

## مقدمه ای بر مطالعه تطبیقی منابع و مبانی نظام حقوقی اسلام و سیستم حقوقی روم

### پیشداوری به نام مطالعه تطبیقی

یکی از آثار سودمند مطالعات تطبیقی در اندیشه ها و مکاتب و نظامهای مختلف سستیابی به نقاط مشترک و تشابهات موجود بین آنها است. ارزش این داده تحقیقی را می توان در شناخت بهتر انسان و تاریخ و عناصر مشترک هویت انسانی و منابع اصیل اندیشه ها به وضوح مورد مطالعه قرار داد.

در مطالعات تطبیقی همیشه روند چنین نیست که حرکت به سمت ستاوردهای مثبت باشد بلکه گاه، محقق در این نوع بررسیها با افتحایی نیز مواجه می شود که یکی از این افتها، پیشداوریهای است که دامنگیر برخی گردیده است. این عده که در شناخت صحیح روابط علت و معلولی اندیشه ها و نظامهای مشابه دچار اشتباه شده اند و به خاطر سستیابی به يك تحلیل آسان، یکی از آن دو فکر یا نظام را متخذ از دیگری تلقی نموده و در قالب يك نظریه تحقیقی و مطالعه تطبیقی گفته می شود که مثلاً فلان شاعر این شعر را از شعر مشابه آن که از فلان شاعر است، گرفته یا فلان دانشمند نظریه خود را از

---

\* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

نظریات مشابه دانشمندی دیگر بدست آورده و یا اینکه نظام و مکتبی، اصول و دیدگاههای خود را از فلان نظام و مکتب اقتباس نموده و یا تحت تأثیر اندیشه های آن قرار گرفته است.

در مطالعه تطبیقی حقوق اسلام و حقوق روم دقیقاً این دو نوع استنتاج مثبت و منفی به چشم می خورد و ما از يك سو شاهد نتایج سودمند بررسیهای تطبیقی در این زمینه و بازیابی زمینه های وحدت اندیشه ها و منابع اصیل تفکر انسانی بوده و از سوی دیگر شاهد افتهای منفی آن، از نوع پیشداوری هستیم که برخی تحت عنوان مطالعه تطبیقی بین نظام حقوقی اسلام و حقوق روم به دلیل تشابه و نقاط مشترکی که بین آن دو دیده اند، چنین داوری کرده اند که قدمت حقوق روم دلیل متأثر شدن نظام حقوقی اسلام از قواعد حقوق روم می باشد و چنین پنداشته اند که حقوق روم مستقیماً در شکل گیری حقوق و فقه اسلامی نقش مؤثری داشته است.<sup>۱</sup>

تا آنجا که سابقه این نظریه نشان می دهد، نخستین حقوقدان غربی که به این موضوع پرداخته و صریحاً در این مورد اظهار نظر نموده، حقوقدانی به نام آیموس<sup>۲</sup> است که در کتاب قانون مدنی روم با جمع آوری بخشی از موارد شباهت بین این دو نظام حقوقی، از جمله نقطه مشترکهایی چون قاعده حقوقی «البینة علی المدعی»، دوگانگی بیع و معاوضه، سن بلوغ، مالکیت خصوصی، اصل آزادی قراردادهای و احترام به حقوق خانواده بر مبنای نکاح صحیح، مدعی شده که اسلام چنین مواردی را از حقوق روم اقتباس نموده و تکمیل کرده است.<sup>۲</sup>

۱- صبحی محمصانی، فلسفه التشريع الاسلامی (بیروت، دارالکتاب، چاپ دوم، ۱۹۵۲)، ص ۱۸۷ و ترجمه همان: فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، چاپ دوم (تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۸) ص ۲۸۶ و محمد فاروق بنهان، المدخل للتشريع الاسلامی، (دمشق، دارالعلم) ص ۹۸۱.

۲- محمصانی در «فلسفه التشريع فی الاسلام»، ص ۱۸۷ می نویسد: حقوقدانان در این مسئله به سه نظر رسیده اند: نخست آنهایی که فقه اسلام را متأثر از حقوق روم پنداشته و از آن جمله اند برخی از مستشرقین غربی مانند گلدزیهر در کتابش به نام «گفتارهایی درباره اسلام» (Le Dogme et la Loi de Islam) ←

این پیشداوری از سوی خاورشناسانی چون گلدنیهرد در کتاب گفتگوهای  
از اسلام موجب شگفتی نیست زیرا که امثال وی از اطلاعات کافی حقوقی  
بهره مند نبوده و مطالعاتشان در زمینه نظام حقوقی اسلام اندک و آن هم  
سطحی می باشد، ولی تعجب از حقوقدانانی است که داعیه مطالعات تطبیقی  
داشته و تحت عنوان مطالعه تطبیقی نظامهای حقوقی اسلام و روم، تا آن حد  
در پیشداوری تند رفته اند که بدور از نزاکت علمی، گفته اند: «شرع محمدی»  
چیزی جز قانون امپراطوری روم شرقی نیست که با احوال سیاسی مستملکات  
عربی وفق داده شده است.<sup>۲</sup>

گر چه ابهام این سخن به اندازه ای است که بدست آوردن مقصود گوینده  
از آن خالی از دشواری نیست و دقیقاً معلوم نیست منظور از شرع محمدی

---

→ پاریس ، ۱۹۲۰ ، صفحه ۳۹ و فان کریمر در کتاب تاریخ فرهنگ شرقی در ایام  
خلفا Von,eremer, cuiurgeshichte des orientis unter den chalifen وین، ۱۸۷۵، ج ۱  
ص ۵۲۲ و بعد و آیموس در کتاب «قانون مدنی روم» (Amos, Roman civil law)، ص  
۴۰۶-۴۱۵) و امیلیوبوسی در کتاب «بحشهایی پیرامون روابط فیما بین  
بیزانس و اسلام» (Emilio Bussi, Ricerche , intorno alle relazio fra retratto  
Byzantino et Musulmano، میلان، ۱۹۲۳). دوم کسانی هستند این موضوع را به کلی  
نفی نموده و آن را امری فاقد مدرک و مستند تاریخی شمرده اند، مانند استاد فائز  
حوری مولف کتاب «حقوق روم» دمشق، ۱۹۲۴، صفحه ۹-۱۲ و استاد عارف نکدی در  
کتاب «سیستم قضایی در اسلام» دمشق، ۱۹۲۲، صفحه ۲. انظر تعلیقه القیم علی  
الطبعة الاولى من هذا الكتاب، فی مجله الجمع العامی العربی بدمشق، سنه ۱۹۴۷،  
ص ۲۶۸-۲۶۱، و محمد سلیمان در کتاب «باکدام قانون قضاوت کنیم»، قاهره،  
۱۹۳۶، ص ۴۰ و سوم آنهایی هستند که راه میانه را گرفته و فی الجمله تأثیر حقوق  
روم را در برخی از مسائل فقهی اسلام پذیرفته اند، مانند محمد حافظ صبری در کتاب  
«مقایسه ها و تطبیقها»، مصر، ۱۹۰۲، صفحه ۵ و ۱۸۶ و احمد امین در کتاب  
«فجر الاسلام و ضحی الاسلام»، ۱۹۳۳، صفحه ۲۹۰ و عطیه مصطفی مشرقه در  
کتاب «نظام قضایی اسلام»، ۱۹۳۴، جلد ۱، صفحه ۲۷۸، و جلد ۲، ۱۹۳۵، صفحه ۱۰۴ و  
دکتر شحانه در کتاب «کلیات التزام در شریعت اسلام»، به زبان فرانسه، چاپ  
القاهره، ۱۹۳۶، صفحه ۱۸.

۲- استادلی، تاریخ قوانین (لندن، ۱۹۱۱)، صفحه ۳۲۲ و آیموس، قانون

مدنی روم، ص ۴۱۵.

آیینی است که پیامبر اسلام بر اساس قرآن و سنتش ارائه داده است و یا مقصود وی از شرع محمدی فقه اسلامی است که فقها نظام حقوقی اسلام را طی قرن‌ها بر پایه کتاب و سنت تدوین نموده اند. گویی صاحب این سخن توجه نداشته است که بخش اول گفتارش در رابطه با اصل تکوین حقوق اسلام و بخش دوم مربوط به فقه اسلام یعنی عصر تدوین حقوق اسلام می باشد. زیرا همه کسانی که کمترین بهره را از تاریخ دارند، می دانند که در عصر پیامبر اسلام و دوران تکوین نظام حقوقی اسلام چیزی به نام مستملکات عربی وجود نداشته است.

گذشته از این ابهام، اصولاً قضاوتی این چنین بی باکانه در مورد مسئله ای با این همه گستردگی و نظامی چون نظام حقوقی اسلام و یا مکاتبی فقهی با آن همه آثار علمی و نظریات مستدل فقهی هزاران فقیه بزرگ، در شأن يك تحقيق منصفانه نیست.

این پیشداوری که عموماً از طرف غربیان مطرح شده است، مانند موارد مشابه دیگر معمولاً در مطالعات نسل بعد حتی برخی از دانشمندان اسلامی نیز بی تأثیر نبوده و علی رغم هشجاری و هشدار عده ای که اینگونه موارد را به شدت رد کرده اند،<sup>۴</sup> برخی نیز از این نظریه با نوعی تعدیل و به صورتی مقبول یاد کرده اند.<sup>۵</sup>

### بررسی دلایل نظریه

اگر این نظریه را با دید خوشبینانه مورد بررسی قرار دهیم، دو نکته را در سخنان بانیان آن مشاهده می کنیم که می تواند به عنوان دلایل آنان مطرح گردد.

۱- قدمت مستقیم حقوق روم شرقی نسبت به بنیان نظام حقوقی اسلام.

۴- الحقوق الرومانیه، (دمشق، ۱۹۲۴)، ص ۱۲-۹.

القضاء فی الاسلام، (دمشق: ۱۹۲۲) ص ۳.

۵- المقارنات و المقابلات، (مصر، ۱۹۰۲) ص ۵.

القضاء فی السلام بوجه عام، (مصر، ۱۹۳۹) ص ۱۱۷.

النظریه العامه للالتزام فی الشرع الاسلامی، (قاهره، ۱۹۳۶) ص ۱۸.

۲- وجود نقاط مشترك قابل توجه بين اين دو نظام حقوقی.

پر واضح است که برای استنتاج نظریه اقتباس این دو مقدمه کافی نیست و باید نکته سوم بر این دو مطلب افزوده شود تا نتیجه گیری مورد نظر حداقل صورت منطقی پیدا نماید و آن نکته این است که سیستم حقوقی روم شرقی به زبان عربی ترجمه شده و در اختیار فقهای اسلام قرار گرفته باشد.

جای شگفتی است که مدعیان «اقتباس اسلام از حقوق روم» به این مطلب توجهی ننموده و آن را نادیده گرفته اند، در حالی که حلقه مفقوده استدلال، همین نکته روشن تاریخی است که تنها ترجمه حقوق روم شرقی اواخر قرن هشتم میلادی و به زبان سریانی انجام گرفته است. صرف نظر از اینکه زبان سریانی برای فقها مفهوم نبوده و با آن آشنایی نداشته اند، اصولاً با توجه به اینکه در قرن هشتم میلادی (قرن دوم هجری) نظام حقوقی و فقهی اسلام شکل گرفته و دوران تکوین سپری گردیده و دوران تدوین نیز به اوج خود رسیده بوده و حتی مذاهب فقهی نیز رواج یافته و در اوج فعالیت بوده اند،<sup>۶</sup> چنین ترجمه ای چه تأثیری در تکوین و تدوین نظام حقوقی اسلام می توانست داشته باشد.

به نظر می رسد اگر باب احتمالات باز باشد، می توان در برابر احتمال ترجمه سریانی قواعد حقوق روم شرقی و بهره گیری فقها از آن، احتمال دیگری را که ارجح است، مطرح کرد و آن، احتمال اقتباس مترجم سریانی از نظام حقوقی و فقهی مسلمانان در ارائه قواعد حقوقی روم شرقی است. یکی از حقوقدانان ایتالیایی به نام «نالیانو» با تأکید خاص، احتمال دوم را ارجح دانسته می گوید ترجمه سریانی حقوق روم به میزان قابل توجهی از شریعت

۶- رجوع شود به: سرخسی، اصول الفقه (بیروت: دارالمعرفه)، ص ۳، و ابن ندیم، الفهرست، و سماعی، الانساب، ص ۴۳۹ و ابن خلکان، و فیات الاعیان، ج ۵، ص ۴۲۴ و رنه داوید، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفائی و همکاران، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، (۱۳۶۴) ص ۴۲۴۸ و حسین مدرس طباطبایی مقدمه ای بر فقه شیعه، ترجمه محمد آصف حکمت (مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی، ۱۳۶۸) ص ۳۱.

اسلامی بهره گرفته است. زیرا مترجم که سالها در محیط اسلامی زندگی کرده و با تعالیم اسلام در زمینه نظام سیاسی و آیین دادرسی آشنایی داشته و شاهد اختلافات فقها و مناقشات آنها در زمینه های حقوقی بوده، ناگزیر در فهم و استنباط نصوص مربوط به حقوق روم و ترجمه آن از ذهنیت و معلومات خود بهره گرفته است.<sup>۷</sup>

یادآوری این نکته نیز لازم است که کتاب ترجمه شده به زبان سریانی در زمینه حقوق روم صرفاً حاوی آن دسته از قواعد عرفی بوده که در شام متداول بوده و اصولاً محتوای کتاب از دو یا سه فصل تجاوز نمی کرده است. علاوه بر این در اواخر قرن دوم هنوز مسلمانان به کار ترجمه اهتمام نورزیده و علاقه ای به شناخت سیستم حقوقی امپراطوری روم که تفوق خود را بر آن به اثبات رسانیده بودند، نداشتند و عموماً اعتقاد بر آن بود که شریعت اسلامی به دلیل استناد به وحی و داشتن منابع معین جز از ادله خاص قابل تحصیل نمی باشد. حرکت فرهنگی و علمی ترجمه آراء و عقاید ملل دیگر در میان مسلمانان از قرن سوم آغاز گردید و آنچه در تاریخ در زمینه ترجمه ها ثبت گردیده عموماً مربوط به فلسفه و مباحث عقلی بوده و در مورد مسائل حقوقی گرایش و کار مشخصی نقل نشده است.

به علاوه رنه داوید در نظامهای بزرگ حقوقی معاصر می گوید: آنچه که امروز به نام حقوق روم مطرح می شود، در حقیقت مجموعه ای از عناصر حقوقی است که در نتیجه کوششهای دانشگاههای اروپا از قرن دوازدهم شکل تازه ای گرفته و با عنوان نظام حقوقی روم - ژرمنی شهرت یافته است<sup>۸</sup> و این مجموعه حقوقی بازمانده از امپراطوری روم قدیم از نظر علمی در آن حدی نبوده است که از آن به عنوان یک نظام حقوقی یاد کرد.<sup>۹</sup>

۷- محمد فاروق بنهان، المدخل للتشريع الاسلامی (دمشق: دارالقلم، ۱۹۸۱)،

ص ۲۳.

۸- رجوع شود به: رنه داوید، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفائی و همکاران (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴) ص ۲۱.

۹- همان، ص ۳۱.

از نظر تاریخی حقوق روم به چهار دوره تقسیم می شود:

- ۱- حقوق قدیم که دوران آن شامل سالهای میانی ۷۵۴ قبل از میلاد تا ۲۰۰ قبل از میلاد است.
  - ۲- دوران تحول حقوق روم از سال ۲۰۰ قبل از میلاد تا سال ۲۷ قبل از میلاد.
  - ۳- دوران حقوق کلاسیک که از سال ۲۷ قبل از میلاد آغاز و تا سال ۲۵۰ پس از میلاد ادامه می یابد.
  - ۴- حقوق امپراطوری روم که از سال ۲۸۴ تا سال ۵۶۵ پس از میلاد به طول می انجامد.
- مع هذا به نظر می رسد که بحث از دو مقوله تاریخی: قدمت حقوق روم و تشابه قواعد حقوقی در دو نظام، می تواند در ریشه یابی نظریه اقتباس مفید باشد.

### قدمت حقوق روم

مجموعه های حقوقی ژوستینین<sup>۱۰</sup>، امپراطور روم که اساس حقوق روم قدیم را تشکیل می دهد، عبارت از يك سلسله قواعد عرفی حاکم در عصر امپراطوری روم بوده که از سال ۵۲۹ تا ۵۲۴ میلادی منتشر گردیده است. این مجموعه ها به مرور با يك سلسله قوانین جدید به نام «Novell» تکمیل شد و در ایتالیا، فرانسه و اسپانیا تا قرن دوازدهم به عنوان منبع حقوقی مورد توجه مراکز قانونگذاری قرار گرفت.

در طول این مدت، حاکمیت مجموعه های حقوقی روم قدیم چندین بار دچار حادثه شد و يك بار در قرن پنجم با حمله ژرمنها به امپراطوری روم و انقراض این امپراطوری و نیز یورش ملتهای تابع آن، بتدریج با عادات و رسوم ملی تلفیق و جای خود را به عرفهای سرزمینی داد. بار دیگر در سال ۷۱۱ با ورود فاتحان مسلمان به اسپانیا اعتبار خود را از دست داد و سرانجام آخرین تلاشی که توسط سلاطین «استروگوت» و «ویزیگوت» انجام گرفته و

۱۰- این مجموعه Corpus juris civilis بوده است.

قواعد بازمانده و قابل اجرا در مورد اتباع خود را گردآوری کرده بودند، ناکام ماند و مجموعه های مدون از میان رفت و پس از گذشت قرن‌ها، در قرنهای دوازدهم و سیزدهم در اروپای غربی تجدید حیات یافت.<sup>۱۱</sup>

از سوی دیگر از دیدگاه کلیسا، حقوق روم زاییده جهان کفر بود و چهره ای از يك تمدن که مسیح را نمی شناخت، ارائه می داد. به همین دلیل کلیسا در حالی که بنابر عرف و عادت اروپایی با حقوق روم قدیم خو گرفته بود و آن را ضامن وحدت مسیحیان می دانست، سعی بر آن داشت که با اصلاحات و ضمائم، انتقادهای اصولی خود را اعمال نماید.

در جایی که ژرمنها و بربرها با سقوط امپراطوری روم حقوق ملی خود را بر آثار حقوقی امپراطوران روم ترجیح می دادند،<sup>۱۲</sup> چگونه می توان درباره اسلام که خود بنیانگذار نظام حقوقی جدید بود، اندیشه تبعیت به خود راه داد.

### تشابه نظامهای حقوقی

همه نظامهای حقوقی به دلیل تأثیر عناصر انسانی در آن از يك سلسله تشابه ها و قلمروهای مشترک برخوردارند که نشانگر عوامل پایدار حقوق در جوامع بشری است.

دور بودن محیطها، تضادهای عقیدتی، خصیصه های ملی و مناقشات علمی همواره مانع از یکی شدن نظامهای حقوقی گردیده و در نهایت به حیات علمی و عینی آنها تداوم بخشیده است.

بی شک انتقال مفاهیم و ارزشهای حقوقی و تبادل آنها در میان نظامهای حقوقی بالاخص آنجا که در يك محیط مطرح بوده اند، امری اجتناب ناپذیر بوده و این روند در تبادل فرهنگی ملتها همواره تحول پذیر بوده است.

اما سخن در اینجا است که تشابه نظامهای حقوقی چه چیزی را اثبات می کند و از کدام عوامل سرچشمه می گیرد؛ آیا عامل ایجاد قواعد مشترک حقوقی در نظامهای مختلف اقتباس این از آن یا بالعکس است و یا این قدر

۱۱- رجوع شود به: رنه داوید، پیشین، ص ۳۳.

۱۲- همان، ص ۳۴.



مشترکها از منابع و مبانی خاصی نشأت می‌گیرد؟ که اقوام و ملل و یا افراد نسبت به آن منابع و مبانی باور مشترك دارند؟ و با مشاهده نقطه نظرهای مشابه در میان نظامهای مختلف می‌توان به سهولت چنین نتیجه گرفت که الزاماً یکی از دو نظام مورد مقایسه، اندیشه‌های مشترك را از نظام دیگر گرفته است؟

واقعیتها خلاف این را ثابت می‌کنند، زیرا در مطالعات تطبیقی، علی‌رغم مرزبندی که بین نظامهای حقوقی وجود دارد و فی‌المثل حقوق رومی - ژرمنی عدالت را از راه حل‌های قانونی جستجو می‌کند و نظام حقوقی کامن‌لو برای رسیدن به عدالت به سیستم قضایی دل می‌بندد و نظام مارکسیستی با دید ضد سرمایه‌داری به عدالت می‌نگرد و اسلام به اتکاء قانون و نظام قضایی، عدالت را در حمایت از محرومان جستجو می‌کند، همواره نقطه مشترکهای قابل توجه و تشابه‌های زیادی در این میان دیده می‌شود که گاه، قلمرو آن به قدری وسیع است که عملاً کار مرزبندیها و تقسیم‌بندیها را بچار اشکال می‌سازد.

این يك امر طبیعی است که قواعد حقوقی از آنجا که برای تنظیم روابط و مناسبات انسانی بوجود آمده و بسیاری از عرصه‌های زندگی انسانها علی‌رغم قومیتها و ملیتهای متفاوت دارای اهداف، منافع، انگیزه‌ها و اندیشه‌های مشترك می‌باشند و انسانها برای رسیدن به این عناصر به طور همسو و در خطوط موازی پیش می‌روند، دارای نقاط مشترك آشکار و تشابه اصولی باشند.

این امر اختصاص به قلمرو حقوق ندارد، اصولاً کلیه عناصری که به اندیشه و هویت و زندگی انسان مربوط می‌شود، اعم از شعر، هنر، تمدن، فلسفه، صنعت، لباس، خوراک و دیگر آثار فرهنگی همه و همه مشمول و محکوم آن قانون کلی است که: انسانها در قلمروهای زندگی فرهنگی و فکری، قدر مشترکهای ثابتی دارند که نشان‌دهنده هویت و فطرت واحد و مشترك آنها است.

بسیارند که با دیدن دو قطعه شعر مشابه و قریب الوزن و المضمون یکی را متهم به اقتباس از دیگری می‌کنند و گاه یکی از دو فیلسوف را که در یک زمان در دو اقلیم بست به تحقیق زده و آثار مشابهی را ارائه داده اند، صرفاً به دلیل مشابهت نظریات و وجود مشترکات در آراء و اندیشه‌ها به دنباله روی و اثر پذیری از دیگری متهم می‌کنند و سپس برای اثبات آن به دنبال قراین تاریخی و شواهد و پلهای ارتباطی موهوم می‌گردند و افسانه‌ها سر می‌کنند که مراد خویش را با آن ثابت نمایند.

جریان تاریخی ملاقات بوعلی سینا فیلسوف شهیر با شیخ ابوسعید ابوالخیر، عارف پر آوازه خراسان که هر دو به این نتیجه رسیدند که: آنچه اولی با برهان فلسفی یافته، دومی همان را از راه عرفان و شهود بدست آورده است، در دیگر موارد مشابه نیز صادق است.

اقتباس در اندیشه و عمل را در روابط و مناسبات فکری انسانها نمی‌توان انکار کرد اما این منصفانه نیست که تنها وجود مشترکات بین اندیشه‌ها دلیل بر چنین اتهامی تلقی گردد. بی شک برای اثبات اقتباس باید ادله کافی و شواهد و قرائن لازم در هر مورد ارائه شود تا اندیشه‌ها و نظامها بی جهت در معرض اتهام ظالمانه و گاه بیرحمانه قرار نگیرند، بویژه نظامی چون نظام حقوقی اسلام که در قلمروهای مبهم و مسکوت نظام حقوقی روم دیدگاههای حقوقی روشنی داشته و از وسعت، پیچیدگی، عمق و جامعیتی روشن برخوردار می‌باشد.<sup>۱۲</sup>

### قدر مشترکهای حقوق اسلام و روم

نمونه‌هایی که برای اثبات تشابه بین دو نظام حقوقی اسلام و روم ذکر شده و ما در آغاز بحث به آنها اشاره نمودیم، عموماً کلی و از موارد عامی است که حتی در مقایسه نظامهای بسیار قدیم و سیستمها و دیدگاههای کاملاً جدید نیز می‌توان به چنین مشترکاتی بست یافت. لامبر حقوقدان فرانسوی در

۱۲- رجوع شود به: عبدالرزاق سنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی،

چاپ اول (بیروت: دارالحياء التراث العربی، بی تا جلد اول، ص ۱۰.

مطالعات تطبیقی خود هنگامی که به این نوع تشابه بین روش استنباطی ابوحنیفه و شیوه عملی «جنی» حقوقدان معاصر و معروف فرانسوی می‌رسد، با شکفتی می‌گوید:

شیوه ای که فقهای اسلام بالاخص ابوحنیفه در تنظیم قواعد حقوقی برای استنباط احکام فقهی بکار گرفته گرفته‌اند، دقیقاً همان روشی است که حقوقدان فرانسوی «جنی» در روزگار ما در مطالعات حقوقی مورد استفاده قرار داده است.<sup>۱۴</sup> وی با وجود چنین صراحتی در گفتار هیچ‌گونه اشاره ای به احتمال اقتباس حقوقدان معاصر فرانسوی از شیوه ابوحنیفه نمی‌کند. زیرا که دو عنصر قدمت و تشابه هرگز نمی‌تواند دلیل روشنی بر اقتباس متاخر از متقدم باشد. بعلاوه، وجوه اشتراکی که معمولاً در رابطه با دو نظام حقوقی اسلام و روم قدیم ارائه می‌شود و ما در آغاز این بحث به برخی از آنها اشاره نمودیم، نوعاً شامل یک سلسله عناوین کلی است که نه تنها در مقایسه نظام حقوقی اسلام و حقوق روم به چنین عناوینی برمی‌خوریم، بلکه اصولاً در اکثر مکاتب حقوقی می‌توان به این نوع قواعد کلی دست یافت.

آنچه نظامهای حقوقی را از یکدیگر متمایز می‌سازد، تنها عناوین کلی و کلیات قواعد حقوقی نیست، بلکه این، منابع، ساختار، شیوه استدلال و تحلیل‌های حقوقی است که مرزبندی نظامهای حقوقی را مشخص می‌سازد.

اگر یک بار دیگر عناوین نامبرده<sup>۱۵</sup> را با این دید مورد مطالعه قرار دهیم، خواهیم دید که از نظر منبع، مستندات، فروع و تحلیل حقوقی تفاوت بسیاری بین احکام اسلام و آراء فقها از یک سو و داده‌های حقوق روم قدیم از

۱۴- محمد فاروق البنهان، نظام الحكم فی الاسلام، مطبوعات جامعه الکویت، ص ۲۷۹.

۱۵- مانند قاعده «البینة علی المدعی» دوکانگی بیع و معاوضه، سن بلوغ، مالکیت خصوصی، اصل آزادی قراردادهای، احترام به حقوق خانواده بر مبنای نکاح قانونی و نظایر آن.

سوی دیگر وجود دارد؛ به طوری که با این تفاوتها هرگز نمی توان مسائل نامبرده را به عنوان دیدگاه مشترك دو نظام حقوقی مطرح نمود تا چه رسد به اینکه گفته شود یکی از دیگری اقتباس کرده است.

### منابع و مبانی مشترك حقوقی

در مطالعات حقوق تطبیقی، نکته بسیار مهمی که نباید از دید محقق پنهان بماند، بررسی منابع و مبانی مشترك نظامهای مختلف حقوقی است.

نظامهای حقوقی نیز مانند بسیاری از آثار و دست آوردهای علمی و فرهنگی انسان دارای منابع و مبانی مشترك می باشند، چرا که قدر مشترك همه این آثار و فرآورده های علم، فرهنگ و تمدن، انسان با تمام خصوصیات مشترك آن است.

همه جلوه های اندیشه و رفتار بشری در طول تاریخ حیات انسان یا از خصایص مشترك (فطرت) وی ناشی شده و یا از خصایص ویژه گروه یا افراد سرچشمه گرفته است.

قلمروهای نشأت گرفته از خصایص مشترك انسانها را نمی توان به چند مورد مختصر نمود و این خود، نوعی تنگ نظری است که در ارزیابیها، تنها به موارد اختلاف بیندیشیم و از منابع و مبانی اندیشه ها و نظامها غفلت بورزیم. حتی در بسیاری از اختلاف نظرها نیز منابع، مستندات و مبانی مشترکی به چشم می خورند که خود راه حلی برای نزدیک تر کردن آراء و افکار محسوب می گردند. نمونه بارز این حقیقت تاریخی را می توان در مورد مکاتب حقوقی اروپا مشاهده کرد که از قرن دوازدهم میلادی، حقوق روم قدیم به عنوان حقوق مشترك همه مراکز حقوقی شناخته شد. ولی در طول مطالعات حقوقی اروپا، شاخه ها و خانواده های متعدد حقوقی بوجود آمد، به طوری که در آثار نویسندگان غربی از حقوق روم به عنوان حقوق مشترك دانشگاههای اروپا یاد شد.<sup>۱۶</sup>

به اعتقاد ما، استنباط و استخراج حداکثر مشتركات در منابع و مبانی

آراء مختلف حتی دیدگاههای متضاد، در نهایت، وحدت هویت بشری و فطرت واحد انسانی را به اثبات خواهد رساند و با پذیرش این اصل فلسفی و دینی<sup>۱۷</sup> بسیاری از مشکلات زندگی انسان و از آن جمله اختلاف نظرها در مسائل اصولی حل خواهد شد و زمینه استقرار تئوری نظام حقوقی واحد و وحدت قانون بشری بجای نظامهای حقوقی ملی و منطقه ای فراهم خواهد آمد.

### عرف عام، منبع مشترك حقوقی

مطالعات تطبیقی در قلمرو وسیع فرهنگهای اختصاصی می تواند ما را به عادات و رسوم مشترك اقوام و ملل مختلف رهنمون شود که از طریق این قواعد مشترك بین ملتها می توان به عرف عام دست یافت.<sup>۱۸</sup> همین عرف عام است که منبع مشترك قواعد حقوقی مشابه در نظامهای حقوقی دنیا محسوب می گردد.

نمونه بارز این نوع قواعد حقوقی مشابه، همان مواردی است که مدعیان تأثیر حقوق روم بر نظام حقوقی اسلام به عنوان قدر مشترك دو نظام حقوقی از آن یاد کرده اند.

در روند پیشرفت انسان و جامعه عرف عام در حال توسعه است و به تدریج جای عرفهای محلی و ملی را پر می کند و به قلمرو مشترکات نظامهای حقوقی می افزاید. این جایگزینی و توسعه در مورد فرهنگهای اختصاصی و یا در مورد عرفهای محلی و ملی ممکن است با شیوه های مختلفی تحقق یابد. استفاده از روشهای استیلائی نظامی و فرهنگی، بدترین شیوه و بهره گیری از منطق و پیروی از منطق قوی تر، بهترین آن می باشد.

عرف عام یکی از منابع حقوق روم بوده که به خاطر دوری آن از عرفهای محلی و ملی توانسته است به تدریج قلمرو خود را به سراسر اروپا گسترش

۱۷- این اصل بر مبنای مفاد آیه ۳۰ سوره روم: «فطرة الله التي فطر الناس عليها و لا تبديل لخلق الله» استوار می باشد. ترجمه آیه: فطرتی که همه انسانها بر آن، آفریده شده اند و هرگز آفرینش خدا تبدیل پذیر نیست.

۱۸- رجوع شود به: محمد جعفر جعفری، ترمینولوژی حقوق (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸) ص ۲۴۸.

دهد. همین منبع غنی و عام حقوقی است که در نظام حقوقی اسلام نیز پذیرفته شده و در گسترش منطقی اسلام در میان اقوام و ملل مختلف نقش مهمی را ایفا کرده است.

### نقش عرف در حقوق و فقه اسلامی

عرف عبارت از عملی است که اکثریت مردم آن را به طور مکرر و ارادی بدون احساس نفرت و کراهت و با اعتقاد به الزامی بودن آن انجام می دهند. در فقه اسلام گاه از عرف به بناء عقلا نیز تعبیر می شود.

عرف به این معنی، مفهومی متفاوت با عادات دارد زیرا طبق تعریف فوق عرف اختصاص به گفتار و عمل انسان دارد و از حوزه طبیعت خارج می باشد، در صورتی که عادت شامل موارد فوق و نیز مسائل طبیعی مانند سن بلوغ نیز می شود.

گرچه ظاهر امر چنین است که فقها در استناد به عرف از قلمرو گفتار و عمل خارج شده و در موارد تشخیص دلالت الفاظ و مفاهیم محاورات نیز به آن به عنوان يك دليل مقبول استناد کرده اند و از همین نوع عرف محاوراتی، اصولی چون اصل ظهور، اصل عموم و اصل اخلاق را استخراج و در تفسیر لفظی مورد استفاده قرار داده اند.<sup>۲۹</sup> ولی با دقت بیشتر روشن می شود که نظر فقها در این گونه موارد نیز همان عمل اکثریت مردم است که به طور مکرر و به طور ارادی (نهایت به صورت ارتكازی) بر طبق این اصول لفظی انجام می پذیرد.

فقهای شیعه جمله «العرف ببابك» را چون مثلی مقبول برای استناد به عرف بکار برده اند و عرف را در قالب بناء عقلا و به عنوان اجماع عملی و سیره مستمر در استنباط فقهی مورد استفاده قرار داده و به صورت يك دليل فقهی از آن بهره گرفته اند. فقهای اهل سنت نیز معمولاً در مباحث اصول فقه،

۱۹- رجوع شود به: محمد حسین مظفر، اصول الفقه، (نشر دانش اسلامی، محرم ۱۴۰۵)، جلد اول، ص ۲۵ و محمد مصطفی شبلی، اصول الفقه الاسلامی (بیروت، دارالهدنه العربیه، ۱۹۸۶) جلد اول، ص ۴۲۷ و ۴۲۷.

دلیل عرف را تحت عنوان مستقلی مورد بحث قرار داده و کتابهایی در اعتبار آن و صحت استناد به عرف به رشته تحریر در آورده اند و به استناد حدیث «مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»<sup>۲۰</sup> عرف را منبع تشخیص حق شمرده و قلمرو عرف را به مسائل عقل عملی نیز توسعه داده اند. در مفهوم این حدیث باید توجه داشت که «حسن» به مفهوم نظری و عقلی آن منظور نیست بلکه معنی آن همان عرف و عقل عملی است که در اصطلاح فلسفه و منطق از آن به آراء محموده تعبیر می شود.

به نظر می رسد خلط بین عقل نظری و عقل عملی در حسن و قبح باعث آن شده است که برخی از فقها مانند غزالی در المستصفی<sup>۲۱</sup> دلیل عقلی را به عرف و عادت برگردانند و عرف و عادت را به معنی حالتی تفسیر کنند که در عقل و نفوس آدمی و ریشه دار شده و جزء طبیعت گردیده و مقبول عامه مردم شود. برخی دیگر نیز چون سیوطی در کتاب الحاوی<sup>۲۲</sup> عقل را از منابع نشمرده و به جای آن به عرف و عادت بسنده کرده اند و ابن قیم در کتاب اعلام الموقعین تغییر عرف را در تغییر فتوا (حکم شرعی) مؤثر دانسته است.<sup>۲۳</sup> عرف در فقه اسلام کاربردهای مختلف دارد که به چند مورد آن در اینجا اشاره می کنیم.

۱- نقش عرف در آیین دادرسی: در آیین دادرسی اسلام عرف به عنوان يك اصل و منبع کشف حق مطرح می شود و در تشخیص مدعی و منکر به عنوان یکی از راههای تشخیص منکر مورد استناد قرار می گیرد؛ زیرا «ظاهر» که در برابر «اصل عدم» برای تشخیص منکر بکار می رود، در حقیقت همان عرف است که گاه به عنوان بدل «اصل عدم» و گاه حتی مقدم بر آن مورد استناد قرار می گیرد.

۲۰- این حدیث مورد بحث و نقد بسیار قرار گرفته و در اصول معتبر یافت

نشده است.

۲۱- المستصفی، ج ۱، ص ۲۵۲.

۲۲- الحاوی، ج ۲، ص ۳۵۹.

۲۳- اعلام الموقعین، ج ۲، ص ۲.

به عنوان مثال علامه حلی از فقهای شیعه در مورد اختلاف زن و شوهر در مقدار مهریه می گوید از آنجا که ظاهر عرف آن است که کسی به کمتر از میزان متعارف مهریه زنی را عقد نمی کند، بنابراین گفته کسی مقدم است که مطابق با مهر المثل باشد.<sup>۲۴</sup>

ابن عابدین از فقهای حنفی در مورد اختلاف زوجین در اصل پرداخت مهریه می گوید: از آنجا که در زمان ما مرسوم چنین است که زنان قبل از زفاف مهریه را از شوهر می ستانند، ناگزیر عرف مقدم بر اصل عدم پرداخت مهریه خواهد بود و گفته زوج بدون بینه قابل قبول نمی باشد.<sup>۲۵</sup>

بدین ترتیب حتی عرف حادث بعد از زمان تشریح و وحی نیز به عنوان يك منبع تشخیص حق و گاه به عنوان منبه تفسیری مورد استفاده قرار می گیرد. در مثال فوق، عرف، نه به عنوان ناقض قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر»، بلکه مفسر این قاعده می باشد.

**۲- نقش عرف در شرایط قرارداد:** فقها در مورد شرایط عقود نیز پای عرف را به عنوان يك منبع حقوقی به میان آورده و شرایطی را که در عرف قراردادها به طور نوعی یا در خصوص مورد معامله معمولاً منظور می شود، به عنوان شرایط مبنی علیه عقد معتبر دانسته اند و این نوع شرایط عرفی را در حکم شرایط ضمن عقد تلقی کرده اند.

**۳- نقش عرف در عناوین ثانویه:** بیشترین میدان عمل عرف در تشخیص موضوعات و عناوین احکام ثانویه مانند قاعده حرج، ضرر، نفی سبیل، اهم و مهم و نظایر آن می باشد که بخش قابل توجهی از فقه را تشکیل می دهد و ما به دلیل اختصار ناگزیر از توضیح آن صرف نظر می کنیم.

**۴- نقش عرف در تبیین موضوعات:** در بسیاری از موارد، احکام شرعی مترتب بر موضوعاتی است که خود شرع آن موضوعات را تبیین و تفسیر ننموده است، در چنین مواردی مرجع تشخیص و تفسیر این موضوعات عرف می باشد و نقش عرف در چنین مواردی در حقیقت نوعی تفسیر بر احکام شرعی

۲۴- شهیدثانی، شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۵، ص ۳۷۶.

۲۵- رسائل ابن عابدین، ج ۲ ص ۱۲۶.



محسوب می‌گردد.

مثلاً وقت، آب، مال، نفقات، سفر، عقد، و نظایر اینها موضوع یا متعلق حکم شرعی هستند و آنجا که شرع تفسیری خاص بر این موضوعات یا متعلقات ندارد، عرف به عنوان يك منبع تفسیری در تشخیص مفهوم و اجزاء و شرایط آنها بکار گرفته می‌شود. نقش تفسیری عرف در این موارد گاه به تغییر حکم شرعی می‌انجامد، مانند حکم حرمت تشبه به دشمنان اسلام که روزی با پوشیدن نوع خاص البسه صدق می‌کرد، ولی از آنجا که همان البسه که روزی زی‌عرفی دشمنان اسلام بود، امروز از حالت اختصاص بیرون آمده و لباس همگانی گشته است؛ پوشیدن آن لباس بر مسلمانان جایز خواهد بود. بدین ترتیب عرف با تفسیر موضوع، پس از مدتی حکم شرعی را در مواردی که قبلاً حرمت بود، تغییر می‌دهد و حلیت را جایگزین آن می‌کند.

**۵- تضاد عرف و شرع:** فقها در استناد به عرف و اعتبار شرعی آن تا آن حد پیش رفته اند که اصل را بر عرف نهاده و مخالفت آن را تنها با دلیل معتبر قابل قبول دانسته اند و حتی اگر بیان شرع در مخالفت عرف از اعتبار کافی برخوردار نباشد، عرف ریشه دار را بر بیان ظاهری و قابل تاویل و تفسیر شرع، مقدم شمرده اند.

بویژه در مواردی که عرف به صورت جا افتاده راسخ و ریشه دار باشد، لازم می‌دانند که نهی شرع با بیانی رسا و توأم با تأکید و الزام مؤکد باشد تا عدم اعتبار عرف را بر مردم تفهیم نماید، مانند شیوه ای که اسلام در نفی ربا و نفی نکاح شقار و بی اعتبار بودن فرزندان خواندگی در ارث و محرمیت و نظایر آن اعمال نموده است.<sup>۲۶</sup>

زیرا از آنجا که این گونه قواعد عرفی به صورت ریشه دار در جامعه جاهلیت عرب وجود داشته، بی اعتبار کردن و نفی آن با بیان ساده و شیوه های عادی امکان پذیر نبود و می‌بایست اسلام با تاکیده‌های کاملاً واضح و افشاگرانه این عادات و قواعد نامطلوب را محکوم و نسخ نماید.

۲۶- این نکته را استاد بزرگ راجل حضرت امام خمینی قدس سره بارها در جلسات درس خود مورد تأکید قرار می‌دادند.

۶- نقش تفسیری عرف در دیگر منابع: عرف در تفسیر ادله و منابع دیگر حقوقی اسلام نیز نقشی حائز اهمیت دارد. نقش تفسیری عرف را در مورد دلیل عقل می توان در مورد آراء محموده و عقل عملی که نقطه التقاء عرف و عقل است، جستجو نمود.<sup>۲۷</sup>

در احکام حکومتی نیز که به نوعی از منابع حقوقی اسلام به شمار می رود، عرف نقش تفسیری نسبت به موضوعات آن را بر عهده دارد و نسبت به اجماع نیز همین نقش را دارد. در مورد ادله دیگر مانند اصول عملیه (استصحاب، برائت، تخییر، احتیاط) نیز نقش عرف کاملاً روشن است و ادله ای چون قیاس، استحسان و مصالح مرسله اصولاً بر محور تفسیرهای عرفی دور می زند. بدین ترتیب ملاحظه می کنیم که عرف يك بار به عنوان يك منبع تفسیری، به طور مستقل و بار دیگر به عنوان منبع تفسیر، در ضمن ادله و منابع دیگر ایفاگر نقش می باشد.<sup>۲۸</sup>

۷- عرف در قوانین امضایی: مهمترین نقش عرف در فقه و حقوق اسلامی را می توان در بخش احکام امضایی اسلام مورد مطالعه قرار داد. قواعد حقوقی اسلام از دو نوع احکام و قواعد تأسیسی و مقررات و قواعد امضایی تشکیل شده است.

قواعد تأسیسی عبارت از آن سلسله احکام شرعی است که یا قبل از اسلام وجود نداشته و یا خلاف آن در عرف عمل می شده است. احکام امضایی عبارت از قواعدی است که به دلیل منطقی بودن عمل عرف و مطابقت آن با مصالح و مفاسد فردی و اجتماعی انسان، از طریق وحی مورد تأیید قرار گرفته و شرع آنها را امضاء نموده است. بدین ترتیب عرف به عنوان يك منبع در حقوق اسلام مطرح گردیده که تجلی آن را می توان در احکام امضایی اسلام به وضوح مشاهده نمود.

### عرف منبع حقوقی یا مبنای حقوقی

يك بار دیگر به قسمت اول بحث برمی گردیم که گفتیم از نظر جهان بینی

۲۷- محمد حسین مظفر، اصول الفقه، جلد دوم، ص ۲۴ به بعد.

۲۸- محمد مصطفی تسلیبی، اصول الفقه الاسلامی، ج اول صص ۲۷۷ و ۳۱۳.

اسلام تنها منبع احکام فقهی و حقوقی، وحی است و چیزی جز وحی و اراده تشریعی الهی نمی تواند منبع حق و تکلیف انسان باشد. بنابراین اصل، اگر عرف به عنوان يك عنصر مؤثر در قلمرو شریعت مطرح شود؛ بدان معنی که انسان به تجویز شرع می تواند در بخشی از قواعد حقوقی بر طبق عرف عمل نماید، دلیل این تجویز آن است که وحی برای تکمیل مدرکات عقلانی انسان و تصحیح شیوه ها و اصول و قواعد زندگی بشر نازل شده است و آنجا که عقل به طور مستقل توان درك دارد و نیز در آن قلمرو که قواعد زندگی بشر اصولی و قابل پذیرش است، وحی موردی برای مداخله نمی بیند و این حقیقت به معنی آن نیست که وحی از عقل و عرف اثر پذیرفته و بخشی از قواعد حقوقی خود را از عقل یا عرف اخذ نموده است.

بنا براین، می توان در عین نفی منبع بودن عرف نسبت به حقوق اسلام در مرحله تکوین، استناد به عرف را در مرحله تدوین حقوق اسلامی بدان معنی که در بخشی از قواعد حقوقی که عرف در آن نظر صریح داشته است وحی نیازی به ارائه اصول و قواعد دیگر ندیده است، پذیرفت.

بسیاری از فقها عقل و عرف را به عنوان دو منبع جداگانه در حقوق اسلامی نکرده اند و برخی چون غزالی عقل را به عرف بازگردانده و جمعی نیز مانند سیوطی عقل را از منابع فقه حذف کرده اند.

در اینجا همان پیچیدگی که در رابطه عرف و شرع وجود داشت، در میان عقل و عرف نیز قابل بحث می باشد و همین پیچیدگی است که فقها را در انتخاب یکی از آن دو یا هر دو به عنوان منبع اصیل حقوق اسلامی به تحیر و اختلاف واداشته است.

بیشتر فقها کاربرد عقل را در «ملا نص فیه» دانسته اند و تنها در موارد سکوت شریعت، مراجعه به عقل را تجویز کرده اند، ولی اینان به این نکته کمتر توجه کرده اند که سکوت شرع در چنین مواردی به این دلیل بوده است که عقل مستقیماً یارای استنباط قاعده حقوقی صحیح را داشته است و شرع نیازی به هدایت و دخالت در قلمرو های شناخته شده و روشن زندگی انسان نمی دیده است. زیرا شرع انسان عاقل را مخاطب خود می شمارد و

آنجا که عقل را یارای درک است، شرع با سکوت خود حوزه عملکرد عقل را مورد تأیید قرار می دهد.

اصولاً شرع در بیان خود از منطق عقلی بهره گرفته است و در برخی از موارد با وجود حکم صریح عقلی به صورت ارشادی، انسان را بدان احکام توجه داده است. که فقها به این نوع قواعد حقوقی، احکام ارشادی نام نهاده اند. رابطه عقل و شرع گاه بدان حد پیچیدگی پیدا می کند که فقها ناگزیرند در برخی از موارد حکم شرع را به کلی نفی کنند و تنها به حکم عقل اکتفا نمایند و بیان حکم شرعی را در چنین مواردی نه تنها غیر ضروری بلکه غیر ممکن بدانند.

نمونه این نوع احکام قاعده لزوم تبعیت از احکام شرع است که شرعی دانستن این قاعده به عنوان يك واجب شرعی مستلزم محال خواهد بود.<sup>۲۹</sup> در چنین مواردی تنها عقل است که می تواند به دلیل اصل وجوب شکر منعم یا لزوم اجتناب از ضرر و یا به دلایل دیگر حکم به لزوم تبعیت از شرع نماید. فقها در مواردی که شرع با سکوت خود «ما لا نص فیه» را برای عملکرد عقل بازگذارده است، ملازمه بین حکم عقل و شرع را پذیرفته و حکم عقل را شرعی دانسته اند.

البته در کیفیت به دست آوردن حکم عقل و استنتاج حکم شرعی در میان فقها اختلافات عمیقی وجود دارد که با شیوه های مختلف مانند قیاس، استحسان، مصالح مرسله، نزد فقهای سنی و برهان قطعی عقلی، تنقیح مناط، منصوص العله، قیاس، اولویت و نظایر آنها، نزد فقهای شیعه عمل می شود.

ولی آنچه که در این بحث حائز اهمیت است، مفهوم مستقلات عقلیه است که رابطه ریشه ای عرف و عقل را مشخص می کند. زیرا مستقلات عقلیه بر اساس قاعده عقلی حسن و قبح تبیین می شوند که قلمرو آن همان عقل نظری است و عقل عملی عبارت از آن دسته از بایدها و نبایدهایی است که در منطق تحت عنوان آراء محموده و بخشی از بدیهیات شمرده شده و در علم اصول فقه

۲۹- در فلسفه به موارد مشابه آن «دور» مصرح گفته می شود که بطلان مفاد آن از ضروریات شمرده می شود.

از آنها به احکام عقلیه تعبیر شده است.

در این میان برخی از محققان علم اصول فقه مستقلات عقلیه را منحصر به عقل عملی و آراء محموده دانسته و آن را خارج از حوزه عقل نظری شمرده اند.<sup>۳۰</sup> بر اثر این اشتباه، حوزه عقل و عرف را یکی دانسته و تداعی تداخل را ملتزم شده اند که نهایتاً هر کدام از آن دو مفهوم دیگری را به خود گرفته است.

این اشتباه از آنجا ناشی شده است که مورد اختلاف را در مسئله حسن و قبح بین دو گروه اشاعره و عدلیه، اختصاص به مسائل عقلی عملی داده و چنین تصور کرده اند که مستقلات عقلیه که در اصول فقه حجت شمرده شده است، همان مسئله مورد اختلاف اشاعره و عدلیه می باشد در صورتی که مستقلات عقلیه متکی به عقل نظری مورد اتفاق طرفین بوده و اصولاً حکم عقل به ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع در این مورد از اولویت نیز برخوردار است.

با این توضیح قلمرو عرف و عقل را می توان به ترتیب زیر مشخص نمود: میدان عمل عرف تنها در بخشی از عقل عملی است، در صورتی که قلمرو عقل در تمامی موارد عقل عملی بوده و شامل عرصه گسترده عقل غیر مستقل نیز هست که معمولاً به مواردی اطلاق می گردد که حکم عقلی در رابطه با يك حکم شرعی مطرح می شود، مانند احکام مربوط به اجزاء و مقدمه واجب و مبحث ضد و اجتماع امر و نهی و نظایر آن، که از طریق استناد به يك سلسله ملازمات عقلیه حکم شرعی استنباط می شوند.

در فقه شیعه اصول چهارگانه استصحاب، برائت، تخییر و احتیاط از قلمرو عمل عقل به شمار آمده، چنانکه در مورد مقلد نیز حکم تقلید از مجتهد از موارد حکم عقل شمرده شده است.

ابهام در تفکیک قلمرو عقل و عرف که ناشی از عرصه های مشترك آن دو

۳۰- رجوع شود به: میرزای قمی، قوانین الاصول، ج ۲، بحث مستقلات عقلیه

و نیز اصول الفقه مظفر، ج ۲، ص ۲۴ و الاصول العامه للفقه المقارن، ص ۲۸۳.

است، اختصاص به عقل و عرف ندارد، بلکه این ابهام به اجماع نیز سرایت کرده است.

اکثر فقها معمولاً اجماع را به دو نوع قولی و عملی تقسیم می‌کنند و سیره عملی مسلمین را نوعی اجماع عملی به شمار می‌آورند و آن را در صورتی که نشأت گرفته از تدین و تعهد دینی مسلمین باشد، حجت می‌دانند و آن را کاشف حکم شرعی می‌شمارند.

سیره عملی مسلمین خود نوعی حکم عرفی و از سوی دیگر از موارد روشن عقل عملی و آراء محموده محسوب می‌شود. به این ترتیب قلمرو ابهام شامل سیره عملی یا اجماع نیز می‌گردد.

با توجه به نقش عرف و عقل در حقوق اسلامی برخی، آن دو را از منابع فقهی شمرده و در موارد سکوت شرع: «ما لا نص فیه» مقتضای آن دو را لازم العمل دانسته‌اند.

عده ای دیگر حاکمیت عقل و عرف را به معنی اصالت آن دو در برابر وحی تلقی نموده و اثرگذاری آن دو را در تشریح اسلام منافی اعتقاد توحیدی شمرده و به آن دو فقط عنوان کاشف داده و گفته‌اند که فقیه می‌تواند در «ما لا نص فیه» به استناد حکم عقل و یا عرف، حکم شرع را کشف نماید. بدین ترتیب صریحاً نقش عقل و عرف را در تشریح نفی نموده‌اند.<sup>۳۱</sup>

برای حل این اختلاف کافی است به نکات زیر که به منزله نتیجه گیری از مباحث گذشته است، توجه کنیم:

۱- نقش تشریحی عقل و عرف در مرحله تکوین حقوق اسلام مطرح نیست و آنچه در این زمینه گفته شده است، در مرحله تدوین و در مورد فقه صادق می‌باشد و عرف و عقل از منابع فقه اسلامی شمرده شده نه وحی الهی. بنابراین با فرض قبول حاکمیت عقل و عرف در قلمرو فقه و حقوق اسلامی بدون مسئله اشکال عقیدتی و توحیدی پیدا نخواهد کرد.

۲- حکم عقل اصولاً به معنی تشریح نیست و مفهومی جز ادراک عقل ندارد

۳۱- الاصول العامه للفقہ المقارن، ص ۲۸۰.

و احکام عقلیه همان ادراکات عقلیه هستند و لذا تخصیص بردار هم نیست و بنابراین معنی عقل حاکم و عقل کاشف مفهوم واحدی خواهد داشت.

۳- حکم عرفی همان عمل مستمر است و برای آن مفهوم تشریحی نمی توان قایل شد.

۴- شرع در موارد ادراک صریح و قطعی عقل و عمل قاطع عرف، نیازی به دخالت مستقیم و مستقل و الزام تعبدی ندیده و به آن اکتفا نموده است.

### مصلحت مبنای مشترك حقوقی

مبنای قواعد حقوقی و به طور کلی قوانین و مقررات، مصالح جمعی و فردی، مناسبات و روابط انسانی در زندگی مشترك است و در این نقطه نظر همه نظامهای حقوقی مشترکند و حتی بین آنها و نظام حقوقی دینی اختلافی در این زمینه وجود ندارد.

از دیدگاه نظامهای حقوقی (چه از نوع دینی و الهی و چه از گونه موضوعه بشری) فلسفه حقوق و هدف از قوانین و مقررات، رعایت مصالح و مفاسد زندگی اجتماعی و برقراری نظم عادلانه بر اساس مصلحت فرد و جامعه می باشد. اگر اختلاف نظری در دیدگاههای مختلف حقوقی دیده می شود، صرفاً در شیوه تشخیص مصلحت و اصول و معیارهای مربوط به نظم و عدالت اجتماعی است.

به اعتقاد اکثریت فقهای اسلام (به جز اشاعره) هر اراده قانونی و حکم و تکلیف در شریعت نشان دهنده يك سلسله مصالح و یا مفاسدی است که در زمینه فعل یا ترك حالتی مختلف افعال و مناسبات انسانی از جانب خداوند (خالق و آشنای با مقتضیات طبیعت انسان) پیش بینی شده است.

بنابراین مبنای حقوقی وجود قدر مشترکها و دیدگاههای مشابه در نظامهای حقوقی مختلف، امری طبیعی و کاملاً قابل پیش بینی است.

در جایی که مکاتب مختلف با مبانی متفاوت به نقاط مشترکی کاملاً مشابه می رسیدند، مانند استنتاجات نجوم قدیم بر اساس مبنای بطلمیوسی و استنباطات نجوم جدید بر اساس مبنای کپرنیکی که در بسیاری از موارد

مشابه و احياناً صد درصد همسو و متفق هستند؛ در مورد نظامهای حقوقی که دارای مبنا و اساس متحد می باشند، چه انتظاری به جز اتفاق نظر و حداقل، نقطه نظرهای مشابه می توان داشت.

### اختلافهای اصولی نظام حقوقی اسلام و روم

معمولاً در مطالعات تطبیقی، تمایز مکاتب مورد بررسی قرار گرفته و ویژگیهای هر کدام از آنها برجسته ترین موضوعی است که توجه محققین را به خود معطوف می دارد. این، نه به خاطر آن است که اصل تمایز پیش فرض مطالعات تطبیقی است بلکه بدان خاطر است که اختلاف و تمایز نشان دهنده اندیشه های متعدد می باشد.

در مطالعات تطبیقی نظام حقوقی اسلام و مکتب حقوقی روم قدیم، اصل تمایز به دلیل دیگری هم حائز اهمیت است و آن دلیل این است که این دو نظام حقوقی، مربوط به دو نوع جهان بینی و دو دیدگاه در مورد انسان و جامعه و دو دوره تاریخی و دو نوع شرائط اجتماعی، سیاسی و فرهنگی است.

بررسی دقیق میزان اختلاف ناشی از این مقوله ها در مورد دو نظام حقوقی مورد بحث می تواند میزان ارزش ادعای اقتباس یکی از دیگری را روشن تر سازد و اگر اصراری بر این ادعا هست، روی دیگر فرض را نیز ترسیم نماید تا حداقل و حداکثر این ادعا برای مدعیان آن واضح گردد. اینک برخی از موارد اختلاف این دو مکتب را به اختصار ذکر می نماییم:

۱- **دوگانگی در منابع:** حقوق روم عمدتاً از قواعد عرفی روم قدیم و احکام و فرامین امپراطوران روم نشأت گرفته، در حالیکه منبع اصلی شریعت اسلام وحی می باشد و حتی پیامبر اسلام چیزی از خود به شریعت نیفزوده است و اگر اختیاراتی در زمینه قانون و اجرای آن داشته، بنابر تفویض الهی بوده است.<sup>۳۲</sup>

در جهان بینی اسلام حق قانونگذاری اختصاص به خدا و وحی دارد و حاکمیت که مظهر آن قانونگذاری است، شاخه ای از الوهیت محسوب می گردد

۳۲- اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولوالامر منکم (از خدا اطاعت کنید و هم از رسول و صاحبان امرتان اطاعت نمایید)، سوره نساء، آیه ۵۹.



و اعتقاد به تعدد حاکمیت تشریحی، شرک تلقی می شود.  
در دیدگاه توحیدی اسلام، هیچ نوع قانونی جز احکام الهی برای انسان الزام آور نیست و به اطاعت کشاندن انسانها نوعی ادعای الوهیت است و بر اساس این دیدگاه توحیدی، حتی از پیامبر هم، هنگامی می توان اطاعت کرد که به امر خداوند باشد.

بیشترین آیات توحیدی قرآن، مبین این حقیقت است که بنیاد حاکمیت تشریحی در اسلام فرمان الهی است و هیچ عاملی جز اراده تشریحی خداوند نمی تواند در قانونگذاری مؤثر باشد،<sup>۳۳</sup> مگر آنکه مورد به مورد از ناحیه وحی تجویز شده باشد.

حتی ادله ای چون کتاب و سنت که در علم اصول فقه به عنوان منابع اصلی استنباط احکام نکر می شوند، صرفاً کاشف از حکم صادر شده از وحی بوده و ادله اجتهادی دیگر نیز مانند ادله عقلیه، در نهایت بیان کننده رضایت و تجویز وحی در مورد احکام استنباط شده از این ادله می باشند.

در نظام حقوقی اسلام اگر بخشی از قواعد عرفی مورد استثناء قرار می گیرد، به دلیل آن است که شریعت مبتنی بر وحی، با سکوت امضایی خود عمل به آن قواعد را تجویز نموده است. در يك کلام، سیستم منبع حقوقی متمرکز در وحی که مشخصه اصلی مکتب حقوقی اسلام است، به وضوح استقلال و تمایز ماهوی این نظام حقوقی را از دیگر نظامهای حقوقی قدیم و جدید به اثبات می رساند.

زیس حقوقدان فرانسوی در مورد تمایز اصولی شریعت اسلام می نویسد:  
هر گاه به مطالعه فقه و حقوق اسلامی پرداخته ام، احساس کرده ام که به کلی آنچه را که از حقوق روم و حقوق فرانسه می دانستم؛ از خاطر رفته است و هیچ گونه رابطه ای بین شریعت اسلامی و آن دو ندیده ام و به وضوح دریافته ام که قوانین موضوعه بر اساس عقل، و حقوق اسلام بر مبنای وحی

---

۳۳- ان الحكم الالله، قانون و قدرت اجرایی آن، تنها از آن خدا است، سوره انعام، آیه ۵۷.

استوار شده است. ارتباط دادن بین این دو سیستم که تا این حد، دوگانه اند، کار ممکن نیست<sup>۳۴</sup>

**۲- تابع و خصیصه دینی:** ماهیت فقهی نظام حقوقی اسلام به گونه ای است که جامعه را مکلف به اجرای تمامیت احکام الهی می کند و شریعت را به عنوان دستور العمل دولت و امری اجتناب ناپذیر می شمارد. در ضمانت اجرا نیز به احکام کیفری بسنده نمی کند و اعتقاد مذهبی را پشتوانه اجرای شریعت و کیفر اخروی را عامل اصلی بازدارنده جرائم معرفی می نماید و نهایتاً قانون شریعت از دیدگاه افراد و دولت به عنوان يك امر مقدس و لازم الاجرا، از جانب خداوند مطرح می گردد.

در صورتیکه در سیستمهای حقوقی موضوعه نه تنها هیچکدام از این خصوصیات وجود ندارد، اصولاً نگرشی لاییک بر آنها حاکم می باشد. گرچه حقوق روم قدیم در از مسحیت متأثر بوده است، ولی هرگز تابع دینی نداشته و امری مقدس و الهی شمرده نشده است.

**۳- دائمی بودن قوانین شریعت:** تردیدی نیست که تحولات زندگی اجتماعی در روند نظامهای حقوقی تأثیر بسزایی دارد و تحولات متقابل و متناسبی را در دیدگاههای حقوقی ایجاد و ایجاد می نماید.

تحول قواعد حقوقی گرچه بر تمامی نظامهای حقوقی اعم از توحیدی و لاییک حاکم می باشد، ولی چگونگی آن کاملاً متفاوت است.

در نظام توحیدی، تحولات حقوقی بر اساس قواعدی است که از پیش تعیین شده و خط مشی آن مشخص گردیده است، همان طور که در نظام حقوق اسلام، این تحولات بر اساس ترتیب منطقی احکام اولیه، احکام ثانویه و احکام حکومتی استوار می باشد.

این نوع تکنیک برای پذیرش تحولات اجتناب ناپذیر، به گونه ای است که هرگز با صفت استمرار و دوام منافاتی نداشته و در حقیقت در عین تحول، ثابت می باشد و به تعبیر علامه طباطبایی، نظام حقوقی اسلام ثابت از درون

<sup>۳۴</sup>- صوفی ابوطالب، تاریخ القانون (جامعه الكويت، ۱۹۷۱) ص ۶۰۳، محمد فاروق بنهان، المدخل للتشريع الاسلامی (بیروت، دارالقلم، ۱۹۸۱)، ص ۲۵.

متغیر می باشد.<sup>۳۵</sup>

۴- **خصلت شمول و عمومیت:** موضوع و مخاطب در نظام حقوق اسلام، بر خلاف نظامهای موضوعه، تنها جامعه و دولت نیست و پیش فرض آن، یک سیستم حکومتی دارای قدرت و حکمیت و ضمانت اجرایی نیست. بلکه همه افراد در هر حال مکلف به اجرای آن هستند و در مواردی که اجرای احکام شریعت نیاز به تشکیلات حکومتی دارد، ایجاد آن نیز جزئی از مقررات و وظایف افراد می باشد.

۵- **نظام خاص کیفری:** یکی از ممیزات ماهوی نظام مستقل حقوق اسلام، قوانین کیفری و قواعد خاص آن می باشد که نشان دهنده یک دید خاص و تفکر متمایز از سایر نظامهای حقوقی موضوعه بویژه حقوق روم قدیم است و نظام کیفری اسلام دقیقاً از نصوص و آیات قرآنی استنباط گردیده است.

۶- **اختلاف در نظام خانواده:** علی رغم دیدگاههای مشترکی که نظامهای حقوقی در مورد خانواده دارند، شریعت اسلامی چه از نقطه نظری فلسفی و چه از دیدگاه حقوقی مسئله خانواده را به گونه خاصی تفسیر می کند و بر اساس همین دیدگاه متمایز در ماهیت دو جنسی بودن انسان و فلسفه خانواده و اهداف اجتماعی آن، وظایف و تکالیف مربوط به خانواده را به گونه ای خاص بین زن و شوهر تقسیم می کند و مقررات مربوط به خانواده را با جامع نگری تنظیم می نماید.

۷- **نظام اقتصادی:** احترام به مالکیت فردی، یکی از مشترکات حقوقی است که اکثر نظامهای حقوقی آن را به عنوان یک اصل پذیرفته اند، ولی در فقه و نظام حقوقی اسلام مسائل مالکیت اعم از منشاء مالکیت، اسباب مملکه، موانع ملکیت، محدودیتهای نقل و انتقال و تعمیم ملکیت و سایر موارد مربوط به نظام اقتصادی کاملاً از دیگر نظامهای حقوقی و اقتصادی متمایز بوده و بوضوح استقلال آن را اثبات می کند. به عنوان مثال به سه مورد زیر اشاره می شود:

۳۵- محمد حسین طباطبایی، بررسیهای اسلامی ج ۲، مقاله ولایت، ص ۱۷۶.

الف - حقی که بعد از ایجاب عقد توسط بائع برای مشتری ایجاد می شود، حقی است که در فقه و حقوق اسلامی، به جز حق تملیک و حق تملك، برای مشتری شناخته شده است و این حق بینابین (میانه) در حقوق روم قدیم امری ناشناخته بوده و در نظام حقوق جدید به آن توجه کافی مبذول گردیده است.<sup>۳۶</sup>

ب - در شریعت اسلام، رضایت متعاقدين مبنای الزام طرفین به مقتضای عقد می باشد، در صورتیکه در قانون روم قدیم به جز تراضی، يك سلسله شرایط صوری نیز پیش بینی شده که بدون رعایت آنها، عقد الزام آور نخواهد بود.<sup>۳۷</sup>

ج - توکیل در معامله و عقد قرارداد به لحاظ مالی بودن معاملات مورد قبول فقه و حقوق اسلامی است، در حالیکه حقوق روم قدیم به خاطر شخصی دانستن معامله، عقد وکالت را در معاملات نپذیرفته است.<sup>۳۸</sup>

۸- **رابطه قانون و اطلاق:** در فقه و نظام حقوقی اسلامی به دلیل الهی بودن آن، کلیه احکام و قواعد حقوقی از يك مبنای اخلاقی برخوردارند و اصولاً تفکیک جنبه های حقوقی از اخلاقی بسیار دشوار می باشد و این حقیقت بدان جهت است که رسالت دین، تربیت و رشد و تعالی انسانها است و یکی از مؤثرترین راههای آن، قوانین حاکم بر جامعه است که می تواند در عین برقراری نظم و امنیت و عدالت، فرد و جامعه را به سوی تعالی و رشد معنوی سوق دهد. از این رو مسئله «نیت» در مباحث فقهی و حقوق اسلامی نقش مؤثری داشته و دارای آثار حقوقی قابل توجهی می باشد که قلمرو آن بر احکام عبادی، مدنی، اقتصادی و سیاسی فقه شمول دارد.

در صورتیکه نظام حقوقی امپراطوران روم بیشتر بر مصلحت متکی بوده تا اخلاق و به همین لحاظ بود که يك ضرب المثل آلمانی می گفت:

۳۶- سنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج ۸، ص ۸۰.

شقیق شحاته، النظریه العامه للالتزامات فی الشریعہ الاسلامیة، ص ۲۹۵.

۳۷- محمد فاروق بنهان، المدخل للتشريع الاسلامی، ص ۲۷.

۳۸- صوفی ابوطالب، تاریخ القانون، ص ۶۱۴.

حقوقدانان، مسیحیان بد هستند و این عبارت را درباره علمای حقوق روم بکار می‌برند.<sup>۳۹</sup>

در خاتمه این بحث کوتاه و فشرده نقطه نظر استاد حقوق تطبیقی مشهور فرانسه رنه داوید را پایان بخش مقال قرار می‌دهیم تا به گونه ای گویا، نتیجه بحث را معلوم دارد:

« مسئله اساسی، اصالت کلی حقوق اسلامی است که از لحاظ ماهیت آن در مقایسه با سایر نظامهای حقوقی عموماً و در مقایسه با حقوق کلیسایی خصوصاً قابل ذکر است.<sup>۴۰</sup> «حقوق اسلامی که نظامی است مبتنی بر قرآن یعنی کتاب آسمانی باید به عنوان حقوقی کاملاً مستقل از تمام نظامهای دیگر حقوقی که چنین منبعی ندارند، تلقی شود. شباهتهایی که ممکن است حقوق اسلامی در مورد راه حلهای مربوط به این یا آن نکته با نظامهای دیگر داشته باشد، بر اساس اعتقاد اسلامی، نمی‌تواند جز به تصادف محض نسبت داده شود و در هیچ مورد ممکن نیست که حقوق اسلامی آنها را از اندیشه های بیگانه گرفته باشد.»<sup>۴۱</sup>

۳۹- رنه داوید، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ص ۲۵.

۴۰- رنه داوید، پیشین، ص ۴۵۲.

۴۱- همان.