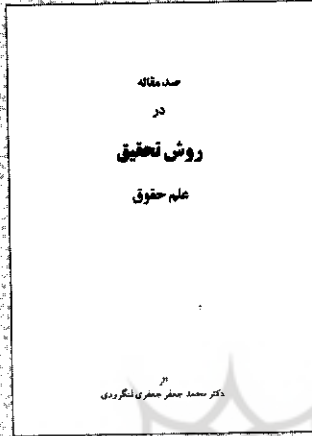


بایسته های پژوهش در علم حقوق

سید عبدالمطلب احمدزاده یزاز
عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه مفید



○ صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق
○ محمد جعفر جعفری لنگرودی
○ گنج دانش
○ ۱۳۸۲، ۲۳۸ صفحه، ۳۰۰۰ نسخه، ۲۵۰۰ تومان

در نگارستان صورت، ترک حظ نفس کن

تا شوی در «عالم تحقیق» برخوردار دل
شیخ مصلح الدین سعدی شیرازی

در سال ۱۳۸۲ کتابی وزین از استادی بنام، پیش روی پژوهشگران حوزه حقوق قرار گرفت که انتظار آن بود، پیش از این چنین نوشته‌ای در عرصه علم حقوق پای نهاد؛ صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق به قلم دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی توسط کتابخانه گنج دانش به زیور طبع آراسته گردید.

هدف عمده از بیان نکات زیر، معرفی کتاب از لابلای مطالب نویسنده است، نه نقدی ماهوی که فرصتی مبسوط لازم دارد؛ در پایان به ذکر دو نکته انتقادی بسنده می‌شود.

الف - بررسی محتوای کتاب

۱ - آن گونه که در دانشکده‌های حقوق، اساتید فن بارها تذکر داده‌اند یکی از منابع اصلی قانون - حداقل قانون مدنی و قانون جزا - در کشور ما فقه است، و حق همین است؛ اما گاه و بیگاه ملاحظه می‌شود آن چنان که باید، این گفته در مرحله تحقیق و تدریس مورد توجه قرار نمی‌گیرد؛ یا درس خواندگان دیار غرب، آموخته‌های خود را با روشی که یاد گرفته‌اند برای مخاطبان خود تقریر می‌کنند و یا فقه خواندگان، نمی‌از آن یم بیکران را به طالبان علم ارزانی می‌دارند، اما آیا هر کدام از اینها به تنهایی چاره ساز است؟ نویسنده در دیباچه کتاب، این پرسش را نیک پاسخ داده است؛ هم امتیازات حقوق رم را بیان کرده، از جمله: «وابستگی به اقتصاد عصر حاضر مانند بیمه و برات و سپرده‌های بانکی و مسائل پولی و شرکتهای تجاری و حقوق دریایی و هوایی و ارتباطات» (ص ۳) و هم امتیازات حقوق اسلام را،

همانند: «تجزیه و تحلیلهای علمی» (ص ۴). مؤلف این ویژگی را از شارح اول قانون مدنی [دکتر سید حسن امامی] نقل کرده که می‌گفت: «این تجزیه و تحلیلهای علمی که در فقه ما هست، مطلقاً در حقوق اروپا نیست!» (ص ۴ و ۵) و خود، در مقاله شماره ۹۰ کتاب، ضمن بیان آرای متفاوت درباره «اوصاف اساسی مورد معامله» بر آن است که این میحت در فقه اسلامی بسیار بهتر مو شکافی شده و زوایای مختلف آن تبیین گردیده است. (ر.ک. ص ۲۰۹ تا ۲۱۱)

۲ - نویسنده در دیباچه کتاب به نکته‌ای ساده، ولی غفلت شده از آن توجه داده است: «جهان پیشرفته، در علم حقوق خود را محتاج به دانستن زبان تازی نمی‌داند که اشتباه است.» (ص ۳)

به راستی آیا پژوهشگر ناآشنا با زبان عربی، می‌تواند به درک عمیقی از مسائل حقوقی - حداقل معاملات - برسد؟ اگر سخن مقدم بر این نکته، خوب مورد دقت قرار گیرد، بی‌تردید باید گفت پاسخ، منفی است. «معاملات همان طور که در علم حقوق، مطرح است در فقه هم مطرح است بلکه مبسوطتر و جامع‌تر، هر چند که معاملات جدید و عصری را فقط علم حقوق مطرح می‌کند.» (ص ۳)

البته ذکر این نکته به معنای آن نیست که نظامیه نشینان - به تعبیر مؤلف - نیازی به زبانهای غیر تازی ندارند؛ به هر روی اگر باید در پهنه تحقیق، بی‌تعصب و بدون پیشداوری و در «مداری باز» گام نهاد، لازم است ابزار آن را به کف آورد.

۳ - اکتفا به تحقیق در یک سیستم حقوقی، و نادیده انگاشتن یافته‌های علمی دیگران، برای پژوهشگری که در راه حل مشکلات مردمان پای نهاده چاره ساز نیست. تعامل اجتماعی نیازهای تازه‌ای را به دنبال دارد که محتاج پاسخی درخورند و مطالعات تطبیقی و میان رشته‌ای زمینه ساز یافتن چنین پاسخی‌هایی است. نویسنده در مقاله «روش تحقیق مدار بسته» (ص ۱۶ و ۱۷) با ذکر دو مثال - ماهیت عقد حواله و شرط به نفع ثالث - به گونه‌ای ملموس

**هر چند قانون مدنی،
در شکل و محتوا تحت تأثیر قوانین خارجی،
از جمله کد ناپلئون (قانون مدنی فرانسه) است،
ولی با دخل و تصرفات زیرکانه،
تا حدود زیادی با سیستم حقوق اسلامی
سازگار گردیده است**

**خودباختگی در تحقیق،
و نادیده گرفتن داشته‌های خود
آفتی است که باید از آن گریخت**

**نویسنده در پرتو یک موشکافی دقیق حقوقی
به این نتیجه می‌رسد که نمی‌توان فضولی را
عقد دانست بلکه صرفاً «طرح عقد» است**

اسلام است که جرأت و شجاعت ورود در این گونه مشکلات را داشته و دارد» (ص ۲۲)

۶- اگر نگوییم مطالعات تاریخی در کارهای پژوهشی گاه مسیر تحقیق را به کلی تغییر می‌دهد، حداقل می‌توان گفت این مطالعات، راه پرفراز و نشیب و بعضاً تاریک پژوهش را هموار و روشن می‌سازد. اگر علوم سینه به سینه از نسلی به نسل دیگر انتقال یافته - که حق همین است - و اگر برخی علوم و یا حداقل بخشی از آنها زاینده نیازهای جامعه بشری است، پس چگونه می‌توان بی‌چراغ تاریخی این کوره راه را پیمود؟ کم نبوده و نیستند محققانی که بدون توجه به سیر تاریخی، عمر گرانبمای خویش را مصروف این راه کردند و پس از آن یافتند آنچه را که از ابتدا می‌بایست عمل می‌کردند.

چه نیکو عنوانی و چه خوش سخنی؛ مؤلف در مقاله «روش تحقیق، از مطالعات تاریخی بی‌نیاز نیست» می‌نویسد: «یکی از ابزارهای تحقیق در این علم، تاریخ حقوق است که نقش روشنگری را دارد.» (ص ۴۴) وی نمونه‌هایی را در برخی مقالات آورده است، از جمله تعریف بیع (ص ۴۱)، تبدیل تعهد (ص ۴۵) و حواله (ص ۴۸-۴۶).

باید از گفته نویسنده که پژوهش در حقوق نیازمند تأمل در تاریخ حقوق است، فراتر رفت و بر آن بود که پژوهشگر حقوق، هم نیازمند دانستن تاریخ حقوق است و هم محتاج به آگاهی از تاریخ فقه. اینها نکاتی است که محقق مدقق باید آنها را فراروی خود گذارد چرا که گریزی از این گزیر نیست:

نکته‌ها چون تیغ فولاد است تیز

چون نداری تو سپر، واپس گریز

۷- خودباختگی در تحقیق، و نادیده گرفتن داشته‌های خود آفتی است که باید از آن گریخت. برعکس، خودباوری و روی آوردن به حفظ و صیانت فرهنگ خودی، امری است نیکو و پسندیده؛ البته نه ساختگی بل واقعی. طریق تدوین قانون مدنی ایران می‌تواند سرمشقی برای پژوهشگر حقوق

بان می‌دارد که چگونه می‌توان با مطالعه و اظهار نظر در سیستمهای حقوقی مختلف، پاسخی شایسته به این نیازها داد؛ کاری که نویسنده مدعی انجام ن است و دیگران را نیز بدان توصیه می‌کند: «من در کتاب حاضر، سخنان ازو را که عصاره سیستم حقوق رم در حقوق معاملات است، به چالش لمبیدم و زیر ذره‌بین تجزیه و تحلیل‌های علمی به سبک مشرق زمین قرار ادم... باشد که دانایان آن مرز و بوم هم متقابلاً در انتظار فقهی ما وارد حقیق شوند... و بدانند که دنیای علم منحصر به یک قاره نیست. در مدار سته کار کردن و عمر عزیز را صرف نمودن، یک بعدی کار کردن است؛ نژدی است نابخشودنی.» (ص ۵)

۴- یکی از علوم ابزاری، «اصول فقه» است که در علم فقه کاربردی سیار دارد. اگر فقه منبعی مهم برای قوانین است، آیا نباید ابزار آن را شناخت. در موارد لازم به کار بست؟ نویسنده از این فراتر رفته و استمداد از علم صول را نه تنها در حقوق بلکه در برخی علوم دیگر لازم دانسته که گفته‌ای ژراف هم نیست: «بدون شک شاگردی استادان حوزه‌های علمیه در علم صول، تأثیر عمیق در علوم نظری (مانند ادبیات و علم حقوق) دارد: کسی که فرهنگ لغات فارسی می‌نویسد باید جلد اول علم اصول را خوب دانسته باشد... حقوقدانان هم چاره‌ای از تفسیر و شرح قانون ندارند؛ در این راه باید عام و خاص و ناسخ و منسوخ را بدانند.» (ص ۱۱)

از دیگر مواردی که علم اصول به کار می‌آید، شناخت قاعده از خلاف قاعده است؛ نکته‌ای دقیق که مؤلف در مقاله «خلاف قاعده» (ص ۲۰-۲۳) به آن اشارت دارد. این شناخت با کمک علم اصول که نویسنده، محققان را به استمداد از آن فرا می‌خواند، کاری شدنی و هدفی دست‌یافتنی است. پژوهشگر به هنگام استدلال بر فرضیه خود، باید راهی آسان و استوار در پیش گیرد. او بمانند یکی از طرفین دعوا در محضر دادگاه است که قاضی این محکمه، یعنی اندیشمندان و متفکران حوزه تحقیق، اظهاراتش را می‌شنوند. پس باید بسان روش محکمه، مدعی را از منکر باز شناخت، که این شناخت، هم طرف دعوا را سودمند است و هم دادرس را.

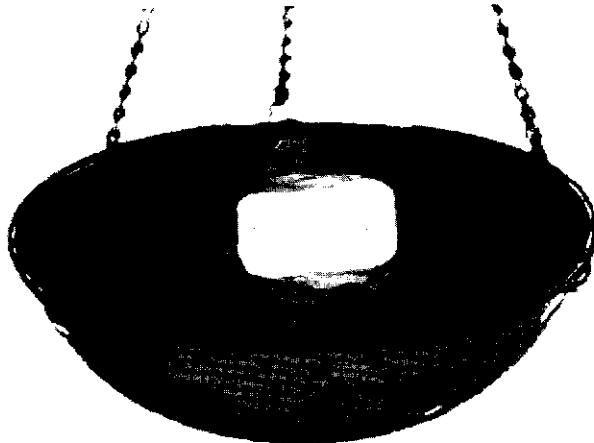
نویسنده با ذکر مواردی از جمله «قاعده تلف مبیع پیش از قبض»، «تلف در زمان خیار»، «ارش» و «خیار تأخیر ثمن» تلاش بر آن دارد تا اهمیت شناسایی «قاعده» از «خلاف قاعده» را برملا سازد.

۵- گاه تحقیقات انجام شده در شاخه‌ای از علوم، در حدی است که پژوهشگر وامی‌ماند و نمی‌داند آیا می‌تواند موضوعی بدیع در حوزه آن دانش بیابد تا اندیشه‌ای نو درآندازد؟ به سخن ساده، در بادی نظر احساس پژوهشگر آن است که به آخر خط رسیده است. برخی رشته‌های علم حقوق مثلاً حقوق مدنی این گونه می‌نماید. نویسنده یکی از مقالات کتاب را با عنوان «تحقیق هرگز به آخر خط نمی‌رسد!» (ص ۷) به دفع «آفت یأس» اختصاص داده است. آغاز این مقاله چنین است:

«آیا کار تحقیق در یک رشته از علوم (مثلاً حقوق مدنی) روزی به آخر خط می‌رسد؟ به آخر خط رسیدن یعنی مجال برای نوآوری باقی نماندن. جواب این است که کار تحقیقات علمی هرگز به آخر خط خود نمی‌رسد.» (ص ۷)

نویسنده محترم نه تنها برای اثبات مدعای خویش از خلق سه اثر تازه خود، یعنی «تئوری موازنه»، «فرهنگ عناصرشناسی» و «فلسفه اعلی»، نام می‌برد (ص ۷) بلکه برخی مثالهای واقعی را برهان قاطع خود قرار داده است. در بخش پایانی مقاله دیگری می‌خوانیم: «درآوردن مثالهای متعدد تعدد داریم: می‌خواهم به خوانندگان و آیندگان نشان بدهم که روش تحقیق در این علم، ابعاد وسیع دارد؛ دریایی است طوفانی با گردابه‌های هولناک که بسیار کسان از آن می‌گریزند؛ در حقوق فرانسه و اقمار حقوق رم، خبری از مباحث ژرف مقتضای قاعده و خلاف قاعده دیده نمی‌شود. این تنها حقوق

تعامل اجتماعی نیازهای تازه‌ای را به دنبال دارد که محتاج پاسخی درخورند و مطالعات تطبیقی و میان رشته‌ای زمینه‌ساز یافتن چنین پاسخهایی است



نویسنده هم امتیازات حقوق رم را بیان کرده، از جمله وابستگی به اقتصاد عصر حاضر مانند بیمه و برات و سپرده‌های بانکی و مسائل پولی و شرکتهای تجاری و حقوق دریایی و هوایی و ارتباطات و هم امتیازات حقوق اسلام را، همانند تجزیه و تحلیلهای علمی

باشد. در روزگار رواج روشنفکری وابسته و غرب زدگی، قانونی تدوین شد که به رغم آن شرایط اجتماعی، نشانهایی از وفاداری به فرهنگ این مرز و بوم دارد. هر چند قانون مدنی، در شکل و محتوا تحت تأثیر قوانین خارجی، از جمله کد ناپلئون (قانون مدنی فرانسه) است، ولی آن گاه که اهل فن آن را مورد مذاقه قرار می‌دهند، ملاحظه می‌کنند چگونه با دخل و تصرفات زیرکانه، تا حدود زیادی با سیستم حقوق اسلامی سازگار گردیده است. مدون قانون مدنی نه تنها دچار خودباختگی نگردید که تلاش او منشأ خدماتی چند به فرهنگ این دیار شد؛ و به گفته مؤلف کتاب، «در حد وسع و معلومات قابل ملاحظه که داشت به فرهنگ ایران زمین خدمت مهم و تاریخی صورت داد». (ص ۴۹)

تدوین قانون کاری بس مشکل است، به ویژه اگر بخواهند به گونه‌ای باشد که اصالت فرهنگی مرز و بوم حفظ گردد. حال که این مهم نه تنها امکان پذیر که واقع شده است، به طریق

اولی می‌توان پژوهشهای حقوقی را آن گونه به سامان رساند که ضمن استفاده از تجارب دیگران، فرهنگ اصیل اسلامی - ایرانی را صیانت کرد.

۸ - ریشه‌یابی مسائل در روند پژوهش یک اصل است. محقق در پرتو این کار نه تنها به مبانی دست می‌یابد که گاه از لابلای مطالب می‌تواند نظریه‌ای نو بنا نهد، و گاه به جایی می‌رسد که مبنایی برای قول مشهور نمی‌یابد و مصداقی از «رب مشهور لا اصل له» را عیان می‌بیند.

یکی از این موارد، ماده ۴۱۰ ق. م قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد، بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست، قبول نماید». به عقیده مؤلف، در کتاب و سنت نصی بر این خیار نیست و ریشه آن در فقه جمهور است. (ص ۱۷۹)

ضمن پذیرش اصل مطلب، یعنی این که یکی از نتایج ریشه‌یابی آراء، امکان دستیابی به آن است که چه بسا قول مشهوری، مبنایی استوار نداشته باشد، باید در مثال ایشان مناقشه کرد. گفتنی است به رغم این اظهار مؤلف، برخی فقیهان نامدار شیعه با مطرح کردن مسئله‌ای که عیناً در ماده ۴۱۰

قانون مدنی منعکس است؛ در مقام استدلال به چند روایت مذکور در کتب روایی مشایخ شیعه از جمله کلینی، شیخ صدوق و شیخ طوسی استناد جسته‌اند.^۲

مثال دیگر، عقد فضولی است. درباره این نهاد حقوقی گفتگوهای بسیاری میان فقها و حقوقدانان صورت گرفته و بخش وسیعی از فقه معاملات به آن اختصاص داده شده است؛ ماهیت این نهاد، اثر آن نسبت به فصول و اصیل، آثار آن درباره منافع مستوفات، غیرمستوفات، اثر اجازه نسبت به قبل و بعد از آن و مباحث دیگر از این قبیل.

برای توجیه این نهاد، از دید نویسنده «هم در شریک (در فقه) و هم در غرب (حقوق رم) تمام دانیان یک مسیر انتخاب کرده‌اند که خلاصه‌اش این است: دست کاری در ماهیت بیع و دمیدن در آن، به منظور جا دادن فضولی در آن!» (ص ۱۰۳) ولی در پرتو یک

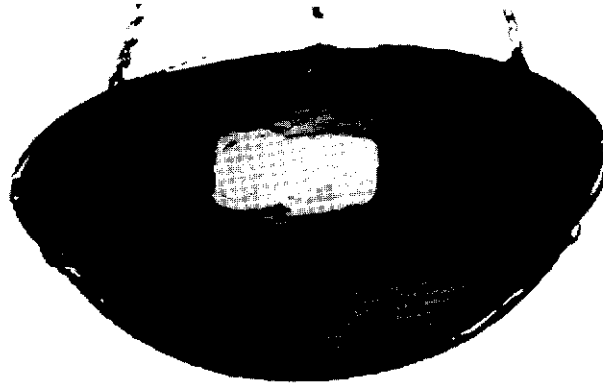
موشکافی دقیق حقوقی به این نتیجه می‌رسد که نمی‌توان فضولی را عقد دانست و این نظریه را در پرتو اندیشه‌ای نو بنا می‌نهد که فضولی، صرفاً «طرح عقد» است. (مقاله‌های ۴۷ و ۴۸ ص ۱۱۴ - ۱۰۲)

مثال دیگر ماده ۹۵۴ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «کلیه عقود جایزه، به موت احد طرفین منفسخ می‌شود...». مفاد این ماده با قول مشهور فقها هماهنگ است؛ اما مؤلف کتاب در پرتو «اصل ابقاء»، اساسی برای این قول مشهور ندیده و به صراحت می‌گوید: «با «تبعی دامت» دار که در فقه مذاهب خمس کرده‌ام، بر من محرز شد که مدلول ماده ۹۵۴ قانون مدنی که ریشه‌اش در فقه جمهوری است، اصل و اساس علمی ندارد؛ بنابراین با اعتقاد راسخ و به اتکاء اصل ابقاء عقود، گفته‌ام که عقود جایزه به موت یا جنون یا سفه یکی از طرفین منحل نمی‌گردد». (ص ۱۴۲ - ۱۴۱)

توضیح آن که مؤلف در حواشی بر قانون مدنی پس از بیان ادعای فقها بر اجماعی بودن مفاد این حکم و تحلیل مبنای آن، در نقد این حکم مشهور می‌گوید: «سید محمد کاظم طباطبایی [صاحب کتاب العروة الوثقی] با این قاعده که در ماده ۹۵۴ آمده است، مخالفت کرده است و به کلی حق با او

عناوین برخی از مقالات کتاب به گونه‌ای است که خواننده باید در مقاله غوری نماید تا به مطلب راه یابد و ربط عنوان و معنون، و اسم و مسمی را بداند

پژوهشگر حقوق، هم نیازمند دانستن تاریخ حقوق است و هم محتاج به آگاهی از تاریخ فقه



آن نوشته برساند و با ابعاد مختلف متن آشنایش سازد. با اندک تورقی در کتاب، می‌توان نمونه‌هایی از این دست عنوانهای گویا و رسا را در تألیف حاضر جست: استمداد از علم اصول فقه (مقاله چهارم)، روش تحقیق با اصالت اجتماعی (مقاله بیست و سوم) منطق عرف در مبانی عقود و قراردادهای (مقاله چهل و نهم) تضاد در اسقاط کافه‌خيارات (مقاله نود و سوم).

اما عناوین برخی دیگر از مقالات کتاب به گونه‌ای است که خواننده باید در مقاله غوری نماید تا به مطلب راه یابد و ربط عنوان و معنون، و اسم و مسمی را بداند. «اضافه بر ظرفیت بار نکنید» عنوان مقاله بیست و هفتم است که بیانگر استفاده بی‌رویه و افراطی از استصحاب است. مقاله پنجاه و نهم زیر عنوان «معادله معکوس» درباره قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» گفت و گو دارد.

«طاس لغزنده تضاد»، عنوان مقاله هشتاد و هشتم است که برای مقایسه «خيار» و «عدم نفوذ» نگاشته شده است.

در پایان ذکر این نکته لازم است که نوشته حاضر دربردارنده همه محاسن و معایب این تألیف نیست، بلکه انعکاس شمه‌ای از آنها است. باشد که خوانندگان برای شناخت بهتر کتاب و استفاده از روشهای عملی تحقیق در علم حقوق، مراجعه‌ای مستقیم به این اثر داشته باشند تا در پرتو مطالعه آن به داوری دقیق‌تری نیز نائل آیند.

پی نوشت:

- ۱ - «و هو ثابت لمن لم ير، اذا باع أو اشترى بالوصف، ثم ظهر مخالفاً». البحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق) الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۱۹. الطبعة الثانية: بیروت، دارالاضواء، ص ۵۶.
- ۲ - همان. ص ۵۷.
- ۳ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹) مجموعه محشی قانون مدنی. چاپ اول: تهران، گنج دانش، ص ۴۷۵. حاشیه دوم ذیل ماده ۹۵۴.

ت... درست است که فعلاً باید به اده قانون عمل کرد ولی اساس عملی یارد.»^۲

درباره این نمونه هم می‌توان بر مؤلف گرامی ایراد گرفت، زیرا خود او در لرح اصلاح قانون مدنی (که به عنوان نایگزین پیشنهادی وی در ۳۵۲۰ ماده تنظیم کرده است) به همین نظر که آن ا «بی‌اساس» معرفی نموده، تن در داده ست. وی در آن طرح مبسوط که علی‌القاعده منعکس کننده آرای علمی ایشان است در موارد متعددی حکم کرده عقود جایزه با جنون و سفه و موت یکی از طرفین باطل می‌شود، یعنی همان رای مشهور را پذیرفته است. به عنوان نمونه در مواد ۱۷۰۸، ۲۰۷۵ و ۲۱۲۹ طرح اصلاح قانون مدنی به ترتیب مضاربه مطلقه (از نظر زمان)، وکالت و ودیعه بدون اجرت، از عقود جایز معرفی گردیده و در مواد ۱۷۴۱، ۲۰۸۳ و ۲۱۶۲ به انقضا و انحلال این عقود در اثر موت یکی از طرفین حکم شده است.

ب - نکات انتقادی

نوشته‌های بشری هیچ گاه مصون از خطا نبوده است، گرچه ممکن است این گونه خطا دیدنها ناشی از اختلاف سلیقه‌ها باشد. به هر روی به نظر می‌رسد ذکر دو نمونه از این موارد در کتاب حاضر مفید است.

۱ - مؤلف محترم برای صد نوشته خود در این کتاب، عنوان «مقاله» را انتخاب کرده است. این اطلاق از لحاظ لغوی نادرست نیست، و مثلاً مرحوم دهخدا، ضمن معانی این واژه، نوشته است: «فصلی از کتاب یا رساله»، اما بهتر آن است که با توجه به عرف نگارشی و پژوهشی زمان حاضر و معنایی که از این واژه به ذهن خوانندگان متبادر می‌شود، بر نوشته‌های یک یا دو صفحه‌ای، مقاله اطلاق نکنیم. مقالات اول، دوم، سوم، چهارم، دوازدهم، هجدهم، بیست و دوم، بیست و چهارم، سی و یکم، پنجاه و ششم، پنجاه و هفتم، هفتاد و پنجم، هفتاد و ششم، هشتاد و پنجم، هشتاد و هفتم، نود و یکم و نود و چهارم از این قبیل‌اند.

۲ - انتخاب عنوان برای هر مقاله، از اهمیت خاصی برخوردار است. بهترین عنوان آن است، که در عین کوتاهی، خواننده را به اعماق محتوای