

نوشته: دکتر محمود حیدریان

مبیر تکوینی حقوق اسلامی

حقوق هر ملت معرف اوضاع سیاسی واجتماعی وسطح تمدن آن ملت می باشد از این جهت مطالعه تحول حقوق هر جامعه حائز اهمیت است .

اطلاع از تطور حقوق اسلامی و اصولی که فقها در هر عصر بدان تمسک جسته اند همچنین شناخت تأثیر عرف بر حقوق اسلامی فهم اساس حقوق اسلامی و تتبع در مسائل آن را آسان میکند، توجه ب مکتبهای مختلف فکری و طرز تفکر فقهاء و طبقه بندی مکاتب مزبور، نظام قانونگذاری و تطور حقوق را در اسلام برای ما روشن می نماید و عملاً معلوم میکند که قوانین اسلامی تا چه حد قابل اجرا بوده اند .

بنابراین تطور حقوق، کیفیت پیدایش و تکوین قانونگذاری و تطور مکتبهای مختلف حقوق اسلامی را مورد بررسی قرار می دهد.

لازم به تذکر است که ما کلمه حقوق را غالباً مرادف با فقه و بجای تشریح، کلمه قانونگذاری را بکار میبریم، زیرا هر چند دامنه فقه وسیعتر از حقوق است و عبادات و مسائل اخلاقی را نیز در بر میگیرد لیکن نظار ما بیشتر بجنبه های حقوقی مطلب است.

تعریف فقه و تفاوت آن با فلسفه و کلام

کلمه فقه بمعنای عام، ابتدا برای فهم و شناسائی نفس انسانی و اعمال نیک و بد آن اطلاق میشد، ولی با ظهور استنباط، و اجتهاد و فتوی در معنای خاص که عبارتست از: «علم به احکام شرعی فرعی از راه ادله تفصیلی آنها» بکار رفت.

۱ - الفقه فی اللغة الفهم، وفي الاصطلاح هو العلم بالاحکام الفرعية الشرعية عن أدلتها التفصیلية (کشاف اصطلاحات الفنون).

این تعریف در واقع معرف روح حقوق اسلامی است، در این مفهوم فقه با فلسفه و کلام مغایرت دارد زیرا احکام حقوقی منکی بقرآن و سنت و خالی از تعقید و درغایت بساطت میباشد و علم کلام و فلسفه با تمسک بمباحث مابعدالطبیعه آنرا از این بساطت خارج میکنند. از طرف دیگر طبیعت حقوق اسلامی با روح عرفان و تصوف هم چندان سازگار نیست زیرا غلو تصوف اسلامی از جهت توجیه معنوی بر طرز فکر حقوقی غلبه دارد.

مقام حقوق اسلامی

در حال حاضر چهار نظام بزرگ حقوقی متمایز در دنیا وجود دارد :

دسته اول - گروه کشورهاییکه حقوق آنان بر مبنای حقوق رم قرار گرفته است و تقریباً کلیه کشورهای اروپایی بجز انگلیس و قسمتی از کانادا جزء این دسته محسوب می شوند.

دسته دوم - گروه کشورهاییکه از کامن لوی پیروی میکنند مانند انگلستان - آمریکا - استرالیا - کانادا و قسمتی از هندوستان .

دسته سوم - گروه کشورهای سوسیالیست.

دسته چهارم - کشورهاییکه مبانی حقوق آنها یا صددرد صدقوانین اسلامی است و یا اینکه بخش مهمی از حقوق آنها منبعث از حقوق اسلامی است. حقوق کشورهای عربی - قسمت عمده ای از هندوستان - ایران - پاکستان و بعضی از کشورهای آفریقائی جزء این گروه بشمار می آیند^۲.

نظر اساسی مابین پیدایش و سیر تکوینی حقوق اسلامی است و در عین حال هر جا که حقوق اسلامی از سایر نظامهای حقوقی متأثر شده و یا در سیستمهای دیگر حقوقی نفوذ کرده است استطراداً به تحقیق در موارد مذکور می پردازیم و باختصار آنها را با هم مقایسه می کنیم .

ماهیت حقوق اسلامی

نظام حقوق اسلامی بر عکس سایر نظامهای بزرگ حقوقی دو صفت ممتاز و مشخص دارد: نخست ثبات و لایتنیبر بودن اصول آن است زیرا منابع و مآخذ آن قطعی و دارای اعتبار دائمی است.

1- Common Law

۲ - برای اطلاع بیشتر در مورد نظامهای بزرگ حقوقی رجوع کنید به حقوق تطبیقی تألیف دکتر حسن افشار ۱۳۵۱ از صفحه ۴۳ به بعد و همچنین :

David René : Les grands systèmes de droit contemporains.

۳ - مثلاً در بسیاری از دادگاههای هندوستان حقوق اسلامی و حقوق انگلیس تماماً اجرا میشود و از این جهت در این کشور قانونی بنام (Anglo - Mohammadan Law) بوجود آمده است .

است و بوسیله هیچ قدرت قانونگذاری قابل تردید نیست . دوم اینکه برای افراد مختلف که دنیای اسلام را تشکیل میدهند دستورها و احکام آسمانی مسلاک واحدی را معرفی میکند که مخالف حقوق موضوعه میباشد . اینگونه نظامها نتیجه فکر بشر است و براساس شرایط و مقتضیات مکانی و یا احتیاج جامعه معینی استوار است . در حقوق اسلامی نقش يك فقیه یا حقوقدان با توجه به معیار خالص ارزش استنباط وی از احکام الهی سنجیده میشود نه در پرتو ملاک خارجی و بارابطه آن با شرایط و مقتضیات خاص زمانی و مکانی .

امتیاز دیگر قوانین اسلامی بر قوانین موضوعه و ساخته ذهن بشر این است که در قوانین اسلام آرمانها و مصالحتهای عملی توأمأ مورد نظر است و جنبه آرمانی قوانین اسلامی از جنبه عملی آن که عبارت از انطباق با احتیاجات جامعه باشد نمیگاهد .

قوانین اسلامی ، مطلق و تعبدی و ماخوذ از کتاب آسمانی و سنت نبوی است و مانند قوانین موضوعه علم حقوق از رویه های قضائی محاکم یا قانون ، سرچشمه نمیگیرد . بعبارت دیگر همان قوانین و احکام اسلامی خطمشی محاکم را تعیین میکنند و عقاید و نظرات قضات و محاکم چندان اثری در وضع احکام ندارند^۱ . در حقوق اسلامی قاضی مجری احکام شرع است و هر وقت که با مشکلی مواجه میشود باید به حاکم شرع و مجتهد مراجعه کند .

دین اسلام تمام مظاهر و جلوه های حیات انسانی اعم از مادی و معنوی ، فردی و اجتماعی را تحت تأثیر قرارداد و ضوابط خاصی برای کنترل کلیه اعمال و رفتار و معتقدات دینی و دنیوی پیروانش پدید آورد .

مقایسه حقوق اسلامی با سایر نظامهای بزرگ حقوقی این مسأله را روشن میکند که عقاید و آراء اندیشمندان اسلامی عمیق تر از نظرهای حقوقدانان اروپائی است ، هر چند بعضی از حقوقدانان اروپائی بر این عقیده اند که حقوق اسلامی منطبق با مقتضیات زندگی اجتماعی و اقتصادی و صنعتی روز نیست و آنرا مورد انتقاد قرار میدهند و بنوعی جمود و تحجر تعبیر میکنند^۲ . این اشتباه از آنجا ناشی شده است که حقوقدانان اروپائی حقوق اسلامی را بدون توجه به تحول و تطور تاریخی و سیر تکاملی آن در نظر میگیرند و توجه آنها معطوف به مراحل ابتدائی قانونگذاری است در حالیکه حقوق اسلامی در طول ۱۴ قرن از صدر اسلام تا کنون مورد بحث و استدلال علمای اسلامی قرار گرفته و تطور و تکامل یافته و باز زندگی اجتماعی مردم قابل انطباق شده است و با توجه بتاریخ آن ، از دوره پیدایش و تکوین تا عصر استنباط و اجتهاد درمییا بینیم که حقوق اسلامی توانسته است در هر عصر بمقتضای زمان ،

۱ - برخلاف مقررات حقوقی کشورهایی چون انگلوس و آمریکا که نقش رویه قضائی یعنی تصمیمات قضات و آراء محاکم در آنها دارای اهمیت خاصی است .

۲ - گلدزیهر ، العقیده و الشریعة فی الاسلام .

جوابگوی احتیاجات مردم و حاکم بر روابط افراد باشد . بنابراین در این مقاله ماسیر حقوق اسلامی را نه تنها از نظر تطور تاریخی بلکه از جهت تحولات و تکاملی که در آن بوجود آمده است مطالعه می‌کنیم و موارد اشتراك و افتراق مذاهب یا مکاتب پنجگانه را از جهت حقوق تطبیقی در اسلام مورد بررسی قرار میدهم .

نقش روش مطالعه تاریخی در تفسیر قوانین

روش مطالعه تاریخی یکی از شیوه‌های نمر بخش در تحقیق و تتبع در علوم اجتماعی است و حقوق هم باعتباری جزء علوم اجتماعی محسوب میشود^۱ در حال حاضر حقوقدانان غرب برای تحقیق در یک قاعده حقوقی از روش تاریخی استفاده میکنند . مهذا رویه فقهای اسلامی بر این است که بسیاری از مسائل علم فقه را مجزا از سابقه تاریخی آن تجزیه و تحلیل کنند زیرا بعقیده اکثریت حقوقدانان اسلامی ، شرع یا قانون عبارتست از یک سلسله احکام و مقررات آسمانی که از پیش معین گردیده است ، بنابراین اعتقاد بساینکه قوانین اسلامی مانند یک پدیده تاریخی بوجود آمده و با تکامل جامعه بستگی دارد نمیتواند صحیح باشد .

تقسیم ادوار حقوق اسلامی : تحول حقوق اسلامی به چند دوره متمایز تقسیم

شده است .

اول - نزول قرآن و آغاز قانونگذاری از زمان پیامبر اسلام تا زمان خلفای راشدین ، باتوجه به آداب و سنن مقارن ظهور اسلام .

دوم - دوران طرح و شکل‌پذیری حقوق اسلامی . این دوره شامل عصر خلفای راشدین و مدارس مدینه و کوفه و شروع بتدوین حدیث و سنت میباشد .

سوم - عصر نهضت‌های حقوقی و فقهی ، تاسیس مذاهب ، تدوین فقه که مرحله تثبیت و تکمیل آنست .

چهارم - عصر تقلید و انسداد باب اجتهاد که شامل استقرار مذاهب است^۲ .

1 - Edmond Berk

۲ - بنظر امامیه باب اجتهاد در این دوره وادار بعدحتی پس از رحلت ائمه علوی و بعد از زمان غیبت ، مفتوح است . مسأله انسداد وافتتاح در مذهب امامیه مربوط بباب علم و تحصیل یقین است زیرا بعقیده امامیه وجود معصوم سبب افتتاح باب علم در تحصیل یقین نسبت بمسائل مذهب است و با انسداد باب علم که جهت آن نبودن امام است ، باب اجتهاد مفتوح میگردد زیرا افتتاح باب اجتهاد از لوازم مذهب امامیه است . (فرائد الاصول ، رسائل علامه شیخ مرتضی انصاری در مبحث حجیت ظن .)

پنجم - دوره رکود حقوق اسلامی که از تاریخ حکمفرمایی ترکان عثمانی بر ممالک اسلامی آغاز و به نهضت‌های اخلاقی در عصر حاضر و تحولات جدید در حقوق اسلامی منتهی میشود.^۱

نهادهای حقوقی و اجتماعی مقارن ظهور اسلام

برای مطالعه و توجیه و درک حقوق اسلامی مسلماً آگاهی از نهادهای حقوقی و اجتماعی عصر پیش از اسلام و مقارن ظهور پیامبر، ضروری است. قبل از ظهور اسلام قبیله واحد اصلی جامعه محسوب میشد. قبیله عبارت بود از یک گروه اقربای نسبی (همخون) که مدعی بودند اسلاف آنها به جدمشترکی منتهی میشوند. فرد منحصرأ بر رئیس رسمی قبیله تعلق نداشت بلکه متعلق به گروه بود.

رفتن فردی از قبیله‌ای به قبیله دیگر تابع تشریفات خاصی بود و قبیله دیگر میبایست ولایت او را قبول کند، معیارتعیین نحوه زندگی افراد با قبیله بود. قبیله نه تنها از افراد موجود تشکیل میشد بلکه نسلهای گذشته و آینده را نیز در بر میگرفت.

قبیله مقید بر رعایت یک سلسله اصول و مقررات غیر مدون بنام عرف بود که همگام با تکامل تاریخی قبیله تحول مییافت و معرصات و مشخصات روحی و اخلاقی جامعه بوده شیخ قبیله و مجمع نمایندگان حق قانونگذاری و یا مداخله در این اصول و قواعد را نداشتند. پیدایش قاعده‌ای جدید و تفسیر و مقررات قدیم که طبعاً بمرور زمان اتفاق می افتاد هر چند ممکن بود برای اولین بار از یک فرد آغاز شده باشد ولی منشأ حقیقی آن اراده همه گروه بوده است. زیرا تا قاعده‌ای مورد قبول کلیه افراد قبیله قرار نمیگرفت قدرت قانونی نداشت.

با نبودن مرجع قانونگذاری تردیدی نیست که سازمان رسمی هم برای اجرای قوانین وجود نداشت. اجرای قانون در امور مدنی و کیفری بطور کلی بعهده شخص یا اشخاص زبان دیده بود. حمیت قومی ایجاب میکرد که مشاجرات و منازعات بین قبایل با توسل به نیروهای مسلح حل و فصل شود حال آنکه کشمکش‌های داخلی قبیله معمولاً بحکمیت ارجاع میشد. اما این وظیفه بوسیله حکم رسمی که منصوب شده باشد اعمال نمیشد بلکه داور بوسیله طرفین برای حل و فصل دعوی انتخاب میگردد.^۲

۱ - نظرة عامة فی تاریخ الفقه الاسلامی؛ دکتر علی حسن عبدالقادر و تاریخ الفقه الاسلامی،

دکتر محمد یوسف موسی .

و حکم منتخب غالباً از کهنه‌ای بود که مدعیان قدرت فوق‌طبیعی بودند^۱.

قوانین قبل از اسلام در مکه و مدینه

با توجه بزندگی مردم مکه و مدینه در آن عصر میبینیم که آداب و رسوم و مقررات و قوانین ابتدائی مرسوم در میان قبایل عرب تا حدودی متفاوت است. مکه مرکز مهم بازرگانی بود و بایمن و سوریه و روم شرقی و عراق و ایران رابطه تجاری داشت و دارای نوعی قانون تجارت بود. مدینه شهری زراعی محسوب میشد و فقط از نظام ابتدائی مالکیت ارضی بهره‌ای داشت. در مدینه که بیشتر قوانین یهود در آنجا اجرا میشده‌ای از صاحبان صنایع دستی ساکن بودند که اکثریت آنان رایهودیان تشکیل میدادند. بنابراین در مدینه قوانین ابتدائی در مورد کشاورزی و صنعت پیشم میخورد و این هر دو شهر از قوانین روم و ساسانی و یهودی که در معاملات مدنی معمول بود متأثر بودند لیکن قوانین مزبور پس از اقتباس مطابق ذوق مردم جزیره العرب رنگ دیگری بخود گرفته بود^۲. علاوه بر این، در مکه تشکیلات قضائی خاصی وجود داشت و حکمهای عمومی منصوب میشدند و مقامات قضائی دیگری هم وجود داشتند که عهده‌دار وظایفی چون جبران خسارت در دعاوی قتل و جرح و ضرب بودند. مقرراتی نیز درباره جنایات و قصاص و دیه و قسامه و احوال شخصی چون نکاح و طلاق و محارم و مسائل دیگری از این قبیل معمول بود. علاوه بر اینها تجار مکه قراردادی بنام حلف الفضول منعقد کردند که حضرت محمد قبل از بعثت در انعقاد قرارداد مزبور شرکت داشت حتی بعد هم که به پیامبری مبعوث شد آنرا تأیید فرمود^۳. با همه این احوال

۱ - تاریخ الفقه الاسلامی - تألیف دکتر محمد یوسف موسی و

Prof. N. J. Coulson : History of Islamic Law.

2 - W. M. Watt - Mohammad Prophet and Statesman.

و نظریه عامه فی تاریخ الفقه الاسلامی، الدكتور علی حسن عبدالقادر.

۳ - حلف الفضول نام پیمانی است که جرهمیها اولاد یقطان بن عامر از نوادگان سام بن نوح در میان خود داشتند و چون نام مبتکران و بانها ان اولیه این پیمان غالباً از ریشه فضل گرفته شده بود مانند فاضل، مفضل، فضال و فضل و فضیل، پیمان فوما بون باین نام نامیده شد. مقصود از پیمان مذکور در میان جرهمیها این بود که هر کس بدیگری تعدی کند اعضاء پیمان بیاری یکدیگر اورا تادیب کنند. قرنها بعد عده‌ای از افراد قبائل ده گانه قریش و از جمله حضرت محمد نواده جوان عبدالمطلب در مکه گرد هم آمدند و مجمعی نظیر حلف الفضول جرهمیها که سوگند یاد کرده بودند از مظلومان حمایت کنند تشکیل دادند.

این گروه در مقابل یکدیگر متعهد شدند که افراد مظلوم را تحت حمایت خویش قرار دهند و دست ظالم و غارتگر و متجاوز را چه اهل مکه باشد یا نباشد از سر مردم کوتاه کنند. رسول اکرم قبل از بعثت از اعضاء جدی و مبارز این گروه بود و در زیر لوای پیمان حلف الفضول بکمک بسیاری از مظلومان شتافت و آنهارفغ تعدی کرد. (ناسخ التواریخ نوشته شهسهر. تاریخ عرب نوشته السهیلی و نظریه عامه فی تاریخ الفقه الاسلامی، الدكتور علی حسن عبدالقادر).

در این دومی که و همچنین در میان قبائل صحراگرد و چادرنشین ، اساس حقوق در عمل اصول و قواعد مرسوم و متعارف بود . نکته دیگری که ذکر آن ضروری است اینکه در آن زمان امپراطوری ایران که مصادف با عصر ساسانی بود در مکه و یمن و طائف و سواحل جنوبی عربستان نفوذ کاملی داشت . رومیان نیز در قسمتی از خاک عربستان قلمرو نفوذی داشتند و بملاوه قسمتی از سکنه عربستان را یهودیان تشکیل میدادند از این رو مجموعه ای از قوانین ساسانی و روم و یهود که صیغه عرف عرب بخود گرفته بود^۱ . تاحدی در مکه و مدینه متداول بود .

با این حال نزد اعراب حکومت منظمی که دارای سلطه قانونگذاری باشد و بر اجرای قانون نظارت کند وجود نداشت .

نکاح قبل از اسلام

در اجتماع قبل از اسلام زنان یکسره مقهور اراده و تمایلات مردان بودند و هیچگونه استقلالی نداشتند و همواره تحت قیمومت پدران و ولایت شوهران و یا استیلاء پسران بودند . قبل از اسلام چندین نوع نکاح مرسوم بود که اختصاراً در اینجا بشرح آنها میپردازیم :

۱ - نکاح الاستیضاع^۲ - که مرد برای داشتن فرزند دلخواه زن خود را در اختیار مسرد مورد پسند خود میگذاشت .

۲ - نکاح البدل - صیغه ای که در این مورد جاری میشد با این عبارت بود :
« انزل الی عن امرأتک انزل لك عن امرأتی »^۳ . در این مورد مردان زنان خود را مبادله میکردند .

۳ - نکاح الرهط یا زناشویی دسته جمعی .

۴ - نکاح المقت - در این نکاح زن شوهر مرده بفرزند شوهرش که نا پسری او محسوب میشد تعلق میگرفت و یا بمردان خانواده شوهر متوفی تعلق داشت . این روش با

1 - Prof. N. J. Coulson: History of Islamic Law; Edinburgh University Press 1964.

۲ - برای توضیح بیشتر و شرح مفصل رجوع کنید به ،
اسباب النزول واحدی - لباب النقول حافظ سیوطی - شرح نهج البلاغه ابن ابی الحدید ،
عیون الاخبار - تاریخ الحركات الفكرية في الاسلام - جامع الاخبار صدوق .

۳ - تفسیر ابوالفتوح در تفسیر آیه « ولان تبدل بهن من ازواج الخ » . کتاب
الاصابة الاستیماع ، سوره ابن هشام ، معانی الاخبار صدوق در باب « النهی عن البدل
فی النکاح » ،

مخالفت قرآن روبرو گشت و آیه ۱ و ۲ لاتنکحوا مانکح آبائکم من النساء الا ما قد سلف انه کان فاحشة و مقناً و ساء سبيلاً ۱ ، نازل گشت .

۵ - نکاح الجمع و ذوی الرایات، که نوعی فحشاء بود - قرآن این رویه را نکوهش کرد و فرمود: لاتکروهوا فتياتکم علی البغاء ان اردن تحصناً لتبتقوا عرض الحيوة الدنيا ۲ .

۶ - نکاح الخدن - اینگونه نکاح، زناشویی دوستانه یا رابطه آزاد بود که با نزول آیه : فانکحوهن باذن اهلهن الخ ۲ و همچنین آیه ۱ و المحصنات من المؤمنات ۳ منع گردید .

۷ - نکاح منقطع که نوعی ازدواج برای مدتی معین است . احکام نکاح منقطع از نظر شرایط و وظائف زناشویی تقریباً مشابه نکاح دائم است .

۸ - نکاح الشغار - در این نکاح زنان و دختران بجای مهر و کابین زنی دیگر واقع میشدند مثلاً شخصی دختری یا خواهرش را بزوجیت شخص دیگری درمی آورد و بجای اخذ مهر دختری یا خواهر او را بزنی میگرفت .

۹ - نکاح دائم - ازدواجی است که تا به امروز میان مسلمین بعنوان عقد دائم معمول است .

از این انواع مختلف نکاح دو نوع آن که نکاح دائم و نکاح متعه است در اسلام تحت شرایط و قوانین خاص تثبیت شدند و انواع دیگر تحریم گردیدند . نکاح متعه در زمان خلافت عمر ممنوع گشت ۴ ولی مذهب امامیه رأی عمر را نپذیرفت و صحت آنرا تأکید کرد چنانکه تا به امروز آنرا یکی از دو قسم نکاح معتبر اسلامی میدانند ۵ .

مهر و صداق در این دوره

مهر و صداق در میان اعراب جاهلی معمول بود؛ لیکن دختر حق تصرف در آنرا

۱ - سوره نساء آیه ۲۲ ، بعد از نزول این حکم زن پدر را بتکاح درنیاورید مگر آنچه پیش از این (در زمان جاهلیت) انجام داده اید (که خداوند از آن درگذشت) زیرا عملی است زشت و میفوض خداوند .

۲ - سوره نور آیه ۳۳ ، برای مال دنیا کنیزان خود را به زنا وادار نکنید .

۳ - سوره نساء آیه ۲۵

۴ - صحیح مسلم و صحیح بخاری : نقل قول از عمر چنین است ، متعتان کانتافی زمن الرسول و انا احرمهما . یا متعتان کانتاعلی عهد رسول اله و انا انهی عنهما و اعاقب علیهما

۵ - منبع استنباط فقهای امامیه در باره صحت نکاح منقطع آیه ۲۸۱ از سوره نساء است که گوید ، فانکحوا مطابکم من النساء و احل لکم ما وراء ذلك .

نداشت و مهر بر رئیس قبیله و اولیاء او تعلق میگرفت اما اسلام دختر را مالک آن شناخت^۱.

طلاق در اعراب جاهلی

طلاق و متارکه زناشویی نیز در میان اعراب جاهلی مانند ازدواج به شیوه ای ظالمانه و دور از انصاف و منافی با اخلاق و انسانیت صورت میگرفت. طلاق در نزد اعراب جاهلی نه مقدماتی داشت و نه شرایط و لواحق و تنها شرطش اراده و میل مرد بود که با اندک بهانه ای میتواند بدون هیچگونه معارضی ترك زوجیت کند. طلاق در اعراب جاهلی دارای کیفیت و انواعی خاص بود که شرح آن بطور اختصار از این قرار است:

۱ - طلاق فعلی یا غیر مصرح که اسلام آنرا ممنوع کرد.

۲ - طلاق لفظی یا صریح:

الف - با جمله معروف (الْحَقِّيْ بِأَهْلِكَ) زن مطلقه میشد.

ب - بطریق ظهار (انت علی کظهرامی) و یا (ظهرک کظهرامی).

اسلام این عمل را که در جاهلیت بمنزله طلاق تلقی میشد برای رفع ظلم و تعدی از زنان ممنوع اعلام کرد.^۲

ج - ایلاء

آیات ۲۲۶ و ۲۲۷ سوره بقره حکم ایلاء را مقرر داشت و فرمود: بکسانی که سوگند یاد کنند که با زوجه خود نزدیکی نکنند چهارماه مهلت داده میشود تا باز آیند و از سوگند خود رجوع کنند و كفاره و اگر عزم بدهند. و اگر عزم طلاق نمودند خدا به گفتار و کردارشان آگاه است^۳ بنابراین از نظر شرع اسلام ایلاء طلاق محسوب نمیشود بلکه مرد باید كفاره سوگند را بدهد.

۱ - وان اردتم استبدال زوج مکان زوج و آیتیم احدیهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شیئاً - سوره نساء آیه ۲۵ و نیز آتوا النساء صدقاتهن «آیه ۵ سوره نساء»

۲ - چهار آیه اول سوره مجادله حکم اسلام را درباره ظهار بیان میکند. بموجب این آیات برای شوهر پشیمان کیفری معین گشت بدین معنی که پیش از تماس با زن میبایست بعنوان كفاره برده ای را آزاد کند و اگر قادر نباشد دو ماه متوالی روزه نگاهدارد و در صورت ناتوانی شصت مسکین را اطعام کند. سبب نزول آیات مربوط بظهار واقعه حوله دختر ثعلمه بن مالک انصاری همسر اوس بن صامت است که آیات فوق در این باره نازل و حکم اینگونه طلاق با ادای كفاره باطل گردید.

۳ - للذین یؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاتوا فان الله غفور رحیم وان عزموا الطلاق فان الله سمیع علیم.

د- لعان بمعنی یکدیگر را لعن کردن است و نوعی از رسیدگی کیفری است که قبل از اسلام در میان اعراب جاهلی یکی از انواع طلاق بشمار می آمد . لعان در مورد اسناد زنا از طرف زوج بزوجه در شرایط خاص و نفی فرزندی که ملحق بفراش او است می باشد بشرط اینکه قبلاً اقرار بفرزندى او نکرده باشد . لعان در حقیقت طلاق نیست لیکن در جاهلیت نوعی طلاق بشمار میرفت و حکم آنرا آیات ۶ تا ۱۰ سوره نور بیان نموده است .^۱

۱- واللذین یرمون ازواجهم ولم یکن لهم شہداء الا انفسهم فشہادة احدہم اربع شہادات باللہ (سوره نور آیه ۶) و در مورد قذف حکم آیه ۴ اجرا خواهد شد ؛ واللذین یرمون المحسنات ثم لم یأتوا باربعہ شہداء فاجلدوہم ثمانین جلدۃ .
اللغة الدمشقیة فی فقه الامامیہ - کنز العرفان فی فقه القرآن فاضل مقدار . حق-وق
زن در اسلام و جهان یحیی نوری - ترمینولوژی حقوقی دکتر جمفری لنگرودی .

پیدایش قانونگذاری در اسلام

دوره اول

قرآن کریم فرمان میدهد: «یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم ... الخ». این فرمان متضمن تغییر تازه و بدیعی بود که وسیله اسلام به جامعه عرضه میشد و آن عبارت بود از تشکیل و تاسیس منبع موثقی که قدرت تشریح و قانونگذاری داشت.

سال ۶۲۲ میلادی سال تأسیس جامعه مسلمان در مدینه است. بسیاری از قبائل عرب به پیامبر اسلام ایمان آوردند و او را بمنوان فرستاده خدا قبول کردند. وضع اجتماعی پیغمبر اسلام بتدریج بعنوان یک مقام عالی قانونگذاری و تشریح، تثبیت گردید. در اینکه آیا خداوند مرجع قانونگذاری و تشریح است یا رسول او باید گفت: اهل لغت شارح را بمعنای راه راست و راه وسیع و معبر بدون بن بست دانسته اند اما این لفظ بوسیله اهل شرع از معنای لغوی خود بمعنای عرفی (قانونگذار) نقل گردیده که اصطلاحاً آنرا منقول عرفی گویند و سپس شارح یا شارح مقدس بمنوان صفت فاعلی و بمفهوم قانونگذاری یکی از القاب پیامبر اسلام شناخته شد. بنابراین اگر نصوص قرآن را بمنزله قانون اساسی اسلام فرض کنیم و سپس تفسیرهای پیامبر را بر این نصوص که خود جنبه قانونی دارند از یک سو و سنت نبوی را که قول و فعل و تقریر اوست و برای ملت اسلام حجت قانونی است از سوی دیگر بمنزله قوانین لازم الاجرا بشمار آوریم باین نتیجه میرسیم که هم خداوند قانونگذار است و هم رسول او.

دانشمندان علم اصول میگویند: سنت نبوی در مقام استنباط احکام مانند کتاب خدا مورد استناد است و میان آنها فرقی نیست مگر از این لحاظ که بمقیده ملت اسلام سند کتاب

۱ - سوره نساء آیه ۵۹، ای اهل ایمان خدا و رسول و فرمانداران (از طرف خدا و رسول) را اطاعت کنید.

قطعی و یقینی است ولی سند سنت دلالت ظنی دارد^۱. اما این ظنی بودن سند سنت چیزی را از قدرت قانونی آن نمی‌کاهد بلکه چون سنت از راه خبر بما رسیده و خبر هم چنانکه در شأن آنست دلالت ظنی دارد از این جهت وجه تمایز نصوص کتاب و سنن نبوی در قطعی الدلالة بودن یکی و ظنی الدلالة بودن دیگری است.

مشیت الهی از طریق وحی بوسیله پیامبر بمردم ابلاغ میشد و رفته رفته احکام قرآن از جهات مختلف جانشین قوانین مرسوم قبیله‌ای می‌گردید و عرف و عادات دوران جاهلی را غالباً منسوخ و ملغی می‌نمود. چنانکه یاد آور شدیم قانونگذاری در اسلام مخصوص خداوند و پیامبر اوست. اصول قوانین اسلامی در زمان حیات پیغمبر وضع شد و اغلب به تناسب اوضاع و احوال و مقتضیات زمانی و مکانی که اتفاق می‌افتاد قوانین وضع دیگرید و پس از رحلت پیغمبر اسلام قانونگذاری نیز متوقف شد.

در مکه

پیامبر اسلام در حدود سیزده سال در مکه بدعوت مردم بدین اسلام پرداخت^۲ هدف عمده وی در این مدت منحصر بدعوت دینی و ارشاد خلق به پرستش خدای یکتا و ترک بت پرستی و اعتقاد بروز و اسپین و انگیزش پس از مرگ و ایمان بحساب در آن روز و ارشاد بمکارم اخلاق و توصیف خداوند به آثارش در طبیعت و احوال امتهای سلف و داستان پیامبران و مبارزه با خدایان باطل و سخریه زدن بنا توانی آنان و اموری از این قبیل بود. آنگاه بوصف نعم دائم برای پرهیز کاران و فرمانبران و عذاب الیم در جهنم برای گناهکاران و مشرکان پرداخت.

هجرت بسوی مدینه

در مکه آنطور که انتظار میرفت نتیجه مطلوب حاصل نشد و قبیله قریش به پیامبر نپیوستند و جزعه معدودی ایمان نیاوردند. از قبائل دیگر و طبقات غیر اشراف نیز تعداد کمی باو گرویدند. قبل از اسلام مدینه معرکه ستیزه‌گری بین دو قبیله اوس و خزرج بود و بدین سبب در مدینه وضع نابهنجار و هرج و مرج وجود داشت. با ورود پیامبر، مردم باوی بیعت کردند و تسلیم افکار او شدند. مردم مدینه را طبقه کشاورزان تشکیل میدادند و دعوت پیامبر را زودتر از مردم مکه که تاجر پیشه بودند پذیرفتند و بهمین دلیل میبینیم که انگیزه قبول دین اسلام در مردم

۱ - محمود شهابی - تقریرات اصول.

۲ - حجة الله الیالفة جلد ۱ ص ۱۲۶

مدینه پیش از مردم مکه بود .^۱

تطور دعوت

بموازات گسترش دین اسلام حیات سیاسی و اجتماعی جامعه نیز نیاز به گسترش داشت لذا پیامبر اسلام میبایست اساس سیاسی و اجتماعی و تشریحی جدیدی برای این ملت نومسلك وضع نماید .

با وجود تأسیس قوانین اسلامی ، اعرابی که مسلمان میشدند بهمان عادات اولیه زندگی میکردند . پیغمبر نیز نمیخواست این عادات را دفعتاً واحده نقض کند . بلکه غرض پیغمبر این بود که مردم را در دین اسلام داخل نماید تا نخست ، آنان بخدا و روز رستاخیز ایمان آورند . آنگاه در پرتو این آئین جدید شروع به دگرگون ساختن امور و عادات کنند تا اینکه آن عادات با دین و مبادی آن متناسب گردد و بهر اندازه که دائره تعالیم جدید وسعت مییافت بهمان اندازه احتیاج شدید به تغییر حیات اجتماعی بر وفق دین جدید و هماهنگی با آن پیدا میشد .^۲

تأسیس امت اسلامی

مهاجران که با پیامبر بمدینه هجرت کردند با این عمل ارتباط خویش را با قبائل خود از دست دادند و ارتباط تازه ای که با اهل مدینه گرفتند چنان نبود که خلأ موجود یعنی جای ارتباط از دست رفته آنان را پر کند . از طرف دیگر خود مردم مدینه نیز چنانکه اشاره شد از گروه های مخالفی تشکیل میشدند که اختلاف خود را همچنان با مت جدید انتقال دادند .

پیامبر در میان دو امر مخالف قرارداد است : یکی اینکه امت را بهمان حالت تعصب قبیله ای واگذارد و دیگر آنکه نظام پیشین را از میان بردارد و به امت مجالی دهد که از عوامل اختلاف در امان باشد . پیامبر احساس میکرد که برای امت جدید امکان ندارد که یکباره از این عصبيت دوری گیرند و از این منازعات و مبارزات دست بردارد مگر هنگامیکه ارتباط خون و نسب را کنار بگذارد و جای آن را با رابطه ای جدید پر کند . بدین جهت رسول اکرم بجای اصل خون و اهمیت و اعتبار آن ، ایمان بخدای تعالی را جانشین آن کرد و امت جدید را در مدینه بر اساس دین تأسیس نمود و خدای تعالی بر آن مهیم بود و نماینده آن در روی زمین رسول خدا بود که او را تبلیغ میکرد و بارشاد خلق میپرداخت .

قواعدی دینی یا دنیوی نیز از جانب رسول خدا تشریح میشد . این قواعد بی آنکه میان طبقات مختلف تفاوت یا ترجیحی قائل شود همه مردم را در بر میگرفت و حی الهی تنها جنبه عبادی و مذهبی محض نداشت بلکه همه شئون زندگی افراد را خواه در زمینه عبادات و معاملات و خواه

۱ - تاریخ الفقه الاسلامی - دکتر محمد یوسف موسی و نظرة عامه دکتر علی حسن عبدالقادر

۲ - تاریخ طبری

در مسائل سیاسی و اداره امت اسلامی شامل میشد و پیغمبر اسلام مؤسس دولتی سیاسی با صیغهٔ دینی بود^۱. در اسلام دین و سیاست بهم آمیخته است و بدین جهت عقیده و شریعت و مقررات مربوط به نظام اجتماعی عناصر اساسی اسلام را تشکیل میدهد.

احکام قرآن هر چند ظاهر آن متوجه مشکلات فردی بود لیکن همگی بصورت قوانین عام و معتبر مأخوذ است بطوریکه در قضایای مشابه نیز سرایت داده میشود و قواعد حقوقی ایجاد مینماید. از جمله این مسائل، مواردی است که مربوط به تشریحات خاسم و مخصوص شخص پیامبر است مانند مسأله فرزند خواندگی و شیر خواری (رضاع) که اگر چه ظاهراً تشریحی فردی بود اما بصورت تشریح عام و قانون همگانی درآمد^۲.

منابع حقوقی اسلامی :

۱ - کتاب : مبدأ و منشأ و مدرک اصلی قوانین اسلامی کتاب آسمانی است . قرآن بنا بر آنچه مشهور است در ماه رمضان بر پیامبر نازل گشت و نزول آن روزی بود که مسلمانان در جنگ بدر با مشرکان روبرو شدند^۳ و حدوث این واقعه مصادف با روز هفدهم رمضان بوده است اگر چه پیش از آن نیز آیاتی نازل شده بود^۴.

زمان نزول قرآن را میتوان بدو دوره متمایز تقسیم نمود :

اول - زمانیکه پیغمبر در مکه اقامت داشت و آن ۱۲ سال و ۵ ماه و ۱۳ روز است .
دوم - زمان بعد از هجرت بمدینه که ۱۰ سال و ۹ ماه و ۹ روز است . بنا بر این قسمتی از قرآن در مکه و قسمت دیگر در مدینه بر پیامبر نازل گردید و بدین جهت است که دسته اول را سور و آیات مکی و دسته دوم را سور و آیات مدنی مینامند^۵.

۱ - نظره عامه ، دکتر علی حسن عبدالقادر

۲ - نظره عامه فی تاریخ الفقه الاسلامی - دکتر علی حسن عبدالقادر .

۳ - ان کنتم آمنتم بالله و ما انزلنا علی عبدنا یوم الفرقان یوم التقی الجمعان (سوره انفال آیه ۴۳) .

۴ - برخی از مورخان و نویسندگان اسلامی قول مشهور را در نزول قرآن در اوایل بعثت میدانند . بحار الانوار نزول قرآن را در مدینه میدانند و تاریخ طبری، نزول نخستین آیه قرآن را در آغاز بعثت در شهر مکه میدانند . بهر حال اخبار در این باره مختلف است .

۵ - تقریباً دوسوم آیات نازل مکی و یکسوم آن مدنی است .

قرآن مجموعاً شامل ۱۴ سوره است اما در ترتیب نزول سوریاً آنچه بصورت ظاهر تدوین یافته اختلاف است و در این باره اقوال گوناگون وجود دارد. آنچه که متفق علیه است این است که سوره و آیاتی که بنام قرآن بر پیامبر نازل شده همین است که امروز در دسترس ما است.^۱

بنابر آنچه در تواریخ آمده کاتبان وحی با اختلاف روایت بین چهارده تاچهل و دونفر بودند، عده‌ای از آنان همواره ملازم پیامبر و برخی گاه و بیگاه کتابت وحی را بر عهده داشتند. کاتبان وحی بعضی از خلفاء اربعه و عامر بن مهیره، ثابت بن قیس شماس، زید بن ثابت، مغیره بن شعبه، زبیر بن عوام، خالد بن ولید و عده دیگر بودند.^۲ آنچه از وحی نوشته میشد در خانه حضرت محمد نگهداری میکردند و خود نیز نسخه‌ای مینوشتند همچنین پیامبر آنرا در تنظیم آیات و سوره‌ها راهنمایی میکرد.

قرآن چگونه نازل میشد

آیات تشریحی یا آیات الاحکام غالباً بدنیال پیش آمده‌ائی که در جامعه مسلمین روی میداد نازل می‌گردید. این حوادث بشان نزول یا اسباب نزول معروف است.

ممیزات سوره‌های مکی و مدنی

در پیش گفته شده که برای نزول قرآن دو دوره است، قبل از هجرت و بعد از هجرت نبوی و نیز باید دانست هر یک از سوره و آیات مکی و مدنی علاوه بر امتیاز زمانی دارای ممیزات دیگری نیز هستند که مهمترین آنها بشرح زیر است:

الف - آیات مکی رویهمرفته کوتاه است، بخلاف آیات مدنی که دارای تفصیل بیشتری است.

ب - خطایها در آیات مکی با جمله: *و یا ایها الناس* است بعکس آیات مدنی که خطایهای آن غالباً با عبارت: *و یا ایها الذین آمنوا* آغاز می‌گردد.

۱ - مؤید این گفتار اخباری است که از حد توان افزون و مورد اتفاق فریقین است (ر. که به قرآن تفسیر و ترجمه زین العابدین رهنما).

۲ - اتقان سیوطی.

ج - خطابات مکی غالباً قاطع و کوبنده و دارای جنبه‌های انقلابی است^۱ درحالی‌که آیات مدنی از سکون بیشتری برخوردار است .

د - در آیات مکی به تشریح و قانون‌گذاری کمتر توجه شده بلکه عمده توجه در آنها مطلق با اصول عقیده است مانند توحید و اقامه براهین در اثبات وجود خدا ، تجدید از عذاب ، توصیف روز قیامت ، شرح نعمت‌های بهشت ، ترغیب بمکارم اخلاق ، شرح دعوت پیامبران سلف و سرپیچی آنها از دعوت ایشان و عواقب وخیمی که در انتظار عاصیان و گناهکاران است . اما آیات مدنی غالباً بجنبه‌های تشریحی و قانون‌گذاری پرداخته اساس روابط اجتماعی را پی‌ریزی میکنند^۲ .

حجیت قرآن

قرآن اساس دین اسلام بوده و لزوم تمسک و توجه بدان در خود کتاب تصریح گردیده است . تمسک به قرآن از ضروریات دین است و اثبات آن نیازمند به برهان نمی‌باشد . فقط این نکته به نظر می‌رسد که آیا در قرآن تکلیفی که با حکم دیگر منسوخ گردیده باشد وجود دارد یا نه ؟

بدیهی است روشن شدن این موضوع از نظر اینکه قرآن حجیت قاطع و عمل‌بان واجب است حائز اهمیت میباشد^۳ .

قرآن شامل احکام بسیاری است که مردم بآن مکلف‌اند و بطور خلاصه بشرح زیر است :

۱ - عبادات که فقط با نیت و بقصد قربت به پیشگاه الهی باید انجام یابد مانند احکام عبادی محض از قبیل نماز و روزه و یا احکامی که علاوه بر عبادت ، جنبه اجتماعی را نیز دارا است مانند زکوة ، حج ، امر بمعروف و نهی از منکر .

۱ - ان یسأ ینذیکم ویات بخلق جدید ،
«اگر بخواهد همه شمارا بدیارم فرستد و خلقی از تو برصه وجود آورده» .
سوره فاطر - آیه ۱

لنتدر قوماً ما اندر آباؤهم فهم غافلون .
« تا قومی را که پدرانشان بکتاب آسمانی پوشین و عطا و اندرز شدند باین قرآن پنددهم و از قهر حق بترسانی که ایشان سخت غافلند » .
سوره یس - آیه ۲

۲ - تفسیر طبری و جوامع الجامع طبرسی .
۳ - نسخ در قرآن واقع شده و مورد اتفاق فریقین است . کشف الاسرار و صحیح بخاری .
مسلم فی کتاب التفسیر و تفسیر الطبری .

۲ - احکامیکه وظائف افراد را در برابر فرد و اجتماع بیان میکند مانند وظائف مسلمانان برای دفاع از حدود اسلام ، احکام مربوط به تشکیل خانواده و حقوق زناشویی و طلاق و حفظ انساب و مواریث، احکام مربوط به عقد قراردادها و معاملات ، احکام مربوط به کیفر بزهکاریها و جرائم که تحت عنوان قصاص ، حدود و دیات بیان شده و سیاست نامیده میشود .

۲ - سنت

از نظر علمای عامه ، سنت عبارتست از مجموع گفتار و کردار و تقریر پیامبر اسلام ، لیکن فقهای امامیه سنت را مجموع گفتار و کردار و تقریر معصوم (پیامبر و دخترش فاطمه و علی بن ابیطالب و یازده فرزندش) میدانند . بموجب آیات عدیده قرآن ، حضرت محمد فرستاده خدا و مأمور تبلیغ احکام الهی میباشد .^۱ پیامبرگاهی با گفتار ، گاهی با کردار و زمانی هم با هر دو و یا از طریق تقریر ، بیان احکام فرموده است چنانکه آنحضرت عمل نماز را بجا آورده میفرماید: «سلوا كما رأیتونی اصلی» بنا بر این، سنت مجمل قرآن را تبیین و مطلق آنرا مقید میکند و برای حل مشکلات قرآن باید از سنت مدد گرفت . میتوان گفت که در سنت حکمی نیست مگر اینکه در قرآن نسبت بآن اشاره ای شده است . بطور کلی باید گفت سنت در صورت لزوم کیفیت عمل یا اسباب و شروط و لواحق مجمل قرآن را بیان میکند و در باره آن تفصیل میدهد . گاهی نیز با اجتهاد در معانی سنت ، میتوان با حکام پی برد .

فقهای عامه گفته اند در قرآن کریم مواردی از قیاس وجود دارد که بوسیله سنت بیان گردیده است برای مثال موارد زیر را ذکر کرده اند :

۱ - خداوند ربا را که در زمان جاهلیت رایج و عبارت بود از: تبدیل وام بوام بیشتر ، بموجب آیه : «قالوا انما البیع مثل الربا و احل الله البیع و حرم الربا» تحریم کرد.^۲
در عصر جاهلی هنگام فرارسیدن وقت پرداخت دین ، بدهکار به ستانکار میگفت : «ذنی فی الاجل حتی ازیدک فی المال»^۳ چون این نوع ربا تحریم گردید لذا پیامبر فرمود : ربای زمان جاهلیت نزد من مطرود است و آنچه از منافع را که در عوض هیچ چیز

۱ - یا ایها الرسول بلغنا انزل الیک من ربک - سوره مائده آیه ۷۱

۲ - سوره بقره ۲۷۶ ، میگویند فرقی میان بیع و ربا نیست و حال آنکه خداوند تجارت را حلال کرد و ربا را حرام .

۳ - کنز العرفان چاپ کتابخانه مرتضوی صفحه ۳۵ جلد دوم .

نباشد ملحق به ربافرمود ، بنابراین این معامله طلا به طلا ، نقره به نقره گندم و جو و خرما و نمک بمثل خود اگر زیادتی در آنها منظور گردد ، معامله ربوی میباشد ولی اگر معاوضه ب مساوی و نقد باشد ربا تحقق نمی یابد .

۲- جمع بین مادر و دختر و همچنین دو خواهر در نکاح طبق آیه : حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم و اخواتکم و عماتکم ... الخ حرام گردیده است .

براین قیاس جمع میان زوج با خواهرزاده و برادرزاده او تحریم شده است زیرا علتی که مانع جمع بین مادر و دختر و دوخواهر است در اینجا نیز وجود دارد . اما در فقه امامیه و حقوق مدنی ما در صورت موافقت زوج جمع او با خواهرزاده و برادرزاده او جایز است .^۲

۳- دیه نفس در قرآن بیان شده ولی دیه اعضاء معلوم نیست ، دیه اعضاء را حدیث متذکر گردیده است گویا در این مورد سنت از روی قیاس که علت آن در قرآن مذکور است این مطلب را روشن ساخته است . بدین طریق مقام سنت را نسبت بقرآن میتوان دریافت . البته قبول قیاس در مسائل فوق با توجه به عقاید امامیه خالی از اشکال نیست .

اصحاب پیامبر سنت را گاه بصورت جمعی و گاه انفرادی در میآفتند . پاره ای از سننها مانند نماز - حج - زکوة در حضور جمع کثیری از مؤمنان انجام مییافت . در این قبیل سنن ، کمتر خلاف بچشم میخورد ولی گاه سنت را يك یا دو نفر استفاضه میکردند و بخواطرمی سپردند ، چون در آن تاریخ بیسوادی عمومیت داشت ، لذا احادیث سینه بسینه بدون ضبط نقل میشد . فقط عده کمی از اصحاب ، اقوال حضرت رسول را مینوشتند . بنابراین اساس تشریح در این دوره ، قرآن بود که پیامبر وسیله گفتار و کردار و تقریر خود ، اجمال آنرا بیان میکرد و اصحاب ، آنرا یا حفظ میکردند و یا می نوشتند .

آیات قرآن در بیان احکام در حدود دو بست آیه است که تفسیر اکثر آنها را اصحاب از شخص پیامبر از طریق سنت درک نموده بودند ولی این تفسیر برخلاف آیات قرآن بکتابت در نیامده بود .

نظام خانواده: ازدواج و طلاق

۱- ازدواج - نظام خانواده از موضوعاتی است که در قرآن تشریح آن به تفصیل آمده است .

۱ - سوره نساء آیه ۲۳ وان تجمعوا بین الاختین ، برای شما ازدواج با مادر و دختر و خواهر و عمه و خاله و دختر برادر و دختر خواهر و مادران رضاعی و خواهران رضاعی و مادر زن و دختران زن که در دامن شما تربیت شده اند حرام شد . . . و نیز جمع بین دو خواهر ممنوع است .

۲- در حقوق جدید ما اجازه دادگاه هم لازم است .

قرآن پیوند زناشوئی را تشریح در آنرا میثاقی غلیظ نامیده است . درسوره نساء آمده است : « و اخذن منکم میثاقاً غلیظاً ^۱ » و در سوره نور در تشویق مردان و زنان بزناشوئی چنین بیان شده است :

« و انکحوا الایامی منکم و الصالحین من عبادکم و امامکم ان یکونوا قراء یفقهون الله من فضله والله واسع علیم ^۲ » :

نزد اعراب جاهلی حدی در عدد زوجات نبود . مردانی بودند که بیش از ۱۰ زن را در تزویج داشتند . قرآن این زیاده روی را تعدیل کرد و برای اینکه زنان از ستم و تبعیض مردان برکنار باشند گفت : و انکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع ^۳ . باید دانست اجازه تعدد زوجات مرد ، مشروط است بعدم خوف از بیعدالتی ^۴ که در نظر شارع مفسده است و این مفسده مصالح مبنای حکم را از میان بر میدارد . تعدد زوجات از قواعد اساسی اسلام است و از مباحاتی است که مکلف تا حدی که از دستورات الهی تجاوز نکند در عمل و انجام آن مختار است .

چنانکه نظام تشکیل خانواده در قرآن تشریح شده نظام جدائی نیز بیان و تنظیم گردیده است تا امر طلاق بصورت هرج و مرج نباشد و پیمان زناشوئی از تعرض محفوظ بماند .

۲ - طلاق : ۱- در مورد کراهت مرد از زن و بالعکس قرآن ، مرد را بمآل اندیشی بیشتر و دخالت ندادن خواهشهای زودگذر در امر زناشوئی ترغیب نموده است چنانکه گوید : « و عاشروهن بالمعروف فان کرهتموهن فعیس ان تکرهوا شیئاً ویجعل الله فیہ خیراً کثیراً ^۵ » . زن را نیز بمدارا و آشتی با شوهر خود تشویق میفرماید : « و ان امرأة خافت من بعلها نشوئاً او اعراضاً فلا جناح علیها ان یصلحا بینهما صلحاً ^۶ » .

۲ - امر به تحکیم و رجوع به داوری است هنگامیکه فساد و شقاق و ناسازگاری در بین

۱ - سوره نساء آیه ۲۱ .

۲ - سوره نور آیه ۳۲ . مردان بی زن و زنان بی شوهر را بنکاح یکدیگر در آورید...

۳ - سوره نساء آیه ۳ .

۴ - وان خفتن ان لاتمدلوا فواحدة ، و اگر بیم آن دارید که نتوانید همان زنان متعدد عدالت برقرار کنید پس تنها یک زن اختیار کنید.

۵ - سوره نساء آیه ۲۳ ، و با زنان خود در زندگی خوش رفتار باشید ... الخ

۶ - سوره نساء آیه ۱۲۷ و اگر زنی بیم آن داشت که شوهرش با وی بدسلوکی یا ازادوری کند

ناکی نیست که هر دو تن بر امصلاح و سازش باز آیند ...

باشد و در این باره گوید : « وان ختمت شقای بینهما فابعدوا حکماً من اهلها و حکماً من اهلها »^۱. این خطاب با اولیاء و بستگان طرفین است که به چاره‌جویی در کار آنان اقدام نمایند .

۳ - هرگاه چاره‌ای جز طلاق نباشد پس از تنفیذ او امر سابق و رعایت دستورات قبل از طلاق و تحقق طهر غیر موافقه در زن یعنی مدت پاکیزگی که در آن، مرد با همسر خود نزدیکی نکرده باشد امر به طلاق شده : « یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة »^۲.

۴ - در سوره طلاق امر شده باینکه زن در طول عده در خانه شوهر باقی بماند زیرا مطلقه مادام که در عده است همسر زوج خود محسوب می‌شود مگر آنکه خود موجب خروج خویش را از خانه شوهر فراموش کند چنانکه گویند : لا تخر جوهرن من بیوتهن ...^۳.

۵ - در مدتیکه زن در عده طلاق است شوهر میتواند با مطالعه کافی تصمیم به رجوع یا مفارقت بگیرد : « فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف »^۴.

تشریح احکام بوسیله رسول اکرم

تشریح احکام بوسیله پیامبر از طریق رسالت و فتوی و قضاوت و امامت انجام میشود . پیغمبر در امر « رسالت » فرستاده خداوند بود و در « فتوی » ، گفتار او اوامری بود که در نتیجه‌ی استنباط از احکام الهی صادر می‌فرمود مانند ابلاغ نماز و مناسک حج و امثال آن . اما داوریه‌های آن حضرت طبیعتی دیگر داشت زیرا در وظایف مربوط به رسالت و فتوی پیامبر اعلام‌کننده قواعد بود ، ولی در حکم او مجرد نبود و بر مبنای دلائل و قرائن کار قواعد را بر مصداق‌های خارجی آن اعمال میکرد و بهمین جهت می‌فرمود :

۱ - سوره نساء آیه ۳۵ ، چنانچه بیم آن دارد که بین زن و شوهر جدائی بعمل آید حکمی از خویشان مرد و حکمی از خویشان زن برگزینید تا آنها را آشتی دهند .

۲ - سوره طلاق آیه ۱ ، در اینجا امر ، متوجه طلاق است و این مطلب از گفتار آیه آشکار است زیرا عبارت : اذا طلقتم النساء دلیل بر جواز است و عده متفرع بر امر طلاق میباشد ، امر بطلاق نیز امر ارشادی است نه جویی و جمله ، جمله شرطی است .

۳ - سوره طلاق آیه ۱ ، و آنان را (تا زمانیکه در عده اند) از خانه بیرون نکنید .

۴ - سوره طلاق آیه ۲ ، آنکاه که مدت عده را بپایان رسانند باز باینکه کوئی نگاهشان دارد یا به خوش رفتاری رهایشان کنید .

۵ - نظره عامه فی تاریخ الفقه الاسلامی - دکتر علی حسن عبدالقادر .

« شما نزد من مخاصمه می‌کنید شاید برخی از شما نسبت بدیگری در حجت خود زبان آورتر باشد پس اگر چیزی را من از حق برادر مسلمانان برای برادر مسلمان دیگر قضاوت کردم نباید آنرا اخذ کنید زیرا آن قطعه‌ای از آتش است . »

اما انجام وظایف پیموائی (امامت) پیامبر با رهبری سیاست عمومی انجام می‌شد و آنچه را که پیامبر بطریق امامت انجام میداد برای دیگران اقدام بآن مجاز نبود مگر بدستور پیشوا و زمامدار^۱ . اما تصرف پیامبر بعنوان رسالت قانونی است که تا روز قیامت برای مردم مقرر است و پیروی هر حکم که پیامبر از جانب خداوند ابلاغ نموده بدون حکم حاکمی واجب و ضروری است .

اجتهاد پیامبر

هر گاه پیامبر در امری که در انتظارش بود باو وحی نمی‌رسید به رأی واجتهاد خود عمل میکرد .

متکلمین را در جواز اجتهاد پیامبر ، اختلاف است لیکن فقها را عقیده بر این است که اجتهاد رسول بمنزله وحی ثابت است زیرا رأی وی هرگز برخطا قرار نمیگیرد پس ناچار صواب است واجتهاد پیامبر برخلاف اجتهاد مجتهدان دیگر است^۲ . در کتب احادیث از این قبیل موارد بسیار است و از جمله اینکه پیامبر فرمود .

« انما اقضی بینکم برأیی فیما لم ینزل^۳ » یعنی در مواردیکه حکمی از جانب خداوند نازل نشده باشد من به رأی خود قضاوت میکنم . « اذا امرتکم بشی من رأیی فانما انا بشر^۴ » . اگر در مواردی شما را بر رأی خود امر کردم همانا من بشرم . « ان الرأی انما کان من رسول الله^۵ » . همانا رأی از جانب رسول خدا است .

انصار میگفتند ما رأی پیامبر را باو برمیگردانیم و آنرا نمی‌پذیرفتیم .

۱- باید دانست در نزد اهل تشیع پس از پیامبر اسلام، عترت او بعنوان جانشین رسول خدا بر ملت اسلام امامت دارند و مرجع فتوی و قضاء میباشدند . عترت پیامبر چنانکه قاطبه مسلمانان میدانند علی بن ابی طالب و یازده فرزند اوست .

۲- اگر اجتهاد را بمفهوم فتوی قبول کنیم یا فتوی را نتیجه و دنباله اجتهاد بدانیم رسول اکرم را اجتهادات بسیاری است که امروز زیر بنای قوانین حقوق اسلامی است و از آن جمله جواز بیع فضولی و قیم صفار کردن زن است .

۳- سنن ابی داود کتاب الاقضیه .

۴- صحیح مسلم کتاب فضائل الاعمال .

۵- سنن ابی داود کتاب الاقضیه .

مصادر تشریح در عصر پیامبر

از آنچه بیان شد معلوم میشود که مصادر تشریح در عصر پیامبر اولاً وحی بوده که آنهم ناظر به احتیاجات عمومی است.

ثانیاً چنانکه علماء توجه کرده اند چیزی بوده که بازگشت آن به وحی است مانند الهام قلبی که منتهی به اجتهاد پیامبر میشد. دیگر از منابع حقوق در این عهد عرف عرب بود که در مکه و مدینه رواج داشت. تردیدی نیست که عرف یکی از منابع حقوق اسلامی بشمار میرود زیرا اسلام آنچه را که بامبادی و آداب عمومی وی موافق بود ملحوظ و معتبر دانست و آنچه را که مخالف بود طرد کرد^۱. در تمام این موارد از لحاظ رسالت و اجتهاد، پیامبر، شارع یا قانونگذار است هر چند در حقیقت شارع آن خداوند بوده است. باید افزود که همه این قواعد الزام آورند و از حیث اعتبار با هم تفاوتی ندارند.

۱- منقول، عرفی و حقیقت عرفیه یکی از مباحث علم اصول است، فقهاء نیز توجه به عرف را خواه عرف غالب باشد یا عرف شایع یکی از ارکان حقوق اسلامی بشمار میاورند از آن جمله فروش جنس بوسیله پوما نه است یا دو جنس را ضمن و ضمن قرار دادن یا معاملات حال و موجل که همه از انواع دادوستدهای اعراب دوران جاهلی است و اسلام آنها را تأیید کرد. رجوع شود به: لعمه - شرایع و سایر کتب فقهی.