



## نفوذ و اثر فرهنگ ایران

### در قواعد حقوقی اسلامی

(۲)

بعضی از محققین اروپائی دوران پرنشیب و فراز حقوق اسلامی را به شش دوره و بعضی دیگر به پنج دوره تقسیم کرده‌اند و ما در اینجا عقاید آندسته را ذکر میکنیم که معتقد به پنج دوره هستند.

بعقیده این دسته: اولین دوره حقوق اسلامی از زمان هجرت تا سال دهم هجری است یعنی آخرین ده سال عمر پیغمبر اسلام و میگویند این دوره ده ساله مهمترین ادوار پیشرفت حقوق اسلامی است زیرا در این دوره است که دو مبنای اصلی حقوق اسلامی یعنی قرآن و سنت بوجود آمد و پیغمبر اسلام پس از اینکه مکه و مدینه را فتح کرد بیشتر اوقات خود را به قانون گذاری برگزار کرد و همان سالها است که بیشتر آیه‌های کلام اله مجید بوسیله وحی نازل شد و بعضی از مهمترین تصمیمات قضائی پیغمبر اتخاذ گردید و بدین طریق پایه سنت نهاده شد.

در مورد چگونگی سنتها و تصمیمات قضائی پیغمبر باید توجه داشت که جمعی از محققان، وحی را بدو نوع تقسیم کرده‌اند ظاهر و باطن. آیه‌های قرآن کریم را وحی ظاهر و عمه را کلمات خداوند میدانند. اما وحی باطن از اعمال و رفتار پیغمبر است و وحی‌های غیر مستقیم

---

\* آقای دکتر محمود منصورى وکیل پایه يك دادگستری و مدیر مرکز مطالعات حقوقی و اقتصادی بین‌المللی و از حقوقدانان صاحب نظر.

است. بنابراین نه تنها آیات قرآن وحی است و از طرف خالق انشاد شده بلکه سنت‌ها و اعمال پیغمبر هم همه الهامات غیر مستقیم از طرف خداوند است.

دومین دوره حقوق اسلامی از سال دهم تا چهارم هجرت و آن سی سال زمان است که خلفای راشدین بر مسلمین حکمروائی داشتند و چون آنان از نزدیکان پیغمبر بودند بدو مسئله مهم توجه می‌کردند یکی اینکه سعی می‌کردند عادات و رفتار قدیمی اعراب را کنار بگذارند و در این طریق تا درجه ابراز نفرت از اعمال گذشتگان پیش می‌رفتند. دو دیگر اینکه آیه‌های منسبت و متفرق قرآن کریم را جمع‌آوری و بصورت کامل و مدون و بی‌اختلاف در آورند.

سومین دوره حقوق اسلامی از سال چهارم هجرت شروع می‌شود و با واکسرسده سوم هجرت پایان می‌یابد. این دوره از لحاظ پایه‌گذاری قواعد فقهی بزرگترین و مهمترین دوران حقوقی اسلامی بشمار می‌رود و در همین زمان است که تمام مبانی و مدارک راجع به سنت جمع‌آوری شده است پنج کتاب بزرگ مذهبی اسلامی ایجاد و پایه‌گذاری شده:

۱- مذهب حنفی بدست ابوحنیفه متولد سال ۸۰ هجری و متوفی سال ۱۵۰، مراتب ممتاز این مکتب آنستکه، بسیاری از احکام آن بر مبنای قیاس پایه‌گذاری شده و میتوان گفت که اصولاً بنیان‌گذار قیاس در مذاهب اسلامی ابوحنیفه است. او قیاس را بسیار بکار بست زیرا در آن زمان هنوز علم حدیث پا نگرفته بود و مجموعه شناخته شده‌ای وجود نداشت. ابوحنیفه ساکن کوفه بود و مکتب خود را در آنجا پابرجا کرد.

۲- مکتب مالکی بوسیله مالک بن انس متولد ۹۰ و متوفی ۱۷۹ هجری که در مدینه جلوس می‌کرد. مالک بقدر ابوحنیفه به قیاس استناد نمی‌کرد و بیشتر طرفدار اجماع بود.

۳- مکتب شافعی بوسیله شافعی متولد ۱۵۰ و متوفی به سال ۲۰۴ هجری، شافعی شاگرد مالک بود ولی از استاد خود انتقادات مترقیانه‌ای داشت و در اثر همان انتقادات بدرجه اعلای فقاہت رسید و یکی از برجسته‌ترین فقهای سنی شد و او است که واضع فرضیه فقهی اسلامی سنی است. شافعی دکترین اجماع را تکمیل کرده است.

۴- مکتب حنبلی متعلق به احمد بن حنبل متولد ۱۶۰ و متوفی به سال ۲۴۱. حنبل شاگرد شافعی بود ولی بعداً خود واضع مکتبی جدید شد و عقیده شدید داشت که باید اصول حدیث را پیروی کرد و بیشتر از اینکه يك فقیه باشد طرفدار سنت‌ها بود و بهمین جهت طبری او را فقیه نمی‌شناسد و محدث میخواند. جمعی از دانشمندان هم معتقدند که اصلاً نمیتوان گفت که احمد بن حنبل واضع مکتب جدیدی است ولی در هر صورت بوسیله جمعی از سنی‌ها امام شناخته میشود.

نباید تصور کرد که فقط این چهار تن پایه‌گذار فقه بودند، بلکه جمع بسیاری دیگر هم در این راه زحمت کشیدند و اصولی را پایه‌گذاری کردند ولی مکاتب آنها باقی نماند.

آنچه که در بالا ذکر شد مربوط به چهار مکتب سنی بود که در سه قرن اولیه اسلام به وجود آمد و پایه گذاری شد. در همان ایامی که ابوحنیفه فقه سنی را پایه می نهاد گروه کثیری از ایرانیان در اطراف حضرت امام جعفر صادق علیه السلام جمع بودند و آن حضرت هم با تبخیر علمی و الهامات آسمانی فقه شیعه را بنیان گذاری می فرمود. همانطور که قبلاً گفته شد مهمترین امری که فقه شیعه را از سنی جدا میکند چهارمین مبنای حقوقی است که سنیان بدقیاس معتقدند و شیعیان بجای قیاس از عقل مدد میگیرند و همین مبناء است که به شیعیان اجازه میدهد در هر دوره از زمان به کمک عقل سلیم قواعد فقهی خود را عوض یا اصلاح و با اقتضای زمان منطبق نمایند و هیچوقت در تنگنا باقی نمانند در صورتیکه بوسیله قیاس بهیچوجه نمیتوان واقعیات علمی جدید را با گذشته مقایسه کرده و از آن قاعده ای دنیا پسند بدست آورد.

یکی از محققان اروپائی معتقد است که اگر فرضاً هیچیک از مبانی حقوق اسلامی موجود نبود و تنها مبناء فقه عقل بود فقیهان مسلمانان قادر بودند در سرتاسر عالم و در همه اوقات دین و قواعد دینی خود را با پدیده های تازه همگام نمایند.

چهارمین دوره فقه از اواخر قرن سوم هجری شروع میشود و طولانی ترین ادوار قانون گذاری اسلامی است که در سال ۱۹۲۲ و بابرچیدن بساط سلطنت عثمانی پایان یافت یا بعقیده جمعی دیگر تا سال ۱۹۲۴ بابرچیده شدن بساط خلافت و شروع حکومت جمهوری ترک منقضی شد.

از آن تاریخ به بعد مهمترین رویداد در قانون گذاری اسلامی این است که دیگر سنیان برای خود خلیفه ای نمی شناسند و کسی هم ادعای آنرا ندارد. عده ای از شیعیان همین مسئله را از حقانیت مذهب شیعه میدانند که از اول معتقد بودند امام باید از طرف خداوند برگزیده شود نه از طرف مردم و اگر مردم قادر بودند برای خود امام انتخاب کنند باید تاکنون خلیفه ای انتخاب کرده و کار دین را بدون تکلیف رها ننموده باشند.

پنجمین دوره حقوق اسلامی از تاریخ انقراض سلطنت عثمانی یا خلافت آل عثمان شروع میشود و هنوز ادامه دارد. در این دوره است که کشورهای مسلمان بتدریج با قبول قواعد و قوانین غربی که منشاء اروپائی دارد بتدریج قواعد حقوقی اسلامی را بصورت قوانین اخلاقی در آورده اند.

تقسیماتی که ذکر شد به ادوار حقوق اسلامی سنی مربوط است ولی فقهای شیعه برای حقوق اسلامی شیعه ادوار آنرا بطریق دیگر و بشرح زیر تقسیم بندی کرده اند و استاد دانشمند محمود شهابی در کتاب ادوار فقه خود چنین آورده است:

- ۱ - دوره صدور و تشریح احکام.
- ۲ - دوره تفریح و استنباط احکام که این دوره به چهار عهد تقسیم شده و عبارت است از: ۱ - عهد صحابه ۲ - عهد تابعین و اتباع آنها تا زمان غیبت صغری ۳ - عهد نواب چهارگانه تا غیبت کبری
- ۴ - عهد غیبت کبری تا عصر حاضر.

انتخاب و تصویب قوانین جدید، بصورتی که امروز در جهان مرسوم است، از لحاظ مذهب شیعه، بعلمت اینکه یکی از مبانی حقوقی آن عقل است اشکال ندارد به شرط اینکه قواعد عقلی در آن مراعات شده باشد. ولی در مورد سنیان، با توجه به مبانی حقوقی آنان که نه می‌توانند در زمان حال از اجماع استفاده کنند و نه قیاس مشکلشان را حل می‌کنند بن بست و وجود دارد. اکنون که در اختلافات مذاهب مختلف اسلامی کلیاتی بیان شد بشرح چگونگی قواعد ارث می‌پردازیم: در مورد ارث، اختلافات بنیادی مذهب شیعه و مذاهب سنی بطور کلی در این است که شیعه‌ها از اول فقط نصوص قرآن را قبول کردند و قواعد قبل از اسلام اعراب را که همه بفتح طبقه ذکور است بهیچوجه نپذیرفتند و با گرفتن الهام از فرهنگ ایرانی يك قاعده کاملاً تازه‌ای، برخلاف قاعده ارثی سنی‌ها، بر مبنای علمی بنا نهادند. و در نتیجه سنیان، شیعیان را بدعت گذار لقب دادند. در قاعده ارثی شیعه، بعضی از اصول مورد قبول سنیان که مهمترین شرط آنها تقدم ذکور بر انثا است، جایی از اعراب ندارد و تنها در يك اصل شیعیان با سنیان مشترکند که بموجب آن هر کس به متوفی در قرابت نزدیک‌تر است دورتر را از ارث محروم می‌کند. در تفسیر این اصل هم، در عمل، اختلافات عمده‌ای موجود است و نتیجه آنکه شیعه‌ها موجب ارث بردن را دو عامل میدانند اول نسب و دوم سبب و کسانی را که با نسب ارث می‌برند به سه طبقه تقسیم کرده‌اند که مشتملند بر اولاد و اولاد اولاد و پدر و مادر سابقه اول و برادران و خواهران و اولاد آنان و اجداد و جدات طبقه دوم و عموها و عمه‌ها و احوال و خالات و اولاد آنان طبقه سوم. و در این طبقات و لوائیکه یک نفر در طبقه ماقبل موجود باشد تمام طبقه‌های مابعد را از ارث محروم می‌کند. مسئله مهم این است اصل «نزدیکتر دورتر را از ارث محروم می‌کند» فقط در میان طبقات مجرا است بدون توجه باینکه وارث نزدیک انثا یا ذکور است. در نتیجه این ترتیب و لوائیکه يك نواده دختر از نسل متوفی موجود باشد، تمام افراد ذکور در طبقات دوم و سوم را از ارث محروم می‌کند در صورتیکه در قواعد سنی اینطور نیست و بشرحی که خواهد آمد برای ذکور در همه طبقات حق اولویت قائل هستند بدلائلی که بعد گفته خواهد شد.

سبب هم بر دو قسم است اول زوجیت دوم ولاء و ولاء هم به سه قسم است ۱- ولاء عتق ۲- ولاء ضمان چربره ۳- ولاء امامت. زن و شوهر در تمام مراتب در ارث شرکت دارند و هیچ وارثی نمیتواند آنان را محروم کند.

آنچه را که محققین در مورد روش وراثت قبل از اسلام ساکنان عربستان بدست آورده‌اند این است که قاعده وراثت صرفاً بوسیله مردان برقرار میشد و تنها آنان بودند که میتوانند عنوان وارث را دارا گردند. در مورد اینکه چرا قاعده وراثت در عربستان تنها موجب ارث بردن مردان بود دلائل اجتماعی بسیاری داشت که از آنجمله است:

۱- هیچگونه قدرت مرکزی در عربستان وجود نداشت که بتواند برتر که در گذشتگان نظارت و مدیریت داشته باشد.

۲ - چون زندگی در عربستان بطور قبیله‌ای بود اعضاء خانواده ها بعنوان ثروت و وسیله قدرت خانواده و قبیله تلقی میشدند و عنوان حقوقی فردی نداشتند .

۳ - دشمنی هائی که منجر به کشت و کشتار میگردد باید انتقام گرفته میشد و در موارد مخصوص پول خون باید پرداخته شود .

۴ - زنان را بعلت داشتن ضعف جسمی مستحق وارث شدن وارث بردن نمیشناختند و نیز آنان اجازه دخالت در دارائی شخصی خود نمیدادند . معهذاً مندرجات بعضی از کتب حکایت دارد که مردان میتوانند شخصاً تمام یا قسمتی از دارائی و املاک خود را به نفع کسان دیگری وصیت کنند ولی این روایت قابل تردد است زیرا همانطور که در بالا گفته شد در عربستان يك قدرت مرکزی یا يك دستگاه قضائی مؤثر وجود نداشت که بتواند وصیت موصیان را بمرحله اجراء در آورد و برای رفع اختلافات تنها وسیله مؤثر موجود يك نوع اصل حکمیت بود ولی اجراء آراء حکمیت ها هم باز به اشکال برمیخورد زیرا دستگاه نافذی برای اجراء وجود نداشت و بالنتیجه انجام وصیت ها هم اغلب غیر ممکن میشد و تنها بازماندگان متوفی مخصوصاً پسران آنان بودند که امکان داشت وصیت پدر خود را بمرحله اجرا در آورند .

قاعده وراثت ذکور در عربستان بامقداری جزئی اختلافات، معادل همان قاعده الجباری است که در فقه شافعی شناخته شده، وحنفی ها هم از آن پیروی کردند.

قواعد مکتب‌های چهارگانه شافعی و مالکی و حنبلی و حنفی ، در مورد چگونگی ارث بردن ذکور ، جز در يك مورد که مربوط میشود بطریقه ارث بردن پدر بزرگ در زمانیکه با خواهر و برادر توأمان در ارث شرکت دارند ، در بقیه موارد یکی است . بموجب قواعد آنها ، برای شناختن مستحقان ارث متوفی به اصول ذیل متوسل میشدند .

اول : جنسیت وارث که آیا ذکور است یا اناث و همیشه مرد بر زن مقدم است.

دوم : درجه قرابت که هر کس نزدیک تر است دورتر را از ارث محروم میکند .

سوم : استحکام خویشاوندی بدین توضیح که آیا وارث ابوینی است یا ابی یا امی که به ترتیب ابوینی بر ابی و ابی بر امی رجحان دارد .

در درجه قرابت اول اولاد، دوم و پدران، سوم اولاد پدر، یعنی برادران ابوینی و سپس برادران ابی و فرزندان شان که هر کدام هم خونی بیشتری داشت مقدم است چهارم اولاد پدر بزرگ مثل عموها .

در درجات مذکور اگر یکی از اولاد ذکور زنده باشد تمام اعضاء سایر درجات را از ارث محروم میکند و همینطور افراد درجه دوم بر افراد درجه سوم و افراد درجه سوم بر افراد درجه چهارم مقدم هستند و آنان را از ارث محروم میکنند ولی فقط در ذکور این قاعده حکمفرما است و اناث اصولاً به حساب نمی آیند .

درجه را بدین ترتیب حساب میکنند که هر فرد که بین وارث و مورث واقع میشود يك درجه است و هر کس با درجات کمتری از افراد به مورث منسوب شود نزدیک تر است و همین قاعده

است که همیشه نزدیک‌تر در قرابت، دورتر را از ارث محروم میکند و تنها در این مورد است که شیعه و سنی در اصول کلی توافق دارند.

معنی استحکام خون آن است که اگر کسی از دو جهت با متوفی نسبت دارد مقدم بر آنستکه از یک جهت نسبت دارد مثلاً برادران ابوینی بر برادران ابی مقدم هستند و این قاعده فرعی وقتی مراعات میشود که مدعیان وراثت در یک درجه باشند.

همه قواعد بالا در میان اعراب قبل از اسلام اجراء میشد با استثناء دو مورد که اولی مربوط بود به طرز ارث بردن پدر بزرگ و برادر در صورت جمع شدن با یکدیگر. بطور کلی قبل از اسلام برادر بر پدر بزرگ مرجح بوده است و دومی مربوط بود به بچه‌های ذکور خردسال که اعراب آنان را به علت اینکه به اندازه کافی قوی نبودند که بتوانند از خود دفاع نمایند مستحق ارث بردن نمیدانستند.

پیش از اسلام به روایتی اثاث بطور کلی از ارث بردن محروم بودند ولی معلوم نیست این روایت کاملاً صحیح باشد ولی حداقل این است که در تمام نقاط عربستان یک جور نبود زیرا اگر فرض شود که در مدینه این رسم بود نمیتوان بطور یقین گفت که در مکه هم چنان بوده است. آنچه در روایات اسلامی مذکور است خدیجه همسر پیغمبر اکرم صلوات الله علیه دارائی قابل توجهی داشته و مسلماً بطریقی از وراثت، صاحب آن دارائی شده است. مینوان گفت در وراثت قبل از اسلام قواعد ذیل مراعات میشده است:

۱ - اگر مردی وفات میکرد و در خانواده او هیچ مرد نبود که از او ارث ببرد دختر ارث میرد.

۲ - در بعضی از قبایل، مردان میتوانند بنفع زنان وصیت کنند و افراد قبیله عادت داشتند وصیت را احترام بگذارند.

غیر از آنچه در مورد ارث بردن ذکور و اثاث گفته شد، اعراب جاهلیت بوسائل دیگر هم ارث میردند، بدینقرار:

۱ - نسبت‌های غیر واقعی که در حقیقت قراردادی بود، مثل اتحاد نظامی بین دو خانواده یا دونفر بسته میشد و هر یک از دیگری ارث میرد.

۲ - فرزند خواندگی در اعراب مرسوم بود.

۳ - برادر خواندگی بوسیله قسم یاد کردن.

۴ - قراردادهائی که بعنوان حفاظت از خارجی بسته میشد و محافظ از شخص حفاظت شده ارث میرد.

در موقعی که اسلام ظهور کرد بین تجار قریش مرسوم بود که قبل از مرگ وصیتی بعمل آورند. دلیل این موضوع آیات اولیه قرآن کریم است که به پیغمبر اکرم (ص) وحی شده است.

در اینجا مانمیخواهیم زیاده‌تر از این بمباحث ارث و وصیت قبل از اسلام وارد شویم بلکه مقصود ما آنست که در باب تازه آورده‌های اسلام سخن بگوئیم.