی و مدعی علیه هر دو به حقیقت قضیه آگاهند و قاضی را از آن آگاهی نیست .
- 2- - مثنوی معنوی ، ص 121 ، دفتر دوم .

- آربری، آ. ج. عقل و وحی در اسلام. ترجمه حسن جوادی، تهران، امیرکبیر، 1358.
- آگ برن و نیم کف. زمینه جامعه شناسی. اقتباس دکتر امیرحسین آریانپور، تهران، جیبی، 1353.
- آل کاشف الغطا، محمد حسین. اینست آئین ما. ترجمه ناصر مکارم شیرازی، تهران، غدیر، 1352.
- ابن الخطیب، محمدبن عبدالله الخطیب العمری. مشکوه المصابیح. دمشق، المكتب الاسلامی، 1380 ق.
- ابن خلدون، عبدالرحمن بن خلدون. مقدمه ابن خلدون (2 جلد)، ترجمه محمد پروین گنابادی، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، 1359.
- احمدبن ابی یعقوب. تاریخ یعقوبی. ترجمه دکتر محمد ابراهیم آیتی، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، 1347.
- ارسطو. سیاست. ترجمه دکتر حمید عنایت. تهران، جیبی، 1364.
- افشار، حسن. کلیات حقوق تطبیقی. تهران، کیهان، 1346.
- افلاطون. افلاطون. تقوا. ترجمه دکتر لطفی، دکتر کاویانی، تهران، ابن سینا، 1334.
- جمهور. ترجمه دکتر فؤاد روحانی، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، 1348.
- اقبال لاهوری، محمد. سیر فلسفه در ایران. ترجمه امیر حسین آریانپور، تهران، مؤسسه فرهنگی منطقه ای، 1349.
- اگوستین، سنت و دیگران. فلسفه نظری. ترجمه محمد تقی بهرامی و دیگران، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، 1343.
- امامی، سید حسن. حقوق مدنی (6 جلد). تهران، دانشگاه تهران، ابوریحان، 13461335.
- انصاری، شیخ مرتضی. فرائد الاصول. تهران، چاپ سنگی، 1326 ق.
- بدیع، امیر مهدی. یونانیان و بررها. ترجمه احمد آرام، تهران، شرکت انتشار، 1343.
- بروجردی عبده، محمد. مبانی حقوق اسلامی مختلف الاصول. تهران، دانشگاه تهران، 1341.
- بستانی، فؤاد. منجدالطلاب. بیروت، دارالمشرق، 1986 م.
- بورژن وریمبر. سوسیالیسم. ترجمه منصور مصلحی، تهران، جیبی، 1352.
- پلانک، ماکس. علم به کجا می رود؟ ترجمه احمد آرام، تهران، شرکت انتشار، 1347.
- پورداد، ابراهیم. نامه مینوی آیین زردشت. جلیل دوستخواه، تهران، مروارید، 1361.

پورداود، ابراهیم یشتها. (2 جلد). تهران، دانشگاه تهران، 1356.

تبریزی، محمد صادق، مقالات الغریه فی المباحث الاصولیه. تبریز، چاپ سنگی، 1317 ق.

تنک، آندره. حقوق ایالات متحده آمریکا. ترجمه دکتر سید حسین صفایی، تهران، دانشگاه تهران، 1348.

جابری عربلو، محسن. فرهنگ اصطلاحات فقه. تهران، امیرکبیر، 1362.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ترمینولوژی حقوق. تهران، ابن سینا، 1346.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. دانشنامه حقوقی (5 جلد). تهران، ابن سینا، امیرکبیر، 1348-1358.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. مقدمه عمومی علم حقوق. تهران، 1341.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. مکتبهای حقوقی در اسلام. تهران، ابن سینا، 1353.

جوان، موسی. مبانی حقوق (4 جلد). تهران، 1326-1329.

جوان، موسی. بطلان قاعده استصحاب. تهران، گنج دانش، 1344.

حجت، جواد. قاعده ید مالکیت. تهران، دانشگاه تهران، 1342.

حرانی، ابو محمد حسن بن علی (معروف به ابن شعبه). تحف العقول. قم، بصیرتی، 1394 ق.

حر عاملی، محمد بن حسن. وسایل الشیعه. تهران، اسلامیه، 1403 ق.

حکیم، سید محسن. حقایق الاصول. قم، بصیرتی، 1372 ق.

خوانساری، سید محمد باقر. روضات الجنات. تهران، اسلامیه، 1360.

خوزوئه دوکاسترو. کتاب سیاه گرسنگی. ترجمه خلیل ملکی و پرویز مهرگان، تهران، انتشارات گام، 1355.

دونوبی، لوکنت. انسان در برابر علم. ترجمه عبدالله انتظام، تهران.

راسل، برتراند. آیا بشر آینده ای هم دارد؟ ترجمه م. منصور، تهران، مروارید، 1344.

راسل، برتراند. امیدهای نو. ترجمه سید علی شایگان، تهران، 1336 راسل، برتراند، تاریخ فلسفه غرب ترجمه نجف دریابندری، 3 جلد.

تهران، جیبی 1353.

رحیمی، مصطفی، هنرمند و زمان او. تهران، نیل، 1345.

رشاد، محمد. اصول فقه. تهران، چاپخانه بانک بازرگانی.

روزبهان، بقلی شیرازی. شرح شطحیات. تهران، طهوری، 1360.

رهنما، زین العابدین، پیامبر (3 جلد). تهران، جیبی، 1345.

زرین کوب، عبدالحسین. سرنی (2 جلد). تهران، علمی، 1364.

زرین کوب، عبدالحسین، با کاروان اندیشه. تهران. امیرکبیر 1369.

زیگفرید، آندره، روح ملتها. ترجمه احمد آرام، تهران، شرکت انتشار، 1343.

سارتر، ژان پل. ادبیات چیست؟ ترجمه ابوالحسن نجفی، مصطفی رحیمی، تهران، کتاب زمان، 1352.

ستیس. فلسفه هگل. ترجمه دکتر حمید عنایت. تهران، جیبی، 1347.

سلجوقی، محمود. عرف در حقوق مدنی ایران. تهران، چاپخانه بانک ملی، 1347.

سنگلجی، محمد. چهار رساله. تهران، دانشگاه تهران، 1338.

سنگلجی، محمد، قضا در اسلام. تهران، دانشگاه تهران، 1347.

سهروردی، شهاب الدین یحیی. مجموعه مصنفات. تصحیح دکتر سید حسین نصر، تهران، انجمن اسلامی حکمت و فلسفه ایران، 1355.

- سیاسی، علی اکبر. علم اخلاق عملی و نظری. تهران، نشر کتابهای درسی، 1350.
- سیاسی، علی اکبر، مبانی فلسفه. تهران، نشر کتابهای درسی، 1350.
- سید شریف رضی موسوی. نهج البلاغه. ترجمه فیض الاسلام، تهران، احمدی، 1365.
- سید علی مولانا. الملاحم. تبریز، کتابفروشی حقیقت، 1358.
- شایگان، سید علی. حقوق مدنی ایران. تهران، چاپخانه مجلس، 1331.
- شفایی، محسن. ملاک اصول استنباط (3 جلد). تهران، اسلامی، 1338.
- شهابی، محمود. ادوار فقه (3 جلد). تهران، دانشگاه تهران، 13291354.
- شهابی، محمود. تقریرات اصول. تهران، دانشگاه تهران، 1339.
- شهابی، محمود. قواعد فقه. تهران، دانشگاه تهران، 1333.
- شهید ثانی، حسن بن زین الدین. معالم الاصول. به اهتمام مهدی محقق، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، 1364.
- صالح، علی پاشا. تاریخ حقوق. تهران، دانشگاه تهران، 1348.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه. من لایحضره الفقیه (4 جلد)، نجف، دارالکتب الاسلامیه، 1377 ق.
- صفا، ذبیح الله. تاریخ ادبیات در ایران. ج 5. تهران، شرکت مؤلفان و مترجمان، 1362.
- صفایی، عبدالصاحب. مرور زمان از نظر فقه اسلامی، تهران.
- صفی علیشاه، میرزا حسن. زبده الاسرار. تهران، مطبوعاتی صفی علیشاه، 1341.
- صناعی، محمود. آزادی فرد و قدرت دولت. تهران، 1338.
- طوسی، خواجه نصیرالدین. اخلاق ناصری. تهران، خوارزمی، 1356.
- طبری، محمدبن جریر. تاریخ طبری. ترجمه ابوالقاسم پاینده، ج 3، تهران، اساطیر، 1363.
- طریحی، فخرالدین. مجمع البحرین و مطلع النیرین. تهران، کتابفروشی مرتضوی، 1386 ه.
- طباطبایی، محمد حسین. اصول فلسفه و روش رئالیسم (3 جلد)، پاورقی از مرتضی مطهری، قم، دارالعلم، 13321335.
- ترجمه تفسیرالمیزان. سید محمد باقر موسوی همدانی، ج 9، تهران، انتشارات محمدی، 1363.

- عاملی، بهاء‌الدین محمد. زبده الاصول. اصفهان، چاپ سنگی، 1306 ق .
- عین القضاة همدانی. تمهیدات. تصحیح عقیف عسیران، تهران، انتشارات منوچهری.
- غزالی، ابوحامد محمد غزالی، ابوحامد محمد. کیمیای سعادت. به اهتمام حسین خدیو جم، تهران، جیبی، 1354.
- المستصفی من علم الاصول. قم، منشورات الرضی، 1364.
- فروغی، محمد علی. سیر حکمت در اروپا. تهران، زوار، 1335.
- فروم، اریک. گریز از آزادی. ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران، جیبی، 1348.
- فولکیه، دیاللتیک، ترجمه مصطفی رحیمی، انتشارات آگاه، تهران، 1362.
- قرایی خسرو. دو طرز فکر حقوقی. تهران، کیهان 1347.
- قمی، شیخ عباس . سفینه البحار. تهران، سنایی، 1355 ق .
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی. (معاملات معوض. عقود تملیکی)، تهران، بهنشر، 1363.
- کاتوزیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران، دانشکده علوم اداری و مدیریت بازرگانی، 1346.

- کاتوزیان، ناصر. کلیات حقوق. تهران، دانشگاه تهران، 1347.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج 1 تهران. انتشارات بهنشر 1365.
- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت انتشار، 1370.
- کاظم زاده ایرانشهر، حسین. اصول اساسی روانشناسی. تهران، اقبال، 1337.
- کربن، هانری. ارض ملکوت. ترجمه سیدضیاءالدین دهشیری، تهران، مرکز ایرانی مطالعه فرهنگها، 1358.
- کلینی، محمد بن یعقوب. اصول کافی (2 جلد). تهران، بنیاد رسالت، 1364.
- کیمن، دوشن. زردشت و جهان غرب. ترجمه مسعود رجب نیا، تهران، مروارید، 1364.
- کی نیا، مهدی. کلیات مقدماتی حقوق. تهران، دانشگاه تهران، 1348.
- گوریچ. طرح مسائل جامعه شناسی روز. ترجمه دکتر عبدالحسین نیک گهر، تهران، 1346.
- لاندمان. انسان شناسی فلسفی. ترجمه دکتر صدر نبوی، مشهد، چاپخانه طوس، 1350.
- لاهیجی، شیخ محمد. مفاتیح الاعجاز فی شرح گلشن راز. تهران، کتابفروشی محمودی، 1337.
- مان، نرمان. اصول روانشناسی. ترجمه دکتر محمود ساعتچی، تهران، امیرکبیر، 1354.
- متین دفتری، احمد. آئین دادرسی مدنی و بازرگانی (3 جلد)، تهران، دانشگاه تهران، 1340.
- مجلسی، محمد باقر. بحارالانوار. تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- محمدی، ابوالحسن. مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران، دانشگاه تهران، 1355.
- مدیر شانه چی، کاظم. درایه الحدیث (بانضمام علم الحدیث)، تهران، انتشارات اسلامی، 1362.
- مشکوه، سید محمد. معتقدالامامیه. به اهتمام محمد تقی دانش پژوه، تهران، دانشگاه تهران، 1339.
- مصاحب، دکتر غلامحسین. دائره المعارف فارسی (2 جلد)، تهران، فرانکلین، 1345.
- مظفر، شیخ محمد رضا. اصول الفقه. نجف، دارالنعمان، 1386 ه.
- موحد، محمد علی. مختصر حقوق مدنی. تهران، مدرسه عالی حسابداری، 1352.
- مولوی، جلال الدین محمد. فیه ما فیه. تصحیح بدیع الزمان فروزانفر، تهران، امیرکبیر، 1358.

- مولوی، جلال الدین محمد. مثنوی معنوی. تصحیح نیکلسون، تهران، انتشارات مولی، 1360.
- مونتسکیو. روح القوانین. ترجمه علی اکبر مهتدی، تهران، امیرکبیر، 1362.
- میردال، گونار. تئوری اقتصادی و کشورهای کم رشد، ترجمه محمد سعیدی، تهران، 1346.
- میل، جان استوارت. در آزادی. ترجمه دکتر محمود صناعی، تهران، جیبی، 1340.
- مهدوی، یحیی. جامعه شناسی. تهران، دانشگاه تهران، 1337.
- نائینی، محمد حسین. تنبیه الامه و تنزیه المله. تهران، چاپخانه فردوسی، 1334.
- نسفی، عزیزالدین. الانسان الكامل. تصحیح ماریژان موله، تهران، طهوری، 1359.
- نسفی، عزیزالدین. کشف الحقایق. تصحیح دکتر مهدوی دامغانی. تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، 1359.
- نیچه، فردریک. چنین گفت زردشت. ترجمه داریوش آشوری، تهران، نیل، 1349.
- ویل دورانت، تاریخ فلسفه. ترجمه عباس زریاب خویی، تهران، فرانکلین، 1345.
- ویل دورانت، لذات فلسفه. ترجمه عباس زریاب خویی، تهران، نشر اندیشه، 1357.
- هدایتی، محمد علی. آئین دادرسی کیفری. تهران، دانشگاه تهران، 1342.
- هومن، محمود، حافظ. به اهتمام اسماعیل خویی، تهران، طهوری، 1347.

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می دانند و کسانی که نمی دانند یکسانند؟

سوره زمر / 9

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک 129/34 - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: 03134490125

دفتر تهران: 021 - 88318722

بازرگانی و فروش: 09132000109

امور کاربران: 09132000109



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

