

فهرست مطالب

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
	مقدمه مترجم
یک	عوامل پویایی و تحرک در حقوق اسلام و قانونگذاری تطبیقی
دو	قوانین و شرایط از جمله امور اعتباریند
پنج	بحشی در تطور و تکامل قوانین
دوازده	گفت و گو پیرامون عوامل مؤثر در پویایی حقوق اسلام
سیزده	احکام و عناوین ثانویه
پانزده	قاعده لاضرر
بیست	قاعده عمومی نفی حرج
بیست و دو	ضرورت و نیاز
بیست و چهار	عرف و عادت
	نوآوریهای قانون مجازات اسلامی
سی و پنج	(کتاب پنجم - تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده)
	گفت و گو در برخی از مسائل مستحدث
سی و شش	خسارت معنوی
سی و هشت	راه جبران و تدارک خسارت معنوی
چهل و چهار	موقعیت امر در حقوق اسلام
	بحث در چند نظریه حقوقی
چهل و هفت	(حقوق تطبیقی) تئوری خطاء
چهل و نه	تئوری خطر
پنجاه	نظریه دارا شدن بدون مسبب
پنجاه و دو	ادله عقلیه

(الف)

صفحه

عنوان

پنجاه و چهار

اصول عقليه يا عمليه

پنجاه و هفت

اصل برائت

پنجاه و هشت

جريان اصل برائت

شصت

اصل احتياط (اشتغال)

شصت و يك

اصل تخير

شصت و دو

اصل استصحاب

شصت و دو

شرايط استصحاب

شصت و سه

مجراى استصحاب

شصت و چهار

حجيت استصحاب

۱

مقدمه مؤلف بر طبع دوم

۲

مقدمه مؤلف بر طبع اول

باب اول - علم فقه و تقسيمات آن

۵

انسان، مدنى سرشت است

۸

معنى قانون

۱۰

علم اصول و حكم شرعى

۱۳

علم فقه

۱۴

فقه اسلامى ، مجموعه قواعد دينى و حقوقى است

۱۵

تقسيم علم فقه

۱۷

تقسيمات قوانين جديد

(ب)

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
-	باب دوم - نظری به تاریخ
۱۹	فصل اول : دوره های قانونگذاری
۱۹	عصر جاهلیت
۲۰	عصر پیامبر (ص)
۲۱	عصر خلفاء راشدین و امویان
۲۳	عصر طلایی عباسی
۲۴	عصر انحطاط و تقلید
۲۴	عصر نهضت
۲۵	روش فقه اسلامی
	فصل دوم : مذهب حنفی
۲۹	پیشوای بزرگ (امام اعظم)
۳۱	یاران ابوحنیفه و کتابهای «ظاهرالروایه»
۳۴	مؤلفات شاگردان و متأخران
۳۶	انتشار مذهب حنفی
	فصل سوم : مذهب مالکی
۳۸	پیشوای مدینه
۴۰	شاگردان و پیروان مالک
	فصل چهارم : مذهب شافعی
۴۲	امام شافعی
۴۳	تألیفات او
۴۴	شاگردان و تابعان او

(ب)

صفحه

عنوان

۴۷	فصل پنجم : مذهب حنبلی امام و شاگردانش
۵۰	انتشار مذهب و جنبش وهابیه
۵۲	فصل ششم : مذاهب از میان رفته سنجان اهم این مذاهب
۵۲	مذهب اوزاعی
۵۳	مذهب ظاهری
۵۵	مذهب تبیری
۵۶	فصل هفتم : مذاهب شیعه اهل تشیع
۵۷	شیعه امامیه
۶۰	شیعه زیدیه
۶۱	شیعه اسمعیلیه
۶۳	فصل هشتم : قوانین عثمانی و مجله احکام عدلیه فکر تدوین قانون رسمی
۶۴	کوششهای ابن مقفع و ابوجعفر منصور
۶۶	فتاوی هندی
۶۶	قوانین عثمانی
۶۷	مجله احکام عدلیه
۶۹	محتویات مجله
۷۲	شرحهای مجله

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
	فصل نهم : سیر و تطور قانونگذاری در کشورهای شرقی
۷۵	مجله در روزگار ما
۷۶	پاکستان و هند
۸۰	مصر
۸۷	ترکیه
۸۹	جمهوری لبنان
۹۶	سوریه
	فصل دهم : نظری به تاریخ قوانین اروپایی
۱۰۰	قانون روم
۱۰۲	قانون ناپلئون
۱۰۳	سویس و آلمان
۱۰۴	انگلستان و آمریکا
	باب سوم - منابع حقوق اسلامی
۱۰۸	فصل اول : ادله شرعی
۱۰۹	علماء اصول
۱۱۰	نسخ در کتاب و سنت
	فصل دوم : کتاب
۱۱۴	تنزیل قرآن کریم
۱۱۵	گردآوری و تفسیر قرآن
۱۱۷	ترجمه معانی قرآن کریم

(ث)

صفحه

عنوان

۱۲۱	فصل سوم : سنت
۱۲۲	نگارش حدیث
۱۲۴	مسائید و مصنفات
۱۲۵	سنجش صحت و سقم حدیث
۱۲۷	روایت حدیث
	احادیث ساختگی
	فصل چهارم : اجماع
۱۳۰	ادله اجماع
۱۳۱	معنی اجماع و شروط آن
	فصل پنجم : قیاس
۱۳۴	معنی قیاس
۱۳۶	ادله قیاس
۱۳۹	ارکان قیاس و شروط آن
	فصل ششم : ادله شرعی دیگر
۱۴۲	انصاف و خیر مطلق
۱۴۴	استحسان
۱۴۷	مصالح مرسله
۱۵۰	استدلال و استصحاب حال
۱۵۳	شرایع قدیم
	فصل هفتم : اجتهاد
۱۵۴	اجتهاد و تقلید
۱۵۶	مجتهد کیست

(ج)

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۵۷	دلایل وجوب اجتهاد
۱۶۱	چه وقت تقلید جائز است
۱۶۳	گفتار صعوبت
۱۶۴	اجتهاد در دادگاه امروزی
۱۶۵	اجتهاد در مجله
۱۶۶	اجتهاد در حقوق رومیان
باب چهارم - منابع خارجی قانونگذاری	
فصل اول : تحول قوانین	
۱۶۹	مصادر خارجی
۱۷۰	هدفهای شریعت
۱۷۱	مبدأ تحول قوانین
۱۷۳	منالهایی از تغییرات حاصل در احکام و اجتهادات
۱۷۴	تغییر در نص
۱۷۶	رویه‌ها و پیشینه‌های عمرین خطاب
۱۸۱	رویه‌های برخی از خلفاء دیگر
۱۸۲	ابویوسف حنفی
۱۸۴	قرافی مالکی
۱۸۵	طوفی حنبلی
۱۸۷	خلاصه
فصل دوم : حمله‌های شرعی	
۱۹۱	نگاهی به تاریخ

صفحه

عنوان

۱۹۲	حقوق اسلام
۱۹۳	حیلة قانونی در مذاهب حنفی و شافعی
۱۹۶	نظریه مذاهب دیگر اسلامی
۱۹۹	خلاصه
	فصل سوم: قوانین موضوعه
۲۰۲	جواز قانونگذاری توسط حکومت
۲۰۳	جنبه‌های قانونگذاری
۲۰۵	حدود اختیار خلیفه در قانونگذاری
	فصل چهارم: عرف و عادات
۲۰۸	عادت به صورت عمومی
۲۱۰	اثر عادت در قانونگذاری اسلام
۲۱۱	اثر عادت در احکام فرعی
۲۱۳	شرطهای عادت
۲۱۵	نمونه‌هایی از تحکیم عادات
	فصل پنجم: رابطه قوانین اسلام با قوانین روم
۲۱۸	نظریات گوناگون
۲۲۰	اندازه مشابهت این دو شریعت
۲۲۳	تشابه، به خودی خود تا چه اندازه ارزش دارد؟
۲۲۷	فقیهان اسلام و قانون روم
۲۲۷	ارتباط با قانون یهود
۲۲۹	عادات رومی در کشورهای مفتوحه
۲۳۱	خلاصه

	باب پنجم - پاره‌ای از قاعده‌های کلی
	فصل اول: معلومات عمومی
۲۳۲	قاعده کلی
۲۳۴	اشباه و نظایر
۲۳۶	تعریف قواعد کلی و فایده آن
	فصل دوم: ضرورت و نیازمندی
۲۳۹	هر سختی، آسانی می‌آورد
۲۴۱	ضرورتها، موانع قانونی را از میان می‌برند
۲۴۳	محدودیت‌های این قاعده
۲۴۵	مسأله ضمان
۲۴۶	ترجیح به هنگام تعارض مصالح
	فصل سوم: قصد در اعمال
۲۵۰	کارها به قصد و نیت بستگی دارد
۲۵۲	نیت و ظاهر
۲۵۴	حقیقت و مجاز
۲۵۶	تصریح و دلالت
۲۵۸	مطلق و مقید
۲۵۹	ارتباط سخن
۲۶۱	سبک و سیاق سخن
	فصل چهارم: اصول عمومی اثبات دعوی
	بند اول: لزوم اثبات
۲۶۳	اهدیت اثبات

صفحه

عنوان

۲۶۶	بار اثبات به دوش کیست؟
۲۶۹	ترجیح دلایل
۲۷۳	بند دوم : اقرار
۲۷۴	اثر اقرار
۲۷۴	آیا اقرار تجزیه پذیر است؟
۲۷۸	بند سوم : بینة شخصی
۲۷۹	خدا پذیرش این دلیل
۲۸۲	مراتب گواهی
۲۸۵	گواهی زنان
۲۹۰	گواهی یک مرد
۲۹۱	شروط عدالت
۲۹۲	سوگند گواه
۲۹۴	تواتر
۲۹۷	ارزیابی گواهی
۲۹۹	دفاع متقابل
۳۰۰	بند چهارم : سوگند
۳۰۲	پیشنهاد سوگند
۳۰۴	سوگند خوانده
۳۰۵	نکول خوانده و برگرداندن سوگند
	به کار بردن سوگند
	سوگند خواهی دادرس
	بند پنجم : دلایل دیگر

صفحه	عنوان
۳۰۸	بیته کتبی
۳۱۰	قرینه قطعی
۳۱۱	تناقض
۳۱۶	فصل پنجم : قواعد عمومی دیگر فرع از اصل پیروی می کند
۳۱۹	ابتداء و بقاء
۳۲۰	غرامت بر عهده استفاده کننده است
۳۲۲	اثر نهی قانونی
۳۲۳	تعارض مقتضی و مانع
۳۲۴	تغییر سبب ملک
۳۲۵	استعجال
۳۲۶	قواعد دیگر کتابشناسی
	مهمترین منابع و مناخذ کتاب
۳۳۲	۱ - قرآن کریم
۳۳۳	۲ - سنت
۳۳۴	۳ - علم اصول
۳۳۵	۴ - فقه حنفی
۳۳۷	۵ - فقه مالکی
۳۳۷	۶ - فقه شافعی
۳۳۸	۷ - فقه حنبلی
۳۳۹	۸ - مناخذ دیگر از مذاهب سنی

صفحه

۳۳۹

۳۴۰

۳۴۱

۳۴۴

۳۴۷

عنوان

۹- کتابهای شیعه در فقه و اصول

۱۰- تاریخ فقه و طبقات فقهاء

۱۱- کتابهای عربی دیگر

کتابشناسی لاتینی

فهرست اعلام

مقدمه مترجم

عوامل پویایی و تحرک در حقوق اسلام

و

قانونگذاری تطبیقی

هستی چیست و چرا بشر نمی تواند به کنه آن دست یابد؟ شعاع خرد انسان تا چه اندازه می تواند به سوی نوارهای مرکزی آن پیشرفت کند؟ می گویند اثرها از آن نشأت می گیرند و نبود در برابرش طرد می شود. آیا ما می توانیم آثار وجود را مطابق واقع دریابیم، یا آنچه بر ادراکات ما سایه می افکند چیزی است مخصوص به خود؟ مسأله نخست که حدود دانش انسان است و مسأله دوم که ارزش آن را بر واقعیت های موجود نمایان می سازد، فلسفه عصر جدید را گرفتار خود کرده است.

آنچه می اندیشم، مطلق نیستی واقعیت ندارد و آن مفهومی است که ذهن انسان از مفهوم هستی انتزاع می کند. والا به هر جای جهان پا بگذاری؛ هستی سرسپرده و مفهوم عدم، میان ماهیات و نمودهای هستی به نسبت پراکنده شده است که آن نیز مانند «هستی» در قالب توصیف نمی گنجد.

جلوه های هستی در عالم تکوین فراوانند؛ وجود فیض بخش لایزال توانا، کهکشان های شگفت انگیز، آفتابهای برتافته از آتش بافته، ستارگان بی شمار و این تیره خاکدان که زمین نامیده شده است با همه عجایب و شگفتیهای خود، موجود و متجلی است و میدان جولان و جریان فلسفه و علوم را به وجود آورده است.

مطالب مذکور از موضوع بحث ما بیرون هستند. همین قدر هم که نگارش یافت زیاده می نماید و ناگزیر استطراداً به میان کشیده شد. باید به دنیای تشریح و قانونگذاری دامن

کشیم و توجه کنیم که «بود» و «نمود» در این عالم چگونه است و مفهوم «نبود» به چه صورت مطرح می‌شود.

قوانین و شرایع از جمله امور اعتباریند

اجتماع بشری را به دریایی می‌توان مانند نمود که اعتبارات و فرضیات مانند امواج پریهاهو سطح آن را پوشانده، بر آن غلطان است. رژیم کشوری اعم از جمهوری یا پادشاهی، اثنائی یا پارلمانی، دولت، ملیت، رسوم و عادات و آداب و اخلاق و شیوه‌های حیاتی و مقامهایی که چرخهای کشور را به گردش در می‌آورند؛ همه مرکوز و معتبر در ذهن انسان بوده، عاده چنان در عقل آدمی ریشه دوانیده و با خرد انسان آمیخته و عجین شده‌اند که در نظر، مستقلاً به صورت واقعتهای موجود جلوه می‌کنند. چه کسی تصور می‌کند که اسکناسهایی که در جیب دارد کاغذ پاره‌ای بیش نیستند، یا اعیادی که در جامعه گرفته می‌شود و رسومی که جاری می‌گردد و مقامات و پست‌های پرزرق و برق و مناصب اجتماعی و روابطی که هر کس با کسان دیگر و یا با اموال و اشیاء دارد؛ فقط اعتبار ذهنی و حقوقی می‌باشد؟ به راستی که تار و پود جامعه بشری با اعتبارات تنیده شده است و قانونها و قرارهایی که آمرانه و حاکمانه و یا به طور تغییر، حدود کارها و یا روابط انسانها را با یکدیگر و یا اموال و املاک و حکومتها و سایر دستگاههای اجتماعی تعیین می‌کند؛ یک سلسله اعتبارات ذهنی و عقلی می‌باشد. واقعیت عبارت از بود یا نمودی است که اصالت داشته، دارای آثار و خواص ذاتی باشد و با تغییر شکل و صورت از میان نرود. (۱) و اما اعتبار بر دو نوع است: نوعی پندار محض است که نه حقیقتی دارد و نه منشأ انتزاع بیرونی. این نوع اعتبارات نزد ارباب خرد به اعتبارات «نیش غولی» معروف گشته است. فی‌المثل:

۱ - البته اینکه بود اصل است یا نمود و به اصطلاح حکماء، وجود اصالت دارد یا ماهیت، مورد

بحث حکیمان الهی بوده، مطلب دیگری است غیر از بحث فعلی ما.

انسان در ذهن خود غولی تصور می‌کند با هیکل بسیار درشت و شگفت‌انگیز و دارای اعضاء و خصوصیات عجیب. و یا اگر بخواهیم مثال اجتماعی بزنیم: ما مردم ایران برای روز «سیزدهم فروردین» نحوستی پنداشته‌ایم و همه ساله به منظور به در بردن و بدرود گفتن این نحوست پنداری، اکثر افراد جامعه سر به دشت و بیابان و باغها و چمنزارها نهاده، به گردش و تفریح می‌پردازند...

چنانچه به دقت تحقیق شود؛ هزاران نمونه از این گونه اعتبارات در اجتماعات انسانی بوده و هست و این اعتبارات دارای ماهیت ذهنی بوده، عاری از وجود حقیقتند. نوع دیگر اعتباراتی هستند که دارای منشأ انتزاع خارجی و واقعی می‌باشند^(۱) مانند:

۱ - خوبی آیه الله العظمی سید ابوالقاسم، اجود التقویات، (تقریرات اصول میرزای نائینی) حصص ۳۸۱ به بعد: «لأنَّ الموجود اما ان یکون موجوداً فی العین او فی عالم الاعتبار. و علی کل منهما فاما ان یکون من الموجودات المتناصلة او الانتزاعية. فتکون الاقسام اربعة: الاول...» که از آن به طور خلاصه چنین استفاده می‌شود که موجود بر دو قسم است: صینی و اعتباری و هر یک از این دو، یا اصالت ذاتی دارد یا انتزاعی می‌باشد. پس چهار قسم پدید می‌آید: نخست موجودی که از اصیان خارجی می‌باشد، مانند جوهرها و عرض‌هایی که به جوهرها قار و قائم است که آنها را در اصطلاح فلسفه «مقوله» خوانند. دوم موجودی که از قسم اول انتزاع یافته است؛ خواه این انتزاع از جوهر باشد مانند: هلیت و غیر آن، خواه از عرض مانند: فوقیت، تحتیت، قبلیت و بعدیت. سوم موجودی که در عالم اعتبار اصالت دارد مانند: وجوب، حرمت، مالکیت، زوجیت و غیر آنها. و فرق این قسم با قسم دوم آن است که این قسم در ذات خود موجود است؛ منتهی ظرف وجودش در عالم اعتبار است نه عالم خارج. ولی قسم دوم، ظرف وجودش در عالم خارج است و از آن ظرف خارجی انتزاع یافته است، بدون اینکه اصالت ذاتی داشته باشد. چهارم موجود انتزاعی از عالم اعتبار است. مانند: سببیت برای ملکیت و امثال آن که آنچه در عالم اعتبار مستأصل است، همان مالکیت است و سببیت چیزی نیست جز آنچه از ملکیت منتزع می‌شود. ←

- ۱- فردیت و زوجیت (یکتایی و سه‌تایی - دوتایی و چهارتایی و مانند آنها) از مصادیق اعداد.
 - ۲- ابوت، بنوت، اخوت و زوجیت، به معنی زناشویی؛ از وجود و حقیقت انسانی.
 - ۳- علیت، معلولیت، اولیت، آخریت، اولویت، مالکیت و مانند آنها از حوادث عالم خارجی و امور طبیعی.
 - ۴- وجوب، حرمت و اباحه و دیگر احکام تکلیفی و نیز احکام وضعی مانند: سببیت، مانعیت، علامتیت، علت، رخصت، عزیمت، و غیره که از اوامر و نواهی و مقررات مخیره شارع و کفرهای قراردادی و سایر قوانین که از واقعیت‌های ارادی معین جلوه‌گرند.
 - ۵- اخلاق و عرف و عادات‌های معقول (نه پنداری و نیش غولی) که از افعال و اعمال اجتماعی و انسانی مردم، نشأت گرفته و پدیدار شده‌اند...
- چنانچه در منشأ امر اعتباری تغییری به هم رسد؛ امر مذکور نیز دگرگون می‌شود. خصوصاً دو قسم اعتبارات اخیرالذکر که منشأ اجتماعی دارند؛ دائماً از تحولات اجتماعی و پیشرفت مدنیت انسانی، متأثرند و دستخوش تغییر.

حقوق مزبور در قسمت سوم و بالتبجه چهارم، دور از دقت به نظر می‌رسد؛ زیرا آنچه صرفاً در عالم اعتبار ایجاب شود، جز اعتبار نیش غولی که در متن مذکور افتاد، چیز دیگری نخواهد بود و باید دانست که مفهوم وجوب از امر قانونگذار و حرمت از نهی او و ملکیت از ملک و زوجیت از رابطه زناشویی انتزاع یافته است و هیچ‌گونه فرقی میان آنها و علیت یا فوقیت یا قبلیت که در مورد قسم دوم به عنوان مثال آورده شده است، وجود ندارد و کلیه قوانین و شرایع از جمله اعتباراتی هستند که دارای منشأ انتزاع خارجی می‌باشند و قسم چهارم نیز دو اعتبار بسیط است که دارای منشأ انتزاع خارجی بوده و در عالم اعتبار با هم ترکیب یافته‌اند.

(چهار)

بختی در تطور و تکامل قوانین

فیلسوف شهیر خواجه نصیرالدین توسی در کتاب اخلاق ناصری چنین اشارت و افاضت می‌کند: مساعی و افعالی که انسان در ساحت حیات فردی یا اجتماعی انجام می‌دهد، هر کدام را اثر و حکمی است که حدود آن را حقوق و قوانین تعیین می‌کند و این حقوق و قوانین، یا بر وضع مبتنی است یا بر طبع. سبب وضع، یا اتفاق و روش جماعتی است که منشأ رسوم و عادات و آداب است و یا نهادن قانون به وسیله قانونگذاری که آن سرچشمه شئون تحقیقی انسانیت از جهت شخص، مربوط به اخلاق و از جهت ارتباط با خداوند، مربوط به عبادات و از جهت ارتباط با مردم، مربوط به عقود و ایقاعات و قواعد کیفری است. و اما چون هر دو جنس اعمال (عرف و قانون) وضعی می‌باشند؛ به تقلب احوال و تقلب رجال و تطاول روزگار و تفاوت ادوار و تبدل ملل و دول، دستخوش تغییر و حرکت می‌شوند...

این گفتار در عین حال که از رفعت منزلت و آزاداندیشی گوینده‌اش حکایت دارد، در برابر نظریه پردازان افراطی و متعصب و کسانی که با افکار بسته و بارد سخن گفته‌اند ... حقیقتی را نمایان ساخته است. چه، گروهی از علماء که به ظاهر امور بیشتر توجه دارند؛ قوانین اجتماعی را کامل و بی‌نقص می‌دانند و در این زمینه حتی وحی الهی و آیات آسمانی را مورد استناد قرار می‌دهند و چنین می‌گویند که مبدأ عالم، کمال مطلق است و قدیم؛ لذا قبول حرکت و تغییر نمی‌کند. به همین لحاظ قوانین صادر از طرف او نیز اطلاق خود را از لحاظ کمال حفظ کرده، ابدی و سرمدی است... این علماء، نسخ قانون را نیز (چه کلی و چه جزئی) نمی‌پذیرند و برای اثبات امر، به جز ادله نقلی به ادله عقلی نیز چنگ می‌زنند. بدین معنی که موضوعات احکام، دارای محاسن و مقایح ذاتی است و احکام صادر، تابع همان حسن و قبح ذاتی و ثابت بوده، لایتغیرند.

اما حقیقت، از این گفتارها برکنار است و در مقام انصاف و واقع‌بینی باید پذیرفت که قانون، مولود و موجود نیازهای اجتماعی است و هر قانونی تحت شرایط معینی به وجود

(پنج)

می‌آید و همین که آن شرایط از میان رفت، آن قانون نیز به راه زوال و به رسم نابودی می‌رود. بسیاری از قوانین نسبت به قدرتی که از لحاظ انطباق با مبانی خود دارند عمر می‌کنند و بالاخره قسمتی از قوانین، سالب به انتفاء موضوع می‌شوند... فی‌المثل وقتی بشر، تنها کوچه‌ای ساخته بود، طبعاً نمی‌توانست برای خیابان و شهر قانون وضع کند. و وقتی کوچه به خیابان مبدل گردید و بلوار و میدان و فلکه و پل هوایی و بزرگراه ساخته شد؛ قهراً قانون مربوط به کوچه نسبت به پدیده‌های نوین موضوع خود را از دست داد و این مطلب در تاریخ حقوق از مسلمات است. وانگهی یکی از قواعد ثابت جهان «اصل حرکت تکاملی» است؛ بدین معنی که تمام جهان از ثری تا ثریا، از قعر زمین تا اوج فلک و از سنگ و گیاه و جانور... همه در حال حرکت و تحول و تکامل تدریجی هستند و چون اجتماعات بشری و اندیشه‌های موج انسانی، جزئی از این عالم محسوب می‌شوند؛ بنابراین در جنبه‌ی اصل مذکور محاطند و اجتماع متحول را با قانون ثابت نمی‌توان اداره نمود و قانون ثابت یا باید تکامل طبیعی اجتماع را متوقف کند و یا ضمانت اجرایی خود را از دست بدهد و سد البته شق دوم مستبعد نیست. بنابراین کسانی که گفته‌اند قوانین اجتماعی لایتنیرند، سخنی به جا نگفته‌اند. آیا آنان نمی‌دانند که هر قانونگذاری، قوانین خویش را براساس عرفهای زمان خطاب خود وضع می‌کند و این روابط گوناگون حقوقی را از نکاح و طلاق و بیع و صلح و اجاره و حضانت... مردمان، پیش از آن قانونگذار دارا بوده‌اند و قانونگذار خود نیز ساخته و پرداخته و مصنوع و محصول جامعه انسانی است؟

امام الکبیر الشیخ احمد معروف به شاه ولی‌الله صاحب حجة‌الله‌البالغه چنین می‌گوید:

«... ولهذا المعنى اختلفت شرائع الانبياء... والراسخ في العلم يعلم ان الشرع لم يبعث في النكاح والطلاق والمعاملات والزينة واللباس والقضاء والحدود وقسمة الغنمة، بما لم يكن لهم به علم، او يترددوا فيه اذا كلفوا به، نعم انما وقع اقامة المعوج و

تصحیح السقیم...» (۱)

یعنی اشخاصی که در دانش، آزموده و پخته‌اند؛ سبب اختلاف شرایع را می‌دانند که شریعت در ازدواج و طلاق و معاملات و آرایش و پوشاک و دادرسی و قوانین کیفری و تقسیم غنایم چیزی از خود نیاورده که مورد بی‌خبری یا تردید مردم باشد؛ بلکه شریعت در ترمیم خرابی‌ها و راست کردن کجی‌ها کوشیده است.

و هم او می‌نویسد: «... فکذلک يعتبر فی الشرائع علوم مخزونة فی القوم و اعتقادات کامنة فیهم و عادات تجاری فیهم... و لذلک نزل تحریم لحوم الابل و البانها علی بنی اسرائیل دون بنی اسماعیل و لذلک کان الطیب و الخبیث فی المسطاعم مفوضاً الی عادات العرب، و لذلک حرمت بنات الاخت علینا دون الیهود...» (۲) همچنین دانشها و اعتقادات و آدابی که میان قومی موجود و جاری باشد؛ مورد احترام و اعتبار شریعت قرار می‌گیرد. این است که گوشت و شیر شتر بر بنی اسرائیل حرام است و نه بر بنی اسماعیل و تمییز خوراکی‌های پاک و ناپاک بر عادات عرب و گذار شده است و ازدواج با دختر خواهر در دین ما به خلاف دین یهود حرام است.

و دانشمند نام برده پس از بررسی‌های دقیق در اصول تشریح چنین اعلام می‌دارد:
«... و لا الی ان ینظر ما عند کل قوم، و یمارس کلا منهم، فیجعل لکل شریعة... فلاحسن و لأیسر من ان یتبر فی الشعائر و الحدود... و الارتفاقات عادة قومه المبعوث فیهم، و لا یضیق کل التضییق علی الآخین الذین یأتون بعد...» (۳)

یعنی برای هر قانونگذار، امکان آن نیست که در آداب و رسوم هر قوم و جماعتی توجه و تفحص کند و برای هر کدام قوانین جداگانه وضع نماید. بنابراین بهتر و آسانتر از این

۱ - دهلوی شاه ولی‌الله، حجة‌الله‌المالعة، قاهره، دارالکتب الحدیثه و بغداد، مکتبه

۲ - همان‌جا، ص ۱۸۹.

المثنی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۲۰.

۳ - همان‌جا، ص ۲۴۸.

نمی‌شود که هر پیشوا شعائر و امور و حدود و عادات مردمی را مراعات کند که میان ایشان برانگیخته شده است. در عین حال نباید در مورد شریعت موضوعه فعلی بر نسل‌های آینده سخت‌گیری شود».

میرفتاح مراغی، فقیه متأخر امامیه در زمینه مطالب مذکور سخنان شیوایی می‌آورد که خلاصه ترجمه آن چنین است: «شکی نیست که معاملات، اموری است که برای زندگی ضرورت دارد و از مخترعات شرع به شمار نمی‌آید و شکی نیست که نقل و انتقال اعیان و منافع اموال، چه در برابر عوض و چه بدون عوض، مورد احتیاج مردم است. مردم به شرکت و استیفای منافع و امانت سپردن و نمایندگی از یکدیگر و ازدواج و امثال آن احتیاج دارند و از همین امور، بیع و صلح و هبه و اجاره و عاریه و وکالت و شرکت و مضاربه و نکاح و مزارعه و مساقات و جماله و عقود دیگر به وجود می‌آید و نیز روشن است که این جمله از امور متداول بین مردم می‌باشد که اشخاص مختلف به انواع مختلف آنها را عمل می‌کنند. حتی در میان مردم معاملاتی متداول است که در هیچ یک از این عقود معینه در فقه داخل نمی‌شود و مردم این معاملات را به مقتضای احتیاجات خود انجام می‌دهند. از این معاملات، برخی را می‌توان در ذیل یکی از عقود معینه جای داد و برخی دیگر را نه. و چون این امور در زمان شارع نیز متداول بوده است؛ هرگاه حرام یا مشکوک می‌بود؛ می‌بایستی شارع آنها را نهی کرده باشد؛ در صورتی که تقریر شارع، دلالت بر صحت آن و امضای شارع دارد...»^(۱).

فقیه معاصر، آقا سید صادق روحانی نیز در جلد اول کتاب خود «المسائل المستحدثة» در مقام توجیه مراتب مذکور برآمده و تخصیص آیه «او فوا بالعقود» را به عقود و تمهیدات

۱ - مؤلف دکتر محمدعلی، محترم حقوق مدنی، تهران، مدرسه عالی حسابداری و علوم مالی، چاپ دوم، ۱۳۵۲، صص ۲۱۵ و ۲۱۶، پاورقی به نقل از: کتاب عناوین مراغی، تحت عنوان: فی بیان اصالة الصحة فی العقود.

متعارف در زمان شارع بی وجه می‌داند. چه، آیات مربوط به تشریح، متضمن حکم دائمی و مستمر در زمان است و این گونه احکام، مانند قضایای حقیقتی منطقی است^(۱). باید دانست که بسیاری از قوانین در ابتداء امر به صورت عرف متبلور شده و در جریان عادت و عمل مردم قرار گرفته و سپس به وسیله قانونگذار، امضاء و تقریر یافته است. و قسمتی نیز مرتجلاً تأسیس یافته و مستقیماً وضع شده است. و ناگفته نماند که پایه قرار گرفتن عرفهای مردم بر قوانین امضائی، دلیل این نیست که کلیه امور جاری موجود در زمان پیشین قانونگذار عیناً به زمان پسین او انتقال یابد. چه، اگر چنین بود اساس تشریح بیهوده می‌نمود. بنابراین قانونگذار از نظر قانونگذاری و سنجش مصالح و مفاسد اجتماعی، عرفهای زمان خود را از صافی قواعد عقیدتی و اصولی که از روند بالا گرفتن سطح زندگی و تعالیات فکری و مقتضیات جدید اجتماعی به دست آمده است، می‌گذراند. و آنچه را که مناسب دریافت، تنفیذ می‌کند و غیر آن را واپس می‌زند. به توضیح دیگر، قانونگذار خردمند و علاقه‌مند به امور اجتماع، نخست یک سلسله اصول اساسی به منظور اداره اجتماع فراهم می‌آورد؛ سپس اعمال مردم را با آن اصول می‌سنجد. هر عرفی که شاهین ترازو را به سوی عدل و حق و نظم میل داد، پذیرفته می‌گردد و هر چه غیر از این بود، وازده می‌شود. مثلاً یکی از اصول اساسی زندگی در اسلام بالا بردن مقام قاطبه زنان است در اجتماع. بنابراین قانونگذار اسلام امر نکاح را که سابقاً فقط جنبه مادی و معاوضی داشت در راه صحیحی انداخت و چون نمی‌خواست سازمان عرفی مردم را به کلی سرنگون کند که لزومی هم نداشت، برای امر ازدواج دوجنبه قائل شد: یکی جنبه مادی و مالی که از این لحاظ مانند یک عقد معاوضی است که عوضین آن در اصطلاح فقهی (بضع و مهر)

۱- همان اثر، همان جا: «تخصیصها (آیه‌الوفاء) بالمهود والعقود التي كانت متعارفة فی زمن صدرها بلاوجه بعد كونها متضمنة لبیان الحكم الخالد الباقی فی جمیع الاعداد وكونها من قبیل القضايا الحقیقیة».

خوانده می‌شوند. به طوری که در کتابهای حقوقی آمده است که کابین زن تابع قوانین آمره نیست؛ بلکه در اختیار طرفین است و به هر کم و کیفی که بخواهند تعیین می‌کنند و می‌توانند در حین عقد گفت و گویی از کابین نکنند و بعداً آن را تعیین کنند و یا این که مهرالمثل تعلق گیرد... و یا نکاح را بدون مهر اعلام دارند که آن را در اصطلاح فقهی مفوضه البضع گویند. و نیز زن می‌تواند مهر خود را به شوهر ببخشد و یا تعیین آن را در اختیار شوهر گذارد که آن یکی از اقسام مفوضه المهر در لسان فقیهان است. دیگر جنبه عالی اجتماعی ازدواج است که تابع مقررات آمره بوده، هیچکس نمی‌تواند خلاف آن رفتار کند یا حین عقد شرط فسخی قرار دهد. روی این اصل، شارع مقدس اسلام نکاح شغار را که از عرفهای مردم آن زمان بود، منسوخ داشت^(۱).

اگر کسی به دقت در قواعد ارث و سهام مفروض در قرآن و نظام معاملات و منع ربا غور کند، بی‌گمان توجه خواهد یافت که تا چه اندازه جنبه‌های اقتصادی و اجتماعی و انسانی در آنها ملاحظه شده و چگونه عرف و عمل پیشینیان زیر و رو گردیده است. غرض از بیان مراتب، رسانیدن این معنی است که ابرام عرفها و عادات جاری با جرح و تعدیلی که از نظر تکامل قهری انسانیت و رعایت رفاه جامعه مترقی معمول می‌گردد، یکی از اصول تشریح می‌باشد و اجتماعات متحرک و پرتقلای بشری را هرگز نمی‌توان با قوانین

۱ - نکاح شغار این است که نکاح زنی را مهر زن دیگری قرار دهند و به قول علامه: «نکاح شغار باطل و هو جعل نکاح امرأة مهر الاخری» مثلاً دو نفر که هر کدام به یک پسر و یک دختر ولایت یا وکالت دارند، یکی از آن دو بگوید: تزویج کردم این دختر را به پسر تو به مهری که آن مهر تزویج تو است دختر خود را به پسر من. یا کسی با دختر مردی ازدواج کند؛ مهر این باشد که دختر خود را (که از زن دیگری دارد) به همان مرد (پدر زن خود) تزویج نماید و مهر دختر دوم نیز نکاح اول باشد. این نوع نکاح که در واقع معاوضه دو زن است، در زمان جاهلیت مرسوم بود و پیغمبر اسلام آن را منسوخ و غیرقانونی اعلام داشت.